ב' ע"א

א) רש"י ד"ה שנים אוחזין בטלית- דווקא אוחזין דשניהם מוחזקים בה ואין לזה כח בה יותר מזה וכו'- הנה לא הדגיש דדין יחלוקו הוא מכח המוחזקות דהוי חציו של כל אחד, אלא דלא מהני היכא דאין אלא מוחזק אחד כיון דאמרינן הממע"ה, ועיקר הנקודה היא שלא יהיה לזה כח יותר מלזה. ומשמע דהיכא דתרוייהו אינן מוחזקין אף בזה שפיר שייך דינא דיחלוקו, ודלא כדברי התוס' בסוגיין.

ועי' שט"מ בשם אחרון אחד שהקשה ע"ד רש"י מאי קמ"ל פשיטא, והוא ע"פ הגמ' לקמן דף ו' ע"א, ע"ש מש"כ בזה. ואיתא שם בשט"מ בשם הרשב"ץ, ועד"ז הביא גם בשם הרדב"ז, דבא לאשמעינן היכא דהאחד מוחזק בו והשני מסתרך ומסתבך בו, דהו"א דאף זה נקרא מוחזק ויהא דינא דיחלוקו, קמ"ל דלא אמרינן דיחלוקו אלא היכא דאין לזה כח יותר מלזה, אבל בכה"ג דהא' מוחזק ממש והשני אינו אלא מסתרך בו דינא הוא דהממע"ה כמו היכא דהאחד מוחזק והשני אינו מוחזק כלל, ע"ש כל דבריו.

ובשערי שמועות כתב לבאר דברי רש"י באופן אחר, דהוא ע"פ דברי הגמ' בדף ב' ע"ב, דהו"א דכיון דכל אחד מוחזק בו וטוען שכולו שלו איתא בזה דין הממע"ה ולא סגי בשבועה ליטול החצי, לזה כתב כתי' הגמ' דהיכא דשניהם מוחזקין בו ואין לזה יותר כח מלזה ליתא לדין הממע"ה.

והנה בין לדברי הרדב"ז והרשב"ץ בין למש"כ בשערי שמועות ליכא ראיה מדברי רש"י דלדין יחלוקו בעינן שיהיו אוחזין ממש, ומש"כ בתחילת דבריו דווקא שנים אוחזין בה לא בא לאפוקי אלא היכא דאחד אוחז והשני אינו אוחז כמוהו, וכנ"ל, וכן הבין בנחלת דוד, ע"ש. אכן יעויין הגהות מיימוני פ"ט מהל' טו"נ אות ז' שכתב דדעת רש"י כדעת ר"ת דאוחזין דווקא, ודבריו צ"ב, דמדקדוק לשונו של רש"י לא משמע הכי, כאשר הבינו הראשונים הנ"ל בשט"מ.

ומדברי הרשב"ץ ודעמי' בביאור דברי רש"י יוצא לכאורה דחוץ מהיכא דתרוייהו תפסי בכרכשתא דאמרינן בזה יחלוקו כדמבואר לקמן ד"ז ע"א, אף היכא דשניהם אוחזין באופן שאין לאחד כח יותר מחבירו (דר"ל לדבריהם דתרוייהון אוחזין ולא שאחד תפוס בכרכשתא וכדומה) נאמר דינא דיחלוקו אשר זהו המכוון ברש"י, וזה צ"ב לכאורה דהא היכא דשניהם אוחזין ממש אמרינן לקמן דזה נוטל עד מקום שידו ואין מגעת וזה נוטל עד מקום שידו מגעת ואין זה מדין יחלוקו, אלא דלכאורה י"ל דנאמר דין יחלוקו על השאר דיחלוקו בשבועה. ומה דאין לאחד כח יותר מחבירו לכאורה אין הכונה שאוחזין ממש בשוה, אלא ר"ל שכל אחד תפוס בגוף הטלית ולא בכשרשתא, ודי בזה ליחשב שיש לזה כח כמו זה, דתרוייהו תפוסין בטלית. כן היה נראה בפשטות, אכן עי' לשונו של הרשב"ץ שכתב דמש"כ רש"י ואין לזה כח יותר מזה ר"ל אם אחד מחזיק יותר מחבירו דזה נוטל עד מקום שידו מגעת וזה נוטל עד מקום שידו מגעת, דמשמע מזה דאי היה זה מוחזק כמו זה שפיר היה משתייך דין זה למתני' אף דאינו מצד דינא דיחלוקו אלא מצד דין מוחזק דזה נוטל עד מקום שידו מגעת, וכן העיר מו"ר זצ"ל, וצ"ב. ולולא דברי הרשב"ץ לכאורה היה אפשר לבאר דברי רש"י כנ"ל.

ב) תוד"ה שנים אוחזין בטלית- איידי דאיירי בהגוזל בתרא וכו'- יש לפרש קושייתם בב' אופנים, או דבאו לבאר אמאי ב"מ אחר ב"ק הוא, או שבאו לבאר אמאי לא פתח בעיקר דין מציאה, דהיינו באלו במציאות, עי' חידושי הרשב"א וחידושי הר"ן, והמשך דברי התוס' מתבאר היטב לב' הדרכים, וז"פ.

ג) תוד"ה ויחלוקו- וי"ל דאוחזין שאני דחשיב כאילו כל אחד יש לו בה בודאי החצי דאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' הוא וכן במנה שלישי וכו' חשיב ההוא שהנפקד תופס בחזקת שניהם כאילו הם עצמם מוחזקים בו- לכאורה היה נראה בכונתם דהך אנן סהדי ראיה הוא לטענתם והראיה מחייבת דין יחלוקו. אכן א"כ צ"ב טובא מה שייך למימר דחשיב גבי מנה שלישי כשניהם מוחזקים, הרי אף דנימא דהגם דהך מנה שלישי לא ניתן אלא על ידי אחד מ"מ כיון דמוקמינן לקמן דף ל"ז שהפקידו בכרך אחד או כעין כרך אחד, ומשו"ה נשתעבד השומר מתחילה בשמירת הדבר לשניהם ביחד ושפיר נחשב שומר של שניהם וכיד שניהם הוא, עי' קהלות יעקב סי' א', אף דנימא הכי, מ"מ צ"ב האיך חשיב על ידי שהוא שומר לשניהם ראיה שהוא של שניהם, הרי פשיטא דלמעשה אינו אלא של אחד, ומהו ס"ד דהש"ס דנימא התם יחלוקו. ואשר מוכרח ומבואר מזה, דלעולם אין הך אנן סהדי מסברא ומדין חזקה כל מה שתחת ידיו שלו הוא, דגבי מנה שלישי ודאי דלא שייכא הך חזקה, ועוד, דכיון דכל אחד אומר דכולו שלו ודאי דליכא ראיה דחזקה, אלא דינא הוא דהיכא דהדבר תחת ידו, הלכה היא דהוי כאילו ודאי שלו.[1] וכן מדוייק

---

[1] ומו"ר זצ"ל ביאר בזה עוד, לחזינן להתוס' כתבו דחשיב כאילו כל אחד יש לו בודאי החצי ולא כתבו בפשוטו דמאחר דשניהם מוחזקים בטלית נמצא שכל אחד מוחזק בחציה ודיינינן הממע"ה למר ולמר. ופשוט דהיינו משום דמאי דכל אחד יש לו בודאי החצי אין כונת התוס' להתפיסה עתה מתחלקת לחצאים ואמרינן דכל אחד תפוס בחצי טלית, דהא מיהא פשיטא דאף לעת התוס' חשיב כיאלו כל אחד תפוס בכל הטלית, ולכך לא שייך הכא דינא דהממע"ה, ומש"כ דאיכא אנן סהדי שהממון של שניהם ולכך נקטינן דחצי דמר וחצי דמר. וכן הביא מו"ר זצ"ל מהגרב"ד זצ"ל שהקיש למכילתין דלא ס"ד כלל דכל אחד תפוס בחציה וכונת המשנה להממע"ה, אלא יסוד דין המשנה הוא דין יחלוקו ולא דין הממע"ה. וחזינן שדן בזה הרשב"א, בהא דאיתא לקמן בע"ב לימא מתני' דלא כסומכוס וכו' ואלא מאי רבנן וכו' ומשני דלרבנן א"ש דהתם לא תפסי תרוייהו והכא תפסי תרוייהו ולא אמרינן הממע"ה, וכתב הרשב"א, וז"ל: ונ"ל דקס"ד דמקשה דמתני' נמי מאי דתפיס האי דיד' הוא ומאי דתפיס האי דידי' הוא וכאילו נחלקה כבר וכל אחד מוחזק ועומד במחציתו וכו' דעל שלא הביא ראיה אין חבירו חייב ליתן לו כלום ועסק שבועה אין כאן כלכן וכן השני וכו', עכ"ל. הרי דס"ל דהש"ס היה באמת דלרבנן יהיה כאן דין הממע"ה, אלא שיש לדון מה הוא יסוד דחיית הש"ס, די"ל דהדר בי' וס"ל דבתפסי תרוייהו כל אחד' תפוס בכולו ולא שייך הממע"ה,. או י"ל דלעולם לא הדינן מעשה הדבר אלא דהוי סברא מסויימת בשבועה דבתפסי תרוייהו בעי שבועה, ועוד נדון בזה לקמן בעזהשי"ת.

וגדר הך אנן סהדי כנ"ל, דלעולם אין זה סברא והוכחה שכל אחד יש לו בה החצי, אלא דין תורה הוא דאדם המוחזק בממון יש לנו לנקוט ולדון שהוא שלו. ומש"כ "אנן" סהדי, כ"ל בית דין, דכן הוא הדין להחזיק הממון לשניהם, עי' ש"ך חו"מ סע"ה סקי"ט שקרא להך אנן סהדי "אנן סהדי דבית דין", והוא כנ"ל. והוסיף מו"ר זצ"ל דאף במוחזק יחידי הדבר כן לעת התוס', דמאי דאמרינן חזקה כל מה שתחת ידיו של אדם שלו הוא אין כ"ל דהוי הוכחה שהממון שלו, אלא כן הוא דין התורה לדון שהממון שלו.

מלישנא דהתוס׳ שכתבו דהוי **כאילו** כל אחד יש לו בה בודאי החצי, וכן ביאר בזה מו״ר זצ״ל. וכיון דהוי כאילו כל אחד יש לו ודאי החצי הרי זה מחייב דין יחלוקו, וזה שפיר שייך גם במנה שלישי, דכיון דחשיב תחת ידי שניהם נאמר דין אנן סהדי דכל אחד יש לו בה החצי. וכן נראה מבואר ממה שהקשו התוס׳ לקמן גבי זה אומר כולה שלי וזה אומר חצייה שלי דנימא דאין ספק מוציא מידי ודאי, דאילו הוה אמרינן דהך אנן סהדי הוא מצד מאי דכל אחד יש לו ראיה דחזקה על החצי, הרי באומר חצייה שלי יש לו ראיה דחזקה על רביע והאיך נימא דאין ספק מוציא מידי ודאי. אלא מבואר כנ״ל, דלעולם ליכא ראייה דחזקה, אלא מצד דינא אתינן עלה, וכמשנ״ת, ודין זה נקבע על פי טענותיהם, ואי מצד טענתו הוה אמרינן דאין ספק מוציא מידי ודאי ואין טענתו כלום, שוב לא היה לחשבו מוחזק כלל. והאמת דדבר זה מוכרע הוא מעצם דינא דזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי, דאי מאי דתפיס בחציו הוי ראיה לטענתו, אדרבה, שפיר נימא דיהא חצי שלו כיון דהמוחזק ראיה הוא לטענתו, אע״כ דלעולם אין זה ראיה, אלא דין מחמת המוחזק, ואדרבה, מה שהוא מוחזק בו הוקבע על פי טענתו, וכן הביא מו״ר זצ״ל ראיה זו.

אכן יעויין דברי הרא״ש סי׳ א׳, וכ״ה בתוס׳ ב״ב ל״ד ע״ב ד״ה ההוא ארבא, שכתבו חילוק זה דהיכא דאוחזין שאני באופן אחר, ע״ש שהאריכו לבאר דכיון דכל אחד מוחזק אי אפשר להוציא מידם, והוכיחו כן מנסכא דר׳ אבא, הילכך אי אפשר לומר כל דאלים גבר ובעינן למימר יחלוקו, ולא כתבו דהוי כאילו אנו יודעים שיש לכל אחד החצי כמש״כ התוס׳ בסוגיין. והנה התוס׳ בסוגיין פירשו בתי׳ הגמ׳ במנה שלישי דר״ל דבעינן שתהא החלוקה יכולה להיות אמת, אכן הרא״ש כתב דיסוד התירוץ הוא דגבי מנה ג׳ היה ידוע לנפקד קודם שנולד הספק של מי היה משא״כ במשנתנו, ודלא כפי׳ התוס׳, וצ״ב מהו פשר שינוי זה. ולשון הגמ׳ משמע לכאורה כדברי התוס׳ ודחוק קצת לדברי הרא״ש, דהא איתא בגמ׳ דבמתני׳ איכא למימר דשל תרוייהו הוא, ואילו לדברי הרא״ש עיקר החילוק בזה הוא דגבי מנה שלישי ודאי דחד מינייהו הוא **קודם שנודע מחלקותן**, ודלא כפשטות לישנא דהש״ס.

ויש מקום עיון בגוף דברי התוס׳ בסוגיין, שכתבו בא״ד, וז״ל: לכך משני דהתם ודאי דחד מינייהו הוא ואיל החלוקה יכולה להיות אמת וכו׳, עכ״ל. ולכאורה מעולם לא הוקשה להו מהו תירוצא דהגמ׳ גבי מנה ג׳, דלא הוקשה אלא האיך הוה ס״ד שיהא שייך שם יחלוקו כיון דאין שניהם אוחזין בה, ואהא שפיר תירצו דעל ידי הנפקד שמחזיק לתרוייהו הוי כאילו שניהם מוחזקין בה, ואמאי הוצרכו לבאר תי׳ הגמ׳.

והנראה פשוט בביאור הדברים (ועצם המהלך דשו בו רבים), דנחלקו התוס׳ בסוגיין והרא״ש בעיקר דין יחלוקו דמתני׳ מהו גדרו, דלדעת התוס׳ דין יחלוקו דמתני׳ מדין ודאי הוא, דמה ששניהם מוחזקים פועל דין אנן סהדי, וכנ״ל, ועל ידי זה הוי כאילו יודעים שכל אחד מהם יש לו החצי, והרי זה מחייב דין יחלוקו. וכן הוא לשון הרשב״א בסוגיין, ע״ש שכתב דמהני תפיסה כאילו נחלקה, הרי להדיא כנ״ל. ולדבריהם, לעולם אין פסק הדין דיחלוקו מתייחס לעצם הספק כלל, אלא כיון שבאו לב״ד מוחזקים אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי׳ וכו׳ ומחוייבין ב״ד להניח שהוא של שניהם, ועיקר הפסק הוא על הממון ולא על הספק, ובפרט למה שנתבאר דאין הך אנן סהדי ראיה הוא אלא דין הוא, דודאי אין ד״ז מברר הספק. אכן דעת הרא״ש בסוגיין והתוס׳ בב״ב דאין דין יחלוקו דמתני׳ פסק על הממון אלא דהוי הנהגת ב״ד על הספק, דבעצם היה לנו לומר דכל דאלים גבר, (כדמוכח גם מדברי התוס׳ בסוגיין), רק כיון דעל ידי תפיסתן נמצא הממון אצל שניהם, אף שאין זה מוחזק ממש מ״מ התופס מהם גזלן הוא ולכך אי אפשר להוציא לומר כל דאלים גבר, דיתכן דיהיה אחד גוזל את חבירו, וע״כ צריכים לומר בזה דיחלוקו. באופן דיחלוקו לדעתם הוא דין מספק ולא פסק ודאי על הממון.

ועפ״ז יתבארו השינויים שבין דברי התוס׳ לבין דברי הרא״ש, דלדעת התוס׳, כיון דאין דנין על הספק אלא פוסקים עכשיו כפי המוחזק ודין האנן סהדי על הממון, העיקר שנוגע הוא דתהא החלוקה המתחייבת עכשיו יכולה להיות אמת, ואף דאין הך אמיתות מונח באחד מצדי הפסק. וביאר מו״ר זצ״ל דבאמת מצד המוחזקים שפיר איכא מחייב למימר יחלוקו אף דאין החלוקה יכולה להיות אמת, רק למעשה אין אומרים כן היכא דאין החלוקה יכולה להיות אמת, דהוי כמין קנס דאין נותנין למי שלא שייך שיהא שלו. אכן לדעת הרא״ש, הרי יסוד דינא דיחלוקו הוא מצד הספק, וכמשנ״ת, ולעולם הוי חלוקת ספק, אשר בזה, כיון דלעולם לא פסקינן כלום על הממון לא איכפת לן אי החלוקה יכולה להיות אמת דהא לעולם לא אמרינן דכן הוא אלא דכך הוא הנהגת הספק. ולדברי הרא״ש יסוד הדבר הוא דבכדי דנימא דדין הספק הוא דיחלוקו, בעינן למימר דעכ״פ אחד מצדדי הספק הוא דהוא של שניהם, אשר זהו דפירש הרא״ש דתלוי הדבר בנודע לנפקד קודם שנולדה מחלקותן. וביאור הדברים, דהיכא דידוע להנפקד קודם שנולדה מחלקותן, הרי אין הספק על המנה של מי הוא, דנימא דאחד מצדדי הספק הוא שהוא של שניהם, אלא יסוד הספק הוא **של איזה מהם הוא** כולו, ואין צדדי הספק אלא שמא היא כולה של זה או כולה של זה, ובספק זה ליכא דין דנימא יחלוקו. וכל זה לשיטת הרא״ש, אבל לשיטת התוס׳ לא איכפת לן כלל בזה, דהרי אין דנין מצד הספק כלל, אלא מצד המוחזק פוסקים על הממון דיחלוקו, וכנ״ל, ולדבריהם אין הדבר תלוי אלא בחלוקה יכולה להיות אמת, וכמשנ״ת. ומבואר עפ״ז מה שהוסיף הרא״ש בביאור דינא דמנה שלישי דהספק נולד ברשות הנפקד, וביאורא דמילתא, דבכדי דנימא דמדין הספק הוא להשאיר הדבר אצל מי שהוא בחזקתו, בעינן שתהא החזקה חזקה על הספק, ואילו היה נולד הספק קודם שהגיע לרשותו של הנפקד, לא היה הך דין יחלוקו דע״פ חזקתו הנהגה והכרעה על ספק זה, דתפיסה זו הרי היה אחר שנולד הספק. ואין מקום לדבר זה אלא לפום שיטת הרא״ש דדין יחלוקו הוא על הספק, אך לדברי התוס׳ דלא דיינינן על הספק אלא פוסקים על הממון לא שייך דבר זה כלל, אשר על כן לא הזכירו התוס׳ מזה כלום.

והנה התוס׳ כתבו דחשיב מנה שלישי כאילו שניהם מוחזקים בו הואיל והנפקד תופס בחזקת שניהם, אשר הכונה בזה לכאורה דמאחר שאינו יודע של מי הוא הרי הוא מחזיקו לתרוייהו וחשיב על ידי כך כאילו שניהם מוחזקים בו. אכן יעויין תוס׳ ב״ב דל״ד ע״ב ד״ה ההוא ארבא וכן בראש״ש בסוגיין שכתבו דמאי דבמנה שלישי חשיב כאילו שניהם אוחזין הוא כיון דמכח שניהם נפקד והספק נולד ברשותו ויד הנפקד כידם, ומשמע מדבריהם דעיקר הטעם דחשיב בחזקת שניהם הוא משום דאיירי בשנים שהפקידו בבת אחת ולהכי חשבינן לה פקדון דתרוייהו. והתוס׳ לא הזכירו הא דמכח שניהם נפקד, ומשמע קצת דלשיטתם לא בעינן לזה וסגי במה שהנפקד אינו יודע מיהו המפקיד ועל ידי זה חשיב שפיר כאילו שניהם מוחזקים.[2]

---

[2] ומתר מו״ר זצ״ל דנפ״מ לדינא באופן דידעינן דרק א׳ מינייהו הפקיד והנפקד אינו זוכר מי היה המפקיד, לדברי התוס׳ בסוגיין דהעיקר תלוי במה שהוא תופס עכשיו לשניהם שפיר חשיב כשניהם מוחזקים, אך לדעת התוס׳ בב״ב והרא״ש התליא מילתא במה שמכח שניהם הופקד לא יחשב בכה״כ כשניהם מוחזקים. והביא מו״ר זצ״ל קושיית הגרע״א אמאי דאיתא לקמן דכ״ח לסימנים וסימנים יניח, דלדעת התוס׳ דכל היכא דהחלוקה יכולה להיות אמת

ונראה פשוט דלשיטתייהו אזלי בזה, דלשיטת התוס' דיסוד דינא דיחלוקו אינו מתייחס לעצם הספק אלא בא הוא על הממון מצד המוחזקות, אשר לזה לא בעינן לומר אלא דמאחר דאינו יודע של מי הוא הרי הוא מחזיקו לתרוייהו וחשיב שפיר כאילו שניהם אוחזין. אכן לדעת הרא"ש והתוס' בב"ב, הרי יסוד החלוקה הוא מצד הספק ולא מצד המוחזקות, ואין המוחזקות אלא טעם דלא נימא כל דאלים גבר על ידי דאמרינן דמצד המוחזקות רואים שיש לכל אחד חלק בא אשר ממילא אי אפשר לתת לא' לגזול את חבירו, ובזה נראה דלא שייך לומר גבי מנה שלישי דמוכח מצד מה שמהחזיקו דיש לשניהם חלק בו אלא על ידי מה שהופקד אצלו מכח שניהם וגם נולד הספק אצלו, דאי לא היה נולד הספק אלא שמתחילה היה ספק של מי הוא לא היה מתפרש המוחזקות שהוא עבור שניהם, ודוק.

והנה מה שחידשו התוס' שיחלוקו דשנים אוחזין היא חלוקה ודאית מצד המוחזק, זה אינו אלא לפום תירוצם שתירצו דאוחזין שאני, אבל בקושייתם דהקשו מהא דההוא ארבא ע"כ דלא הוה ס"ל הכי, אשר לפ"ז מבואר היטב מה שהביאו גם ביאור תירוץ הגמ' דאיכא למימר דתרוייהו הוא, דר"ל דהחלוקה יכולה להיות אמת, דלקושייתם ע"כ דלא זאת היתה כונת הגמ', וכנ"ל, דחלוקה היכולה להיות אמת לא בעינן אלא למאי דהוי חלוקת ודאי על הממון, וע"כ דלפום קושייתם ביאור דברי הגמ' הוא כעין הרא"ש, אשר לזה הביאו **דלכך** תירצו דבעינן דתהא החלוקה להיות אמת, דכן הוא פשטות משמעות הגמ', כאשר הערנו באמת בדברי הרא"ש, ומזה הוכחה לפירושם בהא דאוחזין שאני, ודוק.[3]

אמרינן דיחלוקו אף לאיכא ולאי דמאי נימא בזה יחלוקו, דהרי כמו דבמנה שליש שייב שניהם מוחזקים מאחר דמחזיק לשניהם כך כאן כיון לאין ידוע של מיה הוא מחזיק המולא לשניהם והיה כשניהם מוחזקים ונימא דיחולוקו. ואמר מו"ר זצ"ל לדמשנ"ת לא יקשה קושי' זו אלא לדעת התוס' בסוגיין דחשיב שניהם מוחזקים מפאת מאי דמחזיק עכשיו עבור שניהם, אבל לדעת התוס' בב"ב והרא"ש דבכלי שיחשב שניהם מוחזקים בעינן דמעיקרא מכח שניהם הופקד, הרי ליתא הכא לדבר זה ולא יחשב כשניהם מוחזקים.

[3] ועמל מו"ר זצ"ל גם על המשך דברי התוס' גבי שנים אחוקים בשטר האיך שייך התם שתהא החלוקה יכולה להיות אמת, מה שייך דבר זה לכאן, הרי מקומו בדברי הגמ' לקמן ל"ג בהא דאמרינן דבעינן חלוקה שיכולה להיות אמת, עי' מהרש"ל, מהר"ם ומהר"ם שיטף. ועוד יש להעיר במש"כ התוס' בסוף דבריה לכסומכוס אע"ג דאין מוחזקים ואין החלוקה יכולה ליהות אמת אמרינן דיחלוקו, לכאורה גם זה לא שייך לדבריהם כאן. ואמר מו"ר זצ"ל, דבאו התוס' לאפוקי מדעת הריב"א בב"ב ל"ד ע"ב דבהאוא ארבא לא אמרינן דילוקו משום דאיכא ודאי דמאי, דלדידי' יקשה אמרי בשנים אחוקים בשטר יחלוקו הרי איכא ודאי דמאי, (וכמו שהקשו באמת התוס' בב"ב על דברי הריב"א), אשר זהן שכזבן הזנם' לתיירוסם כאם דאמרינן יחלוקו דווקא כאן דאוחזין וחלוקה יכולה להיות שפיר שייך דין יחלוקו גבי שטר דהחלוקה יכולה להיות אמת. וכן י"ל ביחס לסוף דברי התתס', דגם בזה באו לאפוקי מדעת הריב"א, דלדת הריב"א דהחלוקה מטעם ספק יקשה באמת מה החילוק בין שנים אוחזין דבעינן שתהא החלוקה יכולה ליאות אמת והך דסומכוס דלא בעינן שתהא החלוקה יכולה להיות אמת, בתרוייהו אין החלוקה אלא מספק. אבל לדעת התוס' אתי שפיר, דבדילן דתלוי במוחזקין וכו' הוי דין חלוקה מצד מוחזקות אשר בזה שפיר בעינן שתהא החלוקה יכולה ליהות אמת, משא"כ בהך דסומכוס אלין דין יחלוקו אלא מצד הספק.

והוסיף מו"ר זצ"ל שיש לבאר באופן אחר, והנה כתב הביה"ל דבדין חלוקה יכולה להיות אמת לא סגי במאי דאיכא אפשרות שהממון של שניהם, אלא בעינן שתהא החלוקה יכולה להיות אמת על פי טענותיהם. וסברא הך מילתא, דלמאחר דהספק הוא על פי טענותיהם, הוי כל הספק הי מינייהו אומר אמת והי מינייהו משקר, אולם בזה אין מקום ולהסתפק לאמא תרוייהו משקרי והמוון של שניהם, דמהיכי תיתי שנחוש ששניהם משקרים. אבל מדברי התוס' מבואר לכאורה דלא כדבריו, דהרי כתבו דבשנים אחוקים בשטר מיקרי חלוקה יכולה להיות אמת דאימור דפרע לא החמי, הא קמן דאף שטוען הלוה שפרע הכל והמלוה טוען שלא נפרע כלל אמרינן דהחלוקה יכולה להיות אמת ויתכן דתרוייהו משקרי. והתוס' בזה לשיטתם דס"ל דיסוד החלוקה הוא מצד המוחזקות ולא מצד הספק שנוצר על ידי טענותיהם, אשר ממילא לא איכפת לן במאי דאינה יכולה להיות אמת לפי טענותיהם, אבל להריב"א שפיר אמרינן דמכיון דכל דין החלוקה הוא מחמת הספק הנוצר על ידי טענוויהם, אין הספק אלא איזה מהם אומר אמת אבל לא חייבינן דתרוייהו משקרי, וכנ"ל. אשרו זהו שכתבו התוס' לבאר דבשטר חשיב שפיר יכולה ליהות אמת, דאילו להריב"א ליכא למימר הכי.

וביאור ראיית הרא"ש והתוס' בב"ב מנסכא דר' אבא, דלכאורה צ"ב וכי בעינן ראיה לדינא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, אלא יסוד הדבר, דבאמת בשנים אוחזין ליכא דין המוציא מחבירו עליו הראיה כיון דהשני נמי מוחזק בו, והוא לדברי הרא"ש והתוס' בב"ב דאין החלוקה אלא מדין ספק ולא מדין ודאי, ומ"מ אמרינן דאם חוטפו השני ממנו על ידי דינא דכל דאלים גבר גזלן הוא, אשר זה חידוש הוא כיון דליכא דין הממע"ה. וזהו שהוכיחו מדינא דנסכא דר' אבא, דהא שיטת התוס' דמהני תפיסה בטענת ברי במקום ספק, והאי מאן דחטף הא אמר ודאי דדידי' חטף, והיינו טעמא לא מהניא תפיסתו משום דאמרינן דגזלן הוא ותפיסת גזילה לא מהניא, אשר מזה מוכח דאף היכא דליכא דינא דהממע"ה חשוב תפיסה ממי שמוחזק גזילה, וא"כ ה"ה בנ"ד כיון דלוקח ממה שהיה תופס בו, באשר נוגע לחטיפה ממנו שפיר חשיב מוחזק לענין שתחשב תפיסת גזילה. ועד"ז ביאר מו"ר זצ"ל, ועוד נבאר בזה לקמן בגמ', בעזהשי"ת.

וביאור לישנא דהש"ס דאיכא למימר דתרוייהו הוא לדעת הרא"ש, דלכאורה העיקר חסר, דלדידי' הרי עיקר התי' הוא דהספק נולד קודם משא"כ במנה שלישי דהספק נולד אחר שהגיע ליד הנפקד, י"ל בזה ע"פ משנ"ת לעיל דדווקא היכא דהספק הוא של מי הוא המנה הוא דמהניא חזקה, כיון דקיים אפשרות שהוא של שניהם, וכנ"ל, אבל במנה שלישי שנולד הספק אח"כ הספק הוא של איזה מהם הוא ולא של מי הוא, ונמצא דהא דחלק מהספק הוא הא דאיכא למימר דתרוייהו הוא הוא דווקא היכא דנולד הספק קודם, ואתי שפיר לישנא דהש"ס גם לשיטת הרא"ש.

והוסיף מו"ר זצ"ל בזה ביאור, דיעויין בטור סי' קל"ח שכתב כעין דברי הרא"ש דאמרינן דיחלוקו אפילו היכא דאיכא ודאי רמאי אם לא כמנה שלישי דנודע לנפקד שהוא של אחד מהם "אפילו קודם שבעו לפני ב"ד לחלוק עליו לפיכך יהא מונח עד שיבוא אליהו, עכ"ל, והנה הוסיף הטור לדברי הרא"ש תיבה אחת, דידעינן שהוא של אחד מהם **אפילו** קודם שבאו לב"ד.ומבואר מדבריו דלאחר שנודעה מחלקותם גם בזה אומר אני ארגתיה וכו' ידעינן בודאי שהממון של אחד מהם, וכל החילוק בין ארגתיה לבין מנה שלישי הוא דבאני ארגתיה על כל פנים קודם שנודעה מחלקותם יתכן שהממון של שניהם משא"כ במנה

שלישי אפילו קודם שנודעה מחלקותם ידעי' שהוא של אחד מהם. וביאור הדברים כנ"ל, דלאחר שנודעה מחלקותם וכל אחד טוען אני ארגתיה ליכא סיבה להסתפק דילמא הטלית של שניהם וב' הטענות אינן אמת, דמתוך הטענות מבואר שאחד משקר והספק הוא איזה מהם משקר אולם אין בזה סיבה להסתפק שהוא של שניהם, דמהיכי תיתי לומר ששניהם משקרים. לכך ביאר הרא"ש דהטעם דמסתפקים שמא הטלית של שניהם הוא משום דקודם שנודעה מחלקותם איכא למימר דתרוייהו הוא, ר"ל דהאיזנה עצמה מראה לנו שהממון של שדניהם וא"כ האחיזה עצמה היא סיבה להסתפק שמא הוא של שניהם אשר ממילא חשיב שפיר חלוקה יכולה להיות אמת, אשר זהו כונת הש"ס דאימא דתרוייהו הוא. ומה שכתבו הרא"ש והטור דבמנה שלישי אפי' קודם שנודעה מחלקותם ידוע לנפקד שהוא של אחד מהם לא מסברא דנפשי' הוא דאמרו כן, אלא כך הוא פירושו לדעתם במה שנאמר בגמ' ודאי מנה דחד מינייהו, דלכך אין להסתפק שהוא של שניהם, וכמשנ"ת.[4]

ועי' בתוס' הנ"ל בב"ב (וכן בתוס' הרא"ש בסוגיין) שהביאו דברי הריב"א שיישב קושיית התוס' באופן אחר, והוא, דלעולם אוחזין לאו דווקא, והיינו מחמת הקושי' ממנה שלישי דאין שניהם מוחזקים, וכ"כ בתוס' הרא"ש, (והא דאיתא לקמן דף ג' אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' וכו', יתבאר במקומו, בעשהזי"ת), ומאי דגבי ארבא לא אמרינן דיחלוקו הוא משום דאיכא ודאי רמאי, כדמשנינן בסוגיין במנה שלישי. ומאי דלא אמרינן גבי מנה שלישי כל דאלים גבר, כתב הריב"א דהיינו משום דאי תפסינן לא מפקינן, אלא דהקשו ע"ז מה נימא למ"ד דמפקינן. ולכאורה היה אפשר לחלק דנהי דגבי ב"ד איכא מ"ד דמפקינן, מ"מ גבי נפקד במנה שלישי ליכא למימר הכי, דבמה שנותן מספק למימר כל דאלים גבר לא מקיים חיוב השבת הפקדון בהכי, והוזכרה סברא זו ברמב"ן, אלא דחזינן דהתוס' לא סבירא להו חילוק זה, ואפשר דהיינו משום דכיון דהופקד אצלם בכרך אחד שפיר מקיים חיוב השבתו בכך.

עוד הקשו ממה שהקשו בסוגי' דב"ב אדינא דההוא ארבא מב' שטרות היוצאין ביום אחד ומהמחליף פרה בחמור דאמרינן בהו דיחלוקו, ולדברי הריב"א מה הקשו, הרי התם ליכא ודאי רמאי. והנה מיסוד דברי הריב"א חזינן דבעצם מצד הספק היה לנו לומר דיחלוקו ועדיפא יחלוקו מכל דאלים גבר, ודלא כשיטת ר"ת הנ"ל, אלא דהא דאיכא ודאי רמאי מונע מלומר יחלוקו ועל כן בעינן למימר דכל דאלים גבר. וביאור דבר זה, אמר מו"ר זצ"ל, דבכגון שנים אוחזין, דכל הספק נולד על ידי טענותיהן וכל זכותם דיחלוקו מכח טענותיהן הוא, בזה, כיון דאיכא ודאי רמאי, כיון דאיכא בין טענותיהן ודאי טענת שקר, א"א לקבל ב' הטענות. וכל זה שייך היכא דזכותו בהחפץ הוא על ידי טענתו, אכן בכגון ב' שטרות היוצאים ביום אחד והמחליף פרה בחמור, הרי אין זכותו נובע מטענתו אלא מצד עצם הספק, ולא שייך בזה כלל לומר דלא נימא יחלוקו משום דאיכא ודאי רמאי, וא"כ, אדרבה, יקשה עוד יותר קושיית הגמ' לדעת הריב"א, דאף אילו היה שם ודאי רמאי לא היה מונע זה מלומר יחלוקו. אך יסוד קושיית הגמ', דנהי דמצד טענותיהן אין להם זכות בהממון כיון דאיכא ודאי רמאי, מ"מ הרי סו"ס נולד על ידי טענותיהן ספק לב"ד, ונימא דמחמת הספק עצמו יחלוקו, אשר זהו דהקשו מב' שטרות היוצאים ביום אחד ומהמחליף פרה בחמור, דחזינן התם דמחמת עצם הספק איכא דין יחלוקו, וא"כ ה"ה דנימא הכי גבי ההוא ארבא כיון דעכ"פ מחמת טענותיהן איכא ספק לב"ד.

ועוד הקשו בתוס' על דברי הריב"א, דכל הך דינא דודאי רמאי לא אמרו אלא בדברי ר' יוסי, אבל לרבנן יסוד הדין יסוד אחר הוא, דדוקא היכא דהספק נולד אח"כ הוא דאיכא דין יחלוקו, ובההוא ארבא שפיר איכא למימר מצד הספק דיחלוקו. אכן עי' חידושי הרמב"ן דמבואר מדבריו דאף טעמא דרבנן משום קנס הוא, ולמש"כ שם מבואר היטב שו"ט דהגמ', ויסוד התירוץ הוא לחלק בין היכא דקנסינן לבין היכא דלא קנסינן, דהיכא דאיכא למימר דתרוייהו לא קנסינן.

ועי' שם בתוס' שכתבו, וז"ל: ועוד פי' ריב"א דהיכא דאוחזין אפי' איכא רמאי יחלוקו כדתניא התם בפ"ק גבי שנים אוחזין בשטר וכו', עכ"ל. ביאור דבריו, דחידש דלא נימא דמאי דאוחזין לאו כלום הוא, אלא עדיין איכא מעלה באוחזין, וגדר הדבר לכאורה, דהיכא דאין אוחזין דין יחלוקו מצד הספק או על ידי טענותיהם הוא, אשר בזה דהיכא דאיכא ודאי רמאי לא יחלוקו, וכנ"ל, אכן היכא דאוחזין היחלוקו מצד תפיסתן וחזקתן הוא, ומהני אפי' בדאיכא ודאי רמאי.

והקשו התוס' על דברי הריב"א אלו, דלפ"ז מאי פריך ממנה שלישי, הרי הכא אמרינן דיחלוקו משום דאוחזין, ואוחזין שאני דאמרינן יחלוקו אפי' בדאיכא ודאי רמאי. והנה התוס' בקושייתם הבינו בדברי הריב"א דהיכא דאוחזין האוחזין מחייב דין יחלוקו, על כן שפיר הקשו, אכן בדעת הריב"א לכאורה איכא למימר דס"ל דלעולם אין אוחזין מחייב דין יחלוקו, אלא כל פעולתו דכיון דאוחזין ליכא למימר כל דאלים גבר, ושוב ממילא צריכים לומר דיחלוקו, ולכך אמרינן דיחלוקו אף היכא דאיכא ודאי רמאי, אכן עצם הדין יחלוקו מצד טענותיהם הוא, אשר ממילא שפיר הקשו ממנה שלישי, דאמאי לא אמרינן התם דיחלוקו. וכ"ת דאף דמשום האוחזין ליכא למימר כדא"ג מ"מ נימא יהא מונח היכא דאיכא ודאי רמאי, י"ל דכי היכי דמהני הא דאוחזין דליכא למימר כדא"ג כך מהני דליכא למימר יהא מונח, עי' רמב"ן בסוגיין דמבואר כן מדבריו.

והתוס' שם בסוף דבריהם הקשו עוד על דברי הריב"א משנים אדוקין בשטר שהקשו בגמ' לרבי מ"ש ממתני' דאמרינן דיחלוקו, ולדברי הריב"א הא חלוק שטר מטלית דבטלית אפי' אין אוחזין איכא יחלוקו ובשטר דווקא באוחזין הוא דיחלוקו דאם לא אוחזין אמרינן כדא"ג. וצ"ב מהו המשך דבריהם, דקושי' זו לא שייכא לכאורה למה שהוסיף הר"י דבאוחזין מהני אפי' היכא דאיכא ודאי רמאי, אלא למה שפירש לעיל

---

[4] והנה הקשה התומים בסי' קל"ח סק"ב על דברי הרא"ש והטור דטעמא דבמנה ג' לא אמרינן דיחלוקו הוא לאפילו קודם שנודע מחלקותם היה ידוע לנפקד שהוא של אחד מהם, ממש"כ הטור סי' רכ"ב דמקח וממכר אם המוכר אינו יודע למי מכר יחלוקו אפי' במקח ביד מוכר, דמ"ש מקח ביד מוכר ממנה שליש דאמרינן דיהא מונח, דהא הטור התם מיירי באופן דהמוכר יודע שמכר לאחד מינייהו ואינו זוכר למי ונמצא דאפילו קודם שנודע מחלקותם היה ידוע לו שהוא של אחד מהם, עי' קמה"ח שם סק"א ובנתיה"מ שם מה שהילו בזה. ואמר מו"ר זצ"ל דעפמשנ"ת בביאור דברי הרא"ש והטור אתי שפיר בפשטות, דמלקוק לשון הטור דבמנה ג' נודע אפי' קודם שבאו לב"ד משמע דבעינן שיהא נודע גם קודם שבאו לב"ד וגם לאחר שבאו לב"ד, אבל לו יצוייר שיהא אחר שבאו לב"ד מצד שלא נודע שהוא של אחר מהם, שפיר יהיה בזה דינא דיחלוקו. והסברא מוכחת כן, דהא יסוד ד'בריהם לפמשנ"ת הוא דבעינן שיהא מצד הספק לד שהוא של שניהם ולא יהיה הספק רק אם הוא של האחד או של השני, וזה נעשה או על ידי עצם התפיסה, כמו גבי אני ארגתיה, או על ידי טענותיהם היכא דמצד טענותיהם ניתן לומר שהוא של שניהם, וגבי מקח וממכר נהי דמקודם ידע המוכר שהוא של אחד מהם ואין בתפיסה לד שהוא של שניהם, מ"מ אחר כך מצד טענותיהם שכל אחד מהם נתן כסף שפיר יתכן דנתרצו הבעלים למכור לשניהם, אשר ממילא שפיר שייך בזה דינא דיחלוקו, ודוק.

דאוחזין לאו דווקא ואף בלא אוחזין יחלוקו בטלית, וצ"ב.
והנה כתב הר"י מגאש בב"ב דף ל"ד דגבי פקדון, וכגון מנה שלישי, אף היכא דליכא רמאי לא אומרים יחלוקו אלא אומרים דיהא מונח. ועי' רמב"ן שם שביאר דבריו, ד"כיון דמונח ביד שליש לא מפקינן מיני' ליחלוקו ולא לכל דאלים גבר הילכך יהא מונח", אלא דהקשה הרמב"ן על דבריו דהא מבואר להדיא בסוגיין דאי לאו דאיכא ודאי רמאי שפיר הוה אמרינן אף במנה שלישי יחלוקו. ועי' חידושי הרשב"א בסוגיין דמבואר מדבריו דלדעת הרא"י מגאש, והרי"ף דמשמע נמי כוותי', הוי מחלוקת הסוגיות. ואף מדברי הרמב"ם נראה דס"ל הכי, דלא הביא גבי מנה שלישי כלל הא דודאי רמאי או ודאי דחד הוא. וביאור עצם שיטת הר"י מגאש, אמר מו"ר זצ"ל דס"ל דהא דיחלוקו אינו אלא מספק, אשר ממילא לא מפקינן משליש בכה"ג ליחלוקו שהוא על הספק. והא דכתב הרשב"א דהוי מחלוקת הסוגיות, ביאר מו"ר ע"פ דברי התוס' שם בב"ב שהקשו על דברי הריב"א אמאי אמרינן במנה שלישי דיהא מונח ולא אמרינן כל דאלים גבר, ותירצו דהיינו משום דלא מפקינן, ושוב הקשו דהניחא למ"ד לא מפקינן אבל למ"ד מפקינן מאי איכא למימר. אשר לפ"ז י"ל דהא דבסוגיין ס"ל דאי לאו דודאי רמאי שפיר היה דינא דיחלוקו, היינו למ"ד מפקינן , ולהלכה דק"ל דלא מפקינן אתיין דברי הר"י מגאש שפיר ככתבן.
ד) רש"י ד"ה וזה אומר חציה שלי- מודה הוא שהחצי של חבירו ואין דנין אלא על חציה הלכך זה האומר כולה שלי ישבע וכו' כמשפט הראשון מה שהן דנין עליו נשבעין שניהם וכו'- מבואר מדבריו דדינו כמשפט הראשון ואין דנין אלא על החצי, ולא הזכיר בזה מוחזקות כלל. אכן עי' תוס' הרא"ש שכתב, וז"ל: והחצי שהוא מודה לו חשוב כאלו הוא לבדו מוחזק בו והחצי שהם דנים עליו חשיב כאלו שניהם מוחזקים בו וכו', עכ"ל, ומשמע מדבריו דבעצם ב"ד דנין על כל הטלית. ופשוט לכאורה דלשיטתייהו אזלי בזה, וכן אמר מו"ר זצ"ל, דמדברי רש"י הרי מבואר בפשטות דלדינא דיחלוקו לא בעינן שיהיו שניהם אוחזין, אלא דבעינן שלא יהא כח לזה יותר מלזה, ויוצא מדבריו דבעצם מצד הספק אמרינן דיחלוקו, ועדיפא יחלוקו מכל דאלים גבר, ע"ד שנתבאר מדברי הריב"א. והרא"ש ס"ל דבעצם היה לנו לומר כל דאלים גבר אלא דמצד דהויין מוחזקין ליכא למימר הכי על כן ממילא אמרינן דיחלוקו. אשר לפז"נ, דלשיטת הרא"ש תחילת הדין הוא לדון מי הוא המוחזק, אשר זהו שכתב דבזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי האחד מוחזק בחציו ובחציו השני שניהם מוחזקים. אכן לדברי רש"י הרי אין דין יחלוקו נקבע משום המוחזקות אלא מצד הספק שעל ידי טענותיהם עצמו, ובזה פשוט דהיכא דזה שאומר חציה שלי מודה דהחצי האחר אינו שלו, אין זה בכלל הספק כלל.
והנה הקשו התוס' בד"ה וזה נוטל רביע מהא דספק ויבם דאמרינן דאין ספק מוציא מידי ודאי, ותירצו, וז"ל: 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. וביאור שו"ט דהתוס' הוא דשקלו וטרו בביאור סוגי' דיבמות, דבקושיית הוה ס"ל דלא חשיב היבם ודאי אלא על חלק מהירושה, ובזה סגי למימר כלפי הספק דאין ספק מוציא מידי ודאי, ואילו בתירוצם ס"ל בפירושא דסוגי' דיבמות, דבאמת חשוב יורש כודאי על כל הירושה, דכל יורש יש לו בעצם דין זכייה בכל הירושה, אשר ממילא שפיר אמרינן התם דאין ספק מוציא מידי ודאי, משא"כ בסוגיין דאינו אלא ודאי בחציו האחר ולא החצי זה, בזה לא שייך למימר דאין ספק מוציא מידי ודאי. והנה יעויין שם ביבמות, דבאמת יוצא מפירושו של רש"י כהבנת התוס' בקושייתם, דהא דחשיב ודאי אינו משום דיורש הוי יורש על כל הירושה, אלא משום דאית לי' ודאי חלק בהך ירושה, כמו שתפסו שם התוס' בדבריו, ע"ש, ולדידי' יקשה לכאורה קושיית התוס'. (אלא דיעויין בראשונים בסוגיין שתירצו קושיית התוס' באופן אחר ויתכן דס"ל לרש"י כא' מתירוצים אלו.)
והנה הא ודאי דאף לשיטת רש"י השם יורש מתייחס לכל הירושה, רק דס"ל דלא סגי בזה לחושבו כודאי, דסו"ס בפועל אין זה מחייב שיהיה לו כל הירושה, אשר על כן ס"ל דלא נחשב ודאי אלא משום דאית לי' ודאי חלק בו. ועפ"ז נראה דלרש"י לשיטתו לא יקשה קושיית התוס' כלל, דהא ס"ל לרש"י בזה אומר חציה שלי וזה אומר כולה שלי דאין הנידון אלא על החצי שחולקים עליו ולא על החצי שמודה לו בו, וודאי דאין מה שהחצי השני שלו חשוב ודאי לענין הדין תורה שהוא על חצי זה, משא"כ בספק ויבם, מה שיש לו ודאי חלק בו פירושו דיש לשם יורש שלו תוקף בפועל, ושם יורש בעצם ודאי מתייחס על הכל, אשר על כן שפיר אמרינן בזה דאין ספק מוציא מידי ודאי. והתוס' שהקשו היינו לשיטתם דס"ל ע"ד הרא"ש דבעצם מסתכלים ב"ד על הכל ודנין ע"פ המוחזקות, וכמשנ"ת, וא"כ שפיר הוי כהא דספק ויבם, ודוק.
ה) תוד"ה וזה נוטל רביע- וא"ת יהא נאמן דחציו שלו מיגו דאי בעי אמר כולה שלי וכו'- עי' מרדכי שתירץ בשם ר"ת דלא אמרינן מיגו על ממון זה במיגו דאי בעי ליתבע ממון אחר, דלא אמרינן מיגו מממון לממון. והא דלקמן דף ג' דמפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע, דפירש הר"י דר"ל אמאי אינו נאמן בלא שבועה כשמודה במקצת במיגו דהיה יוכל לכפור הכל, היינו לפטור משבועה דבמיגו כלשהו פטרינן לי' משבועה. ובדברי הראשונים נאמר עוד תי' לקושיית התוס', דאין כח בטענת כולה שלי אלא לזכותו בחצי מה שטוען, וא"כ אף כשטוען חציה שלי לא יזכה אלא בחצי מה שטוען. ולכאורה ב' תירוצים נפרדים הם ולא תליין הא בהא. אכן יעויין חידושי הרמב"ן בסוגיין שכתב, וז"ל בא"ד: דכי אמר כולה שלי הא לא שקיל אלא חצי מה שהוא טוען אף האומר חציה שלי אין לו אלא חצי מה שהוא טוען שאם אתה אומר יש לו הכל יותר אתה מאמינו בטענה זו ממה שאתה מאמינו באותה טענה של כולה שלי ומה שזה מודה לו הרי הוא כאילו חלק אותו חצי וכבר נטלו והיאך תאמר מיגו שהיה זה יכול לתבוע ממנו גלימא שלו נאמין אותו כשהוא טוען בטלית אחר הרי בטענת חצי זה אין לו דרך ליטול אותה לגמרי, עכ"ל. ומבואר לכאורה מדבריו שערבב ב' התירוצים יחד, וצ"ב כונתו בזה.
והנראה בזה, דהנה יעויין בעליות דר' יונה ב"ב דף ל"ב, שכתב דלא אמרינן מיגו מממון לממון, וכתב דלא דמי להני עיזי דאכלי חושלא בנהרדעי, "דהתם עיזי גופייהו היה תופס והיה נאמן בהם לעכבן בתורת משכון מתוך שהיה יכול לעכבם ולטעון שלי הם, מה שאין לומר כן בעובדא דרבה בר שרשום דלא שייך למימר שיודה שהקרקע של יתומים ויחזיק בו למשכון בשביל זוזי יתירי שהיה תובע מתוך שהיה יכול לומר שהיה לקוחה בידו". ומבואר להדיא מדבריו דיסוד הך מילתא דלא אמרינן מיגו ממון לממון אינו תלוי בטענותיו, כלומר דטענה האחרת שהיה יכול לטעון היא על ממון אחר אשר אינו שייך לדין תורה זו, דהא אף גבי בעובדא דהנהו עיזי הדבר כן, תביעת טענתו שטוען הוא על דמי החושלי שאכלו, ואילו מה שהיה יכול לטעון הוא על גוף העזים, אלא יסוד הך מילתא הוא דבחפצא דהממון, דאם אך גם טענתו שהיה יכול לטעון היה מזכהו בממון זה שבא לזכות בה עכשיו, אף שהוא על ידי טוען ונטען אחר לגמרי, מ"מ לא חשיב מיגו מממון לממון.
והנה לדברי רבינו יונה לא יקשה לכאורה משה"ק במרדכי מהא דלקמן דף ג' דהקשו שיהא נאמן המודה במקצת בלא שבועה במיגו שהיה יכול לכפור הכל, דהתם הרי על ידי הכפירה בכל שפיר היה זוכה גם בחלק הכפירה שכופר עכשיו שמודה במקצת, ומה איכפת לן במה שהיה גם זוכה גם במקצת שמודה בה. ומדברי המרדכי מבואר שהבין דיסוד מאי דלא

אמרינן מיגו מממון לממון הוא דהיכא דטענתו שהיה יכול לטעון היה על טוען ונטען אחר לא הוי מיגו, אשר על כן שפיר הקשה דטענת כופר הכל הוא על כל הממון ולא על מקצתו בלבד. (וביאור תירוצו דלענין שבועה במיגו כל דהו סגי לכאורה הוא דנהי דלא שייך במיגו ממון לממון כח הטענה דמה שהיה יכול לטוען, מ"מ ראיה שפיר איכא, דאם היה רוצה לשקר היה כופר בכל, ובזה, אף דלעולם לא הוי כראיה דעדים, מ"מ סגי בזה לפוטרו משבועה, וז"פ.) והנה אמרי משמי' דהגר"ח לבאר מאי דלא חשיב מיגו דאי בעי כופר הכל מיגו ממון לממון, דמה שחייב שבועה הרי הוא משום הדרדא, ובכופר הכל ליכא דרדא והיכא דמודה במקצת איכא דרדא, ופעולת המיגו אינו אלא לומר דליכא דרדא, ושוב זוכה ממילא מצד כפירתו במקצת כיון דליכא דרדא, ולא שייך דבר זה למיגו מממון לממון. ומדברי המרדכי שהקשה כן מבואר דלא ס"ל הכי, והיינו לכאורה משום דסו"ס מאי דאמרינן דליכא במב"מ דרדא הוא על ידי שהיה יכול לטעון טענת כפירה בכל, וכיון דהך טענת כפירה בכל הוא על טוען ונטען אחר, אין מתחשבין בה בכלל ושוב איכא דרדא וחייב שבועה.

וע"פ דברי רבינו יונה יתבארו דברי הרמב"ן, דלדבריו בעצם לא שייך לדון בנ"ד דהוי מיגו מממון לממון, דהא על ידי טענת כולה שלי היה זוכה בחצי הטלית, והוא זה שבא לזכות בה עכשיו שטוען שחציה לו. ודווקא אי חסרון דמיגו מממון לממון הוא מצד הטענות והטוען ונטען הוא דשייך הכא מיגו מממון לממון, אשר לזה הקדים וכתב דכח טענה שיש לו מצד הך מיגו אינו אלא לזכות בחצי טענתו ולא בכולו. אלא דעדיין אילו הוה אמרינן דהחצי שמודה בו הוא בכלל הדין תורה היה שפיר מהני הך מיגו דהא למעשה על ידי טענת חציו זוכה בחצי ממה שדנין עליו כמו שהיה זוכה אילו היה טוען דכולה שלו, לזה הוסיף הרמב"ן דאין דנין על החצי שמודה בו כלל, וממילא דאין לו כח אלא לזכות בחצי טענתו. ונמצא דלא נתכוון הרמב"ן ליסוד דלא אמרינן מיגו מממון לממון כלל, והיינו משום דלא שייך הכא , וכמשנ"ת.

הדרינן לדברי התוס', דמדהוצרכו להביא ראיה מלקמן דף ח' מבואר שהיה להם צד לומר דבאמת לא הוי בכה"ג מיגו, רק שהוכיחו מד"ח דלא אמרינן הכי ושפיר הוי מיגו. והנה בשט"מ בשם גליון הובא תי' לקושיית התוס' דהוי כמין מיגו דהעזה דלא היה מעיז להיות כופר הכל, ואולי דמזה הוא שבאו התוס' לאפוקי בראייתם מדף ח', דחזינן מהתם דשפיר הוי מיגו בכה"ג.

וצידד מו"ר זצ"ל דיתכן דכל ראיית התוס' מלקמן ד"ח אינו אלא לשיטתם, דהא מבואר שם דטעמא דהוה אמרינן שיפטר משבועה הוא משום דהוי משיב אבידה, אלא דדעת התוס' דדיו משיב אבידה דין מיגו הוא, אבל לרש"י לשיטתו מבואר בכמה דכותי דלדידי' יסוד מסויים הוא דמשיב אבידה פטור והוא מתקנת חכמים, ולעולם אינו מדין מיגו, ולדידי', איברא דיותר העזה הוא לכפור הכל מלהודות במקצת, וודאי דלא חשיב בכה"ג מיגו בעלמא, מ"מ יתכן דאכתי משיב אבידה שפיר מיהא הוי, דאף דבודאי לכפור הכל יותר העזה הוא, מ"מ גם במה שתובע חציו העזה מיהא הוי , ויתכן דעדיין חשיב בכך משיב אבידה על ידי שלא העיז פניו טפי לכפור הכל.

ו) תוד"ה וזה נוטל רביע- ומפרש ריב"א דמיגו להוציא לא אמרינן דבחציו השני מוחזק זה כמו זה- ע' קצוה"ח סי' פ"ב סקי"ב שהקשה מכאן אמש"כ התוס' בב"ב דף נ"ב ע"ב ד"ה דברים דהיכא שנותן דמים לא חשיב מיגו להוציא (והתוס' שם הביאו בשם הר"ר דוד דאף בכה"ג חשיב להוציא), ע"ש בתוס' דכיון שתקנו שנותן הנגנב דמים משום תקנת השוק לא חשיב מיגו להוציא. וי"ל בזה, ואח"כ ראיתי שכתב בן בנתיה"מ סי' קל"ג סק"ח התם גבי יצא שם גניבה בעיר דתקנו דהלוקח ישבע כמה הוציא והנגנב ישלם ויקח החפץ, זכיית הנגנב בחפץ הוא משום הדמים שנותן, וכיון דהוצאת החפץ אינו אלא עבור תשלום הדמים ס"ל לר"ת דלא חשיב בכה"ג להוציא, אמנם בנידון דידן, הרי מאי דמקבל חציו אינו עבור נתינת הדמים, דהא הוא אינו נותן דמים כלל, אלא המוכר מחזיר הדמים, וזכייתו משום טענתו לבד היא, דהא אם יאבדו הדמים מהמוכר באונס הרי יפטר מלשלם וזה עדיין יזכה בחציה, אשר בכה"ג לכו"ע חשיב להוציא.

ומש"כ התוס' דבחציו השני מוחזק זה כמו זה, ואילו לעיל ד"ה ויחלוקו כתבו דזה מוחזק בחציו וזה מוחזק בחציו, נראה ביאור הדברים, דמה דחשיב דזה מוחזק בחציו וזה מוחזק בחציו היינו אחר טענותיהם, כדמבואר מהא דבזה אומר חציה שלי וזה אומר כולה שלי אין זה שאומר חציה שלי מוחזק אלא ברביע, וכדברי תוס' הרא"ש הנ"ל, ואילו הנידון דמיגו הוא קודם זה, דנקבל טענתו דחציה שלו במיגו דאי בעי אמר כולה שלי, וודאי דקודם שנתקבלו טענותיהם אף לדעת התוס' לא אמרינן דכל אחד מוחזק בחציו, אלא דמוחזק זה כמו זה, ואין סתירה כלל בדברי התוס', וז"פ.

והנה דינא דמיגו להוציא לא אמרינן (להני ראשונים דס"ל הכי) מבוסס לכאורה על דין הממע"ה, דלא חשיב מיגו ראיה מספיקה להוציא ממון חבירו. אכן מסברא קשה לומר כאן הממע"ה כיון דהוא מוחזק בו כמו חבירו, דהא כתבו התוס' דמוחזק זה כמו זה. והדברים עוד יותר מבוארים בחידושי הר"ן, ע"ש שהביא תירוצם שלה התוס' בזה"ל: יש מי שתירץ דכיון שזה תופס ועומד וזה תופס ועומד הוה לי' כל חד וחד כאילו מוחזק בכולה וחבירו כאילו מוציא מידו וה"ל מיגו לאפוקי ממונא ומיגו לאפוקי ממונא לא אמרינן, עכ"ל, הרי להדיא דאף דאמרינן דכל אחד מוחזק בכולו מ"מ לא אמרינן מיגו להוציא. ובפשטות מבואר מזה דיסוד דינא דמיגו להוציא לא אמרינן אינו נבנה על הא דהממע"ה, דהממע"ה גדרו לכאורה דהיכא דאינו מוחזק, אינו מוציא ממון אלא בראיה ברורה, אשר זה לכאורה לא שייך הכי שהוא באמת מוחזק על הכל, אלא מוכח דיסוד מאי דמיגו להוציא לא אמרינן הוא דברים ככתבן- מיגו להוציא לא אמרינן- דלא נאמר דין מיגו להוציא ממון מחזקת חבירו רק להחזיק ממון אצלו, אשר זה ודאי דשייך הכא אף דשניהם מוחזקים בכל.

והנה נתבאר לעיל בדברי רש"י דחשיבי תרוייהו תפוסים בכל ומשמע משום דעד כמה שיש לו לזה כח כמו זה לא שייך בזה מוחזקות, ולדידי' לכאורה לא שייך לדון בסוגיין משום מיגו להוציא לא אמרינן כיון דליכא מוחזקות רק תפיסה, ויש לעיין בזה.

ז) תוד"ה וזה נוטל רביע- התם היינו טעמא משום דאפי' הוה שתיק רק שלא היה מודה שהוא מזוייף היה נאמן וכו'- מבואר מדבריהם דמיגו דאי בעי שתיק שפיר מהני להוציא. והנה ליכא למימר בדעתם דהוא משום דלאו מדין מיגו הוא אלא מדין הפה שאסר הוא הפה שהתיר, דהתוס' לשיטתם מבואר בכמה דוכתי דס"ל דאף הפה שאסר מדין מיגו הוא, וע"כ דכונתם דמיגו דאי בעי שתיק הוי מיגו יותר חזק אשר מהני אפי' להוציא. ואולי אפשר לבאר בזה, דנראה דיסוד מיגו הוא לאו מדין מה לו לשקר גרידא הוא אלא דפועל מדין כח הטענה, עי' נוסח הרמב"ם בפיה"מ בשבועות דאמרינן מיגו ובתנאי שיהיה מה לו לשקר, והוכיח מזה מו"ר זצ"ל כנ"ל. ואי נימא הכי, ניתן לכאורה להבין דבמיגו דאי בעי שתיק אף דמדין מיגו הוא, מ"מ שונה הוא כח הטענה מכח הטענה במיגו דאי בעי טעין, דכח הטענה אי היה שותק הרי לא היה להוציא מחבירו אלא בישירות שנחשיב אותו למוחזק, כלומר, דכח הטענה הוא להחזיקו כמוחזק, אשר בזה לא שייך חסרון דמיגו להוציא, משא"כ במיגו דאי בעי טעין דהוי הלה המוחזק ובעינן למימר דעל ידי המיגו ניתן כח להוציא מן המוחזק, בזה שפיר שייך חסרון דמיגו להוציא לא אמרינן.

ח) תוד"ה וזה נוטל רביע- ורב יוסף אית לי' דאפילו מיגו לא הוה כיון שטענה ראשונה שהוא טוען

בהאי שטרא הוא שקר וכו'- דברי התוס' לכאורה צ"ב, מה שייך קושי' זו על סברת רב יוסף לדבריהם, הרי פליג רב יוסף שם אף ברישא דהוי להחזיק, הרי דלא שייך סברתו למאי דמיגו להוציא לא אמרינן, הרי אדרבה, אילו הוה אמרינן מיגו להוציא היה עוד יותר קשה מה היא סברת רב יוסף, וכבר העיר בזה במהר"ם, ע"ש מש"כ בזה.

ועפשנ"ת נראה די"ל בפשטות, דלולא מה שהוצרכו התוס' לחדש דמיגו דאי בעי שתיק מהני להוציא, הוה אמרינן דיסוד דברי רב יוסף הוא דאינו זוכה בטוען ונטען על ידי טענה אשר כחה מחמת מיגו הנבנה על טענת שקר, אשר זה שפיר הוי טעם גם במיגו להחזיק, אכן מאחר שחידשו התוס' דטעמא דרבה הוא דמיגו דאי בעי שתיק לא חשיב מיגו להוציא, הרי פירושו דאינו זוכה מחמת טענה אלא מחמת הכח דאילו היה שותק היה נתפס הוא בפשטות כהמוחזק בלא טו"נ, ועל ידי מיגו נימא דאית לי' כח זה אף למה שטוען דשטרא מעליא הוה לי' ואירכס, ובזה כבר לא שייך הטעם הנ"ל בדברי רב יוסף, דהא הכא אינו זוכה על ידי טענת שקר אלא משום דאית לי' כח דכנקודת התחלה נראהו כמוחזק, אשר משו"ה הוצרכו התוס' לחדש דלרב יוסף מיגו הנבנה על טענת שקר **אינו מיגו**, ושוב אין לו על ידי המיגו שום כח כלל ואפי' היכא דאי בעי שתיק.

ט) תוד"ה וזה נוטל רביע- וא"ת ונימא דאין ספק מוציא מידי ודאי וכו'- עי' לעיל שהערנו מה שייך כא לומר דזה שאומר חצי הוי ספק אם יש לו חלק כלל, הרי מוחזק הוא ברביע ואנן סהדי דרביע שלו. ומוכח מזה כמשנ"ת לעיל, דהך אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' וכו' לאו הוכחה היא או אומדנא דהממון של שניהם, אלא דדין תורה הוא דמי שיש לו מוחזקות בממון צריכים להניח שהממון שלו, ודנים בזה בדין מוחזק שנעשה על ידי טענותיהם, אשר ממילא אי אמרינן דאין ספק מוציא מידי ודאי אדרבה, אין הספק מוחזק כלל דכן הוא דין המוחזקות על פי טוען ונטען זה. ומו"ר זצ"ל הוסיף בזה ביאור, דיסוד דינא דאין ספק מוציא מידי ודאי הביא בשם הגרב"ד זצ"ל דאינו בגדר דין המוציא מחבירו עליו הראיה, אלא פירושו, דאין הפסק מעורר ספק נגד הודאי (ולשונו של הגרב"ד, דאין ספק מוציא מידי ודאי הוי ודאי).

ועפ"ז עוד יותר מבוארים דברי התוס', דכל דין האנן סהדי הוא היכא דספק לנו של מי הממון, אבל היכא דאמרינן דאין ספק מוציא מידי ודאי הרי ליכא ספק כלל של מי הממון, אשר על כן אין בזה דין אנן סהדי ומוחזקות כלל.

אלא דלשון התוס' בתירוצם שכתבו שבתם יבם שהוא בנו של סבא הוי ודאי יורשו **ולא יוציא הספק מספק ממונו** משמע דיסוד דין אין ספק מוציא מידי ודאי אינו דאין הספק מעורר ספק, דשפיר איכא ספק, רק דאין הספק מוציא מהודאי מספק, והוא כמין הממ"ה.

י) רש"י ד"ה היו שנים רוכבין כו'- דרכוב ומנהיג שניהם שוין לקנות בהמה מן ההפקר- הא דכתב דווקא מן ההפקר, י"ל דהא מיהא פשיטא דתרוייהו קנינים הם, אשר על כן אף דנימא דאחד מהם קנין יותר חזק מהשני, מ"מ במקח וממכר כיון דאיכא דעת אחרת מקנה ורוצה להקנות לשניהם פשיטא דשניהם קנו, וליכא חידוש אלא בזוכין מן ההפקר, דבזה אילו היה אחד קנין יותר חזק מחבירו היה קונה רק האחד, קמ"ל דשוין הן. (ממו"ר זצ"ל)

ומעצם דברי רש"י חזינן דאיכא למילף ממנתי' דרכוב מהני במקום מנהיג גם לענין קנין, וצ"ב האיך חזינן ד"ז ממתני' דמיירי לענין מוחזק, ויתבאר לקמן ד"ח בעזהשי"ת.

יא) רש"י ד"ה ראיתיה- קודם שהגבהת אותה- עי' מהרש"א שהקשה דהול"ל קודם שראית אותה, דנהי דהיתה ראיית זה קודם שהגביה השני, מ"מ כיון דראיה קני עד כמה שראה השני לפני הראשון הרי קנאה, והגיה המהרש"א דצ"ל קודם שהגבהתי אותה, דע"כ היה שם גם הגבהה כיון דהרי שניהם אוחזין בה, ומאי דטעון שקנה בראיה היינו משום שראה אותה קודם שהגביהה. ולכאורה עדיין צ"ב, דהרי מה דראה אותה אינו מועיל דנימא שהוא שלו אלא עד כמה דנימא דראה אותה לפני שראה חבירו, והיה לרש"י להזכיר דבר זה. ועי' מהר"ם שיף שכתב דדברי המהרש"א אינן נוחין לו כלל, ואפשר דמהאי טעמא הוא. וביאר המהר"ם שיף דברי רש"י לפום גירסתינו, ועד"ז איתא בשט"מ בסוגיין בשם תוספי תוספות להרא"ש, דר"ל דמודה כל אחד שחבירו הגביהה לפני שהגביה הוא, אשר משו"ה כל זכותו בה אינו אלא מכח ראייתו, דראיה קני, ואילו הוה כתיב לפני שראית, לא היה מזה מוכח דראייה קני, דיתכן דמאי דאמרינן דיחלוקו הוא מכח מה שהוא מוחזק דאמרינן שהוא הגביהה תחילה, לזה כתב רש"י ראיתיה קודם שהגבהת, דנהי דהגבהת השני קדמה להגבהתו, מ"מ טוען שראייתו קדמה להגבהת חבירו. ואף דעתה באין תרוייהו מוחזקין לב"ד, מ"מ אי לאו דקנה בראיה לא הוה מהני מוחזקתו כלום, דכיון שמודה שחבירו הגביהו תחילה אין מה שהוא בידו מוכיח כלום, רק אי נימא דקני בראיה שפיר אמרינן דלא נוציא מיני'. (ולכאורה יש לפרש כן בין אי נימא דאוחזין דווקא בין אי נימא דאוחזין לאו דווקא.)

יב) רש"י ד"ה בעלמא דקתני מצאתיה- הו"א דמציאה קני לה משעת ראיה דלא אשמעינן שום תנא דלא קני לה אלא בהגבהה וכו'- מבואר מדבריו דדווקא גבי מציאה הוא דס"ד דראיה קני, עי' ריטב"א החדשים שכ"כ להדיא. ועי' ראשונים שהקשו על דבריו דהא שפיר שמעינן לה מסיפא דמתני', וכן ממשניות אחרות, ופירשו דבאמת לא הוה ס"ד דקני כיון דהא אשמעינן לה מתוך סיפא דמתני', רק האריך תנא בכמה תיבות כאן לאשמעינן נמי הך מילתא, ואשכחן דכוותי'. ועי' חידושי הריטב"א החדשים דכונת רש"י דעד עכשיו לא אשמעינן שום תנא הך מילתא, דאכתי לא הוה מתני' הא דהיו שהיה אחד רוכב וכו', ובראשונים אחרים דחו הראיה מסיפא דמתני'. והתוס' הבינו ג"כ ע"ד רש"י דבאמת הוה ס"ד דקני, וזהו שהקשו ממתני' דראה את המציאה, עי' מה שתירצו. ועי' תוס' הרא"ש שתי' דראיה דס"ד דקני היינו דווקא היכא דמתכוין לקנות בראיה, ואף דנימא דד' אמות קונים לאדם אפי' בלא כונה, היינו משום דד' אמות מדין חצר הוא דקני, אבל ראיה לעולם בעינן שיתכוין לקנות בראיה. ואפשר דביאור הדברים הוא דבאמת לא הוי ראיה חפצא דמעשה קנין, אלא יסוד מאי דס"ד דקונה הוא משום ד"מציאה" קונה, ומשו"ה הוה ס"ד דמציאה דהתורה היינו ראיה, ולכך קונה, ומסקינן דמציאה דהתורה לא הוי ראיה, כלומר דמן התורה לא חשיב מציאה עד שמגיע לידו, אבל מלישנא דעלמא שפיר חשיב ראיה מציאה, וכיון דעכ"פ שם מציאה עלה שפיר ס"ד דקונה, קמ"ל דאין מציאה קונה כלל. ואי נימא הכי, מובן מאי דבעינן שיתכוין לראיה, דבלאו הכי פשיטא דאי אפשר לחושבו מציאה.

יג) תוד"ה בראיה בעלמא קנה- אע"ג דקנתי מתני' ראה את המציאה ואמר לחבירו תנה לי וכו'- עי' רמב"ן ורשב"א שצדדו דהך דאמר לחיבור תנה לי וכו' מיירי שראו תרוייהו בבת אחת ולכך לא קנה. וחזינן מדבריהם שחלוק הוא מכגון היכא דהגביהו בבת אחת דאמרינן דיתכן דקנו תרוייהו, דהכא אמרינן דלא קנה ראיה אלא כי אם היכא דראה האחד לבדו מקודם, אבל ראוהו תרוייהו בב"א לא קנו כלל. וביאר מו"ר זצ"ל ד"ז, דבכגון הגביהו שניהם, מה שעשה האחד הרי מסייע לשני, וחשיב מעשה א' על ידי שניהם, ואף דכל אחד נתכוין לקנות לעצמו, מ"מ עכ"פ אין מה שעשה חבירו מבטל את מה שעשה הוא. אכן גבי ראיה כשראו בבת אחת הרי זה ב' ראיות נפרדות אשר אין הא' מסייע השני, ובכה"ג אמרינן דמאחר שכל אחד נתכוין לקנות על ידי ראייתו, מבטל כל אחד את חבירו ותרוייהו לא קנו.

יד) תוד"ה דבראיה בעלמא לא קני- והא דאמרינן בפרק הבית והעלייה הבטה בהפקר קני היינו שעשה

מעשה כל דהו כגון שגדר גדר קטן- ע"ש ברש"י ד"ה אתה אומר אינן באין משל צבור שכתב בסו"ד, וז"ל: דסבירא להו הבטה קניא בהפקר הואיל ודבר טורח הוא ודעתו לכך ועל ידו נשמר, עכ"ל, ולדידי' קושיית התוס' מעיקרא ליתא, וכ"כ הרמב"ן התוס' רי"ד ובתוס' הרא"ש בסוגיין, ע"ש.

וביאור דברי התוס', דאף דעשה מעשה כל דהו, עדיין חשיב דהקנין הוא על ידי ההבטה ולא על ידי המעשה, דאין מעשה כל דהו מועיל אלא להראות דהבטתו לקנות הוא ולא הבטה בעלמא, ושוב קונה על ידי ההבטה, ובלא מעשה כל דהו אף שרוצה לקנות בהבטה מ"מ חסר בשם מעשה קנין דההבטה כיון דליכא הוכחה מתוך מעשיו.

טו) רש"י ד"ה במקח וממכר- אבל זה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה לא יחלוקו דודאי חד מינייהו רמאי הוא ותהא מונחת עד שיבא אליהו- עי' מהר"ם שיף וחידושי הגרע"א, דהוקשה לרש"י דלינקוט מתני' באופן דזה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה, דחולקין בשבועה אף דליכא "מורה ואמר", ושוב נדע כל גווני בק"ו, אשר על כן פירש דבזה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה ליכא דין יחלוקו כלל כיון דאיכא ודאי רמאי. וכ"ה גם בשט"מ בשם גליון, ע"ש. ומבואר מדבריהם שפירשו דהקמ"ל דהגמ' הוא דאיכא דין יחלוקו בשבועה אף דליכא מורה ואמר, ומאי דליכא דין יחלוקו בשבועה בזה אומר אני ארגתיה וכו' הוא משום הך טעמא דאיכא ודאי רמאי.

אכן יעויין בדברי הראשונים בסוגיין דמבואר לכאורה ביאור אחר בדברי רש"י, עי' חידושי הרשב"א שכתב בדעתו דהצריכותא הוא דהו"א דהיכא דליכא מורה ואמר ליכא דין שבועה דכיון דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, קמ"ל דגם במציאה גם במקח וממכר שפיר איכא מורה ואמר, אשר ממילא יוצא דבאני ארגתיה דליכא מורה ואמר ליכא דין שבועה. וע"ש שהוקשה לו דא"כ יהיה הדין באני ארגתיה דיחלוקו בלא שבועה, ותי' דלדין יחלוקו בעינן נמי דלא יהא ודאי רמאי. ועי' גם בריטב"א החדשים שכתב עד"ז בדברי רש"י, וז"ל בא"ד: הא כל היכא דליכא הוראה לא משתבע כגון זה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה אינם חולקים אלא יהא מונח עד שיהא אליהו דהא איכא רמאי וכו', עכ"ל. (ולפום ביאורם בדברי רש"י הקשו עליו ממאי דמבואר לקמן דלר' יוחנן טעמא דשבועה הוא משום שלא יהא כל אחד הולך ותוקף וכו' ולא משום דמורה ואמר, עי' מש"כ בזה.) ומבואר מדבריהם דמאי דליכא שבועה הוא משום דליכא מורה ואמר ומיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, אלא דעדיין היה שייך דין יחלוקו בלא שבועה, אשר לזה הוא דבעינן לטעמא דודאי רמאי דהיכא דאיכא ודאי רמאי לא אמרינן דיחלוקו. ומבואר עוד מדבריהם דבהא דודאי רמאי לחוד לא סגי, אלא בעינן נמי להא דבאני ארגתיה ליכא מורה ואמר, וצ"ב לכאורה דכיון דנקטינן דבודאי רמאי לא אמרינן דיחלוקו מה איכפת לן אי איכא מורה ואמר או ליכא מורה ואמר.

ונראה ביאור הדברים ע"פ משנ"ת לעיל דמאי דבודאי רמאי לא אמרינן יחלוקו פירושו הוא דכיון דאיכא ודאי רמאי א"כ טענת אחד מהם ודאי דשקר הוא, וטענת שקר אינו נותן לו זכות דיחלוקו. אשר לפ"ז מובן דכל זה שייך היכא דזכותו ביחלוקו הוא מחמת טענתו, אבל אילו הוה אמרינן דבעינן שבועה, הרי מעתה זכותו ליחלוקו מדין שבועתו הוא, והיה צריך להיות הדין דיחלוקו בשבועה, אשר לזה הוא דבעינן למימר דכיון דליכא מורה ואמר ליכא שבועה, ושוב אין היחלוקו אלא מצד טענותיהם, אשר בזה שפיר אמרינן דכיון דאיכא ודאי רמאי ליכא דין יחלוקו.

ועדיין יש לעיין מאי שנא דבמנה שלישי אמרינן דיהא מונח ואילו בההוא ארבא אמרינן כל דאלים גבר, הגם דבתרוייהו איכא ודאי רמאי. ולכאורה צ"ל דאף רש"י ס"ל דהיכא דשניהם אוחזין לא שייך לומר כל דאלים גבר, ומאחר דאיכא ודאי רמאי ולא אמרינן דיחלוקו שוב אמרינן דיהא מונח ולא כל דאלים גבר, משא"כ בההוא ארבא דאינו אוחזין, בזה שפיר אמרינן כל דאלים גבר.

+-והנה הקשו הראשונים על דברי רש"י דהא הך טעמא דודאי רמאי לא קאמר בגמ' אלא לר' יוסי אבל לרבנן הדבר תלוי באי החלוקה יכולה להיות אמת. וע"פ משנ"ת בדעת רש"י לדברי הרשב"א והריטב"א י"ל בזה, דמאי דליתא לטעמא דודאי רמאי אלא לר' יוסי זהו היכא דבאנו למימר דיהיה במנה שלישי דין יחלוקו בשבועה, ובזה כיון דאיכא שבועה שפיר ס"ל לרבנן דאם אך החלוקה יכולה להיות אמת שפיר איכא דין יחלוקו אף דאיכא ודאי רמאי, וכנ"ל, דהחלוקה היא על ידי השבועה, אבל בכגון אני ארגתיה דליכא שבועה משום דליכא מורה ואמר, ומיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, בזה אף לרבנן לא אמרינן יחלוקו על ידי טענותיהן, דאין טענת שקר נותנת לו זכות יחלוקו, ועדיין צ"ע בזה.[5]

ועי' חידושי הגרע"א ובנחלת דוד שביארו דברי רש"י באופן אחר, דמה שהוצרכו בגמ' לומר אליבא דרבנן דהיכא דאין החלוקה יכולה להיות אמת לא אמרינן יחלוקו זהו דווקא עד שחילקו בין טלית לבין מנה שלישי אליבא דר' יוסי דבודאי רמאי לא אמרינן יחלוקו, אבל מאחר דמסקינן לר' יוסי כן, שוב הוי אף טעמא דרבנן משום ודאי רמאי. והדברים לכאורה צ"ב, דהא חילוק זה דבעינן חלוקה שיכולה להיות אמת הוא בעצם היסוד דיחלוקו, דלא שייך יחלוקו היכא דאין החלוקה יכולה להיות אמת, ומהיכי תיתי דמאחר דמחדשינן לר' יוסי דקנסינן לא לומר יחלוקו היכא דאיכא ודאי רמאי דשוב דנימא דאין טעמא דרבנן אלא משום קנס. ועפמשנ"ת לעיל אות ג' ע"פ דברי הרמב"ן דסברת יכולה להיות אמת אינה סברא בדין יחלוקו, אלא לעולם טעמא דרבנן אף בהו"א היה משום קנס, רק ס"ד דלא קנסינן אלא היכא דאין החלוקה יכולה להיות אמת, כלומר, היכא דידעו שהוא נוטל שלא כדין, אבל היכא דהחלוקה יכולה להיות אמת לא, ועפ"ז י"ל דכד מסקינן דהכלל בהקנס הוא דרק היכא דאיכא ודאי רמאי הוא דקנסינן, תו לא מחלקינן אלא דהיכא דאיכא ודאי רמאי קנסו והיכא דליכא ודאי רמאי לא. אכן בדברי רש"י לכאורה אי אפשר לומר כן, דהא רש"י כתב לקמן ד"ג דבאין החלוקה יכולה להיות אמת "אין לומר דיחלוקו", הרי מבואר דס"ל דהוי הא דבעינן שתהא חלוקה יכולה להיות אמת דין ביחלוקו ולא סברא בקנס, וכן אמר מו"ר זצ"ל.

ומקור דברי רש"י הם לכאורה מלישנא דהש"ס לקמן ד"ג דמקשינן בין לרבנן בין לר"י אמאי בחנוני על פנקסו לא אמרינן דיהא מונח "דהא בודאי איכא רמאי", הרי מבואר לכאורה דאף לרבנן הדבר תלוי בודאי רמאי, ויש לעיין מה יענו שא"ר ע"ז, ויתבאר לקמן, בעזהשי"ת.

ויעויין תוס' הרא"ש שהקשה על דברי רש"י ממאי דבשנים אדוקים בשטר אמרינן דיחלוקו אף דאיכא ודאי רמאי, והאמת דהריב"א בתוס' בב"ב ל"ד ע"ב

---

[5] ובביה"ל ח"ג סל"ב אות ב' לידל לאין כונת רש"י לומר דבודאי רמאי קנסינן לי' לא ניימא יחלוקו, אלא גדר הדבריס הוא דבעינן חלוקה יכולה להיות אמת על פי טענותיהס, והיכא דאיכא ודאי רמאי מתוך טענותיהס לא שייך שיהיה אלא אי שלא אחד אי שלא השני אבל לא שלא שניהס, והגרא"ז זצ"ל כתב כן בדעת הריב"א. ועפ"ז אתי שפיר, דיסוד לרבנן שתהיה החלוקה יכולה להיות אמת, אבל בעינן יכולה להיות אמת על פי טענותיהס, וכנ"ל. אלא לכבר בביה"ל עצמו דמדברי רש"י לא משמע הכי אלא משמע דטעמא דלא אמרינן יחלוקו בז"א אני ארגתיה וכו' הוא מטעם המוזכר בד"ג דהיכא דאיכא ודאי רמאי קנסינן ולא אמרינן דיחלוקו, והדרא קושי' לדוכתה. ועי' רמב"ן בסוגיין דמבואר בעצם הבילור בדברי הבית הלוי.

חזר בו מהאי טעמא ופירש דבאוחזין יחלוקו אף דאיכא ודאי רמאי, אך לדברי רש"י צ"ב. וכבר עמד ע"ז בחידושי הרשב"א, ע"ש שכתב בסוף דבריו דבשטר לא אמרינן יהא מונח "דאילו אתה מעמידו עד שיבא אליהו הרי אתה מזכה לגמרי הלוה שאתה פוטרו מהכל ואם אתה גובה מעות מהלוה ומעמידן עד שיבא אליהו נמצאת מחייבו לגמרי דמאי איכפת לי' בין שאתה נותנן למלוה בין שמעמידם ביד ב"ד". והנה אם נאמר דיסוד ודאי רמאי הוא דין וגדר בקנס, אתיין דבריו שפיר היטב, דלא שייך בזה שנקנוס משום שעל ידי הקנס זוכה אחד מהם לגמרי. אלא מדברי רש"י מבואר דודאי רמאי הוי דין וגדר בחלוקה, ולפ"ז יהא מוכח מדברי הרשב"א דודאי רמאי אין יסודו דהוי טעם אמאי לא שייך לומר יחלוקו, אלא דהוי טעם שנימא יהא מונח, אשר ממילא שפיר כתב דמאחר דגבי שטר לא שייך לומר יהא מונח, שוב אמרינן בזה יחלוקו, אבל אילו היה תנאי ביחלוקו דבודאי רמאי לא אמרינן יחלוקו, הרי זה אמת אף גבי שטר ומה לנו דאי אפשר לומר דיהא מונח.

וכן מוכח מדברי הרשב"א דיהא מונח הוי פסק ב"ד בקו"ע ולא דמסתלקים ב"ד מהדין ומשאירין את הממון במקומו, דאילו היה כן מה לנו שיזכה אחד בהם בכל אי נימא דיהא מונח, הרי אם במצב זה על ב"ד להסתלק מסתלקים.

ב' ע"ב

טז) וצריכא דאי תנא מציאה הו"א מציאה הוא דרמו רבנן שבועה עלי' משום דמורי ואמר וכו'- מדברי התוס' (וכן מפירושו הא' בתוס' הרא"ש) מבואר דיסוד שו"ט דהש"ס כך הוא, דהיכא דמורי ואמר ובעצם יודע שאין הדבר שלו שפיר שייך בזה שבועה כדי שיפרוש, אבל היכא דלא מורי ואמר דתפיסתו הוא משום שסובר שהדבר באמת שלו, בזה לא תועיל שבועה, דהא לא יפרוש כיון דסובר שהוא שלו. ובכגון אני ארגתיה דליכא מורי ואמר כלל פשוט דמשביעין לי' בכדי שיפרוש, וסבירא לן דמיגו דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא. ולפי פירוש זה, הקמ"ל הוא לכאורה דקיים צד שיתפוס אע"פ שאין ברור לו שהוא שלו ולפיכך שפיר תקנו שבועה בכדי שיפרוש, וכ"ה בתוס' הרא"ש דהקמ"ל גבי מקח וממכר הוא "דזימנין דבספק הקרוב לודאי תפיס ומיראת השבועה יפרוש ", דאי לא נימא הכי ונימא דמדתפיס היכא דליכא מורי ואמר ברור לו שהוא שלו ולא יפרוש על ידי שבועה, מה שייך בזה שבועה. והתוס' סתמו וכתבו "קמ"ל דאפ"ה ישבע", ואפשר דכונתם כמש"כ בתוס' הרא"ש. או יתכן דר"ל דאיברא לא שייך בזה שבועה כדי שיפרוש מאחר דלא שייך מורי ואמר, ומ"מ תיקנו שבועה אף דליכא מורי ואמר. והנה אי נימא דהקמ"ל הוא כמש"כ בתוס' הרא"ש, נמצא לכאורה דלרב פפא טעמא דשבועה אינו כטעמא דר' יוחנן לקמן שלא יהא כל אחד תוקף וכו', ויקשה קושיית הראשונים מה הקשו לקמן שבועה זו למה לי אי לא נימא דאף בקושי' סבירא לן דלא כרב פפא. אכן אי נימא כפשטות לשונם של התוס' דאע"פ דליכא מורי ואמר וחושב שהוא שלו מ"מ תיקנו שבועה, אתי שפיר מה שהקשו לקמן שבועה זו למה לי, ועוד נבאר לקמן, בעזהש"ת.

ועי' תוס' הרא"ש שהביא ביאור אחר בזה, דנבנה סוגיין אמאי דאמרינן לקמן דשבועה תקנת חכמים היא, ולהכי קאמר הכא אי תנא מציאה התם הוא דשכיח דתפיס משום דמורה וממכר דלא שכיח אימא לא עבוד רבנן תקנתא אבל מקח וממכר דלא שכיח אימא לא עבוד רבנן תקנתא קמ"ל, ע"ש שהביא ב' פירושים בקמ"ל, או דקמ"ל דאפי' במקח וממכר איכא אופן דמורה ואמר, או דקמ"ל דתקנו שבועה אף דליכא מורי ואמר. והנה לעיל בפירוש הא' לא הביא הרא"ש דאיכא ב' אופנים לבאר הקמ"ל, ומשמע מפשטות לשונו דלפי' הא' פשיטא דר"ל קמ"ל דאיכא מורי ואמר. והדברים מבוארים היטב, דלפירוש הא' הנחת הש"ס הרי השבועה היא בכדי שיפרוש והיכא דסבר שהוא שלו לא יפרוש, אשר ממילא אין תכלית לשבועה בכה"ג, וע"כ דהקמ"ל הוא דאכתי איכא למימר שיפרוש, וכמש"כ הרא"ש, אכן לפום הפי' הב', לאו דווקא הוא שהשבועה בכדי שיפרוש, אלא תקנה היא מאיזה טעם שיהיה (ובשט"מ באמת העיר על פירוש זה דנמצא שדנו מתי חייב ואינו חייב בשבועה זו אף דלא ידעינן עדיין טעם השבועה), ומאי דדנין ב"מורי ואמר" הוא רק משום דעל ידי כך שכיח יותר שנצטרך לשבועה, אבל מעצם החפצא דהשבועה לא בעינן למורי ואמר, אשר ממילא שפיר יש לפרש הקמ"ל דר"ל דחייב אף בלא מורי ואמר.

ובדברי רש"י פירשו הראשונים (רשב"א, ריטב"א, הובאו דבריהם לעיל אות ט"ו) דס"ל לרב פפא דמיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, ופעולת המורי ואמר הוא דעל ידי כך לא חשיב חשוד אממונא ואינו חשוד אשבועתו ולכך נשבע, ולפי זה ע"כ דהקמ"ל הוא דאיכא כעין מורי ואמר בתרוייהו, דאל"ה לא שייך חיוב שבועה כיון דחשוד אממונא חשוד אשבועתא. והנה כבר כתבו הראשונים הנ"ל דלרש"י דגם למסקנא כל השבועה היא דווקא באופן דאיכא הוראת היתר צ"ל דר"פ פליג אדר' יוחנן דס"ל דטעם השבועה הוא שלא יהא הולך ותוקף, ולר' יוחנן הוא דאמרינן דמיגו דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא, אבל לרב פפא חשוד אממונא חשוד אשבועתא, כנ"ל.

יז) רש"י ד"ה ולחזי זוזי ממאן נקט- ואע"ג דמסיים בד"א שמקחו בידו אבל אין מקחו בידו אינו נאמן שלא נתן לב לדבר כל כך להיות זכור מאחר ששניהם חזרו אחריו בפיסוק דמיה הא אוקימנא התם בדנקט זוזי מתרוייהו מחד מדעתי' ומחד בעל כרחי' וכו' אבל היכא דלא קיבל דמים אלא מחד מידבר דכיר לי'- מבואר מדבריו דאיתא לנאמנות דבעל המקח אף באין מקחו בידו, רק היכא דנקט זוזי מתרוייהו לא נתן לב כל כך, ומשו"ה אינו נאמן אפי' טוען שזוכר, והוא ע"פ שיטתו בקידושין ע"ג ע"ב דמאי דפריך התם ולחזי זוזי וכו' היינו באין מקחו בידו. וכבר הקשו התוס' שם עליו, אמאי נאמן היכא דאין מקחו בידו, הא במקחו בידו מאי דנאמן הוא משום מיגו דמצי אמר לא מכרתי או חזרתי ולקחתי, מה דלא שייך היכא דאין מקחו בידו, וכה"ק הראשונים בסוגיין, עי' חידושי הרשב"א ועו"ר. והנה קושיית התוס' מבוססת אמאי דס"ל דנאמנות דבעל המקח היכא דמקחו בידו משום מיגו הוא. ובדעת רש"י כתבו הרשב"א והר"ן שם בקידושין דעיקר נאמנותו דבעל המקח משום תקנת חכמים הוא כיון דאין שם אלא הוא ורק הוא יכול לברר, והוא כנאמנותם דדיין חיה ואם המובאים בסוגי' שם. (אלא שכתבו דליתא לנאמנות זו אלא היכא דשני בעלי הדבר עדיין לפניו, כדיין, ואילו מדברי רש"י בסוגיין מבואר דנאמן אפי' כשהלכו להם, דהא פי' רש"י דמיירי כשהלכו להם ואז הוא דאינו נאמן היכא דנקט זוזי מתרוייהו, וכבר עמד בזה בקצוה"ח סי' רכ"ב סק"א.)

והנה יעויין ברמב"ן במלחמות בסוגיין, דמבואר מדבריו דנאמנותו דבעל המקח לומר שלא מכר לו בזמן שמקחו בידו מעיקר הדין הוא, וכאומר מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום דהוא פטור משום דמוחזק הוא. ועי' שיעורי רבנו חיים הלוי שביאר דבריו, דבאמת היכא דמקחו בידו אין הטו"נ בין ב' אלו האומרים דלהם מכר, אלא דכל אחד מהם דין תורה שלו הוא עם המוכר, והמוכר כופר לאחד ומודה לאחד, ובדין תורה בין המוכר וזה שטוען שלקחה ממנו שפיר נאמן המוכר כיון שהוא מוחזק. (והתוס' והראשונים האחרים דפליגי על הרמב"ן ס"ל לכאורה דאף היכא דמקחו בידו חשיב טו"נ בין ב' אלו הטוענים שמכר להם, ודין תורה אחד הוא ביניהם.)

וע"ש בשיעורי ר"ח הלוי שכתב דלנאמנות דטענת לקוח אף במטלטלין בעינן ראיה דחזקה, כלומר, דטענת לקוח בלא ראיה לא הוי טענה כלל. והוסיף להוכיח עוד, דראיה שלקחה לא הוי אלא בדתפיס כולה, ע"ש שהוכיח כן מסוגי' דשכוני גוואי. ועפ"ז ביאר דברי רש"י דמאי דמהני אפי' היכא דאין מקחו בידו היינו משום דזה שאומר שמכרו לו הרי בא מכחו, דכיון שהמוכר מודה לו יש לו כל זכות דהמוכר, ושוב לא מהני תפיסת השני מידי, ועדיין חשיב כאילו מקחו בידו והרי הוא נאמן, ומיושבת קושיית התוס'. והתוס' שהקשו היינו לשיטתם דס"ל דמאי דנאמן היכא דמקחו בידו לאו מעיקר הדין הוא אלא מדין מיגו, וכנ"ל.

ועכ"פ מבואר מדברי רש"י דהיכא דקביל מעות מתרוייהו לית לי' למוכר נאמנות לומר שלזה לא מכר. ועי' חידושי הגרע"א שכתב לבאר דאין ר"ל אלא דלית לי' נאמנות דתרי כמוכר, אבל כעד אחד שפיר מיהא הוי, אלא דס"ל לרש"י דאין עד מסייע פוטר משבועה, ודלא כדברי התוס'. (או י"ל דס"ל לרש"י דעכ"פ אין עד מסייע פוטר משבועת הנוטלין, ונימא דס"ל דשבועה דמתני' שבועת הנוטלין היא, דכס"ל לשערי שבועות. ועי' ביאור הגר"א סי' פ"ז סקכ"ד שהביא מקור להרמ"א שם שפסק דעד המסייע פוטר אף משבועת הנוטלין מדברי התוס' בסוגיין, ואפשר דבזה גופא פליגי רש"י ותוס'.) ומלשון רש"י שכתב דהיכא דנקיט זוזי מתרוייהו לא דק "כולי האי" משמע דאין הפירוש דלית לי' נאמנות כלל אלא דהיכא דנקט מתרוייהו לא דק כולי האי שניתן לו נאנמות דבעל המקח, אבל נאמנות דעד אחד מיהא אית לי', דליכא אומדנא דדווקא אינו נאמן , ולפי זה יהא מוכח מדבריו כמש"כ הגרע"א.

אכן יעויין פי' ר"י הזקן שם בקידושין שכתב בדעת רש"י דהיכא דנטל זוזי מתרוייהו אף כעד אחד אינו, משום דאנן סהדי שאינו זוכר. ועוד יותר מזה מבואר מדברי הרמב"ם פ"כ מכירה ה"ד שכתב דאם נטל דמים משניהם בין מקחו בידו בין אין מקחו בידו אין כאן עדות כלל וכו', דאינו נאמן כלל אפי' כעד אחד ואפי' היכא דמקחו בידו, והיינו לכאורה מטעם הנ"ל דאנן סהדי דלא זכיר.

ובעיקר פירוש ולחזי זוזי ממאן נקט בסוגיין, עי' חידושי הרשב"א שצידד לפרש דמיירי דאין מקחו בידו אלא דפירש דלא כדברי רש"י, דלאו אנאמנות דמוכר סמכינן אלא על ההוכחה ממה שקיבל מעות מאחד מהם דאנן סהדי דמכר לו, ע"ש כל דבריו.

יח) תוד"ה ולחזי זוזי ממאן נקט- דאע"ג דאין מקחו בידו נאמן הוא כעד אחד ואמאי שניהם נשבעין אותו שהמוכר מסייעו יפטר משבועה ואידך ישבע שבועה דאורייתא- שיטת התוס' דעד המסייע פוטר משבועה דאורייתא, אכן עי' רמב"ן דמלחמות דלעולם אין עד מסייע פוטר משבועה דאורייתא, רק הכא היה פטור על ידי העד כיון דאין השבועה אלא מדרבנן משום חשד שלא יהא כל אחד תוקף בטליתו של חבירו, בזה הוא דמהני העד דאיכא רגלים לדבר שלא משקר, ע"ש כל דבריו. ובגוף דברי התוס' לכאורה צ"ב אמאי הוצרכו לזה כלל, הא אף דנימא דאין עד המסייע פוטר אפי' בשבועה דמתני' מ"מ שפיר יש לפרש דקושיית הגמ' ולחזי זוזי ממאן נקט היא דיתחייב זה שהעיד נגדו שבועה דאורייתא, ואילו במתני' מבואר דאין שבועת שניהם אלא מדרבנן מטעם שלא יהא כל אחד הולך ותוקף, אם לא דנדחוק ונימא דאי משום הא לא קשיא, דשפיר היה אפשר לפרש מתני' דשבועת אחד מהם דאורייתא הוא ושבועת השני דרבנן, , וע"כ דקושיית הש"ס היא שלא ישבעו שניהם.

ובדין עד המסייע, עי' רא"ש בסוגיין שהביא דברי המהר"ם מרוטנברג שהביא ב' ראיות דעד המסייע פוטר מן השבועה, הא', מדילפינן דעד אחד קם לשבועה ולא מחלקינן בין לחייב שבועה ללפטור משבועה, והב', דק"ו הוא דמה היכא דמעיד נגד המוחזק הרי הוא מחייב שבועה, היכא דמעיד עבור המוחזק כש"כ שיפטור משבועה. ולכאורה הך ק"ו צ"ב, דאי נימא דדין מסויים הוא דעד אחד מחייב שבועה מה שייך בזה ק"ו, הרי אין זה מדין נאמנות אלא מדין גזה"כ דחידשה התורה דעד אחד מחייב שבועה. וכעין זה הקשה באמת הגרע"א, דדילמא אינו נאמן אלא לעשות ספק ומחמת ספק זה חייב שבועה, אבל מנ"ל דפוטר משבועה. ובנוסח אחר יש להעיר, דבשלמא לחייב שבועה הרי אינו מפסידו, שיכול לישבע וליפטר, אבל לפטור משבועה הרי יתכן דזה שהעיד עבורו לא היה נשבע לשקר והיה מודה, ועכשיו זוכה בממון בלי לישבע ונמצא דמפסיד העד אחד את השני, וצ"ב.

עוד יש בזה מקום עיון, דמראיית המהר"ם מרטונברג מהא דעד אחד קם לשבועה מבואר לכאורה דדין מסויים הוא בעד אחד דפוטר משבועה כי היכי דמחייב שבועה, ואילו מהמשך דברי הרא"ש דיש מביאים ראיה מסוגי' דלקמן גבי סלעים דינרים[6] דליכא התם אלא סיוע גרידא ולאו משום עד אחד הוא, מבואר לכאורה דאין זה דין מסויים בעד אחד, וצ"ב. ועוד צ"ב מה היא הראיה מסלעים דינרים, דילמא אומדנא דסלעים דינרים יותר חזקה היא מעד אחד והאיך משוינן להו.

ועי' שם המשך דברי הרא"ש שהביא דיש מקשים הבל מדין שומר שמסר לשומר דהשומר הראשון חייב, ואמאי לא נימא דהשומר השני הוא עד אחד ויפטור את השומר הראשון משבועה, וכתב הרא"ש דאין זה ראיה כלל, דהרי כיון דאין השומר יוכל לישבע אמרינן דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, וחיוב ממון הוא ומחיוב ממון אין עד אחד פוטר. והנה הך "יש מקשים הבל" הרי הוא הרמב"ן במלחמות בסוגיין, וצ"ב מהו יסוד המח' בזה.

עוד הקשה בקצוה"ח על דברי הרא"ש, דהא אף למאי דדחי דהוי ממון, מ"מ הרי אכתי אית לק"ו דהמהר"ם מרוטנברג, דכמו דעד אחד מחייב שבועה ואם איני יכול לישבע משלם, כך יכול עד המסייע לסייעו בטענתו ולפטרו מממון. וכתב בקצוה"ח דלעולם שפיר אמרינן דפוטר עד אחד ממתוך שאינו יכול לישבע משלם, והא דשומר שמסר לשומר, כונת הרא"ש דהוי איני יודע אם פרעתיך ולכך חייב ממון, אשר מזה אין עד אחד פוטר. אכן בלשון הרא"ש משמע להדיא דטעמו משום דחייב ממון על ידי דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וצ"ב כקושיית הקצוה"ח.

ונראה בביאור הענין, דיעויין כו"ח דרע"א חלק התשובות סי' ג' שנסתפק מהו גדר מאי דעד המסייע פוטר, אי הוי משום דחשיב כאילו נשבע כבר או הוי כמי דאינו מחוייב שבועה כלל, ע"ש מה שהביא נפ"מ בזה.[7] ונראה ביאור יסוד השאלה בזה, דיש לבאר דינא דעד מסייע פוטר בב' אופנים, די"ל דיש לו נאמנות, וחשוב נאמנות זה כמו נאנמות דשבועה והוי על ידי כך כאילו נשבע, או י"ל דלאו משום נאנמות הוא אלא דדינא הוא דעד אחד פוטר ומפקיע חיוב השבועה. ונראה לכאורה דתליא הך מילתא בעיקר דינא דעד אחד מחייב שבועה, דאף מאי דעד אחד מחייב שבועה יש לפרש בב' אופנים הנ"ל, די"ל דכי היכי דב' עדים יש להם נאמנות על המעשה לענין חיוב ממון, כך לענין חיוב שבועה יש לו לעד אחד נאמנות על המעשה, ומצד נאמנותו הוא דאתינן עלה, או י"ל דלעולם לאו מצד נאנמותו הוא, דלית לי' נאמנות,

---

[6] כן הביא לראיה זו בבעה"מ בסוגיין, ע"ש.

[7] ע"ש שהוכיח מקרא לפרשת משפטים אם טרף יטרף יביאהו עד ללמין עד אחד פוטר אלא מהשבועה לאורייתא אבל שבועת הגלגול עדיין איתא, ומוכח דגדר הא דעד המסייע פוטר הוא להוי כנשבע. ועי' במגיה שם דבחו"מ סל"ל ס"ה כתב הגרע"א בפשיטות דבעד המסייע ליכא חיוב שבועה כלל וממילא ליכא שבועת גלגול, והוא לא כדבריו כאן.

אלא דחידשה תורה דין מסויים דעד אחד מחייב שבועה, והיינו לכאורה על ידי דאף דאינו נאמן על המעשה, מ"מ הרי הוא מעורר ספיקות על ידי נאמנותו ומוציא הדבר מחזקתו, כלומר, דכיון דאיכא עד אחד הרי הוא מחזק ומסייע טענת זה שהעיד ומוציא הממון מחזקתו לענין השבועה (דאילו לא היה מוציא מחזקתו לא היה מקום לשבועה כיון דלא מסתפקינן שלא יהא של המוחזק כלל). ואף בשאר שבועות איכא למימר דהגדר הוא כן כצד זה הב', דדררא דהשבועה מוציא הדבר מחזקתו לענין שבועה. והנה אי מאי דעד אחד מחייב שבועה הוא משום דאית לי' נאמנות על המעשה לענין זה שיחייב שבועה, א"כ אף מאי דעד מסייע פוטר יתפרש כן דיש לו נאמנות על המעשה לפטור מחיוב שבועה ולהיות במקום השבועה. אמנם אי אין לו נאמנות על המעשה וכל יסוד הדין אינו אלא דנאמר בו גזה"כ דמחייב שבועה, דמוציא הדבר מחזקתו לענין שבועה, אף מאי דעד המסייע פוטר משבועה פירושו כך, דמחזיק הדבר בחזקתו לענין שלא יתחייב שבועה. ונראה דס"ל למהר"ם מרוטנברג כצד זה הב', ועפ"ז מובן ק"ו דידי' ולא יקשה קושיית הגרע"א, דבשלמא אי מצד נאמנות הוה אתינן עלה, שפיר היה קשה דמהיכי תיתי שנאמן יותר מלעשות ספיקות, ומנ"ל דיהיה כח בנאמנותו בכדי לפטור משבועה, אך אי אין דינו של ע"א מצד נאמנות אלא משום גזה"כ דהעד מוציא הדבר מחזקתו ומחייב שבועה, שפיר מובן ק"ו זה, דאי חזינן דיש בכח העד להוציא הדבר מחזקתו לענין שבועה, ודאי דיש בכחו לקיים הדבר בחזקתו ועל ידי כך לפטור משבועה. וכן יתבאר לפ"ז ראיית הרא"ש מסלעים דינרים, דעיקר ההוכחה היא דמדחזינן דסיוע דהוכחה דסתימת הלשון בשטר, אף דאינו נאמנות, אלא הוכחה בעלמא, מ"מ מועיל לשמש כסיוע לטענה שלא יתחייב בשבועה, כמו כן סיוע דעד אחד מהני לפטור משבועה, ולא אמרינן דבעינן עדות גמורה לפטור משבועה.[8]

כל זה בדעת הרא"ש, אכן מדברי הרמב"ן והרשב"א מבואר להדיא דלא כדבריו, עי' ב"ב דף ל"ד שכתב הרמב"ן באו"ד, וז"ל: ויש שפירשו טעם הדבר מפני שהתורה האמינה עד אחד עד שישבע הלה להכחישו וכל זמן שלא נשבע הרי העד נאמן וכמי שחטף בפנינו דמי וכו' עכ"ל. הרי להדיא דעד אחד דמחייב שבועה מצד נאמנותו על המעשה הוא, ודלא כמש"כ הרא"ש. ועוד יותר הדברים מפורשים בדברי הרשב"א שם, ע"ש שכתב בשם ריב"ם, וז"ל: דשבועת עד אחד תשלומין נינהו דכי איכא תרי לא מיפטר מידי תשלומין בשבועה אלא שלומי משלם וכי ליכא אלא חד פטרי' רחמנא מתשלומי ממון ובלבד שישבע והילכך או ישלם ממון או שבועה ועוד דמשתבע שבועה בעד אחד לא מיפטר מיני' וכו', עכ"ל. ולדידהו נראה דיסוד מאי דפוטר עד אחד משבועה (אי פוטר) הוא דכמו שנאמן על המעשה לענין חיוב השבועה כך נאמן לענין פטור השבועה.

והנה הביא הרא"ש בהמשך דבריו ראיה דעד המסייע פוטר משבועה מהא דלקמן דף ד' דעבדינן צד השוה לענין העדאת עדים מפיו ועד אחד, ע"ש ראייתו. והר"ן דחה ראייתו, דאף דנימא דלעולם אין עד המסייע פוטר משבועה, מ"מ בשבועת עד אחד שפיר פוטר העד, דע"א בהכחשה לאו כלום הוא. ומדברי הרא"ש דשפיר הביא ראיה משם מבואר דלא ס"ל הכי, וכתב בזה הגרע"א דה"ט דהרא"ש, דכיון דהעד הראשון נאמן לענין שבועה וכבר חייבו שבועה, הרי הוא כשנים ואין דבריו של השני המכחישו במקום שנים, וע"כ דנאמר גם דעד אחד המסייע פוטר משבועה, ושוב הוי אף הוא כבי תרי. והנה כל זה חסר קצת בדברי הרא"ש, ועוד, דלמשנ"ת דיסוד עד אחד דמחייב שבועה להרא"ש אין זה מצד נאמנותו אלא מדין סיוע לטענה, לפ"ז לא שייך בכלל לדון דיהא לו דין כבי תרי. ונראה דבלא"ה דברי הרא"ש מתפרשים כפשוטן, דמאי דעד אחד בהכחשה לאו כלום הוא, הוא כשדנים מצד נאמנותו, דכיון דאיכא ב' נאמנויות דעד אחד המתנגדות זל"ז אין בכח נאמנותם כלום, אבל לדעת הרא"ש דלאו מדין נאמנות אתינן עלה, אלא דכל אחד מסייע לטענת זה שמעיד כמותו, ובזה נראה דלא שייך לומר דעד אחד בהכחשה לאו כלום, דלמעשה הרי יש לכל אחד עד אחד שמעיד כמוהו, אשר ממילא שפיר הביא הרא"ש ראיה דעד המסייע פוטר משבועה.

והנה במה שהרמב"ן הביא ראיה דאין עד המסייע פוטר מהא דשומר שמסר לשומר, ודחה הרא"ש דהתם כיון דאינו יכול לישבע הוי חיוב ממון, נראה דאף זה תלוי בהנ"ל, דאיכא ב' אופנים לבאר דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, דאי נימא כדברי הרמב"ן והרשב"א דיסוד דין עד אחד הוא דיש לו נאמנות כמו ב' עדים אלא דיכול לפטור עצמו בשבועה, ויסוד נאמנותם הוא לחייבו או לישבע או לשלם, לדידהו לא נתחדש חידוש נוסף בדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, דהא פשיטא דאם אינו פוטר עצמו בשבועה הרי הוא חייב בממון מצד נאמנותו של העד אחד. אכן לדעת הרא"ש הרי לית לי' לעד אחד נאנמות על המעשה כלל, ואינו כב' עדים, וכל מה שנתחדש הוא דעד אחד מחייבו שבועה, כלומר, דמוציאו מחזקתו לענין שבועה, וכנ"ל. ולפ"ז נראה דדינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם ע"כ דדין מחודש הוא, דנלמד מקרא דהיכא דאינו יכול לישבע הממון מחזקתו ויתחייב ממון, כלומר, דהוי כאילו הע"א חייבו ממון ולא שבועה. ועי' דברי הרא"ש בתשובותיו כלל ח' סימן ג', שדן השואל אי היכא דמחוייב שבועה ואינו יכול לישבע יכול התובע לגלגל עליו שבועה, וכתב הרא"ש, וז"ל: לא ידעתי שום הטיית דעת לגלגל כי לא נתחייב שבועה מעולם אלא תשלומים חייב מן התורה דמקרא ילפינן לה בשבועות פרק כל הנשבעין וכו' וא"כ לא שייך הכא שום גלגול כי לא נתחייב שבועה מעולם אלא תשלומין, עכ"ל. הרי להדיא שפירש הא דמחוייב שבועה ואינו יכול לישבע דלא כדברי הרמב"ן והרשב"א, והוא כמשנ"ת, דהיכא דיכול לישבע חידשה התורה חיוב שבועה, ואין זה אלא חיוב שבועה גרידא ואין כרוך בה חייב ממון כלל, והיכא דאינו יכול לישבע נלמד מקרא דלא חל עליו חיוב שבועה אלא חיוב ממון. אשר לפ"ז מבוארים היטב דבריו בסוגיין דהיכא דאינו יכול לישבע חיוב ממון הוא דחייל עלי' ולא חיוב שבועה כלל, אשר ממילא פשיטא דלא מהני בזה עד אחד לפוטרו[9], ושפיר כתב

---

[8] ויתיישב גם בזה מאי דמקשים העולם לכמו לכמו דמשוינן אומדנא דסלעים דינריס להך דעד אחד, כמו כן נימא דקרוב יפטור משבועה, דנהי לית לי' נאמנות בתורת עדות, סו"ס הוי זה סיוע לעדות הנתבע. ולהנ"ל אתי שפיר.

[9] והנה בסלעים דינריס אמרינן דאף דהלוה עצמו אינו יודע, ואינו יכול לישבע והיה דינו לשלם, מ"מ מהני סיוע דהשטר לפוטרו מעיקר השבועה ושוב ממילא ליכא דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ולכאורה צ"ב אמאי לא נימא הכי אף בנ"ד, דיהא העד אחד לפוטרו משבועה ושוב לא יהא שייך בזה דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם. ועפמש"ת אתי שפיר , דבשלמא גבי סלעים דינריס ליכא אלא לדרך דהשבועה, והתם ע"כ דהיה פירושו דעל ידי שאינו יכול לישבע הרי זה מחייבו לשלם, אשר בזה שפיר אמרינן דאי הוכחה אשר פוטרתו משבועה שוב ממילא לא שייך לא שאי- השבועה יחייבו בממון. אכן גבי עד אחד לעולם אין אי שבועתו מחייבו בממון היכא דאינו יכול לישבע, אלא דבאופן שאינו יכול לישבע הרי העד מחייבתו ביאירות בממון, אשר לא שייך בזה פטור משבועה כלל. אלא דיולא מזה דדין מתוך שאינו יכול ישבע משלם גבי שבועת עד אחד

הרא״ש דקושיית הרמב״ן היא בגדר ״מקשים הבל״. אכן להרמב״ן לשיטתו הרי גדר דינא דמחוייב שבועה ואינו יכול לישבע הוא דבעצם בכל חיוב שבועה איכא חיוב ממון, ומה שמחוייב ממון היכא שאינו יכול לישבע הוא מעיקר חיובא דשבועה דחייל עלי׳, אשר ממילא שפיר ס״ל דהוה מהני בזה עד המסייע לפוטרו. ועי׳ קצוה״ח סע״ה סקט״ו דהריטב״א ס״ל דהיכא דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם שפיר איכא דין גלגול, ובתומים שם הוכיח כן גם מדברי הרמב״ן, הרי להדיא דפליג הרמב״ן אדברי הרא״ש בזה, וברור דלשיטתו אזל בזה, וכמשנ״ת.

וכן לא יקשה קושיית הקצוה״ח הנ״ל, דמאחר דחיובו היכא דאינו יכול לישבע הוא ממון ולא שבועה, תו ליכא למימר דמדמהני עד אחד לחייבו הך ממון היכא דאינו יכול לישבע, כמו כן יהני לפוטרו, דלפמשנ״ת אין העד מחייבו בהך ממון כלל, אלא הוא זה דין מסויים הנלמד מקרא דהיכא דאינו יכול לישבע חיוב ממון הוא דמוטל עלי׳, ולא העד פעל זאת, ודוק היטב. (והנה יעויין בקצוה״ח סי׳ רכ״ב סק״א שדקדק מדברי הרמב״ם בפיה״מ דעיקר הקושי׳ דולחזי זוזי ממאן נקט היא דיתחייב האחד מהם שבועה דאורייתא, ולא כתב כלל דיפטר השני משבועה, והקשה בקצוה״ח מי יימר דבאמת אינו כן, ע״ש שכתב לבאר ע״פ דברי הרא״ש גבי סימנים וסימנים ועד אחד דעד שישתבע לא אמרינן דיהא מונח דכשנים הוא, וא״כ היכא דזה אמר כולה שלי וזה אמר כולה שלי, כיון דלא נשבע אלא שחציו שלו, הרי על חציו השני חשיב העד (המוכר) כב׳ כיון דאין השבועה מכחישו, והרי זה כב׳ מעידים שחציו של השני, ושוב לא יטול אלא רביע, דהוי דבר זה כזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי, ושפיר קשיא אמתני׳ דקתני דנוטל חצי. (ועי׳ נתיה״מ שם סק״ג מה שטען על דברי הקצוה״ח.) ועכ״פ מדברי התוס׳ שהוצרכו לומר בביאור הקושי׳ דר״ל דיפטר השני משום דהמוכר מסייע לו, מבואר דלא ס״ל הכי. ונראה דאי נימא כדברי הרא״ש הנ״ל לא יתכן לפרש כדברי הקצוה״ח, דמה שנשבע דאורייתא שאין לו בה פחות מחציה, הרי זהו השבועה שהעד חייבו בה, ואי אפשר למימר דאחר שנשבע כן יעשה העד כב׳ לגבי החצי השני כיון דהרי נשבע מה שחייבו לישבע, ודווקא אי יסוד שבועת עד אחד אינו דין מסויים לחייב שבועה אלא דמדין נאמנות נגעו בה הוא דיש לפרש כדברי הקצוה״ח, דמחמת נאמנותו של העד צריך לפטור עצמו על ידי שבועה, ובהך שבועה שאין לו בה פחות מחציה אינו פוטר עצמו אלא על חצי זו אבל על חצי השני הרי איתא לנאמנותו של העד והוי כב׳. ומאי דצריך לישבע בסימנים וסימנים ועד אחד הוא משום דלעינן שבועה הרי הוא יצא מחזקת השני ועד שישבע אינו גם בחזקתו בכדי דנימא דיהא מונח.)

והנה כתב הטור סוס״י פ״ד, וז״ל בא״ד: אבל במלוה על פה שתבעו ואומר שפרעו ומביא עד אחד סיוע לדבריו פטור הלוה כיון שהעד מסייעו ואין עליו אלא חרם סתם ובעל התרומות כתב אף על פי שהעד מסייעו צריך שבועת היסת ליפטר ולא נהירא דכמו דעד אחד מחייב שבועה גם כן פוטר מן השבועה, עכ״ל. והנה בפשטות משמע דדברי בעל התרומות נאמרו דווקא בשבועת היסת, מדלא הביא הטור פלוגתת בעל התרומות אלא כאן, וא״כ תמוה מה שכתב עליו הטור דכי היכי דעד אחד מחייב שבועה כך הוא פוטר מן השבועה, דהא אף בעל התרומות ס״ל הכי, רק דס״ל דאין עד מסייע פוטר משבועת היסת. וכבר עמד ע״ז בפרישה, ע״ש שכתב דכונת הטור דבעל התרומות ס״ל דאין עד המסייע פוטר כלל, וזה צ״ב מטעם הנ״ל, כאשר הרגיש הפרישה עצמו.

ואפשר די״ל בזה, דהנה חלוק הוא דין שבועת היסת משבועות דאורייתא, דבכל שבועות דאורייתא איכא דררא וספק מפאתן בא חיוב השבועה, אבל בכופר הכל ליכא דררא כלל, ואדרבה מן התורה פטור הוא, עי׳ רא״ש לקמן דגזה״כ הוא, ונראה דכל יסוד תקנת שבועה הוא דבעינן מעשה שבועה, ולא נוגע בזה נאמנות דהשבועה. אשר לפ״ז נראה בביאור דברי בעל התרומות, דמה דפוטר עד המסייע הוא משום דחשוב כנשבע, כאשר נסתפק בזה הגרע״א הנ״ל, כלומר, דאיתא על ידי העד אחד לנאמנות דהשבועה. וסגי בזה לענין שבועה דאורייתא דמשום דררא הוא, אבל שבועת היסת דבעינן מעשה שבועה, בזה ס״ל דאין עד אחד פוטר. והנה זה ניחא אי נפרש דמאי דפוטר עד המסייע זהו משום נאמנות דהעד דחשיב כנאמנות דהשבועה, ואי נימא הכי, הרי ליתא ללימוד דעד המסייע פוטר מדקא חזינן דמחייב שבועה, כאשר נתבאר לעיל. אשר לפ״ז מובנת השגת הטור, דכי היכי דמחייב שבועה כך פוטר מן השבועה, כלומר, יסוד הדין דעד אחד הוא דמחייב שבועה לא דנאמן, וכן עיקר דין מה שפוטר משבועה הוא משום שמפקיע חיוב השבועה ולא משום שנאמן כשבועה, אשר זהו שכתב דכמו דמחייב שבועה כך פוטר משבועה, כדברי הרא״ש בסוגיין, וא״כ מוכח דאין זה משום נאמנות אלא דמפקיע חיוב השבועה, אשר זה שפיר שייך אף בשבועת היסת, משא״כ אילו היה מצד נאמנות, וכנ״ל, ודוק.

ועי׳ בעה״מ בתחילת דבריו שכתב טעם אחר בהא דמהני עד אחד, דמאחר דע״א מחייב את האחר בשבועה דאורייתא לא רמי על זה שהעד מסייעו שבועה דרבנן, דבמקום דאיכא שבועה דאורייתא לא תיקנו רבנן שבועת תקנת חכמים במשנתנו, והשוה ד״ז להא דאיתא לקמן דף ק׳ דמודה סומכות היכא דאיכא שבועה דאורייתא דהמ״ק נשבע ונפטר ולא אמרינן דיחלוקו. והדברים לכאורה צ״ב מה הוכיח מהתם. והראב״ד השיג על דבריו דסוגי׳ דד״ק אינו ענין לסוגיין כלל, דיסוד הדבר התם הוא דמאחר דנתחייב שבועה דאורייתא ואית לי׳ נאמנות בשבועתו הרי זה מחזק טענתו ונמצא טענתו יותר חזקה מטענת חבירו ותו לא אמרינן דיחלוקו, ואין זה ענין לכאן דהלה נשבע שבועה דאורייתא ובא בעה״מ לומר דעל ידי שנתחייב שבועה דאורייתא לא יתחייב האחר שבועה שנים אוחזין, ואדרבה, מאחר שנשבע זה שהעיד העד נגדו שוב אלימא טענתו יותר מטענת חבירו, ואמאי אמרינן שיפטר חבירו משבועה דרבנן. (וכמובן דאילו הוי שבועת שנים אוחזין שבועת הנוטלין דברי בעה״מ תמוהים ביותר, אלא אפילו אי נימא דהוי שבועת הנפטרים מ״מ יקשה כנ״ל.)

ומוכח לכאורה שהבין בעה״מ סוגי׳ דד״ק באופן אחר, וביאר מו״ר זצ״ל, דאין יסודו משום שנתחזקה על ידי השבועה טענת זה שנתחייב שבועה דאורייתא, אלא יסוד הדבר הוא דלא נאמר דין יחלוקו אלא היכא דחל על כן הממון דין יחלוקו, כלומר דיש להא׳ זכות בחציו האחד ויש לחבירו זכות בחציו האחר, אבל היכא דנתחייב האחד שבועה דאורייתא הרי עד שישבע לא יהיה לו זכות והיכא דאין זכותו שוה לזכות חבירו ליכא דין יחלוקו, ושוב ממילא על ידי שנשבע שבועה דאורייתא זוכה בהממון. ועפ״ז מובן קצת הדמיון לסוגיין, דלעולם אין כונת בעה״מ לומר דהוי כמין כלל דהיכא דאיכא שבועה דאורייתא לא תקנו חכמים שבועה דרבנן, דזה ודאי לא שייך לסוגי׳ דד״ק כלל, אלא כונתו, דכל היכא דנתחייב האחד שבועה דאורייתא נגרע כחו, כדחזינן בדף ק׳, דאינו זוכה בממון בלא שבועה ולכך לא נאמר בהך ממון דין יחלוקו אפי׳ לסומכוס, וכמו כן בנ״ד נגרע כחו ושוב לא תקנו שישבע זה שבועת שנים אוחזין, דלא תקנו הך שבועה אלא היכא דטענת שניהם שוים, אבל היכא דגריעא כח זה שחייב בשבועה דאורייתא, גרעו חכמים כח דהאחר על ידי הטלת שבועה דרבנן, והדברים עדיין טעונים תוספת ביאור.

והנה הקשה הראב״ד על עיקר דברי בעה״מ דעד המסייע פוטר משבועה, מסוגי׳ דלמן דף כ״ח דאמרינן סימנים וסימנים ועד אחד עד אחד כמאן דליתי׳ דמי

אינו כגדר מתוך שאינו יכול לישבע משלם דגבי שבועת מודה במקצת, ועדיין יש לעיין בזה.

ויניח. והדברים תמוהים לכאורה, דהא יסוד דברי בעה"מ הוא דעד אחד פוטר משבועה והוא זה דין בשבועה, ובסימנים וסימנים ועד אחד אשר דינו דיהא מונח ובאים לומר דיהני עד אחד הרי זה לענין ממון וודאי דלא מהני.
וביאר מו"ר זצ"ל בזה, דהבין הראב"ד בדברי בעה"מ דמאי דפוטר עד אחד משבועה היינו משום דבכדי לפטור משבועה סגי בהוכחה בעלמא, וכל דינא דאין עד אחד קם לממון היינו לענין עדות, אבל הוכחה מיהא הוי, ומהניא הוכחה זו לפטור משבועה. והנה לענין אבידה מבואר לקמן דכ"ח דבאופן שהביא האחד סימנים יותר טובים מחבירו זוכה באבידה ולא אמרינן דיהא מונח, הרי דמהני יתרון הוכחה להכריע דלא נימא יהא מונח, אשר זהו שהקשה הראב"ד דלדעת בעה"מ דחשיב עד אחד הוכחה, לא יהיה הדין בסימנים וסימנים ועד אחד דיהא מונח אלא ניתן לזה שהעד מעיד עבורו, אע"כ דלא חשיב עד אחד הוכחה, וא"כ גם לא יפטור משבועה.
ובעה"מ מודה אף הוא דלענין מציאה שפיר מהני הוכחה להכריע שניתן לזה שסימניו יותר טובים, ולא נימא דיהא מונח, אבל מאי דפוטר עד המסייע משבועה הרי ס"ל לבעה"מ דלאו משום דמהניא הוכחה לפטור משבועה הוא, אלא מאי דפוטר משבועה הוא משום דהוא בכלל דינא ד"אבל לשבועה הוא קם", ולא מצד נאמנות, וכמו שהארכנו לעיל, ולולא גזה"כ זו דלענין שבועה הוא קם לית לי' נאמנות כלל ולא הוי אפי' הוכחה, אשר ממילא לא מהני עד אחד לענין סימנים וסימנים, דלשבועה קם אבל לממון לא קם, ודוק.
והנה כתב הרמב"ם בפ"כ מהל' מכירה ה"ד, וז"ל: נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי אימתי בזמן שהמקח יוצא מתחת ידו אבל אם אין המקח יוצא מתחת ידו הרי הוא עד אחד בלבד ודינו בעדות זו כדין כל אדם שהרי אינו נוגע בעדותו לפיכך אם נטל הדמים משנים ונטל מאחד מדעתו ומאחד בעל כרחו ולא ידע ממי נטל מדעתו וממי נטל בע"כ בין שהיה המקח בידו בין שהיו שניהם תופסין בו אין כאן עדות כלל וכל אחד מהן נשבע בתקנת חכמים בנקיטת חפץ ונוטל חצי המקח וחצי הדמים, עכ"ל. וע"ש בראב"ד שביאר דבריו דעד המסייע פוטר משבועה אשר על כן באופן דהמוכר יודע למי מכר אין צריך שבועה אפי' באוחזים, אשר זהו דכתב הרמב"ם דרק היכא דהמוכר אינו יודע למי מכר הוא דבעינן שבועה. (וע"ז הקשה הראב"ד אמאי יפטור באמת העד אחד דאמאי משום הכרעת עד אחד יטול בלא שבועה. ומבואר מדבריו דס"ל דשבועת משנתנו שבועת הנוטלין היא, וכנ"ל.)
ועדיין טעון לשונו של הרמב"ם ביאור, מהו חידושא דה"לפיכך", דמה הוצרך הרמב"ם להשמיענו דאם אינו יודע ממי נטל ברצון וממי הוי בע"כ דאינו נאמן וחולקים בשבועה, פשיטא דאין כאן עדות. וכמדומה שאמר מו"ר זצ"ל בזה ע"פ מה שיש להעיר דהא נקטינן דס"ל להרמב"ם דשבועת משתנתו שבועת הנוטלין היא, וא"כ היכא דאמר שהיה אחד מרצונו ואחד בע"כ ואינו יודע איזה ברצון ואיזה בע"כ, האיך יזכו כל אחד על ידי שבועתו, הרי על פי עדותו של המוכר הוי שבועת אחד מהם שבועת שקר, אשר זהו שחידש הרמב"ם דלא האמינוהו אלא לומר איזה ברצון ואיזה בע"כ, אבל להעיד שהיה אחד בע"כ ואחד ברצון ואינו יודע איזה, לזה אינו עד ולא האמינוהו כלל, אשר זהו דכתב הרמב"ם דאינו עד כלל, דאילו היה עד לא היה שייך דין יחלוקו בשבועה, וכנ"ל. ולא הבנתי הדברים כל הצורך, דהא מה שנאמן לומר לזה מכרתי היכא דמקחו בידו, הרי זה נאמנות מסויימת ושפיר איכא להגדיר באיזה אופנים האמינוהו ובאיזה אופנים לא, אבל מה שנאמן היכא דאין מקחו בידו כעד אחד לפטור משבועה, משמע להדיא דאין זה תקנה מסויימת אלא כן הוא המציאות דעד אחד הוא שהרי אינו נוגע בדבר, וא"כ כמו דס"ל להרמב"ם דעד אחד פוטר משבועה, כך נאמינהו כעד אחד לומר שמכר לאחד והשני נתן מעות בע"כ ואינו יודע לאיזה, דמאחר שהוא עד אחד מה שייך לומר בזה דאינו עדות כלל, וצ"ב.

יט) רש"י ד"ה אימור בהדי הדדי אגבוה- למציאה וכל אחד ואחד סבור אני הגבהתיה תחילה וכולה שלי וכי משתבע על חציה קושטא משתבע וכו'- צ"ב לכאורה אמאי הוצרך להקדים דכל אחד ואחד סבור שהוא הגביה תחילה, הרי העיקר הוא כיון דשייך שהגביהו בבת אחת ליכא ודאי שבועת שוא (שקר), וכבר העיר בזה במהר"ם שיף, ע"ש. אכן פשוט בזה, דנאמרו בראשונים ב' ביאורים בס"ד דהש"ס, דהתוס' כתבו דשפיר הוה ידעינן דאיכא למימר דתרוייהו בהדי הדדי אגבוה אלא דמ"מ יחלוקו בלא שבועה כיון דאפשר לבוא לידי שבועת שוא. ולפ"ז דחיית הש"ס היא דלא אמרינן הכי אלא רק היכא דאיכא ודאי שבועת שוא הוא דלא משבעינן לי'. אכן עי' חידושי הריטב"א החדשים שכתב בביאור ס"ד דהש"ס, וז"ל: פי' דמתני' כפי טענותיהם שטענו בפנינו אחד מהם נשבע לשקר, עכ"ל. וברור דכן פי' רש"י כדברי הריטב"א, והיינו, דס"ל דלבן ננס כל היכא דלפי טענותיהם איכא ודאי שבועת שוא לא משבעינן לי', אשר זהו דהוצרך לפרש בתירוצא דהש"ס דאף לפי טענותיהם ליכא שבועת שוא, דכל אחד באמת סבור שהוא הגביה תחילה אבל למעשה יתכן שהגביהו יחד. שו"ר שכתב כן בחידושי הגרע"א, ע"ש שהוכיח כן מדברי בן ננס דהיכא דלפי טענותיהם איכא שבועת שוא לא משבעינן לי'. וביאור הדברים, דמאחר שזה טוען כך וזה טוען כך אין לנו להסתפק דשניהם משקרים ואין לנו אלא ב' אלו הצדדים אשר ממילא נמצא שבועת האחד שבועת שקר, וכן מבואר מתוך לשונו של הגרע"א. ופשוט לכאורה דזהו לרש"י לשיטתו דס"ל דבאומר אני ארגתיה דאיכא ודאי רמאי לא אמרינן דיחלוקו, ודלא כדעת התוס', דהא באני ארגתיה אף דאיכא למימר דתרוייהו הוא מ"מ הרי לפי טענותיהם ודאי דאיכא רמאי.
ועי' תוס' הרא"ש שהקשה מה נימא בזה אומר כולה שלי וזה אומר חציו שלי, ותי' בתירוצו הב', וז"ל: אי נמי אותו שנוטל רביע נתכוין לקנות רביע לעצמו והשאר לצורך חברו למאן דאמר המגביה מצאה לחברו קנה חברו וכו', עכ"ל. ולמדים אנו מדבריו דעכ"פ למסקנת הגמ' אף דברור דעל פי טענותיהם איכא שבועת שקר, מ"מ כיון דיתכן דשניהם משקרים ולמעשה הגיבהו באופן דקנה זה ג' רבעים וזה רביע, במציאות ליכא בזה ודאי שבועת שוא, והוא דלא כדברי רש"י והגרע"א, דלדבריהם אף למסקנא הדבר תלוי לבן ננס בודאי שבועת שקר על פי טענותיהם.

כ) רש"י ד"ה עליו הראיה- בעדים ואי לא לא גבי מידי והכא חולקין בשבועה- מבואר מדבריו שפי' קושיית הש"ס דלרבנן לא יקח חציו אפי' על ידי שבועה , דהמוציא מחבירו עליו הראיה. אכן יעויין פי' הר"ח שכתב, וז"ל: אמאי נשבעין והא המוציא מחבירו עליו הראיה אמרי, עכ"ל, וכ"פ בחידושי הרשב"א ובתוס' הרא"ש, ע"ש. והיינו, דכיון דאמרינן דשניהם מוחזקים כל אחד בחציו, ס"ד דלרבנן לא ניבעי שבועה דאדרבה, על מה שאחד מוחזק בו על חבירו להביא ראיה ולא עליו לישבע. ולכאורה מאי דלא פירש רש"י כן היינו משום דס"ל דהאי תפיס בכולו והאי תפיס בכולו. ושו"ט דהש"ס אליבא דרש"י, דמעיקרא ס"ד דאף דכל אחד תפוס בכולו ואין לאף אחד מהן מוחזקות בחציו, מ"מ עד כמה שחבירו נמי תפוס במה שהוא בא לקחת חשיבי שניהם מוחזקים על הכל וממילא הוי מוציא מחבירו ועליו הראיה, והכונה לדעת רש"י דמאחר דאי אפשר לתת לאחד מהם כלום משום דהוי מוציא מהשני, יהיה הדין בזה דיהא מונח, וכן פי' בשט"מ בשם ריצב"ש, ע"ש.
ויש לעיין בהא דמקשינן דנימא יהא מונח, והא יסוד הקושי הוא משום דנקטינן דמאחר להי תפיס בכולי' והאי תפיס כולי' חשיב כל אחד מוציא מחבירו, וא"כ האיך נוציא משניהם לומר בזה דיהא מונח. והפשוט

לכאורה בזה, וכן אמר מו"ר זצ"ל, דלא חשיב דין יהא מונח כהוצאת ממון, דיסוד הדין דיהא מונח הוא דהממון כאילו מונח לשניהם והי כאילו הקפאת המצב הנוכחי.
ולדעת רש"י נמצא דמאי דאמרו ואלא מאי רבנן המשך הוא לקושיא הקודמת , דאף דלסומכוס הנידון הוא לגבי השבועה ואילו לרבנן על עצם הממון, מ"מ שורש השאלה אחד הוא, דמתחילה הקשו דלסומכוס אין ענין לחיוב שבועה, דהא איהו ס"ל דאף היכא דשניהם תפוסים איכא דין יחלוקו מספק בלא שבועה, ומשמעות הדברים הוא דלרבנן אתי שפיר, דס"ל דהיכא דתפוסין לא אמרינן יחלוקו מספק, אשר לזה הקשו דאם כדבריך דהטעם דלא אמרינן הכא ממון המוטל בספק חולקין הוא משום דתפוסין הם, א"כ יקשה איפכא דלא תהני שבועה כיון דלרבנן נימא בזה דהמוציא מחבירו עליו הראיה.
ומסקינן דעד כמה דתרוייהו תפסי בה לא חשיב מוציא, דאינו מוחזק בכך, עי' שט"מ בשם ריצב"ש שפירש כן, אלא דעד כמה דתפוס הוא ומחוסר גוביינא הצריכו רבנן שבועה להוציא מהתפוס. ונמצא לרבנן דמה דיחלוקו זהו מצד הספק ומה שנשבע הוא משום דמחוסר גוביינא. ומאי דהוצרך רש"י לבאר דהשבועה היא משום דמחוסר גוביינא הוא אף דהקושי' לא היתה משבועה אלא מהמון עצמו דנימא הממע"ה ועל זה שפיר תירצו במאי דאמרו דלא חשיב מוחזק כיון דחבירו תפיס בי', פשוט דהיינו משום דלמאי דמשנינן דהיכא דתפסי תרוייהו ליתא לדינא דרבנן דממע"ה עליו הראיה, הרי שוב מודו רבנן לסומכוס דיחלוקו והדר יקשה אמאי בעינן שבועה כלל, לזה תכתב רש"י דלרבנן דאית להו במוחזק דאורייתא הממע"ה, אית להו נמי מדרבנן הכא דבעינן שבועה בכדי להוציא ממאי דתפיס חבירו אף דגם הוא תפוס בכולי', והיינו משום דמאחר דתפוס בי' נמי חבירו בכולי' הרי זה מחוסר גוביינא.
והנה כל שו"ט זו לדעת רש"י נבנה על היסוד דהאי תפיס בכולי' והאי תפיס בכולי', דאילו הוה אמרינן דכל אחד מוחזק בחציו אין מובן מה התלייה בפלוגתת סומכוס ורבנן, הרי אף לרבנן כיון דכל אחד מוחזק בחציו שפיר נימא בזה יחלוקו ולא שייך להקשות שיהיה בזה דין המוציא מחבירו עליו הראיה ולא יחלוקו. וכן מבואר באמת מדקדוק לשונו של רש"י במתני' דבאוחזים אין לזה כח יותר מלזה, ומדוייק מדבריו דכל אחד יש לו בכל הטלית זכות אלא דלחבירו אית לי' נמי הך זכות. ונמצא דעל כל פנים בקושיית הש"ס מרבנן מבואר דלרש"י שנים אוחזין חשיב כל אחד תפוס בכולו, ולדעת התוס' הר"ח והרשב"א ודעמי' הוי כל אחד מוחזק בחציו.
ולפירוש הרשב"א יש לכאורה מקום עיון, דביאר בס"ד דהש"ס דכיון דמאי דתפיס האי דידי' ומאי דתפיס האי דידי' הוי כאילו נחלקה כבר וכל אחד מוחזק ועומד במחציתו, ודחינן דכיון דתרוייהו תפסי ואיננה מוחלקת ועדיין מתעצמין בה זה אמר כולה שלי ובחזקתי וכו' הילכך יחלוקו בשבועה. והיה משמע לכאורה דלמסקנא לא חשבינן ששניהם מוחזקים וכאילו נחלקה, וזה צ"ב, דהא פירש הרשב"א ריש מכילתין דמאי דאמרינן יחלוקו ולא אמרינן כל דאלים גבר הוא משום דכיון דשניהם מוחזקים חשיב כאילו נחלקה כבר, הרי דלמעשה אמרינן הכי. וצ"ל בביאור תירוצא דהש"ס, דודאי אף למסקנא אמרינן דהוי כאילו נחלקה, אלא דלא סגי בהכי בכדי דנימא דיחלוקו בלא שבועה, והיינו טעמא, דאף דלפי טענותיהם יוצא דכל אחד מוחזק בחציו וכאילו נחלקה, אשר מהאי טעמא לא אמרינן דכל דאלים גבר, מ"מ כיון דעדיין מתעצמין בה ולפי דבריהם כל אחד מוחזק בכולו, לא חל בזה דין דהמוציא חבירו עליו הראיה ולכך אינו לוקח אלא על ידי שבועה. ועי' שט"מ בשם ריצב"ש שכתב בדעת דחיית הש"ס, וז"ל: שאע"פ שכל אחד מוחזק בחציה ומטעם זה חולקין מ"מ כיון ששניהם תופסין בטלית אחד אף בחצי האחר כל אחר מגרע חזקת חברו עד שצריך שבועה ומשו"ה פלגי בשבועה, עכ"ל, והוא לכאורה כנ"ל, דאף דשניהם מוחזקים אשר משו"ה לא אמרינן דכל דאלים גבר דהוי כאילו כל אחד יש לו החצי, מ"מ בעינן שבועה דלא חל בי' דין הממע"ה (מדרבנן). אך נראה דיש לבאר באופן אחר קצת אשר מדוייק היטב בדברי הריצב"ש הנ"ל, דהא מאי דאמרינן דאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' וכו' כבר נתבאר דמאי דכל אחד מוחזק בחציו אינו אלא על ידי טענתו, עי' לעיל דלכך בזה אומר חציו שלי וזה אומר כולה שלי לא אמרינן דכל אחד מוחזק בחציו, אשר לפ"ז י"ל דמאחר דהמוחזק נעשה על ידי טענותים, מאחר דכל טענה מוחזקתו של חבירו, הרי זה גריעותא ואין עושים אותו למוחזק על ידי כך אלא על ידי שבועה, דמחמת שנשבע שחציו שלו אז הוא דיחשבו מוחזקים כל אחד בחציו. וכמובן דאין זה אלא מדרבנן, אבל מדאורייתא שפיר הויין מוחזקים כל אחד בחציו אשר משום הכי צריכים לומר יחלוקו ולא כל דאלים גבר, רק דמדרבנן אמרינן שלא יחשב למוחזק אלא על ידי השבועה, וכמשנ"ת.
ועפמשנ"ת אתי שפיר היטב לישנא דהש"ס, התם דלא תפסי תרוייהו וכו' הכא דתרוייהו תפסי וכו', ופירשו התוס' לא תפסי תרוייהו אלא האחד, ולשון הגמ' לכאורה אינו מדוייק, דהחילוק בפשטות הוא דהכא תפוס האחד והרי הוא מוחזק והתם תפסי שנים ולכדאין האחד מוחזק, והול"ל בפשטות הכא תפוס אחד התם תפסי תרוייהו. ולמשנ"ת הדבר מדוייק ביותר, באמת אף היכא דתפסי תורוייהו הוי נמי מוחזק מעיקר הדין, רק האף בעצם מוחזק הוא, היכא דתפסי תרוייהו הרי זה מחייב שבועה, אשר זהו דאמרו דהתם תפסי תרוייהו ולכך אף דשניהם מוחזקים מ"מ בעינן לזה שבועה, משא"כ היכא דלא תפסי תרוייהו ליכא מחייב דשבועה, ודוק.
והנה לדברי הרא"ש שפירש דמאי דלא אמרינן כל דאלים גבר דהיינו משום דלא ניתן להאחד לגזול את חבירו, ורק משום דלא שייך לומר כל דאלים גבר הוא דאמרינן דיחלוקו, ודלא כדברי התוס' בסוגיין דהא דשניהם מוחזקין מחייב דינא דיחלוקו, וס"ל דבאמת לא אמרינן בודאי דחציו של כל אחד ואחד, צ"ל לכאורה דאזיל למעשה לפום מסקנת הש"ס, דלדבריו פשוט לכאורה דליכא למימר בזה המוציא מחבירו עליו הראיה. ולדידי' איכא למימר דבהא גופא שקיל וטרי בש"ס, דלס"ד הבינו דשניהם מוחזקים, ותירוצא דהש"ס הוא דלעולם אינם מוחזקים ממש כל אחד בחציו אלא דיש לכל אחד חלק בו ולא שייך בזה המוציא מחבירו עליו הראיה.

כא) תוד"ה התם דלא תפסי תרוייהו- מיקרי האחד תפיס מחמת חזקת מרי' קמא- עי' קונטרס הספיקות כלל א' אות ה' שנסתפק בגדר חזקת מרא קמא אי הוי כחזקה דמעיקרא גבי איסורים, או דהוי חזקת ממון, ע"ש שהאריך בזה. ומדברי התוס' שכתבו דעל ידי חזקת מרי' קמא חשיב שתפוס בו מבואר להדיא דחזקת ממון הוא. ואפשר דה"אית דגרסי' בתוס' דגריס התם דחד מינייהו הוא ס"ל באמת דאינו חזקת ממון אלא כמין חזקה דמעיקרא, אשר ממילא לא שייך לומר דחשיב על ידי כך כאילו תפוס בו.
וגוף דברי התוס' צ"ב לכאורה, דהא מבואר בסוגי' דלקמן ד"ק דלרבנן אזלינן בתר חזקת מ"ק ואומרים דהממע"ה, ולמאי הוצרכו התוס' לומר דמחמת חזקת מ"ק מיקרי האחד תפוס. וי"ל בזה, וכעי"ז אמר מו"ר זצ"ל, דהא נתבאר דאף דאיכא מוחזק מ"מ היכא דתפסי תרוייהו אמרינן דלא יהני המוחזקות בלא שבועה, עי' לעיל אות כ', ודווקא היכא דהאחד תפוס בו הוא דחייל דין המוציא מחבירו עליו הראיה לענין שיטול המוחזק בלא שבועה, אשר לפי זה הוקשה להו להתוס' דכמו כן לענין חזקת מ"ק עד כמה שאין הוא מוחזק בו ממש נוכרח להתייחס גם לטענת השני ולא נפטור את המוכר אלא על ידי שבועה, לזה כתבו התוס' דעל ידי חזקת מ"ק חשיב שפיר דהאחד תפוס בו.

ובמש"כ התוס' בתחילת דבריהם דלא תפסי תרוייהו כי אם האחד, עי' תוס' הרא"ש דמבואר שלא פירש כן. והנה הרא"ש דקדק מלישנא דהש"ס התם לא תפסי תרוייהו דבההיא דהמחליף פרה בחמור אי תפסי תרוייהו לא מוקמינן לה בחזקת מ"ק אלא יחלוקו, והקשה ע"ז דהיכא דאיכא ספק לב"ד בלא טענתויהם וטוען שמא ודאי דמוציאין מידו וק"ו דבתספי תרוייהו לא מהני, ע"ש מה שפירש. ולמדים אנו מדבריו דהיכא דליכא ספק לב"ד בלא טענותיהם שפיר נימא דהיכא דתפסי לתרוייהו שפיר מהני לומר דיחלוקו אף נגד מ"ק, ומבואר דאמרינן דיחלוקו אף באופן דאיכא מ"ק והשני טוען שלקחה ממנו. ועי' תוס' ר"פ דמדוייק לכאורה מדבריו דלא כזה, דלא אמרינן דיחלוקו היכא דאיכא חזקת מרא קמא. ונחלקו בזה האחרונים, עי' ש"ך סי' צ"א שכתב דגם היכא דאיכא מ"ק אמרינן דיחלוקו, ואילו בש"ש ש"ד פי"ג פליג וס"ל דבכה"ג אזלינן בתר חזקת מ"ק.

והנה פשוט לכאורה בטעם הני דס"ל דאמרינן דיחלוקו אפי' במקום דאיכא מ"ק דהיינו משום דס"ל דיחלוקו הוי מטעם ודאי, אשר ממילא לא מומקינן אחזקת מ"ק. וצ"ב קצת האיך ס"ל להרא"ש הכי, הרי לדידי' מאי מהני הא דאוחזין אינו אלא לענין שלא נאמר כל דאלים גבר אבל אל אמרינן דהוי כל אחד מוחזק בחצי, ולדידי' הוי החלוקה מספק, ואמאי לא נוקמי' בחזקת מ"ק. אכן פשוט לכאורה, דאף להרא"ש (ותוס' בב"ב הרי עכ"פ הוי כאילו ידעינן דיש לכל אחד חלק בו והרי זה מוציא מחזקת המ"ק עכ"פ לגבי הך דיש לו, ושוב יתכן דלא אזלינן בתר חזקת מ"ק אלא אמרינן דיחלוקו.

ומדברי התוס' ליתא להך מילתא דתהני תפיסה נגד חזקת מ"ק, דלדידהו ליתא לקושיית הרא"ש ודיוקו, ובפשטות לדידהו מבואר דעד כמה דאיכא מ"ק אף בטענת ברי מוקמינן אמ"ק, ולדידהו צ"ב לכאורה דהא ס"ל דיחלוקו דמתני' מטעם ודאי הוא, והאיך נימא דאף בשנים אוחזין אזלינן בתר מ"ק, הרי הוי כאילו מוחלקת לפנינו, כמש"כ הרשב"א. אכן הדבר פשוט דהא נתבאר לעיל דהך ודאי לאו מחמת אנן סהדי בעצם הוא אלא דהוי אנן סהדי דבית דין, וכל המוחזקות לא נעשה אלא על ידי תפיסתם בהדי' טענותיהם, אשר משו"ה במוחזקות משתנה בזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי, אשר לפי זה שפיר י"ל דהיכא דאיכא חזקת מ"ק אמרינן דלא נעשה מוחזקות ודין יחלוקו על ידי תפיסתם וטענותיהם אלא אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה. ונמצא דהך פלוגתא אי אמרינן דינא דיחלוקו היכא דאיכא מ"ק לא שייכא כלל לשאלה אי החלוקה והי מטעם ודאי הוא מטעם ספק, ודוק.

כב) רש"י ד"ה בשבועה פלגי לה- כיון דמחוסר גוביינא במה שחבירו תופס דהאי תפיס בכולה וכו' לא קים להו לרבנן להוציא ממון מחזקתו בכדי וכו'- הא דלרבנן שבועה דמתני' מהאי טעמא הוא למד רש"י לכאורה מלישנא דהש"ס שהוצרכו לסיים "בשבועה פלגי לה", דלכאורה לא הו"ל למימר אלא דהיכא דתרוייהו תפסי לא אמרי רבנן הממע"ה, אלא משמע דמעצם דינא דרבנן הוא דאמרינן דישבע. אלא דצ"ב לכאורה למה שפירשו לעיל הרשב"א והריטב"א בדברי רש"י דיסוד השבועה דמתני' הוא משום דמורי ואמר וכו', הרי לרבנן מבואר אחרת,דהוא מכעין דינא דהממע"ה, וכמו שהקשו הראשונים מהא דר' יוחנן לקמן, וצ"ב. עי' ריטב"א החדשים. וכן יקשה על דברי רש"י בסוגיין מה הקשו לקמן שבועה זו למה לי, הרי מבואר להדיא דטעם השבועה הוא מכמין דין הממע"ה.

והאמת דיקשה לכאורה כן נמי על דברי הר"ח, דהא לפום תירוצא דהש"ס אליבא דרבנן מתבאר דמאי דבעינן לשבועה היינו משום דכיון דתפסי תרוייהו לא חייל דין המוציא מחבירו עליו הראיה ובכדי דנימא דיחלוקו בעינן נמי לשבועה, כאשר נתבאר לעיל אות כ', וא"כ מה הקשו לקמן ד"ה שבועה זו למה, הרי מבואר להדיא הכא אמאי בעינן לה, וכה"ק בשט"מ בשם מהר"י כ"ץ, ע"ש. אלא דעל דברי הר"ח לא יקשה כ"כ, וכן אמר בזה מו"ר זצ"ל, דיסוד הקושי' לרבנן הרי היתה דמאחר דכל אחד מוחזק וחציה לו אין מקום לשבועה כלל דאמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, ובתי' הש"ס דהיכא דתפסי תרוייהו ליכא מצד טענותיהם ותפיסתם גרידא ליכא דין המוציא מחבירו עליו הראיה ושפיר יש מקום לשבועה , אבל עדיין אין מבואר בזה **סיבת** השבועה, אשר זהו יסוד הקושי' בדף הק' שבועה זו למה לי, דנהי דשייך בזה שבועה אבל מאיזה סיבה תקנוה. אכן כל זה בדעת הר"ח, אבל לדעת רש"י ודאי דיקשה כנ"ל, דהא לדידי' מבואר דהיינו טעמא דהשבועה משום דאינו יכול להוציא מהתפוס בכדי.

וצידד מו"ר זצ"ל שמא י"ל בזה, והוא ע"פ מה שיש לעיין לכאורה אמאי חשיב הוצאת ממון בכדי, הרי איכא אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' ומאי דתפיס האי דידי'. (והאמת דיש להקשות כן על דברי הגמ' מה הקשו דלרבנן נימא דיהא מונח ולא נימא דיחלוקו, הרי איכרא אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' וכו'. והפשוט בזה, עפמש"ת לעיל דאין הך אנן סהדי כהוכחה ודאית ולא מהני להוציא ממון מיד התפוס. אכן לא אתי שפיר בזה אלא לפום המקשן דהוה ס"ל דאיכא ממש דין המוציא מחבירו עליוה הראיה, בזה ודאי דלא יהני האנן סהדי, וכנ"ל, אך למסקנת הגמ' דליכא דין הממע"ה ממש דניבעי ראיה ממש כיון דתפסי תרוייהו, ואין הטעם אלא שנוציא בכדי, בזה עדיין יקשה אמאי לא סגי לזה באנן סהדי. ונראה דכן הוא ביאור קושיית הש"ס בד"ה לדעת רש"י, וכי מאחר דאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי ומאי דתפיס האי דידי' שבועה זו למה לי, כלומר, ודאי דמבואר בסוגיין דבעינן הוכחה בכדי שלא נוציא בכדי, אך קושיית הש"ס בד"ה היא דמאחר דאיכא אנן סהדי תשמש האנן סהדי כהוכחה זו ואמאי בעינן לזה שבועה, והשאלה בסוגיין היתה לסומכוס אמאי בעינן שבועה ואל אמרינן יחלוקו מספק, ולרבנן לא היה לנו לומר יחלוקו כלל אלא יהא מונח, ותירצו דליכא חזקה ממש ושפיר שייך יחלוקו אלא דלא נוציא בכדי אשר להכי איכא דין שבועה, ואילו לקמן הקשו אמאי לא יפטר משבועה ממחמת האנ ן סהדי, וכנ"ל.

כג) רש"י ד"ה שמא ושמא- וכיון דכל חד שמא טעין ליכא למירמי עלייהו שבועה- מבואר לכאורה מדבריו דבעצם הוה מצרכינן שבועה, רק דליכא למירמי עלייהו כיון דכל אחד טוען שמא. וצ"ב לכאורה, דבסוגי' דב"ק ל"ה פירש רש"י דיסוד הני דאמרי דאמר סומכוס אפי' בברי וברי הוא דאף דהנתבע טוען ברי מ"מ לא אמרינן דהממע"ה אלא דינא הוא דיחלוקו, אשר מבואר מדבריו דטעמא דהני דאמרי דלא אמר סומכוס אלא בשמא ושמא הוא משום דבברי וברי מודה סומכוס לרבנן דאמרינן דהממע"ה, אשר לפ"ז בנ"ד לכאורה היה לו לרש"י לפרש בפשטות דבברי וברי ס"ל דחייב שבועה משום דהואיל והוי מחוסר גוביינא אינו נוטל בלא שבועה, כדפירש לעיל בדברי רבנן, דהא בברי וברי מודה סומכוס לרבנן, ובשמא ושמא דאין סומכוס מודה לרבנן הרי ס"ל דדין הספק הוא דיחלוקו בלא שבועה. והנראה פשוט בזה, דאף דבברי וברי ס"ל לסומכוס דהממע"ה, לאו מטעמא דרבנן הוא, דלסומכוס יסוד דין הספק הוא דיחלוקו, וזהו אף בברי וברי, ומה דיתכן דמודה בברי וברי אינו משום דאין הספק מחייב יחלוקו, אלא משום דכיון דאיכא מוחזק הרי המוחזק מונעו מלומר יחלוקו, משא"כ לרבנן היינו טעמא משום דעיקר דין הספק הוא דהמוציא מחבירו עליו הראיה. והנפ"מ בזה היכא דזה תפוס בכולו וזה תפוס בכולו, דלרבנן שפיר אמרינן דעל כל פנים מדרבנן התפיסה וזה דהוי מחוסר גוביינא מחייב שבועה, אכן לסומכוס פשוט לכאורה דאין מאי דתפוס בו מונע מלומר יחלוקו, אשר ממילא ע"כ דמאי דבברי וברי חייב שבועה לאו מטעמא דרבנן הוא אלא מטעם אחר, ומהאי טעמא היה חייב גם

שבועה בשמא ושמא אי לאו דליכא למירמי עלייהו, ודוק.

כד) רש"י ד"ה דררא דממונא- חסרון ממון שאם יפרע זה שלא כדין וכו'- ביאור דבריו, דכיון דאם יתנו לאחד או יפטור האחד שלא כדין דינא נמצא ודאי מפסיד, עדיף לן למימר בזה דיחלוקו , ומדאיכא בעצם סיבה למימר יחלוקו חולקין בלא שבועה, ופרכינן דק"ו הוא כיון דודאי יהיה הפסד החצי על ידי מאי דאמרינן יחלוקו ודאי דלא נימא דיחלוקו בלא שבועה. ובחידושי הרשב"א ועו"ר הקשו על דבריו מהא דההוא ארבא דאמרינן בב"ב דלא הוי דררא דממונא, ולפום פירושו הא אף התם איכא הפסד. אכן עי' חידושי הריטב"א החדשים וכן בשט"מ בשם גליון שכתבו ליישב דבריו, דגבי ארבא הא יתכן שאינו לא של זה ולא של זה ואי"כ כד נימא כל דאלים גבר לא ברירא דיהיה לא' מהם הפסד דדילמא לאו דתרוייהו הוא, ובכה"ג ל"ח דררא דממונא.

ובחידושי הרשב"א בסוגיין בסוף דבריו כתב בדעת רש"י, וז"ל: על כן נ"ל דהכא פי' דררא דממונא הפסד ממון והתם פי' עיקר תביעת ממון ולשון אחד הוא המתחלק לשני ענינים ויש לנו כזה הרבה בתלמוד, עכ"ל. והא דפירוש דררא בממונא בסוגיין יהא כדברי רש"י ופירושו בסוגי' דחזקת הבתים יהיה כדעת הרשב"ם שם דל"ה דהוא עיקר ממון , היינו לכאורה, דבסוגיין הנידון הוא לענין שבועה ולא לענין הדין יחלוקו, דהא ודאי דיחלוקו רק אתינן לחלק דהיכא דאיכא דררא דממונא יחלוקו בלא שבועה, ואילו בבא בתרא הנידון הוא לענין עיקר הפסק דיחלוקו אמאי נימא בהיא דסומכוס יחלוקו ואילו בארבא כדא"ג. הנה סברא דלענין דנימא יחלוקו ולא כדא"ג יהא הדבר תלוי בעיקר ממון ולא בהפסד כמש"כ רש"י בסוגיין, דמאי דאם יתנו שלא כדין יהיה להאחר הפסד לכאורה אינו מהוה סיבה לומר דיחלוקו, רק מאי דאית לי' לכל אחד בהך ספק עיקר ממון חשוב כאילו זכות קונקרטי שיהא הדבר שלו וכן לחבירו, אלא דצ"ב מה הסברא לומר דמאחר דאיכא בהפסד אם יזכו האחר יהיה זה סיבה שלא לישבע, והיכא דליכא הפסד יהיה יותר מסתבר לומר שישבע, וכבר העיר כן בנחלת דוד, ע"ש, והיא באמת קושיית הגמ' ולאו ק"ו הוא.

ג' ע"א

כה) שבועה זו תקנת חכמים וכו'- עי' ריטב"א החדשים לקמן דף ח' שכתב דהך שבועה הוי שבועת הנוטלין, וכן מבואר בשערי שבועות, וכן מבואר בביאור הגר"א סי' פ"ז סקכ"ד דהוי שבועת הנוטלין. ולכאורה יש לדון דלדעת התוס' דמאי דאמרינן יחלוקו הוא משום דהוי כאילו ידעינן דכל אחד חציו הוא שלו, הוי הך שבועה שבועת הנפטרין, ורק לשיטות האחרות דלא הוי כאילו ידעינן שחצי הוא של כל אחד הוא דאיכא למימר דהוי שבועת הנוטלין. ועי' לקמן דף ז' ע"א תוד"ה מחי ר' אבהו, ומה שנכתוב שם בעזהשי"ת דלכאורה פליגי בזה התוס' והרמב"ם. אכן הרשב"א כתב כדברי התוס' דעל ידי המוחזקין הוי כאילו נחלקה, ומ"מ כתב להדיא בד"ה והא דאמר תנא תונא דהוי שבועת הנוטלין ולא שבועת הנפטרין, ע"ש בדבריו. ומוכח מזה כמשנ"ת דאף מאי דהוי כאילו נחלקה אין זה מצד ראיה דמוחזק, דאילו היה כן פשוט לכאורה דהיתה חשובה שבועת הנפטרין, אלא מצד טענותיהם הוא, ואין זה אלא דין מוחזק, אשר ממילא שפיר איכא למימר דאף לדידי' הוי שבועת הנוטלין (ויתכן דהתוס' והרשב"א פליגי בזה, כדנבאר בדברי התוס' לקמן דף ז' בעזהשי"ת.)

ויעויין חידושי הריטב"א החדשים ועו"ר שהעירו דלכאורה מאי דקאמר שבועה זו תקנת חכמים היא, הא מעיקרא נמי הוה ידעינן דהך שבועה מדרבנן היא, ע"ש שכתב דודאי דהוה ידעינן דדרבנן היא, רק דהוה ס"ד שהיה מן הדין לברר את הספק, אשר זהו שאמרו דשבועה זו תקנת חכמים שלא יהא כל אחד וכו' ולאו תקנה מדינא. ואמר מו"ר זצ"ל דלדעת רש"י הדברים מדוייקים היטב, דלרבנן נתבאר דיסוד השבועה היתה שלא נוציא מהתפוס בכדי, כלומר, דבעצם לאו חיוב **שבועה** הוא אלא דבכדי להוציא מהתפוס בעינן כמין הוכחה, אשר לזה שפיר משמשת השבועה, אבל לאו דין חיוב שבועה הוא, משא"כ למאי דמסקינן הכא אליבא דסומכות, שבועה זו תקנת חכמים וכו', השבועה חיוב שבועה היא, ודוק.

(והנה יעויין בר"ח בסוף דבריו שכתב דמאחר דסוגיין דשור שנגח את הפרה כסומכוס ק"ל כוותי', ויש לעיין האיך מבואר דסוגי' דהתם כסומכוס. ואיך שיהיה צ"ב דבב"ק דף ל"ה ע"ב פסק הר"ח להדיא כרבנן. וצידד מו"ר זצ"ל דשמא יש ללמוד מזה דאיכא חילוק להר"ח בין שמא ושמא לבין ברי וברי, דבשמא ושמא ק"ל כסומכוס דיחלוקו ואילו בברי וברי ק"ל כרבנן דממע"ה, וכ"ה שיטת הרמב"ם פ"כ מכירה, ואין כאן מקומו.)

כו) רש"י ד"ה דחד מינייהו הוא- ואין לומר יחלוקו- והנה התוס' לעיל ב' ע"א כתבו דמה שאמרו דגבי מנה שלישי ודאי דחד מנייהו הוא והכא איכא למימר דתרוייהו הוא ר"ל דלא אמרינן דיחלוקו אלא דהחלוקה יכולה להיות אמת. ועי' לעיל אות ג' שהארכנו בביאור דברי התוס', דאזלי לשיטתם שפירשו דיסוד הדין דיחלוקו במתני' הוא מדין ודאי משום דאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' וכו' ובעצם מצددין מוחזקות שצריך לחול מצד תפיסתם לאור טענותיהם היה בעצם שייך שיהא הדין יחלוקו אפי' היכא דאין החלוקה יכולה להיות אמת, אלא דתקנו (כמין קנס) דלא נימא דיחלוקו היכא דאין החלוקה יכולה להיות אמת ומה שאומרים שהוא הפסק על הממון הוי דבר שאינו יכול להיות. אכן כל זה לדעת התוס' דדין יחלוקו דמתני' מהוה פסק ודאי על הממון, אכן לאלו המפרשים דאין החלוקה אלא מדין ספק ולעולם אינו פסק ודאי על הממון, מסברא ליכא חסרון דמאי דאין החלוקה יכולה להיות אמת, דהא לא פסקינן על הממון אלא דהוי דין והנהגה על הספק. אלא דכונה לדידהו אחרת היא, דלא שייך הך פסק דיחלוקו היכא דודאי דחד הוא, דהיכא דודאי דחד הוא הרי יסוד הספק הוא איזה מהם הוא זה שודאי שלו הוא, ולא שייך לפסוק יחלוקו מספק אלא היכא דהוי א' מן הצדדים שהוא של שניהם, אבל בספק של איזה מהם הוא אין מקום לפסק דיחלוקו, עי' לעיל שהארכנו בזה. ונמצא לכאורה דלהתוס' אין הא דאין החלוקה יכולה להיות אמת מחייב שלא נימא יחלוקו אלא שכן אומרים דנעדיף בזה למימר דיהא מונח, עי' היטב לשונם בדף ב', אכן לפום הביאור הב' הוי מאי דודאי דחד מינייהו סברא שאין לומר בזה יחלוקו. ונראה דכן היא כונת רש"י במש"כ דאין לומר יחלוקו, והיינו לשיטתי' דהחלוקה מטעם ספק, וכמו שנתבאר לעיל. ועי' לשון הריטב"א שכתב, וז"ל: אלא מדינא דאמרי' הכי דכיון דע"כ המנה של אחד מהן בודאי אין לדון בו חלוקה שנפסיד לאחד מהן ודאי ומוטב שנסלק נפשנו מן הדין ויהא מונח עד שיבא אליהו הילכך במתני' דאפשר דתרויהו היא ותהא החלוקה כדין אמרי רבנן דפליגי וכו', עכ"ל. ונראה בדבריו כדברי רש"י ווכמו שכתבו לעיל אות ג' בדעת הרא"ש, דדנין מה לעשות מספק ודנין דמוטב שלא לומר יחלוקו, ואילו להתוס' אין זה שאלה של מוטב, אלא כמין תקנה דלא נימא יחלוקו, וז"פ.

כז) אפי' תימא ר' יוסי התם ודאי איכא רמאי וכו'- עי' חידושי הרשב"א שהאריך לבאר דלמאי דלר' יוחנן דס"ל דיסוד השבועה הוא משום שלא יהא כל אחד הולך ותוקף וכו', ע"כ דאיתא לדין יחלוקו אף היכא דאיכא ודאי רמאי, ומאי דלא אמרינן יהא מונח כמו במנה שלישי הוא משום דשניהם מוחזקים, משא"כ במנה שלישי שהוא ביד אחר אין מוציאין מתחת ידו אלא בדבר מבורר דאי תפשינן לא מפקינן. ומבואר מדבריו דלר' יוחנן דק"ל כוותי' אף מאי דאיכא למימר דתרוייהו הוא, דפי' התוס' דר"ל דהחלוקה

יכולה להיות אמת, אף זה לא בעינן. והנה מדברי רש"י מבואר דהיכא דודאי דחד מינייהו הוא ליכא למימר יחלוקו מדינא, ונתבאר לעיל דר"ל דכיון דהיחלוקו הוא מצד הספק היכא דודאי מינייהו הוא ואין הספק אלא של איזה מהם, כיון דאין מה שהוא של שניהם אחד מצדדי הספק לא אמרינן יחלוקו. ולפ"ז לכאורה ליכא למימר דלמסקנא לא ק"ל הכי, דהא סו"ס האיך אמרינן מצד הספק יחלוקו. ונראה דהרשב"א בזה לשיטתו דס"ל ע"ד התוס' דחלוקה דשנים אוחזין הוא משום דמאי דתפיס כל אחד דידי' הוא וכמאן דפסיק דמי, כאשר כתב אף כאן להדיא, ולדידי' ודאי דאף היכא דודאי דחד הוא איכא למימר יחלוקו דהא אהטלית חלוקה ועומדת בפנינו, ומאי דאמרו דבעינן שיהא שייך שהוא של שניהם, כלומר, דחלוקה יכולה להיות אמת, ביאורו דאף דשפיר שייך לומר יחלוקו מ"מ לא אמרו כן היכא דאין החלוקה יכולה להיות אמת, אשר בזה שפיר איכא למימר דלר' יוחנן אף בכה"ג אמרינן דיחלוקו כיון דסו"ס הרי שניהם מוחזקים הם.

ויש לכאורה מקום עיון בדברי הרשב"א במה שכתב דגבי מנה שלישי לא אמרינן דיחלוקו משום דכיון דתפסינן לא מפקינן, ולכאורה, אמאי הוצרך לזה, הרי פירש להדיא דעיקר החילוק לר' יוחנן הוא דגבי מנה שלישי ס"ל דאין שניהם מוחזקין, ודלא כסוגיין, וא"כ בהכי סגי לבאר אמאי לא אמרינן התם דיחלוקו. אם לא דנימא דכתב כן לשלול גם מאי דלא נימא התם כל דאלים גבר, והוא חסר בלשונו, וצ"ב.

והנה הרשב"א שפירש כן דלר' יוחנן איתא לדין יחלוקו אפי' היכא דאיכא ודאי רמאי, פירש כן משום דהוקשה לו דמדברי ר' יוחנן מוכח דאיתא שפיר לדין יחלוקו אף בודאי רמאי, דהא אמר דחיוב השבועה הוא משום שלא יהא כל אחד הולך ותוקף טליתו של חבירו. ולכאורה אין ראייתו מובנת כל הצורך, דדילמא לא אמרינן יחלוקו היכא דאיכא ודאי רמאי, והכא כיון דאפשר דבהדי' הדדי אגבוה ליכא ודאי רמאי, רק מאי דמשבעינן לי' הוא דילמא תוקף הוא, ולעולם ליכא ודאי רמאי, דלא חשיב ודאי רמאי אלא היכא דברור שאחד מהם רמאי כבמנה שלישי, וצ"ב.

ועכ"פ מבואר מדבריו דפירושא דודאי רמאי הוא לפי טענותיהם, אשר ממילא חשיב באני ארגתיה ודאי רמאי. אכן יעויין בחידושי הריטב"א החדשים שפירש באופן אחר, דלעולם לא אמרינן דיחלוקו היכא דאיכא ודאי רמאי, ומ"מ בזה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה אמרינן דיחלוקו, דאף דלפי טענותיהם איכא ודאי רמאי, מ"מ יתכן דאינו טוען האמת והוי באמת של שניהם, ולא חשיב ודאי אמרי אלא כגון מנה שלישי דודאי של אחד מהם הוא. (ולדבריו קרוב מאוד גדר ודאי רמאי לגדר אין החלוקה יכולה להיות אמת.)

כח) תוד"ה אלא מחוורתא כדשנין מעיקרא- וכן בסמוך דפריך בין לרבנן בין לר' יוסי נימא יהא מונח אע"ג דהתם ליכא פסידא לרמאי- עי' מהרש"א במהדו"ב שהקשה דהא התם בחנוני על פנקסו הו"ל כשאר, ובזה מודה ר' יוסי לרבנן דעיקר הדין דיהא מונח בלא קנס, ובזה פשיטא דלא בעינן ודאי רמאי, וכה"ק הגרא"מ הורוויץ זצ"ל והחזו"א.

ובאמת יש להעיר בזה עוד, דלכאורה הא דודאי רמאי לא אמרינן לה אלא לפום דברי ר' יוסי אבל לא לרבנן, וצ"ב לשון הגמ' דבין לר' יוסי בין לרבנן הא נימא דיהא מונח כיון דבדואי איכא רמאי. ומבואר מזה לכאורה כדברי הש"ך בסי' שס"ה דלמסקנא אף לרבנן לא אמרינן דיהא מונח אלא היכא דגם אין החלוקה יכולה להיות אמת וגם איכא ודאי רמאי, אבל היכא דליכא ודאי רמאי אף דאין החלוקה יכולה להיות אמת אמרינן דיחלוקו. ויתבארו הדברים לקמן, בעזהשי"ת.

עוד צ"ב לכאורה, דלפום ריהטא נראה דיסוד דינא דודאי רמאי הוא דמשו"ה לא אמרינן יחלוקו, אך לפ"ז קשיא מה הקשו דגבי חנוני על פנקסו נימא דיהא מונח כיון דאיכא ודאי רמאי, הרי התם כל אחד יש לו בעצם כח לזכות בחלקו ומהיכי תיתי דנימא בזה דיהא מונח, וצ"ב.

וי"ל בזה, והם בעיקר דברי מו"ר זצ"ל, דלשיטת התוס' דה"ט דאמרינן דיחלוקו משום דאנן סהדי וכו' והוי שניהם מוחזקים, לפ"ז הרי פסקינן ע"פ המוחזקין ופסקינן על הממון, ולא פסקינן כלל מצד הספק אלא לפי המצב דעכשיו, כאשר נתבאר לעיל, ובזה היה שורת הדין דיחלוקו אף היכא דאין החלוקה יכולה להיות אמת, דהא למעשה שניהם מוחזקים כל אחד בחצי, אלא הא דאמרינן לרבנן דיהא מונח היכא דאין החלוקה יכולה להיות אמת, היינו משום כעין קנס, דבאופן דבודאי יקבל אחד מהם מה שאינו שלו כלל אמרינן דיחלוקו. אשר לפ"ז מסתבר דכד אמרינן דלא קניס ר' יוסי אלא בודאי רמאי אף רבנן מודו לזה, דהא אף לדידהו יסוד הך דינא דיהא מונח קנסא הוא דהוי, וכנ"ל, ואם ר' יוסי דקניס אפי' לקחת ממנו מה שאין דנין עליו לא קניס אלא בודאי רמאי, ודאי דאף לרבנן כן הוא, ונימא דבעינן לרבנן ב' הדברים, דלא תהא החלוקה יכולה להיות אמת ושיהא ודאי רמאי, וכדברי הש"ך.[10]

והנה הא דפשיטא לי' להמהרש"א דאף לר' יוסי בשאר מודה לדינא דרבנן, נראה דתליא בהנ"ל, דאילו היה דינא דרבנן בשאר מעיקר הדין דלא שייך בזה לומר דיחלוקו, ודאי דלא היה שום סברא לומר דפליג ר' יוסי אדבריהם בזה, רק דקניס מאי דלא קנסי רבנן. אכן למשנ"ת דאף לרבנן הא דיהא מונח אינו מעיקר הדין אלא מדין כעין קנס, בזה פשוט דזהו עיקר המח' דר' יוסי ורבנן במהותו של הקנס, ולר' יוסי פשיטא דחדא קנסא הוא על כל הג' מנה, וודאי דפליגי רבנן ור' יוסי אף בדין המנה השלישית, דלר' יוסי לא אתינן עלה אלא מדין קנסא דידי', ואם אך נימא דבעינן לר' יוסי שיהא הפסד לרמאי, באופן דליכא הפסד לא קניס כלל ואף במנה השלישית, אשר ממילא שפיר הוכיחו התוס' דע"כ דלמסקנא לא בעינן לדידי' שיהא הפסד לרמאי.

ומה שהקשו מחנוני על פנקסו ואף דאין הנידון התם שיחלוקו, נראה מזה דלעולם אין הך דודאי רמאי סיבה ישירה דלא נאמר יחלוקו, אלא דין הוא ביהא מונח, כלומר, דהיכא דאיכא ודאי רמאי איכא קנסא דיהא מונח, אשר זהו שהקשו דאף בחנוני על פנקסו נימא דיהא מונח. והכא לא בעינן להא דאין החלוקה יכולה להיות אמת, דזה לא בעינן אלא בנידון דיחלוקו והיכא דשניהם מוחזקים, אבל היכא דאינם מוחזקים והנידון אינו דיחלוקו, שפיר סגי בהא דאיכא ודאי רמאי בכדי דנימא דיהא מונח, וז"פ. ויתכן דהתם בלא הא דודאי רמאי הוה אמרינן דבאמת חייב לשלם לשניהם, דהוי לתרוייהו כאיני יודע אם פרעתיך, או, לדעת הרמב"ן שנביא לקמן אות כ"ט, חשיב לפחות לגבי פועלים איני יודע אם פרעתיך. ועפ"ז לא יקשה מכאן לשיטת התוס' דס"ל דלרבנן יחלוקו אף היכא דאיכא ודאי רמאי אם אך החלוקה יכולה להיות אמת, דהתם היינו טעמא משום דהמוחזקות מחייב יחלוקו, מה דלא שייך גבי חנוני על פנקסו. ולפ"ז אפשר ליישב סוגיית הש"ס אף לדברי הקצוה"ח דלרבנן אין הדבר תלוי אלא בחלוקה אי יכולה להיות אמת, דבאמת אף רבנן הוה סבירא להו הך חילוק דודאי רמאי, אלא דמשום דמוחזקים הם לא שייך שיפעול הא דאיכא ודאי רמאי דלא נימא דיחלוקו, וע"כ דהיכא דאוחזין אין הדבר תלוי אלא בחלוקה אי יכולה להיות אמת, דהיכא דאין החלוקה יכולה להיות אמת קנסו רבנן דלא נעשה חלוקה שעל ידה יקבל אחד מה שודאי אינו שלו, אבל אם אך החלוקה יכולה להיות אמת, שפיר אמרינן יחלוקו אף דאיכא ודאי רמאי, דהא מ"מ מוחזקין הם. וכל זה היכא דאוחזין, אבל בחנוני על פנקסו דאינן מוחזקין שפיר

---

[10] והנה הקשה בקצוה"ח שס על דברי הש"ך להא מדברי הרמשונים מבואר לרבנן אין הדבר תלוי אלא בחלוקה יכולה להיות אמת ולא בודאי רמאי, ועפמשנ"ת א"ש.

מודו רבנן דאם אך איכא ודאי רמאי אמרינן דיהא מונח, ושפיר הקשו מהא דאיכא ודאי רמאי אף לפום רבנן, וכמשנ"ת.
ומדברי רש"י גבי אני ארגתיה נראה לכאורה דס"ל דלמסקנא דאמרינן לר' יוסי טעמא דודאי רמאי, ה"ה והוא הטעם גם לרבנן, ותו לא בעינן להו שתהא החלוקה יכולה להיות אמת, דמאחר דאיכא למימר אף בדרבנן טעמא דודאי רמאי דלכך קנסו, שפיר איכא למימר הכי אפי' לרבנן, ולעולם נימא דמעיקר הדין שפיר הוה אמרינן דיחלוקו אף היכא דאין החלוקה יכולה להיות אמת, דהיכא דהחלוקה מצד הספק הוא לא איכפת לן במה דאין החלוקה יכולה להיות אמת, ודלא כדהוה ס"ד דהיכא דודאי דחד הוא ליכא למימר יחלוקו משום דאין הא דיחלוקו אחד מצדדי הספק, דאפי' הכי היה שייך לומר דיחלוקו, רק דקנסא הוא, וכדברי ר' יוסי. (או דנימא ע"פ דברי הרשב"א והריטב"א לעיל שפירשו בדברי רש"י דבאמת אילו היה שבועה שפיר הוה מהני אף דאיכא ודאי רמאי, ולעולם הכא דמהני ודאי רמאי אלא אליבא דר' יוסי היינו דס"ל דאפי' בשבועה לא יחלקו כיון דאיכא ודאי רמאי- משנת תשס"ג וכעת לא ברירא לי כלל.)

כט) התם גבי חנוני על פנקסו וכו'- ביאור שו"ט דהש"ס גבי חנוני על פנקסו, עי' מאירי שדקדק מלשון התירוץ דהויין ב' דיני תורה עם בעל הבית, אשר אין באחד מהם ודאי רמאי, וצ"ב לכאורה מהו ס"ד דהש"ס, הא פשיטא דב' דיני תורה הם, דהא חזינן דלמעשה משלם בעל הבית לשניהם, וכבר העיר בזה בשיעורי רבנו חיים הלוי, ע"ש, שכתב בביאור הדברים, דבאמת היה לו לבעל הבית ליפטר אכל דין תורה בפני עצמו, עם החנוני משום דהוי ברי ושמא באיני יודע אם נתחייבתי, ועם השכיר משום דאף דהוי כאיני יודע אם פרעתיך, מ"מ היכא דלא הוה לי' למידע לא אמרינן דחייב, כאשר נסתפק בזה בתומים סי' ע"ה סקכ"ב, אע"כ דמאי דמחייבינן לי' היינו משום דדיינין אתרוייהו יחד דכיון דחייב לאחד משניהם ואינו יודע למי נתחייב, אמרינן דחייב לתרוייהו, וכיון דדנין אתרוייהו יחד, שפיר אית בזה ודאי רמאי, ע"ש בדבריו. ולדבריו צ"ל לכאורה בביאור מסקנת הש"ס, דאף דלמעשה דנין אשניהם יחד דחייב בעה"ב לאחד מהם בודאי, מ"מ כיון דבעצם הוי דין נפרד בין כל אחד ובעה"ב לית בזה חסרון דודאי רמאי, ועדיין אין הדברים מבוארים כל הצורך. ומדברי רש"י שכתב בד"ה את המנתיה, וז"ל: ואתה הוא שקילקלת ואין לי להפסיד בקלקולך שיהיו מעותי מונחין עד שיהא אליהו, עכ"ל, מבואר נמי דלא כדברי המאירי, דאין מסקנת הגמ' סתם דהויין ב' דיני תורה, וצ"ב מהו שו"ט דהש"ס.
והנה תפס הגר"ח כדבר פשוט דבנידון שבין בעה"ב וחנוני הוי איני יודע אם נתחייבתי, וכן מסתברא לכאורה. אכן יעויין בריטב"א החדשים שכתב בביאור תי' הגמ', וז"ל: פי' כונת התירוץ הזה בלשון קצרה כך הוא, דהתם אין לפועלים ולחנוני תביעה זה עם זה ואינם מתעצמין כלל אלא כל אחד מהן תובע שלו לבעה"ב בודאי וכ"א מהן ברי אצלו והוא שמא והוא פשע בעצמו להאמין לכ"א מהן ובדין הוא שיטול כ"א מהן ממנו בלא שבועה כאומר מנה לי בידך והלה אומר הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך אלא דרבנן הוא דתקון דלשתבעו וכו', עכ"ל. הרי מבואר לכאורה מדבריו דאף לענין החנוני חשיב איני יודע אם פרעתיך, וצ"ב כנ"ל, דפשוט לכאורה דהוי איני יודע אם הלויתני. ואשר מוכח לכאורה מדבריו, דהנה בפשטות החילוק בין איני יודע אם הלויתני לבין איני יודע אם פרעתיך הוא דבאיני יודע אם פרעתיך איכא כמין חזקת חיוב. ואי נימא הכי, פשיטא דלגבי החנוני הוי איני יודע אם נתחייבתי, דהא לא ידענין אי נתן כלל. אכן יתכן דהבין הריטב"א החילוק בזה באופן אחר, דבאיני יודע אם פרעתיך כיון דודאי לוה ממנו עליו לדעת אם פרע או לא ועד כמה דלא ידע הרי זה מגרע בחזקתו, משא"כ באיני יודע אם הלויתני. ואי נימא הכי, בנ"ד דלא הוה לי' למידע היה לכאורה דין שניהם להיות כאיני יודע אם הלויתני, אשר זהו ס"ד דהש"ס, וכדברי הגר"ח, דכיון דע"כ דאין לחייב בעה"ב כלל אא"כ נימא דדנין יחד על שניהם דחייב לא' מהם בודאי, וא"כ קשה דהא איכא ודאי רמאי. ותירוצא דהש"ס לדעת הריטב"א, מתבאר ממה שהוסיף וכתב דהוא פשע בעצמו להאמין לכל אחד מהן, ועל זה סיים דהוי כאומר איני יודע אם פרעתיך. ונראה הביאור בזה, דבעצם כיון דלא הוה לי' למידע הוה דיינין עלה כאיני יודע אם הלויתני, וכנ"ל, וע"כ דהוה דיינינן אתרוייהו יחד, אבל כיון דפשע כלפי כל אחד על ידי שהאמינם, מהוה פשיעה זו ריעותא בחזקתו והדר הויא לה כאיני יודע אם פרעתיך, וחייב כל אחד בפני עצמו, אשר ממילא לית בזה חסרון דודאי רמאי, דבכל דין בפני עצמו ליכא ודאי רמאי, ודוק.
וצד זה בגדר הא דמודו רב נחמן ורב יוחנן באיני יודע אם פרעתיך מבואר להדיא בדברי הראשונים, עי' בדברי הראשונים בכתובות י"ב, וכן בתוס' הרא"ש לקמן דצ"ז ע"ב, דמאחר דהיה ודאי חייב היה לו לידע ולדייק אם פרעו או לו, ובכה"ג פשיטא לכו"ע דלא מהני שמא דידי' כלל וודאי דאמרינן בזה דברי עדיף, והוא כנ"ל.
ועי' בעה"מ סוף שבועות (ל' ע"א בדפי הרי"ף) שכתב דנאמנות דחנוני מעיקר הדין הוא מהטעם המוזכר בסוגיין, והרמב"ן שם במלחמות כתב דאין נאמנותו של חנוני מעיקר הדין אלא תקנת חכמים הוא מטעם הנ"ל, כמבואר בסוגיין. הרי דנחלקו לכאורה בד"ז אי חשיב לגבי חנוני כאיני יודע אם הלויתני או כאיני יודע אם פרעתיך, וס"ל לבעה"מ דכיון דפשע על ידי זה שפיר הוי כאיני יודע אם פרעתיך, דיסוד החילוק בין איני יודע אם פרעתיך ובין איני יודע אם הלויתני הוא אי דמה שאינו יודע מגרע את המוחזק , והכא משום דפשע אף דלא הוה לי' למידע הוי גריעותא ונאמן חנוני, וכמשנ"ת לעיל. ובקצוה"ח סי' צ"א סק"א כתב לבאר דברי בעה"מ ע"פ מש"כ בספר התרומות בשם תשובת הרב ר' יוסף אבן פלאט דלא דמי למנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם נתחייבתי דפטור דהכא איכא גבי חנוני חזקה בהדי ברי ושמא והיינו דחזקה שליח עושה שליחותו. ולכאורה לא כתב בעה"מ מזה כלום, ומדברי הריטב"א ודאי דלא משמע הכי, אלא נראה בביאור דבריהם כמשנ"ת, ודוק.

ל) ותנא תונא שנים אוחזין בטלית וכו' והא הכא כיון דתפיס אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' וכו'- עי' חידושי הרשב"א דע"כ אין שבועה זו מעיקר הדין כיון דשבועת הנוטלין הוא, ואה"נ הוי מצי למיפרך עלי' בזה אלא דבלאו הכי פריך שפיר, דהא מ"מ אסקינן דדרבנן הוא. אכן יעויין חידושי הריטב"א (החדשים) שכתב דקס"ד השתא דשבועה דמתני' מן הדין היא ולא מן התקנה, ומשמע להדיא מדבריו דסבירא לן השתא דשבועת הנפטרין הוא. והנה מאי דלהרשב"א אף דאיכא אנן סהדי מ"מ חשיב שבועת הנוטלין, נתבאר לעיל דהיינו משום דמאי דאיכא אנן סהדי הרי אין זה אלא מכח המוחזק שנקבע ע"פ טענותיהם, והך אנן סהדי דינא הוא לב"ד ולא סברא, אשר ממילא עדיין איכא למימר דהך שבועה דעל ידי האנן סהדי דהוי כהעדאת עדים שבועת הנוטלין הוא. והנה דעת הריטב"א דמאי דאמרינן דיחלוקו לאו משום דהמוחזק מחייב כן הוא, אלא ע"ד הראשונים שפירשו דכיון דאוחזין ליכא למימר כל דאלים גבר ושוב ממילא אמרינן דיחלוקו, ולדידי' אין היחלוקו דפסקינן מצד המוחזק כלל, דס"ל דבכה"ג ששניהם תופסין בו לא חייל דין מוחזק המחייב דנימא שהוא שלו, אלא דין יחלוקו מצד הספק הוא. ולדידי' למעשה הרי ליכא אנן סהדי, וסוגיין דקאמר דאיכא אנן סהדי היינו ע"כ משום דס"ל דבעצם כששנים אוחזין סברא הוא שחצי של כל אחד, ואי סברא הוא שפיר אמרינן דהשבועה שנתחייב שבועת הנפטרין הוא ולא שבועת הנוטלין, ועדיין צ"ע בזה.

לא) רש"י ד"ה מפני מה אמרה תורה וכו'- ולא חשבו כמשיב אבידה לפטרו שלא כפר בכולו- מבואר לכאורה מדבריו דפטור דמשיב אבידה דאורייתא הוא, וכן דקדק הר"ן בחידושיו מדבריו, ע"ש שכתב דמאי דבמתני' דגיטין אין זה אלא מתקנת חכמים היינו משום דהתם הלה תובעו. ואף דגם הכא הלה תובעו, מ"מ על ידי דאית לי' הפה שאסר עדיין הוי משיב אבידה. וע"ש בר"ן שהקשה סתירה בדברי רש"י ממש"כ לקמן דף ד' ע"ב ד"ה אינו אלא משיב אבידה, וז"ל בסו"ד: וחכמים פטרו משיב אבידה מן השבועה דתנן המוצא את המציאה לא ישבע וכו', עכ"ל, הרי להדיא דאין פטור משיב אבידה אלא מתקנת חכמים. ואף דלכאורה תשובתה בצדה, דהא התם מיירי בהלה תבעו, מ"מ שפיר הקשה, דהא מאי דלמעשה לא הוי הפה שאסר היינו משום דאין אדם מעיז לכפור את הכל, מה דלא שייך התם כיון דהא מסייע לי' שטרא, ע"ש ועי' דברי הר"ן שם, ודברי רש"י צ"ב. (והנה מה דאתי הר"ן עלה בדברי רש"י מטעם הפה שאסר ולא משום מיגו כמש"כ התוס', היינו לכאורה משום דס"ל דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן.)

עוד צ"ב מה שפירש רש"י בב"ק דף ק"ז דשאלת רבה היתה מה טעם פטור כופר הכל ואילו מודה במקצת נשבע, ותירצו דמאי דפטור היינו משום דאין אדם מעיז מפני שעשה לו טובה, ובפקדון שלא עשה לו טובה שפיר חייב כופר הכל בשבועה, ע"ש משה"ק התוס' על דבריו. ודבריו לכאורה סותרים פירושו בסוגיין, דהתם מבואר דהיתה שאלת רבה מהו הנפ"מ בין כוה"כ לבין מב"מ, ואילו בסוגיין כתב דהשאלה היתה רק אמאי אין מודה במקצת חשוב משיב אבידה, וצ"ב.

והנה עצם היסוד דפוטר משיב אבידה מן התורה משבועת מודה במקצת, ביאר הגרב"ד זצ"ל דהמחייב דהשבועה הוא הדררא, והיכא דמשיב אבידה הוא ליכא דרא. ועפ"ז ביאר מו"ר זצ"ל דברי רש"י, דלמאי דס"ד דמחייב שבועת מודה במקצת הוא על ידי הדרא דהודאתו, בזה שפיר היה צריך להיות פטור דאורייתא דמשיב אבידה אי לאו הא דאין אדם מעיז, אבל למסקנת סוגיין מחייב השבועה הוא מה שזה טוען וזה כופר, ולא הדרא, ולא שייך בזה פטור דמשיב אבידה מן התורה, אשר זהו דלמסקנת סוגיין כתב רש"י דפטור משיב אבידה אינו אלא מתקנת חכמים. ופעם אחרת ביאר (עי' ספר הזכרון להגר"ח שמואלביץ זצ"ל) דלפום ס"ד דרבה דמאי דפטור כוה"כ מגזה"כ הוא או מטעם אחר (אבל לא מטעם דאינו מעיז), שפיר איכא למימר דמדחייבה רחמנא שבועה דווקא במב"מ ע"כ דהמחייב הוא הדרא דעל ידי הודאתו, אבל למאי דמסיק רבה דמאי דפטור כוה"כ זהו רק משום דאין אדם מעיז, כדמבואר להדיא מדברי רש"י הנ"ל בב"ק, נמצא דבעצם היה צריך להיות חיוב שבועה גם בכוה"כ אי לאו הך טעמא, וא"כ ע"כ דאין מחייב השבועה הדרא דהודאתו, דזה הרי לא שייך בכוה"כ.

ולכאורה עדיין טעונה סוגיין ביאור, דלפום המהלך הראשון אכתי אין דברי רבה מדוייקים ויש בהם לכאורה שפת יתר, דהא כל הטעם דלא הוי מודה במקצת משיב אבידה הוא משום דאמדינן דבעצם היה רוצה לכפור בכל אלא דאינו מעיז, ואמאי הוצרך להקדים "אין אדם מעיז פניו בפני בע"ח", הא סגי במה שאמר והאי בכולי' בעי דנכפרי' וכו'". ולפום נוסח הב' ביותר צ"ב דהרי מכיון דמחדש רבה דאין אדם מעיז וכו' שוב הרי ע"כ דאין המחייב הדרא, וא"כ אמאי הוצרך למימר והאי בכולי' בעי דנכפרי' וכו', הרי כיון דאין המחייב הדרא תו לא שייך לומר דיהא פטור דמשיב אבידה דאורייתא, וצ"ב אריכות הלשון.

עוד צ"ב, לפי דברי מו"ר זצ"ל יוצא לכאורה דכל מאי דבעינן להודאה במקצת הוא בכדי שלא נימא דאין אדם מעיז, ושוב מחייבתו הטענה בשבועה, אשר לפ"ז צ"ע טובא כל הני דינים דבעינן בהודאה, כגון דהודאת קרקעות אינה מחייבת, ומאי דבעינן דבר מסויים וכדומה, דלכאורה הרי לא בעינן להודאה בתורת חפצא דהודאה אלא בתור היכי תימצי דלא נימא דאין אדם מעיז, וצ"ב.

ועוד צ"ב, דהנה שיטת רש"י הנ"ל בב"ק דכופר הכל בפקדון חייב שבועה דכיון שלא עשה לו המפקיד טובה מעיז, וא"כ יקשה האיך אמרינן לקמן דף ד' דהילך פטור בפקדון, נהי דמודה במקצת לא הוי, מ"מ אכתי יתחייב דהא לא גרע מכופר הכל, וצ"ע.

ונראה לבאר בזה, דהנה הא דטענה מחייבת שבועה נראה דהיינו משום הך חזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו (וכבר כתב כן בביה"ל, ע"ש), אשר מזה הטעם הוא דס"ל לרש"י דאינו פטור בכופר הכל אלא משום חזקה דאין אדם מעיז וכו', כדמבואר בשבועות דף מ' ע"ב לענין חיובא דשבועת היסת. ונראה דהך חזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו אינו אומר אלא דמדתבע יש לנו להניח שיש לו אצל הנתבע ממון, אך אין החזקה אומרת דאין אדם תובע מאה אא"כ יש לו מאה, דשפיר יתכן דיש לו רק חמשים והרי הוא תובע מאה, וכן איתא בתוס' הרא"ש בשבועות דף מ"ב בשם הר"ר אליהו, ע"ש. אשר לפ"ז יוצא דאף דבכל מודה במקצת ליתא לחזקה דאין אדם מעיז, מ"מ כנגדו ליכא גם למחייב דשבועה דאין אדם תובע אא"כ יש לו, וע"כ דשבועת מודה במקצת מחייב אחר יש לה, והך מחייב היינו הדרא דשבועת מב"מ.

ולפ"ז אתיין דברי רבה שפיר, דיסוד קושיית רבה מפני מה אמרה תורה וכו', דאם אך כופר הכל פטור שוב הוי מודה במקצת משיב אבידה, וממנ"פ, או דיהא פטור מודה במקצת מהאי טעמא, או דנימא דאף כופר הכל חייב, וע"ז קאמר רבה דמאי דפטור כוה"כ הוא משום דאין אדם מעיז, ושוב לא הוי משיב אבידה משום דבכולי בעי לכפור וכו' , ומדוייק לשון הגמ'. וכן ליכא סתירה מדברי רש"י בב"ק דב' פירושי שאלת רבה עולים בקנה אחד[11]. והנה עד דמסקינן דר' חייא מצד השוה הוא דיליף להעדאת עדים ולעולם הכפירה והטענה הם המחייבים, סלקא דעתין דהמחייב אינו הדרא המאמת טענת התובע אלא החשד דעל הנתבע מחמת הודאתו, אשר בזה שפיר הוי משיב אבידה פטור דאורייתא, וכנ"ל, אבל למאי דמסקינן דעל ידי טענה וכפירה הם באים, נראה דלעולם לא בעינן להך דרא דהודאתו העושהו כחשוד, רק דעל ידי הודאתו נתחזק טענת התובע, וזהו הדרא המחייב את השבועה, אשר בזה תו לא הוי משיב אבידה פטור דאורייתא, דנהי דעל משיב אבידה ליכא חששות, מ"מ אכתי הרי שפיר נתחזקה טענת התובע על ידי הודאתו ושפיר חייב שבועה דאורייתא ושוב לא הוי משיב אבידה אלא פטור מדרבנן, ע"ד שאמר מו"ר זצ"ל. וכיון דאף למסקנא בעינן למה שנתחזקה טענת התובע על ידי הודאת הנתבע, נמצא דשפיר איכא דין מסויים דהודאה, ואתי שפיר מאי דנאמרו דינים בהודאה. וכן יתיישב לפ"ז מה שהקשינו מפטור הילך בפקדון, דכיון דלמעשה הודה במקצת ההילך הרי שוב ליתא לחזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו ואין לחייבו שבועה אלא מדרדא דמודה במקצת, וחיוב מודה במקצת הרי ליכא כיון דהילך פטור, ודוק.

והנה כל זה ע"פ דרכו של מו"ר זצ"ל בביאור דברי רש"י. אכן עי' חידושי הרי"ם ביאור אחר בדברי

---

[11] וש"ל להטעיס הלבלים, לבב"ק הלי הגילון הוא למאי לכתיבא פלשא מולה במקלא גבי פקלון עילוב פלשיות הוא, והוכיחו כן ללעת לש"י מלחייב שבועה לוולקא במב"מ ואילו בפקלון חייב לפי' בכופר הכל כיון למעיז פניו, ונמלא להגילון שם הוא מלא כופר הכל, אשר זהו שפילש לש"י שם להגילון הוא למאי פטור כופר הכל משבועה. לכן בנ"ל הגילון הוא למילף העלאת עלים משבועת מב"ב, אשר הגילון בזה הוא במולה במקלא, אשר זהו שפילש לש"י כלון לל השאלה למב"מ למאי לא חשיב משיב אבילה.

רש"י, ועיקר הדברים, דהא מיהא פשיטא דאם אך נימא דחייבה תורה שבועה במודה במקצת שוב חייב אפי' היכא דהוי משיב אבידה, ולעולם הא דמשיב אבידה פטור אינו אלא משום תקנה, כדברי מתני' דגיטין וכדברי רש"י בדף ד', ועי' גם רש"י כתובות י"ח ע"א, ומאי דשאל רבה מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע, יסוד שאלתו דברים ככתבם הוא, וגם אין זה סתם שאלה בטעמא דקרא, אלא שאל, כיון דחזינן דחכמים נזהרו לפטור משיב אבידה משבועה כדי שיודה, לא מסתבר כלל דהתורה לא תחוש לזה כלל ותחייב מודה במקצת בשבועה, וזהו שאלת "מפני מה" אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע, כלומר, דראוי דאו כופר הכל יתחייב או מודה במקצת יפטר. ותירץ רבה דחזקה דאין אדם מעיז וכו', כלומר, דשפיר אמרינן דכופר הכל פטור ומ"מ מודה במקצת חייב, דלא יכפור הכל משום שאין אדם מעיז וכו', וא"כ שפיר גזרה תורה דמודה במקצת ישבע. ומאחר שאמרה התורה כן, שוב אמרינן דישבע אפי' באופן דמעיז לכפור הכל, כגון בבנו בסוגי' דכתובות, ולעולם אין פטור משיב אבידה התם אלא מדרבנן, וכמש"כ שם רש"י. וסוגי' דב"ק דכופר הכל בפקדון חייב לשיטת רש"י שבועה אף דבכמה דוכתי מוכח דבמלוה אף היכא דמעיז פטור, לא יקשה לשיטת רש"י, דהא התם דיינינן דעירוב פרשיות כתוב כאן, כלומר, אי עיקר קרא בפקדון, אשר בזה שפיר כתב רש"י דלא שייך למימר דעיקר קרא דשבועת מודה במקצת כתיב בפקדון, דכיון דלעולם יכול להעיז אי תחייבנו שבועה יכפור בכל, והיא סברת משיב אבידה, וע"כ דקרא קאי אמלוה ובפקדון גם כופר הכל חייב בשבועה.

ועי' שיעורי רבינו חיים הלוי ב"ק דף ק"ז, שכתב ליישב קושיות התוס' על שיטת רש"י דבכופר הכל בפקדון מעיז, דבאמת כל מאי דמתרץ רבה הן הן החילוק שבין כופר הכל לבין מודה במקצת, כלומר, דישנם ב' חילוקים בינ'יהם, הא', דבכופר הכל אינו מעיז ובמודה במקצת מעיז, והב', דבכופר הכל מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא ואילו במודה במקצת אינו חשוד על השבועה, ונמצא לפ"ז דנהי דמצד הטעם דאין אדם מעיז היה צריך להיות חייב שבועה הכופר הכל בפקדון, מ"מ י"ל דפטור משבועה מחמת טעמא דהוי חשוד אממונא. אמנם יש גם בזה נפ"מ, דחשוד לא הוי אלא ביחס לתובע אבל לא ביחס לעצמו, אשר ממילא, בשבועות כגון הני שבועות דמודה במקצת וכדומה, דהם לטובת התובע, כיון דלתובע הוי חשוד לא שייך שבועה, אבל בכגון שבועת השומרים דאינו לטובת התובע, אלא אדרבה, חייב לו ממון והוי הך שבועה דרך לפטור עצמו והוי לטובת השומר, באלו ליכא ענין דחשוד ובאלו הוא דיתחייב כופר הכל שבועה, ומיושבין בזה קושיות התוס', ע"ש כל דבריו.

לב) תוד"ה מפני מה אמרה תורה וכו'- פי' יהא נאמן במיגו דאי בעי כופר הכל או נילף מהכא דלא נימא מיגו- מבואר מדבריהם דאם אך אמרינן מיגו מהני נמי לאפטורי משבועה. אמנם דעת הר"י מגאש דלא מהני מיגו לאפטורי משבעוה (ולדידי' עכצ"ל בביאור דברי רבה באופן אחר, או שהקשו מצד הפה שאסר או ע"ד שפירשנו לעיל בשם החידושי הרי"ם בדברי רש"י.) ועי' רא"ש פרק כל הנשבעין סי' ג' שהביא דברי הר"י מגאש דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה, ואחת מראיותיו ממודה במקצת דחייב שבועה אע"ג דאית לי' מיגו. ודבריו תמוהים לכאורה, כאשר הקשה כבר הרא"ש, דהא בסוגיין מבואר לכאורה ההיפך, דאילו הוה מיגו מעליא שפיר הוה מהני אף לענין שבועה, ומאי דחייב מב"מ בשבועה היינו משום דאין אדם מעיז וכו' והוי מיגו דהעזה. ובעיקר דברי הר"י מגאש כתב הרא"ש, וז"ל: כיון דמיגו דאורייתא מה לי ממון מה לי שבועה אטו שבועה לאו ממון הוא דזימנין דלא בעי אישתבועי וקיהיב ממונא וכו', עכ"ל.

ובדברי הר"י מגאש נראה לכאורה כנ"ל דשאלת רבה מצד הפה שאסר ומשיב אבידה, כדפירש רש"י, או כדברי החידושי הרי"ם, ולא מצד מיגו, ומאי דמשנינן דאין אדם מעיז וכו', מהני ד"ז לענין שלא יהא הפה שאסר, אבל מצד מיגו אכתי הוה מהני אם אך הוה אמרינן מיגו לאפטורי משבועה. אלא דצ"ב טעמא דמילתא, אמאי לא חשיב מאי דהוי מיגו דהעזה גריעותא במיגו, ואי לא הוי גריעותא במיגו אמאי חשיב גריעותא לענין משיב אבידה, וצ"ב.

והמוכרח לכאורה בדבריו, דאף דהוי מיגו דהעזה מ"מ שפיר הוי בעצם מיגו, דאף דהוי העזה לטעון הטענה השניה, מ"מ איכא סברא דאילו היה באמת משקר היה שפיר מעיז וטוען אותה הטענה, אשר על כן שפיר מהני לענין ממון. אמנם לענין משיב אבידה, לא חשיב משיב אבידה היכא דאיכא משום העזה, והיינו טעמא, דמשיב אבידה פירושו כנ"ל, דליכא דררא כלל, והיכא דאין אדם מעיז וכו', נהי דאיכא כמין הוכחה לדבריו המחזקת טענותו ומהניא בתורת מיגו, מ"מ לא שייך לומר דליכא דררא כלל , אשר זהו שהוכיח הר"י מגאש מסוגיין דלא אמרו אלא דמשיב אבידה לא הוי, אבל אכתי יקשה אמאי אינו נאמן בלא שבועה מטעם מיגו, אשר מזה הוא דהוכיח דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה.

וביאור החילוק לדעת הר"י מגאש בין מיגו לאפטורי מממון למיגו לאפטורי משבועה, דלענין ממון הוי שאלה דטוען ונטען, אשר בזה שפיר מהניא ראיית מיגו אף דאינה ראיה ברורה לחזק טענתו, אבל לענין שבועה אין זה נידון דטוען ונטען אלא בעינן בירור דשבועה, אשר בזה לא סגי בהוכחה דמיגו.

ודעת הרשב"א והר"ן בב"ב ל"ו ע"א דמיגו לאפטורי משבועה שפיר אמרינן, ומיגו דהעזה מהני לענין ממון אבל לא לענין שבועה, עי' שם דהוכיחו דמהני מיגו דהעזה מסוגי' דהנהו עיזי דאכלי חושלא בנהדרעא. וביאור החילוק לדבריהם, עי' קוב"ש ח"ב סי' ג', דס"ל דאיכא ב' ענינים במיגו, מה לו לשקר וכח הטענה, ובמיגו דהעזה אף דליתא למה לו לשקר דמיגו מ"מ איתא לכח הטענה, ולענין ממון סגי בכח הטענה, רק לענין שבועה בעינן למה לו לשקר דבעינן לנאמנות, אשר על כל לא מהני מיגו דהעזה. ויש לבאר דבריהם באופן אחר על דרך שכתבנו בדברי הר"י מגאש, אלא דס"ל דדווקא במיגו דהעזה הוא דחסר הבירור לפטור משבועה, ונהי דסגי בהוכחה קצת דמיגו דהעזה לחזק טענתו שיזכה בטוען ונטען, מ"מ לא סגי בי' ליחשב כבירור בפני עצמו לפטור מחיוב בירור דשבועה.

לג) תוד"ה מפני מה אמרה תורה וכו'- ואין לומר דילפינן מדאיצרטיך למכתב שעד אחד מחייבו שבועה ואי כוה"כ חייב מאי נפ"מ מעד אחד הא בלאו הכי חייב דהא איצטריך במקום שהוא אינו תובע כלום ואינו יודע והעד מעיד שהוא גנב או שאביו הלוה- מבואר מדבריהם דעד אחד שפיר מחייב שבועה היכא דאין התובע טוען ברי. ועי' דברי הר"ן בשבועות (דף י"ט ע"א בדפי הרי"ף), דבאמת נחלקו הראשונים בזה, דדעת רבנו אפרים והר"י מגאש דאין עד אחד מחייב שבועה אלא בטענת ברי, והר"ן פליג עלייהו, דלא בעינן אלא תביעה, ולעולם לא בעינן טענת ברי, דהא נקטינן דכל מקום דב' עדים מחייבין אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה, וב' עדים מחייבין ממון אף בטענת שמא. ויסוד פלוגתתם לכאורה בגדר שבועת עד אחד, דיש לפרש חיוב שבועה דע"א בב' אופנים, הא', דהעד עצמו מחייב שבועה, והב', דאין העד מחייב שבועה, אלא העד מחזק טענת התובע ושוב מחייבתו טענת התובע בשבועה. והנה אי נימא דהעד מצד עצמו מחייב שבועה (כדמשמע לכאורה פשטות מאי דאמרו דכל מקום דב' עדים מחייבין ממון ע"א מחייב שבועה), פשוט לכאורה דשייך דבר זה אף בטענת שמא. אכן אי נימא דהעד מחזק טענת התובע ושוב מחייבתו טענת התובע בשבועה, הא זה לא שייך אלא היכא דהתובע טוען ברי, אבל אין נשבעין על טענת שמא. אלא דלכאורה אין הדברים מוכחרים, דאפשר לומר דעל ידי עדות העד אחד שוב נחשבה

טענתו כטענת ברי ושפיר מחייבתו בשבועה, ואפשר דבנקודה זאת הוא דפליגי.
ובגוף דברי התוס', עי' מהר"ץ חיות שכתב דמה שדקדקו התוס' לומר דהעד מעיד שהוא גנב או שאביו הלוה לו, היינו בכדי ליישב קושיית ר' משולם איגרא שנתקשה בדברי התוס' דאפי' באופן דהתובע אינו אלא שמא יכול הנתבע להתחכם ולומר שאינו רוצה לישבע אלא ישלם, ושוב יתבע את התובע על שלקח ממנו שלא כדין, וכיון דאין התובע אלא שמא נימא בזה דמתוך שאינו יכול לישבע משלם ויצטרך להחזיר לו, וא"כ חלופי מטרתא למה לי ולא ישלם. והתוס' דקדקו לומר דמיירי בכה"ג דלא הוה לי' להתובע למידע, ובזה דעת התוס' ב"ק דמ"ו דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם.
ועי' חידושי הגרע"א שכתב ליישב באופן אחר, דמאחר שהעיד העד הרי הוא כב' עדים שחייב לו כתביעתו ושוב אין הנתבע יכול לחזור ולתבוע. ודבריו יתכנו לכאורה דווקא אי נימא דיסוד מאי דעד אחד מחייב שבועה פירושו דבאמת נאמן על הממון רק שיכול הנתבע לפטור את עצמו על ידי שבועה, כאשר הבאנו לעיל מהרמב"ן והרשב"א בב"ב, אשר בזה שפיר כתב דאם אך אינו רוצה לישבע שוב הוי העד לגבי הממון כב' עדים, אבל אם נפרש כמו שפירשנו לעיל בדברי הרא"ש דיסוד חיובא דשבועת עד אחד אינו אלא חיוב שבועה, וחיוב הממון נעשה על ידי אי-שבועתו, לפ"ז ליכא למימר דהוי כתרי לענין הממון ושפיר יוכל הנתבע לחזור ולתבוע. ועי' עוד תי' לקושי' זו בביה"ל ח"ג סי' ל"ז אות ד', דהיכא דיחזור ויתבע לא יתחייב התובע בשבועה, דהיכא דהוא יודע שאין התובע יודע ליתא לחזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו ושוב לא נתחייב בשבועת היסת, ע"ש כל דבריו.
והנה יעויין בגר"ח על הש"ס סי' רס"א (ע' קמב) שהביא מדברי התוס' ראיה דלא כדברי הש"ך שכתב דהיכא דאיכא עד אחד בהכחשה וחיוב שבועה ממקו"א כגון מודה במקצת, דחייב שבועה, דלפי דבריו צ"ב ראיית התוס', דנימא דלעולם כופר הכל חייב, אלא דהיכא דאיכא אחד הפוטרו הוי כב' ופטור אף דאיכא עד אחר המעיד שחייב שבועה, לכך בעינן למילף דע"א מחייב שבועה, ושוב הוי חד נגד חד וחייב שבועה מצד מודה במקצת, אע"כ דאף בכה"ג דאיכא חד בהדי' חד מ"מ פוטרו העד המסייע אף משבועת מודה במקצת.
לד) תוד"ה מפני מה אמרה תורה וכו'- וי"ל דמכי הוא זה משמע דדווקא מודה מקצת הטענה חייב ולא כופר הכל- עי' תוס' כתובות י"ח ע"א ד"ה מפני מה שכתבו ג"כ תי' זה, והוסיפו עוד תי', וז"ל: ועוד מודה מקצת יש להשביעו שחייב לו ממון שהודה ועל ידי כך מגלגל עליו שבועה כעין גלגול אבל כופר הכל נסתלק לגמרי ממנו, עכ"ל. ביאור דבריהם, דחידשו דחיוב שבועת מודה במקצת הוא כעין גלגול שבועה מהממון שתנחייב על ידי הודאתו, אשר זה לא שייך בכופר הכל. ובתירוצם הא' ס"ל לכאורה דחיובא דשבועת מב"מ לאו משום הממון שנתחייב הוא אלא מחמת עצם ההודאה, ולזה חידשה התורה דדווקא על ידי דברא דההודאה הוא דחייב שבועה ולא על ידי תביעת התובע וחזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו, ונמצא דפליגי הני ב' תירוצים בעיקר גדר שבועת מודה במקצת.

ג' ע"ב

לה) תוד"ה בכולי' בעי דלודי לי'- ועל זה תימה דהא מסיק לקמן דחשיד אממונא לא חשיב אשבועתא- עי' פירוש רש"י לקמן דאביי שכתב דמאי דמשביעין אותו הוא משום ספק מלוה ישנה פליג וס"ל דאי לאו מלוה ישנה שפיר אמרינן דמיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, וא"כ שפיר איכא למימר דהכי ס"ל נמי לרבה (שהיה רבו של אביי). שו"ר שכ"כ במהר"ם שיף בסוגיין, ע"ש דלפ"ז לא קשיין כל קושיות התוס' דאיכא למימר דבכל הני דוכתי איכא משום מלוה ישנה, אבל הכא כיון דאמרה תורה דמודה במקצת בכל אופן ישבע (ואפי' היכא דמחל לו כל ספק מלוה ישנה) שפיר הוקשה לרבה דנימא מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא. והתוס' שם דף ו' פירשו נמי כפירוש רש"י בזה (ודלא כפירוש ראשונים אחרים דלעולם לא פליג אביי אהא דלא חשיד אשבועתא, אלא דפליג אדר' יוחנן וס"ל דלא בעינן למימר דשבועה דמתני' משום תוקף סתם הוא), וא"כ צ"ב לכאורה מה הוקשה להם על שיטת רש"י, אם לא דנימא דיסוד קושייתם משום דסתמא דהסוגי' שם דלא כאביי, וצ"ב.
ומקור דברי רש"י הוא לכאורה מסוגיית הגמ' לקמן דף ה' ע"ב שהקשו האיך נשבע מודה במקצת הא חשיד אממונא חשיד אשבועתא ותירצו דאשתמוטי קא משתמט, אשר ממילא פירש רש"י כן בכונת רבה בסוגיין. והתוס' פירשו דאין ר"ל דכן הוא כונת רבה, אלא דע"פ דברי רבה מיושב הקושי' דחשיד אשבועתא, וז"פ.
לו) תוד"ה בכולי' בעי דלודי לי'- ואין לומר דהיינו מדרבנן לפי שראו שהיתה שבועה חמורה עליהם וכו' דהא לקמן מייתי מרב נחמן דמשביעין אותו שלש שבועות ואחד מהן שלא שלחתי בו יד ומשמע בהגוזל קמא דהוי דאורייתא- ורש"י לקמן דף ו' פי' דמאי דהוכיחו שם דמיגו דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא זה משבועה שאינה ברשותו ולא משבועה שלא שלחתי בה יד (אף דס"ל לקמן דף צ"ד ע"ב ד"ה פרשה ראשונה דשבועה שלא שלחתי בה יד דאורייתא היא, ודלא כמש"כ התוס' בכתובות י"ח ע"ב בדבריו דרק שבועה שלא פשעתי בה דאורייתא היא). ועי' פנ"י ובחידושי הגרע"א שכתבו בביאור דבריו דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא אלא היכא דהוא עכשיו חשוד על הממון ולא היכא דהיה מקודם חשוד על הממון, דדילמא עשה תשובה ומה שאינו מחזירו הוא משום שאינו בעין ואשתמוטי קא משתמט, ולא פסלינן לי' לשבועה עבור מה שהיה מקודם אא"כ איכא עדים בכך, אשר על כן הוצרך רש"י לפרש דההוכחה דמיגו דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא הוא משבועה שאינה ברשותו, ושבועה שאינה ברשותו י"ל לדבריו דאינה אלא דרבנן, ולא יקשה עליו קושיית התוס'. וכן לא יקשה לפ"ז גם מנסכא דר' אבא. ומדברי התוס' שפירשו דהכונה לקמן דף ו' היא לשבועה שלא שלחתי בה יד, מבואר דס"ל דאף בכה"ג הוה אמרינן מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא.
לז) תוד"ה בכולי' בעי דלודי לי'- וכן בנסכא דר' אבא משמע אי אמר לא חטפתי היה נשבע להכחיש את העד וכו'- (מה שהוצרכו להביא ראיה דווקא מנסכא דר' אבא ולא משבועת עד אחד בעלמא, עי' מהרש"א מש"כ בזה.) והנה ראייתם לכאורה צ"ב, וכבר עמד בזה הגרע"א, דהא י"ל בפשיטות דמאי דמדאורייתא הוה אמרינן דחשיד אשבועתא הרי פירושו דאיכא בעצם חיוב שבועה רק שאי אפשר להשביעו משום שהוא חשוד על השבועה, אבל מאחר שראו שהיתה שבועה חמורה עליהם מממון שוב שפיר אפשר להשביעו וחייב בשבועה דאורייתא. והמוכרח מדברי התוס', דאם אך לא רמו עלי' שבועה בשעה שהיה לו להתחייב בה משום דחשוד אשבועתא, לא חייל עלי' חיוב השבועה, ואם אך נבוא לחייבו עכשיו משום דחמורה להם שבועה, ע"כ דאין זה אלא חיוב שבועה דרבנן.
והנה על מה שפירש רש"י דמאי דקאמר ובכולי בעי דלודי וכו' ר"ל דאי לאו הכי הוה אמרינן דמיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, ובהעדאת עדים הוה אמרינן דלא משתבע משום דחשיד אשבועתא, הקשה בחידושי הרשב"א דא"כ מה מהני ק"ו, וכי איך ילפינן שיהא החשוד יכול לישבע. ועוד, דא"כ אמרינן בהעדאת עדים דכיון שחשוד ואינו יכול

לישבע נשבע הלה ונוטל, וא"כ נמצא דק"ו להקל בא ולא להחמיר.
ועי' חמד"ש שהביא הקושי' הב', וכתב ליישב, דהרי לא אמרינן דודאי חשוד הוא, דהא הוא טוען שאינו חשוד, רק אמרינן דעד כמה דלא נאמינהו לא תועיל גם שבועה כיון דחשוד על השבועה כמו שחשוד על הממון. אשר לפ"ז, אם אמת הוא כהעדים, אינו חשוד על ידי שכפר הכל, דהא כמו שעשה התובע שלא כהוגן שתבע יותר ממה שהיה חייב לו כך עשה לו הנתבע שכפר הכל, ואף שהאמת כדבריו אפשר שעשה כן בכדי שלא לצטרך לישבע, ויוצא דלית לי' להתובע תביעת שבועה עליו, דהא אם האמת כדברי התובע הוי שפיר חשוד, וגם אי אפשר לחייבו לשלם כיון דהוא אומר דהתובע תבע יותר ממה שהיה חייב לו ואף במה שכפר לא הוי חשוד, וכנ"ל, אשר ממילא היה הדין דפטור בלא שבועה, ושפיר הוי ק"ו להחמיר לחייבו שבועה. ופשוט דלפי דבריו לא יקשה גם קושיית הרשב"א הראשונה, דבזה שפיר איכא למימר מק"ו דשפיר יש עליו חיוב שבועה מצד מה שהעדים מחייבים אותו שבועה, כלומר דאף דמצד התובע אי אפשר לחייבו שבועה, וכנ"ל, מ"מ העדים עצמם מחייבים שבועה כמו שמתחייב בהודאתו, ודוק. ועי' ביה"ל ח"ג סי' ל"ז אות ו' מש"כ בשם בנו ביישוב קושיית הרשב"א.
וכעין זה כתבו בחמד"ש ובחידושי הגרע"א ביישוב ראיית התוס' מנסכא דר' אבא, דכיון דאמרינן דחשוד אממונא חשוד אשבועתא, א"כ חשיבא כפירתו כאילו נשבע, דהא כמו שישקר בכפירתו כך ישקר בשבועתו, ונהי דאין יכולים להשביעו משום דעל פי התובע חשוד הוא, מ"מ עד כמה שאילו היה נשבע היינו מקבלים שבועתו ליחשב הוכחה אל אמיתת טענתו, כך חשיבא כפירתו הוכחה על כך, וכנ"ל, והוי כאילו נשבע, וכיון דכן, היכא דטען אין חטפי ודידי חטפי ואינו יכול לישבע, שפיר שייך למימר בזה דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, ע"ש בדבריהם.
וממו"ר זצ"ל שמעתי לבאר בדברי רש"י באופן אחר, דהא בעצם אינו ודאי חשוד אממונא, אלא דאמרינן דעד כמה דמחייבין אותו שבועה משום דחשוד הוא על דממון, חשוד ממילא גם חשוד אשבועתא, דחשוד אממונא חשוד אשבועתא, ולכך ליכא להשביעו. וכל זה בשבועה אשר מחייב דידה הוא החשד, וכגון שבועת מב"מ, (עכ"פ לרבה בלא דינא דר' חייא), אבל שבועת עד אחד אינו משום חשד אלא דינא הוא דצריך לישבע להכחיש את העד, וכיון דאף על צד חיוב השבועה אינו משום שהוא חשוד, לא אמרינן בזה מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא. וכן בהעדאת עדים דיליף ר' חייא אין לדון בה מצד מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, דהרי המחייב הוא הטענה וכפירה ולא החשד.
לח) תוד"ה בכולי בעי דלודי לי'- ולמה ישבע יהא נאמן במיגו דאי בעי כופר הכל- לכאורה צ"ב דכיון דאיכא ראיה דאין אדם מעיז אף במודה במקצת, אמאי הוצרכו לפרש דהקושי' היא מצד מיגו. ובמהרש"א העיר בזה, ע"ש שכתב דבלאו מיגו משום אין אדם מעיז לחוד אין להאמינו דהא ע"כ לא תלה הכתוב הדבר במעיז ואינו מעיז, דכופר הכל פטר הכתוב אפי' בבנו דמעיז כמש"כ התוס' לעיל. ומבואר מדבריו דאחר שכתבו התוס' דמאי דפטר הכתוב כופר הוא אפי' היכא דמעיז, ומגזה"כ, שוב לא אמרינן דהוי אין אדם מעיז ראיה כלל, אשר ממילא מהאי טעמא הוצרכו התוס' הכא למיגו. ובגוף דברי התוס' לעיל היה אפשר לפרש לעולם שפיר פטור משבועה מצד אין אדם מעיז, רק דע"כ אין זה הטעם היחידי כיון דפטור אפי' היכא דמעיז, אשר מה"ט הוצרכו לגזה"כ.
לט) תוד"ה אבל העדאת עדים דליכא למימר- אימא כיון דחשוד הוא לגזול חשוד נמי אשבועתא קמ"ל ק"ו דלא הוי גזלן בהכי דאשתמוטי קא משתמט וכו'- מאי דפירשו הכא כרש"י אף דלעיל הקשו עליו, עי' מהרש"א, דהתם דברי אמורא הוא ולא הו"ל להאריך כיון דלמעשה ק"ל דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא, אבל הכא בדברי התנא שפיר איכא למימר דלרווחא למילתא נקיט הכי, כלומר, דאפי' אי נימא דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, ילפינן מק"ו דאף גבי העדאת עדים איכא משום אשתמוטי קא משתמט. (ועי' מהר"ם שהגיה בדברי התוס'.) ולכאורה צ"ב האיך ילפינן דבר זה דאשתמוטי קא משתמט מק"ו, עי' פנ"י מש"כ בזה.
והנה הרשב"א ועו"ר פירשו דלא כדברי התוס', אלא דבהעדאת עדים כיון דקס"ד אין אדם מעיז ס"ד דכיון דהעיז הרי זה ראיה דאינו חייב לו ולכך פטור משבועה, קמ"ל ק"ו. ומאי דנאדו התוס' מזה פשוט דהיינו ע"פ המבואר מדבריהם לעיל ד"ה ובכולי בעי דלודי לפום ביאור המהרש"א, ע"ש דמבואר מדבריהם דמאחר דאמרינן דמאי דפטרה תורה כוה"כ משבועה זהו מגזה"כ, שוב לא אמרינן דהוי הא דאין אדם מעיז ראיה לפטור כלל, דמשו"ה הוא דהוצרכו התוס' לעיל לפרש דאינו נאמן אלא משום מיגו.
מ) ופיו אינו מחייבו ממון והא הודאת בעל דין כמאה עדים דמי- מכאן צ"ב לכאורה לדעת המהריב"ל שהביא בקצוה"ח סי' ל"ד סק"ד דאין הא דהודאת בע"ד כק' עדים מדין נאמנות אלא מדין התחייבות חדשה, דלפ"ז אכתי איתא לק"ו, דהא אין לפיו נאמנות על המעשה לחייבו משא"כ בעדים, והוא בכלל קושיית הקצוה"ח שם, ע"ש שהקשה מהא דאמרינן לקמן מה לפיו שאינו בהכחשה והזמה, ואי אינו אלא כנותן מתנה מה חומרא היא זו בפיו מעדים. והמוכרח לכאורה בדברי מהר"י בן לב, דודאי אין כונתו לומר דהוי התחייבות ממש, אלא דהוי הודאה על הטענה, רק דמה שנתחייב על פי הודאתו זו אינו מצד נאמנות בעצם אלא מדין התחייבות המונח בו, אשר לפ"ז שפיר הוי חומרא בפיו מאי דאינו בהכחשה והזמה, דכיון דלא נתחייב בפירוש אלא הכל נובע מהודאתו, אילו הוה חשיבא הודאתו מוכחשת או מוזמת תו לא היה בזה שום התחייבות, אשר זהו החומרא במאי דפיו מחייבו ממון, כיון דהכל נובע מההודאה על המעשה, רק דמה שבפועל מתחייב הוא זה מדין התחייבות.
והנה הקשה עוד בקצוה"ח דלדברי המהר"י בן לב האיך שייך מודה במקצת, הרי כל מודה במקצת הוי בעצם כופר הכל אלא שנותן לו מקצת במתנה. וע"פ הנ"ל אתי שפיר בפשטות, דהא בעצם ודאי דהוי הודאה על מקצת הטענה, והנה אם נימא דהמחייב דשבועת מודה במקצת הוא כעין גלגול שבועה מחמת חיוב המחצה שהודה, ודאי דיקשה למהר"י בן לב כיון דסו"ס חיוב הממון הוא מדין התחייבות ולא על פי נאמנות על עצם המעשה, אבל אי נימא דמחייב שבועת מב"מ הוא משום הדררה דעל ידי הודאתו או משום דכיון דהודה למקצת הטענה הוי טענת התובע טענה חשובה, ודאי דשייך דבר זה אף לדברי המהר"י בן לב, ועדיין צ"ע בכל זה.
מא) רש"י ד"ה פיו מחייבו קרבן- דכתיב והתודה אשר חטא והביא- הביא פסוק דגבי אשם אף דעכשיו לא מיירי באשם אלא בחטאת חלב, עי' ריטב"א החדשים ביאור דבריו, דמשמעות פסוק זה הוא אף כשמכחישין אותו עדים, ומדמיירי הך קרא אף במכחישין אותו, ה"ה קרא דהודע אליו.
מב) מה לפיו שכן מחייבו קרבן תאמר בעדים שאין מחייבין אותו קרבן- עי' בראשונים שהקשו דהא גם עדים מחייבין אותו קרבן היכא דשותק, וכתב הרשב"א "ולי נראה דאי מהא לא איריא ולא קשיא דבשאין מכחישין לאו מכח העדאת שני עדים היא דאפי' בעד אחד חייב או משום שתיקה כהודאה כדמשמע לכאורה בריש פ' האשה רבה ביבמות או משום נאמנותו של עד כדמוכח בפ' האומר בקדישוין מ"מ לאו מכח העדאת שני עדים הוא אלא שהתורה האמינה אפי' עד אחד באיסורין". ומבואר מדבריו דאיכא בזה ב' ט עמים, הא' ד מהני היכא דושתק מדין שתיקה כהודאה, והב' מצד נאמונתו של עד אחד דהא אפי' עד אחד נאמן היכא דשותק. ויעויין חידושי

הריטב"א שהקשה ע"ז דליתא, "דמילתא דאיהו לא ידע קושטא דמילתא אין כאן הודאה".
ונראה דיסוד הנידון בזה הוא דהריטב"א ס"ל דיסוד שתיקה כהודאה בכה"ג הוא דהוי כהודאה ממש וחשיב כאילו הוא מחייב עצמו בקרבן על ידי הודאתו כאילו בא ואמר אכלתי, אשר זה שפיר כתב דלא שייך היכא דהוא מצדו אינו יודע. אכן להרשב"א מאי דמהני שתיקה כהודאה (עכ"פ הכא) אינו משום דחשיב הודאה ממש מצדו, דהא ודאי דלא שייכא, אלא יסוד דין שתיקה כהודאה הוא דהוי כהודאה לטענת העד, וכאילו מקבל על עצמו את מה שאומר העד, אשר זה שפיר שייך הכא, ומאחר דמאי דמהני עדות העדים אינו אלא משום קבלתו את דבריהם, לא חשיב זה שהעדים מחייבים קרבן, כן נראה לכאורה בביאור פלוגתתם.

מג) רש"י ד"ה עדים אין מחייבין אותו קרבן- דכתיב או הודע אליו ולא שיודיעוהו אחרים- ואילו בד"ה והוא אומר לא אכלתי כתב דטעמא דפטור משום דיכול לומר מזיד הייתי ויפטר מן הקרבן. ועי' חידושי הרשב"א דמבואר מדבריו דלעולם בעינן לתרוייהו, דאילו מצד מיגו לחוד, אין זה מיגו גמור דהא אסיק דיבוריא דלא אכל כלל וא"כ הוי מיגו במקום עדים, ומאי דמהני הוא רק משום דכתיב או הודע אליו, ובקרא דאו הודע אליו לבד לא סגי, דהודע אליו קרינן בי' כיון דמכחישין אותו שנים לגמרי. ועי' גם חידושי הריטב"א החדשים. בקצרה, מאי דמתרצינן דיבורי' לומר דלא אכל שוגג אלא מזיד אף שהוא סיים שלא אכל כלל היינו מצירוף ב' דברים, הא', דיש לו סיבה לומר כן על ידי המיגו, וב', דסגי בזה בכדי שיהא נאמן, והוא משום דכתיב או הודע אליו. ועי' שט"מ בשם הר"י אבוהב שפי' דברי רש"י באופן אחר.
והנה מדברי הרשב"א מבואר דמאי דנאמן על ידי מיגו אף היכא דסיים שלא אכל כלל היינו משום ד"מאותה שעה שאמר לא אכלתי רואין אותו כאילו אמר לא אכלתי שוגג אלא מזיד, וכ"ה בחידושי הר"ן, ע"ש. והביאור בזה הוא לכאורה דעל ידי שהיה אפשר לפרש לא אכלתי דר"ל לא אכלתי שוגג אלא מזיד אמרינן דעד כמה שאומר לא אכלתי אינו מתחייב בקרבן אף דאיכא עדים שאכל, דנלמד מדרשה דאו הודע אליו ולא שיודיעוהו אחרים וללא מיגו לא הוה חשיבא מה שאמר לא אכלתי לכלום דמאחר דאין דרך לקיים תיבות "לא אכלתי" אין זה כלום והיה צריך הוא עצמו להאמין להעדים ושפיר חשיבא או הודע אליו.
אכן יעויין בריטב"א ובתוס' הרא"ש שכתבו דלהאי טעמא דמתרצינן דיבורי' , היכא דסיים שלא אכל כלל דמוכחש על ידי העדים אינו נאמן כלל. והיינו משום דס"ל דמאי דמהני מיגו שהיה יכול לומר לא אכלתי שוגג אלא מזיד פירושו כפשוטו דנאמן מהאי טעמא, אשר זה ודאי דלא שייך היכא דסיים שלא אכל כלל ואי אפשר לתרץ דיבורי'.
ועי' במיוחס להריטב"א שכתב דאף היכא דאמר שלא אכל כלל מתרצינן לדיבורי' ואמרינן דר"ל לא אכלתי כלל אכילה שיהא חייב עליה קרבן.
והנה התוס' בד"ה מה כתבו דכי מתרצינן לדיבורי', דווקא היכא דאמר אח"כ שבאמת אכל מזיד, ופשוט לכאורה דלא ס"ל כדעת הרשב"א ודעמי'.

מד) תוד"ה מה לפיו שכן מחייבו קרבן- פי' שכן מחייבו קרבן אפי' העדים מכחישין אותו ואומרים לאו חלב הוה- עי' שט"מ בשם תוס' חיוצוניים ור"פ, שהקשו דכשהעדים מכחישין אותו ואומרים שאינו חייב קרבן האיך יביאו הכהנים חולין לעזרה, ותירצו דכיון דאדם נאמן על עצמו יותר מק' עדים אם באו כהנים להקריבו אין מוחין בידם. וע"ש נ"א, אם בא להקריבו אין הכהנים מוחין בידו. והשינוי שבין ב' הנוסחאות פשוט דהוא בכח וגדר דינא דנאמן אדם על עצמו יותר מק' עדים, דללשון הראשון כיון דנאמן על עצמו להתחייב בקרבן, שוב אף דהכהנים יודעים על פי העדים דאינו חייב קרבן, מ"מ ע"פ החיוב שנתחייב יכולים הם להקריב בשבילו, ואילו לדיעה הב' לא מהניא הך נאמנות דנאמן על עצמו וכו' כי אם לגבי עצמו, וכיון שהוא מצד עצמו חייב אין מעכבין אותו, אבל לעולם אין מקריבין בשבילו.
והנה מדברי התוס' מבואר דאי לאו ההכרח דמיירי אפי' כשהעדים מכחישין אותן, הוה אמרינן דמאי דנאמן על עצמו לחייב קרבן זהו דווקא כשאין מכחישין אותו, וצ"ב לכאורה, דהא לחד לישנא בכריתות י"ב הוי טעמא דנאמן לפטור מקרבן היכא דמכחישין אותו עדים משום דנאמן על עצמו יותר מק' עדים, ולפי טעם זה אמאי לא יהא נאמן גם לחייב עצמו בקרבן היכא דעדים מכחישין אותו.
והנה מדברי התוס' מבואר דאף באופן דעדים אומרים שהוא חייב קרבן והוא אינו מכחישן, חשיב שהעדים מחייבין אותו, ולא שהוא מתחייב על ידי עצמו משום דחשיב בכה"ג הודע אליו, אשר מבואר מזה, דפירשו דהך דינא דאו הודע אליו לא חידש דאין מחייב קרבן אלא הוא, אלא יסודו, דאף דעדים מחייבין אותו, מ"מ נאמר בזה תנאי דבעינן שיהא "הודע אליו", אשר מהאי טעמא היכא דהוא מכחישן אינו חייב, והיכא דאינו מכחישן, הרי הם מחייבין אותו קרבן, והיכא דהוא אומר שנתחייב ועדים מכחישין אותו, שפיר נתחייב מצד הודאת פיו, ז"א, דההודע אליו יכול לחייבו, אבל אין זה שולל שיהיו העדים יכולים לחייבו, וכמשנ"ת. ועי' תוס' כריתות דף י"א שכתבו דגבי עד אחד חשיב הודע אליו דווקא כשהלה שותק, אבל כשאומר דאינו יודע לא, ואילו בב' עדים חשיב הודע אליו אף כשאומר שאינו יודע כיון דסו"ס הרי יודע עכשיו ע"פ העדים. וגדר הדברים לכאורה, דבב' עדים חשיב שפיר הודע אליו אף שאומר שאינו יודע דכיון דיש להם נאמנות על המעשה אף עליו לקבל דבריהם היכא דאינו יודע, והרי הם שפיר מחייבין אותו, משא"כ בע"א דלית לי' נאמנות על המעשה אינו חייב לקבל דבריו, ולכך עד כמה שאומר שאינו יודע לא חשיב הודע אליו ואינו יודע אינו מתחייב.
ועפמשנ"ת יש להסתפק מאי דאמרו דנאמן על עצמו יותר מק' עדים או דמתרצינן דיבורי', האם נאמר דבר זה בעיקר מחייב דהקרבן, או שמא לא נאמר כן אלא באשר נוגע לדין "הודע אליו", כלומר, דאף שיהיו העדים מעידים שחייב קרבן ויש להם נאמנות על המעשה, מ"מ נאמן הוא לומר שלא נתחייב וליפטר על ידי כך. אשר בזה הוא דנסתפקו בתוס', דאילולי הראיה דהיכא דאינו מכחיש גם העדים מחייבין אותו, שפיר הוה אמרינן דלא נאמר דין נאמנות זה אלא באשר נוגע לדין הודע אליו, או עכ"פ היכא דאין העדים מכחישין אותו, אבל היכא דמכחישין אותו לומר דאינו חייב אינו נאמן, אלא דהוכיחו דע"כ נאמר הך דין נאמנות אף כלפי עיקר החיוב, אשר משו"ה נאמן לומר שחייב אף היכא דהעדים מכחישין אותו, כן נראה ביאור דברי התוס'.
והנה דעת הרמב"ן בסוגיין דאע"ג דלרבנן אין העדים מחייבין אותו היכא דהוא מכחישן, מ"מ גם הוא אינו מחייב עצמו היכא דהם מכחישין אותו, ע"ש שכתב בביאור הדברים "דמילתא דנפשי' היא מהימן דא"נ לא ניחא לי' להביא קרבן אין ממשכנין אותו והילכך הוא נאמן על עצמו יותר מק' איש שעסק בדבר אין לו עם אדם"[12], ע"ש שכתב כך בכונת דברי רש"י שהביא

[12] ולכאורה יש לעיין בזה, דמאי לאין ממשכנין פירושו לאף לחייב קרבנן אין ב"ל מחייבין אותו להביא, אבל חיוב מיהא איכא, והאיך משמע זה לסברא שלא יתחייב קרבן היכא דמכחיש העדים ואומר שלא אכל. אכן ביאור הדברים, דהא להרמב"ן ודעמי' אין העדים מחייבים קרבן כלל ומה שמתחייב היכא דהעידו שאכל והוא שותק הוא זה משום שתיקתו והיכא דמכחיש את העדים אכתי הוה לי' ליחשב הודע אליו ולהתחייב מאחר שצריך אף הוא לקבל מה שהעדים אומרים, אלא דבזה אמרינן דכיון דהבאת הקרבן תלי' בי', אינו צריך לקבל מה שהעדים אומרים ושוב לא

הא דהודע אליו ולא שיודיעוהו אחרים, ע"ש מה שפירש אמאי בעינן נמי מיגו. וע"ש בדברי הרמב"ן והרשב"א שכתבו דמאי דהיכא דאין מכחיש אותם הרי הוא חייב בקרבן אין זה משום לתא דעדים אלא משום דבכה"ג חשיב שפיר הודע אליו, והיינו משום דס"ל דבדין הודע אליו נתחדש דלעולם אין בכח העדים כלל לחייבו בקרבן, והכל תלוי ב"הודע אליו", רק היכא דהם מכחישין אותו שהיה צריך ליחשב על ידי זה "הודע אליו" כיון דאין הדבר תלוי אלא בעצמו לא מהניין בזה עדים לחייבו כלל, דכיון דהדבר תלוי בו לא חשיב נגד עדים. וזה שייך דווקא היכא דהעדים אומרים שחייב, אבל היכא דאומרים שפטור שפיר מהניא בזה עדותן וע"פ עדותם חסר ב"הודע אליו". וכל זה לדעת הרמב"ן, אבל לשיטת התוס', שפיר יכולים העדים לחייב קרבן, וע"כ מאי דנאמן הוא נגדם היכא דמעידים שחייב הוא משום שיש לו נגדם נאמנות, אשר ממילא ס"ל דיש לו גם נאמנות נגדם היכא דהם מעידים שפטור והוא אומר שחייב.

והנה יעויין סוגי' דיבמות ריש פרק האשה רבה, דהוה ס"ד דהש"ס להוכיח דע"א נאמן ממאי דבאמר לו עד אחד אכלת חלב חייב קרבן, ודחו דלעולם אין זה מצד נאמנות העד אלא משום דשתיקה כהודאה, והוכיחו דע"כ הדבר כן ממאי דס"ל לרבנן דהיכא דאמרו לו שנים אכלת חלב פטור מקרבן. ועי' בהשמטות לשט"מ כריתות דף י"ב ע"א אות ג' שהקשה בשם התוס' על ראיית הש"ס, דללישנא דנאמן אדם על עצמו יותר מק' עדים הרי טעמא דבב' עדים אינו חייב לרבנן קרבן אינו אלא משום נאמנותו לומר לא אכלתי, אבל היכא דאינו מכחיש אכתי יתכן דאף עד אחד נאמן לחייבו קרבן, והכריחו מזה דע"כ סוגי' דיבמות אזלא כמאן דס"ל דטעמא דרבנן משום דמתרצינן דיבורי' ולא כמאן דס"ל דטעמא דידהו משום דנאמן על עצמו יותר מק' עדים. אכן יעויין בחידושי הרשב"א שם ביבמות שהכריח מטעמא דידי' דאזלא סוגיין דהתם דווקא אליבא דהך לישנא דנאמן אדם על עצמו יותר מק' עדים, וחזינן ממאי דבב' אין חייב קרבן דלא מייתינן על פיהם כלל, ודלא כדברי התוס' הנ"ל. וצ"ב מהו יסוד השאלה בזה.

ועפמשנ"ת נראה דלשיטתייהו אזלי בזה, דהתוס' לשיטתייהו שפיר הקשו, דהא מאי דהיכא דאמרו לו שנים לא אכלת והוא אומר לא אכלתי דאינו חייב הרי זה מצד נאמנותו נגד העדים שהוא כק' עדים, מה דלא שייך היכא דאינו מכחישן. אכן להרשב"א לשיטתו הרי אין הוא נאמן נגד העדים, ומאי דפטור היכא דהוא מכחיש העדים היינו משום דכיון דתלוי בו לא חשוב דהוי נגד עדים, וכמשנ"ת, אשר מזה יוצא דגם נגד עד אחד היכא דאינו מכחישו, כיון דאין לב' עדים נאמנות נגדו דלא חשיב נגד עדים, ודאי דלא מהני גם ע"א, וכל מאי דחייב בב' עדים היכא דאינו מכחישן הוא משום דחשיב על ידי נאמנותם "הודע אליו", מה דליתא בעד אחד, ודוק.

מה) תוד"ה מה אם ירצה לומר מזיד הייתי- דהא מיגו במקום עדים הוא וכו'- ומרש"י מבואר דבאמת מטעם מיגו נגעו בה, עי' לעיל יישוב קושיית התוס' ע"פ דברי הראשונים (רמב"ן). ומש"כ התוס' בריש דבריהם דללישנא דנאמן אדם על עצמו יותר מק' עדים מאי דקאמרי רבנן מה אם ירצה לומר מזיד הייתי היינו לדבריו דר' מאיר, כלומר, דלדידהו לא בעינן מיגו כלל אלא נאמן מצד עצמו, עי' דברי הרמב"ן דמבואר מדבריו דאף הך לישנא דנאמן על עצמו יותר מק' עדים מתבססת על מיגו.

מו) תוד"ה מה אם ירצה לומר מזיד הייתי- וי"ל דאין נאמן לפסול עצמו אבל הכא עושה תשובה ואינו רוצה להביא חולין לעזרה- ר"ל, דאין זה משים עצמו רשע. אכן יעויין תוס' יבמות כ"ה ע"ב ד"ה ואין אדם משים עצמו רשע שכתבו דמאי דאינו נאמן היכא דמשים עצמו רשע הוא לפסול עצמו, כלומר, דאין לו נאמנות לעשות עצמו פסול, אבל לענין אחר כגון שלא להביא חולין לעזרה שפיר נאמן, הרי דלא כתבו כדבריהם בסוגיין דאין זה חשיב שעושה עצמו רשע, אלא דבכה"ג ליכא דין אין אדם משים עצמו רשע. ומבואר מדבריהם דמאי דאין אדם משים עצמו רשע אין יסודו דאינו נאמן לומר על עצמו שעשה מעשה רשע, אלא תולדה הוא ממאי דאדם קרוב אצל עצמו, דלעשות חלות פסול עדות על עצמו לית לי' נאמנות (עי' שם ברש"י). והתוס' בסוגיין שלא כתבו כן, היינו לכאורה משום דס"ל דיסוד דינא דאין אדם משים עצמו רשע הוא דאין לו נאמנות לומר שעשה מעשה רשע, ואף אי אין נעשה על ידי זה פסול, וכדברי הגרע"א הידועים בכתובות דף י"ח, ע"ש, אשר ממילא הוצרכו לפרש דהכא לא חשיב שאומר רשע אלא שעושה תשובה. וע"ש שהוכיח הגרע"א כן מתוך סוגי' דיבמות הנ"ל, ולדברי התוס' ביבמות יקשה לכאורה הוכחת הגרע"א.

מז) אשם היינו קרבן- עי' תוס' הרא"ש שהקשה ללישנא דמתרצינן דיבורי', האיך אמרינן דאשם היינו קרבן, הרי חיוב אשם איכא אפי' במזיד וא"כ אף רבנן מודו דעדים מחייבין אותו באשם ומתני' דשבועות היכן שורי וכו' דלא מחייבינן ע"פ עדים הוא דלא כמאן. ותי' הרא"ש דסוגיין אתיא להך לישנא דטעמא משום דנאמן הוא על עצמו יותר מק' עדים, אבל להך לישנא דמתרצינן דיבורי' בין לרבנן בין לר"מ אינו מתחייב באשם ע"פ עדים משום גזה"כ דכתיב והתודו הילכך בעי הודאת פיו. ומבואר מדברי הרא"ש דללישנא דמתרצינן דיבורי' שייכא הך ק"ו דר"מ אף לרבנן. אכן יעויין חידושי הרמב"ן והרשב"א בסוגיין שהקשו דאי איכא גזה"כ דוהתודו האיך מחייב ר"מ, ותירצו דר"מ ילף לי' מק"ו דהודאת פיו, דחמיר לי' עדים להיות בכל מקום כפיו. הרי מפורש בדבריהם דלא שייכא הך ק"ו אלא אליבא דר"מ ולא אליבא דרבנן, ודלא כדברי הרא"ש, וצ"ב מהו ביאור פלוגתתם בזה.

ועפמשנ"ת לעיל אות מ"ד נראה דלשיטתייהו אזלי, דלשיטת הרמב"ן והרשב"א הרי יסוד פלוגתת ר"מ ורבנן בין ללישנא דנאמן על עצמו יותר מק' עדים בין ללישנא דמתרצינן דיבורי' הוא דלרבנן נתחדש מקרא דאו הודע אליו דנאמן לפטור עצמו מקרבן ואף דעדים מכחישים אותו ואומרים שחייב לא חשיבא נאמנותו כנגד עדים כיון דהדבר תלוי בו, ור"מ ס"ל דשפיר חשיב נגד עדים אשר ממילא אינו נאמן. אשר לפ"ז, לא מהניא ק"ו אלא לר"מ אבל לרבנן כיון דלא חשיבא נאמנותו נגד עדים לא מהני בזה ק"ו כלל. אכן לדעת הרא"ש דס"ל כדעת התוס' הנ"ל, הרי אף לרבנן חשיבא נאמנותו נגד עדים, אלא בהא פליגי ללישנא דמתרצינן דיבורי', דלרבנן כיון דמתרצינן דיבורי' נאמן לומר מזיד הייתי דהא בזה אינו מעיד נגד עדים, ואילו לר"מ לא מתרצינן דיבורי' ושפיר הוי נגד עדים ולכך אינו נאמן. אשר לפ"ז, באשם דחייב אף המזיד קרבן, אם אך אמרינן דלר"מ נאמנים העדים, כמו כן לרבנן הרי הם נאמנים, דהא אף לדידהו בעצם נאמנים העדים יותר ממנו, אשר מזה הכריח הרא"ש דע"כ מיירי הכא ללישנא דנאמן אדם על עצמו יותר מק' עדים, כלומר, דטעמא דרבנן הוא דנאמן נגד העדים, אשר זהו דווקא לרבנן, אבל לר"מ דנאמנים העדים יותר ממנו שפיר יחייבוהו העדים באשם. ולהך לישנא דמתרצינן דיבורי', כיון דאיכא גזה"כ דוהתודו דתליא דווקא בו ולא בעדים, ודאי דאף לר"מ לא מהני ק"ו בזה, ודוק.

מח) רש"י ד"ה אינו בהכחשה ובהזמה- אם הודה לו במנה ובאו עדים והכחישוהו לומר אינך חייב לו כלום אינו נפטר בכך דהודאת בעל דין כמאה עדים- יש לעיין בדבריו אמאי לא פירש אלא הא דאינן בהכחשה ולא מאי דאינן בהזמה, ואילו הר"ח כתב, וז"ל: כלומר אם יודה שלויתי מפלוני מנה ביום פלוני במקום פלוני ויבואו עדים ויעידו כי שם היינו עמך בו

הקיב הודע אליו, ולעולם לא אתי הך סברא דהוי מילתא דנפקי' אלא לומר שלא לריך להקניח במה שאומרים העדים, ושוב ממילא ליכא חיוב קרבן כיון דלא הקיב הודע אליו.

ביום באותו המקום שאמרת ולא לויתה אתה ממנו כלום אחר הוא שלוה או אם יאמרו לו אותו היום היית עמנו במקום פלוני רחוק מזה המקום יתר ממהלך יום והוא מכחישם דכל כי האי גוונא אמרינן הודאת על דין כמאה עדים ואין העדים יכולים להכחישו ולא להזימו וכו', עכ"ל. (ומש"כ הר"ח אחר הוא שלוה צ"ב לכאורה אמאי הוצרך לזה, הרי עיקר ההכחשה אינו אלא במה שאומרים שהוא לא לוה ומה לנו אם אחר לוה או לא.) ושמא י"ל בדברי רש"י דכיון דאין נאמנות דעד אחד על עצם המעשה אלא לענין לחייב את עצמו, פשיטא דלא שייך להזימו, דלא שייכא הזמה אלא היכא דהיו נאנמנים על המעשה ובאו עדים להזימם, בזה הוא דנאמנים המזימים ובטלה עדות המוזמים, אבל בהודאת בעל דין לא שייך להזימו על ידי עדות שלא היה המעשה יכול לקרות כי היה עמהם דהא בכל מקרה אינו נאמן על המעשה רק דין הוא שנאמן לענין שיהיה חייב, ולא הוצרך רש"י לבאר אלא מאי דאינו בהכחשה, דכיון דאמרי עדים שאינו חייב לא היה צריך להיות חייב אם לא משום דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי. או י"ל ע"פ המבואר מדברי רש"י במכות דף ב' ע"ב, דלעולם ועשיתם לו כאשר זמם עונש הוא על עדות שקר וליכא דין מסויים דהזמה, וכל חידוש דין דהזמה הוא דנאמנים בתראי ובטלה עדות המוזמים לגמרי ודלא כתרי ותרי, וכן מבואר מדברי הרמב"ם בסה"מ מצות ל"ת רפ"ה, אשר לפ"ז אף מאי דליכא בהזמה מהאי טעמא הוא דכיון דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי לא נתבטלה עדותו על החיוב על ידי עדים האומרים דליכא חיוב, ואף בעמנו הייתם עיקר הדבר הוא שהכחישוהו, ועדיין צ"ב בכל זה.

מט) אינו בהכחשה והזמה- עי' נ"י שהביא מדברי הראשונים לדייק מסוגיין דאף כשחוזר ואומר כדברי העדים אינם נאמנים, דאל"ה אלא בעומד בדיבורו מיירי, מאי אלימות בפיו הוא זה, הא כל אחד יכול לתת מתנה, אלא מוכח דהודאת בעל דין דאמרינן דכמאה עדים דמי היינו אפי' היכא הוא חזר ואמר כדברי העדים שפטור, דאפ"ה אמרינן דאינם נאמנים נגד הודאתו. וע"ש שהביא מדברי הרמב"ם פ"ז טו"נ דמבואר מדבריו דלא כזה, והקשו הראשנים עליו כנ"ל. והנה ז"ל הרמב"ם שם בה"ז: מי שהודה בב"ד שאני חייב לזה התובע מנה ואח"כ אמר נזכרתי שפרעתי לו חובו זה שהודיתי בו והרי עדים הרי זו עדות מועלת ועושין על פיהם שהרי לא הכחיש עדיו ואינו כאומר לא לויתי מעולם, עכ"ל. ודין זה דלא לויתי כאומר לא פרעתי הביא הרמב"ם בפי"ד מהל' מלוה ולוה, ע"ש. וכתב בנ"י לבאר דברי הרמב"ם דמאי דנאמן אינו אלא היכא דחזר הוא קודם מהודאתו והביא עדים, אבל היכא דבאו עדים וחזר הוא ואמר כדבריהם אף לדברי הרמב"ם אינו נאמן דכיון דמכחיש דיבורו הראשון סמכינן אדיבורו ואהודאתו דכמאה עדים דמי. וביאור דבריו, דהיכא דהודה קודם שבאו עדים אלא אדרבה הוא הביא עדים, על ידי מה שחוזר בו מהודאתו גריעא הודאתו ושוב אין בה בכדי להכחיש העדים המעידים שפטור, אכן היכא דבאו עדים קודם שחזר בו, אף דאילו הוה דנין אחזרתו כחזרה מעלייתא היו העדים נאמנים, מ"מ אמרינן דלא חזר בו אלא משום העדים ונשארה הודאתו כמתחילה ואין העדים נאמנים להכחישה. ועי' משי"כ הנ"י בסוף דבריו לבאר דקדוק לשון הרמב"ם, דהיכא דאמר לא לויתי לא מהני אפי' בכה"ג שחזר בו קודם שבאו עדים, והיינו טעמא, דלעולם אינו נאמן לסתור הודאתו הראשונה, אלא כל נאמנותו וכחו הוא לומר שנזכר עכשיו מה שלא זכר אז, כגון שנזכר שבאמת פרע חובו, אבל היכא דאמר לא לויתי דהוי כאומר לא פרעתי, אם בא אח"כ לומר לויתי ופרעתי אף שעדיין לא באו עדים מ"מ אינו נאמן, דהא מה שאומר לא לויתי סותר להדיא מה שאמר מקודם לא לויתי, ואין זה כמודה שחייב לו וחוזר ואמר שפרע, דבזה שפיר אמרינן דמקודם לא זכר שפרע ועכשיו נזכר, מה דלא שייך היכא דאמר שלא לוה כלל. (וע"פ דברי הר"ן האלה שבסוף דבריו מיושבת קושיית המ"מ שם בהל' טו"נ, ע"ש.)

ועי' מ"מ שם שפי' דברי הרמב"ם באופן אחר, וז"ל: ויש לחלק בין דין זה לאותו שהזכרתי מפני שיש שם שטר ואלולי עדות העדים לא היה נאמן כלל אבל כאן אינו חייב אלא מחמת הודאת פיו ועדיין צ"ע, עכ"ל. ונראה ביאור דבריו, דס"ל דלעולם לא מחלקינן בין היכא דבאו העדים קודם או שבאו אח"כ, וגם ליכא בעצם נפ"מ בין האומר לא לויתי דכאומר לא פרעתי הוא לבין האומר לויתי ועדיין אני חייב, ולעולם יכול לחזור בו מהודאתו, וכל דין הודאת בעל דין דכמאה עדים דמי הוא נגד הכחשת עדים אבל הוא עצמו יתכן שיכול לחזור בו, רק התם דאיכא שטר הרי אף בלא הודאתו הראשונה אילו היה אומר שפרע הרי לא היה נאמן, וא"כ לא חשיבא מה שטוען עכשיו לגרע הודאתו הראשונה בלא העדים שאמרו שפרע, וכיון דאין מה שאומר עכשיו מגרע הודאתו הראשונה שוב אין מועילה עדות העדים להכחיש הודאתו הראשונה. אלא דצ"ב לכאורה לשון הרמב"ם שכתב דאינו כאומר לא לויתי מעולם, ולדבריו ליכא נפ"מ בין לא לויתי או לא פרעתי, רק הנפ"מ הוא היכא דאיכא שטר, וצ"ב.

ד' ע"א

נ) רש"י ד"ה פיו יוכיח- מודה מקצת הטענה שעל מה שכופר ופיו לא הודה הוא נשבע- מבואר מדבריו דכד אמרינן פיו יוכיח שוב לא ילפינן מגלגול שבועה כלל, והטעם לכאורה, דכיון דשבועה גוררת שבועה לא שייך כלל להכא, אלא הדרינן למילף מעד אחד, ואמאי דפרכינן מה לעד אחד שעל מה שהוא מעיד הוא נשבע, אמרינן דפיו יוכיח, דאף בפיו הרי אינו נשבע על מה שהודה אלא על מה שכפר.

אכן יעויין בחידושי הריטב"א החדשים משה"ק על פירש"י, ופירש דלעולם אדרב פפא קיימינן דיליף לה מגלגול שבועה, ומאי דאמרינן פיו יוכיח פירושו דאף בפיו הוי כגוררת שבועה, "שלפי שחייב עצמו ממון בהודאתו במקצת גורר שבועה על השאר". ומבואר מדבריו דיסוד גדר השבועה הוא כמין גלגול שבועה מחיוב הממון דעל ידי הודאתו. וכבר הבאנו לעיל דברי התוס' בכתובות י"ח ד"ה מפני מה שכתבו באמת כן דהוי כגלגול שבועה, ויתכן דמקורם מסוגיין, וכפירוש הריטב"א. ורש"י שנדחק לפרש באופן אחר, י"ל דהיינו משום דס"ל דאין גדר חיוב השבועה כגלגול כלל.

והנה לדעת הריטב"א מה שהקשו מה לעד אחד שכן על מה שהעיד הוא נשבע וכו' אין זה בתורת פירכא אלא בתורת טעם דלא שייך למילף מהתם ולא שייך על זה יוכחי, וע"כ דשוב אין דנין אלא מצד עד אחד בגלגול שבועה, ע"ש שדקדק כן מלשון רש"י. ווק על הפירכא מה לעד אחד בגלגול ששבועה גוררת שבועה הוא דשייך יוכיח מפיו, וכנ"ל. ואילו מדברי רש"י מבואר דדווקא על עד אחד בעלמא המחייב שבועה הוא דשייך לומר פיו יכויח ולא על הא דשבועה גוררת שבועה. וצ"ב לכאורה לפי מה שדקדק הריטב"א מדברי רש"י דס"ל דטענת מה לעד אחד שכן על מה שהעיד הוא נשבע היא פירכא בטעם דאין שייך לללמוד מהתם, צ"ב לכאורה מה אמרו פיו יוכח, הרי לא היתה טענת על מה שמעד וכו' בתורת פירכא אלא בתורת טעמא.

ונראה בדעת רש"י, דמאי דאיכא טענה דעל מה שמעיד הוא נשבע אין זה אלא אי נימא דמחייב שבועת עד אחד הוא העד אחד עצמו, בזה שפיר אמרינן דלא שייך שיחייב שבועה אלא על מה שהעיד ולא על מה שלא העיד. אכן אילו הוה אמרינן דמחייב השבועה הוא כמין דררא שנעשה על ידי עדות העד, בזה פשוט דליתא להך הכרח דאינו מחייב שבועה אלא על מה שהעיד, דהא לא הוא מחייב השבועה

אלא הדררא דנעשתה על ידי עדותו, ודררא שפ]יר יכול להיות על ידי עדותו גם על מה שלא העיד. אשר זהו שאמרו פיו יוכיחו, דממאי דהודאת בעל דין מחייב שבועה מבואר דהא דע"א מחייב שבועה לאו מצ עצם החפצא דהעד עצמו הוא אלא מהדררא, וכמו גבי פיו, ושוב ממילא ליתא להך טענה דעד אחד על מה שהוא מעיד הוא נשבע, וכנ"ל.

נא) תוד"ה עד אחד יוכיח שישנו בהכחשה והזמה- כי מה שהעד אינו משלם כשהוא מוזם אינו חומרא אלא לפי שבעדותו אינו מחייבו ממון- עי' קצוה"ח סי' ל"ח סק"ה שלמד מדברי התוס' דהיכא דמחייבו הע"א ממון, כגון היכא דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, שפיר מתחייב עד אחד שהוזם ממון. וצ"ב לכאורה דא"כ נמצא דבעצם אף עד אחד הוא בכלל תשלומין דהזמה, רק דעל הכלל לא חייב ממון, וא"כ שפיר איכא למימר דעד אחד יוכיח. וסתימת לשון התוס' משמע לכאורה דכללא הוא דאין עד אחד משלם ממון. וביאורא דמילתא, י"ל ע"פ משנ"ת לעיל בדעת הרא"ש דבעצם אין עד אחד מחייב ממון כלל ורק לשבועה הוא דקם, ודינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם דין אחר הוא, דהיכא דאינו יכול לישבע אמרה תורה שישלם, אשר לפי זה נמצא דליכא "זמם" כלל על ממון רק על שבועה, ושפיר כתבו התוס' דאין עד אחד מחייב ממון כלל.

ונראה דכן מבואר בדברי הר"ח בסוגיין, ע"ש שכתב, וז"ל: עד אחד אינו בתורת הזמה שהתורה אמרה ועשיתם לו כאשר וגו' וכיון שאין עדות עד אחד אלא לשבועה ואי אפשר להשביע העד זו השבועה נדחת תורת הזמה מעליו שאין אתה יכול לקיים ועשיתם לו כאשר זמם וגו' וכדתנן מעידים אנו באיש פלוני שהוא בן גרושה וכו' ולעולם אין תורת הזמה אלא בשנים ועוד שיזומו שניהם וכו', עכ"ל. אמנם נראה דטעמא דהר"ח טעם אחר הוא ממה שכתבנו בדברי התוס', דעי' שם בהמשך דבריו שהאריך להוכיח כסברתו מהא דאין העדים נעשים זוממין עד שיזומו שניהם, ר"ל, היכא דהעידו שנים לחייב ממון והוזם אחד מהם אין אומרים דישלם לפי חלקו, ולמה שכתבנו בדברי התוס' הרי לא שייך ד"ז להכא כלל, דהתם הרי שפיר בא לחייבו ממון אלא דנאמר דינא דאינו נעשה זומם עד שיזומו שניהם. אלא ביאור דברי הר"ח, דאף דנימא דהיכא דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם פירושו דמחייב העד ממון, מ"מ הא מיהא פשיטא דעיקר נאמנותו ועיקר הזמם הוא לשבועה, דכיון דסו"ס יכול הלה ליפטר על ידי שבועה אי אפשר לומר **שחייבו** אלא שבועה, וכיון דבעיקר דינא דעד אחד לא שייך דין ועשיתם לו כאשר זמם דהא אי אפשר לחייב העד לישבע, שוב אמרינן דלא נאמר בעד אחד פרשת ועשיתם לו כאשר זמם כלל ולא נאמר אלא בב' עדים, והוא הוא גם דינא דאין העדים נעשין זוממין עד שיזומו שניהם, דבהזמת עד אחד לא נאמר דינא דועשיתם לו כאשר זמם לעשות אפי' היכא דאיכא למימר דשפיר חייב ממון.

ועי' מנ"ח מצוה ל"ז שהקשה על דברי הקצוה"ח דהא מבואר להדיא בדברי הרמב"ם דשפיר איכא דין תשלומין בהזמה דעד אחד, והוא ממש"כ הרמב"ם פכ"א עדות ה"ה, וז"ל: בא ע"א והעיד שזינתה אחר קינוי וסתירה ונמצא אותו העד זומם משלם כתובתה, עכ"ל. (אמנם עי' חזו"א אה"ע סי' י"ח שכתב דאיכא טעות סופר בדברי הרמב"ם ור"ל דעדי הסתירה נמצאו זוממין אחר שבא עד אחד שזנתה.) ולכאורה י"ל דאין הנידון בסוגיין אלא בהך דין נאמנות דעד אחד שנתחדש בהא דלשבועה קם, ודין עד אחד אחר קינוי וסתירה דין אחר הוא, וצ"ע בזה.

נב) רש"י ד"ה טענה וכפירה- זה טוען וזה כופר הן באין לדין- לכאורה קשי' עלי' קושיית התוס' דכופר הכל יוכיח דבא על ידי טענה וכפירה ומ"מ ליכא שבועה. אלא דלרש"י לשיטתו ל"ק, דבאמת כופר הכל היה מחוייב שבועה אלא דפטור משום חזקה דאין אדם מעיז פניו, וכדבריו בב"ק דף ק"ז. והתוס' שהקשו היינו משום דפליגי עלי' דרש"י בזה, אלא דיש לכאורה מקום עיון בדברי רש"י, דיוצא לכאורה דעצם העובדא דאיכא טענה וכפירה הוא דמחייב שבועה גם בשבועת עד אחד, דהא הצדה"ש לדידי' מעד אחד הוא, ולכאורה ממאי דדרשינן בשבועות דעד אחד קם לשבועה מבואר דנאמנות העד אחד הוא שמחייב השבועה. ותי' בזה מו"ר זצ"ל דלעולם בעינן ב' הדברים, דממה שדרשו אבל לשבועה קם נתחדש דאית לי' לע"א נאמנות נגד הכופר הכל דאית לי' חזקה דאין אדם מעיז, אמנם לא הוה סגי בהכי בכדי שיתחייב שבועה אי לאו דאיכא מחייב השבועה, ומחייב השבועה הוא הטענה וכפירה. ומרומז כעין זה בדברי הרמב"ם שהביא בדין ע"א לשבועה ב' דברים, הא דלשבועה קם והא דכל מקום דבי' תרי מחייבין אותו ממון עד אחד מחייב שבועה.

נג) תוד"ה הצד השוה שבהן שע"י טענה כו'- וי"ל דבהצד השוה שבהן יש טענה חשובה דכשמודה מקצת או עד מכחישו נראה דמשקר ולכך יש שבועה- לכאורה צ"ב ממש"כ לעיל דף ג' ע"א דאף היכא דאינו תובע כלום ואינו יודע והעד מעיד שהוא גנב או שאביו הלוה לו איכא שבועה, דהתם לא שייך למימר דאיכא טענה חשובה. אכן צ"ל דלעולם לא בעינן טענה חשובה, אלא יסוד הדבר הוא דבעינן תביעה חשובה, ושפיר אית לי' תביעה חשובה על ידי העד אחד. וכן מבואר יסוד ד"ז בדברי הר"ן בשבועות (דף י"ט ע"א בדפי הרי"ף) הבאנו הדברים לעיל, ע"ש דס"ל לרבנו אפרים והר"י מגאש דבעינן לשבועת עד אחד טענת ברי, והוכיחו כן ממאי דאמרינן בסוגיין דעל ידי טענה וכפירה בא, ולא חשיב טענה אלא בטענת ברי. ודחה הר"ן דבריהם, דטענה דבעינן ר"ל תביעה, ולעולם לא בעינן טענת ברי. והוכיח הר"ן כדבריו מדברי הני ראשונים דס"ל דילפינן לדין העדאת עדים מצדה"ש דפיו וגלגול שבועה דעד אחד, דלדבריהם ע"כ דלא בעינן טענת ברי דהא איתא לדין גלגול שבועה אפי' על ידי טענת שמא וא"כ ע"כ דמאי דאיתא דעל ידי טענה וכפירה באין ר"ל תביעה.

ובגוף דברי התוס', עי' תוס' הרא"ש, וכן בחידושי הריטב"א, שהביאו תי' אחר, דכופר הכל גזה"כ הוא דפטור. ופשוט דהתוס' שלא כתבו הכא כן אף דלעיל כתבו להדיא דמהאי טעמא הוא דפטור כופר הכל, היינו משום דהקשו קושי' אחרת ממשה"ק הריטב"א והרא"ש, דהם הקשו דאף כופר הכל תיתי מהך צד השוה, אשר בזה שפיר תירצו דגזה"כ הוא, ואילו התוס' לא הקשו דנימא הכי גם בכופר הכל, אלא דנימא דכופר הכל יוכיח, אשר בזה לא שייך לתרץ דפטור משום גזה"כ, דסו"ס כיון דאיכא טענה וכפירה ופטור משבועה שפיר הוי פירכא על הצדה"ש. (ובתירוץ התוס' ודאי דמיושבת אף הקושי' שהקשו הריטב"א והרא"ש, עי' בריטב"א שתירץ באמת כעין זה.)

נד) רש"י ד"ה תאמר בעדים- שמאחר שכפר הכל והם העידו על חמשים הוחזק כפרן ולא נאמר נאמנהו על השבועה- מבואר מדבריו דלא בתורת פירכא אתינן עלה אלא בתורת טעמא, דא"א להשביעו כיון דהוחזק כפרן, עי' חידושי הריטב"א החדשים.[13] ועי' מהר"ם שהקשה דלפי זה פירכת הש"ס לא היתה צריכה להיות בתורת פירכא על הצד השוה אלא אגוף מימרא דר' חייא הו"ל למיפרך האיך שייך שבועה בהעדאת

---

[13] ויש לעיין מה כונת רש"י במש"כ ולא אמרינן נאמינהו בשבועה ולא כתב כפשוטו ולא נאמינהו בשבועה. ועל פי דברי המהר"ם אתיין דבריו לכאורה שפיר, דבאמת מאחר החשוד לממונא אינו חשוד לשבועתא שפיר שייך להאמין לשבועה אשר מהאי טעמא ליכא קושיא על גוף דינא דר' חייא, ואין הפירכא אלא דליכא למיכף מפיו דיתכן דלא חיישה התורה שבועה אלא היכא דאינו חשוד לממונא דלא הוחזק כפרן ולא חיישי גבי העדאת עדים שיהיה חיוב שבועה, ואין זה משום דלא שייך להאמינו אלא משום דלא נימא דנאמינהו, ודוק.

עדים הרי הוחזק כפרן הוא, ע"ש שכתב דאגוף מימרא דר' חייא אין להקשות משום דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא. ודבריו לכאורה צ"ב, דהא דאמרינן דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא זהו היכא דאינו אלא חשוד אממונא, אבל היכא דודאי גזלן הוא ודאי דחשוד על השבועה ואין משביעין אותו, כדמבואר מדברי התוס' לקמן דף ה' ע"ב ד"ה דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא בשם הר"ר יהודה חסיד. ועי' מהר"ם שי"ף שפירש סוגיין דלא כרש"י.

ועי' תוס' הרא"ש שכתב, וז"ל: השתא משמע דבפקדון לא משוי ר' חייא העדאת עדים כהודאת פיו משום דאיכא פירכא וקשה דלקמן גבי ההוא רעיא קאמר אם איתא לדר' חייא קמייתא משתבע אשארא וי"ל כיון דבמלוה ילף דליכא פירכא מהשתא ידעי' דבכל דוכתא העדאת עדים כהודאת פיו ומיהו בפקדון כיון דהוחזק כפרן ישבע כנגדו, עכ"ל, וכ"כ התוס' לקמן ד"ה ד"ה אי, ע"ש. ומוכח לכאורה מדבריהם שפירשו דמאי דקאמר מה לעדים שכן הוחזק כפרן בתורת פירכא הוא ודלא כמו שפירש רש"י, דבשלמא אי בתורת פירכא הוא שפיר איכא למימר דמאחר דעכ"פ גבי מלוה ליכא פירכא שפיר ילפינן דהעדאת עדים כהודאת פיו לחייב שבועה, אבל אי נימא כפירוש רש"י דר"ל שלא יהא נאמן בשבועה ומשום הכי לא יתקנו שבועה, מה לנו דגבי מלוה נאמינהו בשבועה, הרי מ"מ בפקדון לא נאמר דנאמינהו דהא חשוד הוא ולכך לא שייך התם חיוב שבועה, אלא דמדברי התוס' הרא"ש מבואר דלא כזה, דלפי תירוץ זה לא בעינן למימר דהוי בתורת פירכא, דדווקא בהדברי הרמ"ה הוא שכתב כן, ע"ש, והסברא בזה, דלדברי רש"י יסוד הדבר הוא דמאחר דלא נאמינהו לא יחייבו שבועה, ומאחר דגבי מלוה שפיר אמרינן שחייבו שבועה, שפי נימא נמי לענין פקדון דשפיר איכא לחיוב השבועה רק דשכנגדו נשבע, ועדיין יש לעיין בזה. ולדברי המהר"ם הנ"ל ומה שכתבנו בהגהה 13 בדקדוק לשון רש"י אתי שפיר טפי, דלעולם אין הטענה דלא שייך להאמין אלא דלא נימא דנאמינהו, אשר בזה נראה דבשלמא אי בכל גוונא היה מוחזק כפרן, מאחר דלא נימא דנאמינהו היה מתפרש דלא חייבו בזה שבועה, אך כיון דעכ"פ גבי מלוה שפיר יש להאמינו ושפיר איכא שבועה, שוב לא יפעול הא דלא נימא דנאמינהו דגבי פקדון אלא דלא נאמינו בפעול אבל חיוב שבועה שפיר איכא כיו גבי מלוה וישבע כנגדו.

נה) רש"י ד"ה והילך- לא הוצאתים והן שלך בכל מקום שהם- הנה מלשון רש"י שכתב "לא הוצאתים משמע בפשטות דמיירי במלוה, דמותר להוציאו, דאילו בפקדון הרי אינו יכול להוציאו ולא יתכן שהוציאו אלא באיסור. ובראשונים תמהו על דבריו האיך מיירי בכה"ג במלוה, הא מלוה להוצאה ניתנה ואף שלא הוציאה הרי נעשה שלו. ובחידושי הר"ן כתב דלרש"י לא משכחת לה הילך אלא בפקדון (דהא במעות אחרים מבואר מדבריו דלא חשיב הילך), ולפ"ז ע"כ דמאי דקאמר "לא הוצאתים ר"ל באיסור. ועי' חידושי הריטב"א החדשים משה"ק על דברי רש"י.

והב"ח בהגהותיו על הרא"ש הקשה דלכאורה לדברי רש"י לא שייך למימר כלל דמיירי בפקדון, דהא ס"ל לרש"י בב"ק דף ק"ז דכופר הכל בפקדון חייב שבועה, וא"כ האיך שייך למימר דהילך פטור, נהי דחשיב ככופר הכל, מ"מ הרי אף הכופר בכל חייב שבועה, עי' מה שכתבנו בזה לעיל דף ג'.

ובגוף דברי רש"י לשיטתו שפיר מצי מיירי במלוה ולא יקשה עלי' מהא דמלוה להוצאה ניתנה, והוא ע"פ דבריו בקידושין דף מ"ז ע"א ד"ה להוצאה ניתנה, וז"ל: הלוה רשאי להוציאה בהוצאה ואינו חייב להעמידה בעיסקא שתהא מצויה בכל עת שיתבענו וכיון דלהוצאה ניתנה הויא לה **כי דידה** ולא יהיב לה מידי, עכ"ל. הרי מבואר להדיא מדבריו דהא דמלוה דלהוצאה ניתנה אין פירושו דנעשה מיד שלו, אלא לעולם עד שמוציאו הרי הוא של המלוה, רק במאי דלהוצאה ניתנה נאמר דרשאי להוציאה ואינו חייב להעמידה בעיסקא, כלומר, שהוא שולט עליו ויכול לעשות בו מה שרוצה, וכיון דכן חשיב כי דידה, דהא במה שמקדשה בזה הרי לא נותן לה שליטה על דבר שלא היה לה שליטה מקודם. וכיון דהיכא דלהוציאו הרי הוא שפיר של המלוה, שפיר כתב רש"י דעל ידי שלא הוציאם שפיר הוי הילך דהא של המלוה הם, וז"פ. ובדעת רש"י בהילך עי' עוד לקמן אות נ"ג.

נו) רש"י ד"ה ותנא תונא כו'- קס"ד דלר' חייא טעמא דמתני' משום דאנן סהדי דמאי דתפיס דילי' הוא וכו' וכי אידך דר' חייא דמחייב לי' שבועה דאורייתא- ולפ"ז צ"ל דמאי דקאמר ותנא תונא אאידך דר' חייא הוא לפי מאי דמסקינן דבאמת אין שבועה זו אלא דרבנן, עי' חידושי הריטב"א ושא"ר שכתבו כן בדבריו. וביאור דחיית רב ששת (ואף ר' חייא ס"ל הכי אלא דאכתי איכא ראיה להילך דחייב כיון דכעין דאורייתא תיקן), דלעולם ליכא אנן סהדי ולית בזה שבועה דאורייתא, רק כיון דאינו נוטל מקצת תביעתו דהרי השני תפוס בו והוא ע"כ יזכה בו, חשיב כמודה במקצת, ואי נימא דהילך פטור אמאי תיקנו דחייב שבועה. ומאי דאינו כמודה במקצת דאורייתא, עי' שם בר"ן שביאר דהיינו משום דהוי כקדמה הודאתו לתביעה . ונמצא לדברי הר"ן ברש"י דאף השבועה דרבנן כעין שבועת מודה במקצת הוא (וטעמא דתיקנו הכי הוא משום שלא יהא כל אחד הולך ותוקף וכו'.)

אכן הרמב"ן הרשב"א והריטב"א פירשו דברי רש"י למסקנא באופן אחר, דלעולם אין הד שבועה דרבנן כעין מודה במקצת כלל, והראיה דהילך חייב היא דאי אמרת הילך פטור, היינו משום דכמאן דנקיט לה, וא"כ אף בנ"ד הרי היינו כאילו חלקוה כבר והאיך חייבו בזה אפי' שבועה דרבנן, הרי כעין דאורייתא תיקן. וביאור זה של הרמב"ן ודעמי' מבוסס על דברי בעל המאור בסוגיין, ע"ש. וע"ש ברמב"ן שדקדק כן מדברי רש"י שכתב בד"ה אי אמרת בשלמא מדאורייתא חייב, וז"ל: כלומר גבי שבועה דאורייתא כגון בהודאה במקצת, עכ"ל, דמשמע להדיא מדבריו דאנן לא מדין מודה במקצת אתינן עלה כלל. ומדברי ראשונים אלו מבואר דהשאלה אי הילך פטור או חייב היא אי חשבינן לה כמאן דפסיק דמי או לא, עי' לקמן אות ס'.

נז) תוד"ה ותנא תונא אאידך דר' חייא- וקשה כיון דלא מצי לאוכוחי הד בתרייתא דהילך אלא מכח קמייתא לימא ותנא תונא אקמייתא- לכאורה צ"ב דהו"ל להקשות בפשיטות, דכיון דאין ההוכחה לבתרייתא אלא מכח קמייתא, ליכא ראיה כלל דהא לא מוכחא כלל כדר' חייא קמייתא, וכה"ק באמת בתוס' הרא"ש.

נח) תוד"ה ותנא תונא אאידך דר' חייא- לכך י"ל דאנן סהדי לאו דוקא דמאי דתפיס מחשבינן לי' השתא טפי מהעדאת עדים וחשיב כאילו מודה לי' דדידי' הוא אך קשה דמ"מ איכא למיפרך וכו'- הא דכתבו דמחשבינן לי' כאילו מודה לי' דדידי' הוא, ביאורו לכאורה ע"ד שכתב הר"ן (אלא דלהתוס' הוא ע"פ האנן סהדי) דהיכא דאיכא אנן סהדי על ידי עצם תפיסתו בו אין כפירת השני בזה חשובה כפירה כלל, ונמצא דאינו כופר אלא במקצת, ומשו"ה הוי כמודה במקצת. ומוכח מדברי התוס', וכן מדברי הר"ן, דלא בעינן הודאה ממש לחיוב שבועה דמודה במקצת, אלא סגי במה דלא הוי כפירה אלא במקצת.

והנה התוס' הקשו בהמשך דבריהם דנימא כי היכי דהאי מודה להאי האי מודה להאי על דרך שהקשו אדר' חייא קמייתא, והכריחו דהשתא נמי מוכח מכח טעמא דבסמוך אי הילך פטור לא הוי מתקני רבנן שבועה . אמנם בחידושי הר"ן הקשה קושי' זו, ותירץ דנהי דלא חשיב כפירה בכה"ג, מ"מ תביעה שפיר מיהא הוי, וצ"ב במאי פליגי. ונראה דלשיטתייהו אזלי בזה, דבמה דאיתא לעיל דעל ידי טענה וכפירה הם באים הקשו התוס' דכוה"כ יוכיח, ותירצו דיסוד הצדה"ש הוא דאיכא טענה חשובה דעל ידה נראה

השני כמשקר, והוא על פי מה דס"ל להתוס' דצדה"ש הוא משבועת ע"א ולא מגלגול שבועה. אכן הר"ן ודעמי' כתבו דהצדה"ש הוא מגלגול שבועה, ויסוד הלימוד הוא דעל ידי דאיכא טענה אלימתא בחצי מהתביעה מגלגלין שבועה אהך חצי השני דאית עלה כפירה גמורה, ולדידהו אתי שפיר כוה"כ דהא התם לא שייך גלגול. והנה לשיטת הר"ן שפיר איכא למימר בנ"ד דשייך בעצם שבועת מודה במקצת, דכל אחד מטענותהים חציה טענה אלימתא היא, אכן לשיטת התוס' דיסוד השבועה הוא משום דנראה כמשקר, פשוט לכאורה דהכא ליכא למימר דעל ידי האנן סהדי נראה כמשקר, דהא כי היכי דאית לי' אנן סהדי יש לו לחבירו אנן סהדי ואין אחד נראה כמשקר יותר מחבירו, אשר משו"ה הוכרחו התוס' לפרש דע"כ מוכח השתא מכח טעמא דבסמוך.

וזהו גם הביאור במאי דלהתוס' לא סלקא דעתין דליהוי כמודה במקצת אלא משום האנן סהדי, דס"ל דהוי טפי מאנן סהדי וכו', ואילו מדברי הר"ן מבואר להדיא דס"ד דלולא הא דקדמה הודאה לתביעה שפיר הוה חשיב מודה במקצת אף בלא האנן סהדי, דלהתוס' לשיטתם דהוא משום דנראה כמשקר, פשיטא דאין זה אלא היכא דאיכא הוכחה נגדו המאלים את התביעה, כגון עד אחד או הודאה, אבל עצם מה שיטול השני חצי אין בזה בכדי לחייב שבועה דלא חשיב בכה"ג על ידי טענה וכפירה הוא בא. אך להר"ן לשיטתו דהלימוד נבנה על גלגול שבועה, אין עיקר המחייב אלא במין גלגול, אשר זה שפיר תלוי במאי דלמעשה זוכה האחר בחצי, ודוק.

נט) תוד"ה ותנא תונא אאדיך דר' חייא- דמאי דתפיס חשבינן ליה השתא טפי מהעדאת עדים- מבואר מדבריהם דאף למסקנת הש"ס אכתי קיימא האנן סהדי ואדרבה, חשיב טפי מהעדאת עדים. אמנם יעויין בתוס' הרא"ש שכתב דלמסקנת הש"ס תו ליתא להאנן סהדי וליכא ראיה על ידי חזקתו שהוא שלו. ופשוט לפ"ז מאי דנחלקו התוס' והרא"ש בריש מכילתין, דהתוס' כתבו דמאי דאמרינן דיחלוקו הוא זה משום דכיון דאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' ומאי דתפיס האי דידי' חשוב כאילו אנו יודעים שחצי של כל אחד מהן, ואילו הרא"ש כתב דלעולם אין המוחזקות מחייב דיחלוקו, אלא דכיון דכל אחד תפוס בחציו אין לנו להניח להאחד שיגזול חבירו ואי אפשר לומר כל דאלים גבר ומשו"ה אמרינן דיחלוקו, והיינו לשיטתו דס"ל דלעולם לא חשיב אנן סהדי ושפיר היה שייך בעצם לומר כל דאלים גבר אי לאו הטעם שכתב, וז"פ. וכן צ"ל גם לשיטת רש"י והריב"א הסוברים דליכא אנן סהדי המחייב חלוקה וכל דין יחלוקו הוא מצד הספק ואף בלא אוחזין אמרינן יחלוקו היכא דליכא ודאי רמאי.

ס) ורב ששת אמר הילך פטור מ"ט כיון דאמר לי' הילך הני זוזי דקא מודי בגוייהו כמאן דנקיט להו מצוה דמי וכו'- עי' לעיל אות נ"ו דמבואר מדברי הראשונים המתבססים על דברי בעה"מ דיסוד המח' דר' חייא ורב ששת הוא אי חשבינן לה כמאן דפסיק. וכעצם יסוד הדברים דיסוד פלוגתתם הוא אי הוי כמאן דנקיט להו מלוה כן מבואר לכאורה מדברי רש"י שכתב בד"ה חייב, וז"ל: ולא אמרינן הני דקמודי בגוייהו הואיל ואיתנהו בעינייהו כמאן דנקיט להו דמי אלא כשאר מודה במקצת הוא בחייב, עכ"ל. וביסוד הפטור דכמאן דנקיט להו לרב ששת, לכאורה היה אפשר לפרש דהיינו משום דכיון דכמאן דנקיט להו דמי שוב נסתלקה לה תביעתו שעל מה שניתן לו ולא נשאר אלא התביעה על השאר, אשר בזה כופר הכל הוא, ומשו"ה ליכא שבועה. וכן משמע מפשטות לשון הנתיה"מ סי' ע"ה בחידושים אות ט"ו, ע"ש שכתב, וז"ל: דמה שנתן לו ה"ל כאילו לא תבעו כלל וה"ז ככופר הכל, עכ"ל. וכן מפורש בדברי המאירי בסוגיין, ע"ש שכתב, וז"ל: שאותם חמשים הרי הן כמי שבאו ליד מלוה ואינם בכלל הטענה ונמצא דאין הטענה אלא בחמשים שכפר ונמצא שהוא כופר בכל הטענה, עכ"ל. אכן יעויין בתוס' הרא"ש שכתב, וז"ל: לספרים דגרסי מלוה אף על גב דלהוצאה ניתנה כיון שמונחין בעין כמאן דנקיט לי' קודם שהודה וכמי שלא הודה שום דבר דמי, עכ"ל. ומשמע להדיא מדבריו דיסוד החסרון דהילך אינו בתביעה אלא בהודאה, זאת אומרת, דלשבועת מודה במקצת בעינן הודאה, ולא חשיבא הודאה אלא הודאה המחייבת. וכן מבואר בדברי הקצוה"ח סי' פ"ז סק"ה, ע"ש שהוכיח כן מדברי רש"י בקידושין ס"ה דהא דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי ילפינן לה ממודה במקצת דכתיב אשר יאמר כי הוא זה, הרי שסמכה תורה על מקצת הודאתו, הרי מבואר מדבריו דנאמנות דהודאתו הוא חלק מפרשת שבועת מודה במקצת, והיכא דהוי כמאן דנקיט לי' מלוה, הרי לא בעינן לזה שום נאמנות, ומהאי טעמא הוא דפוטר רב ששת. וכן מדוייק לכאורה מדברי רש"י הנ"ל שכתב דלמ"ד הילך חייב הרי הוא כשאר מודה במקצת וחייב, ומשמע להדיא דעף למ"ד הילך פטור חשיב מודה במקצת רק שאניו כשאר מודה במקצת. עי' לקמן אות ס"א.

וע"ש בקצוה"ח שכתב דלעולם לא נחלקו ר' חייא ורב ששת אי הוי כמאן דנקיט לי' מלוה, אלא דנחלקו אי לשבועת מודה במקצת בעינן הודאה המחייבת, והוא דלא כמבואר מדברי הראשונים בנ"ל בסוגיין. ולדבריו יהא מוכח לכאורה דדברי רש"י הנ"ל בקידושין לא נאמרו אלא למ"ד הילך פטור, דהא למ"ד הילך חייב לא בעינן הודאה המחייבת, וזה דוחק לכאורה, אלא דהוצרך הקצוה"ח לפרש כן ליישב סוגי' דלקמן בע"ב לדברי הב"י, ע"ש.

ועי' חידושי רבנו חיים הלוי פרק ט"ז מהל' אישות דמשמע מדבריו שלמד דיסוד הפטור דהילך הוא דבכה"ג לא הוי הודאה אלא פרעון, דמודה במקצת פירושו דמודה שחייב ולא שפורע החוב. וע"ש שביאר דר' חייא דפליג וס"ל דחייב היינו משום דס"ל דאף בכה"ג שעושה אותו פרוע מ"מ הוי מודה במקצת. וביאור דבריו, דאף פורע במקצת הוא בכלל דינא דשבועת מודה במקצת. ולדבריו מדוייק היטב לישנא דר' חייא "הילך נמי כמודה במקצת הטענה דמי", **כ**מודה דווקא, וכמשנ"ת.

והנה הראשונים פירשו דהילך דסוגיין היינו בהלואה דאע"ג דלהוצאה ניתנה מ"מ כשבא לב"ד עם מעות מזומנים לתת למלוה חשיב שפיר כאילו נתן לו, ורש"י הנ"ל כתב "לא הוצאתים והרי הם שלך בכל מקום שהם". ובמאי דנאיד רש"י מפירוש שא"ר ולא הזכיר דינא דהילך היכא דאית לי' מעות מזומנים, נחלקו בזה המפרשים, דהריטב"א הנ"ל, וכן ההגהות אשר"י בסוגיין, כתבו דס"ל דלא הוי הילך אלא בכה"ג שלא הוציאם, אבל אם אך הוציאם אף שהם מזומנים בידו בב"ד לכו"ע חייב שבועה דלאו הילך הוא. כלומר, דלא הוי כמאן דנקיט לי' אלא היכא דבאמת דידי' הוא ולא כשבא לתת לו מעות אחרים. והר"ן הנ"ל הכריח דדברי רש"י לא נאמרו אלא בפקדון. ועי' בהגהות הב"ח הנ"ל על הרא"ש שכתב דרבותא היא בדברי רש"י דאפי' בכה"ג ס"ל לר' חייא דחייב, אבל למ"ד פטור ודאי דפטור אף במעות מזומנים. ועי' פנ"י בסוגיין שכתב לאידך גיסא, דהיכא דמעות מזומנים ס"ל לרש"י דלכו"ע פטור דודאי כמאן דנקיט להו דמי, ולא פליג ר' חייא אלא היכא דלא הוציאם והם שלו בכל מקום שהם, דכיון דעכ"פ הוי מחוסר גוביינא ס"ל לר' חייא דלא כמאן דנקיט להו דמי ואכתי חשיבא הודאה, ע"ש בדבריו.

ועי' מש"כ רש"י בע"ב בד"ה דומיא דכלים וקרקעות שכתב , וז"ל: שכלים שהודה עליהם מונחים לפנינו ואמר לי' הילך, עכ"ל. ודבריו לכאורה צ"ב, דהא לדידי' סגי במה שהם של המפקיד בכל מקום שהם, וכמו שכתב בסוגיין לגבי מלוה (ולהר"ן הרי מיירי בפקדון). וכבר העיר על עצם דבריו בחידושי הריטב"א החדשים, ע"ש שכתב שלא היה צריך לכתוב כן, ודברי רש"י צ"ב., עי' בית הלוי ח"ג סי' מ' אות ה' מש"כ בזה, ועי' גם אמרי בינה חו"מ הל' טוענן ונטען סי' כ"ז.

ואפשר דיש לומר בביאור דבריו, דאיכא נפ"מ בזה בין מלוה לבין פקדון, דבמלוה כיון דלהוצאה ניתנה, עיקר הנידון שבין המלוה לבין הלוה הוא אי המעות הם של הלוה או שהם כבר של המלוה, ובכדי שיחול הפטור דהילך על ידי שאין ההודאה מחייבתו, העיקר דבעינן הוא שיחשב כסף של המלוה, אשר בזה הוא דכתב רש"י דהיכא דלא הוציאם והרי הם של המלוה בכל מקום שהם אית בזה שפיר פטור דהילך, דכמאן דנקיט להו מלוה דמי, ואין ההודאה מחייבתו. אכן בפקדון הרי הוא תמיד של המפקיד, דפקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא, אלא עיקר הנידון הוא אי נתקיימה חיוב חזרתו, אשר בזה שפיר ס"ל לרש"י דלא סגי במה שהם שלו בכל מקום שהם, דהא אף מקודם היו שלו, וליחשב הילך ע"כ דבעינן שיהא אתו בב"ד ועומד להחזיר, דבזה שפיר מהני מאי דהוה כמאן דנקיט בכדי דנימא דאין הודאתו מחייבתו בכלום. וזה מתאים בפשטות עם דברי הב"ח דבין במלוה בין בפקדון נחלקו ר' חייא ורב ששת. וכן נראה דזהו דווקא אי נימא דלעולם אף היכא דזוזי מזומנים בב"ד נחלקו, וכמו שכתב הב"ח, ועדיין צ"ע בכל זה.[14]

סא) תוד"ה וש"מ דהילך פטור- וי"ל כיון דהילך פטור אם יאמר שתים הו"ל כופר הכל ואין אדם מעיז- לכאורה צ"ב, דלענין חזקה דאין אדם מעיז וסברא דאשתמוטי קא משתמט אכתי הו"ל ליחשב כמודה במקצת ולא ככופר הכל, דהאיך נימא דאיכא צד יותר לומר דאשטמוטי קא משתמט היכא דמודה ואינו מצב דהילך מהיכא דא"ל על אותו המקצת שהודה הילך. שו"ר שכבר עמד על כך בנחלת דוד בסוגיין, ע"ש מה שהאריך בזה. ולכאורה צ"ל לדברי התוס' דהא דמעיז או אינו מעיז יסודו דאינו מעיז לכפור התביעה לגמרי, ואם אך הילך פטור פירושו לדעת התוס' ע"ד המאירי דחשיב דליכא תביעה אלא על השאר אשר ממילא אמרינן בזה דאין אדם מעיז. ועכ"פ לדעת רש"י מוכרחים לכאורה לומר כמו שכתבו התוס' דכיון דהילך פטור הוי כופר הכל ואינו מעיז, דאל"כ מה בכך דהוי כופר הכל, הרי אין כופר בכל פטור משבועה אלא משום דאין אדם מעיז, ואי בהילך מעיז אמאי לא יתחייב בשבעוה, עי' שם בנח"ד מש"כ בזה. ועי' חידושי הגרע"א בסוגיין ד"ה ועי' בתוס' שהקשו וכו', דכעין זה הוא באמת קושיית התוס' בב"ק דף ק"ז, דכיון דס"ל לרשב"א דמשיב אבידה הוא הרי נאמן במיגו דשנים וע"כ דלאו מיגו דהעזה הוא ולא אמרינן דאין אדם מעיז. וי"ל בדעת רש"י כאשר כתבנו לעיל ביישוב הא דשייך פטור דהילך בפקדון אף דכופר הכל בפקדון חייב, דמחייב השבועה הוא הא דאין אדם תובע אא"כ יש לו, והיכא דחייב מקצת, תו ליכא חזקה דאינו תובע יותר אא"כ יש לו, וא"כ אף דאדם מעיז מ"מ ליכא מחייב דהשבועה, וז"פ.

והנה לכאורה יש להעיר, דנתבאר לעיל דמדוייק מדברי רש"י דלעולם שפיר חשיב מודה במקצת אף דהילך פטור אלא דאיכא פטור מסויים, ואי נימא דהיינו משום דאינו מתחייב בהודאתו כלום, צ"ב לכאורה אמאי דבעינן למימר דמאי דפטר כופר הכל הוא משום דאין אדם מעיז וכו', הרי כיון דאינו מתחייב בכלום ליכא מחייב דשבועה.ולהנ"ל שתי

[14] ומבואר לכאורה לא כזה מדברי רש"י בסוגיין בד"ה והא הכא שכתב, וז"ל: להך העלאת עליס אין סהלי למאי לתפיס האי הילך הוא שהרי בפנינו הוא, עכ"ל, הרי מבואר למה שהוא לפנינו משוהו להילך ואף לאו לווקא למיירי בפקדון, סוף דבר, דברי רש"י לכאורה צ"ב. ואי נימא דבמאי דחשיב כמאן דנקיט היכא דהוא בפנינו ודאי מהני למ"ד ילך פטור והחילוש הוא במה שאומר הרי הם שלך בכל מקום שהם לגבי מלוה אתי שפיר. אכן ל"ז נסתר מדברי רש"י לקמן ד"ה ע"א ד"ה היכי למי שכתב גבי פקדון קחנה בכל מקום שהוא.

שפיר היטב, דבכופר הכל איכא מחייב דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו, מה דליתא במודה במקצת, וע"כ דבעינן להודאה לחייבו, אשר בזה איכא פטור דהילך, דהודאה כזו שאינה מחייבתו בכלום אינה מחייבתו בשבועת מודה במקצת אף דמודה במקצת שפיר מיהא הוי.

ד' ע"ב

סב) והאי שטר דקמודה בי' הילך הוא וש"מ הילך פטור- כתב הרמב"ם בפ"ד מהל' טו"נ ה"ד, וז"ל: אין מודה במקצת חייב שבועה עד שיודה בדבר שאפשר לו לכפור בו כיצד מי שטען על חבירו ואמר מאה דינרין יש לי אצלך חמשים בשטר זה וחמשים בלא שטר אין לך בידי אלא חמשים שבשטר אין זה מודה במקצת הטענה שהרי השטר לא תועיל כפירתו בו וכו', עכ"ל. וצ"ב לדבריו מסוגיין דמבואר דפטורא דשטר משום הילך הוא, ולדידי' תיפו"ל דהוי דבר שאינו יכול לכפור. ועי' תוס' ר"פ וחידושי הריטב"א שכתבו דמאי דקמתרץ בגמ' שאני התם דמסייע לי' שטרא ר"ל דהוה דבר שאינו יכול לכפור, ודלא כפירוש רש"י. אמנם לכאורה אין זה מספיק ליישב דברי הרמב"ם, דהא עכ"פ מבואר מסוגיין דאילו הילך פטור שפיר יש לפטור בשטר משבועה מטעם הילך, ולא הוצרכו לומר דהוי דבר שאינו יכול לכפור בו אלא אי הילך חייב, וא"כ למאי דק"ל דהילך פטור היה לו להרמב"ם לומר דפטור בשטר גם מהאי טעמא דהילך. ועי' עוד בדברי ר"פ והריטב"א הנ"ל שכתבו דטעמא דפטור דבר שאינו יכול לכפור בו הוא משום "דאין עיקר תביעתו אלא על השלישי ואין כאן מודה במקצת". ולדידהו נמצא דפטורא דאינו יכול לכפור הוא משום דהוי כופר הכל, דאינו תובעו אלא על השאר ובזה הרי כפר כולו. ומדברי הרמב"ם מבואר דלא כדבריהם, דהא דינא דאינו יכול לכפור לא הביא בהלכות כופר הכל בפ"א מהל' טו"נ כדהביא פטור דהילך, אלא בפ"ד בהל' מודה במקצת, ומבואר מדבריו דחלוקין הן פטור דהילך ופטור דאינו יכול לכפור בו ביסודן, דפטור דהילך הוא פטור מצד התביעה, ע"ד שנתבאר לעיל מדברי המאירי דמה דהוי הילך מסלק את התביעה, ואילו פטור דאינו יכול לכפור הוא מצד ההודאה, דהודאה בדבר שאינו יכול לכפור לא חשיבא הודאה לחייב שבועה, וכן מבואר להדיא מדברי המאירי דב' דינים נפרדים הם.

ובב"י חו"מ סי' פ"ז כתב דפטור דהילך ופטור דאינו יכול לכפור ב' ענינים הם, וכדהוכחנו מדברי הרמב"ם, וזהו דלא כדברי הרשב"א והנ"י שכתבו דמאי דפטור בדברי שאינו יכול לכפור הוא משום פטור דהילך. וע"ש בקצוה"ח סק"ה השהקשה הקצוה"ח הקושי' הנ"ל מסוגיין על דברי הב"י. וכתב בקצוה"ח ליישב דברי הב"י, דיסוד המח' אי הילך פטור או חייב הוא דמאן דס"ל פטור ס"ל דלא חשיבא הודאה אא"כ הוי הודאה המחייבת, ובהילך כיון דעל ידי הודאתו הויין המעות של התובע נמצא דלא חייבתו הודאתו בכלום, ומאן דס"ל חייב ס"ל דלא בעינן הודאה המחייבת, ואי נימא דלא בעינן הודאה המחייבת, אף דברי שאינו יכול לכפור היה צריך להיות חייב, אשר זהו יסוד קושיית הש"ס. ודבריו נבנים על פירושו בפטור דהילך דהוא חסרון בהודאה, כאשר הבאנו לעיל. אכן בדברי הרמב"ם מבואר לכאורה ביסוד דינא דהילך דלא כדבריו, אלא דהוא מדיני כופר הכל. וכן לכאורה ליכא למימר בדברי הרמב"ם דהמח' אי הילך פטור הוא חייב הוא אי כמאן דנקיט להו מלוה דמי או לא, כדמשמע לכאורה מדברי רש"י בסוגיין, וע"ד שהבאנו לעיל מבעה"מ, דהא כתב הרמב"ם דציור דהילך דמייירי שנתן המעות, ואפי' הכי ס"ל למ"ד הילך חייב דחייב.

ולשיטת הרמב"ם צ"ל דמאן דס"ל הילך חייב טעמו משום דס"ל דאמת הוי פרוע, אבל עצם מאי דעשה

מקצת פרוע יש לו דין מודה במקצת, וכדהבאנו לעיל מדקדוק לשונו של הגר״ח בפט״ז מהל׳ אישות, ומדוייק בזה לישנא ד״הילך נמי כמודה במקצת דמי״, כאשר נתבאר לעיל. ועפ״ז יש לבאר סוגיין אליבא דהרמב״ם, דלעולם שטר לא חשיב הילך, וטעם הפטור אינו אלא משום דאינו יכול לכפור, אלא דאי היה הילך חייב, כלומר, דמה שעושהו פרוע במקצת הא גופא כמודה במקצת דמי, היה צריך להיות המחייב דהילך על ידי הודאתו אפי׳ בדבר שאינו יכול לכפור בו, דאף דבדבר שאינו יכול לכפור איכא חסרון בהודאה, מ״מ הא גופא שמודה בו ולא יצטרך התובע לישבע שפיר אית בי׳ מחייב דהילך כמו היכא דעושהו פרוע, אשר מזה הוא דהוכיחו דהילך פטור, כלומר, דליכא מחייב כזה ואין שבועת מודה במקצת אלא על ידי הודאה מעלייתא. וכיון שאינו יכול לכפור , לאו הודאה מעלייתא היא ופטור, באופן דנמצא דכל טעם הפטור למעשה הוא משום דבר שאינו יכול לכפור בו, ומבוארים דברי הרמב״ם. וגריס הרמב״ם בסוגיין האי שטרא כיון דקא מודה בה וכו׳, כגירסת הר״ח, ולא כגירסת רש״י, דעל ידי הודאתו אמרנין דהודאה משום שאינו מעיז ושוב איכא חיוב שבועה, וכמו שיתבאר להלן. (ואף לדברי הגר״ח הנ״ל יוצא כן, אלא דהוא כתב דשייך בשטר דין הילך, ואילו לדברינו לית בזה דין הילך אלא טעמא דפטור משום דאינו יכול לכפור, וכדקדוק לשון הרמב״ם.

ועצם יסוד זה דדבר שאינו יכול לכפור, ביאר מו״ר זצ״ל ע״פ דברי הר״י מגאש בשבועות דף מ׳ ע״ב, ע״ש שכתב דבטענו חטים והודה לו ואח״כ תבעו שעורין וכפר אין זה מודה במקצת מב׳ טעמים, הא׳ דב׳ טענות נפרדות הם ואין טענה אחת מתחברת עם חברתה. והב׳, דהא טעמא דמודה במקצת הטענה משום דאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, וזה לא שייך אלא היכא דתבע לו חטין ושעורין והודה לו באחד מהם דהו״ל בשעת הודאה מודה במקצת, אבל היכא דקודם טענו חטין והודה לו ליכא למימר דמה שמודה הוא משום דאין אדם מעיז פניו, דהא אכתי לא תבע לי׳ מידי דכפר. והנה טעמו הב׳ לכאורה צ״ב, דהא דאין אדם מעיז פניו וכו׳ לכאורה לא בעינן לה אלא בכדי שלא יהא משיב אבידה כדברי רש״י, או שלא יהא לו מיגו כדברי התוס׳, ודררא דהשבועה הוא מה דנמצאת על ידי הודאתו טענת התובע צודקת במקצת, וא״כ מה איכפת לן במה דאכתי לא תבע לי׳ מידי, הרי מ״מ טענתו צודקת במקצת. והמבואר מדברי הר״י מגאש, דדררא דהשבועה אינו מה דטענת התובע צודקת במקצת, אלא דכיון דאמרינן דמה שמודה הוא משום שאין אדם מעיז, מוכח דצדקה כל טענת התובע, דאילו לא היה חייב לו גם חלק הכפירה, ודאי דהיה מעיז לכפור הכל. אשר לפ״ז שפיר כתב הר״י מגאש דכיון דבזמן שהודה על החטין אכתי לא תבע לי׳ השעורין, ליכא הוכחה מהודאתו דצדקה תביעת השעורין וליכא מחייב דשבועה. וכן מבואר להדיא כמשנ״ת מדברי הרמב״ן בשבועות דף מ״ב, ע״ש בד״ה ה״ג שכתב בא״ד, וז״ל: אבל בא בטענת אביו וכו׳ נשבעין מפני שאינו יכול להעיז פניו בפני בן בעל חובו מאחר שטוענו ברי והיינו טענת עצמו לפי שטענת קטן אינה כלום אלא **מפני שהוא אינו יכול להעיז פניו בפני בעל חובו הוא חייב** לא מחמת טענתו של קטן וכו׳, עכ״ל. הרי מפורש בדבריו כמשנ״ת דהא דאינו מעיז הוא שמחייב השבועה. והגרא״ז שם הגיה דברי הרמב״ן, אמנם למשנ״ת אתיין דבריו כפשוטן, דלעולם מחייב שבועת מודה במקצת הוא הא דאין אדם מעיז, וכמשנ״ת.

ולדברי הר״י מגאש פירוש דברי רבה, מפני מה אמרה תורה וכו׳, הוא כנ״ל, דהשאלה היתה מה היא דרדא דהשבועה, והתי׳ הוא דהוא משום דאין אדם מעיז, וכמשנ״ת. והמשך דברי רבה ובכולי בעי דלודי, אף הוא מענין זה, דעכ״פ על חלק הכפירה איכא נמי אין אדם מעיז, וא״כ הרי ליכא לאוכוחי ממה שמודה דצדקה טענת התובע לגמרי, דהא סו״ס אף כשמודה במקצת הוי העזה, וע״ז תי׳ דאשתמוטי קא משתמט, ולעולם אין בכפירת מקצת משום העזה. ורש״י ותוס׳ שלא פירשו כן, היינו משום דס״ל דדרדא דהשבועה הוא מה שצדקה טענת התובע במקצת, אשר ממילא לא שייך לפרש כן. ע״כ תו״ד מו״ר זצ״ל.

אכן יעויין בסוף דברי הר״ח בסוגיין שכתב, וז״ל: ש״מ דדברי הכל בשתים פטור כי פליגי בשמודה בג׳ וכו׳ דכי אמרה תורה כי הוא זה דשמעינן מיני׳ מודה במקצת חייב הא פריש רבה טעמא דקרא דאמר מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו והאי בכולי׳ בעי דליכפרי׳ וכו׳ והאי כיון דאית עלי׳ שטרא לא יכול לכפור בכל לית עלי׳ הדין דינא הלכך פטור הוא, עכ״ל. ומבואר להדיא מדבריו דפירש הא דמפני מה אמרה תורה על דרך הר״י מגאש והרמב״ן, ומשו״ה כתב דפטור היכא דאינו יכול לכפור. אך צ״ב, דהרי מבואר מדברי הר״ח דלא כהרמב״ם בעיקר סברת מ״ד הילך חייב, דהא להרמב״ם נתבאר ע״פ דברי הגר״ח דסברת מאן דאמר הילך חייב הוא דהילך גופי׳ חשיב כמודה במקצת, ואילו בדברי הר״ח לעיל בע״א מבואר להדיא דטעמא דמאן דאמר הילך חייב הוא משום עדיין לא נתן, והוא להדיא דלא כהרמב״ם שכתב דמיירי שנתן, וכנ״ל, וא״כ ליכא לפרש כלל בדבריו כמו שנתבאר בדברי הרמב״ם, וצ״ב.

אמנם נראה דלהר״ח לשיטתו לא יקשה, דהא לכאורה לבד ממה שיש לחייבו במודה בב׳ שבועה מדין מודה במקצת, לר׳ חייא לשיטתו יש לחייבו נמי משום העדאת עדים, דהוי כאילו עדים מעידים שחייב לפחות ב׳, ועי׳ ר״ח בלישנא ב׳ שכתב להדיא דעיקר הקושי׳ מחמת דינא דהעדאת עדים הוא. אשר לפ״ז אתיין דבריו שפיר, דהרי מאי דאינו יכול לכפור פטור לדברי הר״ח הר״י מגאש והרמב״ם הוא משום דכל המחייב דשבועת מודה במקצת הוא מאי דאין אדם מעיז, מה דלא שייך היכא דמודה בדבר שאינו יכול לכפור בו, וכמשנ״ת, ופטור זה לכאורה לא שייך אלא בחיוב שבועה דמודה במקצת, אבל בחיוב שבועה דמצד העדאת עדים הרי אין המחייב אין אדם מעיז, דהא בהעדאת עדים בעלמא כופר בכל הוא, אשר ממילא לא שייך בזה פטור דאינו יכול לכפור, ושפיר היה צריך להיות חייב שבועה, אשר זהו שהקשו דאי הילך חייב הרי שייך דבר זה אף בקרקע המודה בקרקע לא גריעא מהילך, ואמאי פטור באומר ב׳, אע״כ דהילך פטור, ופשוט הוא, ודוק.

עכ״פ , העולה מדברינו, דבהני ראשונים דס״ל דאינו חייב שבועה היכא דמודה בדבר שאינו יכול לכפור איכא ב׳ פירושים בדבר, דעת ר״פ והריטב״א דאין מה שאינו יכול לכפור בו בכלל התביעה והוי ככופר הכל, ודעת הרמב״ם הר״י מגאש והר״ח דמחייב שבועת מב״מ הוא מה שאינו מעיז המגלה דצדקה כל טענת התובע, מה דלא שייך היכא דהודה בדבר שאינו יכול לכפור בו. ונראה דאיכא עוד דיעה שלישית בזה, דיעויין מאירי ב״ק דף ק״ז שפירש הא דאמר רבה מפני מה אמרה תורה וכו׳ כשא״ר ששאל רבה אמאי לא הוי משיב אבידה, ודלא כמו שנתבאר בדברי הר״י מגאש ודעמי׳, אשר ממילא ליכא לפרש בדבריו כמו שנתבאר בדברי הרמב״ם. וכן אין לומר בדבריו כדפירשו ר״פ והריטב״א, דהא לדידהו הוי מה שאינו יכול לכפור פטור מצד התביעה, ואילו מדברי המאירי מבואר דהוי חסרון בהודאה, שכתב להדיא ״דאין זה קרוי הודאה״. ונראה בביאור הדבר, דעי׳ דבריו שם בב״ק שכתב בביאור מאי דאמרו ובכולי בעי׳ דלודי וכו׳, ״שמא תאמר נאמינהו במקצת שכפר אחר שאינו מעיז ונאמר שאין אדם מעיז במקצתו ככולו, והשיב שאדם מוצא עצמו לכפור במקצת דרך השמטה ובכלם הוא רוצה אלא שמתירא ואין בידו ומתוך כך הטילה תורה שבועה עליו״. (וביאור זה מוזכר בראשונים בסוגיין, עי׳ חידושי הרשב״א) ואפשר די״ל דלא מחייבינן שבועה אלא היכא דמוכח דאשתמוטי קא משתמט על ידי מה שבאמת הודה במקצתו, אשר ממילא, היכא דהודה בדבר שאינו יכול

לכפור בו, ולא היתה לו ברירה אלא להודות, ליכא הוכחה דאשתמוטי קא משתמט וממילא ליכא שבועה, דאין זו הודאה המחייבת שבועה. ופשוט דפטור זה דאינו יכול לכפור לא שייך אלא בשבועת מודה במקצת ולא בהעדאת עדים.
והנה בדברי המאירי בסוגיין מבואר דלמעשה פטור בסלעים דינרין משום דהוי דבר שאינו יכול לכפור בו, ולדידי' עכצ"ל בביאור סוגיין כמו שביארנו בדברי הרמב"ם וע"ד הגר"ח, דאילו כדברי הר"ח אכתי היה שייך לחייב מצד העדאת עדים והוה בעינן לזה לדינא דהילך פטור. ויש לעיין אמאי באמת ליכא הכא חיוב דהעדאת עדים. ואמר בזה מו"ר זצ"ל (ואמר דכמדומה דכתב כעי"ז בביה"ל) דלא מיחייב בהעדאת עדים אלא היכא דהעדאת העדים שובר הכופר הכל ומשוהו לשקר, אבל בסלעים דינרים דהא מודה בב' (אף שאינו יכול לכפור), אין העדאת עדים מחייב בזה, והילכך אין לחייבו אלא משום מודה מקצת, ומשום מודה במקצת אין לחייבו כיון דאינו יכול לכפור בו, ודוק. והר"ח ע"כ דס"ל דמחייב דהעדאת עדים הוא מאי דתביעת התובע צודקת במקצת, וזה שפיר איתא אף בסלעים דינרין.
והנה יעויין בירושלמי פ"ב דכתובות, הובאו הדברים במאירי שם, שהקשו בהא דהוא אומר אלמנה נשאתיך והיא אומרת בתולה נשאתני אמאי ליכא שבועת מב"מ דאורייתא (והרמב"ם פסק דלא כדברי הירושלמי, דפסק בפ"ז מהל' אישות דחייב שבועה דאורייתא, והקשו עליו דהא דבר שאינו יכול לכפור הוא וכן דהוי שעבוד קרקעות, ועוד נבאר דבר זה בעזהשי"ת), ותירצו דכיון דידוע לכל שיש לה לפחות מנה לית בזה חיוב שבועה דאין זה בכלל התביעה. ובשט"מ שם פ"ב דכתובות כתב בשם שיטה ישנה דר"ל דהוי דבר שאינו יכול לכפור, והוא ע"ד ר"פ והריטב"א הנ"ל. אכן לדברי המאירי מוכח דאין כן פירוש דברי הירושלמי, דהא ס"ל דהחסרון דדבר שאינו יכול לכפור אינו בתביעה אלא בהודאה, וכמשנ"ת, וע"כ דסברא אחרת היא דדבר שידוע לכל אינו בכלל התביעה, ואינו קשור לאינו יכול לכפור, דמאי דאינו יכול לכפור אי אינו ידוע לכל שפיר הוי בכלל התביעה.
ומאי דלא חשיב הך דכתובה דבר שאינו יכול לכפור, יש לומר לדעת הרמב"ם דפטור דאינו יכול לכפור הרי היינו דאין הודאתו מוכיח דצדקה כל טענת התובע, ובאינו יכול לכפור אין הודאתו מוכיחה כלום, וכמשנ"ת, אשר ממילא בכתובה דאילו לא היה מודה דעכ"פ אלמנה נשאה היתה צריכה להביא עדים שהיא אשתו, והשתא אינה צריכה, שפיר הוסיפה הודאתו ושפיר מוכח מינה דצדקה טענת התובע , כן אמר בזה מו"ר זצ"ל. ולדעת המאירי דלא פטרינן התם אלא מטעם הירושלמי ולא מדין אינו יכול לכפור, י"ל דהיינו טעמא דלית בזה פטור דאינו יכול לכפור משום דכיון דמוסיפה הודאתו מה שלא תצטרך להביא עדים שהיא אשתו, שוב שפיר מוכיחה הודאתו דאשתמוטי קא משתמט ולא אמרינן דאף בהמקצת אין אדם מעיז, דהא מאי פטור באינו יכול לכפור מהאי טעמא הוא דאין הודאתו מוכיחה דאשתמוטי קא משתמט. והמ"מ שהקשה על דברי הרמב"ם דהא הוי דבר שאינו יכול לכפור, ע"כ דס"ל דיסוד הפטור דאינו יכול לכפור הוא דאינו בכלל התביעה, כדברי הריטב"א ור"פ, אשר ממילא אף בכתובה הדבר כן.

סג) תוד"ה אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות-

וא"ת למ"ד בפרק גט פשוט שעבודא דאורייתא מודה מקצת הטענה למה נשבע הא כופר שעבוד קרקעות וי"ל שמחל לו השעבוד או שאין לו כלל קרקעות אפי' משעבדי וכו'- ובלא שמחל לו השעבוד, אף דיכול לגבות גם ממטלטלין מ"מ חשיב שעבוד קרקעות אפי' במלוה על פה אי שעבודא דאורייתא משום דגוף החוב שפיר אית בה נמי שעבוד קרקעות, והוי להתוס' דין בחפצא דהחוב.
אכן יעויין חידושי הרמב"ן שבועות ל"ז ע"ב שהביא קושיא זו, ומתחילה כתב עלה, וז"ל: והא בורכא דכל מודה מקצת שאין לו עדים כאן חייב דאפי' תבעו נמי מנה לי בידך בשטר ואבד ממני השטר והלה אומר אין לך אלא חמשים בשטר מתחייב הוא בשבועה דאורייתא דכיון דאין השטר כאן ואינו יכול לגבות בו מן המשועבדין לאו שעבוד קרקעות מיקרי וכדכתב הרב ר' יוסף הלוי ז"ל בפירושיו בפרק יש נוחלין וכש"כ בעדים שאינן כאן שאין תביעה זו שעבוד קרקעות דהא לא גבי ממשעבדי כלל, עכ"ל. והנה אף דאין השטר כאן או אין העדים כאן, מ"מ הרי גוף החוב שפיר אית בי' שעבוד נכסים ואמאי לא יחשב שעבוד קרקעות, אלא מבואר מדברי הרמב"ן דהא דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות או הודאת שעבוד קרקעות אינו תלוי בגוף החפצא דהחוב, אלא יסודו דאין נשבעין על תביעת שעבוד קרקעות, דבעצם הרי כמו שיכול לגבות מקרקע הא איכא נמי שעבוד מטלטלין, ולא מיחשב תביעת שעבוד קרקעות אלא שבא לגבות קרקע, אשר על כן היכא דליכא שטר או עדים ואינו יכול לגבות קרקע הויא תביעתו תביעת מטלטלין ולא תביעת שעבוד קרקעות. ועי' בראי"ש פ"ה דשבועות סי' ג' שהקשה על דברי הרמב"ן אלו, וז"ל: ואין דבריו נראין לי דכיון דשעבודא דאורייתא אפי' מלוה על פה נמי נשתעבדו נכסיו והא דלא גבי מיתמי ומלקוחות משום דאין המלוה ידוע כיון שאין עדים בדבר וכו' ואם היה הלוקח מודה בהלואה היה גובה ממנו הלכך אין שעבוד קרקעות תלוי לא בעדים ולא בשטר למאן דאית לי' שעבודא דאורייתא אלא על כל הלואה נשתעבדו נכסי הלוה, עכ"ל. ויסוד דבריו הוא ע"ד דס"ל להתוס', דהנידון הוא על עצם החפצא דהחוב אשר שפיר אית בה שעבוד נכסים, ולא על עיקר תביעת המלוה. ועי' דברי הרמב"ן בהמשך דבריו שמפקפק בתירוץ זה דשמא יבואו עדים או ימצא השטר ונמצא דשפיר הוי שעבוד קרקעות, ובסוף דבריו כתב "דבעדים לא משכחת לה דגבי מן הלקוחות אלא כגון דאמרי אנן סהדי דלא פרע וכו' אע"פ שחייב מודה לא גבי דהא טענינן להו ללקוחות הילכך מצו לומר פרע וכי גבי מיני' גבי ומיני' ואפי' מגלימא דעל כתפי' הילכך שעבוד מטלטלין הוא דרמי על כל מאי דאית לי' לדידי' שעבודא דאורייתא וכו' ".
ואף לדבריו אלו הוי כנ"ל דמאי דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות יסודו תלוי באי למעשה מצי גבי מלקוחות ולא בדין עצם החוב, וכמשנ"ת. ובתוס' ב"ב דף קע"ה ע"א ד"ה המלוה את חבירו בשטר כתבו ליישב קושייתם דהכא, וז"ל: ואומר רבי כגון שמחל שעבודו א"נ בדליכא עדים דהא דשעבודא דאורייתא היינו על פי עדים אבל על פי עצמו לא וכו', עכ"ל, ותירוצם השני הוא לכאורה כריש דברי הרמב"ן.
והנה מדברי רש"י ועו"ר בסוגיין מבואר דבסלעים דינרים לא חשיב שעבוד קרקעות אלא ב' דמצד השטר אפשר לגבות ממשועבדים, אבל לא בג' הנשארים, והוא גם לפירושם של התוס' גם לפירושו של הרמב"ן, דהא להתוס' דאין דין חוב זה דהג' לגבות ממשעבדי, וכן להרמב"ן ודאי דלא חשיב שעבוד קרקעות כיון דאינו יכול לגבות ממשועבדים. אכן יעויין דברי הר"י מגאש בב"ב דף קכ"ח שכתב, וז"ל: וא"ת כיון דטענת המלוה מחמת שטרא הוא הו"ל כפירת לוה כפירת שטר אמאי משתבע הא קי"ל דאין נשבעים על כפירת שעבוד קרקעות תשובתך כי אמרי' אין נשבעין על כפירת שע"ק ה"מ לגבי שטר שכתוב בו סלעים דינרין דכיון דאיכא למימר תרי ואיכא למימר תלתא או ד' או ה' אשתכח דהאי ה' דקטעין מלוה איתא במשמע שטרא וכיון שכן הא דכפר בי' לוה מהני ה' דקטעין מלוה הו"ל כפירת שעבוד קרקעות הואיל והאי שטרא אפשר למהוי ה' כדקאמר מלוה או תלת כדקאמר לוה אבל הכי מכי אסהידו דשטרא פריעא הוא איבטיל לי' שטרא לגמרי והו"ל תביעת מלוה כתביעת ממון ע"פ וכפירת לוה כפירת ממון ע"פ שאינו שעבוד קרקעות ונקטינן מינה וכו' דהיכא דליכא שטרא וקטעין מלוה דשטר ה"ל ואירכס וכו' לא אמרי' כפירת שע"ק הוא אלא כפירת תביעה על פה הוא ונשבע עליה וכו', עכ"ל. ומבואר מדבריו דבשטר שכתוב בו סלעים

דינרין הוי אף תביעת כל הה׳ שעבוד קרקעות, והוא תמוה לכאורה, דהא אין דין שטר זה לגבות על ידו משועבדים יותר מב׳ סלעים, וכנ״ל. והמוכרח ומבואר בדברי הר״י מגאש, דס״ל דבעצם כיון דיכול לגבות מטלטלין לא הוה חשיב שעבוד קרקעות, ולא חשיב שעבוד קרקעות אלא גוף השטר, כלומר, דשטר כיון שנכתב בכדי לגבות משעובדים נחשב השטר עצמו כקרקע, והיכא דהוי ויכוח על הסכום הכתוב בשטר, חשיב כתביעת קרקע, דאם אך הוי השטר שלפנינו שטר מעליא, חשיבי כל התביעות שעל ידי השטר כתביעות קרקע (עי׳ קונטרס הביאורים סי׳ ו׳ מש״כ בזה). והוא גם מש״כ הר״י מגאש בתשובותיו המבואות בשט״מ בסוגיין דלא חשיב שעבוד קרקעות אלא כשהנידון הוא על השטר שלפנינו. ונמצא דאף דגם הר״י מגאש כתב כהרמב״ן דאין הנידון אלא כשהשטר לפנינו,כאשר הביא הרמב״ן משמו, מ״מ כונתו בזה אחרת, וכמשנ״ת ע״פ דבריו בב״ב. אכן עיקר דבריו צ״ב, דהא מבואר להדיא בסוגיין דבאומר ג׳ חייב הוא שבועה לרשב״א, ואף מאן דפליג לא פליג אלא משום דהוי משיב אבידה, ולדברי הר״י מגאש הרי שעבוד קרקעות הוא כיון שדנים על הסכום בשטר מעליא שלפנינו. ועי׳ פ׳ הר״ח בסוגיין שכתב אף הוא דכל ה׳ הסלעים חשיבי שעבוד קרקעות, אלא דלא כתב כן אלא אליבא דר׳ חייא. וביאור דבריו, דהא פי׳ דאין הקושי׳ אלא מצד דינא דר׳ חייא קמייתא דהעדאת עדים, ולדידי׳ הוא דאיצטריך למימר דהוי שעבוד קרקעות, אבל על עצם דברי רשב״א ור״ע לא קשיא.

והנה כתב רש״י בד״ה א״נ, וז״ל: להכי לא הוו שתים הודאה לחייבו שבועה לפי שהשטר אומר כן ושטר הוי שעבוד קרקעות וכו׳, עכ״ל. וצ״ב לכאורה מהו זה שהדגיש שהשטר אומר כן והוי השטר שעבוד קרקעות, דלכאורה היה לו לומר דכיון דאיכא שטר איכא שעבוד קרקעות וממילא אין נשבעין, ולא דהשטר עצמו הוי שעבוד קרקעות. ומשמע לכאורה מדבריו ע״ד הר״ח והר״י מגאש דעצם השטר חשיב חפצא דשעבוד קרקעות, אלא דס״ל דאין השטר חשוב שעבוד קרקעות אלא עד כמה דמוכח בהשטר, ולכך בסלעים דינרין אינו שעבוד קרקעות אלא על ב׳ סלעים. והנה מדברי רש״י לעיל ד״ה אי הוה לי׳ וכן מפשטות דבריו בד״ה ותנא תונא כו׳ משמע שפירש דהציור דהעדאת עדים הוא באומר מנה אתה חייב לי ומעידים העדים שפרע מחצה, ויקשה לכאורה דהא הוה שעבוד קרקעות, וכה״ק הרשב״א לעיל ופירש הא דהעדאת עדים באופן אחר. ולהמדוייק מדברי רש״י הכא אתי שפיר, דלעולם לא חשיב שעבוד קרקעות אלא חפצא דשטר.

והנה כתב הרמב״ם בפט״ז מהל׳ אישות הכ״ה, וז״ל: היא אומרת בתולה נשאתי ועיקר כתובתו מאתים והוא או יורשיו אומרים בעולה נשאה ואין לה אלא מאה וכו׳ הרי זו נוטלת מנה ואם היה הבעל קיים יש לה להשביעו שבועת התורה שהרי הודה במקצת הטענה, עכ״ל. וע״ש בהשגת הראב״ד שהקשה דהא הוי כפירת שעבוד קרקעות, דהא כתובה גובה נמי ממשעבודים (אף בלא כתובה, דהא מיירי במקום שאין כותבין כתובה). ובפכ״ב עדות ה״ב כתב הרמב״ם דמי שהוציא ב׳ שטרות ועדי השטרות היו ב׳ כתי עדות המכחישות זו את זו בעדות אחרת, צריך לשלם שטר אחד ועל השטר השני צריך לישבע משום העדאת עדים, והקשה עליו הראב״ד שם ג׳ קושיות, הא׳, דהא הוי שעבוד קרקעות, והג׳, דהא הוי דבר שאינו יכול לכפור. והנה מה שאינו יכול לכפור לא קשיא לכאורה על דברי הרמב״ם ע״פ משנ״ת לעיל דיסוד הפטור בזה הוא דלא חשיבא הודאתו, דאינה מוכחת דצדקה טענת התובע לגמרי, וזה לא שייך אלא במודה במקצת אבל לא בהעדאת עדים., אכן עדיין יקשה קושיית הראב״ד הא׳, דהא הוי שעבוד קרקעות. והנה אי ביסוד מאי דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות כדברי הר״י מגאש הנ״ל, יתבארו פסקי הרמב״ם כפשוטן, דבהא דהל׳ אישות הרי ליכא שטר ומשו״ה אין לזה דין כפירת שעבוד קרקעות. וכן בהך דהלכות עדות הרי בב׳ כתי עדים המכחישים זא״ז בעדות אחרת, לעולם אין כל שטר אלא ספק, ומאי דאמרינן דחייב משום אחד מהם אין זה אלא בתורת ממנ״פ, אבל חפצא דשטר מסויים ליכא, אשר ממילא שפיר יתכן דאין לזה דין שעבוד קרקעות. וביתר ביאור, ליתא לדין אין נשבעין על שעבוד קרקעות אלא היכא דיסוד הנידון הוא על השטר, כמו בסלעים דינרים דהנידון הוא מה הסכום ב׳שטר, בזה שפיר אמרינן דמאחר דיסוד הנידון הוא על השטר והשטר חשוב כחפצא דשעבוד נכסים כיון שעבור זה נכתב, אית בזה לדינא דאין נשבעין כו׳, אכן בהך דהל׳ עדות הרי יסוד הנידון הוא דהתובע תובע חוב דג׳ מאה ואילו הנתבע מכחיש הכל ויסוד הנידון הוא על החוב ולא על חפצא דהשטר, אשר ממילא אין בזה לדינא דאין נשבעין על שעבוד קרקעות. והראב״ד שהקשה בב׳ המקומות היינו משום דס״ל ע״ד הרמב״ן, והרי שפיר איכא תביעת משועבדים. אכן גוף דברי הר״י מגאש צ״ב, וכנ״ל.

ובחידושי רבנו חיים הלוי כתב לבאר דברי הרמב״ם, דלעולם לא חשיב כפירת שעבוד קרקעות כיון דאיכא נמי שעבוד מטלטלין, חוץ מלענין קרבן שבועה, ע״ש, ומאי דבסוגיין אמרו דהוי כפירת שעבוד קרקעות, היינו על הצד דהילך חייב, דיסוד דינא דהילך חייב הוא דהא גופא שמשוהו למקצת החוב פרוע חשוב מודה במקצת, אשר זהו יסוד הקושי׳ בסוגיין מהא דסלעים דינרין, ומאי דשטר הוי הילך אינו אלא משום שעבוד הקרקעות, וא״כ ודאי דיהיה בזה דין כפירת שעבוד קרקעות. ולא חשיב הילך מצד שעבוד הקרקעות אלא בשטר, דאית בה הקנאת שעבוד, אבל כל מעשה ב״ד אף דגובה גם ממשועבדים מ״מ לא חשיב הילך, אשר ממילא אתי שפיר הא דבפט״ז אישות לא חשיב שעבוד קרקעות. (ופי׳ הגר״ח דמה שכתב הרמב״ם בפ״ד טו״נ דינא דאינו יכול לכפור, והזכיר שם שעבוד, זהו גופא דינא דהילך, ולעיל נתבאר דלכאורה לא משמע כן בדברי הרמב״ם.) ובב׳ שטרות ליכא פטור דהילך משום דאין החסרון דהילך אלא בהודאה והתם הרי מחייבים מצד דין העדאת עדים. ע״ש מה שכתב לבאר ע״פ דבריו סוגי׳ דכתובות דמבואר דכתובה שפיר חשיבא שעבוד קרקעות.

והנה כתב המ״מ ביישוב קושיית הראב״ד דהוי שעבוד קרקעות, דסוגי׳ דכתובות דמבואר דאמרינן בזה דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות היינו למאי דהוה אמרינן דאין גובין כתובה אלא מקרקע ולא ממטלטלין, אבל להלכה דגובין אף מן המטלטלין שוב לא חשיב שעבוד קרקעות. וסברתו, דעד כמה דיכול לגבות נמי ממטלטלין לא חשיב שבועה על שעבוד קרקעות, משא״כ אילו לא היתה יכולה לגבות אלא מן הקרקע, בזה שפיר חשיב שעבוד קרקעות. והקשה בלח״מ דהא בסוגיין מבואר דאף דאפשר לגבות מן המטלטלין אכתי חשיב שעבוד קרקעות לענין שבועה. ולפמשנ״ת ע״פ דברי הר״י מגאש אתי שפיר היטב, דהא דבסוגיין חשיב שעבוד קרקעות היינו משום דהנידון הוא על השטר עצמו אשר הוא חפצא דשעבוד קרקעות, משא״כ בכתובה דליכא שטר, התם לא שייך לדון שיהא חשוב שעבוד קרקעות אלא עד כמה שנימא דאין כתובה נגבית מן המטלטלין, וכדברי המ״מ, ודוק.

סד) תוד״ה אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות- היינו משום כיון שהפקיעו חכמים השעבוד במלוה ע״פ משום פסידא דלקוחות חשיב כאילו מחל לו השעבוד- צ״ב אמאי דלא סגי בעצם מה שהפקיעו השעבוד, ואפשר די״ל דאילו מצד מה שהפקיעו השעבוד, לא הפקיעו אלא שאינו יכול לגבות, אבל החוב אכתי שפיר פועל בעצם שעבוד קרקעות, וא״כ לשיטת התוס׳ אכתי הוה חשיב שעבוד קרקעות, לזה כתבו דהוי כאילו מחל לו השעבוד וליכא שעבוד קרקעות כלל. והנה מהמשך דברי התוס׳ מבואר דאף כשהפקיעו שעבוד הנכסים במלוה על פה לא הפקיעו אלא מלקוחות אבל לא מיני׳ דידי׳, ומזה סמך להנ״ל,

כשהפקיעו לא הפקיעו שלא יהא שעבוד נכסים, רק הפקיעו שלא יוכל לגבות מלקוחות, אשר ממילא אי לאו הא דהוי כאילו מחל אכתי היה חשיב עצם החוב חוב שיש לו שעבוד נכסים, ועדיין צ״ע בזה.

סה) תוד״ה אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות- ומיירי דאית לי׳ משעבדי ולית לי׳ בני חרי- עי׳ קצוה״ח סי׳ ל״ט סק״א ד״ה אמנם למ״ד שהוכיח מדברי התוס׳ דאף לאחר שהפקיעו שעבוד נכסים במלוה על פה לא הפקיעו אלא במשועבדים, אבל מיני׳ דידי׳ אכתי גבי גם מצד שעבוד נכסים, דמשו״ה הוא שהוצרכו התוס׳ לפרש דמיירי דלית לי׳ בני חרי. וכן דקדק מדבריהם הגרע״א בתוספותיו על המשניות פ״ו דשבועות אות ל״ח, ע״ש.

אכן יעויין חידושי הריטב״א שבועות ל״ז ע״ב שכתב בד״ה והיינו טעמא דר׳ יוחנן, וז״ל באי״ד: וי״ל דכיון דמדרבנן ליכא שעבוד קרקעות והפקר ב״ד הפקר הא הויא לה בשעת כפירה כפירת מטלטלין ומדאורייתא נמי חייב קרבן השתא וזה ברור. ומבואר מדבריו דכד הפקיעו שעבוד נכסים לגמרי הפקיעו, דלא הוצרך לומר דלית לי׳ בני חרי, וכן מבואר בר״ן שם, ודלא כדברי התוס׳. וע״ש שיישב הריטב״א עפ״ז קושיית התוס׳ בסוגיין, ולא כתב כלל הא דכיון שהפקיעו הוי אילו מחל. ולפמש״כ לעיל באות נ״ז הדברים מבוארים היטב, דמה שהוצרכו התוס׳ לזה הוא משום דס״ל דלא הפקיעו חכמים שעבוד נכסים, דהא חזינן דמיני׳ שפיר מצי גבי מצד שעבוד נכסים, ולא אמרו אלא דאי אפשר לגבות מלקוחות, אשר על כן אי לאו הא דמחל שפיר הוה חשיב עצם החוב שעבוד קרקעות, אכן למש״כ הריטב״א דלגמרי הפקיעו, לא הוצרך לזה כלל.

וגדר הדברים בזה, דהנה בריטב״א הזכיר הא דהפקר בית דין הפקר, מה שלא הזכירו התוס׳, והיינו משום דלהריטב״א גדרא דהך דינא הוא דהפקיעו עצם שעבוד, כלומר, דהפקיעו עצם קנין דהשעובוד במלוה על פה, אשר זה אינו שייך אלא מדין הפקר בית דין הפקר, שהפקירו ״מקצת קנין״ דהשעבוד, ומאחר דהפקיעו עצם החפצא דהשעבוד, שוב ליכא שעבוד נכסים אפי׳ על מה שהוא ברשות הלוה, ואין גובין ממנו אלא מדין שעבוד הגוף. אכן התוס׳ ס״ל דלעולם לא הפקיעו עצם החפצא דהשעבוד, רק אמרו דאף דאיכא קנין דהשעבוד, מ״מ אין המלוה יכול לתבוע משעובדים מלקוחות, ולזה לא בעינן להא דהפקר בית הפקר דלעולם לא הפקירו שום ממון, וכן ליתא לעיקר התקנתא אלא בגקביה מן הלקוחות ולא מיני׳.

סו) תוד״ה הא כלים וכלים חייב- הוה מצי לשנויי בחפר בה בורות שיחין ומערות כדבסמוך- עי׳ תוס׳ הרא״ש וחידושי הר״ן.

סז) רש״י ד״ה פטור- דלא כפירתו ולא הודאתו מביאתו לידי שבועה- הנה הביא הגרב״ד זצ״ל בב״ק בשם הגר״ח דהא דאין נשבעין על הקרקעות אינו משום דנפקעו חפצא דקרקעות משבועה, אלא משום דגזה״כ הוא דאין בטענתן וכפירתן דרא דשבועה. ונראה דזהו כונת רש״י שכתב דאין כפירת או הודאתו **מביאתו** לידי שבועה, ודוק.

סח) זוקקין נכסים שאין להם אחריות את הנכסים שיש להם אחריות לישבע עליהם- כתב הרמב״ם פ״ה טו״נ ה״ג, וז״ל: טענו כלים וקרקעות וכו׳ אבל אם הודה במקצת כלים וכפר במקצתן עם כל הקרקעות מתוך שהוא חייב שבועה על מקצת הכלים שכפר בהן נשבע אף על הקרקעות שטענו עמהן שהכל טענה אחת, עכ״ל. והנה ממש״כ דהכל טענה אחת היא, ולא הביא הך דינא בפ״א טו״נ בהדי׳ דיני גלגול שבועה, מבואר דבאמת ב׳ דינים הם, דגלגול שבועה בעלמא פירושו דמחייבו שבועה על מה שהוא לא בכלל הטענה המחייבת שבועה, ואילו הכא יסוד הדין הוא דהוי הכל טענה אחת, כלומר, דאף הקרקעות הם בכלל הטענה המחייבת שבועה אשר על כן נשבעין אף עלייהו. שו״ר שדן בזה בספר מעשה חייא, ע״ש שכתב כמה נפ״מ בזה, הא׳, דמבואר מדברי הרמב״ם פ״ד סוטה ה״ז דלגלגול שבועה בעלמא בעינן שיתבע השבועה, וכן דקדק מדבריו במנ״ח מצוה שס״ה, ואילו בהך דינא דהכל טענה אחת פשיטא דאינו צריך לתבוע בנפרד שבועה על הקרקעות דהא הם בכלל הטענה המחייבת עיקר שבועת מודה במקצת. וכן נפ״מ למה שכתבו הראשונים דבשבועה דעל ידי גלגול לא אמרינן דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, והכא דהוא בכלל עצם שבועת מודה במקצת פשיטא לכאורה דיהיה בזה דין מתוך, ע״ש במעשה חייא מה שהאריך בזה.

ה׳ ע״א

סט) תוד״ה למ״ד הילך פטור קרא אמאי איצטריך כו׳- תימה גם למ״ד הילך חייב אמאי איצטריך קרא למעוטי הא בקרקע לא שייך משתמיט וכו׳- לכאורה צ״ב, דנימא בפשיטות דבעינן לקרא היכא דהודה בקרקע וכפר בכלים (למ״ד הילך חייב), דבכלים שפיר שייך משתמט, עי׳ שט״מ בשם גליון שהקשה כן ומה שכתב ליישב בזה. ועי׳ חידושי הגרע״א מש״כ בזה.

ובמה שכתבו בתירוצם דשמא בקרקע שייך קצת אשתמוטי עי׳ מהרש״א ונח״ד אמאי לא יקשה מזה למה שהביאו מדברי הר״י לקמן. והנה הנח״ד כתב על דברי המהרש״א דאין דבריו מובנים. ונראה כונת המהרש״א (אף דלשון ״אע״ג״ שכתב אינו מדוייק, ונראה דטעות סופר הוא), דליכא בקרקע אלא קצת אשתמוטי, כלומר, יש צד דאשתמוטי, אשר ממילא היכא דהנידון הוא דנאמינו במודה במקצת במיגו דאי בעי כופר הכל, וכמו שפירשו התוס׳ לעיל בדברי רבה, בזה כיון דבמודה במקצת איכא קצת אשתמוטיי שפיר אמרינן דתו ליכא מיגו כיון דבכוה״כ איכא העזה יתירה על היכא דמודה במקצת, אשר ממילא שפיר הוה מחייבינן לי׳ שבועה אי לאו דילפינן דאין נשבעין על הקרקעות. אכן לקמן דף ו׳ מיירי בתקנת שבועת היסת, דבאו להוכיח מדברי רב נחמן שתיקן שבועת היסת אף בקרקע דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא, אשר בזה, כיון דהרי בפשטות ליכא אשתמוטי בקרקע, שפיר אמרינן דאי חשוד אממונא חשוד אשבועתא לא היו מתקנים בכה״ג שבועה.

ע) תוד״ה אמאי אצטריך קרא למעוטי- וא״ת לימא דאיצטריך למעוטי משבועה דעד אחד- ובחידושי הר״ן תי׳ דהפרשה דמיעוט קרקעות בתורה מיירי במודה במקצת- והתוס׳ שלא כתבו כן היינו למה שביארו דלא קשיא לן בגמ׳ אקרא דהא בעינן לכלל ופרט וכלל למעוטי שטרות, אלא קשיא לן אתנא אמאי הוצרך למילף קרקעות, ולפ״ז שפיר הוה מצי למימר דהוצרך למילף קרקעות משום שבועת עד אחד, וז״פ.

עא) איצטריך קרא היכא דחפר בה בורות שיחין ומערות- וכתב רש״י, וז״ל: דלאו הילך הוא שהרי קלקלה, עכ״ל. ובנ״י הוסיף בזה, וז״ל: שהרי קלקלה והוא תובע לו דמיה, עכ״ל. ומדברי רש״י שלא כתב כן משמע דלא מיירי בהכי, ויתבארו דבריהם להלן, בעזהשי״ת.

כתב הרמב״ם בפ״ה מהל׳ טו״נ ה״ב, וז״ל באי״ד: 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 שהיה שם עד אחד שחפר והוא אומר לא חפרתי כלום הרי זה נשבע היסת על הכל, עכ״ל. ומבואר מדבריו דאף שתבע לו תשלומין עבור היזק הקרקע מ״מ חשיב כקרקע ואינו נשבע עליו. ובהשגת הראב״ד כתב, וז״ל: נראין דברים שתבעו למלאות החפירות ולהשוות החצירות אבל אם תבעו לשלם פחתו הרי הוא כשאר תביעות ממון וכמי שאמר חבלת בי שתים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת, עכ״ל. הרי דמחלק הראב״ד, דהיכא דתובעו למלאות החפירה חשיב כקרקע ואם תובעו לשלם הוי מטלטלין. וע״ש במ״מ שכתב דסברת הראב״ד אינה

סברא, שהרי אין ביד התובע להכריח לנתבע למלאות לו החפירות אלא אם רצה משלם לו נזקו והפסדו הלכך מה לי תובעו למלאות מה לי תובעו בדמים כאן וכאן תביעתו דמים הבאין מחמת קרקע הן. ומבואר לכאורה שהבין בדברי הראב"ד דהא מיהא ודאי דיכול לשלם לו דמים, אלא דבכל זאת חילק בין תבע לו למלאות החפירות לבין תבע לו דמי ההיזק, אשר זהו שהקשה דא"כ ליכא נפ"מ בינייהו דבהא והא יכול לשלם לו דמים. וכן מבואר בדברי הרשב"א בשבועות מ"ב ע"ב שהבין כן בדברי הראב"ד דמיירי שתבע מעות למלאות החפירות, הרי דבעצם איכא תביעת ממון ואפ"ה כתב דהיכא דיסוד מה שתובע המעות הוא למלאות הקרקע חשיב כקרקע, ע"ש שתמה הרשב"א דהא סו"ס תביעת דמים הוא. ובסברת הראב"ד היה אפשר לכאורה לומר דס"ל דנהי דבין כך ובין כך יכול לתת מעות, מ"מ הדבר חלוק, דהיכא דתבע למלאות החפירות, אף שנותן לו דמים כיון דהוי בעצם תביעת קרקע מתפרש הדבר שנותן לו דמים במקום מילוי החפירות, ומשו"ה חשיב כקרקע, משא"כ היכא דתבע לו תשלומין, ודאי דאינו אלא מטלטלין. אכן יעויין שט"מ בסוגיין בשם הראב"ד, שהקשה אף הוא דהא בכה"ג זוזי קא יהיב לי', וכתב, וז"ל: ואיכא למימר דלא תבע מיני' דמי היזק החפירות אלא שיחזור וימלא אותן **והוא מודה לו שימלא**, עכ"ל. הרי להדיא דאף הוא מודה דהיכא דנותן לו מעות חשיב מטלטלין ולא קרקע, ופליג מכל וכל על דברי הרמב"ם, הרי היכא דתבע מילוי החפירות והודה הנתבע שימלא, בזה שפיר חשיב תביעת קרקע.

וביאור דברי הרמב"ם, י"ל ע"פ מש"כ במח"א ריש הל' נזקי ממון דיסוד תשלומי נזיקין הוא השלמת הדבר הניזק, אשר ממילא אף היכא דנותן ממון, מיחשב השלמת הקרקע אשר משו"ה דינו כקרקע. ולדבריו נמצא דעצם התשלומין חל עלייהו דין קרקע. אמנם בחידושי ר' חיים הלוי בהל' טו"נ ביאר דברי הרמב"ם באופן אחר קצת, דאין הנידון בתשלומין עצמן, אלא במחייב דתשלומין, דתחילת החיוב דתשלומי נזקי ממון הוא הנזק שנעשה, והנזק הרי נעשה בקרקע, והשבועה היא על תחילת המחייב, אשר ממילא אף שמשלם דמים חשיב כקרקע ופטור מן השבועה, ע"ש כל דבריו.

והנה לא ביאר הגר"ח מה היא נקודת פלוגתת הראב"ד אדברי הרמב"ם, ובפשטות הא דפליג היינו משום דס"ל דאין הך מילתא אי חשיב כקרקע או לא תלוי בתחילת החיוב אלא ביסוד התביעה מה תובע, אשר ממילא אם אדם תובע תשלומין לא חייל עלי' דין קרקע.

ויתכן עוד, דאזלי הרמב"ם והראב"ד לשיטתייהו בזה, דהנה לענין כפירת שעבוד קרקעות הקשה הראב"ד על דברי הרמב"ם בפט"ז מהל' אישות ובפכ"ב מהל' עדות, הובאו הדברים לעיל, דפסק הרמב"ם דאיכא שבועה ואילו הראב"ד הקשה דהוי כפירת שעבוד קרקעות. ויסוד דברי הראב"ד, דהיכא דיכול לגבות משועבדים, אף דאיכא נמי שעבוד מטלטלין, מ"מ מתפרשת עיקר תביעתו על שעבוד קרקעות. ומבואר מדבריו דס"ל דלענין שעבוד קרקעות עיקר הנידון אי חשיב שעבוד קרקעות או לא מיתלא תליא במה הוא למעשה עיקר תביעתו. אשר לפ"ז אף לענין קרקע ס"ל הכא דאף דתחילת החיוב הוא היזק הקרקע, מ"מ הרי כיון דיכול הלה לתת לו דמים הויא עיקר תביעתו למעשה ממון, אשר ממילא אין דינו כקרקע. אכן אי נימא בטעמא דהרמב"ם דפליג עלי' על דרך שכתב הר"י מגאש הנ"ל בב"ב קכ"ח, דיתכן דאף לענין כל הה' סלעים חשיב שעבוד קרקעות כיון דעיקר הנידון הוא על שטר, ואף דעל הג' אינו יכול לגבות ממשעבדי, נמצא דס"ל להרמב"ם דדין שעבוד קרקעות לענין פטור שבועה תליא ביסוד הנידון על מה הוא, ושטר הוי כחפצא דקרקע והיכא דהנידון הוא על שטר חשיב שעבוד קרקעות, אבל היכא דליכא שטר, כגון בהא בפט"ז מהל' אישות, לא חשיב שעבוד קרקעות. לפ"ז, דתליא בעיקר הנידון על מה הוא, הכא הרי עיקר הנידון הוא על היזק הקרקע, אשר ממילא שפיר ס"ל להרמב"ם דחשיב בכל אופן קרקעות וליכא שבועה.

ועי' מ"מ שהביא ראיה מדברי רש"י דס"ל כדברי הרמב"ם דדמי קרקע חשיבן כקרקע, דהא לבד עצם החפירות בקרקע חייב לי' דמי נזיקין, וא"כ אמאי אמאי פטור משבועה, הרי הוי כתבעו קרקע ומטלטלין, אע"כ דס"ל לרש"י דאף הני דמים כקרקע הם. אכן צ"ב לכאורה לדבריו, אמאי הוצרך רש"י למימר דהא דלאו הילך הוא הוא משום שקלקלה, אשר היא סברא מחודשת, כדיבואר לקמן, תיפו"ל דלאו הילך הוא משום דמי הנזק, ואף בהו פטרינן למעשה משום דהוי כקרקע. והיה לכאורה מוכח מזה דלרש"י מיירי שאינו תובעו אלא להחזיר לו הקרקע, וחידש רש"י דחזרת הקרקע לא חשיב הילך משום שקלקלה. וכן מבואר מדברי הר"י מגאש, הובאו הדברים בשט"מ, ע"ש שכתב, וז"ל: אלא משום דכי חפר בה בורות שיחין ומערות לאו הילך הוא דהא לאו היינו קרקע דקא טעין לי' ומשו"ה איצטריך קרא למעוטי' למימרא דכי האי גוונא במטלטלין חייב שבועה דהוה לי' מודה במקצת קרקע ופטור, עכ"ל.

ומאי דפירש רש"י כן, היינו לכאורה משום דס"ל דאם אך היתה התביעה מצד הנזק, שפיר הוה חשיבי דמי הנזק במטלטלין, בין אם תבע דמי ההיזק בין אם תבע למלאות, ועל דרך שהקשה המ"מ על סברת הראב"ד הנ"ל. ועי' שט"מ בשם תוספי תוספות להרא"ש שהביא בשם רבנו יונה דמבואר נמי מדבריו הכי, שפירש דלעולם חשיבי דמי ההיזק מטלטלין ושפיר היה חייב שבועה על הודאתן, רק דמיירי שכפר בקרקע , ומאי דפטור משבועה היינו משום כפירות הקרקעות, וכתירוץ הב' דהש"ס, וליכא בינייהו אלא דלתי' הא' מיירי שכל תביעתו מצד הקרקע והזיקין, ולא בעינן למימר שהיה תביעת מטלטלין אחרת, ע"ש כל דבריו.

עב) היכי דמי לאו דאמר לי' הילך לא דאמר לי' ג' פרות מסרת לך וכו'- ביאור ס"ד ומסקנא דהש"ס, עי' פנ"י בסוגיין. וצ"ב אמאי בתירוץ הש"ס הוצרכו לומר דתובע שמתו ג' פרות בפשיעה וכו', הא הו"ל למימר בפשטות שזה שהוא מודה בו אינו מודה שהוא עדיין קיים אלא אומר שהוא מת בפשיעה, עי' פנ"י הנ"ל ועי' שט"מ בשם ר"י אבוהב.

והנה מעצם דברי הגמ' דלא משכחת לה אופן דלא ליהוי גבי פקדון הילך אלא בדאמר לי' שמתה בפשיעה, מבואר דאם אך הדבר בעין חשיב הילך בכל מקום שהוא, דפקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא, עי' ריטב"א שהוכיח כן. והרמב"ם כתב בפ"ג מהל' טו"נ הט"ו, וז"ל: מנה וכלי יש לי בידך אין לך בידי אלא כלי והא לך הרי זה פטור ונשבע היסת וכו', עכ"ל, וע"ש במ"מ שדקדק מדברי הרמב"ם דס"ל דאפי' בכלי, דהו"ל פקדון, צ"ל לי' הילך ממש ולא סגי במה שהוא שלו בכל מקום שהוא, ועי' כס"מ שדחה ראייתו מדברי הרמב"ם.

עג) טענו חטין והודה לו בשעורין פטור ור"ג מחייב- עי' תוס' ב"ק ל"ה ע"ב ושבועות מ' ע"א, ב' לשונות בתוס' אי למ"ד טענו בחטין והודה בשעורין חייב שבועה חייב נמי בדמי שעורין. וצ"ב לכאורה להך דיעה דאפי' לר"ג פטור מדמי שעורין האיך חשיבא כלל הודאה לענין שיתחייב שבועה על החטין שכפר, והתוס' בשבועות באמת הוכיחו מזה דע"כ דלר"ג חייב נמי בדמי שעורין, אלא דסיימו די"ל דאף דפטור מדמי שעורין לרבן גמליאל מ"מ חשיב לי' הודאה, וצ"ב טעם הדבר.

ביסוד מאי דפטור אף מדמי שעורין נאמרו בזה ג' טעמים, עי' קצוה"ח סי' פ"ח סק"ח, דמדברי התוס' הנ"ל בב"ק מבואר דה"ט משום "כיון שהודה לו שאין חייב לו שעורין ומחל לו". וכונתם לכאורה דאין מה שמודה לו שאינו חייב לו שעורין מועיל בתורת הודאה, דהא לא היתה הודאה לתביעה כלל ואפי' נימא דהודאת הנתבע בשעורין חשיב כאילו התביעה דשעורין, מ"מ הרי קדמה הודאה לתביעה, אלא דמאי

דמהני הוא משום שהודאת אי-תביעתו מהוה מחילה. וגם הוצרכו להא דמחילה משום דבלאו מחילה במה יפטור משעורין אם יודע בעצמו שחייב, עי' קצוה"ח שם סק"י. ופירושא דמילתא, דבאמת שפיר הויא הודאת הנתבע על השעורין הודאה לחייב שבועה, אלא דהוי כאילו התובע מחל לו, אשר זה מהני לענין ממון אבל לא לענין שבועה. והרא"ש בב"ק פ"ג סט"ו כתב דטעמא דפטור הוא משום דהוי כאילו הודה התובע שאינו חייב לו שעורין, ולדידי' נמי אתי שפיר מאי דחייב שבועה, דשפיר חשיב הודאה, דהא מאי דפטור מדמי השעורין אינו אלא משום הודאת התובע כנגדו דעל ידי כך אין ב"ד מחייבין אותו לשלם, אבל הודאתו שפיר הויא הודאה.

אכן ע"ש בראי"ש שהביא דעת הרמ"ה דמשו"ה פטור מדמי שעורין משום דמצי טעין משטה אני בך דכיון דלא תבע השעורין לא הויא הודאתו כלום. ולדידי' מוכח לכאורה דע"כ דלר"ג חייב אף בדמי שעורין, דאילו היה פטור הרי היינו משום דאין הודאתו הודאה, וא"כ אף שבועה לא יתחייב, וזהו שחידשו התוס' כד אמרו דאף לר"ג פטור מדמי שעורין דטעמא דפטור הוא משום הודאה ומחילה, כלומר, ולא משום דלא חשיבא הודאה, וז"פ.

עד) תוד"ה אי איתא לדר' חייא – תימה אפי' אי איתא לדר' חייא לא משתבע הכא דאסהידו עליה דאכל תרי מינייהו דמה להצד השוה שבהן שכן לא הוחזק כפרן- כונת קושייתם אינה כקושיית הש"ס והא גזלן הוא, דכונת הש"ס הוא למעשה האיך הוא יכול לישבע הרי גזלן הוא, אשר ע"ז שפיר תירצו דכנגדו נשבע ולא החשוד עצמו, ואילו התוס' הקשו דכיון דליכא בזה אשתמוטי האיך ילף לה ר' חייא, הא תו לא מהני הצדה"ש לחייבו, ונמצא דליכא חיוב שבועה כלל ולא שייך בזה שישבע כנגדו. ע' כ"ז במהר"ם.

והנה רש"י כתב בד"ה והא גזלן הוא, וז"ל: וכי אמר ר' חייא במלוה אי נמי בפקדון שלא שלח בו יד ואבד ממנו דאיכא למימר אשתמוטי משתמיט, עכ"ל. ומבואר מפשטות לשונו שפירש קושיית הגמ' הכא דהוי קושי' על גוף הלימוד, דליכא צד השוה אלא במלוה או בפקדון באופן דאיכא למימר אשתמוטי קמשתמט, והוא כעין קושיית התוס', דמרש"י נראה דהא גופא היא קושיית הש"ס. והתוס' ע"כ דלא פירשו כן משום דאי כונת קושיית הש"ס היתה דליכא לימוד על חיוב שבועה כלל, לא שייך בזה אף לומר דשכנגדו ישבע ויטול. אכן רש"י בזה לשיטתו שפירש לעיל דפרכת הגמ' דהוחזק כפרן היתה "ולא נאמר נאמינהו על השבעוה", כלומר, דלא היתה טענת הש"ס פירכא על הצדה"ש דלא שייך ללמוד העדאת עדים מצדה"ש דפיו ועד אחד, אלא יסוד הקושי' דאף דשייך ללמוד חיוב השבועה, מ"מ ליכא להוכיח מהתם שיהא נאמן על השבועה ולא יהיה שייך להשביע אותו, אשר לזה תירצו דבמלוה שפיר שייך להשביע אותו כיון דאיכא משום אשתמוטי קמשתמט,. אשר לפ"ז שפיר פירש רש"י גם בסוגיין דזהו יסוד קושיית הש"ס והא גזלן הוא, כלומר, דנהי דאיכא חיוב שבועה אך הרי לא שייך להשביעו דמהיכי תיתי נימא דנאמינהו על השבועה, וע"ז שפיר תירצו דאה"נ לא נאמינהו על השבועה, רק כיון דחייב שבועה ואין הוא נאמן יהיה הדין דשכנגדו נשבע ונוטל. וכ"ז לשיטת רש"י אמנם התוס' למדו דפרכת הש"ס לעיל דהוחזק כפרן יסודו הוא דליכא לימוד וחיוב שבועה כלל, אשר ממילא ע"כ דאין זו כונת הש"ס בסוגיין, אשר ממילא שפיר הקשו אמאי באמת הוי בכלל הלימוד ותירצו מה שתירצו, ודוק.

עה) אי איתא לדר' חייא וכו'- עי' רמב"ם פ"ג טו"נ הי"ד שכתב, וז"ל: מנה יש לי אצלך הלואה לא היו דברי מעולם ולא לויתי ממך מעולם אבל חמשים דינר יש לך בידי פרקון או משום נזק וכיוצא בו הורו רבותי שזה מודה במקצת וישבע שהרי טענו שהוא חייב לו מאה והודה שהוא חייב לו חמשים ומה לי נתחייב לו משום הלואה או משום פקדון או משום נזק, ולזה דעתי נוטה, עכ"ל. ובראב"ד שם כתב, וז"ל: ואני מורה ובא שאם טענו מנה מלוה ומנה פקדון והודה באחד וכפר באחד אין זה מודה במקצת הטענה שהלואה ופקדון שתי טענות הן ויש בידי ראיה על זה וה"ה שאין בזה מקצת הודאה. ומבואר מדברי הראב"ד דגריעא האי מילתא מטענו חטים ושעורים והודה לו באחד מהם דק"ל דחייב ושפיר הוי מודה במקצת, וכבר תמה בזה במ"מ, ע"ש. ובב"י סי' פ"ח הביא בשם תלמידי הרשב"א (הובאו הדברים בגידולי תרומה שער ז' פ"ב סי' כ"ז) דהיינו משום דמאחר דמלוה ופקדון חלוקים בדיניהם לעולם חשיבי ב' תביעות, משא"כ בחטים ושעורים דדינם שוה חשיב הכל תביעה וטענה אחת אשר ממילא שפיר שייך בזה דין מודה במקצת.

ובאשר למש"כ הראב"ד דיש לו ראיה על זה, עי' ספר התרומה ש"ז פ"ב סכ"ז שהביא בזה כמה ראיות, הא' מלקמן פרק השואל דצ"ז ע"ב זה אומר שאולה וזה אומר שכורה ישבע ששכורה מתה ופטור, ושאלו בגמ' מה שטענו לא הודה לו ומה שהודה לו לא טענו, ותירצו, מאי ישבע דקתני על ידי גלגול, הא קמן דהיכא דתרי גווני חיובי נינהו לא מיקרי מודה במקצת. (ומשם ליכא ראיה ישירה אלא דטענו מלוה והודה בפקדון פטור, אבל אין מוכח מהתם דטענו מלוה ופקדון והודה באי' מהם פטור, אלא דס"ל דמאחר דחשבינן להו לב' עינים נפרדים עד כדי שנחשבים ב' טענות חלוקות, שוב לית בהו צירוף ליחשב הכל תביעה אחת. וכעי"ז הביא נמי ראיה מסוגי' דהמניח דל"ה ע"ב היו המזיקין שנים אחד תם ואחד מועד הניזק אומר מועד הזיק וחייב אתה לשלם כל הנזק של מאה שדנרין שהיה שוה שור שלי וזה אומר תם הזיק והוא חצי נזק ואיני חייב לך אלא חמשים דינרין הממע"ה, ודייקינן הא לא מייתי ראיה שקול כדאמר מזיק אמאי חטים ושעורים נינהו וכו', הרי דמאחר דחיובים שונים חשיבי ב' טענות נפרדות ואין בזה משום מודה במקצת. ע"ש בספר התרומות ראיות מסוגי' דכתובות ריש האשה שנתארמלה ומר"פ אע"פ.

וע"ש בסה"ת דמכריע כדברי הרמב"ם, וכתב דהראיה מהשואל לא קשה מידי דמאי דהקשו מה שטענו לא הודה לו וכו' לאו למימרא דכי האי כוונה חשיב מה שטענו לא הודה לו, אלא בא לומר שאפילו לטענו חטים והודה לו בשוערים לא דמי דהא לא מודה לי' ולא מידי שהרי אומר שכורה היתה ומתה ופטור אני מהכל והלכך אין כאן הודאה כלל, הא אם היה שם הודה כלל, ממילא הטענה קרינן לי' כענין זה. וגם הראיה מב"ק דחה עד"ז, דבמה שמודה שתם הזיק הרי אינו משלם כלל אלא מגופו גובה המזיק, הילכך כשתבעו כל הנזק ממונו ואומר הלה שתם הזיק, אומר דליכא חיוב ממון כלל אלא דאיכא דין מגופו, ובמאי דכופר מכל וכל בחיוב מן העליה לא חשיב מודה במקצת, ע"ש מש"כ ביישוב הראיות מסוגיות הנ"ל בכתובות.

ויסוד מח' הרמב"ם והראב"ד, דלהרמב"ם אין מה שגורמי חיוב הממון חלוקים עושהו לב' טענות נפרדות אשר לא שייך בהו מב"מ הטענה, וכמו שכתב הטעם דסו"ס דנידון הוא על הממון, ואילו הראב"ד ס"ל דיסוד החיוב אשר עבורו חייב ממון חשוב דבר אחד עם הממון עצמו והויין ב' טענות נפרדות אשר אינן מצטרפין ליחשב טענה אחת בכדי שנדון בזה דין מודה במקצת. (עי' חידושי הגר"ח על הש"ס לעיל ד"ד שהבין כן פלוגתת הרמב"ם והראב"ד.)[15]

---

[15] ומין זה דומה למש"ת לעיל בפלוגתת הרמב"ם והראב"ד פ"ה מהל' טו"נ ה"ב גבי חפר בו בורות שיחין ומערות, דס"ל להרמב"ם דחשיב ממון שחובע כקרקע כיון שהיובו מא מחמת היזק הקרקע ומילו הראב"ד ס"ל דחשיב בכה"כ לממון כמטלטלין, אשר הוא לכאורה סברות הפוכות מדברי הרמב"ם והראב"ד דידן, דבאמת לא שייכי אהדדי כלל, דהא

ולכאורה יש לעיין בסוגיין, דהא מה שתובע ממנו המפקיד הוא בתורת פקדון, ומה שמעידים העדים אינו בתורת פקדון כלל, דהא ליכא סהדי שהפקיד אצלו אותו היום, ואין העדים מעידים אלא שאכלן, דהיינו, דחייב בתורת מזיק, ושאר התביעה הרי מצד התובע הוא ואינו מצד מזיק אלא מהלכות פקדון, ואמאי יתחייב שבועה לשיטת הראב"ד, וצ"ב. ואפשר די"ל דכיון דמיירי שהיה כל יום מפקידם אצלו בעדים רק דבאותו יום הפקיד בלא עדים, כשבאו עדים והעידו שאכל תרתי מינייהו הרי אנו יודעים שבאמת הפקיד אצלו אף היום כמו בכל יום, ומניחים דהופקדו אצלו ואכל לכה"פ מקצתן. וא"ש לפי זה מה הוצרכו הכא לומר שהיה כל יום מפקיד אצלו בעדים, דלכאורה צ"ב דד"ז מיותר הוא לגמרי ולא הו"ל למימר אלא דטען שהפקיד אצלו והלה כפר ובאו עדים וכו', עי' ריטב"א החדשים שהעיר בזה ומש"כ בזה, ולפי הנ"ל א"ש, דדווקא משום שהיה מפקיד כל יום אצלו הוא דאיכא להראב"ד חיוב שבועה דהעדאת עדים.

והנה העיר לי אחד דיקשה לכאורה מסוגיין לשיטת רש"י דס"ל דכופר הכל בפקדון חייב שבועה, דלפ"ז אמאי בסוגיין הוצרכו לומר דחייב שבועה משום העדאת עדים, תיפו"ל דחייב שבועה משום כופר הכל. והאמת דלרש"י לשיטתו א"ש בפשיטות ע"פ משנ"ת לעיל דשבועת כופר הכל נבנית אחזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו, והיכא דנתברר שיש לו מקצת הרי תו ליכא חזקה, דליכא חזקה דאינו תובע מנה אא"כ יש לו כל המנה, כאשר נתבאר לעיל, אשר ממילא מאחר שבאו עדים וידעינן שחייב עכ"פ ליכא כלל שבועת כופר הכל וע"כ דדווקא מצד העדאת עדים אתינן עלה. אכן עדיין יש בזה לכאורה מקום עיון, דהתוס' הרי לא ס"ל סברא זו, דהא הוקשה להו בב"ק על דברי רש"י מדין הילך בפקדון דפטור אע"ג דלא מהני אלא שיחשב כופר הכל, ולסברא הנ"ל מתיישבת הקושי' כפשוטה. ומעתה יש לעיין אמאי הוקשה להו דווקא מהילך בפקדון ולא מסוגיין. ועפמשנ"ת י"ל דהנה מאי דס"ל לרש"י דכופר הכל בפקדון חייב שבועה הרי היינו משום דדווקא במלוה הוא דאינו מעיז משום דעשה לו טובה, משא"כ בפקדון. ונראה די"ל דכל זה היכא דתובעו סתם ואין יודע אלא התובע, בזה הוא דאמרינן דבפקדון שפיר מעיז וממילא איכא חיוב שבועה, אבל הכא הרי היה ידוע בעדים שכל יום היה מפקיד אצלו, אשר בזה יתכן דאף לשיטת רש"י אמרינן דאינו מעיז, ובכופר הכל בפקדון כגון זה מודה רש"י דאיכא חזקה דאין אדם מעיז ופטור מן השבועה, אשר זהו דלא הוקשה להתוס' כלל מהכא.

עו) תוד"ה שכנגדו קאמינא- וא"ת מאי שנא דבחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל אמאי לא אמרינן מתוך שא"י לישבע משלם- עי' דברי הגרע"א בגליוהש"ס שהעיר אמאי העמידו התוס' קושייתם הכא ולא במקומו רפ"ז דשבועות שהוא מקום דין זה . ובחידושיו כתב ליישב דאמתני' דהתם ל"ק, דאיכא למימר דמאי דהתם שכנגדו נשבע זהו משום דהתם מיירי בשבועת ע"א והוה אמרינן דמאי דצריך שבועה הוא בכדי שלא יחשב דעד אחד קם לממון, אבל הכא מיירי במודה במקצת דליכא למימר בי' הכי. ודבריו לכאורה צ"ב, דהא נסתמכו התוס' בקושייתם מהא דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם דאומר לא ידענא ובנסכא דר' אבא, ונסכא דר' אבא הרי מיירי בשבועת עד אחד.[16] ובתוס' בשבועות מ"ז באמת עמדו על קושי' זו שהקשו כאן, ע"ש ריש ד"ה מתוך שאינו יכול לישבע משלם, אלא דלא הביאו אלא התי' הא' דכאן, ולא התי' הב', ודברי הגרע"א צ"ב.

עז) תוד"ה שכנגדו קאמינא- וי"ל הכא אי אמרי' משלם לא שבקת לי' חיי דכל העולם יביאוהו לידי שבועה ויטלו כל אשר לו- ביאור דבריהם לכאורה, דזכות התובע בממון הוא משום דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, דהא לפי תי' זה חשיב שפיר "אינו יכול לישבע", רק דתקנו חכמים דשכנגדו ישבע ויטול משום תיקון עולם, אבל אין זה אלא תקנת שבועה, וזכותו בממון אחר שנשבע היינו מדין מתוך. אמנם אי נפרש הכי צ"ב מכמה צדדים, חדא, דאמרינן לקמן דהא דלא אמרינן בשבועת היסת דהיכא דהוא חשוד ישבע שכנגדו ויטול הוא משום דלתקנתא לתקנתא לא עבדינן, ולפום דברי התוס' אמאי בעינן להכי, הרי זכות התובע בממון הוא משום דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, והתוס' כתבו להדיא לעיל דף ג' ע"ב דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם. ועוד צ"ב משה"ק בקצוה"ח סי' ע"ה סקי"א, דלתירוץ זה דהתוס' נמצא דתנת שבועה לשכנגדו הוי תקנה לטובת הנתבע, דהא אף בלא שבועה זו יש לו להתובע זכות בממון מדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם. ולפ"ז קשיא, האיך אמרינן גבי שבועת היסת דהוי תקנתא לתקנתא, הרי תקנת שבועת היסת הוי תקנה לטובת התובע, ואילו תקנת שכנגדו הוי תקנה לטובת הנתבע, ונמצא דב' תקנות נפרדות הם ולא תקנתא לתקנתא.

והנה פסק המחבר בחו"מ סי' צ"ב דהיכא דהנתבע חשוד אין התובע יכול לומר לו שהוא מקבל שבועתו, והוא ב' דיעות במרדכי בשבועות. ובקצוה"ח שם סק"ב כתב להוכיח כדיעה זו שאינו יכול לומר שמקבל שבועתו, ממאי דנקטינן דהיכא דשניהם חשודים חזרה שבועה למחוייב לה ואמרינן דמתוך שאינו יכול לישבע משלם. ואי נימא דיכול לקבל שבועתו, כיון דסו"ס יתחייב הנתבע לשלם מדין מתוך, ודאי דיאמר לתובע החשוד שמקבל שבועתו, ולפחות יתחייב התובע לישבע, אלא מוכח דהיכא דחשוד הוא אינו יכול לומר שמקבל שבועתו.

והיה אפשר לומר בזה, דהנה בשבועות מ"א מבואר דיסוד הך דינא דשכנגדו ישבע ויטול הוא "דמפכינן" לשבועה וישבע שכנגדו ויטול, אשר מבואר לכאורה מלשון זה דאין יסוד הדברים שתקנו רבנן שבועה חדשה לתובע היכא דהנתבע חשוד, אלא יסוד דינו וגדרו הוא דהפכו את השבועה, וחיוב הך שבועה הופקע מהנתבע והוטל על התובע. אשר לפ"ז י"ל, דנהי דקודם תקנת שכנגדו ודאי דהיה שייך לומר בזה מתוך, אכן מאחר דהפכו את חיוב השבועה והטילוהו על התובע הרי שוב אין הנתבע **מחוייב** שבועה ואינו יכול לישבע, וע"כ דמונח בעצם תקנת שכנגדו זכיית ממון לתובע, דהא תו לא זכי לי' מדין מתוך, וכמשנ"ת.

ועפ"ז אתי שפיר הא דאיתא בסוגיין דטעמא דליתא לדין שכנגדו נשבע ונוטל גבי שבועת היסת משום דתקנתא לתקנתא לא עבדינן, דאף דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, מ"מ הכא הרי נוטל התובע משום שזהו דין שבועתו שתיקנו שיזכה על ידי שבועתו בממון, ואין זכייתו בממון משום דינא דמתוך דמפאת שבועת הנתבע. וכן מבואר עפ"ז מאי דחשיב תקנתא לתקנתא, דהא תקנו

מיהא ולאי התביעת הממון הוה חשיב שפיר מטלטלין רק לחיובו נובע ממה שנעשה לקרקע, ונחלקו שם ביסוד מאי לאמרינן לאין נשבעין על הקרקעות, דהרמב"ם ס"ל דגדרו הוא לאין נשבעין על חיוב הנובע מקרקע, ואילו הראב"ד ס"ל ליסוד הדין הוא לאין נשבעין על תביעת קרקע בפועל, ובחפר בורות שיחין ומערות הרי התביעה הוא למי ההיזק אשר חשיב שפיר מטלטלין. ואילו הכא אף דולאי חשיב מטלטלין מ"מ נחלקו ביסוד אחר, אי בחיוב השבת מלוה ופקדון דנין מצד הממון גרידא אשר ממילא חשיבא תביעה אחת לו שדנין במאי דהוי פרעון מלוה והשבת פקדון לליחשב ב' סוגי חיובים אשר אינם מלטרפין, וז"פ.

[16] זה ל"ק כלל דהרי התוס' הקשו איפכא דמדאמרינן התם מתוך שאינו יכול לישבע משלם ולא אמרינן לישבע כנגדו כש"כ במולה במקצת או בהעדאת עדים.

שבועת היסת שהיא לטובת התובע, ושוב תקנו דעל ידי שבועה זו יוכל לזכות בממון.
ומעתה תתיישב היטב דעת הני ראשונים דס"ל דיכול התובע לקבל שבועת הנתבע החשוד ולא יקשה עלייהו מדינא דשניהם חשודים וכקושיית הקצוה"ח, דהך דינא דחזרה שבועה למחוייב לה, ביאורו לפי הנ"ל, דלא הפכו את השבועה לתובע אלא היכא דאינו חשוד אבל היכא דהוא חשוד השאירו השבועה במקומה. אשר לפ"ז אתי שפיר, דנהי דהיכא דהנתבע חשוד יכול התובע לומר שמקבל שבועתו, מ"מ הרי אין זה אלא משום דבעצם הרי הנתבע חייב בשבועה רק שבאנו לומר דעל ידי שחשוד הפכו את השבועה, ובזה ס"ל להני ראשונים דהיכא דמקבל התובע שבועתו שפיר נשבע. אכן היכא שהתובע שהפכו את השבועה עליו נמי חשוד הוא, באופן זה הרי לא הפכו את השבועה כלל ונשארה במקומה, אשר על כן בזה אין הנתבע יכול למימר דמקבל שבועתו של התובע ולחייבו בשבועה.
ונראה להוסיף בגדר שבועת שכנגדו, ע"פ המבואר בשערי שבועות לר' יצחק בר' ראובן שער העשרים דין הרביעי, ע"ש שכתב, וז"ל: והרביעי מי שכנגדו חשוד על השבועה הוא שיהא חשוד הנתבע שעליו השבועה ויתברר לנו שלשקר נשבע בכך אמרו חכמים להעביר השבועה מזה החשוד **ולא יפטר משבועתו** אלא ישבע התובע ויטול, עכ"ל. והנה ממה שכתב דהעבירו את השבועה ולא יפטור משבועתו, נראה עוד יותר ממה שכתבנו לעיל, דלעולם לא נפטר הנתבע מחיוב שבועתו, אלא דהיכא דהוא חשוד קיום שבועתו הוא על ידי שנשבע התובע ונוטל, ולעולם חיוב שבועה דהנתבע במקומו עומד אלא דמתקיים על ידי הנשבע ונוטל דהתובע, דהיכא דהוא חשוד דתהפך דין שבועתו מהיותו נשבע ונפטר להיות התובע נשבע ונוטל. ועפ"ז פשוט דמאחר שתקנו דשכנגדו נשבע ונוטל שוב אין לדון כלל דיהיה זכות התובע בממון מצד מתוך שאינו יכול לישבע משלם, דהא שבועה זו שנשבע הוא מיחשבא קיום חיוב השבועה דהנתבע, ונמצא דשפיר נתקיימה חיוב שבועתו דהנתבע, וע"כ דבכלל תקנת שכנגדו נשבע ונוטל, דנתנו לו חז"ל להתובע זכות ממון על ידי השבועה, אשר ממילא זהו דלדידי' חשיב שפיר בשבועת היסת תקנתא לתקנתא, ועל דרך שנתבאר לעיל, וכן לא יקשה כלל ממאי דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך, וכמשנ"ת, ודוק היטב.
עח) תוד"ה שכנגדו קאמינא- ועוד דהתם אמר לי' שבועה דאורייתא אית לי עליך או תשבע או תשלם אבל הכא הוא ברצון ישבע אם נניחנו ולכך לא ישלם- ביאור דבריהם לכאורה, דלעולם חשיב שפיר יכול לישבע, אלא שאין אנו מניחין אותו אשר מהאי טעמא לית בזה דינא דמתוך. אמנם כבר תמהו האחרונים בזה, דלפ"ז דחשיב יכול לישבע, האיך אמרינן דהיכא דשניהם חשודים חזרה שבועה למחוייב לה ואמרינן דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, הרי לא חשיב בכה"ג אינו יכול לישבע דהא רק משום דאין מניחין אותו הוא שאינו נשבע. (וראיתי ברש"ש בסוגיין שהקשה מהא דהיו שניהם חשודים וכו' אתירוצא קמא דהתוס', דאף בזה הא איכא משום לא שבקת חיי וכו'. ולכאורה אין קושייתו מובנת, דהרי יסוד ה"לא שבקת חיי" הוא דבכל מקום שילוה הך חשוד ממון יתבעוהו הרבה יותר והיה מפסיד על ידי דהוה אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם. וזה הרי לא שייך היכא דהמלוה אף הוא חשוד, דהא מי הכריחו להלוה ללוות מחשוד, וכ"ה להדיא בלבוש סי' צ"ב, ע"ש.)
והנה פלוגתת ב' התירוצים בתוס' ביאר הגרנ"ט דנחלקו ביסוד דינא דשבועה, דתי' הא' ס"ל דיסוד דין שבועה הוא דבעינן לראיה דשבועה, ובזה פשיטא דבשבועת חשוד ליכא ראיה כלל וודאי דחשוב אינו יכול לישבע. אכן תי' הב' ס"ל דאין יסוד השבועה אלא חיוב שבועה גרידא ולא בעינן לראיה דהשבועה, אשר בזה שפיר כתבו דכיון דאין בחשוד משום פסול הגוף שפיר חשיבא שבועתו שבועה ושפיר חשיב יכול לישבע, רק שאין מניחין אותו. (ועי' ריטב"א החדשים שכתב דיכול לישבע אלא דאין ב"ד מקלבים שבועתו, וכונתו לכאורה כנ"ל.) ולכאורה היה אפשר לבאר פלוגתת ב' התירוצים באופן אחר, דנחלקו בגדר דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, דס"ל להתי' הא' דבאמת הוי חיוב שבועה חיוב ממון רק שיכול לפטור עצמו על ידי שבועה, אשר בזה נראה דאף דסיבת הא דאינו נשבע הוא משום דאין מניחין אותו לישבע, מ"מ הרי סו"ס לית לי' הפטור דהשבועה וחייב ממון, אשר זהו דחשיב אף בכה"ג אינו יכול לישבע. אכן בתי' הב' דהתוס' מפורש גדר אחר בדינא דמתוך, דאומר לו שאו ישבע או ישלם, כלומר, דזהו עיקר תביעת שבועה, דישלם או בממון או על ידי שבועה. ובזה שפיר איכא למימר כדברי התוס' דהרי הוא מצדו שפיר בא לשלם בשבועה רק דאנו אין מניחין אותו, וא"א לחייבו בכה"ג לשלם ממון דהא שפיר הוי כאילו הביא שבועה לב"ד. ולפ"ז לב' תירוצי התוס' לא הוי אלא דין שבועה ולא בעינן לראיה דשבועה.
ואיך שיהיה, מבואר בודאי בתירוצם הב' דהתוס' דאין יסוד חיוב השבועה אלא חיוב שבועה גרידא ולא דבעינן לראיה דשבועה. והנה מלישנא דהתוס' דאין מניחין אותו, משמע לכאורה דאם ישבע שפיר הויא שבועתו שבועה. אמנם נראה די"ל דאין זה אלא מן התורה, אבל מאחר שתקנו דהיכא דהוא חשוד דשכנגדו נשבע ונוטל חשיב שפיר אינו יכול לישבע, דמעתה אין שבועתו שבועה. ומהלך הדברים, דיש לעיין לכאורה, כיון דבאמת יכול לישבע רק שאנו אין מניחין אותו, אמאי תקנו כלל שישבע שכנגדו ויטול, הוה להו למימר דכיון דאין מניחין אותו שפיר יפטור בלא שבועה, ואף דיש ליישב דבר זה בפשיטות, מ"מ נראה דיסוד תקנת החכמים הוא דמדרבנן בעינן לראיה דהשבועה, דדווקא ע"פ הראיה דהשבועה יפסקו הדין, ומצד זה הוא שחייבו שכנגדו לישבע וליטול על ידי ראיית השבועה. ודאתינן להכי, נמצא דמדרבנן שפיר חשיב הך חשוד "אינו יכול לישבע" דהא מדרבנן בעינן לראיה דהשבועה, אשר ממילא היכא דשניהם חשודים שפיר אמרינן דחזרה שבועה למקומה ואמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ונתיישבה קושיית האחרונים כמן חומר, ודוק.
(ובאמת היה אפשר לבאר דברי התוס' באופן אחר, דלעולם ס"ל אף לתי' הב' דחשיב חשוד אינו יכול לישבע, ומה שכתבו דברצון היה נשבע אלא שאין מניחין אותו, באו בזה לבאר אמאי אף דהוי אינו יכול לישבע ודינו לשלם מ"מ תקנו שישבע הלה ורק אז יטול, וביארו דהיינו משום דהוא היה ברצון נשבע רק שאנו אין מניחין אותו. ואי נימא הכי, לא יקשה כלל קושיית האחרונים, דודאי אף לתי' הב' הוי אינו יכול לישבע כמו לתי' הא' ואם אך אמרינן דחזרה שבועה למקומה פשיטא דאמרינן בזה דמתוך שאינו יכול לישבע משלם.)
והנה כתבו התוס' בב"ק ק"ח ע"א ד"ה תרי כפילי דחשוד על השבועה מדרבנן הוא דמיפסל. ותמה בקצוה"ח סי' צ"ב סק"א מהא דהוכיחו לקמן בע"ב דלא אמרינן מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא מהא דמודה במקצת הטענה חייב שבועה, ודחו דאשתמוטי קא משתמט, הרי מבואר להדיא דאילו הוה אמרינן בזה דחשוד אממונא חשוד אשבועתא לא היה החשוד נשבע מן התורה, ודלא כדברי התוס'. וכן הוכיח בקצוה"ח מדברי התוס' בשם ר' יהודה חסיד דחשוד אממונא חשוד אשבועתא דאורייתא, וזה הרי להדיא דלא כדברי התוס' הנ"ל בבב"ק שכתבו דאין חשוד נפסל אלא מדרבנן.
ולפמשנ"ת בדברי התוס' בסוגיין נראה דמתיישבים דברי התוס' בב"ק היטב, דהא נתבאר דלתי' הב' דהתוס' אם נשבע כבר שפיר הויא שבועתו שבועה מן התורה, ורק מדרבנן הוא דאין שבועתו שבועה. ונראה דכל הך דכתבו התוס' בב"ק דחשוד אינו פסול אלא מדרבנן לא כתבו כן אלא במאי דאין שבועת החשוד שבועה, דזה אינו אלא מדרבנן כדמפורש

בדבריהם וכדמבואר מדברי התוס' בסוגיין, אכן מאי דאין מניחין אותן לישבע, כלומר, מאי דאין מקבלין שבועתם, יתכן דשפיר הוי דאורייתא, וכדברי ר' יהודה חסיד. והנה בהא דתרי כפילי שם בב"ק מיירי להדיא דכבר נשבע אשר בזה תו ליכא פסול דאורייתא, אשר זהו שכתבו שם התוס' דאינו אלא דרבנן, ואתיין דברי התוס' שם כדברי התוס' בסוגיין בתירוצם הב'. ולפ"ז לא יקשה כלל מה דאילו הוה אמרינן דמיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא ליכא חיוב שבועת מודה במקצת מן התורה, דנהי דדיעבד אחר שנשבע שבועתו שבועה ופסול החפצא דהשבועה אינו אלא דרבנן, מ"מ מה שאין ב"ד מקבלים שבועת חשוד הרי שפיר יתכן דהוי דאורייתא, אשר ממילא אם אך הוה אמרינן דחשוד אשבועתא, שוב לא היו ב"ד מחייבים שבועת מודה במקצת.

עט) נחייבי' מדרב נחמן וכו'- לכאורה יש לעיין, להמבואר בתוס' בהרא"ש שבועות מ"ב בשם הר"ר אליהו דהיכא דחייב לו מקצת טענתו ליתא לחזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו, האיך נחייבי' הכא שבועת היסת, הרי המחייב דשבועת היסת מבואר בשבועות דהוא הך חזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו, והכא הרי איכא עדים דודאי חייב לו ב'. והפשוט לכאורה בזה, דהא הני עדים לא אמרו אלא דאכל תרי, ולא העידו על היותם פקדון כלל, והתובע הרי טען שחייב לו מדין פקדון, ובזה שפיר אמרינן דאילו לא היה בזה משום פקדון לא היה תובע, ושפיר אית בזה חיוב שבועת היסת.[17]

ה' ע"ב

פ) תוד"ה ותקנתא לתקנתא- ומתוך שאינו יכול לישבע משלם לא שייך הכא כדפרישית- יסוד קושיית התוס', דמאחר דליכא תקנת שכנגדו גבי שבועת היסת, אמאי לא נימא מתוך שאינו יכול לישבע משלם. ויש לפרש שכונתם במש"כ כדפרישית בב' אופנים, (עי' מהר"ם שהביא ב' האופנים), די"ל דהכונה למה שכתבו לעיל בע"א דלא שייך גבי חשוד למימר מתוך שאינו יכול לישבע משלם. ואי נימא הכי, ע"כ דתהיה כונת התוס' לתירוצם הב' דכיון דרוצה לישבע וכו' לא חשיב אינו יכול לישבע ולית בי' דינא דמתוך, דאילו לתירוצם הא' דתקנו דשכנגדו ישבע מטעם לא שבקת, מאחר דאמרינן גבי שבועת היסת דתקנתא לתקנתא לא עבדינן הרי תו ליתא לתקנת שכנגדו ומצד השבועה עצמה חשוב בעצם אינו יכול לישבע, ואמאי לא נימא בזה מתוך שאינו יכול לישבע משלם, אע"כ דדברי התוס' לפירוש זה ע"פ תירוצם הב' נאמרו. ועוד מבואר לכאורה מדבריהם דאף בשבועה דרבנן אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

אכן יש לפרש באופן אחר, וכן פירשו בתוס' הרא"ש ותוס' ר"פ, וברור איפוא דכן הוא גם כונת התוס', דכונתם למה שכתבו לעיל ג' ע"ב דבשבעוה דרבנן לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם. ולפום פירוש זה לכאורה אזלי התוס' הכא דווקא כתירוצם הא' לעיל בע"א דבאמת שפיר הוה אמרינן הכא מתוך שאינו יכול לישבע משלם ושפיר הוה חשיב חשוד אינו יכול לישבע, ודלא כהתי' הב', ומשו"ה הוצרכו לומר דמאי דלא אמרינן גבי שבועת היסת מתוך היינו משום דהוי שבועה דרבנן, וז"פ.

ולפי פירוש זה משמע להדיא מדברי התוס' דטעמא דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם אינו משום דהוי תקנתא לתקנתא, דהא אמאי דאמרו בגמ' דתקנתא לתקנתא לא עבדינן עדיין הוקשה להו דנימא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, ואי טעמא משום תקתנא לתקנתא הוא מה הוקשה להם, כי היכי דליתא לתקנת שכנגדו משום תקתנא לתקנתא, כך ליתא נמי לדינא דמתוך. ומסתברא לכאורה כן, דבפשטות אף בשבועה דרבנן מאי דנימא מתוך שאינו יכול לישבע משלם לאו תקנה היא, רק עיקר השבועה תקנה היא ושוב ממילא אית בה דינא דמתוך, ולעולם ליכא אלא תקנה אחת, תקנת השבועה. אכן יעויין תוס' גיטין נ"א ע"ב ד"ה ובכולי בעי דלודי לי' שכתבו כעין דברי התוס' לעיל להוכיח שלא כדברי רש"י בפירושו שם מהא דנסכא דר' אבא, וכתבו בזה"ל: והיא שבועה דאורייתא דשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם דתקנתא לתקנתא לא עבדינן כדאמרינן גבי ההוא רעיא וכו', עכ"ל. ומדבריהם מבואר דאף דבפשטות דינא דמתוך דאורייתא הוא דהא ילפינן לה מקרא דשבועת ד' תהיה בין שניהם, מ"מ לתקן בשבועה דרבנן למימר מתוך חשיב שפיר תקתנא לתקנתא ואין דינא דמתוך בא ממילא עם תקנת גוף השבועה. (וזה מתאים לכאורה אי דינא דמתוך פירושו דאין שבועתו מחייב ממון, אך אי נימא דיסוד דינא דמתוך הוא משום דעיקר חיוב השבועה חיוב ממון הוא, לכאורה מאחר שתקנו שבועה שוב ממילא איכא דינא דמתוך, אי לאו דנימא דגריעא כח שבועה דרבנן משבועה דאורייתא, וא"כ מאי דלא אמרינן מתוך לאו משום תקנתא לתקנתא הוא.) ומדברי התוס' משמע לכאורה דלא ס"ל הכי, וכנ"ל, עי' קצוה"ח סי' צ"ב סק"י.

והנה אי אין טעמא דבשבועה דרבנן ל"א מתוך שאינו יכול לישבע משלם משום דתקנתא לתקנתא לא עבדינן אלא משום גריעות כחו השבועה מפאת היותה מדרבנן, כדמשמע מדברי הגרע"א בסוגיין, ע"ש, צ"ב לכאורה לתירוצם הא דהתוס' לעיל בע"א דשפיר אמרינן בחשוד מתוך שאינו יכול לישבע משלם, כיון דלענין מתוך אמרינן דבשבועה דרבנן גריעא כחו, מ"ש דלענין תקנת שכנגדו נמי לא אמרינן דגריעא כחו דשבועה דרבנן, ובלאו טעמא דתקנתא לתקנתא לא עבדינן נימא דליכא בשבועה דרבנן תקנת שכנגדו, דהא חיוב הממון היכא דתקנו דשכנגדו נשבע וכו' לאו משום שבועת הנוטל הוא אלא בפשטות מדין מתוך הוא כיון דאמרינן בחשוד מתוך, ואי לא שייך בשבועה דרבנן מתוך האיך יהני תקנת שכנגדו לזכותו בממון, וצ"ב. ולמשנ"ת לעיל בדברי התוס' אתי שפיר היטב, דלעולם אם אך איתא לתקנת שכנגדו שוב אינו זוכה בממון מצד מתוך אלא מכח תקנתא שכנגדו, אשר ממילא אף בשבועה דרבנן אי לאו משום תקנתנא לתקנתא שפיר הוה אמרינן דאיתא להך תקנה, דאף דלא שייך בשבועה דרבנן מתוך, מ"מ זכייתו בממון ע"כ דאינו מצד מתוך, כאשר נתבאר לעיל, אלא בכלל תקנת שכנגדו הוא, אשר זה שפיר הוה שייך גם בשבועה דרבנן אי לאו דתקתנא לתקנתא הוא.

פא) ותיפוק לי' דהוה לי' רועה וכו'- עי' פי' הרע"ב סנהדרין פ"ג מ"ג, דפסולי עדות דרבנן אין עדותן בטלה עד שיכריזו עליהם ויפרסמו אותן, משא"כ פסולי עדות של תורה. ולפ"ז צ"ב לכאורה מה הקשו בסוגיין תיפו"ל דהו"ל רועה, הא י"ל דמיירי דעדיין לא הכריזו עליו, וכה"ק בתוס' רע"א על המשניות שם, ע"ש שצידד שמא לא בעינן הכרזה אלא שיפסל לעדות, אבל לשבועה פסול בלא הכרזה, אלא דהוכיח מדברי התוס' בב"ק דף ס"ב דאף לענין שבועה אמרינן כן. וכתב הגרע"א דכל שהוא לפסידא דאחריני תיקון רבנן דלא נפסל בלא הכרזה, אבל לגבי עצמו פסול בלא הכרזה, אשר ממילא בסוגיין שפיר אמרו ותיפו"ל דהו"ל רועה ודנין ב"ד מתוך שאינו יכול לישבע משלם דלגבי חוב דנפשי' לא בעינן הכרזה ודיינינן לחשוד שצריך לשלם (אם ישבע שכנגדו), ע"ש כל דבריו, ומה שנשאר בקושי' מסוגיין.

---

[17] אלא למי נימא הכי הרי זהו דלא כמו שכתבנו לעיל אות ע"ה לבאר ממאי לא יקשה מסוגיין למאי דס"ל לרש"י לגופי הכל בפקדון חייב שבועה, ע"ש.

ובעצם כונת הש"ס בקושי' ותיפו"ל דהוה לי' רועה וכו', הנה רש"י פי' דר"ל אמאי הקשו לעיל דווקא והא גזלן הוא, הרי היה להו להקשות דהא רועה, הוא, כלומר, דכיון שהוא רועה אינו יכול לישבע ונימא מצד זה דשכנגדו ישבע ויטול. אכן עי' תוס' ר"פ, הובאו הדברים גם בריטב"א החדשים בסוגיין, שהקשה על פי' רש"י דודאי עדיפא להקשות מגזלן שהוא פסול דאורייתא, מלהקשות מרועה שאינו פסול אלא דרבנן, ופירש ר"פ דכונת הש"ס אחרת היא, דכיון שהיה מקודם לכן רועה, הרי ידע התובע דבר זה ובכה"ג "לא תיקנו שכנגדו ישבע ויטול, דא"כ לא שבקת חיי לכל בריה חשוד, דכל א' וא' ילך ויפקיד לחשודים ויטעון אותו כפלים והנפקד חשוד והמפקיד יטול כל צרכו". ויוצא מדבריו חידוש דין, דהיכא דידוע פוסל הנתבע מקודם לית בזה דינא דשכנגדו נשבע ונוטל, ולא תיקנו עלי דין חשוד כלל ושפיר נשבע ונפטר. ומדברי התוס' לעיל ד"ה שכנגדו קאמינא מבואר לכאורה דלא כדברי ר"פ, דהא כתבו בתירוצם הא' דמאי דלא אמרו גבי חשוד מתוך שאינו יכול לישבע משלם הוא משום דלא שבקת חיי לחשוד, דיהא כל אחד מפקיד אצל חשוד וטוענו עוד ולא יוכל לישבע ויתחייב לשלם מדין מתוך, הרי דאף בכה"ג דנודע מקודם שהוא חשוד תיקנו דשכנגדו נשבע ונוטל. ועי' תשו' הרא"ש כללי י"א אות א', שכתב דאף היכא דהיה ידוע היותו חשוד מתחילה איתא לדינא דשכנגדו נשבע ונוטל, "ומה שייך כאן איהו דאפסיד אנפשי' אדרבה ראובן (החשוד) הוא דאפסיד אנפשי' דמאחר שהוא חשוד היה לו לפרוש ממשא ומתן שמא יתחייב שבועה דאורייתא ושכנגדו ישבע ויטול". עי' ב"י ודרכי משה בטור חו"מ צ"ב ס"ז. ועי' שט"מ בשם הראב"ד שכתב דמעקרא כי אפקיד גבי אדעתא דספ' פסידא אפקיד דאי אמר נגנבו לא היה נשבע ולא שכנגדו יכול לישבע הילכך השתא נמי נימא מיגו ומפסיד. ויסוד סברתו , דפליג אר"פ וס"ל דשפיר איתא לתקנת כנגדו גם בידעינן שהוא חשוד, אלא כעין ויתור ומחילה על השבועה כיון שיודע דבאומר נגנבה יפסיד (שהרי בזה לא ישבע כנגדו כיון דאין המפקיד יודע אם נגנבה או לא, ומצד מחילה זו הוא דפטור השומר בלא שבועה בכל מה שיטעון. ורש"י ודעמי' פליגי אף על זה.

פב) דאי לא תימא הכי אנן חיותא לרעיא היכי מסרינן הא עברינן משום ולפני עור לא תתן מכשול-

כתב בריטב"א החדשים, וז"ל: פי' דאע"ג דהיכא דאית לי' בהמות מדידי' דבלאו דידן מצי עביד איסורא לית בי' משום ולפני עור כדאיתא בפ"ק דע"ז מ"מ אין לנו לגרום איסורא דמסייע ידי עוברי עבירה איכא והכא נקטינן קרא לרווחא דמילתא, עכ"ל. ודבריו לכאורה צ"ב, דבשלמא בההיא דע"ז דמיירי בהושטת כוס יין לנזיר, שפיר אמרינן דהיכא דהיה יכול לקחת הכוס בעצמו לית בזה משום לפני עור, דהא אין הושטת הכוס פועלת כלום, אבל הכא הרי מאי דעובר הרועה על איסור גזל בבהמות שלו ומה שעובר באלו הבהמות שמוסרים לו ב' עבירות נינהו, ואמאי לית בזה משום לפני עור, וצ"ב.

והמוכרח ומבואר מדברי הריטב"א, דיסוד האיסור דלפני עור אינו אלא במה שנותן לו אפשרות לעבור איסור דלא היה עובר בלאו הכי, אבל היכא דבלאו הכי היה לו האפשרות לעבור איסור זו, אף דעל ידי מה שנותן לו יעבור יותר, אין בזה משום לפני עור. וכן מצאתי מבואר במאירי ע"ז דף ו' ע"א, ע"ש שכתב בד"ה כל מה שנאסר לו, וז"ל: כל מה שנאסר לנו משום לפני עור לא תתן מכשול אם הוא רשאי ליקח מאותו דבר בזולתנו מותר לנו למכור לו שהרי אין המכשול בא בשלנו וכו' ואע"פ שמ"מ גורם לו להרבות באיסור אין בזו נתינת מכשול וכן כל כיוצא בזה וכו', עכ"ל, הרי להדיא כנ"ל, דיסוד הדברים, דפירוש מכשול לענין לאו זה הוא עבירת איסור שלא היה עובר בלאו הכי, אבל אם היה עובר בלאו הכי, אף שיש בנתינה לו משום ריבוי האיסור, מ"מ לא חשיב "מכשול", דהא כבר נכשל בלאו הכי.

והנה מש"כ הריטב"א דאף בחד עברא דנהרא עכ"פ איסורא דרבנן דמסייע לדבר עבירה איכא, כן מבואר בדברי התוס' במס' שבת דף ג' ד"ה בבא דרישא פטור ומותר, וכ"ה בראש"ש שם, וכתבו התוס' דיסוד איסור דרבנן זה הוא להפרישו מאיסור. אכן עי' בתוס' ע"ז ו' ד"ה מנין שלא יושיט אדם כוס יין לנזיר, דמבואר לכאורה מדבריהם דאף איסורא דרבנן ליכא בחד עברא דנהרא, שכתבו דמאי דאסור מיירי בדקאי במקום שלא יוכל ליקח אם לא יושיט לו זה , וכ"כ גם הרא"ש המרדכי והאו"ז. והנה אילו היה בזה איסורא דרבנן אמאי כתבו דאסור להושיט למומרים דבר איסור רק בתרי עברא דנהרא, הרי למעשה אסור עכ"פ דרבנן אף בחד עברא דנהרא, אלא מוכח לכאורה כנ"ל, דאף איסורא דרבנן ליכא. וכן משמע להדיא בדברי המאירי הנ"ל בע"ז דהיכא דמוצא לקנות זולתנו מותר למכור לו. (עי' אריכות בגדרי לפני עור בשו"ת ממעמקים ח"א סי' ד'.) ומדברי הריטב"א מבואר דהך איסורא דמסייע לדבר עבירה שייכא אפי' שלא בשעת עבירה, ודלא כמש"כ בשו"ת משיב דבר ח"ב סי' ל"א-ל"ב, ע"ש. וע"ש בשו"ת משיב דבר שכתב ע"פ יסוד זה דאינו אסור משום מסייע בדבר עבירה אלא בשעת מעשה ליישב סתירת דברי התוס' והרא"ש הנ"ל בין דבריהם בשבת לבין דבריהם בע"ז, ע"ש שתלה יסוד זה בביאור סוגיית הש"ס בגיטין, וכ"כ חילוק זה בשו"ת בנין ציון סי' ט"ו, ע"ש.. ובש"ך יו"ד קנ"א יישב סתירת דברי התוס' באופן אחר, דיש לחלק בין עכו"ם או מומר לבין ישראל.

ועי' המשך דבריו של הריטב"א, שכתב, וז"ל: ועוד דלמאן דמסרה מעיקרא היכא דלית לי' בהמות אחריני דידי' ודעלמא איכא משום לפני עור ממש, עכ"ל. והיינו לכאורה דווקא היכא דאינו יכול להשיג בהמות לרעיה מאדם אחר ואינו יכול להשיג לעצמו בהמות, דאילו היה יכול הרי שוב הוי כחד עברא דנהרא דלית בי' משום לפני עור. אכן נראה ע"פ המבואר במאירי הנ"ל, ע"ש שמבואר מתוך דבריו דאם נותן לו הוא ויכול לקנות מאחר לא חשיב כחד עברא דנהרא, וביאור הדברים, דרק היכא דיכול להשיגה בנקל כמו שמשיגה כשהוא נותן לו הוא דחשיב שאין הוא ממציא לו האיסור. ולפ"ז פשוט דהיכא דהוא נותן לו לרעות עם בהמותיו, אי לית לי' דאחרים ולית' לי' מדילי' ודאי דחשיב כתרי עברי דנהרא, דהא אינו יכול להכריח אחר להפקיד אצלו בהמות, וכן אינו יכול לפעול שיתן לו אחר מתנה, אשר ממילא שפיר חשוב שזה שנותן לו בהמותיו לרעות ממציא לא אפשרות האיסור, ושפיר כתב הריטב"א דבכה"ג איכא משום לפני עור דאורייתא.

ובהמשך דבריו כתב הריטב"א, וז"ל: ועוד דהכא דסתמא עביד איסורא איכא משום ולפני עור משא"כ בכוס יין לנזיר דאפשר דלאו למשתי בעי לי', עכ"ל. ומבואר מדבריו דאף בחד עברא דנהרא יש לדון שיתחייב משום לפני עור לא תתן מכשול כיון דסתמא עביד איסורא, ומה שאמרו בע"ז גבי מושיט כוס יין לנזיר דבחד עברא דנהרא אינו עובר הוא משום דלא ברירא שיעבור איסורא. ונראה גדר הדברים ע"פ הנ"ל דיסוד איסורא דלפני עור הוא מה שממציא לו אפשרות לעבור האיסור, דבזה הוא שחילקו בין תרי עברי דנהרא וחד עברא דנהרא דדווקא בתרי עברא דנהרא הוא דחשיב שנותן לו האפשרות לעבור האיסור משא"כ כשהיה יכול לקחת הכוס לבד. אכן היכא דאין במה שנותן לו אפשרות עבירת האיסור גרידא אלא דחשיב ששם לפניו האיסור ממש, בזה שפיר אסור אפי' בחד עברא דנהרא. אשר זהו שכתב הריטב"א דכיון דסמתא יעשה האיסור חשיב הנותן לו כאילו נותן לו האיסור ממש אשר זה שפיר אסור אפי' בחד עברא דנהרא, ולא אמרו לחלק בין חד עברא דנהרא לבין תרי עברא דנהרא אלא בכגון יין לנזיר דלא ברירא דישתה, בזה לא חשיב אלא המצאת אפשרות עבירת האיסור אשר אין זה אסור אלא בתרי עברי דנהרא.

והרמב"ם והחינוך לא הביא הך חילוק בין תרי עברי דנהרא וחד עברא דנהרא כלל, וכבר עמד על זה במנ"ח מצוה רל"ב, ע"ש , ועי' לבונת המנחה שם אות ד'.

פג) רש"י ד"ה על דאית לי' משתבע או על דלית לי' משתבע- שמא אין לו בה כלום וכי משתבע שאין לו בה פחות מחציה באמת הוא נשבע שהרי אין לו כלום דבשלמא אם היה לו בה שליש או רביע וכו'- ביאור דבריו, דהצד שלא נימא דעל דלית לי' משתבע הוא משום דאף על הצד שאין לו בה כלל הוי שפיר שבועת אמת. ולפי דבריו יוצא לכאורה דבזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי דזה דזה שאומר כולה שלי ודאי יש לו לכה"פ חציה, בזה יהיה דינא דיכול לישבע שאין לו בה פחות מג' רבעים וסגי בכך לכו"ע, דהא הכא ליכא למימר דהכונה שאין לו כלל, כיון דהא מיהא פשיטא דאית לי' חצי. ובשו"ע חו"מ סי' קל"ח ס"ב מבואר דאף בכה"ג נשבע שיש לו בה וכו', יעויין שם בביאור הגר"א. וביאור דברי המחבר, דאין השאלה במה שלשון שבועה זו יכול להתפרש בב' אופנים, אלא דמשמעותו הוא שאין לו בה כלום, אשר ממילא אפי' היכא דלא יכול להיות כן, כגון בזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי, מ"מ אין משביעין אותו שבועה זו דהא אין זה נוסח שבועה לנידון זה.

פד) תוד"ה על דאית לי' משתבע כו'- ואע"ג דעל דעת ב"ד משביעין אותו מ"מ לא הו"ל לתקן שבועה בלשון דלא משתמע שחציה שלו- אכן המאירי ריש מכילתין כתב, וז"ל: ולי נראה שאין דעת ב"ד מועיל אלא לדברים שבלב או כל דבר שב"ד ראויים לטעות בו הא כל שהוא מוציא בפיו נסח שאין שבועתו כלום מה ענין דעת ב"ד לכך וכו', עכ"ל. ולכאורה תליא הך מילתא בהנ"ל באות פ"ג, דהתוס' ס"ל כדברי רש"י דלשון זה שאין לו בה פחות מחציה מתפרש על שני פנים, אשר ממילא שפיר שייך דבר זה למה שעל דעת ב"ד הוא נשבע, וכן מבואר בדברי המאירי שכתב בדעת הני דהקשו דנימא דעל דעת ב"ד משביעין אותו דחשיב הך שבועה לדידהו לשון ספק, והוא כנ"ל. אכן המאירי ס"ל ע"ד דנתבאר לעיל בדעת המחבר דחשיב שודאי אין זה לשון שבועה, אשר ממילא שפיר טען דלא שייך ד"ז להא דעל דעת ב"ד משביעין אותו.

פה) רש"י ד"ה מי יהבינן לי' כולה- ואם ישביעוהו על כולה הרי לעז לב"ד מאחר שכולה שלו והם אמרו יחלוקו- מבואר לכאורה דאף לפי תי' הגמ' עדיין היה עיקר נוסח השבועה צריך להיות דכולה שלו, רק משום לעז אין עושין כן. והטעם לכאורה, דס"ל דדין השבועה הוא לחיזוק טענתו אשר ממילא תליא מילתא בטענתו ולא במה שלמעשה יתנו לו ב"ד.

והנה כתבו התוס' בד"ה ונימא שבועה שכולה שלי, וז"ל: לרבנן דבן ננס פריך דלא חיישי לשבועת שוא, עכ"ל. ותמה הגרע"א, דהא מאי דלא חיישי רבנן במאי דבא לידי שבועת שוא, זהו דווקא בכגון חנוני על פנקסו דכל אחד גובה כולו ואין בעה"ב מפסיד זכותו שישבעו לו משום שיבואו לידי שבועת שוא, אבל בסוגיין דיכולים לישבע כל אחד שאין לו בה פחות מחצי אף לרבנן לא נימא דישבעו כל אחד שכולה שלו, ע"ש שהניח הדבר בצ"ע. וכבר קדמו בקושי' זו בתוס' הרא"ש בסוגיין, ע"ש שתירץ, וז"ל: וי"ל דס"ד דעכשיו נמי שהוא נשבע שאין לו בה פחות מחציה אדעתא דטענתו הראשונה שאמר כולה שלי הוא נשבע ואיכא שבועת שוא וא"כ ישבע בהדיא שכולה שלי, עכ"ל. ולפי דבריו תי' הש"ס ומי יהבינן לי' כולה פירושו דמשו"ה ודאי אין נשבע על דעת טענתו אלא על דעת מה שיקבל, ושפיר עדיף לישבע שאין לו בה פחות מחציה מלישבע שכולה שלו דאית בזה משום שבועת שוא. ועי' שט"מ בשם הריצב"ש דתי' הגמ' הוא באמת קושיית הגרע"א, ז"א, דהא גופא הוא התשובה דאין נשבעין כל אחד דכולה שלו משום דבאין לידי שבועת שוא ובכה"ג לרבנן לא עבדינן הכי. והנה מאי דלית לי' לרש"י הכי ואי לאו לעז אכתי הוה משבעינן לכ"א דכולה שלו, היינו לכאורה מטעם הנ"ל, דכן הוא יסוד דין השבועה לישבע כטענתו אשר ממילא לרבנן דבן ננס שפיר הוה משבעינן לי' הכי.

ומדברי הרמב"ם נראה דמבואר פירוש אחר בשו"ט דהש"ס, עי' פ"ט מהל' טו"נ ה"ח-ט, וז"ל באי"ד: כל אחד משניהן נשבע בנקיטת חפץ שאין לו בזה הדבר פחות מחציו ויחלוקו וכו' מכאן אתה למד לכל הנשבעין ליטול בין שבועה קלה בין שבועה חמורה שאינו נשבע על מה שטוען אלא על מה שנוטל אע"פ שטוען יתר, עכ"ל. וכן מבואר בדבריו בפיה"מ. ולדידי' נראה דזהו גופא השו"ט בסוגיין, דלמה שהקשו דישבע שכולו שלו הוה ס"ד דנשבע על טענתו, אשר ע"ז מסקינן דכיון דאינו נוטל אלא חציו אינו נשבע אלא דלית לי' פחות מחציו. (ואילו היה דינא דישבע לפי טענתו לא היה בזה קושי' לרבנן מהא דמביא לידי שבועת שוא, כאשר כתבנו לעיל בדעת רש"י.) ויסוד המחלורת רש"י והרמב"ם, בגדר הך שבועה דשנים אוחזין, דרש"י ס"ל דיסוד השבועה הוא לחיוזק טענתו של כל אחד מהם, אשר ממילא תליא בטענתו ולא במה שיטול מדין היחלוקו. אכן הרמב"ם ס"ל דאין יסוד השבועה לחיזוק טענתו, אלא עיקרו לזכות נטילת חלקו ביחלוקו, דתקנו דאינו נוטל חלקו אא"כ נשבע עליה, אשר זהו כללא דהרמב"ם דאינו נשבע על מה שנוטל, וזהו ביאור תי' הגמ' בסוגיין.

והנה יעויין לקמן דף ז' ע"א שנים אדוקין בטלית וכו' ובשבועה, דכתבו שם התוס' דנשבע אף על מה שבידו, דהא טעמא דהשבועה שלא יהא כל אחד הולך ותוקף וכו'. אכן הרמב"ם כתב דאין עיקר השבועה אלא על מה שביניהם שחולקים. והיה אפשר לומר דפליגי בשבועה דמתני' אי הוי שבועת הנוטלין או שבועת הנפטרין, דהרמב"ם ס"ל דהוי שבועת הנוטלין, וכמו כשכתב להדיא, אשר ממילא אינו נשבע על מה שבידו דהא זהו כבר שלו ולא חשיב "נוטלין". והתוס' ס"ל דהוי שבועת הנפטרין. אכן מדברי הגר"א שדקדק מדברי התוס' לעיל דף ב' ע"ב דמהני עד המסייע לפטור אף משבועת הנוטלין מבואר שהבין דאף להתוס' הוי שבועת הנוטלין. וגם היה אפשר לבאר דפליגי בדין יחלוקו דמתני' אי מטעם ודאי הוא או מטעם ספק, דהתוס' לשיטתייהו דהוי מטעם ודאי, לדידהו אף מה שחולקין ודאי שלהם הוא ומדחזינן דמ"מ איכא שבועה, ה"ה במה שבידו. והרמב"ם ס"ל דהוי מטעם ספק,אשר על כן זה אינו אלא על מה שביניהם ולא על מה שבידם. ובדברי התוס' יתכן למימר כן, אכן הרא"ש והרמב"ן ג"כ כתבו כדברי התוס' דנשבעין על הכל, והם הרי ס"ל דאין החלוקה אלא מטעם ספק. וע"פ משנ"ת יש לבאר פלוגתתן, דלהרמב"ם השבועה הוא על מה שנוטל, אשר ממילא אין זה אלא על מה שביניהם, אכן להתוס' יסוד השבועה הוא לחיזוק טענתו, וכיון דהכל טענה אחת הוא ותיקנו שישבע על טענתו משום שלא יהא כל אחד הולך ותוקף, שפיר נשבע אף על מה שבידו. (והנה הקשו על הרמב"ם שם דלדידי' דאין נשבעין אלא על מה שחולקים בשוה, מהו החידוש בגמ' במה שנשבעין הרי מתני' הוא. ועפמשנ"ת אפשר די"ל דהוה ס"ד דמה שתיקנו שישבע על מה שנוטל ובלאו הכי לית לי' זכות נטילה, זהו דווקא היכא דבלא"ה לית לי' זכייה בהך טלית, אבל היכא דאית לי' זכייה כבר יתכן דלא חייבוהו לישבע, אשר זהו חידושא דר' אבהו דבשבועה. וזה לא שייך אלא לשיטת הרמב"ם, אבל לשיטת התוס' דמה שהוצרך לישבע זהו לחיזוק טענתו, אילו לא היה נשבע אלא על מה שחולקין פשוט דהיה צריך לישבע על זה, דהא סו"ס צריך שבועה לחיזוק טענתו, ועדיין צ"ע בזה.

פו) דאמר כולה שלי ולדבריכם שבועה שיש לי בה ואין לי בה פחות מחציה- עי' רמב"ם פ"ט טו"נ ה"ז שכתב, וז"ל: שנים שהיו אוחזין בכלי אחד וכו' זה אומר הכל שלי וזה אומר הכל שלי כל אחד משניהן נשבע בנקיטת חפץ שאין לו בזה הדבר פחות מחציו ויחלוקו וכו', עכ"ל. וצ"ב לכאורה דהביא הרמב"ם לשון השבועה כסתימת המשנה ולא כמסקנת סוגיין

דאומר כולה שלי ולדבריכם וכו'. וכן הטור בסי' קל"ח לא הביא הך מילתא דאומר כולה שלי ולדבריכם וכו'. וכבר תמהו על דברי הרמב"ם הר"ן והנ"י בסוגיין, ע"ש. ועי' ב"י שם ריש סי' קל"ח שכתב בדברי הרמב"ם והטור שפירשו דלעולם אינו נשבע אלא כלשון המשנה, ומה שאמרו דאמר כולה שלי וכו', ר"ל דאמרינן דכן מונח במה שנשבע שאין לו בה פחות מחציה, דר"ל דבאין לי בה פחות מחציה הכונה שבאמת לפי דבריו יש לו הכל, ולשון זה כולל כל האפשרויות, או כדבריו שכולה שלו או כמו שיפסקו ב"ד דחציו שלו. וכן מבואר להדיא בדברי התוס' רי"ד בסוגיין, ע"ש (ונראה שיש שם טעות הדפוס, כדמוכח למעיין). ואפשר דנבנה הך מילתא אהא דעל דעת ב"ד הוא נשבע.

פז) וכי מאחר שזה תפוס ועומד וזה תפוס ועומד שבועה זו למה לי- צ"ב מכאן לדעת רש"י לעיל ב' ע"ב דמבואר דטעם השבועה לרבנן הוא משום דמחוסר גובייא והוא כמין מוציא או משום דמורי ואמר, מה הקשו כאן שבועה זו למה לי, וכבר הערנו בזה לעיל. ואפשר דיש ליישב קצת, וכן צידד מו"ר זצ"ל, דעד כמה דס"ד דדין היחלוקו הוא מצד הספק דלא ידעינן של מי הוא, שפיר הוה אמרינן דחשיב בזה כמין מוציא על החצי שלוקח ומשו"ה הוא דצריך לישבע. אכן מדמסקינן לעיל דף ג' דיסוד החלוקה הוא משום דיתכן דתרוייהו הוא, מעתה יסוד החלוקה הוא משום דמניחים דשל תרוייהו הוא ושוב על ידי טענותיהם הוי כל אחד כתפוס על חציו, ושוב לא יחשב כמוציא, אשר זהו דהקשו וכי מאחר שזה תפוס ועומד וזה תפוט ועומד שבועה זו למה לי, ועדיין צ"ע בזה.

פח) רש"י ד"ה ונימא מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא- אם חשוד הוא בכך חשוד הוא נמי לישבע- כונת דבריו לכאורה, דעד כמה דחשוד הוא אממונא, דהא מהאי טעמא הוא דבעינן לחייבו לישבע שמא תקף טליתו של חבירו, יהיה נמי חשוד על השבועה ושוב אין השבועה מעלה או מורידה, ובמיוחד למשנ"ת לעיל דף ג' ע"ב בדעת בשם החמדת שלמה והגרע"א דממנ"פ עד כמה דאתה חושדהו, הרי אין השבועה שוה כלום, ועד כמה שתאמר שהשבעוה אמת, הרי לא בעינן לשבועה , דכיון דשוה לבני אדם ממון ושבועה, בעצם טענתו שהטלית שלו סגי, דהא שוה לאינשי גזל ושבועה.

אכן יעויין בחידושי הריטב"א החדשים שכתב, וז"ל: והיינו דפרכינן ונימא מיגו דחשיד אממונא וכו' ולא נרמי עלי' שבועה דהא איכא משום ולפני עור וכו', עכ"ל. הרי מבואר מדבריו שפירש באופן אחר, דלעולם שפיר הוה אמרינן דאיכא תועלת בשבועתו, דאף דחשוד הוא מ"מ אין הדבר ברור שישבע לשקר ושפיר יתכן שיפרוש ולא ישבע לשקר, אשר מהאי טעמא הוה משבעינן לי' אי לאו הך טעמא דלפני עור. ונראה פשוט דלא אמר הריטב"א כן אלא בשבועה דרבנן, בזה הוא דאמר דשפיר הוה מתקנים חז"ל השבועה משום הצד שיפרוש על ידה, ורק משום לפני עור לא תיקנו, אבל בשבועה דאורייתא, מחד גיסא לא שייך בזה לומר דמשום לפני עור לא הטילו השבועה עליו, דהא דאורייתא היא, ומאידך גיסא, בשבועה דאורייתא שאינה כשבועה זו דשנים אוחזין דכדי שלא יהא כל אחד הולך ותוקף הוא, אלא בעינן בהו נאמנות דשבועה, בהני שבועות דאורייתא ודאי דאיכא חסרון בחשוד דאין שבועתו כלום, ולא בעינן כלל הך טעמא דלפני עור.

פט) תוד"ה דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא- וי"ל דגזלן לא פסול לשבועה אלא מדרבנן ולעדות הוא דפסול מדאורייתא משום אל תשת רשע עד- וחשוד אממונא אף מדרבנן לא פסול כדמבואר בסוגיין. וטעם החילוק כתבו התוס' בגיטין נ"א ע"ב ד"ה ובכולי בעי דלודי דהוא משום דהא דפסלו רבנן גזלן לשבועה הוא משום דפסלתו תורה לעדות, ולא פסלו רבנן אלא היכא דנודע פסולו דגנאי הוא להשביעו. וס"ל להך תי' דדווקא אי פסולו דגזלן דרבנן הוא דיש לחלק כן, אבל אילו היה פסול גזלן לשבועה דאורייתא, ודאי דאף החשוד על ממונא היה פסול, ודלא כמו שכתבו בשם הר"ר יהודה חסיד דאף דאורייתא אמרינן דגזלן חשוד לשבועתא ואילו חשוד אממונא לא חשיד אשבועתא.

ולכאורה מאי דפסול גזלן לעדות מדאורייתא ולא לשבועה פשוט הוא, דהא לא כתיב אלא אל תשת רשע עד, ולא פסלתו תורה אלא לעדות ולא לשבועה, דהא ליכא קרא לשבועה. אכן עי' תוס' הנ"ל בגיטין, ובכתובות י"ח ע"ב שהקשו באמת מ"ט פסול מדאורייתא לעדות ולא לשבועה, ותירצו דהיינו משום חומרא דשבועת שקר, דחמיר טפי מעדות שאר. ולכאורה צ"ב מה הוקשה להו ואמאי הוצרכו לחלק כן, הרי פשיטא דקרא דפסיל לא כתיב אלא לגבי עדות ולא לגבי שבועה. ומבואר לכאורה מדבריהם דמאי דפסיל גזלן לעדות אין זה משום שם פסול דחל עליו, אלא משום חשש משקר, אשר בזה שפיר הוקשה להו דאי חשוד הוא לשקר אמאי אינו פסול גם לשבועה מהאי טעמא.

ובקצוה"ח סי' מ"ו סקי"ז מבואר פסול רשע דחמס תרתי איתנהו בי', דברשע דחמס פסול משום חשש משקר, ובנוסף לזה נתחדש בקרא דאל תשת רשע עד גזלן פסול הגוף הוא כמו קרוב, וברשע דאינו דחמס דליכא חשש משקר, אינו פסול אלא משום הך פסול הנלמד מקרא, ע"ש שהביא דברי הנ"י דמבואר מדבריו דהך דילפינן מקרא לאו משום חשש משקר הוא אלא דרחמנא פסלי' לעדות. ולפ"ז היה אפשר לבאר מה שהוקשה להתוס' מ"ש לענין עדות מלענין שבועה, דר"ל דנהי דהפסול הנלמד מקרא לא נאמר אלא לענין עדות ולא לענין שבועה, מ"מ הרי פסול גזלן נמי משום חשש משקר, וא"כ אמאי לא יפסול נמי לענין שבועה מהאי טעמא. עי' קובץ הערות יבמות סי' כ"א אות ב' ואות ה' שכתב כן. אכן מדברי התוס' הנ"ל בכתובות מבואר לכאורה דאין זו כונתם, ע"ש שהקשו מ"ש דלעדות פסול דכתיב אל תשת רשע עד ולענין שבועה כשר, הרי דהקשו מצד הפסוק, ועכצ"ל דס"ל דיסוד הפסול הנלמד מן הפסוק מצד חשש משקר הוא, וכנ"ל.

ועי' יד רמה סנהדרין כ"ז ע"א דמבואר מדבריו דלא כמש"כ בקצוה"ח, שכתב בא"ד וז"ל: ואיבעית אימא פירושא קא מפריש דהאי אל תשת רשע עד אל תשת חמס עד קאמר ולאו למימר דלא הוי פסול עד דהוי חמס אלא הכי קאמר רשע שחוששין שמא יהיה עד חמס אל תשיתון עד, עכ"ל. הרי מבואר להדיא בדבריו דלאביי דפסול אף רשע דאינו דחמס, היינו טעמא דפסול משום דעל ידי זה יבוא להיות עד חמס, כלומר, משום חשש משקר. (עי' אמרי בינה, עדות סי' ל"א שהביא דבריו ומש"כ בזה.)

אלא דיש בזה מקום עיון, וכבר העיר בזה בחידושי ר' ראובן למכילתין סי' ד', דהא חשוד לדבר אחד אינו חשוד לדבר אחר (ורשע דחמס כתב הקצוה"ח דלעינן חשוד אשבועתא חשיב לאותו דבר, ע"ש), ומעתה קשיא לאביי דפסול אפי' רשע דלאו דחמס האיך אפשר לומר דפסולו משום חשש משקר. וכתב בזה בחידושי ר' ראובן דלעולם באיסורין ודאי אמרינן דחשוד לדבר אחד אינו חשוד לדבר אחר, אבל היכא דבעינן עדות, וכן לענין שבועה, בענין נאמנות שלמה, וודאי דהחשש המעט שיש ברשע שאינו דחמס שמא גם יקח ממון או ישבע לשקר מהוה פגיעה בשלמות וחשיבות נאמנותו, כלומר, דחסר בדרגת הבירור דבעינן, אשר משו"ה לא מהני.

ובעיקר מה שכתבו התוס' דגזלן לא פסול לשבועה אלא מדרבנן, אין להקשות מהא דמבואר לקמן דאילו אמרינן מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא לא היה שייך שבועת מודה במקצת מן התורה, הרי דחשוד פסול לשבועה מן התורה, די"ל דמש"כ התוס' דגזלן אינו פסול אלא מדרבנן הוא למאי דקיימינן השתא דחשוד אממונא לא חשיד אשבועתא, וא"כ מן התורה לא היה לו לגזלן ליפסל לשבועה כלל רק שתקנו חכמים, אכן אילו הוה אמרינן דחשוד אממונא חשוד

אשבועתא, ודאי דהיה גזלן פסול מן התורה, דלא גרע מכל חשוד.
ובקצוה"ח סי' צ"ב סק"א הקשה על דברי התוס' בב"ק ק"ח שכתבו דפסול חשוד לשבועה דרבנן הוא, מהמבואר גבי מודה במקצת די הוה אמרינן דחשוד אממונא חשוד אשבועתא לא היה שייך שבועה מן התורה, וכתב לחלק דהיכא דהיה מקודם חשוד אין הפסול אלא דרבנן, דדילמא עשה תשובה, וכבר הבאנו הדברים לעיל, אבל אילו הוה אמרינן דחשוד אממונא חשוד אשבועתא הרי היה הוא חשוד אממונא ושבועתא בהך מילתא גופא, ובזה ודאי דהוי דאורייתא. ולדבריו ליכא קושי' כלל אמאי דכתבו התוס' דפסול גזלן לשבועה אינו אלא דרבנן מסוגיין. אכן כבר כתבנו לעיל אות ע"ח ליישב קושיית הקצוה"ח באופן אחר, ע"ש.

צ) תוד"ה דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא- וי"מ בשם הר"ר יהודה חסיד הא דחשיד אממונא כשר לשבועה משום דשמא על ידי השבועה יפרוש אבל גזלן וכו'- עי' ביתר ביאור בחידושי הרמב"ן בסוגיין.

צא) תוד"ה דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא- ולא קשה מההוא רעיא דאסהידו בי' דאכל מינייהו 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 לעדות- עי' ב"ח חו"מ סי' ל"ד שכתב דמי שלא גנב או גזל אלא פעם אחת אע"פ שלא היתה השבה אלא ע"י כפיית ב"ד מיד כשהחזיר הגניבה או הגזילה הרי הוא כשר לעדות ולשבועה. ובקצוה"ח סק"ב תמה עליו מסוגיין דמבואר דנעשה פוסל מטעם גזלן משום הני תרי דהעידו העדים שאכל, והרי ב"ד מחייבין אותו לשלם ולדברי הב"ח אמאי פסול. וכתב בקצוה"ח לבאר דברי הב"ח, דמאי דלא נפסל בכה"ג הוא משום דמה שמקיים והשיב את הגזילה אף שהוא על ידי כפייה מ"מ זהו תשובתו, וכמו מי שלוקה. ומאי דלא מהניא בסוגיין, היינו משום דכיון דקודם שהשיב היה חשוד וחייבוהו ב"ד בשבועה ולא היה יכול לישבע ושכנגדו נשבע ונוטל, שוב אמרינן דקם דינא ואף דאח"כ כבר אינו חשוד אין הדין משתנה. אלא דהעיר בקצוה"ח דמדברי התוס' מבואר דלא כדברי הב"ח, דהא כתבו דמה שהוא משיב על פי עדים אין זה השבה מעליא כיון דהוי בע"כ.
והנה מה שכתב בביאור דברי הב"ח דהיכא דהיה חשוד אמרינן דקם דינא, לכאורה אין הדבר ברור שיהא שייך הכא קם דינא, דבשלמא היכא דאבד לו דרך והיו ד' השדות של ד' בני אדם דכל אחד היה יכול לדחותו, הרי חייל דינא דלית לי' תביעת דרך ושפיר אמרינן דאף דאחר כך הויין כל ד' השדות של אדם אחד מ"מ קם דינא. אכן הכא דהרי בעצם חייל עלי' דין שבועה, רק עד כמה שהוא חשוד אמרינן דמתוך שאינו יכול לישבע משלם אלא דחייבו את התובע לישבע, וכל הך דינא אינו אלא משום דינא דמתוך (עכ"פ לפום התי' הא' דהתוס' לעיל בע"א), ואם אך אח"כ אינו חשוד הרי מעתה שפיר יכול לשלם, ומה שייך בזה קם דינא. ואי נפרש כמו שביארנו דברי התוס' לעיל אתי שפיר, דלעולם אף לתי' הא' אין מה שזוכה מדין מתוך, אלא עצם תקנת כנגדו היא היא הנותנת לו תביעת ממון, והעבירו חז"ל את השבועה מהנתבע לתובע, אשר בזה שפיר שייך למימר דקם דינא, דמאחר דחייל דין השבועה על התובע תו אין הדבר משתנה אף דכבר אין הנתבע חשוד. (אמנם הקצוה"ח עצמו למד בדברי התוס' דנבנה זכות ממון דהתובע על מתוך), ועדיין צ"ע בזה.
ובנתיה"מ סי' ס"ט סקי"ג כתב דאם אח"כ אינו חשוד אף דהיה חשוד בשעת הדין מ"מ אמרינן דנשבע ונפטר, וס"ל דלא שייך בזה קם דינא, ואפשר דהוא מטעם הנ"ל, דס"ל דאין הנטילה אלא משום מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וצ"ב בזה.

ובגופא דמילתא דכתב בקצוה"ח דמה שמשלם ומקיים על ידי זה מצות והשיב את הגזילה זהו תשובתו, הך מילתא אי מקיים בתשלומין מצות והשיב את הגזילה במח' תליא, דהא הרמב"ם ס"ל בריש הל' גזילה דדווקא אם מחזיר הגזילה בעין הוא דמקיים מצות והשיב את הגזילה, ולדידי' ליכא קושיא כלל מסוגיין על דברי הב"ח, דהא הכא אין מחזיר הבהמות בעין ומשו"ה עדיין הוי חשוד. ולפ"ז לא יקשה על הב"ח מדברי התוס' בסוגיין, דהא היכא דאינו מחזיר הבהמות בעין עדיין חשוד הוא ורק היכא דמחזיר מרצונו הוא דהוי תשובה מעלייתא. אלא דעדיין מדברי התוס' עצמם יהא מבואר לכאורה דלא כדברי הב"ח, דהא התוס' במכות ט"ז ע"א ס"ל דאף בתשלומין מתקיים העשה דוהשיב את הגזילה.

צב) רש"י ד"ה חשיד נמי אשבועה דידה- דבשלמא אשבועת שומרין דההוא דקטעין נאנסה דחייבי' רחמנא שבועה איכא למימר דלא חשיד אממונא אלא שמא פשע בשמירתה וחייב לשלם אונסי' וסבר עד דהוי לי זוזי ופרענא לי' אלא ההיא דכפירה הא ודאי כופר בפקדון הוא ומשקר והיכי משבעינן לי' עלה- והוכחתו לפרש כן, ממאי דהקשו דווקא מדברי רמי בר חמא ולא משבועת השומרים לכו"ע, וכ"כ הראשונים בביאור דבריו. (ועיקר הגדר לרמי בר חמא, עי' דברי הרמב"ן לעיל בע"א שכתב דעיקר חיובן של ד' שומרין משום הודאה במקצת וכפירה במקצת הוא ולפיכך אמר הכתוב שאינן חייבין עד שיאמר כי הוא זה, כלומר, שיודה במקצת ויכפור במקצת.) ואף דלכאורה אף בההוא דכפר בו יש לומר גם דמשתמט, עי' רמב"ן ורשב"א שכתבו דאי לא היה אלא משתמט לא היה כופר הכל אלא היה טוען שנאנס. ובריטב"א החדשים פירש באופן אחר קצת, דאילו היתה כונתו גם בהך בהמה להשתמט היה טוען בב' הבהמות טענה שוה, או טענת אונס בשניהם או להד"ם בשניהם. ואילו לדברי הרמב"ן והרשב"א אילו היה טוען בתרוייהו להד"ם לא הוה תלינן כלל דמשתמט.
וע"ש עוד ברמב"ן שפירש באופן אחר ודלא כרש"י, דמשבועת השומרים ליכא למידק דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא, דאיכא למימר דמיירי בספק מתה באונס ספק מתה בפשיעה והוא סבור שבאונס מתה דרמי רחמנא שבועה עלי' משום דמפרשי אינשי מספק שבועתא ולא מפרשי מספק ממונא.

צג) לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע- בפשטות משמע מלשון הגמ' דלאינשי הוא דמשמע הכי אבל באמת אינו כן אלא עובר אלאו דלא תחמוד אפי' אי נותן דמים, וכן מבואר בדברי הריטב"א החדשים, ע"ש, וכ"כ הרמב"ם פ"א גזו"א ה"ט. אכן עי' תוס' סנהדרין כ"ה ע"ב ד"ה מעיקרא סבר דמי קיהיב דתליא הך מילתא בב' תירוצי התוס', דלתי' הב' אכן הדבר כן, אבל לתי' הא' שם אמת הוא דליתא להלאו אלא בדלא יהיב דמי. ולפ"ז מאי דאיתא בסוגיין דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע, ר"ל, דאילו היה משמע להו לאינשי דאיתא להלאו אפי' בדיהיב דמי, אף שאין האמת כן מ"מ היה נעשה חשוד לממונא על ידי כך, וז"פ. (שו"ר מביאים כן בשם הר"ש מקינון בספר הכריתות.)

צד) תוד"ה בלא דמי משמע להו- וא"ת תיפוק לי' מלא תגזול- מבואר מדבריהם דס"ל כדיעה הא' בתוס' הנ"ל בסנהדרין דכן הוא האמת דעוברים אלא תחמוד דווקא בלא יהיב דמי, דאילו היו באמת עוברים גם בדיהיב דמי לא קשיא קושייתם כלל, וכ"כ המהרש"א, ע"ש. אלא דלכאורה יש לדחוק דכונתם להקשות האיך משמע להו לאינשי דלא תחמוד בלא דמי (אף דהאמת הוא דהוי אף בדיהיב דמי), הרי א"כ לפי דעתם לא תגזול למה לי.
ומשמע עוד מדבריהם דאינו עובר בלאו דלא תחמוד אלא בדנטל החפץ, דאילו היה עובר הלאו מצד החמדה לבד לא קשיא קושייתם כלל. וכ"ה דעת המרדכי סוף הכונס דהחומד במחשבה בלא מעשה אינו עובר. וכ"כ הרמב"ם פ"א גזו"א ה"ט דאינו עובר

אלאו זה עד שיקח החפץ שחמד, ע"ש. והנה כתב שם הרמב"ם דאינו לוקה אלאו זה משום דהוי לאו שאין בו מעשה, ותמה הראב"ד, וז"ל: לא ראיתי דבר תמה גדול מזה והיכן מעשה גדול מנטילת החפץ אבל היה לו לומר מפני שהוא חייב בתשלומין שהרי הוא כגזלן שחייב להשיב את הגזילה ולפיכך אינו לוקה וגם זה חייב להשיב החפץ לבעליו, עכ"ל. וע"ש במ"מ שתלה פלוגתתם במה שנחלקו אי איתא ללאו זה אף היכא דאמר הבעלים רוצה אני, דהראב"ד ס"ל דדווקא היכא דלא אמר רוצה אני איתא להלאו והרמב"ם אינו מחלק בכך. ונראה ביאור יסוד פלוגתתם, דנחלקו בגדר יסוד זה דבעינן שיקח החפץ, דהרמב"ם ס"ל דאין זה משום דבעינן לעבירה גם שיעשה מעשה, אלא דהוא שיעור במחשבה, שבעינן מחשבה כזו שהביאתו לידי מעשה. אשר לפ"ז אתי שפיר מאי דס"ל להרמב"ם דאיתא להלאו אף בדאמר רוצה אני, דאף דכד אמר רוצה אני שוב לא חשיב המעשה באונס, מ"מ שפיר הביאתו מחשבתו לידי מעשה אשר ממילא עובר. וכן מבואר מאי דס"ל להרמב"ם דחשיב הך לאו לאו שאין בו מעשה, דמאי דבעינן למעשה הרי אינו מצד עצם יסוד הלאו, אלא הוא שיעור במחשבה ולעולם עצם האיסור הוא המחשבה. אכן הראב"ד ס"ל דמאי דבעינן שיקחנה פירושו דמעשה הוא חלק מהאיסור, ואין האיסור המחשבה גרידא, אשר ממילא לא שייך ד"דז אלא היכא דלא אמר רוצה אני דחשיב גם המעשה באונס, אבל היכא דאמר רוצה אני הרי ליכא אלא מחשבה גרידא ואינו עובר. וכן אתי שפיר מאי דס"ל להראב"ד דשפיר חשיב לאו שיש בו מעשה, דהא לדידי' המעשה הוי חלק מיסוד האיסור, וכמשנ"ת. עי' מה שהארכנו בזה בלבונת המנחה מצוה ל"ח אות א'. ומובן ג"כ בזה דלשיטת הרמב"ם לא שייכא כלל סברת הראב"ד דאינו לוקה משום דניתן לתשלומין, דהא להרמב"ם יסוד האיסור הוא המחשבה אשר לא שייך בזה כלל לומר דניתן לתשלומין, וז"פ.

והנה העיר במנ"ח מצוה ל"ח ע"פ המבואר בתוס' לקמן ס"א ע"א ד"ה לעבור דהיכא דליכא מלקות לא אמרינן דכתבן התורה לעבור בב' לאוין, דלפ"ז צ"ב מה היא קושיית התוס' בסוגיין, הרי ליכא מלקות אלא תגזול ואף בלא תחמוד מבואר דליכא מלקות. ועפמשנ"ת בדעת הרמב"ם אפשר די"ל דלא שייך הכא כללא דהתוס' בדף ס"א,דהתם מיירי בב' לאוין על אותו מעשה, ובזה כתבו התוס' דלא אמרינן דכתבן לעבור עליו שנים אא"כ איכא מלקות, אבל הכא דהרי לאו דלא תגזול עיקרו המעשה, ולאו דלא תחמוד יסודו המחשבה וננמצא דב' ענינים חלוקים הם ושפיר איכא למימר דאסרה התורה גם מצד המעשה גם מצד המחשבה כדי לעבור עליו בשנים, ועדיין צ"ע בזה.

צה) תוד"ה בלא דמי משמע להו- ואע"ג דהוסיפו עליהם החמסנין וכו' היינו חמסן שחצוף לחטוף מיד ליד בידיעת הבעלים אבל הכא לא חציף וכו'- הא דלא חילקו כן אף אילו היה פסול החמסן דאורייתא, עי' מהרש"א דהוה אמרינן דמ"מ פסול משום דעבר אלאו דלא תחמוד, אף דיהיב דמי. ודבריו לכאורה צ"ב, וכבר עמד עליהן במהר"ם שיף, דהא דקדקו מתחילת דברי התוס' דס"ל דבאמת ליתא ללאו דלא תחמוד אלא בדלא יהיב דמי.

והנה יעויין דברי התוס' הנ"ל בסנהדרין כ"ה ע"ב דבמאי דקאמר התם מעיקרא סבר דמי קיהיב רצו לומר דהיכא דיהיב דמי ליכא לא תחמוד והקשו, וז"ל: וא"ת והא אמרינן בפ"ק דב"מ לא תחמוד בלא דמי משמע להו משמע לאינשי דווקא הוא דמשתמע כך אבל הם טועים דלא תחמוד הוי אפי' בדיהיב דמי וכו', עכ"ל. ודבריהם לכאורה צ"ב, דנהי דהאמת הוא כן דלא תחמוד הוי אפי' בדיהיב דמי, אבל מ"מ הרי אמרו בסוגיין דלא משמע לאינשי כן וא"כ מה הקשו התוס' שיפסל, וראיתי שכבר העיר בכך המהרש"א שם, ע"ש. ולכאורה אפשר ליישב דבריהם ע"פ המובא בשט"מ בסוגיין לקמן דף ו' גבי מלוה ישנה בשם תשובות הר"י מגאש, ע"ש בדבריו שכתב, וז"ל: עיקר מה שנאמר דילמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו הוא לענין שלא תחשוד אותו שהוא נשבע לשקר אמנם לענין הכשרות והפסלות אפי' שנתברר שמלוה ישנה יש לו עליו בהיותו כופר בפקדון הוא פסול לעדות לפי שאין לו לקחת אותו בחובו להיות גוף הפקדון של מפקיד וכו' ואם לקחו בחובו אכתי גזלן הוא ופסול לעדות הלא תראה מי שאנס חברו שימכור לו נכסיו גזלן הוא אע"פ שנותן דמים משלם כן זה אף על פי שהוא מקבל אותו בחובו הואיל ולא הסכים עמו חברו על כך גזלן הוא אך לא יתפשט זה הגזלנות עד שיגיע לגדר שנאמר שמי שמורה בו היתר גם כן יורה היתר לישבע על שקר ויהיה חשוד על השבועה לפי שלא יהיה חשוד על השבועה אלא מי שהוא חשוד ליקח ממון חבירו אבל מי שאינו לוקח אותו אלא לסיבה אינו חשוד על השבועה וכו', עכ"ל. וביאור דבריו, דלענין פסול לעדות דאינו בדווקא משום חשש משקר אלא פסול הגוף הוא, אף היכא דמשמע להו בלא דמי מ"מ הרי סו"ס אף בדמי הוא בכלל הלאו והו"ל רשע דפסול לעדות, דהא מיהא פשיטא דלא חשיב אונס או שוגג במה שסובר כן. אכן לענין שבועה לא נאמר דין פסול הגוף כלל ומה שאינו נשבע אין זה אלא משום חשש משקר, אשר בזה שפיר אמרינן דכיון דמשמע לי' בלא דמי, ממאי דעשה בדמי לא מוכחא שיעבור נמי וישבע לשקר. וה"ה בדברי התוס' איכא למימר ע"ד הר"י מגאש, אשר ממילא, התם בסנהדרין דמיירי לענין פסול עדות ליכא נפ"מ כלל דמאי דבדמי לא משמע להו לאינשי.

ו' ע"א

צו) רש"י ד"ה נימא מיגו- דמעיז פניו לכפור הכל לאו לאשתמוטי בעי וחשוד אשבועה- לכאורה יש לעיין בדברי מכמה טעמי, ראשית, דלפי דבריו דס"ד דליכא בכופר הכל אשתמוטי, אמאי הוקשה לו דווקא משבועה דרבנן שתקנו שבועת היסת ולא משבועה דאורייתא כגון עד אחד, דכיון דכופר הכל נימא מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא. ובשלמא לשיטת התוס' שפירשו דכונת הקשוי' הכא הוא משום דס"ל דתיקנו שבועת היסת אפי' היכא דליכא למימר דאשתמוטי קא משתמט, אתי שפיר, דאה"נ בשבועה דאורייתא כגון שבועת מודה במקצת היכא דלא שייך אשתמוטי לא משבעינן לי', אבל לפ' רש"י קשיא כנ"ל. ועוד צ"ב, דהא מבואר להדיא בסוגי' דשבועות דף מ' ביסוד תקנת שבועת היסת, דבאמת מאי דחייב שבועה ולא אמרינן דאיכא ראיה דאין אדם מעיז נגד חזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו הוא זה משום דאשתמוטי קא משתמט, ואי לא הוה ידעינן דאיכא בכוה"כ משתמט כלל האיך איתא כלל לתקנת שבועת היסת, והוא כעין קושיית התוס'. וכבר הקשה קושי' זו הב' בחידושי הרמב"ן, ע"ש שהקשה גם מהכופר במלוה דכשר לעדות משום דאשתמוטי קא משתמט. (ואף קושי' זו לא יקשה לשיטת התוס', כדמבואר מהמשך דברי הרמב"ן שם. אלא דיקשה מעד אחד אם לא דנימא דלא שייך שבועת עד אחד אלא היכא דאיכא משום משתמט, וכמו שצידד בביה"ל בדברי רש"י.)

ותי' הרמב"ן, דמאי דאיתא התם בשבועות דאשתמוטי קא משתמט אין פירושו דמשו"ה אין הכופר חשוד ולעולם רוצה לשלם, אלא ר"ל דכיון דעכ"פ איכא מעיזים לכפור הכל משום שאין להם מה לשלם (ואין דעתם לשלם), עדיפא לה חזקת דאין אדם תובע אא"כ יש לו ומשו"ה תקנו שבועת היסת. ואתי שפיר בזה גם הא דהכופר במלוה כשר לעדות, דכיון דאינו כופר הכל אלא משום שאין לו מה לשלם, אינו חשוד לשקר בעדות אחרת ולגזול מיד חבירו מה שברשותו. (ומשמע לכאורה מדבריו דפסול גזלן

משום חשש משקר הוא.) וצ"ל לדידי' דמאי דאמרו בסוגיין גבי מודה במקצת דאשתמוטי קא משתמט תדע דהכופר במלוה כשר לעדות וכו', לאו למימרא דתרוייהו שוין, דהא מאי דאמרו לעני מב"מ דאשתמוטי קא משתמט הוא שישלם כשיהיה לו, ואילו הך דהכופר במלוה כשר לעדות אינו כן, וע"כ דלא הביאו סייעתא אלא לעצם הדבר דהיכא דאיכא משום אשתמוטי קא משתמט, יהיה מאיזה סוג שיהיה, שוב לא חשדינן לי' בגזלן. ועי' חידושי הרשב"א שהקשה באמת כן על פי' זה.

ועי' ביה"ל ח"ג סי' ל"ז אות ז' שהקשה קושי' הנ"ל מע"א, וכתב בזה דמאי דאמרינן דחשוד הרי אין סתם משום שכופר אלא משום שמעיז לכפור הכל מה שאין שאר בני אדם המשתמטים עושים, וא"כ היכא דמעיז כגון שטוענו ספק ע"פ ע"א או בבנו, דבכה"ג מעיז, לא יהיה בזה חשוד אממונא דשפיר איכא למימר בזה שאשתמוטי קא משתמט, ושפיר משכחת לה שבועת עד אחד, ע"ש כל דבריו.

ובאופן אחר יש לומר, וכמדומה שכן שמעתי ממו"ר זצ"ל, דס"ל לרש"י דיסוד מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא אינו דהוא פסול לשבועה (יהיה הפסול מאיזה טעם שיהיה) אלא יסודו דעד כמה דבאין לחייב בשבועה משום חשד, הרי אין בזה תועלת, דמיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא ולא תועיל כלום מה שישבע. ועפ"ז י"ל דלעולם איכא בכוה"כ קצת סברא דאשתמוטי קא משתמט, כמבואר בסוגי' דשבועות, והתם שפיר סגי במאי דאיכא קצת למימר דמשתמט דשוב מתחייב שבועת היסת מצד חזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו. וכן הכופר במלוה כשר לעדות, דכיון דאיכא קצת סברא דאשתמוטי קא משתמט שוב אין לפוסלו. אכן הכא שפיר אמרינן דכיון דבפשטות לא אמרינן דאשתמוטי קא משתמט, מה תועלת יש לתקן שבועת היסת, הרי חשוד אממונא חשוד אשבועתא. וכבר כתבנו עצם יסוד זה בדברי רש"י לעיל דף ג' ע"ב, ע"ש. והתוס' שלא פירשו כן, היינו משום דס"ל דיסוד מאי דאמרינן מיגוי דחשוד אממונא חשוד אשבועתא הוא דפסול הוא לשבועה, אשר ממילא שפיר יקשה מלעיל בכופר הכל דאמרינן שפיר דאשתמוטי קא משתמט.

ויש לעיין האיך מתאים מש"כ רש"י הכא דמיגו דמעיז פניו לכפור הכל לאו לאשתמוטי בעי וחשוד אשבועה עם מאי דס"ל דטעמא דפטור כופר הכל משבועה הוא משום דאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, כלומר, דמה שמעיז הוי ראיה שאמת כדבריו, וצ"ב.

צז) תוד"ה אלא הא דאמר רב נחמן- וי"ל כיון דשאינו בעין משתמיט אף כשהוא בעין לא פלוג רבנן- מבואר מדבריהם דשפיר עבדינן קושי' ממאי דאיכא שבועה היכא דלא שייך אשתמוטי קא משתמט אף דבמאי דבאמת נשבעין בזה אינו אלא מצד לא פלוג. אכן יעויין בריטב"א החדשים שכתב, וז"ל בא"ד: ותירצו דהא זימנין שתובעו כל מה שהוא בידו דליכא טעמא דהשמטה ואין זה הפירוש נכון דהא לא פרכינן לה להא התם בדוכתה וטעמא משום דלא פליג ר"נ בתקנתי' והנכון דהכא לסניפין בעלמא נסיב לה ואין עיקר הקושי' אלא מאידך בתרייתא דר"נ, עכ"ל, הרי מבואר מדבריו דכיון דמאי דנשבע בכה"ג אינו אלא משום דלא פלוג, אין מזה קושי', וצ"ב מה יסוד שינוי זה. והנראה פשוט בזה, דהנה התוס' לעיל דף ה' ע"א כתבו ב' טעמים במאי דלא מהני שבועת חשוד, הא', דבאמת אין שבועתו שבועה והוה חשיב אינו יכול לישבע, והב', דבעצם שפיר חשיב יכול לשבועה כיון דלא בעינן אלא למעשה השבועה, אלא דאין מניחין אותו לישבע, כלומר דכיון דאיכא חסרון בחפצא דהשבועה דיסוד שבועה הוא אמת והיכא דחשוד ליכא אמת, לכך אין מניחין אותו לישבע. והנה לפי ב' טעמים אלו פשוט לכאורה דלא הוה מהני מאי דאמרינן לא פלוג דישבע היכא דליכא למימר דאשתמוטי קא משתמט, דהא סו"ס אין השבועה שבועה, אשר זהו דס"ל להתוס' דאף דאינו אלא משום דלא פלוג מ"מ איכא ראיה דחשוד אממונא אינו חשוד אשבועתא. אכן הריטב"א פירש לעיל דגדר החשוד בשבועה הוא דאין מקבלים שבועתו, ונראה ביאור דבריו, דשפיר הוי עצם השבועה חפצא דשבועה, רק דדין מסויים הוא בב"ד שאין מקבלים שבועת חשוד כיון דיתכן שאין הדבר אמת, ולעולם כיון דהשבועה שבועה אם אך היו ב"ד מקבלים שבועתו שפיר הוה מהניא השבועה. אשר זהו דס"ל להריטב"א דמאחר דבד"כ איכא משתמט ומשו"ה תיקנו שבועת היסת, שוב אף היכא דליכא משתמט מ"מ מחמת לא פלוג מקבלים שבועתו, ואין בזה ראיה כלל דחשוד אממונא אינו חשוד אשבועתא.[18]

צח) רש"י ד"ה נימא מיגו- כיון דחד מינייהו ודאי חשוד אממונא- מבואר מדבריו דמאי דאיכא ודאי רמאי סיבה היא למימר דחשיד אממונא וליהוי חשיד אשבועתא. אכן עי' ריטב"א החדשים שכתב דהך פירכא "לאו פירכא הוא כולי האי דהתם תקתנא הוא דעבוד לבעל הבית כיון דלא ידעינן מאן מינייהו כפר ואיכא חד רמאי ודאי דבעינן הלעיטהו לרשע וימות". ופשוט דלשיטתייהו אזלי בזה, דרש"י לשיטתו פירש דמאי דפרכינן בסוגיין דנימא מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא ר"ל דמשום כך לא נתקן השבועה כיון דעד כמה שהוא חשוד אין לו נאמנות בשבועה. ולדידי' ודאי היכא דאיכא ודאי רמאי חמור טפי. אכן הריטב"א לשיטתו הרי פי' דכונת הש"ס הוא דלא נירמי עלי' שבועה משום לפני עור לא תתן מכשול, אשר בזה שפיר טען דהיכא דאיכא ודאי רמאי לא נחוש ללפני עור דהלעיטנהו לרשע וימות, וז"פ.

וגוף דברי רש"י צ"ב לכאורה, אמאי הוצרך להא דודאי חד מינייהו חשוד, הרי בכל סוגיין סגי במאי דאחד ספק חשוד הוא, וכבר העיר בזה בפנ"י, ע"ש מש"כ בזה. ואפשר די"ל בזה עפמשנ"ת לעיל דס"ל לרש"י דיסוד הא דחשוד אממונא חשוד אשבועתא הוא דעד כמה שהוא חשוד אממונא חשוד הוא גם אשבועתא, ולא דבאמת חשוד הוא, אשר לפ"ז בחנוני על פנקסו הרי כל אחד כשהוא לעצמו אינו חשוד בעצם אממונא, דהא כל חד באפי נפשי' שפיר זוכה נגד בעה"ב, ואינו דומה לכל חשוד אממונא, ורק משום דתרוייהו תובעים בעה"ב וודאי חד מינייהו חשוד הוא דחייל עלייהו חיוב שבועה מצד הך מילתא, ובזה שפיר אמרינן דחשוד אממונא חשוד אשבועתא, ועדיין צ"ע בזה.

צט) רש"י ד"ה נימא- גבי שבועה שאינה ברשותי מיגו דחשיד וכו'- הרי דפי' דלא כדברי התוס' לעיל ג' ע"ב דקושיית הש"ס היא משבועה שלא שלחתי בה יד אלא משבועה שאינה ברשותי, עי' מה שכתבנו בזה לעיל דף ג' ע"ב. ומה שפירשו התוס' משום שבועה שלא שלחתי בה יד ונאדו מפירושו של רש"י דמיירי בשבועה שאינה ברשותי, היינו לכאורה משום דס"ל דבזה שפיר שייך שהוא משתמט שאינו יודע היכן הוא ולכך טוען שנאנס עד שיחפש וימצא כדאמרינן לעיל בכופר בפקדון. ויסוד המח' בזה במהותו של שבועה שאינה ברשותו, דמדברי רש"י מבואר דיסוד השבועה הוא שאין הדבר נמצא ברשותו, וחיישינן שמא ברשותו הוא ומשקר, ובזה פשוט לכאורה דלא שייך לומר דמשתמט. אכן יעויין תוס' הרא"ש שכתב, וז"ל: נ"ל דשבועה שאינה ברשותו היא שבועת השומרים שומר חנם אינה ברשותו ונגנבה שומר שכר

---

[18] ויסוד לזה, לעיל ה' ע"ב כשהקשו נימא חשיד אממונא חשיד אשבועתא, פי' רש"י דהוי חסרון בעצם השבועה, ואילו הריטב"א פי' אין החסרון אלא במאי דעבדי ב"ד אלפני עור, ולהריטב"א היכון הגמ' היא לכיון לאיכא אפשרות לאינו משקר בהכי תלינן ואין במה שמשביעין אותו משום לפני עור, ועכ"פ מבואר מדברי הריטב"א דבעצם ליכא חסרון כלל בשבועתו, רק לאין מקבלין, אשר ממילא מאחר המקבלים משום לא פלוג אין בזה חסרון. (ולעיל ביארנו דברי הריטב"א באופן אחר, ע"ש.)

אינה ברשותו ונאנסה שואל אינה ברשותו ומתה מחמת מלאכה וכלל שבועות כל השומרים בלשון אחד שלא להאריך וכו׳, עכ״ל. הרי מבואר להדיא מדבריו דאין שבועה שאינה ברשותו שבועה בפני עצמה אלא חלק משבועת השומרים הוא. אשר לפ״ז יתבאר היטב מאי דלשיטת התוס׳ לא שייך לפרש כדברי רש״י דבשבועה שאינה ברשותו הוא דהוה בעינן למימר דחשוד לממונא חשוד לשבועתא, דהא עצם שבועת השומרים לאו משום חשד הוא כלל, אלא מחיובי השומר להמפקיד, אשר ממילא, כיון דשאינה ברשותו חלק משבועת השומרים הוא פשיטא דלא מזה הוא דפרכינן. ורש״י שפירש דמיני׳ פרכינן היינו לשיטתו דס״ל דשבועה שאינה ברשותו שבועה בפני עצמה היא, ודוק.

ק) תוד״ה שבועה שלא שלחתי בה יד- אי נמי שלא שלחתי בה יד אינו נשבע אלא ע״י גלגול שבועה שלא פשעתי בה וכו׳- ומדברי הרמב״ם מבואר לכאורה דאף שבועה שלא פשעתי בה אינו אלא על ידי גלגול שבועה, שכתב בריש פ״ד מהל׳ שאלה ופקדון, וז״ל: המפקיד אצל חבירו בחנם ונגנב או אבד הרי זה נשבע ונפטר שנ׳ וכו׳ ומגלגלין עליו בתוך השבועה שלא פשע בה אלא שמר כדרך השומרין ולא שלח בו יד ואח״כ נגנב שאם נגנב אחר ששלח יד בפקדון חייב באחריותו, עכ״ל. ולדידי׳ אין עיקר השבועה אלא עצם מה שקרה לפקדון. אכן עי׳ פ״ו שם ה״ג שכתב, וז״ל: שומר חנם שהביא ראייה שלא פשע פטור משבועה ואין אומרים שמא שלח בו יד קודם שאבד וכו׳, עכ״ל. ולכאורה לפום דבריו דפ״ד דאין שבועת שלא פשעתי באה אלא על ידי גלגול, היה צריך לכאורה לומר דסגי במה שיביא ראיה על מה שקרה לחפץ, וכבר העיר בזה בלח״מ שם פ״ד. ועי׳ אבהא״ז פ״ד מהלכות הנ״ל ה״א שכתב לבאר דברי הרמב״ם דאיכא ב׳ ענינים בפשיעה, דפשיעה בשעת הגניבה ודאי דהוא בכלל עיקר השבועה מה קרה לחפץ, ולפשיעה זו הוא שנתכוין הרמב״ם בפ״ו, ואילו מה שלא פשע קודם לכן ולמשל, על ידי מה שפשע קודם נגרם הא דבאו גנבים אף דבשעת גניבה היה שמור כראוי, דבר זה אין דין שבועתו אלא על ידי גלגול שבועה, אשר זהו ביאור דבריו בפ״ד.

קא) תוד״ה שבועה שלא שלחתי בה יד- ושבועה שלא שלחתי בה יד מפרש ר״ת שלא אכלה דאינו בכלל שבועה שלא פשע בה ושאינה ברשותו- מה שאינו בכלל שבועה שלא פשעתי בה, עי׳ תוס׳ הרא״ש דפשעתי פירושו פשעתי בחיוב השמירה, ואין שבועה זו כוללת אלא גווני שהיה חסרון בשמירתו, אבל שאכלה, דהיינו מעשה מזיק, אין זה בכלל השבועה אלא היינו יסוד שבועת שלא שלחתי בה יד.

קב) רש״י ד״ה אביי אמר- טעמא דמתני׳ לאו כדר׳ יוחנן דאי הוה חשיד לן אהולך ותוקף בטלית חבירו חנם הוה לן חשוד אשבועה אלא חיישינן שמא מלוה ישנה וכו׳- ולפי דבריו עכצ״ל בכל הני גווני דג׳ שבועות משביעין אותו , ודרב נחמן וכו׳, דבכולהו היינו טעמא שנשבע משום הך חששא דמלוה ישנה, וכ״כ התוס׳ בד״ה ספק מלוה ישנה יש לו עליו, ומבואר מדבריהם כדברי רש״י בזה. ולפי פירושו של רש״י נמצא דלדברי אביי טעמא דמתני׳ הוא משום דמורי ואמר דמחמת ספק מלוה ישנה שיש לו יכול לתפוס. והנה לעיל ג׳ ע״ב הקשו התוס׳ אדברי רש״י שפי׳ דמיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועה ממאי דמסקינן בסוגיין דחשוד אממונא אינו חשוד אשבועה. ולפום פירושו של רש״י שפיר איכא למימר דלמסקנא לאביי באמת מסקינן דחשוד אממונא חשוד אשבועתא. ואי נימא הכי, אתי נמי שפיר מאי דמבואר לעיל ב׳ ע״ב מדברי רש״י דיסוד שבועה דמתני׳ משום דמורי ואמר הוא (להני מפרשים שכתבו בדבריו דזהו הקמ״ל במאי דתנן גם מציאה גם מכר), ואילו הכא מבואר מדברי ר׳ יוחנן דטעמא דמתני׳ משום שלא יהא הולך ותוקף טליתו של חבירו וכו׳. וע״פ הנ״ל א״ש, דהא לאביי דק״ל לרש״י כוותי׳ טעמא דמתני׳ לאו משום שלא יהא כל אחד הולך ותוקף אלא משום דמורי ואמר, וכנ״ל, וא״ש סוגי׳ דלעיל. (וכבר הערנו לעיל דכיון דאף התוס׳ הרי פירשו כדברי רש״י, אמאי הקשו עליו.) אכן עי׳ חידושי הרמב״ן בסוגיין שפירש באופן אחר, דלא פליג אביי אגוף הדין דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא, ורק בא למימר דלא בעינן למימר דמיירי מתני׳ בהולך ותוקף סתם, דאינו חשוד בכך, אלא ה״ט דמתני׳ שלא יהא כל אחד הולך ותקף עבור מלוה ישנה. ולדברי הרמב״ן לא בעינן למימר דבהני דוכתי ממירי שתפס עבור ספק מלוה ישנה, וז״פ. ועי׳ המשך דברי הרמב״ן שפירש מאי דהקשו ולא אמרינן תפוס ממנוא מספיקא משתבע נמי מספק, דע״כ אין הכונה למיגו דחשיד אממונא חשיד אשובועתא, דהא אביי מודה דחשיד אממונא לא חשוד אשבועתא, אלא כונה אחרת בזה, ע״ש.

ועי׳ דברי הרי״ף והרא״ש בסוגיין דמבואר מדבריהם דאקושי׳ דנימא מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא תיר אביי דחיישינן שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו, ומשמע מדבריהם דכד מתרצינ ן שמא מלוה ישנה וכו׳ לא חזרו ממאי דקאמר ר׳ יוחנן דטעמא דמתני׳ שלא יהא כל אחר הולך ותוקף וכו׳, אלא דאמאי דהקשו דנימא כיון דחשוד אממונא חשוד אשבועתא תירצו דחיישינן שמא מלוה ישנה יש לו. וביאור הדברים, דאמאי דקאמר ר׳ יונחן דטעמא דמתני׳ שלא יהא כל אחד הולך ותוקף הקשו דנימא מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא, ותירצו ע״ז ב׳ תירוצים, הא׳, דבאמת חשוד אממונא אינו חשוד אשבועתא, והב׳, דאף דחשוד אשבועתא, מ״מ משבעינן לי׳ שמא מה שתקף הוא משום דספק מלוה ישנה יש לו ויפרוש על ידי השבועה, והיינו, דס״ל להרא״ש דלעולם החסרון דחשוד אשבועה אינו דהוי פסול, דחשוד פסול לשבועה, אלא יסודו דמה נרויח במה שנחייבו שבועה, הרי כמו שחשוד שיקח ממון שלא כדין כך חשוד שישבע לשקר ולא נרויח משבועתו כלום, אשר בזה שפיר תירצו דלעולם חשוד אממונא חשוד אשבועתא, ומ״מ משבעינן לי׳ משום דיתכן בזה רווח דשמא משום מלוה ישנה שיש לו הוא שתפס ובכה״ג שפיר יפרוש על ידי השבועה. ורש״י שלא פירש כן היינו משום דס״ל דעד כמה דאמרינן דחשוד אממונא חשוד אשבועתא, הרי הוא פסול לשבועה, אשר ממילא ע״כ דמה דבא אביי למימר דלעולם חשוד אממונא חשוד אשבועתא והיינו דבא לומר דלא חשיינן להולך ותוקף סתם וכל יסוד שבועה דמתני׳ אינו אלא משום מלוה ישנה ומשום דמורי ואמר, וכמשנ״ת לעיל. ועד״ז אמר בזה מו״ר זצ״ל.

ויש להוסיף ביאור פלוגתת ר׳ יוחנן ואביי לשיטת רש״י, דהנה יעויין דברי רש״י לקמן דף ח׳ ע״א ד״ה ממשנה יתירה שתכב, וז״ל: ומשום הכי אמרינן יחלוקו דאמרינן שניהם הגביהוה והוה לי׳ כל חד מגביה מציאה לו ולחבירו וקני דאי משום דלא ידעינן הי מינייהו משקר והוה לי׳ ממון המוטל בספק וחולקין בשבועה משום שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף כדאמרינן לעיל הא שמענא לי׳ מרישא, עכ״ל. וצ״ב לכאורה למאי דאמרו דק״ל לשיטת רש״י כאביי אמאי הביא הכא דווקא דברי ר׳ יוחנן, ובכלל, אמאי הכניס רש״י עצמו לפלוגתא זו דר׳ יוחנן ואביי. והמבואר לכאורה מדבריו, דדווקא לר׳ יוחנן הוא דהוי הך חלוקה מטעם ספק, אבל לאביי אין החלוקה מטעם ספק אלא יסודו משום דאמרינן תרוייהו בהדי הדדי אגבהוה, ועוד נאריך בזה לקמן, בעזהשי״ת. ועפ״ז נראה דלשיטת ר׳ יוחנן דיסוד החלוקה משום ממון המוטל בספק, לא שייך כלל למימר דיסוד השבועה משום ספק מלוה ישנה הוא, דנהי דניחוש להכי, מ״מ הרי עדיין הוי ממון המוטל בספק ואמאי ניבעי שבועה, אע״כ היינו טעמא דשבועה שלא יהא כל אחד הולך ותוקף וכו׳. אכן לדעת אביי דיסוד החלוקה משום דאמרינן דתרוייהו בהדי הדדי אגבהוה שפיר אמרינן דתקנו שבועה משום ספק מלוה ישנה, דחיישינן דלעולם לא אגבהוה בהדי הדדי אלא

דתקף האחד אח"כ משום ספק מלוה ישנה שהיה לו, ודוק.

קג) רש"י ד"ה אביי אמר- חיישינן שמא מלוה ישנה יש לו עליו על זה ומכיר בו ששכחה ויכפור בו והולך ותוקף בטליתו ונשבע שיש לו בה דחמי חציה וטלית זו שלו דהא אפי' גלימא דעל כתפי' שעביד לי'- מבואר לכאורה מדבריו דמחמת הא דמשעבד לי' אפי' גלימא דעל כתפי' שפיר מהניא תפיסתו משל חבירו בטענה דשלו הוא. וכן מבואר להדיא בתשו' הרא"ש כלל ס"ד סי' א' ד"ה ואין לומר, ע"ש שכתב דאף דלא דאין אינש דינא לנפשי', מ"מ אם תפס משל חבירו עבו תביעה שהוא חייב לולא מיקרי גזלנא. אכן עי' ר"י מגאש, הובאו הדברים בשט"מ, שכתב להדיא דתקיפה מחמת מלוה ישנה הויא גזילה, רק דאינו נחשב על ידי כך לחשוד אממונא. ולדידי' צ"ב לכאורה מאי דהקשו בסוגיין "א"ה נשקול בלא שבועה", הרי לדידי' שפיר היו צריכים לחייב שבועה להפרישו. ובשט"מ כתב בשם ריצב"ש, וז"ל: אע"ג דלאו דינא דמשום מלוה ישנה יטול טלית של חבירוואפי' יהיה אמת שחייב לו אפילו הכי מקשינן דכיון דלא חשיד לן לתפוס אלא משום מלוה ישנה למה נחייבהו שבועה על הטלית אם היא שלו כי היכי דנפרוש ויאבד חובו הלא טוב שיטול זה הטלית בעד החוב וחברו לא חסר דבר משנאמר שישבע ויפרוש ויאבד זה המלוה ישנה, עכ"ל. ויש לעיין אי איכא לפרש הכי לדברי הר"י מגאש שכתב דאית בזה משום גזל, דאפשר דאפ"ה איכא למימר דיסוד שאלת הגמ' היא דנתקן דינא דיחלוקו ושוב לא יהיה בזה משום גזל, וצ"ע בזה.

קד) רש"י ד"ה תקפה אחד- הוציאה מיד חבירו בחזקה והרי כולה בידו קודם שנשבעו- מש"כ דמיירי דווקא קודם שנשבעו, עי' קצוה"ח סי' קל"ח סק"ב שכתב דאין השתיקה חשובה אלא כאומר איני נשבע דאינו יכול לחזור, אשר ממילא פשוט דלא מהני אלא קודם שנשבע. (ומוכח מדבריו דאם אינו רוצה לישבע אינו נוטל בלא שבועה.) וצ"ב לכאורה, דהיכא דאמר איני נשבע כתב הטור דצריך השני לישבע על הכל ואז נוטל, ואילו הכא אמרינן בלא שבועה דאין מוציאין מידו, ז"א דהמוציא מחבירו עליו הראיה. ומ"מ נראה דמוכח ע"ד שכתב בקצוה"ח דאין ההודאה דהשתיקה הודאה גמורה, וכמו שיתבאר לקמן.

ויעויין במאירי שכתב דבשתק מתחילה ועד סוף מהניא התפיסה "והוה לי' אידך מוציא מחבירו". ולכאורה צ"ב דאי השתיקה מתחילה ועד סוף הוי הודאה, הרי הוי הודאת בעל דין, ומהו שכתב דהו"ל אידך מוציא מחבירו. ועוד כתב המאירי דאם אחד היה אוחז ותקף השני "אין לזה חזקה", ולכאורה הו"ל למימר דבכה"ג ליכא הודאה.

ולכאורה יש לפרש באופן אחר, דלעולם אין ההודאה על גוף הממון אלא על המוחזקות, כלומר, דלא מהניא אלא לענין שיעשה השני מוחזק על כל הטלית ויחול דין דהממע"ה ואין שתיקתו מראה שגוף הממון למעשה הוא של השני.[19] והנה יעויין בחידושי הריטב"א (הישנים) בהא דהביאו ראיה מה דהממע"ה, שפירש דע"כ מיירי בשתק ולבסוף צווח, דאי בשתק מתחילה ועד סוף לא הוה מהני בזה ראיה דהא איכא הודאת בעל דין. ומבואר מדבריו דאף דנימא דבשתק ובסוף צווח הודאה היא, מ"מ חלוק דינו מדין שתק מתחילה ועד סוף, דבשתק מתחלה ועד סוף לא מהני ראיה ואילו בשתק ובסוף צווח שפיר מהני ראיה. וביאור הדברים לכאורה ע"פ הנ"ל, דבשתק מתחילה ועד סוף הוי הודאה על גוף הממון אשר ממילא לא מהני אפי' אי יביא אח"כ ראיה, אכן בשתק ולבסוף צווח אין ההודאה אלא על התפיסה שיעשה מוחזק וחל ע"ז דין דהמוציא מחבירו עליו הראיה, אכן ראיה שפיר מהני.[20] וכל זה בדברי הריטב"א, אבל מדברי רש"י שכתב בד"ה אלא לאו כו', וז"ל: וכדאוקימנן דשתק ולבסוף צווח, עכ"ל, משמע להדיא מדבריו דמאי דמוקמינן לה בשתק ולבסוף צווח אינו אלא מטעם דלעיל דאילו בשתק מתחילה ועד סוף פשיטא. ומדבריו מבואר דאף גדר שתק מתחילה ועד סוף הוא כן דהוי הודאה על התפיסה ולא על גוף הממון. וראיה לכאורה דלדעת רש"י עכ"פ בשתק ולבסוף צווח אינה הודאה על כגוף הממון אלא על התפיסה, מדברי רש"י לקמן בע"ב ד"ה המוציא מחבירו דמוקים גבי ספק בכור בשתק ולסוף צווח, והתם הרי לא שייך שתהא הודאה על הממון.

ובפירוש רבנו יהונתן הכהן מלוניל כתב, וז"ל: תקפה אחד בפנינו כלומר הוציאה בחזקה מיד חבירו והרי כולה בידו קודם שישתבע מהו **יהבי לי' דין שנים אוחזין בטלית כיון דמעיקרא היו שניהם אדוקין בה או דילמא כיון דהשתא כולה בידו הוי אידך מוציא מחבירו עליו הראיה** ולא גבי כלל בשבועה אלא בעדים וכו' אלא לאו ש"מ כגון שתקפה בפנינו וכדאוקימנא לעיל וכו' חד אמר אודוי אודי לי' כלומר לא רצה לישבע לי שקר **ומסרה כולה בידי** וכו', עכ"ל. ומבואר מדבריו כדברי רש"י דמיירי דווקא קודם שנשבע. ונראה מלשונו דביאור הדברים הוא כנ"ל, דיסוד השאלה היא אי אכתי יש לזה דין שניהם מוחזקים ויחלוקו או דנעשה כאחד מוחזק והממע"ה, כלומר, דעל ידי שתיקתו אבד זכותו דיחלוקו.

ועוד היה אפשר לומר בביאור דברי רש"י, דמאי דמיירי דווקא קודם שנשבע הוא משום דלאחר שנשבע כיון שהופסק הדין שחצי שלו, ודאי דלא הוה חשבינן שתיקתו להודאה, וכמו שכתבו הראשונים בסוגיין (עי' ריטב"א החדשים) דהיא דהיה דבר של

---

[19] ומו"ר זצ"ל ביאר דברי רש"י בלופן אחר קצת, דהא מיהא פשיטא דליתא בזה דין כמאה עדים, דלא כתיב אלא אשר יאמר כי הוא זה (עי' רש"י קידושין ס"ה דמהכא יליפינן להא דהולאת בעל דין כמאה עדים דמי), אלא הא דמהני בשתק מתחלה ועד סוף, והוי פשיטא לפוס דברי הראשונים, היינו משום דעל ידי הולאה דהשתיקה שוב אינו טוענו כולה שלי ובטלה לה דין שנים אוחזין, וממילא הדין דהתוקף מוחזק, דכשתוקף מדין שנים אוחזין אינו נעשה מוחזק, אבל משבטלה דין שנים אוחזין שפיר מהניא לי' תפיסתו לשויי מוחזק.

[20] והביא מו"ר זצ"ל דהדברים מבוארים להדיא בראשב"א, דהנה בראשב"א להלן באיבעיא דהקדישה כתב דכל הא דמהני שתק ולבסוף צווח הוא רק בשנים אוחזים אבל במה שאינו תפוס כלל וחטף מיד חבירו בפנינו ושתק ולבסוף צווח פשיטא דמוציאין מידו, ובטעמא דמילתא ביאר הראשב"א וז"ל דהכא שאני דכיון דתפיס בה ורבו עליה קולס לכן ועכשיו תקפה והלה שותק אע"פ שחזר וצווח חשבי' ליה כדידיה ובראשונה קנה חשבי' ליה והלכך הקדישה מקודשת ולא חשבינן ליה כגזלן. וטעמא דנשבינן בשתק ולבסוף צווח משום דאודויי אודי ליה הכי קאמר אע"ג דבעלמא חשבי' ליה כגזלן ומפקינן מיניה ומוקמי' בחזקת קמא הכא לאו כגזלן חשבי' ליה אלא דידיה שקל, ואי לאו דידיה שקל לא הוה שביק ליה האי וכו' עכ"ל. ודבריו ברור מילתו דהך הולאה דשתק ולבסוף צווח לא כ"ה הולאה מעלייתא ולהכי כ"מ הך הולאה להוציא ממוחזק גמור, וכל תועלת ההולאה הוא רק דעי"ז לא חשבי' להתוקף כגזלן דאי לאו דידיה שקל לא הוה דידיה שקל לא הוה שביק ליה האי. ונראה דאין כונתו דהך הולאה היא בגדר הוכחה להוציא ממון, אלא כונתו דעי"ז חשבי' להתופס כמוחזק וכנ"ל, וזהו שכתב הראשב"א דבמוחזק יחידי פשיטא דלא סגי בזה, וכל נידון הגמ' הוא רק במקום שנים אוחזים דהו"ל פסק ספק ולכך יש מקום לדון דאם יעשה התוקף למוחזק תהני תפיסתו ודו"ק.

אחד ותקף אחר מיני', אף דשתק לא הוי הודאה, דלא חשיבא שתיקתו הודאה אלא בשנים אוחזין.
ונפ"מ לכאורה במש"כ לעיל דאין ההודאה על הממון אלא על מוחזקות דעל ידי התקיפה, אם הביא אח"כ עדים אי מהני, דאי לא חשיבא הודאה אלא על המוחזקות שפיר מהני עדים, אבל אי הוי הודאה על הממון מאחר דאיכא הודאת בעל דין דכמאה עדים דמי תו לא מהניין עדים. והנה כתב הטור בסי' קל"ח, וז"ל: והיה אומר אדוני אבי הרא"ש ז"ל שאפילו אם יביא עדים אחר כך שהיא שלו לא מהני לי' דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, עכ"ל. הרי מבואר מדבריו דהוי הודאה על הממון. אכן יעויין שם בב"ח שכתב דלא אמרו כן אלא בשתק מתחילה ועד סוף, אבל בשתק ולבסוף צווח היכא דאית לי' עדים איגלאי מילתא למפרע דמאי דשתק מתחילה לאו משום דאודויי אודי לי' אלא משום דקסבר הא קא חזי לי רבנן. ולדברי הריטב"א (הישנים) הנ"ל בלאו הכי יש לומר דדווקא בשתק מתחילה ועד סוף הוא דהוי הודאה על הממון, אבל בשתק ולבסוף צווח, אך דאמרינן דהוי הודאה, מ"מ מדעכ"פ בסוף צווח לא חשבינן לה הודאה על הממון אלא על התקיפה, וא"כ דינא הוא דשפיר מהניין עדים. ולמשנ"ת לעיל בדברי רש"י דאף בשתק מתחילה ועד סוף לא הוי הודאה אלא על התקיפה יצא לכאורה דאף בכה"ג מהניין עדים. ולדעת הר"ן בסוגיין דלא הוי שתק ולבסוף צווח אלא ספק הודאה ודאי דיש לחלק בין שתק מתחילה ועד סוף דלא מהני עדים לבין שתק ולבסוף צווח דליכא ודאי הודאה ושפיר מהניין עדים., וזה פשוט ומבואר, וכבר כתבו האחרונים כן, עי' נתיה"מ שם סק"ז.
והנה הרמ"א שם ס"ו הביא דברי הרא"ש להלכה, והבין הב"ח בדבריו דר"ל דאף בשתק ולסוף צווח לא מהניין עדים, ע"ש שהקשה עליו, וע"ש בש"ך סק"ח. ולכאורה תמוה האיך אפשר לומר כן דאפי' בשתק ולבסוף צווח לא מהניין עדים, הרי הוה בעינן בסוגיין לאוקמי' ברייתא דקתני דאם הוא ביד אחד המוציא מחבירו עליו הראיה דמיירי בכה"ג דתקפה ושתק ולבסוף צווח, הרי מפורש דבכה"ג דינא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, אבל ראיה שפיר מהני, וצ"ב. שו"ר שהקשה כן בתומים סק"ו ובט"ז, ע"ש.
קה) הא קא חזי לי רבנן- עי' ריטב"א החדשים שכתב דדוקא בב"ד הוא דאיכא צד דהא קא חזי לי רבנן, אבל בתקף בפני עדים חוץ לב"ד דליכא טעמא דהא קא חזי לי וכו' הוי ודאי הודאה אפי' בשתק ואח"כ צווח. אכן יעויין חידושי הרשב"א שכתב ההיפך, דחוץ לב"ד לא הויא הודאה כלל אפי' בדשתק מעיקרא, דב"ד הוא מקום המשפט. (ובריטב"א הישנות הביא ב' הדיעות, ע"ש.)
עוד נחלקו הריטב"א (החדשים) והרשב"א בסוגיין בפירוש "ובסוף", דהריטב"א פירש דר"ל בסוף התפיסה או מיד אחריו, ואילו מדברי הרשב"א מבואר דר"ל לאחר שיצא מב"ד, ומשמע דאם אך לא יצא עדיין מב"ד , אף דלא צווח מתחילה, מ"מ מהניא מה שצווח ולא חשיב שתק בתחילה, ויש לעיין מהו יסוד פלוגתתן.
ונראה פשוט לכאורה דב' הני פלוגתות תליין אהדדי, דמדברי הרשב"א מבואר דאילו הוה חשיב הודאה חוץ לב"ד הוה מצי לאוקמי ברייתא בהכי (אי לאו דנימא דבכה"ג פשיטא), ומדקתני ברייתא דהמוציא מחבירו עליו הראיה מבואר דס"ל להרשב"א דלא הוי אלא הודאה על התקיפה. אשר לפ"ז נראה דהודאה על התקיפה לא חשיב אלא בפני ב"ד, דשם מקור המשפט ושם הוא דעוסקים בלמי יש לו דין מוחזק, אבל חוץ לב"ד אף דשתק מתחילה ועד סוף לא חשיב הודאה. ומאחר דתלוי בדין בפני ב"ד, ע"כ ס"ל להרשב"א דפירוש "בסוף" היינו דכ"ז שהוא בב"ד שפיר מהני צווחתו דהא עדיין לא נגמר פסק הדין, וע"כ דבסוף לא הוי אלא משיצא בב"ד. אכן הריטב"א דלא הוקשה לו כלל אמאי לא מוקמינן ברייתא בהכי, היינו משום דס"ל דאילו הויא הודאה חוץ לב"ד הוי הודאה גמורה על הממון (דכיון דליכא טענה דקא חזי לי רבנן ליכא נפ"מ בין צווח לבסוף לבין שתק מתחילה ועד סוף). ולפ"ז מובן מאי דס"ל דשפיר הוי הודאה חוץ לב"ד, דהא אין ההודאה על דין התפיסה והמוחזקות אלא על גוף הממון, ואין הדבר קשור בב"ד. וכן מבואר לפ"ז הא דס"ל להריטב"א דהכל תלוי בתקיפה עצמה, ו"לבסוף" היינו סוף התקיפה, ודוק. ועי' לקמן סוף אות קי"ב ביאור אחר בזה.
ועי' ש"ך חו"מ קל"ח סק"ו שכתב, וז"ל: בפנינו-כלומר בפני ב"ד ואם היה הדבר בפני עדים יש מחלוקת בין הפוסקים והעיקר נראה דדינו כאילו היה בפני ב"ד, עכ"ל. ודבריו לכאורה צ"ב, דלכאורה הרי הם דלא כמאן, דממנ"פ, לדעת הרשב"א לא הוי הודאה כלל חוץ לב"ד אף דשתק מתחילה ועד סוף, ואילו לדעת הריטב"א פשוט דהוי הודאה מאי דשתק ולבסוף צווח בפני עדים חוץ לב"ד, ועכ"פ לכו"ע אין דין בפני ב"ד ובפני עדים שוין, וצ"ע, וכבר נתקשה בזה בתומים סק"ה, ע"ש. והראו לי דבמאירי מבואר לכאורה כדברי הש"ך, ע"ש שכתב, וז"ל: טלית זו שהוזכרה במשנה שהיו שנים אוחזין בה זה אומר אני מצאתיה וזה אומר אני מצאתיה ובא אחד מהם לפנינו ותקפה מיד האחר בחזקה עד שהיא עכשיו תחת ידו ובאו לב"ד כשהיא תחת ידו של זה התוקף אם בשעה שתקפה צווח האחר אין תקיפתו של זה כלום ודנין אותם כמי שהיתה ברשות שניהם ואם שתק לו הרי הוא כמודה לו שהיא שלו וכו' שתק ולבסוף צווח הרי זה ספק וכו', עכ"ל. ומבואר להדיא מדבריו ד"לפנינו" אין הכונה בפני ב"ד אלא בפני עדים, דהא אח"כ כתב שבאו לב"ד כשהיא חתח ידו של זה התוקף.
והנה ביאור שאלת הגמ', עי' חידושי הר"ן שכתב דהא מיהא פשיטא דבשתק ולבסוף צווח לא הוי אלא ספק הודאה, ויסוד השאלה אינה בגדר ההודאה אלא בגדר דינא דיחלוקו דמתני' אי הוי מטעם ודאי או מטעם ספק, דאי לא הוי אלא מטעם ספק, אמרינן דאתי ספק הודאה ומוציא מספק מוחזק, אכן אי הוי בתורת ודאי, לא אתי ספק הודאה ומוציא מידי ודאי מוחזק. וע"ש שהביא דרך ב', דודאי לא הוי דינא דיחלוקו דמתני' אלא מטעם ספק, והצד דהא קא חזי רבנן הוא דודאי לא הויא הודאה אשר על כן לא מהני אף אי חלוקה מטעם ספק, עכתו"ד הר"ן. ולדידי' ביאור לישנא דהש"ס בצדדי השאלה, דהא ודאי דאיכא צד דאודויי אודי לי' ואיכא נמי צד דלא הויא הודאה משום דהאי דשתיק וכו', ואי חלוקה מטעם ספק אמרינן דכיון דאיכא צד דאודויי אודי לי' אין מוציאין מידו, ואי חלוקה מטעם ודאי, כיון דלא הוי אלא ספק הודאה, דהא איכא למימר דמאי דשתיק משום דאמר הא קא חזי לי רבנן, לכך לא מהני להוציא ממוחזק דשנים אוחזין.
אכן עי' בנ"י שביאר באופן אחר, דיסוד שאלת הגמ' היא אי הוי ודאי הודאה, וז"ל: מי אמרינן כיון דאישתיק הודאה ודאי הות והאי דצווח אח"כ חזר בו או דלמא אפשר דלא הויא הודאה ומפקינן כיון דמעיקרא הוה מוחזק בה חבירו בההוא פלגא. והנה אם אך אמרינן דהיכא דהוי הודאה לא מהני אפי' עדים, מוכח דהויא ההודאה ודאי הודאה, וכנ"ל, ופשוט דלדברי הר"ן דשתק ולבסוף צווח לא הוי אלא ספק הודאה שפיר מהני אם הביא אח"כ עדים, ודלא כדברי הרא"ש הנ"ל. וכן פשוט דלהני מפרשים דס"ל דיחלוקו דמתני' מטעם ודאי הוא ליכא לפרש כלל כדברי הר"ן.
והנה כתב הרמב"ם פ"ט מהל' טו"נ הי"ב-י"ג, וז"ל: באו שניהם אדוקים בה ושמטה האחד מיד חבירו בפנינו ושתק השני אע"פ שחזר וצוח אין מוציאין אותה מידו כיון ששתק בתחלה הרי זה כמודה לו חזר השני ותקפה מן הראשון אע"פ שהראשון צוח מתחלה ועד סוף חולקין באו שניהם אדוקין בטלית ואמרנו להם צאו וחלקו את דמיה יצאו וחזרו והרי היא תחת יד אחד מהן זה טוען הודה לי ונסתלק ממנה וזה טוען

שכרתיה לו או נתגבר עלי וחטפה המוציא מחבירו עליו הראיה וכו', עכ"ל. והנה ממה שהביא דין שתק מתחילה ועד סוף ודין שתק ולבסוף צווח משמע דכמו דבשתק מתחילה ועד סוף פשיטא דהויא הודאה כך בשתק ולבוף צווח הויא ודאי הודאה, והמ"מ הביא ב' דיעות בזה אי ס"ל להרמב"ם דפשטינן דהוי הודאה או דהוי איבעיא דלא איפשיטא, ע"ש.

והנה במש"כ דכשחזר הראשון ותקף חולקין פליג הראב"ד, ע"ש שכתב דאין טעם לזה. וצ"ב דעת הרמב"ם ויסוד פלוגתתן. ובמ"מ כתב בביאור דבריו, וז"ל: והטעם לפי שחזר הענין למה שהיה בתחלה, שהרי שניהם תקפוה זמ"ז ואע"פ שהראשון לא צוח מתוע"ס וזה צוח מעיקרא מ"מ ע"כ לא אמרינן דאם לא חזר ותקפה השני דאין מוציאין אותה מן הראשון אלא משום ספק והמוציא מחבירו עליו הראיה, אבל עכשיו שחזר זה ותקפה ודאי חולקין עכ"ל. ומפשטות דבריו היה נראה לכאורה דדבר זה מתבסס אהא דתקפה אחד בפנינו להלכה הוי איבעיא דלא אפשיטא אשר על כן מאי דאין מוציאין מידו אינו אלא מספק, וכן נראה מדברי הרשב"א והמאירי בסוגיין שפירשו בכונת הרמב"ם דכל זכותו של התוקף הוא משום דהוי איבעיא דלא איפשיטא. והוא דלא כמו שצידד המ"מ עצמו לעיל דיתכן דפסק הרמב"ם בתורת ודאי דאין מוציאין מידו משום דהוי את"ל, והוי כמין סתירה בדבריו, וכה"ק בקצוה"ח סקל"ח סק"ג, ע"ש שכתב לבאר דברי הרמב"ם והמ"מ על פי דברי הר"ן בסוגיין דלעולם לא הוי אלא ספק הודאה ולכך מצי השני לחזור ולתקפה ממנו. אלא דלפ"ז ליתא לדינא דהרמב"ם אלא בשתק ולבסוף צווח, ואילו מפשטות לשון הרמב"ם משמע דאף בשתק מתחילה ועד סוף הדבר כן.

ובדברי הרמב"ם בהי"ג מבואר דאף טענת חטפה ממני לא מהניא (ודלא כדברי התוס' בסוגיין בד"ה אגרת), ולדבריו צ"ב אמאי הוכרחו בסוגיין להעמידה באמר אגרתיה ניהלי' ומטעם אנן סהדי, הול"ל דטוען חטפה ממני, וכבר העירו בזה הראשונים.

ונראה ביאור דברי הרמב"ם, דהא ודאי דס"ל דהודאה דסוגיין ל"ה הודאה על הממון אלא על התקיפה, דאילו היה הודאה על הממון פשיטא דלא הוה מהני בזה מה שחוזר ותוקף. ואדרבה, סברת הראב"ד שכתב דדינא דהרמב"ם אין בו טעם נראה לכאורה דמהאי טעמא הוא, דכיון דאיכא הודאה על הממון תו לית לי' זכות תקיפה כלל. ודעת הרמב"ם, דלא הוי אלא הודאה על התקיפה ולא על הממון, וס"ל דגדר מאי דמהניא הודאה זו הוא שיחול דין דאין מוציאין מידו, אשר זהו שכתב דהרי זה **כמודה** ואין מוציאין מידו, דמשמע להדיא דליכא הודאה האומרת דודאי הוי שלו, אלא יסוד הדין הוא דאין מוציאין מידו. וגדר דין זה דאין מוציאין מידו, דלא דידעינן אי הוי שלו, אלא דכל זמן שהוא מוחזק בזה אין אנו מוציאין אותו מידו. אכן אם הדר וחטף, הרי כיון דלא היה מונח בדין אין מוציאין מידו שום הוכחה ודין המלמד שהוי בעצם שלו, שפיר מהניא התקיפה, ואפי' בצווח מתחילה ועד סוף, כיון דמעתה אינו בידו אלא ביד האחר שוב פקעה דינו וזכותו ומעתה אין מוציאין מידו. ועי' ביאור הגר"א ד"ד דהרמב"ם מבוסס אהא דתקפו כהן אין מוציאין מידו, ומ"מ יכול לחזור ולחטוף.

ונראה עוד, דפי' הרמב"ם שאלת בגמ' בסוגיין ע"ד הר"ן דיסוד השאלה היא בגדר דינא דיחלוקו דמתני', אי הוי דין מוחזק ודאי או דין מוחזק ספק, דאי הוי מוחזק ודאי לא מהני בזה הודאה שאינו אלא על המוחזקות דס"ל דלא שייך דבר זה אלא אם כן אין המוחזקות שמדין יחלוקו דשנים אוחזין אלא מספק (ובפרט זה הוא דלא כדברי הר"ן דאילו להרן לא הוי אלא ספק הודאה ואילו להרמב"ם הוי ודאי הודאה כמו בשתק מתחילה ועד סוף, רק דמהות הך הודאה כך היא דאינה אלא לענין המוחזקות.) אשר לפ"ז נראה דהא דמשמע מסוגיין דנאמן לומר חטפה ממני , זה אינו אלא למאי דס"ל הכא דתקפו מוציאין מידו, אשר בזה, כיון דהוא מוחזק בתורת ודאי שפיר מהני דין מוחזק דידי' שהיא נאמן לומר תקפה ממני, דעד כמה דאיכא דין ודאי דיחלוקו דשנים אוחזין ויתכן שאינו של השני משום שתקפה בע"כ, ודאי דלא נעשה השני תפוס אף שהוא טוען שמחלה לו. אבל להלכה דס"ל להרמב"ם דהוי כהודאה ואין מוציאין מידו, הרי אין מוחזק דידי' אלא מחמת ספק ומחמת האי ספק גופא הרי אמרינן דאין מוציאין מיד השני, אשר ממילא אינו נאמן לומר תקפה ממני דנהי דיתכן שתקפה, מ"מ אנן הרי לא ראינו שתקפה, ומאחר שאומר שמחל לו הרי שפיר נעשה תפוס ואדרבה, אמרינן להאחר דהממע"ה. וכמו דאינו נאמן לומר חטפה כך אינו נאמן לומר אגרתיה ניהלי', ואף בעדים והלכו למדינת הים, דהשני הרי שפיר נעשה תפוס וטוען שמחלה לו. ואתי נמי שפיר בזה מה דלא הוזכר בדברי הרמב"ם כלל דבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר שפיר בעינן לטעם דעד השתא וכו', ויתכן דיהא נאמן לומר אגרתיה בפני עדים והלכו למדינת הים, וכמו שכתב הריטב"א בביאור שיטה זו דלא מהני חטפה ממני, דלמשנ"ת אף בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר יהיה השני מוחזק, דמה דלא מהני בעלמא תפיסת דברים העשויים להשאיל ולהשכיר אין זה אלא היכא דהיה מקודם ודאי מוחזק, דאמרינן דאין תפיסתו מוכחת שעכשיו הוא שלו, אבל הכא דאין חזקת הראשון אלא מספק, שפיר יחשב השני כמוחזק אף בדברי העשויים להשאיל ולהשכיר ולא יהא חבירו נאמן כלל לומר אגרתיה, וכעין זה אמר מו"ר זצ"ל, ודוק.

קו) תוד"ה אגרת לי' בלא סהדי- ואינו נאמן במיגו דאי בעי אמר תקפה ממני דמיגו במקום עדים הוא- מבואר מדבריהם דאילו היה טוען תקפה ממני שפיר הוה מהני, וכן איתא להדיא בתוס' הרא"ש ובתוס' ר"פ, ע"ש. וצ"ב לכאורה האיך נאמן, הרי השני תופס בו ולכאורה חשיב מוחזק, וטוען דאודויי אודי לי'. ומה שיצא להם להתוס' לפרש כן הוא לכאורה מעצם סוגיין, דהוצרכו לבאר דמאי דאינו נאמן באומר אגרתיה ניהלי' הוא משום דעד השתא חשדת לי' וכו', ולא נאמר בפשטות דכיון דהוא מוחזק וטוען דאודויי אודי לי' אין מוציאין ממנו, וכן דקדקו הראשונים, עי' חידושי הרמב"ן, אכן צ"ב כנ"ל. ומהרמב"ן שם מבואר דהיינו טעמא משום דכיון דמקודם הוה תפסי בה תרוייהו הוי כאילו איכא עדים שבא לידו על ידי תקיפה, וכן פי' שם הגרא"ז בהגהותיו, ונאמן בין אם טען זה שהוא כולו בידו עכשיו שתקפו בין שטען שלקחו. וע"ש עוד ברמב"ן שהביא דיעה דאינו נאמן לומר מתקף תקפה מינאי "דכיון דעד השתא תפסי לה תרוייהו לא אמרינן השתא איברי האי וגבר מחברי' ותקפה מיני'", וכן הוא דעת הרמב"ם פ"ט מהל' טו"נ הי"ג דאינו נאמן לומר שתקפו מיני', ועי' חידושי הריטב"א החדשים, (והסיק הרמב"ן דלא שמיע לן). ויקשה לכאורה לדיעה זו כפי שהבינה הרמב"ן, אמאי הוצרכו לסברא דלא מהני מה שאומר אגרתיה לי', דכיון דלא חיישינן שתקפה, שוב הרי הוי מוחזק, ואפשר דמהאי טעמא כתב הרמב"ן דלא שמיע לן. אכן יעויין בריטב"א שהביא טעם אחר להך דיעה, "דההיא לא איצטריך תלמודא למימר שאינו נאמן להחזיק אותו כגזלן גמור", ומשמע דהיינו משום דמה שתחת ידיו אמרינן שהוא שלו ולא הוי גזלן, אשר לדידי' ליכא למימר כנ"ל, אלא דהריטב"א דחה הראיה מסוגיין, דמיירי בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר, דבלאו טעמא דהגמ' ודאי דלא היה חשוב השני מוחזק והיה נאמן לומר אגרתיה ניהלי'. ועי' מש"כ לעיל אות צ"ח בדעת הרמב"ם.

והנה כתב בש"ך בחו"מ סי' קל"ח סקי"א דכל מש"כ הרמב"ם דאם חזר הראשון ותקפה מהניא תפיסתו הוא רק בתקפה אחד בפנינו, אבל בהך דינא דאגרתיה דאיכא אנן סהדי דאודויי אודי ליה אין הראשון יכול לחזור ולתקפה. וכדבריו מדויק מד' הרמב"ם, דבהי"ב לענין תקפה אחד בפנינו ושתק כתב הרמב"ם דאם חזר הראשון ותקפה יחלוקו, ובהי"ג לענין

אגרתיה לא הזכיר לזה, ומשמע דבנידו"ד ל"מ תפיסה. וסברא דהך מילתא, דהיכא דחזינן לתפיסה אינו נעשה מוחזק ולא הוי אלא תפוס, אשר בזה לא מהני הך הוכחה דלא הוה אגיר לי' בלא סהדי ואודויי אודי לי' לעשותו למוחזק, ונשאר דינא דמוציאין מידו, רק היכא דלא ראינו התקיפה שפיר אמרינן דעל ידי הך הוכחה חשבינן לי' למוחזק והוי אידך המוציא מחבירו ועליו הראיה. וזהו יסוד דינא דהך אומדנא דלאו מטעם ראיה דאנן סהדי אתינן עלה, אלא דנעשה ע"י מוחזק וחייל דינא דהממע"ה, כמבואר בלישנא דהש"ס, וכן ביאר מו"ר זצ"ל.

ויעויין ברי"ף שהביא את ד' הגמ' והוסיף וז"ל הלכך מוקמינן לה בידא דחבריה ואמרי' ליה להאי ז'ל את אייתי ראיה דבדמי אגרתה ניהליה עכ"ל, ומבואר מדבריו דלהך תירוצא הא דקתני המע"ה הכונה לעדים שהשכירה. והנה בפשוטו היה נראה דודאי אם יביא עדים שהטלית שלו סגי בהכי, אולם מלשון הרי"ף שכתב דאמרי' ליה אייתי ראיה דבדמי אגרתה ניהליה משמע קצת דבעי' דוקא עדים שהשכירה ולא סגי בעדים שהיא שלו, דכיון דמהימני' למחזיק בטענת אודויי אודי ליה ל"מ עדים שהיא שלו כנגד הך הודאה, וזהו חידוש גדול, וצ"ע בזה. (ממו"ר זצ"ל)

והנה טעמא דלא מהימן לומר אגרתיה ניהלי' אמרו בגמ' דהיינו משום דלא הוה מוגיר לי' בלא סהדי. וכתבו הרמב"ן והרשב"א דלפ"ז יתכן דאם אמר אגרתיה לי' בפני סהדי והלכו להם למדינת הים דשפיר נאמן. אכן יש שינוי בין דברי הרמב"ן לבין דברי הרשב"א, דמדברי הרמב"ן מבואר דלא היה נאמן בזה אלא משום מיגו דאי בעי אמר דתקפה מיני', וכן הביא להלכה הרמ"א בסי' קל"ח ס"ח, ע"ש, ואילו מדברי הרשב"א משמע להדיא דנאמן בלא מיגו. והאמת דמלשון הרמב"ן משמע דכל מאי דהוה בעינן בסוגיין לטעמא דלא הוה מוגיר לי' בלא סהדי אינו אלא בכדי דלא יהא נאמן במיגו, ומשמע מדבריו דבלא מיגו פשיטא דאינו נאמן אף בלא האי טעמא, אשר לפ"ז מוכרח דמאי דמהני היכא דאמר דמוגיר לי' בסהדי אינו אלא מדין מיגו. אכן צ"ב אמאי, אילולי הך טעמא, לא היה נאמן מעיקר הדין לומר אגרתיה לי' כמו דנאמן לומר דתקפה מיני' אכן נראה פשוט בזה, דהא הרמב"ן כתב לפני כן דהוי כאילו איכא עדים דעל ידי תקיפה בא לידו, ובשלמא אי טען דתקפה מיני' שפיר נאמן מעיקר הדין דלא נחשב התוקף כמוחזק, אבל אי טעין אגרתיה לי', הרי כיון שהיו קודם רבים עליו ועכשיו הוא בידו הוי כאילו איכא עדים שתקפה, והאיך נימא דאגרי' ניהלי', וע"כ דמאי דנאמן לומר אגרתיה ניהלי' אינו אלא משום מיגו דאי בעי הוי אמר דתקפה מיני', ולפ"ז פשוט דמאי דנאמן לומר אגרתיה ניהלי' בפני סהדי וכו' אינו אלא משום מיגו, וז"פ. (או י"ל בפשטות דמאי דבעינן מיגו הוא משום דנהי דלא הוי כאנן סהדי שלא עשה כן, וכמו שאמר אגרתיה ניהלי' בלא סהדי, מ"מ בפשטות אמרינן שלא עשה כן ולא היינו מאמינים לו אי לאו דאית לי' מיגו, וכ"כ בבית הלוי ח"ג סי' מ"ב, ע"ש.) ובדעת הרשב"א נראה ע"פ הא דיש לחקור בהך דכיון שראו ב"ד שניהם אדוקין בו הוי כאנן סהדי דעל ידי תקיפה בא לידו מהו גדרו, דיש לומר דמחמת הך טעמא נקטינן דתקפה ושוב אין השני יכול לטעון טענה אחרת אלא דתקפה מיני', דבטוענו טענה אחרת, כגון דהשכירה לו, הרי מודה דתפיסתו לאו מחמת תקיפה גרידא הוא, ושוב נעשה מוחזק. וכן נראה דס"ל להרמב"ן, אשר ממילא הוצרך לומר דמאי דהוה מהני מה שטוען אגרתיה לי' ע"כ דהיינו משום מיגו, דכיון דהיה יכול לומר שתקפה א"א לחשוב השני כמוחזק נגדו. (ויש לדון אי חשיב בכה"ג מיגו להוציא [21], אמנם הרמב"ן גופי' ס"ל דמיגו להוציא אמרינן, עי' ריש פירקין.) אכן יש לפרש דהך אנן סהדי דעל ידי תקיפה בא לידו פועל דלא חשיב מוחזק כלל, כלומר, דכיון דאין תפיסתו מוכחת אינה תפיסה כלל ושוב יהא נאמן לומר אפי' אגרתי' לי' ואף בלא מיגו, וכן ס"ל להרשב"א. אשר לפ"ז שפיר כתב הרשב"א דאם אמר אגרתיה לי' בפני עדים והלכו למדינת הים נאמן מעיקר הדין בלא מיגו, וכמשנ"ת, דהא אין האחר מוחזק.

והנה כתב הרמ"א בסי' קל"ח ס"ח, וז"ל: ולכן אם אמר שכרתיה לו בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים נאמן במיגו שהיה אומר חטפה ממני וכן נראה לי עיקר, עכ"ל. ומבואר להדיא מדבריו דהדרך היחידה שיש לומר שנאמן במה שאומר אגרתיה בפני עדים והלכו להם למדינת הים הוא על ידי מיגו, והוא על דרך הרמב"ן ודלא כהרשב"א, וכנ"ל. ומוכרח מדבריו דדווקא אי נימא דנאמן לומר חטפה ממני הוא שיש לדון שיהא נאמן לומר אגרתיה בפני עדים וכו', אבל אילו הוה אמרינן דאינו נאמן לומר שתקפו ממנו ודאי דלא היה נאמן לומר אגרתיה וכו', וזה נראה פשוט דאמת אפי' לדעת הרשב"א, דטעמא דהרמב"ם דאינו נאמן לומר שתקפה ממנו הוא משום דאמרינן דחשוב זה שהוא בידו עכשיו כמוחזק, אשר ממילא פשוט שלא יהא נאמן אף כשיטעון אגרתיה בפני עדים וכו'. אלא דעדיין היה מקום לומר דעכ"פ בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר יהא נאמן לומר אגרתיה וכו' אף דאינו נאמן לומר שחטפה ממנו וכסברת הרמב"ן דלא מסתבר דעד עכשיו לא הצליח לתקפו ועכשיו הצליח, ומ"מ נימא דנאמן לומר אגרתיה בפני עדים וכו'. אלא דיעויין בביה"ל הנ"ל שכתב דלעולם בלא מיגו אין להאמינו כיון דלא מסתברא שהשכירו לו אפי' בעדים, וכנ"ל, אשר ממילא פשוט דאפי' בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אינו נאמן להרמב"ם, וז"פ. (אלא דבדברי הרשב"א הנ"ל מבואר דלא כדבריו.) ובאמת י"ל בזה ע"פ משנ"ת לעיל בביאור דברי הרמב"ם, דלמאי דק"ל דתקף אחד בפנינו אין מוציאין מידו, והיינו משום דדין יחלוקו מדין ספק ושפיר נעשה התופס מוחזק מספק, לפ"ז כיון דלא ידעינן דהיה תפיסת גזל נעשה שפיר תפוס ומוחזק, ולפ"ז י"ל דאף בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר, נהי דאין תפיסתו מוכחת, מ"מ אין זה חסרון אלא היכא דהיה ודאי מ"ק, אבל בנ"ד מה לנו דאין התפיסה מוכחת, מ"מ שפיר מהני מוחזק מספק דידי' נגד מוחזק מספק דמקודם ואין הלה נאמן לומר אגרתיה בפני עדים, ודוק. וכעי"ז שמעתי ממו"ר זצ"ל.

קז) רש"י ד"ה אפי' לסומכוס כו'- כלומר ואליבא דסומכוס דמיקל בחלוקה ולא מצריך אפי' שבועה איצטריך לאשמעינן דבכהאי גוונא מודי סומכוס דאפי' בשבועה לא שקיל דהא לאו ממון המוטל בספק הוא- לכאורה צ"ב מה שייך ד"ז לסומכוס, הרי לא קאמר דינו אלא בממון המוטל בספק, והכא ממנ"פ,

---

[21] לכאורה הרי כבר נתבאר לעיל דמלשון הברייתא מבואר דזכיית המחזיק היא מדין מוחזק והמע"ה, ומעתה כ"ע מה הוק' להתוס' דנהימניה במיגו הא הו"ל מיגו להוציא, דכל זמן שהרשון לא טען תקפה הימני הרי היא בחזקת המחזיק. אכן יעויין שט"מ בשם תלמידי ר"י שכתב בתוך דבריו דכיון שאם היה הראשון טוען תקפה לא היה המחזיק מוחזק לא חשיב כמיגו להוציא, דכל דין מיגו להוציא הוא רק בגונא שחזקת הנתבע לא נעשית ע"י הנתבע, משא"כ בנידו"ד דכל חזקתו של הנתבע נעשית ע"י התובע לא חשיב כמיגו להוציא, דהפה שאסר הוא הפה שהתיר עכת"ד. וכנראה כונתו דבנידו"ד אפי' אם לא היה הראשון טוען תקפה הימני הוה מחזקי' בסתמא שתקפה הימנו ולא חשבי' ליה כמוחזק כלל, וגמלא שכל חזקתו של המחזיק נעשית רק עפ"י דברי התובע שהוה שזה לא תקפה הימנו אלא שכרה, ומה"ט אמרינן דהפה שאסר הוא הפה שהתיר, דאיהו החזיקו בטלית ואיהו התיר את איסורו וטעין אגרתיה ניהליה ודו"ק. (ממו"ר זצ"ל)

אי הוה ס"ד דסירכא היא כמחזיק בה, הויא שניהם מוחזקים ויהא דינא דיחלוקו כפשטות דמתני' אף בלא סומכוס, ואי סירכא לאו כלום הרי מאי דלא מהני לא קשור לסומכוס אלא דהוי כאחד מוחזק בו. והמוכרח לכאורה בדברי רש"י, דהא מיהא פשיטא לי' דלא חשיבא סירכא כאילו הוא תפוס ממש בו ומדיני מוחזק ודאי דחשיב שרק חבירו מוחזק ולא הוא, אשר ממילא לרבנן ודאי דדינא דהממע"ה, אכן לסומכוס דס"ל דאף היכא דאחד היה מוחזק מ"מ אמרינן דממון המוטל בספק חולקין היה מקום לומר דאף דלענין מוחזקות סירכא לאו כלום, מ"מ יהא די בזה דליחשב שור שחוט לפניך, כלומר, דיחשב ממון המוטל בספק, ויהא דינא דיחלוקו (וישבע משום דר' יוחנן), לזה קמ"ל דסירכא לאו כלום היא, ולא חשיב אפי' שור שחוט לפניך, כמו שכתב רש"י להדיא. ולדעת רש"י שפיר חשיב שנים אוחזין דרא דממונא, דגדר דרא דממונא דיחשב על ידי ממון המוטל בספק לסומכוס הוא דיהא "שור שחוט לפניך". ומאי דאמרו לעיל ב' ע"ב דבמתני' ליכא דרא דממונא, ע"ש פי' רש"י שכתב דר"ל חסרון ממון, הרי דשינה מהמבואר מדבריו כאן, ולפום פירושו לא מיירי התם במה מגדיר כממון המוטל בספק, אלא התם הנידון דאף דהוי ממון המוטל בספק מ"מ איכא חילוק לענין שבועה, אשר בזה הוא דהוה ס"ד למימר דתליא בחסרון ממון ודחאוה. ודבריו מתאימים ביותר עם מש"כ לקמן דף ח', הובאו הדברים לעיל, דיסוד דין יחלוקו דמתני' מדין ממון המוטל בספק הוא. (ויתכן דהיינו אף לרבנן כיון דליכא מ"ק.)[22]

וכל זה לדעת רש"י, אבל לדעת התוס' דלא נאמר דינא דסומכוס אלא היכא דספק לב"ד בלא טענותיהם, ולדידהו דרא דממונא דלעיל דף ב' שפיר היינו הך דרא דממונא דספק לב"ד בלא טענותיהם, אשר זהו יסוד קושייתם שם סוף ע"ב, לדידהו צ"ב מהו חידושא דסוגיין אליבא דסומכוס. ולכאורה צ"ל, דלעולם לא הוה ס"ד דנימא הכא ממון המוטל בספק חולקין, ואדרבה, דין חלוקה דמתני' לאו מהאי טעמא הוא כלל לשיטת התוס' אלא משום דשניהם מוחזקין והוי כאילו כל אחד יש לו חצי כדמבואר מדבריהם לעיל דף ב', אלא ס"ד דלסומכוס דקיל לי' חזקת ממון דאפי' ספק שיש בו דרא דממונא מוציא ממוחזק גמור, לדידי' נימא נמי דיהני סירכא דידי' עכ"פ דנימא דיזכה בחצי על ידי שבועה להוציא ממי שאינו מוחזק גמור (כיון דמיסרך סריך בי'), וקמ"ל דהוא מוציא גמור, ועדיין צ"ע בזה. שוב הראוני בדברי רבנו פרץ דס"ל אף הוא לעיל דגדר דרא דממונא הוא דהוי ספק לב"ד בלא טענותיהם, ומ"מ פי' בסוגיין דס"ד דליהוי ממון המוטל בספק, אלא דפירש דלא כדברי רש"י, דס"ד דכיון דמיסרך סריך הרי זה מעורר להסתפק שמא היה אחוז בה קודם ונשמט מידו, וזה שפיר הוי ספק לב"ד בלא טענותיהם. אלא דכיון דספק זה אינו אלא שמא היו מקודם שנים אוחזין, כלומר, שמא היה לו זכות למחצה, א"כ מחמת דינא דיחלוקו לא היה מקבל אלא רביע, עי' שט"מ בשם תוס' חיצוניות שכתבו באמת כן לפום פירש זה. ומסקנת הגמ', דסירכא לאו כלום ולא מסתפקינן בזה כלל.

והנה מדברי רש"י מבואר דאין הס"ד בהא דמיסרך סרוכי אלא אליבא דסומכוס אבל לרבנן לא. ומדברי הרי"ף והרמב"ם נראה שפי' את ד' הגמ' באופ"א, דהנה ברי"ף וברמב"ם הביאו להך דינא דסירכא, ואי נימא כפרש"י דכל החידוש הוא רק אליבא דסומכוס לא הו"ל לרי"ף ולרמב"ם להביא להך דינא. וכן מדויק מלשון הרי"ף שכתב וז"ל ואבע"א כגון דאתו לקמן מעיקרא כד תפיס לה חד מנייהו ואידך מסריך בה סרוכי, קמ"ל דסירוכא ולא כלום הוא, ואפילו לסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין בלא שבועה מודה סומכוס דסירכא לאו כלום היא עכ"ל, ומדויק מדבריו דגם אליבא דרבנן איכא חידושא, אלא דלסומכוס יש בזה חידוש טפי.

ובביאור הדברים צ"ל דהרי"ף והרמב"ם פליגי על רש"י וס"ל דיש כאן חידוש בהל' מוחזקות, דהו"א דהסירכא מהניא לגרע את כח המוחזקות דאידך דלא חשבי' ליה כמוחזק גמור, ולכך גם אליבא דרבנן הו"א דל"א הכא המע"ה אלא יחלוקו ודו"ק.

והנה התוס' לקמן ד"ק הביאו את שי' רבינו שמואל דהא דס"ל לסומכוס ממון המוטל בספק חולקין היינו רק במקום חזקת מר"ק, אבל בדקיימא ברשותא דחד מינייהו דהו"ל מוחזק גמור מודה סומכוס דאמרי' המע"ה. ומקשים העולם האיך יפרש הרשב"ם לסוגיא דידן דס"ד דבסירכא יחלוקו, דהא בנידו"ד המחזיק בה הו"ל מוחזק גמור, ומהו הס"ד דיחלוקו.

וכנראה צ"ל דהרשב"ם יפרש לסוגיין ע"ד הרי"ף, דהו"א דע"י הסירכא נפגמה המוחזקות דאידך ולא חשבי' ליה כמוחזק גמור, ומה"ט ס"ד דהך מוחזקות לא אלימא מחזמ"ק דס"ל לסומכוס דיחלוקו ודו"ק. ולהך פירושא יל"פ את הקמ"ל דלא כרש"י, דהנה לפרש"י "סירכא לאו כלום הוא" פירושו דאין בזה סיבה לספק ואין שור שחוט לפניך, אכן לפמש"נ בד' הרשב"ם י"ל דלא הדרי' מסברת ההו"א דיש כאן סיבה לספק אלא דקמ"ל דבהל' מוחזקות סירכא לאו כלום היא, ואי"ז פוגם בכח המוחזקות דאידך, ולכך מודה סומכוס דאמרי' המע"ה. (ממו"ר זצ"ל)

קח) רש"י ד"ה הקדישה- בלא תקפה- הא פשיטא דעל הצד דבשתק ולבסוף צווח מוציאין מידו ודאי דאף אילו היה מקדישה אחר התקיפה לא הוה מהני. אלא כתב רש"י כן משום האת"ל דבשתק ולבסוף צווח אין מוציאין מידו, דאילו היה תוקף שפיר הוה מהניא תקיפתו, אשר בזה מיבעיא לן היכא דלא תקף מי הוי הקדש כתקיפה, וכ"כ במהר"ם שיף, ע"ש. אלא דצ"ב לכאורה דפשיטא דמיירי בלא תקפה, דאי בתקפה הרי מצד התקיפה הוי שפיר שלו ושפיר מהני ההקדש. וגם צ"ב דמפשטות לשונו של רש"י נראה דמש"כ במיירי דווקא בלא תקפה בעינן לזה לצד דמוציאין מידו. ועי' ביה"ל ח"ב סי' מ"ב אות ב' שפירש דמאי דהוצרך רש"י לפרש דמיירי בלא תקפה היינו בכדי דיהיה אמת מאי דאיתא בגמ' דאי בתקף אחד בפנינו מוציאין מידו ודאי דלא הוי הקדש, דלכאורה עדיין יתכן שיחול ההקדש היכא דתקף והקדיש ושתק מתחילה ועד סוף, ודכיון דבסוף הוי הודאה נמצא דמשעת תקיפה דידי' הוה ושפיר חל ההקדש. לכך פירש רש"י דמיירי בלא תקפה, אלא הקדישה גרידא, אשר בזה כיון דהקדישה עכשיו והודאה ליכא עד סוף השתיקה, נמצא דלא הוי מעשה הקדש כלל, וכמו גזל ולא נתייאשו הבעלים דלא חל ההקדש, דשניהם אינם יכולים להקדישו, ואף דלאח"כ מחזיר הגזלן להנגזל, ע"ש כל דבריו.

---

[22] והנה בדש"י הוסיף בזה להחידוש הוא אליבא דסומכוס "דמיקל בחלוקה ולא מצריך אפילו שבועה", ומבואר מדבריו דאילו היה הדין לסומכוס דיחלוקו בשבועה לא היה כל חידוש בזה שבסירכא אמרי' המע"ה, וכונתו ל"ב מה ענין השבועה לעצם ד' סומכוס לחולקין, הא גם אם בכל ממון המוטל בספק בעי' שבועה איכא חידוש בזה שבסירכא ל"א יחלוקו בשבועה.

ול"ל בזה, דהנה בדש"י בד"ב ע"ב מבואר דאליבא דרבנן ענין השבועה הוא בתורת דאיה להוציא ממון "דלא קים להו לרבנן להוציא ממון מחזקתו בכדי", ומעתה נראה דדש"י קאי אהך שבועה, ואהא כתב דש"י דאילו היה הדין לסומכוס דבממון המוטל בספק בעי' עכ"פ שבועה כדי להוציא מיד המוחזק הוה פשיטא לן דבגונא שא' אוחז בכל הטלית והאחר מסתרך עמו לא סגי בהך שבועה אלא בעי' דאיה גמורה להוציא מיד המחזיק. ולכך פרש"י דלסומכוס אמרי' יחלוקו בלא שבועה וא"ל אפי' דאיה כל דהוא להוציא מיד המוחזק, וממילא הו"א דבסירכא נמי מצי' לאפוקי ממונא מיד המוחזק ויחלוקו. (ממו"ר ז"לל)

ומדברי הר"ח מבואר להדיא שלא כד' רש"י וז"ל את"ל תקפה א' בפנינו מוציאין אותו מידו הקדישה אינה מקודשת ואת"ל אין מוציאין אותה מידו הקדישה מקודשת, הקדישה בלא תקפה מהו וכו' עכ"ל, ומבואר מדבריו דמתחילה איירי' בתקפה והקדישה, ואהא אמרי' דלצד דמוציאין מידו פשיטא דלא חייל ההקדש ולצד דאין מוציאין פשיטא דחייל, ולאחמ"כ מבע"ל לצד דאין מוציאין מהו הדין בהקדישה בלא תקפה. וצ"ב במאי פליגי רש"י והר"ח, דלכאו' צדקה סברת הר"ח דלצד דתקפה מוציאין מידו גם בתקפה והקדישה אין תקיפתו כלום, ואמאי נקט רש"י דבתקפה והקדישה חייל ההקדש.

והנה בגמ' מבע"ל את"ל תקפה אין מוציאין אותו מידו הקדישה בלא תקפה מהו וכו' או דלמא השתא מיהא הא לא תקפה וכתיב איש כי יקדיש את ביתו קדש מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו לאפוקי האי דלא ברשותו, ומבואר דכל הצד דלא יחול ההקדש הוא משום דאינו ברשותו, והק' המהרמ"ש אמאי בעי' לזה תיפו"ל דהטלית אינה שלו.

ואמר מו"ר זצ"ל לבאר בזה, דהנה דעת הרבה מהראשונים דחלוקת שנים אוחזים הו"ל פסק ספק, וצ"ב לפי דעתם אמאי להצד דבתקפה אחד בפנינו מוציאין מידו לא חייל ההקדש כלל, הא סו"ס אית לן ספק דלמא כלפי שמיא גליא שהטלית שלו ואמאי ל"ל כח להקדיש את הטלית על צד שהיא שלו [והכ"נ צ"ב אמאי להצד דתקפה אין מוציאין מידו מבע"ל דלמא לא חייל ההקדש, הא סו"ס אית לן ספק שמא הטלית שלו, ואמאי לא יהא זה לכה"פ ספק הקדש]. ואשר מוכרח ומבואר מזה, דכל היכא שבדיני הממון נפסק דהך ממון ינתן לחבירו נגרע כחו בממון ולאו כל כמיניה להקדישו, ומה"ט גם אם כלפי שמיא גליא שהטלית שלו ל"ל כח להקדיש את חציה השני שנפסק שהוא של חבירו. ולכך להצד דתקפה מוציאין מידו פשיטא לן דלא חייל ההקדש כלל, וגם להצד דתקפה אין מוציאין מבע"ל דלמא כל זמן שלא תקפה ל"ל כח בחציה השני ולאו כל כמיניה להקדישו.

והנה מד' המהרמ"ש נראה שנקט דחשיב כאינו שלו, דנהי שכלפי שמיא גליא שהממון שלו מ"מ מאחר שמחמת הספק יהבינן להך מחצה לחבירו ובמשפטי הממון נקבע דהך ממון ינטל ממנו חשיב כאינו שלו ול"ל כח להקדישו. אולם באמת ד"ז אינו מוכרח, דלעולם י"ל דהפס"ד דיחלוקו לא משווי ליה כאינו שלו ולא נגרעה בעלותו, וכונת הגמ' רק דחשיב כאינו ברשותו, דמאחר שבדיני הממון נקבע דאידך מחצה ינתן לחבירו חשבי' לזה כעין אינו ברשותו ולכך ל"ל כח להקדישו, ולפי"ז א"ש הא דהוצרכה הגמ' לדינא דאינו ברשותו, דלהנ"ל כל הטעם דלא חייל ההקדש בתורת ודאי הוא רק מדין אינו ברשותו.[23]

ולפי"ז י"ל דבר חידוש דרש"י ס"ל דהך חסרון הוא רק בלא תקפה, אבל בתקפה והקדישה דהטלית ברשותו שפיר חייל ההקדש על צד שהיא שלו, דאע"ג דמפקי' מיניה מ"מ כל זמן שהטלית תח"י הרי היא ברשותו ואין כאן חסרון של אינו ברשותו [וכ"ה בגזלן גמור שהקדיש, דבגמ' אמרי' דשניהם א"י להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו, ומשמע מזה דלגבי הגזלן מיקרי שפיר ברשותו אע"ג דמפקי' מיניה, וכל הטעם שהגזלן א"י להקדיש הוא רק משום שאינו שלו. והכ"נ י"ל בנידו"ד דלצד שכלפי שמיא גליא שהטלית שלו שפיר חשיב ברשותו וחייל ההקדש מספיקא וכמש"נ].

קט) תוד"ה הקדישה בלא תקפה מהו- ומיירי נמי כגון ששתק בשעה שהקדיש ולבסוף כששאלה הגזבר צווח- למה שכתבו התוס' דיסוד השאלה הוא אי הוי הקדש כתקיפה או דלמא אמרינן דלמה יצווח בשביל דבריו, לכאורה ה"ה בשתק מתחילה ועד סוף איכא למיבעי אי מראה שתיקתו דאודויי אודי לי', וא"כ משכחת לה אפי' את"ל תקפה אחד לפנינו מוציאין אותה מידו. ויעויין בחידושי הריטב"א הישנים שכתב באמת כן דמיבעיא לן אפי' בהקדישה בלא תקפה ושתק מתחילה ועד סוף. ומאי דאמרו בסוגיין דאת"ל תקפו אין מוציאין מידו, ע"ש בדברי הריטב"א דמבואר דהא מיהא בעינן שתהא שתיקת בשעת הקדישו כהודאה, דאי נימא דלא הוי כהודאה אלא אח"כ לא יהא הקדשו חל כיון דבשעה שהקדישו אכתי לא הודה לו. אשר לפ"ז, דאי נימא דתקפה אחד בפנינו בשתק וללבסוף צווח מוציאין מידו, מבואר דלא חשיבא הודאה אלא בשתיקה דלבסוף, וא"כ ליכא למיבעיא לן בהקדישו אפי' בשתק מתחילה ועד סוף, דע"כ לא יהיה כהודאה אלא שתיקה דלבסוף, דהיינו לאחר מעשה הקדש. ורק אי נימא דתקפה אחד בפנינו אין מוציאין מידו, דחשיב שתיקתו בתחילה כהודאה, בזה שפיר איכא למיבעי בהקדישו בלא תקפו בין בשתק ואח"כ צווח בין בשתק מתחילה ועד סוף אי שתיקתו בתחילה הויא כהודאה וחל ההקדש או לא. וכ"ז בדברי הריטב"א, אבל דברי התוס' שכתבו דבעיין בהקדישה בלא תקפה מיירי דווקא בשתק ולבסוף צווח צ"ב כנ"ל. וכדברי התוס' כ"ה בתוס' הרא"ש ובתוס' ר"פ. והיה אפשר לומר בביאור דבריהם, דהא כל הצד דלא יהא הקדש כתקיפה הוא משום דלמה יצווח בשביל דבריו, וזה מצד מעשה הקדש, אבל כששאלה הגזבר דנראה מזה כאילו חייל ההקדש יתכן דודאי היה לו לצווח אם שתק אף בזה פשוט דיהא הקדישו הקדש, אלא דיקשה לפ"ז האיך באמת חל ההקדש, הא בשעת מעשה ההקדש אכתי לא הודה. ואפשר דס"ל להתוס' דאי שתיק אפי' שכשבא הגזבר איגלאי מילתא דמאי דשתק קודם לאו היינו משום דס"ל דלמה יצווח אלא משום דבאמת אודויי אודי,ואיגלאי למפרע דשפיר חל ההקדש, ועדיין צ"ע בזה. ובשט"מ ב"ק ל"ג ע"א הביא הרא"ש בשם הרמ"ה שכתב דאף דבשעה שהקדיש הניזק עדיין לא בא לרשותו, מ"מ אחר שגבאו ובא לרשותו ולא קבל דמים לר' עקיבא אנו רואין כאלו מעיקרא כשהקדישו היה כבר בא ברשותו, ולפ"ז היה אפשר לדון אף הכא כן ואתיין שפיר דברי התוס' כנ"ל, אלא דהתוס' שם בב"ק לא כתבו כן אלא פירשו באופן אחר, אשר מבואר מזה דלא ס"ל הכי. ועי' בזה בכו"ח דרע"א סי' י' שהאריך בענין זה.

והנה מדברי התוס' מבואר דלצד דשתיקה להקדש כהודאה דמיא פשיטא לן דחייל ההקדש, וכל הספק הוא רק דלמא הך שתיקה ל"ה כהודאה דלמה יצווח בשביל דבריו, וכ"כ התוהרא"ש. וחזינן דהתוס' והרא"ש פליגי על הרמב"ן, דברמב"ן ביאר דפשיטא לן דהך שתיקה כהודאה דמיא ואעפ"כ מבע"ל דלמא לא חייל הקדש, והתוס' והרא"ש ס"ל דאם הך שתיקה כהודאה דמיא פשיטא דחייל ההקדש, ויל"ע במאי פליגי התוס' והרמב"ן.

ולכאורה י"ל דפליגי ביסוד דין ההודאה בסוגיין, דלדעת התוס' הויא הודאה גמורה על הממון, אשר ממילא אם אך נימא דבהקדישה חשיבא הודאה ודאי דמהני ההקדש, ואילו הרמב"ן ודעמי' ס"ל דאין ההודאה הודאה גמורה, אלא כמין הודאה על המוחזקות, אשרבזה שפיר יש להסתפק אי סגי בבעלות כזה בכדי שיחול ההקדש, ועד"ז אמר מו"ר זצ"ל.

קי) תוד"ה הקדישה בלא תקפה מהו- ולא דמי לגזל ולא נתיאשו הבעלים דשניהם אין יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו דכיון דאודי לי' הוי כפקדון שיש לו ביד אחרים דיכול להקדיש- ואף על גב דבשעת אמירה אכתי לא אודי לי', ידו והקדישו באין כאחד, כ"כ בריטב"א החדשים בביאור דברי התוס', וכ"כ באב"מ סי' כ"ח סקי"ג מסברא דנפשי'. (ואין מובן לי כל הצורך האיך מהני דבר זה.)

---

[23] וכ"ה לשון רש"י בע"ב בסוד"ה לעולם דהו"ל דבר שאינו ברשותו, אבל בתוס"כ סי' קל"ח ובקלה"ח סי' רי"ח סק"ג נקטו כד' המהרמ"ש דחשיב כאינו שלו.

ובגוף דברי התוס', עי' קצוה"ח סי' רי"א סק"ג שתלה דבריהם דהו"ל כפקדון ויכול להקדיש בפלוגתת בעה"מ והרמב"ן בשור שנגח ד' וה', דבעה"מ ס"ל דאם אמר הגנב שרוצה להחזירו חשיב שפיר ברשותו ויכול להקדישו, ואילו הרמב"ן ס"ל דאינו יכול להקדישו, ופירשו העולם דבריו דהיינו משום דאכתי אית לי' קניני גזילה. ויסוד פלוגתתם במה פועל דיחשב אצל גנב אינו ברשותו, דבעה"מ ס"ל דאינו מצד קניני גזילה אלא מצד שהבעלים אינם שולטים בה, אשר ממילא ס"ל דאם אך אמר בגנב שרוצה להחזיק חשיב שפיר ברשותו. אכן הרמב"ן ס"ל דמה שפועל דיחשב אינו ברשותו הוא קניני הגזילה, אשר ממילא אף שרוצה להחזירו עדיין כיון דעדיין קיימי קניני הגזילה חשיב אינו ברשותו. וכתב בקצוה"ח דדברי התוס' לא יתכנו אלא לפום שיטת בעה"מ, אבל לדעת הרמב"ן דאף דרוצה להחזיר עדיין חשיב אינו ברשותו, א"כ הוא הדין והוא הטעם בנ"ד אף שהודה לו מ"מ אינו כפקדון ועדיין חשיב אינו ברשותו. (וע"ש בקצוה"ח שתלה ג"ב בפלוגתת בעה"מ והרמב"ן דין הכופר בפקדון שהודה ומוכן להחזירו אי יכולים הבעלים להקדיש. ולפי הביאור הנ"ל בפלוגתת רמב"ן ובעה"מ, תליין דברי הקצוה"ח באי איכא בכופר בפקדון קניני גזילה, דבבררכ"ש ב"ק סי' מ"ב ובאמרי משה סי' ל"ד כתבו דלא הוי כופר בפקדון גזלן אלא לענין חיוב אונסין, אבל קניני גזילה לית לי', ולדבריהם אף לדעת הרמב"ן יוכל להקדישו כיון דהא לית לי' קניני גזילה.)

ובאמרי משה שם כתב לבאר בזה, דלעולם אף הרמב"ן מודה דחשיב אינו ברשותו משום מאי דאינו שולט בו, אלא דהוסיף דאף מצד קניני גזילה חשיב אינו ברשותו, והנפ"מ היכא דרוצה להחזירו, דמצד חוסר שליטה לית לן בה אבל מצד קניני גזילה עדיין חשיב אינו ברשותו. והנה בנידון דידן לית לי' לזה שהודה עכשיו שתפס קניני גזילה כלל, דהא הבעלים מחזיקים בחציו השני וכלפי דידי' הוי כמונח בקרקע וחסר בקנינו בהחפץ, אשר משו"ה לא הוה חשיב אינו ברשותו אלא משום דמעכבו לעצמו, ובזה שפיר כתבו התוס' דכיון דהודה הו"ל כפקדון ושפיר יכול להקדיש, ע"כ תו"ד בקצרה.

ויש לדון לכאורה גם מטעם אחר דלא שייכי דברי התוס' לפלוגתת הרמב"ן ובעה"מ, והוא, דהא בעה"ב תפוס אף הוא בטלית, ומאי דחשיב גם השני כמוחזק זהו משום דהוא טוען דכולה שלו, וא"כ כד מודה שאינו שלו נמצא דבעצם לא הוי מוחזק אלא בעה"ב וממילא הוי כאילו החזיר הגזילה דבזה אף הרמב"ן מודה, עי' ס' ציץ הקודש סי' ו' שהביא כע"ז בשם ההמהרי"ל דיסקין.

וע"ש בקצוה"ח שכתב בדעת הרמב"ן דיפרש בעיא דסוגיין דהא פשיטא דשתק ולבסוף צווח חשיב כהודאה ועל ידי כך חשיב שפיר שלו, מ"מ מיבעיא לן אי בעינן נמי שיהא ברשותו בכדי שיהא יכול להקדיש, וכפלוגתא דר"י ור"ל, ע"ש כל דבריו. (וצ"ב לכאורה לדבריו אמאי מיבעיא לי' דבר זה דווקא הכא בתקפה ולא סתם אי מצי מקדיש דבר שאינו ברשותו. ושמא י"ל דדווקא באינו ברשותו כעין זה, דלית בי' קניני גזילה, וכמו שביארנו לעיל בשם האמרי משה, בזה הוא דמיבעיא לן הכא אי אית בזה חסרון לענין הקדש.) ולדבריו פשוט דה"ה בשתק מתחלה ועד סוף, דהא אף בזה איכא חסרון דאינו ברשותו, ואילו מדברי הרמב"ן בחידושיו בסוגיין משמע להדיא דלא מיבעיא לן אלא בשתק ולסוף צווח אי חל ההקדש, אבל בשתק מתחילה ועד סוף משמע דפשוט דחל, דז"ל הרמב"ן: ואיכא למימר פשיטא לן מילתא דכי הקדישה ואשתיק ולבסוף צווח כמאן דתקפה דמי למימר בי' דאודויי אודי אלא דלא אלימא ההיא הודאה לאפוקי ממונא ממאן דתפיס אי הקדש חייל עלי' הא תקפה ואפקה מיני' אי לא חל עלי' לאו כלום עבד ואע"ג דאישתק האי, עכ"ל. וביאור דבריו לכאורה, דהודאה דשתק ולבסוף צווח אינו על עצם הממון דליהוי הודאת בעל דין ממש, אלא דהוא על המוחזקות, וחלוקה היא מהודאה דשתק מתחילה ועד סוף דהוא על גוף הממון, וכמו שנתבאר חילוק זה לעיל בדברי הריטב"א. אשר לפ"ז פשוט דלא מהניא הודאה דשתק ולבסוף צווח אלא בהדי' תקיפה, דהא אין פעולתו אלא שיהא נעשה התוקף למוחזק. ובאיבעיא דידן דהקדישו, אם אך נימא דלא חשיבא כתקיפה תו לא מהניא הודאתו כלל , אלא דהא פשיטא דאי חייל הקדש חשיב שפיר כתקיפה ומהניא ההודאה, ויסוד השאלה אי חל הקדש בכה"ג, דשמא אינו חל משום שאינו ברשותו, ושוב, כיון דליכא תקיפה לא מהניא ההודאה כלל, או שמא חל, ולא משום דלא בעינן שיהא ברשותו, אלא משום דאינו ברשותו כזה שאינו מחמת קניני גזילה שמא לא חשיב אינו ברשותו, וכמו שכתבנו לעיל בדברי הקצוה"ח, ומאחר דחל נמצא דשפיר איכא תקיפה ושפיר מהניא הודאתו ושוב ממילא שפיר היה יכול לחול.[24] אמנם כל זה בשתק ולבסוף צווח, אבל בשתק מתחלה ועד סוף אף דנימא דלא חל ההקדש מ"מ שפיר מהניא ההודאה משום דלא בעינן בזה תקיפה, אלא הוי הודאה גמורה. ואתי שפיר מאי דנקטו בסוגיין דווקא חסרון דאינו ברשותו ולא חסרון דאינו שלו, דלעולם על ידי דמהניא הודאה שפיר יהיה שלו, אלא דמיתלא תליא פעולת ההודאה בחלות הקדש בדבר שאינו ברשותו, וכמשנ"ת.

קיא) תוד"ה הקדישה בלא תקפה מהו- דלמה יצווח בשביל דבריו- לכאורה צ"ב לדבריהם אמאי הביאו בסוגיין דווקא החסרון דאינו ברשותו, הרי אם אין בשתיקתו הודאה הרי הוי גם אינו שלו, וכבר העיר בזה בקצוה"ח הנ"ל. ועי' תוס' הרא"ש, ותרוה"כ סי' קל"ח.

ומדברי התוס' מבואר דאילו הוה אמרינן דשתיקתו כהודאה וליתא להא דלמה יצווח בשביל דבריו, פשוט דהוה מהני בזה הקדש ודלא כדברי הרמב"ן הנ"ל באות ק"י דאף דודאי הויא כהודאה מ"מ מיבעיא לן אי חייל ההקדש, עי' לעיל. והיינו לכאורה משום דס"ל להתוס' דאף הודאה דשתק ולבסוף צווח הוי הודאה על עצם הממון ומהני להוציא, אשר זהו דפשיטא להו דאם אך איכא הודאה שפיר הוי ממש שלו ושפיר יכול להקדיש.

ובגוף ספיקת הגמ' בהקדישה בלא תקפה שפירשו התוס' דיסוד השאלה היא אי חשיבא שתיקתו כהודאה, לדברי התוס' ראיית הגמ' ממסותא אינה מעצם השאלה שם אלא ממאי דאמרינן כל מקום שאינו יכול להוציא בדיינים אם הקדישה אינה מקודשת, דאמאי לא נחשב השתיקה כהודאה ויחול ההקדש. (עי' תוס' הרא"ש) אמנם עי' חידושי הר"ן שפירש שאלת הגמ' באופן אחר, והוא ע"פ שיטתו לעיל בביאור שאלת הגמ' בתקפה אחד בפנינו דיסוד השאלה היא בגדר דין שנים אוחזין אי החלוקה היא מדין ודאי או מדין ספק. (ופשוט דאין כונתו אי מחייב החלוקה הוי מדין ודאי כמש"כ התוס' ריש מכילתין או דהוי מדין ספק כמש"כ הרא"ש, וכמש"כ התוס' בב"ב ל"ד ועו"ר, אלא כונתו בעצם מאי דפסקינן דיחלוקו אי גדר הפסק הוא דפסקינן דכל אחד יהא החצי שלו בתורת ודאי, ואף דלעולם לא ידעינן של מי הוא, או דלא אמרינן אלא דלא נוציא מידו מספק, בגדר אין מוציאין מידו.) ופירוש איבעיא דהקדישה בלא תקפה, דלעולם מיירי אפי' שצווח בשעת ההקדש מתחילה ועד סוף, דאי תקפה אחד בפנינו מוציאין מידו, כלומר, דדין יחלוקו מדין ודאי הוא, הרי בחצי של חבירו אין לו כלום ופשיטא דלא

---

[24] ומו"ר זצ"ל ביאר יסוד הספק אי מצי מקדיש לשיטת הרמב"ן, דהא פשיטא דכיון דשתק ולבסוף צווח ובכה"ג שפיר הוי הולאה השוב שיש לו זכות תקיפה, ויסוד הספק, אי סגי בדבר זה שיש לו זכות תקיפה בכדי להקדיש, או שמא מאחר לסוף סוף עדיין לא תקף אף דאית לי' זכות תקיפה מ"מ גרע בעצותו על ידי שעדיין לא תקף ואינו יכול להקדישו.

יחול ההקדש, אבל אי תקפה אחד בפנינו אין מוציאין מידו, ז"א, דדין יחלוקו דשנים אוחזין מספק הוא, נמצא דאף שהדין דאין מוציאין חצי זה של חבירו, מ"מ אית לי' עדיין בה בעצם זכות מספק, ובזה הוא דמיבעיא לן אי מצד זה יכול להקדישו שיחול הקדש מספק ויהא אסור. ויסוד השאלה בזה, דשמא "כיון דממון זה בספק של שניהם הוא עומד ועדיין יש לכ"א איזה דין אפי' בחצי האחר דאפי' ספק הודאה מהניא לי' דוקא לגבי הדיוט לא מפקינן מרשות התופס לפי שאין כחו חל ברשות חבירו דמחוסר תקיפה ומסירה אבל רשות גבוה בכל מקום הוא חייל ולא מחסרא בי' מסירה 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 מוקדשת מכחו". וביאור הספק, דבעצם הרי אף החצי שביד חבירו הוא ספק שלו, ומה שאינו יכול להקנותו היינו משום דכיון דלהקנותו ולמסרו לאחר צריך להוציאו מרשות חבירו, חסר בכחו לעשות כן, אכן בהקדש כיון דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, הרי לא בעינן בזה מסירה, ושוב לא חסר בכחו להקדישו. או שמא מה שעכשיו אינו שלו לשום דבר אין זה רק גדר דחסר לו ההיכי תימצי ולכך חסר בכחו, אלא חסרון הוא בעצם כחו ושליטתו בדבר ולכך לא מהני אפי' לענין הקדש. ולדברי הר"ן מתבאר יותר מה שהביאו בסוגיין דווקא החסרון דאינו ברשותו ולא החסרון דאינו שלו, דהא דעצם שפיר הוי ספק שלו רק דחסר בכחו בו, וכנ"ל.
ונראה פשוט דמאי דאיכא למימר דלא חסר בעצם כחו בו הוא רק משום דעד כמה שהוא שלו אין לחבירו שום קנין בו, אבל הא דגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו, דין זה לא שייך הכא כלל וליכא ראיה מזה להכא, דהתם ודאי כיון דיש לו לחבירו קנין גזילה בו איכא מניעה מדין ולא רק מניעה במציאות.
ועי' לקמן בע"ב מה שנכתוב בעשהזי"ת בביאור האיבעיא לשיטת רש"י.

ו' ע"ב

קיב) רש"י ד"ה המוציא מחבירו כו'- ואם תקפה כהן ושתיק ישראל והדר צווח הוי ישראל מוציא מחבירו- צ"ב לכאורה מה מהני בזה שתק ולבסוף צווח, דמה הודאה שייך בזה, וכבר עמד בזה בפנ"י ע"ש מש"כ. וזה ודאי דמוכח מדברי רש"י דאין ההודאה דשתק ולבסוף צווח הודאה על הממון דליהויי הודאה גמורה, אלא הודאה היא על המוחזקות. וביתר ביאור, לולא הא דאיכא הודאה ודאי דלא הוה מהני תקיפה כלל דהוה תפיסת גזל, ומהניא הודאתו בכדי שלא תהיה תפיסת גזל ויחשב תפוס. והנה מדברי רב המנונא דפירש כן בספק בכור והביא ראיה דהקדישו בלא תקפו מקודשת, מבואר לכאורה לפי דברי רש"י דהא מיהא פשיטא מהתם דתקף ושתק ולבסוף צווח מהני, ואנן הרי מיבעיא לן בהאי מילתא. אך הביאור בזה, דלעולם הא פשיטא לן דהויא שתק ולבסוף צווח הודאה ולא חשיב תפיסת גזל אלא נעשה תפוס, אשר בזה סגי לענין ספק בכור, והשאלה דתקפה אחד דפנינו יסודה היכא דנעשה תפוס אי מוציא דין תפוס זה מדין יחלוקו דשנים אוחזין, ומיתלא תליא בגדר שנים אוחזין אי מדין ודאי הוא או מדין ספק, (והוא כעין פירוש הר"ן, אלא דהר"ן דן מצד דהוי ספק הודאה). והנפ"מ בין שתק מתחילה ועד סוף ובין שתק ולבסוף צווח, (דמבואר מדברי רש"י דאף בשתק מתחילה ועד סוף מהני ראיה וע"כ דלא חשיב הודאה גמורה על הממון), דבשתק מתחילה ועד סוף פשיטא דמהניא תפיסתו, דעל ידי מה ששתק חבירו מתחילה ועד סוף נתבטל דין שנים אוחזין לגמרי. ולא מיבעיא לן אלא בשתק ולבסוף צווח דעל ידי צוויחתו בסוף הא ודאי דלא נתבטל דין שנים אוחזין, רק שנעשה התוקף לתפוס, ומעתה מיבעיא לן אי מהניא תפיסה נגד דין יחלוקו דשנים אוחזין ומבואר לפ"ז מה שביארנו לעיל בדברי רש"י שכתב דמיירי שאלה דתקפה אחד בפנינו דווקא קודם שנשבעו, דהרי יסוד השאלה היא כנ"ל, אי מהניא תפיסה נגד דין שנים אוחזין, אכן היכא דנשבעו כבר הרי תו לא קיימא דין שנים אוחזין אלא הוי ממש שלו ופשיטא דלא מהניא בזה תפיסה, וז"פ.
וביאור השאלה דהקדישה בלא תקפה לשיטת רש"י, דכיון דאית לי' זכות תקיפה, ז"א, דין ליעשות תפוס דיהני נגד דינא דיחלוקו דשנים אוחזין, אי סגי בזכות זה ליחשב כשלו לענין שיהא יכול להקדישה, ושפיר מייתינן ראיה מספק בכור, דס"ד דמאי דחייל הקדושה ליאסר בגיזה ועבודה זהו משום זכות תקיפה דהכהן. ויסוד השאלה דהקדישה בלא תקפה ביאר מו"ר זצ"ל דהוי שאלה בהלכות הקדש מהו החסרון דאינו ברשותו אי הוי חסרון בחלות ההקדש דאינו יכול לחול על דבר שאינו ברשותו או דהוי חסרון במעשה הקדש דלא שייך מעשה הקדש על דבר שאינו ברשותו, דהכא הרי ליכא חסרון בחלות, דאם אך יחול הקדש מכח זכות תקיפה דאית לי', הרי שוב לא יהיה השני מוחזק ותו לא חשיב אינו ברשותו, אכן אי הוי חסרון במעשה ההקדש חשיב שפיר אף הכא מעשה הקדש על דבר שאינו ברשותו. ולשיטת רש"י מיירי הך שאלה דהקדישה בלא תקפה אפי' בצווח מתחילה ועד סוף, דהא כל יסוד השאלה הוא שמא על ידי שיש לי' זכות תקיפה אי שתק ואח"כ צווח דהיינו משום דהדין יחלוקו הוא מספק ולעולם לא נסתלק השני מחלק זה לעולם, שמא מצד מאי דאית לי' צד מספק בהך חפץ סגי הזה להקדיש אותו ויחול הקדש מספק, אשר זה שפיר איתא אף אי בשעת ההקדש צווח מתחילה ועד סוף, ודלא כשיטת התוס', וכן דקדק החת"ס בדברי רש"י. (ומאי דבספק בכור פשיטא דיש לו זכות תקיפה ואילו בשנים אוחזין מיבעיא לן, אין זה משנה, דהא לא בזה הוא דמיבעיא לן.) ודחינן דלעולם לית לי' להכהן זכות תקיפה כלל ושאני איסור גיזה ועבודה כלל. ויסוד המח' בזה פירשו העולם דהוא בגדר מאי דאמרינן דהמוציא מחבירו עליו הראיה, אי דין ודאי הוא או דין ספק, דאי דין ודאי הוא לא מהני תפיסה נגדו ואי אינו אלא מספק שפיר מהני. (ממו"ר זצ"ל ועיקרי הדברים בחת"ס, ע"ש.)
ועי' חידושי הרמב"ן בסוגיין שהקשה מאי מיבע"ל דיחול ההקדש בלא תקפה הא תקיפה מהניא רק משום דאודויי אודי ליה ומה יהני הקדש כתקיפה, ואין לומר דאיירי בשתק ומבע"ל אי הך שתיקה כהודאה דמיא דא"כ מאי מייתי' מספק בכור. ותי' וז"ל ואיכא למימר פשיטא לן מילתא דכי הקדישה ואשתיק ולבסוף צווח כמאן דתקפה דמי למימר ביה דאודויי אודי, אלא דלא אלימא ההיא הודאה לאפוקי ממונא ממאן דתפיס, אלא אי הקדש חייל עליה הא תקפה ואפקה מיניה, אי לא חל עליה לאו כלום עבד ואע"ג דאישתיק האי עכ"ל, והמתבאר מדבריו דהב"ע ששתק בשעת ההקדש ופשיטא לן דשתיקתו כהודאה דמיא, אלא דבהא לחוד לא סגי להכריע את הספק ולהוציאה מיד השותק דלא אלימא הך הודאה להוציא ממון, ורק אם יחול ההקדש הרי"ז כתקיפה ומהניא ההודאה. ואכתי לא נתבאר כה"צ בדבריו מהו הצד דלא יחול ההקדש, ומהו ספק הגמ'.
ונראה ברור דהרמב"ן פי' את ספק הגמ' ע"ד משי"נ בד' רש"י והרשב"א הנ"ל, דז"פ דהקדש כשתיקה, ויסוד הספק הוא כלפי כח המקדיש האם בגונא דאית ליה אפשרות לזכות בממון ע"י תקיפה אית ליה כח להקדישו מעתה, או דלמא השתא מיהא הא לא תקפה וכל זמן שלא תקפה נגרעה בעלותו וא"י להקדישו. אלא דהוק' ליה דמאחר וכל כחו לתקוף הוא רק בשתיקה א"כ כל זכותו בממון היא רק במצב

של שתיקה אבל בלא שתיקה ל"ל זכות בממון כלל ולאו כל כמיניה להקדישו. וע"ז מצא הרמב"ן עצה דהב"ע בשתק ולבסוף צוח בשעת ההקדש דיש כאן הודאה המועלת להעמיד את הממון בידו אם יתקוף, ובזה מבע"ל מהו הדין בממון שיש לו כח לזכות בו ע"י תקיפה האם אית ליה כח להקדישו קודם תקיפה או דלמא השתא מיהא הא לא תקפה [ורש"י והר"ן פליגי ע"ז וס"ל דכל היכא דאית ליה זכות תקיפה בשתק ולבסוף צוח יש מקום לדון דיהני ההקדש אפי' בצוח וכנ"ל].

ובזה א"ש דמיון הגמ' למסותא ולספק בכור, דנהי דהתם לא איירי בשתק ולבסוף צוח מ"מ יסוד הדברים אחד הוא דהתם נמי אית ליה זכות תקיפה ומה"ט חייל ההקדש, ומינה שמעי' דבשנים אוחזים נמי אי אית ליה זכות תקיפה - דהיינו בשתק ולבסוף צוח - לא בטלה בעלותו האמיתית וחייל ההקדש.

ובעיקר מש"כ הרמב"ן דבשתק ולבסוף צוח לא אלימא ההיא הודאה לאפוקי ממונא ממאן דתפס, לא נתבאר מדבריו במאי גריעא הך הודאה מכל הודאת בע"ד, ובפשוטו כונתו כמש"נ לעיל בד' רש"י והרשב"א דאין כאן הוכחה גמורה לפרש את שתיקתו כהודאה ולכך ל"מ הך הודאה להוציא ממון וכל כחה הוא רק דהתופס ל"ח כגזלן ואהניא תפיסתו [ואי"ז כד' הר"ן, דבר"ן כתב דהוי רק ספק הודאה וברמב"ן משמע דיש כאן סתמא של הודאה אלא שאי"ז ודאי גמור להוציא ממון]. ביאור דברי הרמב"ן ממו"ר זצ"ל.

(והנה דעת הרמב"ן דאם תקפה בפני עדים חוץ לב"ד ודאי דהוי הודאה דליכא למימר הקא חזי לי רבנן, ואי נימא כביאור דברי הרמב"ן כאן כנ"ל, יצא דלא כמו שביארנו לעיל אות ק"ה דהיינו טעמא דהוי הודאה חוץ לב"ד משום דההודאה הוא על עצם הממון ולא על דין המוחזק שלו אשר תליא בבית דין, דהא הכא מבואר דס"ל להרמב"ן דאין ההדאה מועילה אלא לענין המוחזקות, ואעפ"כ ס"ל דשפיר חשיבא הודאה חוץ לבית דין. וע"כ דביאור פלוגתת הראשונים לענין חוץ לב"ד אחר הוא, דנחלקו ביסוד מאי דצווח אי הוא מחמת המציאות שחרה לו שחטפו ממנו, או בכדי שלא יעשה השני מוחזק, דהרמב"ן ס"ל דהוא מצד שחרה לו אשר זה שייך אף חוץ לב"ד, ואילו הרשב"א ס"ל דהוא בתורת מחאה שלא יעשה השני למוחזק, אשר זהו לא הוי אלא בבית דין.)

ועי' דברי הריטב"א הישנים בביאור יסוד השאלה דהקדישה בלא תקפה והראיה מספק בכור, ודבריו לכאורה טעונים ביאור.

קיג) תוד"ה והא הכא דכי תקפה כהן כו'- נראה דהכי מיבעי לי' במסותא כיון דמקרקעי היא והוה דינא כל דאלים גבר- הנה באמת מסקנין לקמן ז' ע"א דמיירי במסותא מקרקעי, ולס"ד דמיירי במטלטלין י"ל דמיירי שאינן אוחזין בו ולכך הוי דינא כל דאלים גבר, עי' פנ"י. ומאי דכתבו התוס' דווקא מקרקעי ולא פירשו דמיירי במטלטלין ובאינן אוחזין, היינו לכאורה משום דבקרקע לעולם לא שייך דינא דשנים אוחזין ובכל גוונא אמרינן דכל דאלים גבר, אשר כל כן כתבו התוס' בסתמא דלמאי דמוקמינ' לה בקרקע לעולם הוי הדין כדא"ג, וכן ביאר בזה מו"ר זצ"ל, והביא דכן משמע בטור ריש סי' קל"ח דחלוקת שנים אוחזים שייכא רק במטלטלין ולא בקרקעות. ואף לדברי הרמב"ם דשנים היושבים בצד ערימה מיקרי מוחזקים, מ"מ בקרקע לא חשבינן להו מוחזקים ולעולם הדין הוא דכדא"ג, וכנ"ל.

קיד) תוד"ה והא הכא דכי תקפה כהן כו' (מתחיל בע"א)**-** וכיון דאם תקפה האחד והקדישה כשהיא בידו מסתמא תו לא פקע אפי' חזר חבירו ותקפה ממנו- לכאורה ההקדש דחל אינו אלא מספק, דאף דכל דאלים גבר ותקף מ"מ לכאורה נשאר הספק בחפץ במקומו, ויש לעיין בזה.

וטעם הדבר דתו לא פקע ההקדש, עי' מש"כ בנתיה"מ סי' קל"ח סק"ט לבאר ע"פ דברי הרא"ש שכתב בריש מכילתין דיסוד הא דאמרינן כל דאלים גבר הוא דמי שהאמת אתו יטרח יותר, אשר לפ"ז היכא דתקף השני מהראשון אמרינן דהאמת אתו דאל"ה היה הראשון מביא עדים, אכן היכא דהקדיש כבר הראשון או מכר או מת, שוב טענינן ליורשים או להקדש או ללוקח שאילו היה כאן הראשון היה שפיר מביא ראיה, ע"ש כל דבריו.

ולכאורה י"ל בפשטות, וכ"כ הנחלת דוד בסוגיין, דבאמת מצד דינא דכל דאלים גבר אם גבר הראשון, כשהוא תפוס בה שפיר יכול להקדישה או למכרה, רק דאם תקף השני ממנו שוב בטל דינו והרי השני תפוס בו, אבל אם הקדישו, הרי אף שיתקפנה השני מ"מ עדיין חלות הקדש עליו וכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא, אשר ממילא לא מהני תקיפת השני.[25] והנה מלישנא דהתוס' דמאחר שהקדיש **מסתמא** תו לא פקע, משמע לכאורה דנסתפקו בהך מילתא, והיה להם צד שיפקע ההקדש על ידי תקיפת חבירו. וביאר בזה מו"ר זצ"ל, דהתוס' לא נסתפקו בסברת הנחל"ד הנ"ל, דז"פ דל"ש תפיסה מהקדש, אלא ספיקא דהתוס' הוא כלפי כח המקדיש, דמאחר שבדין כדא"ג מצי האחר לחזור ולתקפה נמצא שכל זכותו של המקדיש בממון היא מוגבלת לעד כמה שהאחר לא יתקפנה מידו, וממילא היה מקום לדון דגם בתקפה והקדישה כל חלות ההקדש היא רק עד שהשני יתקפנה, (ואף דאם יחול לא יוכל שוב לתקפנה, כדברי הנחל"ד, מ"מ היה צד לומר דעצם חפצא דההקדש לא חל אלא עד שיתקפנו)), ואם יתקפנה השני יפקע ההקדש מכל וכל, וע"ז כתבו התוס' דמסתמא בהקדיש לאחר תקיפה חייל ההקדש לעולם ותו לא פקע.

וסברא דהך מילתא דמצי מקדיש וישאר ההקדש לעולם אף דאין זכותו בתקיפה אלא עד שיתקפנו השני, אם נפרש את כונתם דהו"ל ספק הקדש יש לבאר את סברתם בפשיטות, דהנה באמת עצם הסוגיא צ"ב מהו הצד דבההיא מסותא לא חייל ההקדש בתורת ספק, הא אנן לא ידעי' מיהו הבעלים האמיתי ואמאי לא מצי כ"א מינייהו להקדיש את הממון על צד שהוא שלו ויהא זה ספק הקדש. ועכצ"ל כמש"נ לעיל דגם אם כלפי שמיא גליא שהממון שלו מ"מ מאחר שבדיני הממון נקבע דכדא"ג נגרע כחו בממון, דבדין כדא"ג נקבע שהממון לא ינתן לו אלא למי שיגבר, ולהכי מספ"ל דלמא ל"ל כח להקדיש את הממון קודם תקיפה. ומעתה נראה פשוט דכ"ז הוא רק כל זמן שהממון אינו תח"י, אבל לאחר שגברה ידו ונעשה מוחזק הדר דינא דבידו להקדישו גם מחמת בעלותו האמיתית, ולכך חייל ההקדש לעולם, דגם אם זכייתו בדיני הממון היא מוגבלת עד שחבירו יתקפנה מידו מ"מ כל זמן שהממון תח"י ולא ניטל ממנו בידו להקדיש את בעלותו האמיתית, ובעלות זו אינה מוגבלת.

ואפי' אי נימא דהו"ל ודאי הקדש ג"כ יש מקום לסברת התוס', דסו"ס כל זמן שהממון שלו הרי הוא בעלים גמור עפ"י דיני הממון, וי"ל דבאותו הזמן אין הגבלה בבעלותו ובידו להקדיש את הממון לעולם ודו"ק. (מו"ר זצ"ל)

---

[25] ואפשר לי"ל בזה עוד, ע"פ המבואר בדברי הרשב"ם בב"ב ל"ל ע"ב ד"ה תיפסוה גבי ההוא מרבא דהינא הוא דכל דאליס גבר, וז"ל: פן ימכרנה וכו', עכ"ל, אשר בפשטות משמע מדבריו דאם ימכרנה אחד מהם הוי מכירה ולא יוכל שוב לתקפה מהלוקח, והיינו טעמא לכאורה, דזהו מזכותי כל אחד מהם היכא דאליס גבר, דיש לו דינים בחפץ ושפיר יכול למכרה, וכל מאי דאמרינן דיכול השני לחזור ולתקוף אינו אלא היכא דאכתי הוא אצל הראשון, ועדיין ל"ע בזה, דהא בפשטות משמע התם דמיירי בלא תקף כלל, והאיך תחול המכירה לענין שלא יוכל לתקוף מן הלוקח.

ומה שהוצרכו התוס' להא דאי תקפה והקדישה חייל הקדש ולא פקע, דלכאורה ללא צורך הוא, דאף אי הוה אמרינן דכד תקף השני ממנו פקע ההקדש אכתי שפיר מיבעי לן היכא דלא תקף אי חייל ההקדש על כל פנים עד דיתקוף השני, לכאורה היינו משום דאי הוה אמרינן דפקע ההקדש כשתוקף השני תו לא היה שייך לומר שיחול הקדש כלל, והיינו טעמא, דאי לא חייל ההקדש אלא עד תקיפת השני, יסוד הדבר הוא דכח ההקדש מוגבל לזמן שתקיפתו של זה קיימת והממון תחת ידו אבל כלפי הזמן שאין הדבר בידו לית לי' כח הקדשה כלל, אשר ממילא לא שייך לדון שיהני הקדש כלל קודם תקיפה בעוד שהממון אינו תחת ידו, דהא כלפי הך זמן לית לי' כח הקדש כלל, אשר זהו שהוצרכו לומר דמסתבר דאם יקדיש אחר התקיפה לא יפקע ההקדש אפי בזמן שאינו בידו וחייל ההקדש לעולם, אשר מהאי טעמא יש לדון דגם קודם תקיפה אית לי' כח זה.

והנה כל זה היכא דאחד תקף, אבל היכא דלא תקף הרי לא נעשה תפוס ולית לי' דין זה, וע"כ בעינן לדון בזה מצד דנחשיב הקדש כתקיפה.

קטו) תוד"ה והא הכא דכי תקפה כהן כו'- או דלמא כיון דאפי' גבר האחד אם יכול השני לחזור ולתוקפה ממנו זוכה ה"ה הקדיש בלא תקפה לא יחול הקדש כלל כיון דחבירו אם תקפה היה זוכה דלא אלים הקדש מתקיפה- ויסוד השאלה במסותא, יש בזה שינוי בין דברי התוס' לבין דברי התוס' הרא"ש. וקודם נבאר שיטת התוס', והוא בהקדם כמה נקודות, הא', דהנה מכל דברי התוס' מבואר דהצד שיחול ההקדש קודם תקיפה הוא משום דלאחר תקיפה יהא בכחו להקדיש ומה"ט חשבי' ליה כבעלים מעתה. הב', דאין הכונה דהזכות תקיפה משווי ליה כבעלים, דז"פ דלצד שהממון אינו שלו ל"ל שום כח בממון קודם תקיפה ול"מ מידי הא דאית ליה אפשרות לזכות בו שלא כדין ע"י תקיפה. אלא יסוד הדברים הוא דכל הנידון בסוגיין שיחול ההקדש הוא רק על הצד שהממון שלו וכלפי שמיא גליא דאיהו הבעלים האמיתי, אלא דמאחר שבדיני הממון נפסק כדא"ג חשיב שהממון ניטל ממנו ונגרע כחו בממון, ובזה שפיר יש להבין דכל היכא דאית ליה אפשרות לזכות בממון ע"י תקיפה נמצא דהממון לא ניטל ממנו לגמרי ואכתי לא פקעה בעלותו האמיתית לגבי תקיפה, ולהכי אית ליה כח להקדיש את מה שהוא שלו דהקדש כתקיפה [וכ"ז הוא רק משום דההקדש גופא חשיב כתקיפה, אבל אי לאו הכי ל"מ מידי הא דאית ליה זכות תקיפה, דכל מה שנשתייר לו בממון הוא רק להיות בעלים ע"י תקיפה ואי"ז סיבה שיוכל להקדיש קודם תקיפה, ולזה בעי' לדין הקדש כתקיפה דכמו דאית ליה בעלות לענין תקיפה הכ"נ אית ליה בעלות לענין הקדש]. והג', מאי דמבואר מדברי התוס' דאילו היה הדין דלאחר תקיפה לא מצי האחר לחזור ולתקפה הוה פשיטא לגמ' דחייל ההקדש קודם תקיפה, ומבואר מזה דהגמ' לא נסתפקה בעצם היסוד הנ"ל דכל היכא דאית ליה זכות תקיפה בממון לא בטלה בעלותו האמיתית ואית ליה כח להקדישו, וכל הצד שלא יחול ההקדש הוא רק משום דבנידו"ד גם לאחר תקיפה מצי האחר לחזור ולתקפה.

ועפ"ז ביאור ספיקת הש"ס לשיטת התוס' כך היא, וכן ביאר מו"ר זצ"ל, דכשנבא להתבונן עד כמה נגרעה בעלותו ע"י הפסק דכדא"ג הדבר תלוי בערך הבעלות שתהא לו לאחר תקיפה, דלדעת הרא"ש וסיעתו דבדין כדא"ג אי גברה יד האחד לא מצי השני לתקפה הימנו נמצא דאית ליה למקדיש אפשרות להיות בעלים לעולם ע"י תקיפה, ולכך אית ליה בעלות מעתה להקדיש דהקדש כתקיפה. משא"כ לדעת התוס' דגם לאחר תקיפה מצי השני לתקפה הימנו הרי ל"ל אפשרות להיות בעלים לעולם אלא רק לזכות בממון כל זמן שהוא תחת ידו שלא נוציאנו מידו, ונמצא דכל מה שנשתייר מבעלותו האמיתית הוא רק להיות בעלים לזמן שהממון תחת ידו, וממילא קודם התקיפה דהממון אינו תח"י לא חשבי' ליה כבעלים כלל ולאו כל כמיניה להקדישו ודו"ק. וזהו מש"כ התוס' דלא אלים הקדש מתקיפה, ר"ל דכח ההקדש לא הוי טפי ממה שיש לו ע"י תקיפה, וכיון שערך הבעלות דתקיפה הוא רק כלפי הזמן שהממון תחת ידו לאו כל כמיניה להקדישו קודם לכן, וכמש"נ. וביאור הצד דחל ההקדש, דאע"ג דבתקיפה גופא כחו מוגבל לזמן שהממון תחת ידו, מ"מ מאחר שע"י התקיפה יהא בכחו להקדיש את הממון לעולם (וכמש"כ התוס' בתחילת דבריהם דאי תקפה והקדישה מסתמא תו לא פקע) דייני' דלגבי הקדש אית ליה כח בממון לעולם, והיינו דאע"ג דל"ל זכות תקיפה לעולם מ"מ זכות להקדיש יש לו לעולם ודו"ק. ונמצא דלב' הצדדים פשיטא לגמ' דהזכות תקיפה מהניא לאשווי כבעלים קודם תקיפה, וכמו"כ פשיטא דהבעלות דתקיפה היא מוגבלת לזמן שהממון תחת ידו, ושורש הספק הוא לגבי כח ההקדש, דמאחר וע"י תקיפה יהא בכחו להקדיש לעולם א"כ י"ל דלגבי הקדש אית ליה כח לעולם טפי מתקיפה, או דלמא לא אלים הקדש מתקיפה וכל כח ההקדש הוא רק כפי ערך הבעלות שתהא לו לאחר תקיפה.

אכן יעויין בתוס' הרא"ש ששינה מדברי התוס' וביאר את ספק הגמ' באופ"א וז"ל אלא יש לפרש מספקא להו אי אלים כח הקדש מכח מקדיש, דאילו לא הקדישה וגברה יד חברו ותקפה זכה בה והשתא דהקדישה אפילו גברה יד חברו ותקפה לא פקע הקדש, דכיון דהקדישה חזינן כאילו גברה ידו ותקפה הלכך חייל הקדש ותו לא פקע, או דלמא לא אלים כח הקדש מכח המקדיש, וכיון דהכא מן הדין כדא"ג אין הקדשו הקדש כל זמן שלא גברה ידו ואם גברה יד חבירו ותקפה זכה בה ואינה קדושה וכו' עכ"ל. וכעי"ז כתב הרא"ש בפסקיו סי' י"ב דלמסקנא פשטי' מר"נ דכל ממון שא"י להוציאו בדיינים הקדישו אינו קדוש "והאי מסותא נמי אין יכול להוציאו בדיינא וכו' הלכך לא קדשה ולא אמרינן דאלים כח הקדש למיהוי כאילו גברה יד המקדיש ותקפה". וחזינן דהרא"ש שינה מד' התוס', דבתוס' נקטו דכדי שיחול ההקדש בעי' שיהא אלים מתקיפה, ובראי"ש מבואר דסגי למימר דההקדש כתקיפה דכמו שבתקיפה אם גברה ידו לא מצי האחר לתקפה הכ"נ בהקדש כתקיפה. וכמובן שהרא"ש אזיל בזה לטעמיה בב"ב (פ"ג סי' כ"ב) דבדין כדא"ג אי גברה יד האחד לא מצי האחר לחזור ולתקפה הימנו והרי היא בחזקת הראשון עד שיביא האחר ראיה, ולשיטתו א"צ לומר דהקדש אלים כתקיפה, דאפי' אי הקדש כתקיפה לא מצי האחר לחזור ולתקפה. ומה"ט ביאר הרא"ש את ספק הגמ' באופ"א דמבע"ל אי אלים כח הקדש מכח מקדיש או לא, דקודם התקיפה הוה מצי חבירו לתקפה וע"י ההקדש לא תהני תקיפתו, ובזה הוא דמבע"ל אי אלים כח הקדש מכח מקדיש או לא. והנראה מדבריו דפשיטא לגמ' דהקדש כתקיפה, וכל הצד שלא יחול ההקדש הוא מכח סברא מחודשת דלא יהא כח הקדש עדיף מכח מקדיש וכיון שלע"ע לא זכה המקדיש בממון ל"ל כח להקדישו. והתוס' פליגי אהך סברא, ולכך נקטו דאילו היה הדין דלאחר שתקפה האחד לא מצי האחר לחזור ולתקפה הוה פשיטא לגמ' דחייל ההקדש ולא אכפ"ל דאלים כח הקדש מכח מקדיש, וכל הספק הוא משום שבנידו"ד הבעלות דתקיפה מוגבלת לזמן שהממון יהא תחת ידו וכנ"ל.

והוסיף מו"ר זצ"ל דיתכן שהתוס' והרא"ש אזלי בזה לשיטתייהו, דהנה לשי' הרא"ש דע"י תקיפה זכה התוקף דא"א לתקפה מידו נמצא דע"י התקיפה נתחדש לו כח שלא היה לו קודם לכן, משא"כ לדעת התוס' דהשני יכול לחזור ולתקפה אין כאן דין המתחדש ע"י התקיפה, ולעולם כ"ה הדין דמי שיגבר יזכה בממון. וי"ל דבזה תליא פלוגתתם הנ"ל, דלדרכו של הרא"ש דיש כאן כח המתחדש ע"י תקיפה יש מקום לדון דקודם התקיפה ל"ל האי כח, משא"כ לד' התוס' פשיטא דמעיקרא אית ליה האי כח בממון,

ולכך פי' דכל ספק הגמ' הוא רק אי הקדש אלים מתקיפה.
ועדיין צ"ב מהו שורש שאלה זו אי גדול כח ההקדש מגדול המקדיש, עי' אבי עזרי הלכות בכורות פ"ה ה"ג מש"כ בזה, אכן מדברי התוס' הרא"ש הנ"ל מבואר לכאורה דלא כדבריו.
ועי' תוס' הרא"ש הנ"ל בתחילת דבריו שהביא פירוש אחר בסוגיין, דפשיטא לן דחייל ההקדש מספק ומבע"ל אי אסרי' ליה מספק או דלמא אית לן לאוקמא מסותא אחזקתה שהיא בחזקת חולין, ואהא מייתי' מספק בכור דאסרי' ליה בגיזה ועבודה ולא מוקמי' ליה אחזקת חולין. ובתוהרא"ש הק' אהך פירושא דא"כ אמאי הוצרך רב המנונא לדקדק מלשון הברייתא דתו"כ אין מוציאין מידו, דיהיה הטעם מה שיהיה חזינן בברייתא דאסרי' ליה בגיזה ועבודה מספק ולא מוקמי' ליה אחזקת חולין שהיה במעי אמו יעו"ש. ומבואר מדבריו דגם להצד דחייל ההקדש מכח הזכות תקיפה אי"ז ודאי הקדש אלא רק ספק הקדש, דלצד שהממון אינו שלו ל"מ מידי הא דאית ליה אפשרות לזכות בו ע"י תקיפה שלא כדין, דכל זמן שלא תקפה לא חלה זכותו, וכל המעליותא של זכות תקיפה היא רק דמה"ט לא פקעה בעלותו האמיתית ובידו להקדישו על צד שהוא שלו. ממו"ר זצ"ל.
עוד חזינן מד' הרא"ש דבספק בכור נמי שייכא חזקה דמעיקרא שהיה חולין במעי אמו, וכ"ז הוא דלא כמו שביאר הגרנ"ט בדעת בדעת הרמב"ם דמאחר שביצירתו חייל דין להתקדש בלידתו ל"ש לאוקמי אחזקה דמעיקרא.

קטז) תוד"ה והא הכא דכי תקפה כהן כו'- ודחי רבה דהתם אם תקפה כהן מוציאין מידו ואפי' הכי אסורין בגיזה ועבודה ועל כרחך משום דקקדושה הבאה מאליה שאני וכו'- משמע להדיא מדבריהם דלרבה ודאי דתקפו כהן מוציאין מידו, אשר זהו שכתבו דע"כ קדושה הבאה מאליה שאני, ולכאורה מדברי הש"ס ליכא הכרח לכך, אלא איתא לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאין מידו וכו', כלומר, דשייך לומר כן אבל אין הדבר מוכרח, וצ"ב מנא להו להתוס' הא. ועי' חידושי הריטב"א החדשים.

קיז) תוד"ה והא הכא דכי תקפה כהן כו'- וא"ת אמאי אין מוציאין מידו והלא הבעלים יאמרו ליתן לכהן אחר- עי' מח"א הלכות זכיה ומתנה סי' ח' שכתב ליישב קושיית התוס' ע"פ דברי הירושלמי בדמאי דאפי' היכא דאיכא טובת הנאה לא אמרינן דא"א ליטול ממנו בע"כ אלא היכא דמתכוין לתת לאחר, אבל היכא דאינו מתכוין לתת כלל נוטלים ממנו בע"כ אף דאית לי' טובת הנאה, והכא הרי אינו מתכוין לתת כלל. והנה בירושלמי אמרו כן ליישב סתירה, דמחד איתא דנותן מעשרות בטובת הנאה, ומאידך איתא קונם כהנים ולויים נהנים לי וכו' יטלו בע"כ, וע"ז תירצו פתר לה באומר איני רוצה ליתן כל עיקר. אכן עי' קה"י סוס"י י' שהביא דבבבלי מבואר דלא כדברי הירושלמי, דאיתא בנדרים דפ"ה דהטעם דנוטלים ממנו בע"כ הוא משום דשויא כעפרא, ולפ"ז שפיר הקשו התוס'.

קיח) תוד"ה והא הכא דכי תקפה כהן כו'- וי"ל במכירי כהונה- מבואר לכאורה מדבריהם דלדברי רב המנונא דהאיסור נובע מזכות ממון דהכהן, דווקא היכא דאיכא מכירי כהונה הוא דאסור מספק בגיזה ועבודה, דהא דווקא מכירי כהונה הוא דיש להם זכות תקיפה. או שמא י"ל דכיון דבמכירי כהונה יכולים ליטלו בע"כ, נמצא דבעצם איכא שפיר זכות ממון אשר מפאתו חל האיסור, רק דטובת ההנאה מונע אלו שאינם מכירי כהונה, רק אילו היה הדין דאף אחד אינו יכול לתקוף בע"כ, ואפי' מכירי כהונה, אז ודאי דהיה נחשב דליכא זכות ממון כלל. וכן מוכח לכאורה ממה שהקשו לקמן אהא דאין מוציאין מידו מהא דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר דאי אין מוציאין נמצא פוטר ממונו בממונו של כהן, ולכאורה מאי קשיא, נימא דמיירי התם היכא דליכא מכירי כהונה, ועדיין צ"ע בזה. אכן עי' תוס' הרא"ש דמשמע לכאורה מדבריו דדווקא במכירי כהונה עצמן הוא דאמרינן דאם תקף אין מוציאין מידו, וצ"ב.
ובעיקר דין זכיית מכירי כהונה, עי' תוס' ב"ב קכ"ג ע"ב ד"ה הכא במכירי כהונה עסקינן שכתבו, וז"ל בא"ד: והיינו טעמא שזהו מתנה מועטת ואסור לחזור בו ואפי' בדברים בעלמא ואע"פ שאם רצה לחזור בו מכל מקום כל כמה דלא הדר הוי כמוחזק וכו', עכ"ל. ומשמע בפשטות מדבריהם דלעולם לא זכו מכירי כהונה במתנות כהונה, רק שאין הבעלים יכולים לחזור בהם, ומפאת זה חשיב כמוחזק, ומפאת זה נמי אמרינן בסוגיין דכל עוד שלא חזרו בהם הבעלים יכול הכהן לזכות בו בע"כ של הבעלים ושוב אינם יכולים לחזור. וכן תפס בהבנת דברי התוס' בב"ב בקצוה"ח סי' רע"ח סקט"ו, ע"ש שלמד מדבריהם דאחד שנשבע ליתן מתנה לחבירו חפץ פלוני ומת המקבל קודם שהגיע המתנה לידו לא חשיב ראוי לגבי הבכור דכיון דצריך לקיים שבועתו ואסור לו לחזור ה"ל החפץ שנשבע עליו כמו מוחזק. ולכאורה יש לדחות דשאני מתנות כהונה שהוא בעצם ממון השבט, בזה אמרינן דהיכא דאינו יכול לחזור בו חשיב כמוחזק, משא"כ לענין שבועה, וכ"כ בנתיה"מ שם סקי"א, דבאמת הרי הוא שלהם משום דהוי ממון כהן, אלא דאית להו להבעלים טובת הנאה, ומאחר שאינם יכולים לחזור נתבטלה טובת הנאה, דבמקום איסור לא נתן לו רחמנא, וכ"כ להדיא בביאור דברי התוס' בסוגיין, ע"ש כל דבריו. ונחלקו לכאורה הקצוה"ח והנתיה"מ בגדר מתנות כהונה אי הויין ממש ממון כהן או שהוי כאילו הם הפקר לכהנים אבל ממון כהן לא הויין, דהקצוה"ח ס"ל דאינן ממון כהן אשר על כן השוה לנשבע, ואילו הנתיה"מ ס"ל דהויין ממון כהן אלא דאיכא טובת הנאה, וכנ"ל.
וכהבנת הקצוה"ח בדברי התוס' כן נראה שהבין בדבריהם רבינו יונה שם בב"ב, ע"ש שכתב, וז"ל: ויש מפרשים כיון דמסתמא לא הדר בי' בעל הבית הוי מוחזק ואע"פ שיכול לחזור בו וכו', עכ"ל, וברור דהך י"מ הוא התוס' הנ"ל, והוא כהבנת הקצוה"ח ודלא כהבנת הנתיה"מ. אלא דיעו"ש דפליג עלייהו רבנו יונה, וז"ל: ומסתברא לן כיון שיכול בעה"ב לחזור בו אינו ממונו של זה כלל, עכ"ל, וכתב דמאי דחשבינן לי' מוחזק אע"ג דלא אתא לידי' דאבוהון הוא משום דבמכירי כהונה אינו יכול לחזור בו מדאישתחט ומשום דס"ל כר' יוסי דעשו שאינו זוכה כזוכה.
אמנם עי' קוב"ש ב"ב אות שע"ד שהקשה על דברי הקצוה"ח מהמבואר בגיטין דף ל' דבמכירי כהונה יכול למכור חלקו, ותמוה האיך יכול למכור היכא דהוא עדיין לא קנה. וכן העיר כזה במש"כ הקצוה"ח דמחמת שאינו יכול לחזור יכול להורישה כמו שמוחזק בו, דתמוה הוא לכאורה דכיון דשבועה אינה עושה קנין איך יורשי דבר שלא זכה בו מעולם. ועוד יש להעיר מהא דמבואר בסוגי' הנ"ל דגיטין דבמכירי כהונה מקיים בזה מצות נתינה, והאיך יקיים מצות נתינה במה שלא קנה הכהן כלל רק שחשוב מוחזק, וצ"ב. וע"ש בקוב"ש שפי' דברי התוס' באופן אחר, דבאמת במתנה מועטת זכה בקנין גמור, ואף דיכול לחזור בו, היינו משום דהוה כמין תנאי שמקנהו לו בתנאי שיוכל לחזור בו, ומשו"ה חשיב שפיר מוחזק אצל הכהן, דעל ידי דהוי מכירי כהונה ואסור לחזור בו מניחין דמסתמא לא יחזור, ע"ש כל דבריו.
נמצינו למדים עכ"פ מדברי התוס' בב"ב דזכיית מכירי כהונה נבנית אמאי דהוי כמתנה מועטת. ומדברי רש"י בגיטין דף ל' מבואר ביאור אחר בגדר זכיית מכירי כהונה, ע"ש שכתב "דכיון דמילתא דפשיטא היא דלדידהו יהיב להו אסחי להו שאר כהני דעתייהו והוה כמאן דמטו לידייהו דהני. ומבואר לכאורה מדבריו דבעצם מצד מאי דהוי ממון כהן אין הכהן צריך זכייה מסויימת לזכות במתנות כהונה, רק משום דאיכא נמי שאר כהנים שיש להם גם זכות זה הוא דצריך קנין ממש, אשר ממילא במכירי כהונה דאסחי שאר כהנים דעתייהו שפיר חשיב כאילו מטי

לידייהו דהני מכירי כהונה. וברור דזהו דלא כהבנת הקצוה"ח הנ"ל דלא הוי אלא כהפקר לכהנים ולא הוי כממון כהנים ממש, דלדבריו ודאי דעכ"פ בעינן לזה קנין. (ואולי לדידי' זהו יסוד המח' רש"י ותוס'.)
ויעויין בקצוה"ח שם שהביא קושיית המהרי"ל על דברי התוס' בב"ב מדברי התוס' בסוגיין, דאי נימא דכל דין מכירי כהונה הוא רק איסור בעלמא נמצא שגם בכה"ג לא זכה הכהן בבכור והדרא קו' התוס' לדוכתא דהבעלים יאמרו ליתן לכהן אחר. ותי' הקצה"ח דכל מש"כ התוס' דהבעלים יכול לחזור בו הוא רק קודם שבאו המתנות ליד כהן, אבל לאחר שבאו לידו ודאי זכה הכהן ולא מצי הישראל למהדר ביה, דהו"ל כאומר לך חזק וקני דמשעה שהחזיק המקבל אין הנותן יכול לחזור בו עכת"ד. וכדבריו מבואר להדיא בתוהרא"ש בסוגיין שהוסיף ע"ד התוס' "דכיון שרגיל הוא ליתן לו אם בא לידו אין יכול להוציא מידו", וחזינן דהרא"ש לא הביא לדין מכירי כהונה דעלמא אלא הוסיף דאם בא לידו אין יכול להוציא מידו והביא ראיה לזה מבכורות די"ח, ולכאו' כונתו כד' הקצה"ח הנ"ל דלאחר שבא לידו זכה בו הכהן ואין הישראל יכול לחזור בו.
והנה בסוגיין מבואר לדברי התוס' דאיכא זכות תקיפה למכירי כהונה בספק בכור. ולכאורה יש בזה מקום עיון, דהרי בכה"ג אין לו להבעלים דין לתת כלל, אלא הממע"ה, והאיך נימא דליהוי כמתנה מועטת, וצ"ב. ואילו הוה ס"ל להתוס' בסוגיין כדעת רש"י הנ"ל א"ש, דמ"מ ודאי דאסחי שאר כהנים דעתייהו מכל מתנות כונה דהך גברא, אשר ממילא אף בספק בכור, זכיה דאית לי' להך כהן אית לי' בלא קנין אלא ממילא הוי דידי'.
קיט) תוד"ה והא הכא דכי תקפה כהן כו'- א"נ אינו יכול לתובעו רק טובת הנאה שיש לו בו למ"ד טובת הנאה ממון- ביאור מח' ב' התירוצים, דנחלקו בגדר טובת הנאה ממון, דתי' הא' ס"ל דהוי זכות ממון בעצם החפץ דמצד טובת הנאה שבו החפץ הוא כדידי' להקנותו לי שרוצה אשר ממילא לא מהני בזה תקיפה, אכן תי' הב' ס"ל דאין זה זכות ממון בעצם החפץ אלא דיש לו בהפץ זכות להוציא ממנו שיווי טובת ההנאה, אשר אין זה מונע תקיפה כלל, ולית לי' עלה אלא תביעת ממון טובת ההנאה. ועי' ריטב"א קידושין נ"ח ע"ב שכתב להדיא דלמ"ד טובת הנאה ממון חשיב כאילו כולו שלו. או י"ל דמאי דאין אחר שאינו מכירי כהונה יכול לתקוף בע"כ זהו משום דזכות הנתינה של הבעלים פועלת שלא יוכל הכהן לזכות בה בע"כ, אבל לעולם אין הפשט דאית לי' להישראל זכות ממון בעצם החפץ. שו"ר בקה"י סי' י' שהביא כן בשם החזו"א.
(ויש לעיין אי שייך דבר זה אפי' אי טובת הנאה אינה ממון, ולפ"ז יהא מדוייק לשון התוס' שהזכירו טובת הנאה ממון דווקא בתירוצם הב' ולא בתירוצם הא', ועיין. ועי' בתוהרא"ש שכתב כתירוצא קמא והוסיף דלמ"ד דלמ"ד טוה"נ ממון אם הוא בעין יכול להוציא מידו ואם אכלו יכול לתובעו כפי טוה"נ שבו. ומבואר מדבריו דהך דינא תלוי בפלוגתא אי טוה"נ ממון או אינה ממון, דדוקא למ"ד טוה"נ ממון ל"מ תפיסת הכהן, אבל למ"ד טוה"נ אינה ממון מצי הכהן לזכות במתנות בע"כ דבעלים ואפי' אם הם בעין לא מצי הישראל להוציאן מידו.
ובפשוטו כונת הרא"ש דלמ"ד טוה"נ ממון הוי זה זכות ממון בגוף המתנות, והך זכות מעכבת את הכהן מלזכות במתנות, משא"כ למ"ד טוה"נ אינה ממון אי"ז זכות ממון בגוף המתנות ולכך הך זכות אינה מעכבת את זכיית הכהן. ודעת התוס' בתירוצם הב' היא דאפי' למ"ד טוה"נ ממון אי"ז מעכב את זכיית הכהן.)
ועי' גליון הש"ס להגרע"א שהביא דרש"י בב"ק ס"ו ע"א ד"ה עד שצבעו ס"ל כתי' הב' דהתוס', והוא ממש"כ שם לענין ראשית הגז דאם לא צבעו הבעלים איזה כהן שחטפו זכה בו, הרי דמהני תקיפה בכל כהן ולאו דווקא במכירי כהונה.

קכ) תוד"ה והא הכא דכי תקפה כהן כו'- ומפרק הזרוע דאמר בן לוי דחטף מתנתא פריצותא הוא משמע דאינו חייב לשלם אין ראיה דשמא מיירי כשאכלו דאמרינן התם המזיק מתנות כהונה או אכלן פטור- כונתם להקשות לדיעה הא' דמצד טובת הנאה יכול להחזיק כל החפץ ואם תקפו ממנו מוציאין מידם מהא דמבואר בהזרוע דליכא אלא משום פריצות אבל עצם המתנת כהונה אינה חוזרת. וע"ז תי' דלתירוצא קמא י"ל דמיירי שאכלן הכהן או הזיקן. ודבריהם לכאורה צ"ב, וכבר עמד עליהם בקה"י סי' י', דמא דמזיק מתנות כהונה פטור מיירי בישראל שהזיק מתנות כהונה, דפטור משום דהוי ממון שאין להם תובעים דהא יכול לדחות כל כהן ולומר שהיה נותן לכהן אחר, או דהוי משום קרא, ועכ"פ לא מיירי אלא בתביעת כהן על ישראל, אבל הכא אדרבה, הרי מיירי בתביעת ישראל על הכהן על שלקח ממנו מתנות כהונה שהיה לו בהם טובת הנאה, ומה שייך הכא פטור דמזיק מתנות כהונה. ועי' בקה"י שכתב לבאר בזה דהבינו התוס' דמאי דאמרו דהמזיק מתנות כהונה פטור מיירי באמת על כל האופנים, בין בתביעת כהן על ישראל בין בתביעת ישראל על כהן, ולא נתפרש טעם אלא לתביעת כהן על ישראל, וטעם פטור תביעת ישראל על כהן הוא משום דאין תביעתו אלא מה שהיה שוה לניזק ולא מה דשוה לאחרים, ולישראל הרי לא שוה אלא דמי טובת ההנאה (ואף זהו דווקא אי טובת הנאה ממון), ע"ש שהביא ראיה ליסוד זה. ובשם החזו"א הביא כנ"ל דלעולם אף לפום תירוצם הא' דהתוס' אין הפירוש דמצד טובת הנאה כל החפץ הוי כאילו שלו, ומאי דמוציאין מהכהן התוקף אין זה אלא משום דין וזכות נתינה דהבעלים, אשר לפ"ז אתיין דברי התוס' שפיר כפשטן, דעד כמה דפטור ישראל המזיק מתנות כהונה, נמצא דשוב אין להכהנים דין זכות בהני מתנות שניזוקו ותו לא שייך בהו דין נתינה דנימא דעבור זה נתחייב הכהן להחזיר לישראל, ע"ש.
ובדברי התוס', הנה באחרונים נתחבטו בביאור ד' התוס', דהנה לפנינו בחולין קל"ג ליתא להך גמ' שהביאו התוס', דשם לא איירי לענין לוי אלא לענין כהן שחטף מתנתא מהבעלים ולא המתין עד שיתנו לו ומספ"ל אי חשיב כחבובי מצוה או כזלזולי במצוה [ושם ליתא להך לישנא דפריצותא אלא רק דזלזולי קא מזלזל במצוה]. ובגמ' בדקל"א שם איתא ההוא ליואה דהוה חטף מתנתא וקאמר רב דל"ל שום זכות במתנות, דזרוע ולחיים דינם להנתן לכהנים דוקא ולא ללויים יעו"ש. והנה מלשון התוס' שכתבו "בן לוי דחטף מתנתא" משמע שכונתם לסוגיא בדקל"א דאיירי בלוי, אולם דבריהם בזה אינם מובנים מהי הראיה משם דל"מ תפיסה, דכל נידון התוס' הוא בכהן שתפס דבזה סברי בתירוצם הב' דבדיעבד חלה זכייתו, אבל בבן לוי שתפס הרי ל"ל שום זכות במתנות ופשיטא דאי תפסם לא זכה בהו כלל והבעלים מצי לתבעו שיחזירם.
ויעוי' במהר"ץ חיות בסוגיין ובהגהות טעם המלך על השעה"מ בפ"ה אישות ה"ו שהכריחו דכונת התוס' לסוגיא בדקל"ג וצריך להגיה בדבריהם "האי כהנא דחטיף", וכונתם דבסוגיא שם משמע דהכהן זכה במתנות (וכל הספק הוא רק אי הוי חבובי מצוה או זלזולי במצוה), וזהו שהוכיחו התוס' דאי נימא כהתי' הא' דהכהן א"י לזכות במתנות שלא מדעת הבעלים הרי לא חלה זכייתו כלל ומצי הבעלים לתבעו שיחזירם [ואין כונת התוס' להק' דהבעלים יתבעו את דמי הטוה"נ, אלא להק' אמאי לא מצי הבעלים לתבעו להחזיר את גוף המתנות, דלתירוצם הא' לא זכה הכהן במתנות כלל ומצי הבעלים לתבעו שיחזירם לו, וז"ב. ואכתי צע"ק לשון התוס' "דאינו חייב לשלם", דלכאו' למאי דקיימי השתא דהמתנות בעין הול"ל "ואינו חייב להחזיר"]. ממו"ר זצ"ל
קכא) והא הכא דאמר תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו- עי' מח"א הנ"ל הל' זכיה ומתנה סי' ח' שכתב דבספק פדיון הבן ע"כ דמוציאין מידו, דלא אמרו

דאין מוציאין מידו אלא היכא דנעשה ממון כהן משעת הפרשה, משא"כ בפדיון הבן דאין זה אלא שעבוד ואינו נעשה ממון כהן עד דמטי לידי', דיכול לומר לכהן אחר הוא רוצה ליתן.

קכב) א"ל רבה קדושת בכור קאמרת לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאין אותו מידו ואפ"ה אסורים בגיזה ובעבודה דקדושה הבאה מאליה שאני- הנה מהביאור הנ"ל בסוגיין לפום שיטת רש"י עולה דלרב המנונא נובע איסור גיזה ועבודה מזכות הממון דהכהן דעל ידי זכות תקיפה דאית לי', ולרבה אף דנימא דתקפו כהן מוציאין מידו ולית לי' לכהן זכות תקיפה, מ"מ חלה קדושה מספק ואסורה בגיזה ועבודה משום דע"כ לאו בזכות ממון דהכהן תליא אלא בעצם הספק, וכדכתב רש"י, ואיכא לספוקי בהכי. וכן מבואר לכאורה בפרט זה גם מפשטות דברי התוס', וכן הוא כמעט מפורש בחידושי הריטב"א הישנים, דלרב המנונא תליא הקדושה בזכות ממון דהכהן ולרבה לא תליא בהכי. וכן לשיטת הר"ן הנ"ל דיסוד השאלה דהקדישו בלא תקפו הוא אי חל הקדש על ספק ממון שיש לו ביד אחר אף דקנין להדיוט לא חל, ופשטוה מספק בכור, מבואר כנ"ל דלרב המנונא איסור גיזה ועבודה נובע ממה שהוא ממונו של הכהן. וע"ש בר"ן דמבואר להדיא מדבריו דלרבה דתקפו כהן מוציאין מידו ע"כ דאין הקדושה והאיסור חלין מצד ממון הכהן, דלית לי' ממון כלל, אלא מצד עצם מציאות דספק בכור הוא דחייל מאליו. ולכאורה לשאר הראשונים חוץ מהר"ן והריטב"א היה אפשר לומר דאף לרבה יסוד הקדושה והאיסור מצד ספק ממון כהן הוא, אלא דלא מצד זכות תקיפה שיש לו הוא אלא מצד עצם היותו ספק ממון כהן.

אכן יעויין בפנ"י מה שהאריך לבאר בסוגיין, ויוצא מדבריו דיסוד השאלה אי תקפו כהן מוציאין מידו או אין מוציאין מידו הוא אם יש צד ספק שעליו יחול ההקדש, ולעולם גם לרב המנונא אין ההקדש חל מצד שהוא ממון כהן, דלרב המנונא אין חזקת הישראל חזקה גמורה, דהא לא הוי חזקת מרא קמא, דהולד מעולם לא היה ודאי שלו, ומשו"ה הוא דתקפו כהן אין מוציאין מידו, וממילא כיון דאיכא שפיר צד ספק חל עליו ההקדש והאיסור, דס"ל לרב המנונא דקדושת בכור אף דבאה מאליה מ"מ אינו חל אלא באופן שהיתה חלה קדושת פה, ודחה רבה דאף דנימא דהוי חזקת הישראל חזקה גמורה ואם תקפו כהן מוציאין מידו, מ"מ חלה ההקדש, דקדושה החלה מאליה שאני. ולדברי הפנ"י לעולם אין הקדושה תלויה בזכות ממון שיש לו, אלא דאי היה בזה חזקת מרא קמא היה לגמרי ממון ישראל, ובדבר שהוא לגמרי ממון ישראל לא שייך שתחול קדושה, דהא הוי לגמרי ממון ישראל, רק כיון דליכא חזקת מ"ק ואינו אלא מוחזק, זה מהני לענין שישאר בידו אבל ספק ממון כהן מיהא הוי, ושפיר חל ההקדש, אבל אין חלות ההקדש נובע מזכות התפיסה, וכנ"ל. וביאור דברי רבה לפי דבריו, נראה דודאי לא שייך בזה חזקת מ"ק, אלא דהצד דתקפו כהן מוציאין מידו הוא דאף מה שהוא מוחזק חשבינן לה כודאי שלו ולא מהני תקיפה, אבל חלוק הוא דין ודאי דמוחזק מדין ודאי דמרא קמא, דדין ודאי דמרא קמא הוא כעין חזקה דמעיקרא דאיסורין, אשר בזה אמרינן דהוי כמו שהיה מקודם ושוב ליכא צד איסור כלל, ובנ"ד לא היה בזה צד בכור כלל, ואילו מצד דין ודאי דמוחזק, היינו פסק ודאי ושלילת זכותו ממון של הכהן, ואף דהוי ודאי ממון ישראל מ"מ עצם הספק קיים ואכתי שייך שתחול קדושה הבאה מאליה, ואין גדר הקדושה כגדר קדושת פה. ואף לדברי הראשונים הוי השאלה דתקפו כהן אי מוציאין מידו או אין מוציאין מידו שאלה בדין מוחזק אי הוי מדין ודאי או מדין ספק, אלא דלדידהו אי הוי מדין ספק שוב יש לו זכות תקיפה ומפאת זכות תקיפה זו הוא דנובע חלות הקדושה והאיסור לרב המנונא, משא"כ לדברי הפנ"י.

ועי' קובץ הערות סי' ע"א אות ב'-ד'. ומדברי הפנ"י מבואר כנ"ל דחזקת מ"ק הוא חזקה דמעיקרא ולא כחזקת ממון, ועי' קונטרס הספיקות כלל א' אות ה' שדחה דבריו ופירש דלעולם אינה חזקה מכרעת ואינה אלא כחזקת ממון.

ולפירושו של הפנ"י שחילק בין חזקת מ"ק לבין חזקת ממון צ"ב לכאורה ראיית רב חנניה מספיקות נכנסין לדיר, דהא התם בספק פדיון פטר חמור שפיר איכא חזקת מ"ק וא"כ לכו"ע תקפו מוציאין מידו. והנה הפנ"י נתבסס בדבריו על דברי הרשב"א בתשובות ח"א תשו' שי"א, והרשב"א דן שם ליישב דברי הרמב"ם שפסק דתקפו כהן אין מוציאין מידו דלא יקשה עליו הראיה מספיקות נכנסין לדיר, וחילק באמת מהאי טעמא, דהכי ס"ל לרב המנונא, וע"כ דרב חנניה שהביא משם ראיה פליג בזה, אכן לדעת הראשונים דס"ל דק"ל דתקפו כהן מוציאין מידו וס"ל דראיית רב חנניה קמה וגם נצבה אי אפשר לכאורה לפרש כן.

קכג) רש"י ד"ה הספיקות- ופדיון פטר חמור בר עשורי הוא אם יש לכהן עשרה פטרי חמורים שנפלו לו מבית אבי אמו ישראל מפריש עליהן עשרה שיין וכו'- עי' מהרש"א. מאי דלא משכחת לה אלא בהכי, היינו משום דאילו ניתן לו מחבירו ישראל פדיון פטר חמור הרי אין הישראל חייב, דאין עליו אלא מצות נתינה לכהן, ואין הכהן חייב דהלקוח והניתן במתנה פטור מן המעשר. ומש"כ ופדיון פטר חמור בר עשורי הוא, ר"ל דאף דיתכן שהוא פדיון פטר חמור אין זה מונע שם מעשר מלחול עליו, דלא מקרי "קדוש כבר", דאין בו משום קדושה, וז"פ.

קכד) נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן- יש לפרש דברי הש"ס בב' אופנים, והוא כעין ב' האופנים לעיל בביאור יסוד איסור גיזה ועבודה, די"ל דר"ל דכיון דתקפו אין מוציאין מידו הרי יש לו לזכות תקיפה ומצד זכות תקיפה עצמה חשיבא במדה מסויימת ממונו של כהן. או י"ל דלעולם לא משו"ה הוא דחשיב ממונו של כהן אלא מחמת עצם הספק, ואי איכא עדיין ספק או לא תליא בתקפו כהן אי מוציאין מידו או אין מוציאין מידו, דהשאלה בזה הוא כנ"ל אי הוי דין הממע"ה דין ודאי או דין ספק, דאי הוי דין ספק אין מוציאין מידו, וכן כיון דעדיין איכא ספק חשיב שפיר ממונו של כהן, ואי הוי מדין ודאי אי תקף מוציאין מידו, וכן, כיון דתו ליכא ספק, לא חשיב ממונו של כהן.

והנה מדברי מד' הגמ' מבואר דלמ"ד תו"כ מוציאין מידו חשבי' להישראל כבעלים ודאי וא"ש הא דהספיקות נכנסים לדיר להתעשר ומיקרי עשירי ודאי, משא"כ למ"ד אין מוציאין מידו לא חשבי' ליה כבעלים ודאי, ולצד שאינו שלו נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן. והדברים צ"ב דלכאו' גם למ"ד מוציאין מידו אית לן ספק מיהו הבעלים האמיתי ואין כאן מעשר ודאי.

וחזינן מד' הגמ' דאע"ג דעצם הספק לא הוכרע ולא ידעי' מיהו הבעלים האמיתי מ"מ מאחר שבדיני הממון נפסק שהולד שייך לישראל סגי בהכי להחשב כבעלים לכל דיני התורה, ומה"ט למ"ד מוציאין מידו א"ש ד' הברייתא דהספיקות מחויבים במעשר בתורת ודאי, דגם אם כלפי שמיא גליא שהוא של הכהן הרי הישראל זכה בו בדיני הממון ומיקרי בעלים להתחייב במעשר.

ובביאור קו' הגמ' למ"ד אין מוציאין מידו צ"ל דלהך מ"ד לא זכה הישראל בולד זכיה גמורה, דנהי שלע"ע הולד קאי ברשותו מ"מ עצם זה שיש לכהן זכות לזכות בו ע"י תקיפה חשיב כצד זכיה בולד, ונמצא דלצד דכלפי שמיא גליא שהוא של הכהן לא זכה בו הישראל בדיני הממון זכיה גמורה ואין כאן מעשר ודאי [וכ"ז הוא רק להצד דכלפי שמיא גליא שהוא של הכהן, אבל לצד שהוא של הישראל אין כל גריעותא בזה שהכהן יכול לתקפו ולזכות בו שלא כדין, והדברים מבוארים להדיא בהמשך ד' הגמ' דדייני' באית ליה תשעה והוא לעשר ממ"נ, וחזינן דלצד שהוא של הישראל חשבי' ליה כשלו לגמרי להתחייב במעשר אע"ג דאיכא לכהן זכות תקיפה].

ומדברי רש"י חזינן תוספת דברים בזה, דהנה ברש"י ביאר את קו' הגמ' "ואי ס"ד יש לכהן צד זכייה בו נמצא זה אם יצא בעשירי פוטר ממונו בממונו של כהן", ומבואר מדבריו דכל קו' הגמ' היא רק אם יצא הספק בעשירי, אבל אם יצא בתוך המנין שפיר יש כאן מעשר מעליא ולא אכפ"ל דאיכא לכהן צד זכיה בו. וכ"מ מלשון רש"י בד"ה הספיקות שכתב "ואי נפקא בעשירי ליפוק", ומדויק דכל הנידון הוא רק אי נפיק בעשירי[26]. וכמובן דמקור דבריו הוא מלשון הגמ' "נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן", דמשמע שכל הנידון הוא רק אם יצא בעשירי. אכן הדברים צ"ב דלכאו' גם אם יצא הספק בתשיעי אין כאן מעשר מעליא, דלצד שהוא של הכהן ליכא עליה חיוב מעשר בהמה ואינו בכלל המנין, ונמצא שהעשירי הבא אחריו ל"ה עשירי אלא תשיעי.

והנראה מוכרח מד' רש"י דגם להצד דתו"כ אין מוציאין חשבי' להישראל כבעלים ודאי, דאע"ג דאיכא לכהן צד זכיה בולד לזכות בו ע"י תקיפה מ"מ מאחר ולע"ע הממון ביד ישראל ופסקי' ליה המע"ה סגי בהכי להחשב בעלים ודאי לכל דיני התורה, ומה"ט אם יצא הולד בתשיעי לא נתקלקל המנין ושפיר חשבי' להעשירי הבא אחריו כעשירי, וכל המבואר בסוגיין דהיכא דאיכא לכהן צד זכיה בכהן נגרע כח הישראל הוא סברא מסוימת לענין שא"א להוציאו בעשירי, דמעשר בהמה צריך ליתן משלו ולאו כל כמיניה להפטר בממון כזה שיש לכהן צד זכיה בו, וכלשון הגמ' "נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן" ודו"ק [ומלשון הגמ' מדויק עוד דאית ליה לישראל כח להקדיש להד ולד בקדושת מעשר, וכל החסרון הוא רק דא"א לצאת בו יד"ח מעשר בהמה. ונראה דביאורו כנ"ל, דמאחר ולע"ע פסקי' שהוא שלו הרי הוא בעלים גמור ואית ליה כח להקדישו, וכל החסרון הוא רק דא"א לצאת בו יד"ח מעשר בהמה דנמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן].

אמנם צריך להוסיף עוד בזה, דלכאו' כל דברינו נסתרים מהמשך ד' הגמ' דבדאית ליה תשעה והוא איכא ממ"נ דאי בר חיובא הוא שפיר קא מעשר ואי לאו בר חיובא הוא תשעה לאו בר עשורי נינהו, וחזינן דלצד שהוא של הכהן ואית ליה לכהן צד זכיה בו אין הספק מצטרף לחיוב מעשר בהמה כלל, ולכאו' כ"ז סותר למש"נ דהד ספק הוי בכלל החיוב וכל החסרון הוא רק אם יצא בעשירי.

וצ"ל דגם לפמש"נ דכל החסרון הוא רק אם יצא בעשירי, מ"מ מאחר דהד ולד אינו ראוי להיות עשירי שוב אין הוא בכלל המנין כלל, דכל בהמה שאינה ראויה להיות עשירי ל"ה בכלל דין מעשר בהמה ואין היא מצטרפת לחיוב. ולפי"ז נמצא דלקושטא דמילתא גם אם יצא הספק בתוך המנין יתקלקל המנין והעשירי הבא אחריו לא יחשב עשירי, ומש"כ רש"י דכל קו' הגמ' היא רק אם יצא בעשירי כונתו לבאר את שורש הדין, דכל הטעם דהד ספק אינו בכלל המנין הוא משום שאם יצא בעשירי לא יהא עליו שם עשירי וכלשון הגמ' "נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן" ודו"ק [וכ"ה לשון רש"י בתירוצא דאביי דאי לאו בר חיובא הוא "לא פטר ליה מידי" דתשעה לאו בני עשורי נינהו, ומבואר דשורש הנידון הוא כשיצא הספק בעשירי האם הד עשירי פטר את הנשארים או לא, וכמש"נ]. ממו"ר זצ"ל.

קכה) תוד"ה פוטר ממונו בממון כהן- תימה דבפ' השואל ובפרק בית כור גבי אחד ששכר מרחץ מוקי שמואל הא דיחלוקו בבא באמצע החודש אבל בבא בסוף החדש כולו לשוכר והא מסיק הכא דמוציאין מידו- עי' בסוגי' שם דפליג רב נחמן אדשמואל וס"ל דקרקע בחזקת בעליה עומדת ואפי' בא בסוף החודש כולו למשכיר אפי' בסוף החודש, וצ"ב לכאורה אמאי לא הביאו התוס' משום דמוציאין מידו. וע"כ דס"ל דמימרא דרב נחמן לא שייך לשאלה דמוציאין מידו או אין מוציאין, וצ"ב טעם הדבר.

ובראי"ש בפירקין סי' י"ב כתב, וז"ל: לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאין מידו דתפיסה לא מהניא אלא למי שטוען ברי אבל הכהן הזה אפי' אחר שתפס אין לו אלא טענת שמא הלכך מפקינן מיני' דמוקמינן לי' בחזקת מרא קמא והכי אמר רב נחמן בפ' בי כור גבי מרחת ששכרו בשנים עשר זהובים לשנה מדינר זהב לחודש ונתעברה השנה ומספקא לי' אי תפוס לשון ראשון וכו' ואמר ר"נ קרקע בחזקת בעלים עומדת ואפי' בא בסוף החודש כולו למשכיר ואע"ג דתפיס השוכר לא מהניא תפיסתו מספיקא ומ"ד התם בא בסוף החודש לשוכר לא משום דמהני תפיסה מספיקא אלא סבר מדלא בא עד סוף החודש ודאי אודויי אודי לי' שלשנה השכירו ולא לחדשים כללא דמילתא לטענת ברי מהניא תפיסה דכיון שהוא טוען ברי ומוחזק בה אין לנו כח להוציא מידו אבל מי שהוא מסופק בדבר אם הוא שלו אם לאו לא מהניא תפיסתו לאפוקי מחזקת מרא קמא, עכ"ל. הרי מבואר מדבריו דשפיר שייכי דברי רב נחמן לדינא דתקפו כהן אין מוציאין מידו, ואדרבה, דברי שמואל לא שייכי להד מילתא, ודלא כדברי התוס', וצ"ב מהו יסוד השינוי בין דברי התוס' לבין דברי הרא"ש. ובתוס' כתובות דף כ' ע"א ד"ה ואוקי ממונא בחזקת מרי' כתבו כדברי הרא"ש, ע"ש בדבריהם.

והנראה בזה, וכן אמר מו"ר זצ"ל, דנחלקו התוס' והרא"ש בביאור יסוד השאלה דתקפו כהן אי מוציאין מידו או אין מוציאין, דס"ל להתוס' דודאי אי נחשיבהו כתפוס יעשה מוחזק ומהני חזקתו שלא נוציא ממנו, רק מ"ד מוציאין מידו ס"ל דגזלן הוא ואין תפיסתו של גזלן תפיסה. ועפ"ז חילקו התוס' דהיכא דהיתה התפיסה בהיתר שפיר הויא תפיסתו תפיסה ואין מוציאין מידו לכו"ע. ולשיטת התוס' יסוד השאלה דמוציאין או אין מוציאין הוא בכח ודין הראשון דאמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה אי אומר דבר זה דאף לאחר שאינו בחזקתו, שתפסו אחר, אכתי דינא הוא דקיימא בחזקת הראשון אשר ממילא הוי השני בתפיסתו גזלן ואין תפיסתו תפיסה, או דלא קיימא הד דינא דהממע"ה אלא כל זמן שהוא בידו, אבל כאשר תפסו השני ליתא להד דינא וכיון דכן הויא תפיסתו תפיסה וממילא אין מוציאין מידו, באופן דמבואר מדברי התוס' דיסוד החקירה הוא בהראשון ולא בהתופס. אשר לפ"ז מבואר מה דלשיטת התוס' לא שייכי דברי רב נחמן לדינא דמוציאין כלל, דהא עיקר טענת רב נחמן הוא דקרקע בחזקת בעליה עומדת, ונמצא דאף עתה יש לו להראשון חזקה כיון דנמדד מצד הקרקע, ומאחר דאית לי' אף עתה חזקה ודאי דהוי השני בתפיסתו גזלן ומוציאין מידו לכו"ע.

אכן הרא"ש דעת אחרת לו בזה, דס"ל דודאי אין תפיסתו תפיסת גזל כיון דהוי ספק שלו, אלא יסוד השאלה לשיטתו הוא בתופס אי אלימא תפיסתו להוציא ממוחזק, אשר בזה שפיר הביא ראיה מדברי רב נחמן, דנהי דאית לי' להמשכיר חזקה משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת, מ"מ אמאי לא תועיל נגד זה תפיסת השוכר, אלא ע"כ דכיון דאינו אלא טענת שמא לא אלימא תפיסתו להוציא, אשר זהו יסוד דינא דמוציאין מידו, וכמש"כ הרא"ש להדיא.

ויתכן עוד דתליא נמי בהך מילתא הא דחילק הרא"ש בין תפיסה מספק לבין תפיסה בטענת ברי, ואילו התוס' בסוגיין לא חילקו בכך, דלדעת התוס' דעיקר הנידון הוא אי הוי בתפיסתו גזלן משום דעדיין קיימא בחזקת הראשון, אין דבר זה תלוי בטענתו אי הוי טענת ברי, דאם אך אמרינן דלא קיימא חזקת הראשון אחר שתפס ממנו, פשיטא דלא הוי גזלן דהא דבר זה ספק שלו כמו שהוא ספק של הראשון. אכן לדעת הרא"ש (והתוס' בכתובות) אין הנידון אי הוי גזלן, אלא בכח חזקתו של התופס, אשר בזה שפיר

---

[26] וכ"ה להלן בריטב"א "פירוש כי אמא הספק יהיה עשירי ויפטור עלמו מן המעשה בטלה זה שהוא בלולי ממונו של כהן".

יתכן דדווקא היכא דטעין טענת ברי הוא דחל דין דהמוציא ממנו עליו הראיה, ודוק.
והנה בהא דהקשו לקמן דף ק' גבי מחליף פרה בחמור וליחזי ברשותא דמאן קיימא, העירו התוס' דהא הוי גודרות, ותירצו, וז"ל: כיון דאיכא דררא דממונא דיש ספק בדבר בלא טענותיהן וטוען ברי הלוקח אם הוא ברשותו אין להוציא מידו אבל אם היה טוען שמא סברא היא שלא תועיל חזקתו מספק וכו', עכ"ל. ובתוס' הרא"ש שם הוסיף דלא דמי להא דתקפו כהן מוציאין מידו כיון דטעון טענת ברי, והוא ע"פ שיטתו הנ"ל דמהניא תפיסה בטענת ברי. אכן לדעת התוס' צ"ב לכאורה דהרי מדהוי כגודרות מוכח דלא מיירי בטענת לקוח אלא מדין תפיסה בעלמא מצד הספק, ומה יועיל לן מה שטוען ברי, הרי לשיטת התוס' לא מהניא תפיסה אפי' בטענת ברי, וכבר העיר בזה בקונטרס הספיקות כלל ב', ע"ש.. ועפמשנ"ת נראה דלשיטתייהו אזלי, דלהתוס' יסוד דינא דמוציאין מידו היינו משום דהוי תפיסת גזל, והתם לא שייך לומר הכי, דנהי דהוי גודרות ואין תפיסתו מוכחת שהוא שלו, מ"מ הרי טוען שהלה מכרו לו ופשוט דאין תפיסתו תפיסת גזל, אשר ממילא לא שייך התם דינא דמוציאין כלל ולא הוקשה להו כלל מזה. אכן לדעת הרא"ש לשיטתו הרי לעולם לא הוי תפיסתו תפיסת גזל הכיון דעכ"פ איכא ספק, רק אפי' אי הוי תפוס ס"ל דמ"ד מוציאין דלא מהניא תפיסתו נגד חזקת מ"ק, ולדידי' שפיר הוקשה דאף במחליף פרה בחמור נימא הכי, אשר לזה הוצרך להא דהיכא דטוען ברי ליתא לדינא דמוציאין. ועוד י"ל בדעת התוס' ע"פ המבואר בדבריהם בב"ב דף ב' דהכא ליכא חסרון דתפיסה לאחר שנולד הספק משום דנולד הספק ברשותו של לוקח.
ועי' שיעור מו"ר זצ"ל שהאריך בביאור דברי התוס' והרא"ש.
קכו) תוד"ה פוטר ממונו בממון כהן- וכן הוא מסקנא דאם תקפו כהן מוציאין מידו- אך הרמב"ם בפ"ה מהל' בכורות ה"ג פסק דספק בכורות דתקפו כהן אין מוציאין מידו, וכבר הקשו עליו ממה שפסק בפי"ב ביכורים הכ"ג דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר, ובסוגיין הרי מבואר דזה אינו אלא אם תקפו כהן מוציאין מידו, דאל"ה הא פוטר ממונו בממונו של כהן. וכבר הביא בהגהות הגר"א בסוגיין ובביאור הגר"א יו"ד סי' שט"ו דברי הרשב"א הנ"ל בתשובות ח"א סי' שי"א שנשאל ע"ז וכתב לבאר דברי הרמב"ם דלמאי דמסקינן דהאי ספיקות נכנסין לדיר היינו ספק פדיון פטר חמור ליכא הוכחה משם דתקפו כהן, דמיירי בספק בכור, מוציאין מידו, דבספק פטר חמור הרי יש לשה חזקת מ"ק המסלקת הספק, אשר ממילא פשוט דמוציאין מידו, אכן בספק בכור לית בי' מעולם חזקת מ"ק, דהא משעת לידתו היה ספק, אשר בזה שפיר ק"ל כרב המנונא דאם תפס אין מוציאין מידו.
והנה דברי הרשב"א שכתב דבספק בכור ליכא חזקת מ"ק תמוהין לכאורה, דבסוגי' דלקמן דף ק' איתא להדיא דאית בזה חזקת מ"ק, ע"ש דבמחליף פרה בחמור וילדה דנקטינן דיחלוקו הקשו וליחזי ברשותא דמאן קיימא וכו' בעומדת באגם וכו' ונוקמא אחזקת מ"ק וליהוי אידך הממע"ה הא מני סומכוס היא וכו', הרי מבואר להדיא דאף לגבי הולד דמתחילת לידתו ספק מ"מ אמרינן דאית בי' חזקת מר"ק דבהיותו עובר הרי היתה הפרה של המ"ק והוי זה חזקת מ"ק על הוולד, וצ"ע, עי' מה שהאריך בביאור דברי הרשב"א בקה"י למכילתין סי' ט'.
והנה ידועים דברי הקונטרס הספיקות בכלל א' שחקר בגדר חזקת מ"ק אי הוי כחזקה דמעיקרא באיסורין, או דהוי חזקת ממון, ע"ש אות ה' וו' שהאריך בזה. ונראה דיתכן לומר דבאמת איתנהו לב' הדינים, ומסברא הוי חזקת מ"ק חזקת ממון דהוי כתפוס, וכן הוי חזקה דמעיקרא כבאיסורין, ומצאתי בתשו' כת"ס חיו"ד סי' קמ"ה שכתב כן להדיא דתרוייהו איתנהו בי', "דלפי הנראה דחזקת מ"ק הוא כשני חזקות אחד חזקת ממון ואחד דמוקמינן הענין על חזקתו כמו שהיה כן הוא עוד עתה וכמו דסמכינן אחזקה בכל איסורין להקל ולהחמיר וכו'". עי' מה שהארכנו בזה בפרק השואל דף ק'.
ועפ"ז יש לבאר דברי תשו' הרשב"א הנ"ל, וכדברים האלה שמעתי מבני הר"ר מנחם יחזקאל שליט"א, דהנה משו"כ הרשב"א הנ"ל בתשובה דגבי ספק בכור ליכא חזקת מ"ק נראה ביאורו, דמה שהיה קודם העובר של הישראל אין זה נחשב חזקת הוולד. ונראה דאין זה אלא באשר נוגע לחזקה דמעיקרא דמרא קמא, דהרי בזה באים לפסוק דין הולד אי בכור הוא או לא, אשר לזה בעינן שיהא חזקה להוולד, ומה שהיה העובר שלו בכלל הפרה אין זה חזקת הוולד לגבי בכורה. וכן במחליף פרה בחמור, הרי עיקר הנידון הוא על הוולד, ועל הוולד עצמו מעולם לא היה חזקה אלא על העובר כחלק האם. אכן דין תפוס וחזקת ממון דמרא קמא נראה דשפיר איתא אפי' בכה"ג, דהא לזה לא בעינן חזקה בהוולד, אלא כיון דלמעשה קודם כשהיה עובר היה ברשות המוכר, וולד זה דהרי בא מאותו העובר, הרי ממילא הוי כתפוס גם בו.
ונראה עוד, דהא דתקפו כהן מוציאין מידו תלוי דווקא בחזקה דמעיקרא דמ"ק ולא בחזקת ממון, דבחזקה דמעיקרא כיון דהרי פוסקין כן, שוב לא מהני תפיסה, ואם תקף מוציאין מידו, אכן אם אינו אלא תפיסה, נהי דמצד מצבו עכשיו שזה תפוס בו אמרינן דעל הלה להביא ראיה, מ"מ אם אך תקפו נעשה הוא תפוס ושוב על חבירו להביא ראיה.
אשר לפ"ז יתבארו דברי הרשב"א, דמש"כ דליכא חזקת מ"ק אין כונתו לומר דליכא מ"ק כלל, דודאי אכתי איתא להא דתפוס הוא ועל חבירו להביא ראיה, אלא ר"ל דליתא לחזקה דמעיקרא דמ"ק, וכנ"ל, אשר משו"ה שפיר אמרינן דאם תקפו אין מוציאין מידו ודלא כבפטר חמור דאיכא שפיר חזקה דמעיקרא, ובמאי דליכא חזקה דמעיקרא הוי כמחליף פרה בחמור דליכא אלא לתפיסה דמ"ק, כמבואר להדיא מדקדוק לשון הגמ' דלא הקשו אלא דניזיל בתר מרא קמא וליהוי אידך המוציא מחבירו ועליו הראיה, דמשמע להדיא דמצד תפיסה וחובת ראיה הוא דאתינן עלה, דאילו מצד חזקה דמעיקרא דמ"ק לא היה לו לומר וליהוי אידך המוציא מחבירו ועליו הראיה אלא בפשוטו דיכריע חזקה דמעיקרא את הספק. והדברים מוכרחים מדברי הרשב"א מיני' ובי', ע"ש שכתב דכיון דליכא בספק בכור חזקת מרא קמא הוי כמחליף פרה בחמור אלא דהתם איכא דררא דממונא ודינא הוא דיחלוקו ואילו הכא ליכא דררא דממונא ודינא דכל דאלים גבר. והדברים תמוהים דהא במחליף פרה בחמור גופי' פרכינן דנוקמי' אחזקת מ"ק, וכנ"ל. אלא נראה מוכח מדבריו, דבאמת ממאי דמוקמינן לה התם כסומכוס מבואר דליתא לחזקה דמעיקרא דמרא קמא, דאילו היו דנים בזה מצד חזקה מעיקרא כחזקת איסור היה זה מסלק את הספק ולא היה נחשב ממון המוטל בספק ולא היה שייך בזה דינא דבסומכס, ומדמוקמנין לה כסומכוס מוכח דלעולם ליתא לחזקה דמעיקרא דמ"ק, ומאי דפרכינן דנוקמה אחזקת מרא קמא אינו אלא מצד חזקת ממון, מה דלא שייך לסוגיין, וכמשנ"ת, ודוק היטב. ושמא י"ל עוד דאילו היה במחליף פרה בחמור חזקה דמעיקרא דמרא קמא לא היה שייך להקשות התם וליחזי ברשותא דמאן קיימא, דכיון דאין דנין הספק כלל לא שייך שתועיל תפיסה אפי' בטענת ברי ואפי' היכא דלא הוי תפיסת גזל, דהא ליכא ספק, ועדיין צ"ע בזה.)
וכדברי הרשב"א בתשובה כך כתב בחידושיו לקמן דף ל"ד בהני בעיות דהתם לענין כפל דסלקן בתיקו, שכתב, וז"ל: וסלקא בתיקו והו"ל ממון המוטל בספק וחולקין וליכא למימר הכא אוקי ממונא בחזקת מרי' קמא דכפילא לא איתחזק בידא דחד מינייהו דנימא הכי, והו"ל כמחליף פרה בחמור וילדה דאמר סומכוס יחלוקו וק"ל כותי', עכ"ל, הרי להדיא דלא חשיב

התם מרא קמא, וכן מבואר לכאורה מדבריו דאילו היה חזקת מרא קמא לא הוה אמר סומכוס דיחלוקו, והוא להדיא כמשנ"ת, ודוק היטב.
והנה כל הנ"ל הוא רק לדרכו של הרשב"א דבספק פדיון פט"ח ל"מ תפיסה, אולם בכס"מ נקט דלד' הרמב"ם גם בפט"ח מהניא תפיסה [ובאמת ברמב"ם לא נזכר ד"ז אי מהניא תפיסה בספק פט"ח], ובישוב הקו' דא"כ נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן כתב הכס"מ וז"ל וסייעתא דרב חנניה לאו סייעתא כולי האי, דכיון דברשות ישראל הוא והמע"ה אע"ג דאם תקפו כהן אין מוציאין מידו לא נפיק מידי ממונו של ישראל ושפיר יכול לפטור עצמו בו עכ"ל. והמתבאר מדבריו דר"ח סבר דלמ"ד אין מוציאין חשיב דאיכא לכהן צד זכיה בבהמה, ולהכי הוק' ליה דהישראל א"י לעשר להך בהמה דנמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן, אכן רב המנונא ס"ל דגם אם אין מוציאין מידו לא חסר בבעלות הישראל, דכל זמן שהולד תחת ידו וזוכה בו מדין המע"ה חשבי' ליה כבעלים גמור, ולהכי בידו לעשותו מעשר בהמה, ופסק הרמב"ם כרב המנונא.
ונראה דסברת הכס"מ תליא בביאור הך דינא דתו"כ אין מוציאין מידו, דיש לבאר הך דינא דאין מוציאין בב' אופנים, דבפשוטו להך מ"ד לא זכה המוחזק בממון זכיה גמורה וכל דין המע"ה הוא רק שאין לנו להוציאו מידו בלא ראיה, ולהכי אם תקפו הכהן הוי הדין דלא מפקינן מיניה [ולדרך זו יסוד פלוגתת ר"ה ורבה הוא בכח המוחזק הראשון, דרבה ס"ל דהמוחזק הראשון זכה בממון זכיה גמורה, דכ"ה עצם דין הספק ליתן את הממון למי שמחזיק בו, ולהכי ל"מ תפיסה, ור"ה ס"ל דכל זכות המוחזק הוא רק שאין לנו להוציא מידו בלא ראיה]. אמנם יתכן לבאר באופ"א, דלעולם גם הך מ"ד מודה דכ"ה עצם דין הספק ליתן את הממון למי שמוחזק בו ועי"ז זכה הראשון בממון זכיה גמורה, אלא דאיהו ס"ל דלאחר שתפסה השני ונעשה מוחזק נשתנה הדין וכעת דין הספק הוא ליתן את הממון לשני [ובהא דלא חשבי' להשני כגזלן צ"ל דכיון שעצם הספק לא הוכרע לא חשבי' ליה כגזלן ואהניא תפיסתו דיחול כלפיו דין המע"ה. ולדרך זו יסוד פלוגתת ר"ה ורבה ל"ה בכח המוחזק הראשון אלא בכח התפיסה דהשני, האם אהניא תפיסתו לענין זה דלא מפקי' מיניה או לא].
ובזה תליא סברת הכס"מ, דהנה להדרך הא' דכל זכייתו של הישראל היא רק דלא מפקי' מיניה לא א"ש כ"כ סברת הכס"מ, דמאחר שכל זכותו של הישראל בממון היא מוגבלת לזמן שהוא תח"י אכתי איכא לכהן צד זכיה בו. אכן להדרך הב' תתבאר היטב סברתו, דבאמת כל זמן שהממון תחת יד הישראל הרי הוא בעלים לעולם והא דמהניא תפיסת הכהן הוא משום דעי"ז נשתנה הדין וזכה בו הכהן, ומעתה שפיר יש להבין דכל זמן שהוא ביד הישראל חשבי' ליה כבעלים ודאי ולא דייני' דאיכא לכהן צד זכיה בממון ודו"ק.
קכז) תוד"ה פוטר ממונו בממון כהן- צ"ל שתפס קודם שבאו עדים- ובראי"ש הנ"ל כתב דהיינו משום דתפיסה מהניא בטענת ברי, וכבר הארכנו בזה. ועי' תי' אחר בחידושי הרמב"ן, דתרי ותרי ספיקא דאורייתא ולא מוקמינן אחזקת מ"ק, דהא אפי' גבי איסורין אמרינן הכי. ומבואר מפשטות דבריו דחזקת מ"ק כחזקה דמעיקרא דגבי איסורין הוא. והתוס' והרא"ש לא תירצו כן, היינו משום דידועה שיטתם דתו"ת ספיקא דרבנן וכמאן דליתנהו ושפיר מוקמינן אחזקה, ואכמ"ל.
קכח) תוד"ה קפץ כולן פטורין- תימה דלבטל ברובא וליחייבו כולהו במעשר וכו'- דבריהם לכאורה צ"ב האיך שייך בזה ביטול ברוב, הא ביטול ברוב דמהני היינו לבטל דינים אבל לא לתת למיעוט דיני הרוב, והכא הרי בעינן למימר דיחול על המנוי שקפץ דין חיוב מעשר בהמה, ועי' חמד"ש שכבר העיר בזה והביא דברי המל"מ בפ"ו מעילה שכתב כן דאין סברא להיות ההיתר בטל בתוך האיסור ולהיות כמו האיסור, והוא כנ"ל. ועי' חידושי ושיעורי ר' ברוך בער סי' י"ט שהביא בשם הבית הלוי לתרץ קושיית התוס' כן. ועי' רמב"ן ריש ב"ב שכתב דאין היתר בטל באיסור, ואפשר דביאורו ע"פ הנ"ל. ועי' או"ש פט"ו מהל' מאכ"א שכתב כנ"ל, דמאי דהיתר לא נתבטל באיסור משום דאין ביטול מועיל אלא לבטל דינים אבל אין בכח הרוב לתת דין חדש על המיעוט. ולכאורה היה אפשר לומר דאין מדברי התוס' ראיה דלא כהרמב"ן, דיסוד מאי דאין היתר בטל הוא משום דלא חל שום דין על ההיתר על ידי הביטול, והכא י"ל דאדרבה, בעצם הרי כל בהמה חייב במעשר, ומאי דפטור הכא הוא משום דחל עליו דין ושם מנוי, ובזה הקשו התוס' דנימא דעל ידי הביטול יתבטל הדין מנוי ושוב ממילא יתחייב במעשר בהמה, ויש לעיין בזה. (ואף דהביאו האחרונים מדברי התוס' בכמה דוכתי דהיתר שפיר מתבטל באיסור, מ"מ מדברי תוס' אלו ליכא ראיה, וכנ"ל. אכן הרמב"ן בע"ז ע"ג ע"א כתב, וז"ל: ולא אשכחן ביטול בהיתר לפי שאין אדם עשוי לבטלו אלא אדרבה מוסיף עליו והולך, עכ"ל, ומבואר דכונה אחרת לו בזה, וצ"ב מה היא סברתו בזה. ולכאורה כונתו בזה דכיון דעומד הוא להוסיף עליו הוי כעין דבר חשוב שלא בטל, וכ"כ בקובה"ע סי' נ"ט אות ג'. ולפי זה הטעם יהא מוכח לכאורה מדברי תוס' אלו דלא כהרמב"ן.
ועי' קובה"ע סי' נ"ט אות א'-ד' שדן דענינים אלו ומש"כ בביאור פלוגתת התוס' והרמב"ן. וכתב דמה שמסתפקים העולם בחוטי ציצית הטווין שלא לשמן שנתערבו ברוב חוטין הטווין לשמן אי שייך בזה ביטול להכשירן, תליא בפלוגתא הנ"ל דהתוס' והרמב"ן. ולפום דברי הרמב"ן בע"ז אין הדבר כן, דנהי דעל ידי הביטול בעינן למימר דיחול על הטווין שלא לשמה דין לשמה, מ"מ הרי אף לדרבנן שייך דבר זה, ומה שהיתר באיסור לא בטל אינו אלא משום שעומד להוסיף עליו, מה שלא שייך בנידון זה דציצית, וז"פ. וסברת התוס' דאף היתר בטל באיסור, דס"ל דדין ביטול יסודו דמה שנתערב בטל בעצמותו למה שנתערב בו והוי כחלק ממנו, וכמו דמצינו דמחובר מתבטל לגבי קרקע, וכ"כ בקוה"ע. ועי' עונג יו"ט ס"ד.
ובמנ"ח מצוה ג' הוכיח מדברי המרדכי בחולין שהקשה ביבמה שרקקה דם אמאי אין הרוק מתבטל, והרי התם מה דבעינן הוא הרוק וחשיבא כהתירא, וחזינן דהקשה המרדכי דיתבטל אף דהוי לכאורה כהיתר באיסור. וע"פ ביאור האחרונים דאין הביטול מוסיף דינים אלא מבטל דינים אתי שפיר, דהא אף אי נימא דחשיבא הרוק כהיתר, מ"מ שפיר שייך בו דין ביטול, דהרי לחליצה בעינן חפצא דרוק ועל ידי דין ביטול שפיר אמרינן דנתבטל שם רוק דידי' ובזה סגי שלא תתקיים מצות חליצה, ולא בעינן שיהא חל ברוק דין דם רק שלא יחשב רוק, וז"פ. וע"פ דברי הרמב"ן בע"ז אתי נמי שפיר, דמאי דהיתר אינו בטל באיסור היינו משום דעומד להוסיף עליו ולכך אין דנין עליו מצד עצמו אלא הוי חלק ממה שעומד להוסיף עליו ואינו בטל, וכמשנ"ת, אשר לפ"ז היכא דרקקה כבר דלא שייך דבר זה אף הרמב"ן מודה דבטל, דליכא למימר דעומדת להוסיף, וצ"ע בזה.
ובשיעורי הגרב"ד הנ"ל הביא לתרץ קושיית התוס' בשם הגר"ח, דיסוד חיובא דמעשר בהמה אין גדרו דכל בהמה טעונה מעשר וכמו טבל לגבי תרומות ומעשרות, אלא דדין הוא על הגברא דבזמן שיש לו עשרה בהמות חייב להפריש מעשר בהמה, וכיון דכן, לא שייך בזה ביטול, דאם, למשל, יש לו ט' בהמות והמנוי שקפץ, הוי הוכר איסורו דלא בטיל, כלומר, דהא רואים דאין לו י' בהמות שיתחייב על ידם במעשר בהמה. ובשלמא אילו היה הדין על כל בהמה ובהמה דטעונה מעשר, שפיר היה זה שקפץ נתבטל בתוכם והיה נתחייב אף הוא, אבל כיון דאינו אלא חיוב דחל על הבעלים בזמן שיש לו י' בהמות הוי כהוכר איסורו, וכנ"ל. ואף היכא דאית לי' יותר מי' בהמות, הרי הוכר על ידי עצם המנין כמה חיובי

מעשר בהמה אית לי', ואף בזה הוכר איסורא. אלא דצ"ב לכאורה, דהיכא דאית לי' יתר על עשר (או על עשרים וכו') הרי לא הוכר איסורא, וכן הקשה הגרב"ד, ע"ש. ולכאורה היה אפשר לומר באופן אחר קצת, דכיון דחיוב מעשר בהמה חיוב גברא הוא ולא דין בחפצא כלל שטעון מעשר, לא שייך בזה ביטול, דלא שייך ביטול אלא לחלות דין על החפץ, וצ"ע בזה.

קכט) תוד"ה קפץ כולן פטורין- תימה דלבטל ברובא וליחייבו כולהו במעשר- עי' תוס' הרא"ש שכתב, וז"ל: וא"ת אותו הקופץ יבטל ברוב ויהיו כולן וחייבין וכו' ועי"ל כיון דחזינן דאפי' היכא דיכול לעשר ממה נפשך פטור משום דעשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק ואפי' כי אמרי' כל דפריש מרובא פריש עשירי ספק מיקרי אלא שהתורה התירה ספק זה באיסורין דכתיב אחרי רבים להטות ונהפך האיסור להיתר ע"י ביטול ברוב אבל לעולם לא נפיק מכלל ספק עשירי, עכ"ל. והנה מבואר מדבריו דיסוד דין ביטול עכ"פ ביבש ביבש נבנה אכל דפריש מרובא פריש, דעל כל אחד איכא למימר דמרובא פריש ופטור, אלא דמפאת זה גרידא לא היה האיסור נהפך להיתר אלא דכל אחד היו מתירים מדין רוב, רק כיון דעל כל אחד מהם איתא להך התירא, נאמר בזה דין דאיסור נהפך להיתר, אכן יסוד הדבר הוא דין כל דפריש דאיתא בכל א' מן הבהמות. ורוב זה נהי דעל ידו ניתר האיסור, מ"מ אין זה מברר החפצא דהספק ועדיין מיקרי עשירי ספק. ולפ"ז יתכן דאילו הוה אמרינן דדין ביטול ברוב אינו נבנה אהא דכל דפריש מרובא פריש אלא דנכלל גם בדין רוב דין מסויים דביטול,למשל, ע"ד שצידדנו לעיל בדברי התוס' דהוי כמו שהמחובר בטל לקרקע, וכמש"כ בקובה"ע, שפיר הוה אמרינן בזה דתו ליתא להספק כלל ולא הוי עשירי ספק. ואם כנים הדברים יתבאר מה שנאדו התוס' מתי' זה.

וכעין דברי הרא"ש כתב גם בחידושי הריטב"א החדשים, ע"ש שהקשה אמאי פטורים, כיון שהמנוי הזה אינו ניכר יהא בטל ברוב (ולא הזכיר בזה הא דכל דפריש מרובא פריש), ותי', וז"ל: הכא לא בטיל האי משום דאמר רחמנא העשירי עשירי ודאי ולא עשירי ספק, עכ"ל. ונראה דאין כונת הריטב"א לתרץ כתירוצו של הרא"ש, דבאמת לא הזכיר כלל בקושייתו הא דכל דפריש מרובא פריש, אלא יתכן דס"ל דדין ביטול אינו מדין כל דפריש. וביאור תירוצו, דלא שייך ביטול ברוב כי אם היכא דלא נאמרו דינים על הספק, דהא בעצם לולא דין ביטול הוי התערובת ספק, אלא דאמרינן דיחול בזה דין ביטול ויתבטל האיסור. אכן היכא דנאמר דספק אסור מצד עצמו, וכגון הכא דבעינן דווקא עשירי ודאי ולא עשירי ספק, אדרבה, חל על כל התערובת דין ספק מנויים, ולכך הכא לא בטיל, ומדוקדק היטב לשון הריטב"א שכתב דלא בטיל ואילו לדברי הרא"ש שפיר בטיל אלא דעדיין הוי ספק', וכמשנ"ת. והתוס' שהקשו היינו משום דס"ל דדין ביטול הוי כמו מחובר לקרקע, וכנ"ל, וזהו מציאות ולא שייך לומר שלא יהיה דין ביטול אפי' היכא דאמרה תורה עשירי ודאי ולא עשירי ספק.

ועי' קובץ שמועות (בקוב"ש ח"ב) למס' חולין אות מ"ג שתמה על דברי הרא"ש דהרי בא ליישב קושיית התוס', והתוס' הרי הקשו מדין ביטול ברוב ולא מדין כל דפריש, ותי' הרא"ש דעדיין נחשב ספק אינו תירוץ אלא לדין כל דפריש, אבל בדין ביטול דאיסור נהפך להיתר ודאי דנעשה היתר ותו לא הוי ספק. והביא שם בשם הגר"ח דהרא"ש ס"ל כדעת הרמב"ן הנ"ל דהיתר לא מתבטל באיסור, על כן לא הוקשה לי' כלל מדין ביטול ולא חש לתרץ אלא אמאי לא אמרינן בזה כל דפריש מרובא פריש, וכתב עליו שהוא דוחק. והנה מלשון הרא"ש הרי מבואר דהקשה באמת מדין איסור נהפך להיתר, כאשר הקשה גם הריטב"א, אלא דס"ל דדין איסור נהפך להיתר מבוסס על דין כל דפריש, כאשר כתב להדיא, ותדע, דהא דין ביטול ברוב ילפינן לה מקרא דאחרי רבים להטות כמו דין הלך אחר הרוב דכל דפריש. וסברתו, דכיון דנבנה דין ביטול ברוב על הא דכל דפריש מרובא פריש, ע"כ נתחדש בדין רוב דביטול דעל ידי כך אמרינן בתערובת דאיסור נהפך להיתר. ונראה דאין זה אלא באשר נוגע לדין איסור, אבל לא לענין החפצא דהספק, כאשר נתבאר לעיל. ואף דס"ל להרא"ש בחולין דף ק' (סי' ל"ז) דבתערובת יבש ביבש מותר אפי' לאדם אחד לאכלם בבת אחת משום דין איסור נהפך להיתר, מ"מ אין זה אלא לענין האיסור. (והנה דעת התוס' שם בחולין ד"ה בריה היא דבתערובת יבש ביבש אסור לאדם אחד לאכלן בבת אחת, והיינו לכאורה משום דס"ל דבתערובת יבש ביבש ליכא דין איסור נהפך להיתר, וא"כ צ"ב לכאורה מה הקשו בסוגיין, הא ודאי דאכתי נשאר הספק, וכדברי הרא"ש והריטב"א, דהא אין זה דין ביטול כלל. אלא די"ל ע"פ מש"כ הפרמ"ג ביו"ד סי' ק"ט משב"ז סק"א דמאי דאין ביטול ברוב בתערובת יבש ביבש אינו אלא מדרבנן.)

ובגוף דברי הרא"ש, עי' חידושי הגרע"א שהקשה דלדבריו לא משכחת לה קהל ודאי (דלקהל ודאי הוא דלא יבא ממזר) דהא אף דאיכא רוב מ"מ עצם הספק נשאר, ע"ש שכתב לתרץ בכמה אופנים. אכן יעויין ש"ש ש"ב פט"ו שכתב דדברי הרא"ש לא נאמרו אלא ברובא דאיתא קמן דילפינן לה מקרא דאחרי רבים להטות ואינו מברר הספק, בכגון זה הוא דאמרינן דאכתי חשיב עשירי ספק, אכן רובא דליתא קמן שהוא כעין חזקה ומסברא ידעינן לי', הרי רוב זה מסלק עצם הספק ואף להרא"ש לא חשיב בכה"ג עשירי ספק.

קל) תוד"ה קפץ כולן פטורין- וקבוע נמי אין שייך אלא בדבר שהאיסור וההיתר ניכרין וידועין ולא ידיע מאיזה לקח וכו'- צ"ב מאי שייטי' דקבוע להכא, דהא דין קבוע נאמר בדין כל דפריש מרובא פריש ודין הלך אחר הרוב, והכא הרי מדין ביטול אתינן עלה. ולהמבואר מדברי הרא"ש הנ"ל דדין ביטול מבוסס אדין רוב אתי שפיר בפשטות, דעד כמה דהוי קובע ולא שייך רוב לא שייך בזה דין ביטול. אלא דעדיין יקשה אמאי הקשו התוס' קושי' זו דווקא הכא, הרי זה יקשה על כל דין ביטול ברוב (עכ"פ ביבש ביבש), וצ"ב. (וגם טעון ביאור לפ"ז אמאי נאדו התוס' מתירוצו של הרא"ש דהוי עשירי ספק דתו ליכא למימר כמו שכתבנו לעיל אות קכ"ט.) ואמר מו"ר זצ"ל דאף דנימא דאין 'דין ביטול ברוב מבוסס על דין כל דפריש, מ"מ שפיר יקשה מקבוע, דיסוד דין קבוע הוא דחשיבנן להמיעוט כמחצה ואין כאן רוב כלל, ואם כן תו ליכא למימר דאיכא ביטול ברוב כיון דחשיב מחצה על מחצה.

קלא) תוד"ה קפץ כולן פטורין- וברי' נמי לא הוי וכו'- מדכתבו לעיל דמאי דדבר שבמנין לא בטל הוא רק מדרבנן, ואילו הכא בבריה דלא בטל לא כתבו כן, מבואר מדבריהם דמאי דבריה אינו בטל דאורייתא הוא. וטעמא דלא חשיב בריה עי' תוס' חולין צ"ו ע"א ד"ה מאי טעמא.

קלב) תוד"ה לפטרו במנין הראוי- תימה דהכא לא שייך מנין הראוי דלא שייך אלא היכא דאין כי אם עשרה והתחיל למנות ומת אחד מהן ואין י' אפ"ה פטורין אותן שיצאו וכו'- אכן עי' בתוס' הרא"ש שכתב בשם הרמ"ה ליישב קושיית התוס', וז"ל: דכל אשר יעבור אמר רחמנא ולא שכבר עבר וכל מנין שעבר בו אחד פעמים כל המנין שמונה משם ואילך עד עשרה אינו מנין ואם היה יודע בודאי שיצא הקופץ בשביעי או בשמיני אין לו לסיים עוד החשבון עד עשרה דכיון שאותו שכבר עבר יצא הפסיק הענין ויתחיל משם ואילך א' ב' ג' ד' כבתחלה הילכך אי לאו בר חיובא אותו דיצא בשביעי או בשמיני בין אותם שיצאו לפניו בין אותם שיצאו לאחריו יפטרו במנין הראוי דבשעה שיצאו אותם שלפניו היה ראוי להשלים עליהם אם לא שיצא הקופץ ואותם שיצאו לאחריו היו ראויים לעשר אם היה מונה אותם כדין ומתחיל א' ב' ג' ד', עכ"ל. והיינו, דחידש הרמ"ה דאם יצא אחד שעבר כבר הרי זה סותר כל המנין

שיצא בו, ושוב פטורים במנין הראוי. והנה מש"כ דאלו שיצאו כבר יפטרו משום מנין הראוי מובן שפיר, דהוי ככל מנין הראוי, אך מש"כ דאף אלה שיצאו אחריו היו ראויים לעשר אם היה מונה א' ב' ג' ד', צ"ב לכאורה אמאי יפטרו במנין הראוי, דנהי דהעברתו של המנוי פעמיים מקלקלת את המנין שלפניו, מ"מ המנין שלאחריו הרי לא יצא במנין הראוי. ועי' חידושי הריטב"א (הישנים) שכתב באמת כן דלא יועיל דבר זה אלא אהני שלפניו ולא אהני שיצאו בעשירי' זו אחריו, ועיקר קושיית הש"ס היא דעדיפא לעשות כך ולתקן מה שאפשר לתקן מלפטור אותם בכלום, ע"ש כל דבריו. ומבואר מדברי הרא"ש דאף שנמנה כז' או ח' וכדומה, מ"מ כיון דעכ"פ היה ראוי לימנות כא' או ב' חשיב שפיר מנין הראוי, והוא לכאורה חידוש גדול. וכן נראה מדברי הריטב"א החדשים, ע"ש.

ז' ע"א

קלג) מאי ספיקות אילימא ספק בכורות יהיה קדש אמר רחמנא ולא שכבר קדש- עי' ש"ש ש"א פ"ג שכתב להוכיח מכאן דספיקא דאורייתא מן התורה לחומרא, ודלא כשיטת הרמב"ם דספיקא דאורייתא מה"ת לקולא, דאי אין הספק אסור אלא מדרבנן, מה הקשו הכא דספק בכור כבר קדוש, הרי מספק אזלינן לקולא ואין הקדושה חלה ואינו אסור בגיזה ועבודה. ולכאורה יש לפקפק בראייתו, דנהי דניזיל לקולא לגבי האיסור, מ"מ הרי החפצא עדיין ספק בכור, ועל הצד דהוי בכור ודאי דקדוש הוא. וכנראה דהרגיש בזה, ע"ש שהביא דברי הר"ן בתשובותיו סי' ג' שדן במי שנדר שלא לאכול בשר ביום פסח דאין להתיר הנדר עד שיחול ויגיע יום הנדר ונסתפק שם אם יכול להתיר בבין השמשות והעלה דתליא במחלוקת הרמב"ם והרשב"א דאי נימא ספק מן התורה מותר א"כ עדיין לא חל הנדר כלל ולדעת הרשב"א מיקרי חל הנדר. וכתב בש"ש דה"ה בנ"ד אם ספיקא דאורייתא מותר מן התורה אין קדושה חלה כלל והו"ל חולין גמורים, ויקשה לשיטת הרמב"ם, וכנ"ל, ע"ש מה שכתב ליישב דברי הרמב"ם.

והנה הבנת הש"ש בדברי הר"ן היא דבכדי שיוכל להתיר הנדר בעינן שיחול הנדר, והבנה זו לכאורה צ"ב, דלדעת הרשב"א נהי דמדין ספיקא דאורייתא לחומרא אסור לאכול בשר, מ"מ הרי בעצם אינו אלא ספק, ועל הצד דאין בין השמשות כלילה האיך יוכל להתיר הנדר. ונראה לכאורה בדברי הר"ן דלעולם לא בעינן לחלות הנדר בכדי שיוכל להתירו, אלא דלא שייך להתיר נדר דאינו נוגע לו כלל ואינו נאסר בפועל על ידו בכלום, אשר זהו דכתב דלשיטת הרשב"א דלמעשה נאסר בבין השמשות שפסיר שייך בזה התרה, משא"כ לשיטת הרמב"ם. ולפ"ז לא מוכחא כלל מדברי הר"ן דלשיטת הרמב"ם אין קדושה חלה כלל, די"ל דשפיר איכא קדושה, או, בנידון דהר"ן, איסור, מספק, רק דלמעשה מותר לו, וא"כ בנ"ד כיון דהוי למעשה ספק קדוש שפיר אמרו דיהיה קדש אמר רחמנא ולא שכבר קדש, וכנ"ל.

קלד) תוד"ה מפריש עליהן עשרה שיין- תימה דבפ"ק דבכורות אמרינן דשה אחד פוטר כמה פטרי חמורים ומה צריך עשרה שיים וכו'- דברי התוס' מבוססים אמאי דפירשו הא דאיתא בבכורות דף ד' ע"ב ופודה בו פעמים הרבה דר"ל דפודה כמה ספק פטרי חמור בשה א', אשר זהו דהוקשה להו אמאי בעינן הכא י' שיין. אכן ע"ש שכבר הביאו התוס' וכן הרא"ש בבכורות מדברי רש"י דף ד' ע"ב דלא ס"ל הכי, דכתב שם בד"ה תנינא דהא דפודה בו פעמים הרבה מיירי בודאי פטר חמור שפדה ונתן לכהן דאם חזר וקנאו מיד כהן לאחר שנתנו לו חוזר ופודה בו, ולדידי' אתיא סוגיין כפשוטו דבאמת בדאית לי' י' ספק פטרי חמור אינו פודה בשה אחד אלא אחד מהם.

ואמר מו"ר זצ"ל בביאור פלוגתתם, דלשיטתייהו אזלי, ומיתלא תליא בביאור השאלה דתקפו כהן אי מוציאין או אין מוציאין, דנתבאר לעיל דעת התוס' דיסוד מאן דס"ל דמוציאין מידו היינו משום דדין הממע"ה דאצל הישראל דין ודאי הוא דפסקינן דהוא שלו, אשר ממילא הוי תפיסת הכהן תפיסת גזל דאינה תפיסה כלל. וודעת הרא"ש, דאין השאלה דמוציאין או אין מוציאין בדין הממע"ה אלא בכח תפיסה. ולדידי' לא מוכחא כלל דדין הממע"ה הוי פסק ודאי דהוא שלו, דאף דאין זה פסק ודאי, מ"מ ס"ל למ"ד מוציאין מידו דאין בכדי התפיסה להוציא מחזקת הישראל מאחר דחל דין הממע"ה, אף דהוא מספק. ולדידי' אדרבה, מדפשיטא דלא הויא התפיסה תפיסת גזל מסתבר דהיינו משום דדין הממע"ה אינו אלא מספק. והנה רש"י פי' שם דכל השאלה אי מוציאין או אין מוציאין מיירי בשתק ולבסוף צווח, ומהניא הודאתו דליהוי תפיסת הכהן תפיסה ולא הויא תפיסת גזל (דבלא ההודאה היה תפיסת גזל אף דמאי דאמרינן אצל הישראל דהממע"ה אינו אלא מספק. ולדידי' פירוש השאלה דמוציאין או אין מוציאין ע"כ דהוא ע"ד הרא"ש, כלומר, אי יש לתפיסת הכהן כח להוציא מדין הממע"ה דהישראל. והנה יסוד הסברא דלא יהני לפדות בשה א' כמה ספיקי פטר חמור הוא משום דכיון דהוי כבר הך שה ספק ממון כהן שוב אינו יכול לפדות בה, ולפ"ז, לשיטת התוס' דדין הממע"ה דגבי ישראל דין ודאי הוא דפסקינן שיהא שלו, שוב הרי הוי ממון ישראל לגמרי ושפיר יכול לחזור ולפדות בו, אכן לרש"י לשיטתו מאי דאמרינן אצל הישראל הממע"ה אינו אלא מספק, ועצם השה הוי ספק ממון כהן, אשר זהו דס"ל לרש"י דאינו חוזר ופודה בו. (אלא דצע"ק בדברי הרא"ש דמשמע מדבריו בבכורות י"א דשפיר מצי ס"ל כדעת ר"ת אף דס"ל דמאי דאמרינן אצל הישראל דהממע"ה אינו אלא מספק.)

ובפשטות היה נראה דיסוד מחלקותם הוא בדבר אחר, דהנה הא פשיטא דפדיון פטר חמור אינו כפדיון הקדש או מעשר שני שנכנס הכסף במקומו וקדוש בקדושתו, אלא הוא ביסודו מעשה פדיעה המפקיע איסור העבודה מן הבכור, אשר בזה יש להסתפק מהו גדרו, דיתכן דדדי בשה אחד לשמש כמפקיע לאיסור העבודה מכמה פטרי חמור, או אפשר דאף דליכא העברת קדושה מ"מ יש בזה כמין גדר פדיון דשה נגד חמור, אשר ממילא לא שייך אלא פדיון אחד.

קלה) רש"י ד"ה מקרקעי- דכל היכא דאיתי' ברשות מרי' קיימא דקרקע אינה נגזלת- הכונה לכאורה, דבמטלטלין דאיכא קניני גזילה חשיב אינו ברשותו מחמת קניני הגזילה, אבל קרקע כיון דאינה נגזלת לית בה קניני גזילה, ונהי דאם אינו יכול להוציאו בדיינים לא חשיב ברשותו משום שהשני מעכב עליו, אך היכא דיכול להוציאו בדיינים שפיר חשיב ברשותו. (ועי' פיר"ח שפי' כדברי רש"י.) והנה כל זה על פי שיטת הרמב"ן דמאי דאית לי' להגזלן קניני גזילה פועל דליחשב אינו ברשותו, אבל לדעת בעה"מ לא חשיבא אינו ברשותו מחמת קניני הגזילה, וע"כ דיפרש הא דמחלקינן בסוגיין בין קרקע לבין מטלטלין באופן אחר, דקרקע כיון דאין השני יכול להעלימה, אם אך יכול להוציאו בדיינים חשיב שפיר ברשותו, אבל מטלטלין אף שיכול להוציאו בדיינים, מ"מ אין מעלה בזה דהא יכול השני להעלימו, אשר ממילא אף היכא דבעצם יכול להוציאו בדיינים אכתי חשיב אינו ברשותו.

והנה הקשה הגרע"א, אמאי הוצרכו בסוגיין לאוקמי' במסותא דקרקע, הרי בסוגיין לא עשה השני קנין דהא לא אתינן עלה אלא משום שאמר דשלו הוא, וכיון דלית בזה קניני גזילה הרי שפיר מצי מיירי במטלטלי, ע"ש שהניח הדברים בצ"ע. ולמשנ"ת בדעת בעה"מ לא תקשה קושייתו, דהא מאי דמחלקינן בין קרקע לבין מטלטלין אינו מצד קניני גזילה אלא מצד מה דמטלטין יכול להעלמין, וזה הרי

שפיר שייך אף בסוגיין במסותא דמטלטלין. ויתכן דאף לשיטת הרמב"ן תרוייהו באמת כלולים במה דמחקינן בין קרקע למטלטלין, גם מאי דבקרקע ליכא קניני גזילה, וגם מה דקרקע אינו יכול העלימו, דהא נתבאר לעיל דאף הרמב"ן ס"ל חסרון זה דחשיב אינו ברשותו משום שמעכבו השני לעצמו.

קלו) תוד"ה מחוי ר' אבהו והשאר בשבועה- נראה דלא גרסי' והשאר דאף במה שידו מגעת ישבע כיון דנתקנה השבועה שלא יהא אדם הולך ותוקף וכו' ומכל מקום שפיר מוכח וכו'- והרמב"ם פליג וכתב בפ"ט טו"נ דאינו נשבע אלא על השאר ונשבע על מה שבידו רק בגלגול, ועי' לעיל אות ע"ח מה שכתבנו בביאור פלוגתת התוס' והרמב"ם. והמשך דברי התוס', דממאי דקאמרינן לקמן האי סודרא וכו' כמאן דפסיק דמי משמע לכאורה דהוי כפסיק לגמרי ואין בזה אפי' שבועה, אשר מזה משמע כדעת הרמב"ם, וכ"כ הרשב"א דמכאן מקורו, וכן משמע מסדר דברי התוס', אשר לזה אחר שכתבו דנשבע אף על מה שבידו כתבו ומ"מ שפיר מוכח וכו'. והנה לשיטת התוס' שפיר איכא למימר הכי, וכמו שכתבו בסוף דבריהם, דלעולם אין השבועה אלא בשביל הטענה ומשום התקנה, ואף דנימא דגם לדידהו הוי שבועת הנוטלין, וכמו שיוצא לפום דברי הגר"א בדבריהם לעיל ב' ע"ב, מ"מ יסוד התקנה אינו אלא על הטענה ואין עצם זכייתו על ידי השבועה, אשר ממילא שייך לומר דאף דהוי כמאן דפסיק לגמרי מ"מ נשבע משום התקנה. אכן לדעת הרמב"ם, נתבאר לעיל דיסוד תקנת השבועה הוא דעצם זכייתו היא על ידי השבועה, אשר בזה אילו היה צריך לישבע על מה שבידו היה זה סתירה למאי דאמרינן דהוי כמאן דפסיק, וז"פ.[27]

והנה מבואר מדברי התוס' דלשעת הרמב"ם הראיה מדין זה נוטל עד מקום שידו מגעת לדין סודר הוא מדחזינן דנוטל עד מקום שידו מגעת בלא שבועה אשר מבואר מזה דע"כ כמאן דפסיק דמי, דמטעם זה הוקשה להתוס' לשיטתם שנשבע אף על מה שבידו מה ההוכחה לדין כמאן דפסיק דמי. ומבואר לכאורה מדברי הרמב"ם דמעצם מאי דנוטל עד מקום שידו מגעת ליכא ראיה דכמאן דפסיק דמי, ואין הראיה אלא ממאי דאינו נשבע. ואילו מדברי התוס' בסוף דבריהם מבואר דהראיה הוא מעצם מאי דאמרינן דנוטל עד מקום שידו מגעת. ומדברי רש"י מבואר דהראיה הוא מה דנוטל עד מקום שידו מגעת ולא מהא דאינו נשבע, לא כמבואר מדברי התוס' לדברי הרמב"ם. ויש לעיין מהו יסוד פלוגתתם בזה. ואפשר די"ל בזה, וכן צידד מו"ר זצ"ל, דבהכי פליגי, דלהתוס' דנבנה דין יחלוקו על מאי דאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' ואנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי', לדידהו הרי בעצם חשוב כל אחד התפוס בכל הטלית כמוחזק בחציו, ולא היה מועיל מאי דהוי ביד א' מהם דליהוי דידי' אי לאו דנימא דכמאן דפסיק דמי, אשר זהו דמוכח דעצם מאי דנוטל עד מקום שידו מגעת דכמאן דפסיק דמי. אכן לדעת הרמב"ם אין החלוקה אלא מספק ולעולם לא אמרינן דעל ידי הך אנן סהדי הוי חצי לכל אחד, ולא בעינן בכדי למימר דיטול עד מקום שידו מגעת אלא לומר דבמה שבידו מוחזק הוא טפי ולא בעינן להך יסוד דכמאן דפסיק דמי אלא לומר דנוטל בלא שבועה, אשר זהו אומר שהוא שלו לגמרי ונאמר דין המוציא מחבירו עליו הראיה ואינו צריך לישבע, ועדיין צ"ע בזה.[28]

והנה הקשו הראשונים על דברי הרמב"ם דלדבריו דאינו נשבע אלא על מה שביניהם מאי קמ"ל רב תחליפא, הרי מתני' היא דחולקין בשבועה. ולדעת הרמב"ם מוכח לכאורה דהוה ס"ד דכיון דמה שבידו נוטל בלא שבועה יטול אף מה שביניהם בלא שבועה. וי"ל בטעם הדבר, דכל יסוד השבועה הוא דמחמת טעמא דשלא יהא כל אחד הולך ותוקף אמרינן דאין זכייתו אלא בשבועה, והיה אפשר לומר דהיינו דווקא היכא דתפיס בכרשכשתא דכל שייכותו לטלית אינו אלא בזה, אשר בזה חיישינן שמא תוקף הוא ואמרו דאינו נוטל אלא בשבועה, אבל היכא דאדוקין בטלית דזה נוטל עד מקום שידו מגעת בלא שבועה, הרי על חלק מהטלית אמרינן דודאי שלו הוא, ושוב לא ניחוש שהוא תוקף על השאר, קמ"ל דאפ"ה חיישינן.

והנה יש להסתפק בהך דינא דידו מגעת האם חשבי' ליה כמוחזק יחידי והוי זה כנסכא דר"א דאין סיבה להסתפק שהממון אינו שלו, או דלמא אין כאן חזקה מעלייתא כנסכא דר"א, דלעולם גם לגבי מה שידו מגעת חייל ספיקא דשנים אוחזים, אלא דמאחר והוא מוחזק בהך חלק א"א להוציאו מידו בלא ראיה.

ואמר מו"ר זצ"ל דלכאורה כל נידון הראשונים הוא רק למאי דמסקי' דטעם השבועה הוא מדרבנן שלא יהא כאו"א הולך ותוקף טליתו של חבירו, דבזה י"ל דגדר השבועה הוא שבועת הנוטלין וכנ"ל, אבל לס"ד לעיל בד"ג ובד"ד דטעם השבועה הוא מדאורייתא כדין העדאת עדים פשיטא שגם על מה שתח"י צריך שבועה. ועי' בשטמ"ק בשם הרמ"ך שדייק מד' הגמ' בד"ד דגם על מה שתפיס תח"י צריך שבועה, ולכאורה להנ"ל אי"ז השגה על הרמב"ם, דכל מש"כ הרמב"ם דא"צ שבועה הוא רק למאי דמסקי' דהך שבועה אינה אלא מדרבנן, אבל להו"א בד"ד גם איהו מודה דצריך להשבע גם על מה שתחת ידו.

ובעצם הך דינא דזה נוטל עד מקום שידו מגעת יל"ע דלכאו' הך פס"ד א"י להיות אמת, דאם תרוייהו בהדי הדדי אגבהוה א"כ שניהם קנאוה בשוה. ובפשוטו צ"ל דגם הך פס"ד יכול להיות אמת, דיתכן שבשעת ההגבהה זה אחז עד מקום שידו מגעת וזה אחז עד מקום שידו מגעת, ובכה"ג הוי הדין דכ"א קונה את מה שתח"י והשאר חולקים בשוה. וכעי"ז איתא בתוהרא"ש לעיל בד"ב ע"ב לענין זה אומר כולה שלי וז"א חציה שלי שנתקשה דבכה"ג שניהם באים לידי שבועת שוא, ותי' דגם בזה ליכא ודאי שבועת שוא דאימור תרוייהו בהדי הדדי אגבהוה וחד מינייהו אחז מחצה בגוף הטלית והאחר אחז בכרכשתא יעו"ש.

קלז) אלא מתני' דקתני דפלגי בהדדי ולא קתני זה נוטל עד מקום שידו מגעת היכי משכחת לה- ואף דיצוייר שיחלוקו בשוה באופן דאדוקין בו בשוה, מ"מ משמעות דיחלוקו במתני' הוא דהוי פסק דין דיחלוקו, ואם אך אדוקין אפי' במקצת הרי אין זכיית כל חלקם מדין יחלוקו אלא עכ"פ חלק הוא משום דהוא בידם וכמאן דפסיק דמי. (ולדעת הרמב"ם הנ"ל דאינו נשבע אלא על מה שביניהם ולא על מה שבידם מוכח נמי ממאי דבמתני' מבואר דנשבעין על כל מה שנוטלין, ואילו אדוקים בו אפי' במקצת אין נשבעין על מה שאדוקין בו.)

אכן יעויין שט"מ בשם רבינו יהונתן שכתב דהוה מצי לאוקמי בגונא שכ"א תפיס עד חציה בצמצום, אלא דזה הו"ל מילתא דלא שכיחא שיתפוס כ"א עד חציה בצמצום לא פחות ולא יותר, ועדיף טפי לאוקמי בתפיסי בכרכשתא. ודבריו צ"ע האיך אפי' לאוקמי למתני' בתפיסי בגוף הטלית עד חציה, הא במתני'

---

[27] והיה אפשר לבאר התליא הך מילתא בנידון אי הוי שבועת שניס אוחזין שבועת הנוטלין או שבועת הנפטרין אלא לליכא למימר הכי, דהא לפוס ביאורו של הגר"א לעיל ד"ב יולא דס"ל להתוס' דהוי שבועת הנוטלין, וכן הרמב"ן והר"ן לעיל ד"ד ע"ב כתבו דהוי שבועת הנוטלין ואילו בסוגיין כתבו דנשבע גם על מה שבידו וכמש"כ התוס'. אלא מוכח לכאורה דאף אי נימא דהוי שבועת הנוטלין אכתי איכא למימר דשוין הם מה שבידם ומה שביניהם דבעינן לישבע אתרוייהו דמתקנת השבועה גופא הוא שלא יטול אלא על ידי השבועה.

[28] ודברי רש"י לא יתבארו בכך, דהא ס"ל דהחלוקה הוא מטעם ספק ומ"מ מבואר מדבריו דהרליה הוא מעלם הא דנוטל על מקום שידו מגעת.

קתני דבזה אומר כולה שלי וז״א חציה שלי יחלוקו לג׳ רבעים ורביע, ואי איירי בתפיסי בגוף הטלית הול״ל דהאומר חציה שלי יטול את כל החצי שתח״י, דאיהו הוי מוחזק יחידי בהך מחצה. ואמר מו״ר זצ״ל דאולי י״ל דאיירי בגונא שהאומר חציה שלי טוען שבשעת ההגבהה כ״א תפס בכרכשתא ועי״ז נעשו שניהם שותפים בכל הטלית, ובכה״ג גם לפי טענתו הרי הם שותפים במחצה שתחת ידו - דרביע שלו ורביע של חבירו - ולכך מהניא מוחזקותו רק לגבי רביע, ומאידך לגבי חציה הב׳ שביד חבירו ל״ל בו שום זכות, דמאחר שהאחר טוען שהוא הגביה תחילה וכל הטלית שלו הרי הוא מוחזק יחידי במחצה שתחת ידו, ולכך הוי הדין דיחלוקו לג׳ רבעים ורביע [וכ״ז הוא רק בגונא שהאומר חציה שלי טוען שבשעת ההגבהה תרוייהו הוו תפסי בכרכשתא וכנ״ל, אבל בגונא שטען שבשעת ההגבהה כ״א אחז בגוף הטלית מחצה אין הם שותפים כלל, דכ״א זכה במה שתחת ידו, ובכה״ג האומר חציה שלי חשיב כמוחזק יחידי בכל המחצה שתחת ידו וכ״א נוטל מחצה].

אלא דאכתי יש לעיין כנ״ל, דלכאורה אין זה מדין יחלוקו, וכן לדעת הרמב״ם לא יהיה בזה שבועה.

קלח) רש״י ד״ה בכרכשתא- בגרדין שבשני ראשין- אכן הרא״ש בסוס״י י״ג כתב דר״ל בשפת הבגד שאין ביד אחד ג׳ על ג׳ שיהא דבר חשוב לומר שיטלנו קודם חלוקה. ומה שפירש הרא״ש כן ודלא כדברי רש״י, היינו משום דס״ל דאין תפיסה בגרדין שבשולי הבגד חשובה תפיסה כלל ולא מיקרי אוחזין כלל. (ואפשר דתליא הך מילתא בטעם הדבר דבעינן אוחזין, דלשיטת הרא״ש בעינן אוחזין בכדי דלא נימא כל דאלים גבר, דאין לנו להניח שיגזול האחד את חבירו וכו׳, ובאופן דאינו תפוס אלא בגרדין שבסוף הבגד יתכן דלא חשיבא גזילה כלל כיון שאינו באמת תפוס בו. אכן לדעת רש״י הרי בעצם לא בעינן אוחזין בכדי דלא נימא כל דאלים גבר, אלא בההוא ארבא אמרינן כדא״ג משום דאיכא ודאי רמאי, וע״ד הריב״א שהביאו התוס׳ בב״ד ל״ד ע״ב, ולא בעינן אלא שלא יהא לזה כח יותר מלזה, ואוחזין לאו דווקא, אשר ממילא שפיר פירש דמיירי בגרדין שבסוף הבגד.

ובדין תפיסה בפחות מגע״ג לשיטת הרא״ש מצינו בזה מחלוקת, דבפרישה בסי׳ קל״ח כתב דהאוחז פחות מגע״ג אינו נוטל מה שבידו כיון דלא חשיב, ואם אחד אוחז פחות מעט מגע״ג והשני אוחז משהו חולקין הכל בשוה. אכן בש״ך שם סק״ד כתב, וז״ל: פירוש וכיון שאינו דבר חשוב אין ראוי לומר עליו שיטלנו קודם חלוקה אבל ודאי אם רוצה ליטלו קודם אף שהוא פחות מגע״ג הרשות בידו וכן משמע בהרא״ש, עכ״ל. וע״ש בביאור הגר״א שכתב, וז״ל: שאין ביד שום כו׳- הרא״ש שם מדאמרינן שם ש״מ האי סודרא, עכ״ל. וכונתו לכאורה להוכיח כדברי הרא״ש ממה שאמר רב משרשיא דכיון דתפיס בי׳ שלש על שלש קרינן בי׳ ונתן לרעהו דכמאן דפסיק דמי וקני, דמשמע דדווקא בגע״ג חשיב נתינה, ופחות מגע״ג לאו נתינה היא כלל. ומבואר מדבריו דס״ל בזה כדעת הפרישה דבפחות מגע״ג אינו זוכה כלל, וז״פ. ומדבריו מבואר שפירש דהחסרון בפחות מגע״ג הוא דלא חשיב נתינה, וזהו לכאורה דלא כדברי רש״י שכתב דמאי דבפחות מגע״ג לא מהני לאו משום דלא חשיב נתינה הוא אלא משום דבעינן כלי.

קלט) האי סודרא כיון דתפיס בי׳ שלש על שלש וכו׳- עי׳ בר״ח ובריטב״א החדשים, דמבואר מדבריהם דהא דכמאן דפסיק דמי ר״ל דלא אמרינן דלא הוי מעשה קנין עד דמשיך לכולי׳, אלא אף דלא משיך לכולי׳ קנה. ולדבריהם מוכח דבעינן למימר דהוי כמאן דפסיק לגמרי וחשיב כחפץ בפני עצמו, אשר משו״ה הוא דסגי במאי דמשך מה שבידו. ועי׳ תוס׳ לקמן דף מ״ז ע״א ד״ה לאפוקי שכתבו דבהך דינא דרב משרשיא ליכא חסרון דדבר שאינו מסויים משום דעל ידי דהוי כמאן דפסיק חשיב שפיר דבר מסויים, ומבואר אף מהכא דהוי כמאן דפסיק לגמרי וחשיב חפץ בפני עצמו. וכ״ז לאפוקי דלא נימא דאין פועל הא דכמאן דפסיק דמי אלא דיחשב דאילו רק הוא אוחז בחלק זה, אבל לעולם חשיב הכל חפץ אחד, וז״פ.

והנה יעויין בביאור הגר״א סי׳ קל״ח סקי״ב שהאריך יותר בזה וז״ל מדאמרינן שם ש״מ האי סודרא וכו׳ משמע דמאי דתפיס כאילו אוחז בלבד וכמ״ש שם ו׳ א׳ בד״א ששניהם אדוקים אבל וכו׳ דאל״כ האיך הוכיח ר״א כמאן דפסיק וכו׳ עכ״ל. ומבואר מדבריו דענין כמאן דפסיק דמי הוא דעי״ז חשבי׳ ליה כאוחז לבדו את המקצת שתחת ידו, והיינו דאלמלא דין כמאן דפסיק דמי חשיב שהאחר אוחז בכל הטלית וגם במה שתח״י התופס, וע״י כמאן דפסיק דייני׳ דהאחר אינו אוחז בהך חלק כלל והוא ברשות התופס בו בלבד. וכתב הגר״א דזהו יסוד שיטתו של הרמב״ם דא״צ שבועה, דמאחר דהאי חלק הוא ברשות זה שמחזיק בו בלבד הרי״ז כמוחזק יחידי דא״צ שבועה וכדאיתא לעיל ד״ו ע״א דאם היתה טלית יוצאת מתח״י אחד מהם המע״ה. ומבואר לכאורה מדבריו דסגי במאי דאהך חלק חשוב כמוחזק לבדו ולא בעינן למימר דחשיב כחפץ אחר, וע״כ דסגי בכל ג׳ לענין סודר.[29]

קמ) רש״י ד״ה דכמאן דפסיק דמי- דכלי בעינן דכתיב נעלו ובציר משלש אצבעות לאו בגד הוא וכו׳- עי׳ גליוהש״ס להגרע״א שציין בדברי רש״י אלו לדברי התוס׳ הנ״ל לקמן דף מ״ז ד״ה לאפוקי שכתבו, וז״ל בא״ד: וסודר דגע״ג דאמר לעיל פ״ק דכמאן דפסיק דמי חשיב דבר מסויים, עכ״ל. ונראה כונתו בזה, דלמד מדברי התוס׳ טעם אחר להא דבעינן גע״ג, והוא, דבפחות מגע״ג אף דנימא דהוי כמאן דפסיק לגמרי (דכן מבואר לכאורה מדברי התוס׳, וכנ״ל באות קל״ט) מ״מ אינו חשוב דבר מסויים, דכיון דלא חשיב בגד בפני עצמו עדיין חשיב דבר שאינו מסויים כיון דאינו ראוי בלאו החלק השני, וחסרון זה הוא אפי׳ למ״ד דלא בעינן לסודר כלי, דהא קיימי דברי התוס׳ שם להך מ״ד. וע״ש בדברי הריטב״א החדשים דכן מבואר מדבריו.

קמא) אם יכול לנתקו ולהביאו אצלו אינה מגורשת- יעויין שטמ״ק בשם מו״ה שדייק דכל קושיית הגמ׳ מרב חסדא היא רק ע״ד רב משרשיא שלמד מכאן דבסודר נמי סגי בגע״ג וקרינן ביה ונתן לרעהו, אבל על עצם ד׳ רב תחליפא דכ״א נוטל עד מקום שידו מגעת לא הוק׳ לגמ׳ מידי, יעו״ש מש״כ בזה. ונראה ביאור ד״ז דגם בהו״א ידעה הגמ׳ דבהל׳ מוחזקות חשבי׳ להתופס כמוחזק טפי ולא אכפ״ל שהאחר יכול לנתקו, וכל נידון הגמ׳ היה רק בהל׳ נתינה, דבהו״א סברה הגמ׳ דטעמי׳ דר״ח הוא שאין כאן נתינה ולכך מקשי׳ שגם לענין סודר לא יהני ביכול לנתקו דמ״ש נתינה דסודר מנתינה דגט.

והנה כתב הרמב״ם בפ״ה מהל׳ מכירה ה״ז, וז״ל בא״ד: אע״פ שלא תפס המוכר כל הכלי שקנהו חלף ממכרו אלא אחז מקצתו ואחז המקנה לו מקצתו קנה הלוקח והוא שיאחז ממנו כדי שיעור כלי או יאחזנו אחיזה שהוא יכול לנתוק את כל הכלי מיד המקנה לו וכו׳ וכן אם אחז פחות משלש והיה יכול לנתוק כל

---

[29] ולדברי הגר״א בדעת הרמב״ם דגדר הא דכמאן דפסיק דמי אינו דהוי דבר בפני עצמו רק דהשיב מוחזק יחידי, לכאורה לא בעינן למימר דראיית הש״ס דכמאן דפסיק דמי הוא ממאי דאינו נשבע, דמעצם מאי דנוטל על מקום שידו מגעת מוכח דהוא מוחזק בזה ולא חבירו דאל״ה הרי היו חולקין. ולא כמבואר בדברי התוס׳ לפוס הך גירסא דהשאר בשבועה וכמש״כ לעיל. אלא דיעו״ש בגר״א שכתב דהדיא דהראיה הוא דהרמב״ם מדאינו נשבע, וא״ל דאף בלא מאי דאמרינן דהוי כאילו הוא מוחזק לבדו בזה הוה שייך למימר דזה נוטל על מקום שידו מגעת כיון דעכ״פ כחו בו יותר משל חבירו, ורק מדאינו נשבע הוא דמוכח שהוה השוב מוחזק בו לבדו.

הכלי הרי זה קנה, עכ"ל. ומבואר מדבריו דאף דלית בה גע"ג מ"מ אם יכול לנתקה קנה. ועי' מ"מ שכתב בדברי הרמב"ם דס"ל דכי היכי דבגט אזלינן בתר בעל משום דבידו לנתקו כך בקנין אזלינן בתר התופס שיכול לנתקו. ובחידושי הרשב"א כבר הקשה על דברי הרמב"ם דהא אין להוכיח ד"ז מהא דיכול לנתקו דסוגיין, דהא בסוגיין לא אמרינן אלא דהוי חסרון דכריתות במה שיכול הבעל לנתק הגט, אבל מאחר דבעינן גע"ג לקנין מהיכי תיתי דיקנה. והנראה בדברי הרמב"ם, דאילו לא הוה חשיב כאילו הכל בידו לא הוה חשיב דבר זה חסרון בכריתות. ומהלך סוגיין לדבריו, דחידש רב משרשיא דבסודר דלא בעינן אלא נתינה שפיר מיקרי נתינה כיון דמה שבידו הוא כמאן דפסיק, ועל זה הקשו מגט, דבגט נמי הוי דין נתינה ולא קנין (וכמש"כ בקצוה"ח סי' ר' סק"ה) וחזינן דעד כמה דיכול לנתקו חסר בנתינה. וס"ל להרמב"ם דאילו לא היה החסרון ביכול לנתקו אלא בהא גופא שיכול לנתקו אבל עצם הדבר שפיר חשוב שהוא ביד זה שנתנו לו, לא היה בזה חסרון בנתינה כלל, דבקנין אפשר לדון דאיכא חסרון במה דיכול לנתקו אבל נתינה שפיר מיהא הוי, וע"כ דהחסרון ביכול לנתקו הוא דחשיב שהדבר עדיין בידי מי שיכול לנתקו ושוב ממילא לא הוי נתינה. ותי' דלעולם שפיר הוי נתינה, ומאי דאיכא חסרון ביכול לנתקו הוא רק משום כריתות, וביאור הך חסרון דכריתות, דאף דהוי הגט בידה מ"מ עד כמה שיכול לנתקו חשוב נמי כאילו הוא בידו אשר זהו חסרון בכריתות, אכן לגבי חליפין דלא שייך כריתות סגי במה דחשוב שהוא ביד המקנה. וס"ל להרמב"ם דאילו לא היה החסרון ביכול לנתקו אלא בהא גופא שיוכל לנתק, לא היה זה גם חסרון בכריתות, דסו"ס האשה קיבלה הגט והוי נתינה גמורה, וכיון דאיכא נתינה מעליא לית בזה חסרון דכריתות, דלא בעינן שישאר ביד האשה אלא בעינן נתינה, ובנתינה גופא ליכא חסרון.

ובמאירי הקשה על דברי הרמב"ם, דהנה בסוגיא לקמן בד"ט קאמר רב אבהו לענין זכיה מהפקר דהמגביה מקצת חפץ ויכול לנתקו ולהביאו אצלו קנאו, ובגמ' שם מסקי' דהא דרב אבהו בדותא היא, והאיך כתב הרמב"ם דמהני יכול לנתקו. ועפמש"ת אתי לכאורה שפיר, דדברי הרמב"ם דמהני יכול לנתקו לא נאמרו אלא לענין קנין סודר, כדמבואר להדיא מדבריו שלא הביא דין זה אלא לענין קנין סודר, והיינו משום דבסודר לא בעינן אלא נתינה ובכה"ג ס"ל להרמב"ם דשפיר חשיב נתינה, אבל לענין שאר קנינים דבעינן מעשה קנין ולא סגי במאי דחשיב נתינה, אף להרמב"ם לא מהני מאי דיכול לנתקו, אשר ממילא אתי שפיר סוגי' דלקמן ד"ט.[30] עי' ש"ך סי' קצ"ה סק"ו שהאריך בענינים אלו.

[30] אכן באבני מילואים סי' קל"ט סקי"ג נקט כמילתא דפשיטא דבקנין סודר בעי' שהמוכר יזכה בסודר, אולם בדעת הרמב"ם נראה כנ"ל דא"ל שיזכה המוכר בסודר וסגי בנתינה בעלמא וכלכתיב ונתן לרעהו [והנה ז"פ דבעי' שהקונה מצדו יקנה את הכלי למקנה, אולם כונת הדברים היא דא"ל שהמקנה יזכה בכלי, וסגי בזה שהקונה מצדו העמיד למקנה את הכלי ע"מ שיזכה בו ודו"ק]. [והנה באבנ"מ שם הביא ראיה דבעי' שיזכה המקנה בסודר מהא דל"מ סודר של איסורי"ן ושאני מגט דכתבו על איסורי"ן כשר, וע"כ דלענין סודר בעי' שיזכה המקנה בסודר ולהכי ל"מ סודר של איסורי"ן דאין זכיה באיסורי"ן. ולכאו' אי"ז ראיה כלל, דבסוגיא לקמן דמ"ז הביאו להך דינא דאיסורי"ן בהדי שאר מיני כלים שאינם חשובים דל"ה כלי מעליא דומיא דנעל, ומשמע מזה דהטעם דל"מ סודר של איסורי"ן ל"ה משום שאין זכיה באיסורי"ן אלא משום דאין לזה חשיבות כלי ואי"ז דומיא דנעל. ואדרבה יש ללמוד מזה דלא

היוצא מזה, דנקודת המחלוקת דהרמב"ם והרשב"א היא דמאי דלהרמב"ם לא חשיב חסרון בכריתות אא"כ חשוב שהדבר ביד זה שיכול לנתקו והוי כאילו הבעל אוחז בגט, ואילו הרשב"א ס"ל דיסוד החסרון בכריתות הוא במאי דאגיד גבי בעל וכמשמע מדברי רש"י שכתב דלענין גט בעינן הבדלה ו"הרי אגודים הם בחוט זה", אשר משו"ה ס"ל להרשב"א דליכא ראיה ממאי דיכול לנתקו חשיב חסרון בכריתות דיחשב נמי נתינה על ידי כך, וכמשנ"ת.

ובעיקר דברי הרמב"ם העיר מו"ר זצ"ל אמאי כתב דבעי' שהמוכר יוכל לנתק את כל הכלי ולהביאו אצלו, דלכאו' לפי שיטתו דיכול לנתקו חשיב כאחיזה וכנתינה מעלייתא א"צ שיוכל לנתק את כל הכלי, וסגי בזה שיכול לנתק את מקצת הכלי באופן שיהא בידו גע"ג. ויעוי' בסמ"ע סי' קצ"ה סקי"ג שנדחק דד' הרמב"ם הם לאו דוקא וה"ה דסגי ביכול לנתק גע"ג, אולם בש"ך הביא בשם הב"ח דבעי' שיוכל לנתק את כל הכלי, וצ"ע [וכעי"ז יל"ע לענין גירושין, דמלשון הגמ' והרמב"ם משמע שכל החסרון הוא רק בגונא שהבעל יכול להביא אליו את כל הגט, ולכאו' סגי בזה שבידו להביא אליו את מקצת הגט דעי"ז אין כאן כריתות, וצ"ע בזה].

קמב) תוד"ה אם יכול לנתקו- ור"ת נמי פירש אם הגט כבד כ"כ שאם רוצה למשוך הגט אליו תנתק המשיחה מגורשת וכו'- נחלקו המפרשים אי פליג ר"ת אמש"כ התוס' לעיל דמשכחת לה כגון שהיתה ידה קפוצה וכו', עי' מהר"ם שי"ף דשפיר גרסינן נמי ולעולם לא פליג רק שכתב דמצי מיירי אפי' בידה פתוחה, אכן המהר"ם מחק תיבת נמי וס"ל דפליג כר"ת, והיינו טעמי' לכאורה, דכיון דלא ישאר ביד האשה אלא משום דידה קפוצה הוי זה חסרון בנתינה, וז"פ.

ובמש"כ התוס' דאם היתה ידה פתוחה בשעת נתינה ונשארה המשיחה בידו ולאחר מכאן קפצה את ידה אינה מגורשת דהוי כטלי גיטך מעל גבי קרקע. ומדברי הרמב"ם נראה דלא כזה, דברמב"ם בפ"ה גירושין הט"ז כתב דאם יכול לנתקו ולהביאו אצלו אינה מגורשת עד שתפסק המשיחה, ומבואר מדבריו דאם תפסק המשיחה לאחמ"כ הרי היא מגורשת, ומסתימת דבריו שלא חילק בין היכא שהבעל פסק את המשיחה להיכא שהאשה פסקה אותה משמע דבכל גונא הרי היא מגורשת. ויל"ע במאי פליגי התוס' והרמב"ם.

וביאר מו"ר זצ"ל דלכאו' ד"ז תלוי בביאור תי' הגמ', דהנה בהו"א דס"ד לדמות סודר לגט ע"כ שביכול לנתקו חסר בנתינה, ומעתה יש להסתפק מה נתחדש בתי' הגמ' "התם כריתות בעינן וליכא הכא נתינה בעינן והא איכא", האם הך דינא דכריתות הוא מדיני הנתינה, דבגירושין נא' הלכה שתיעשה הנתינה באופן של כריתות [וכונת הגמ' לחלק בין דיני הנתינה דסודר לדין נתינה דגט], או דלמא גם לענין גירושין לא חסר בנתינה והוי זה דין בפ"ע דבעי' כריתות וליכא. והנה מד' התוס' מבואר כהאופן הא' דד"ז הוא מדיני הנתינה, ולכך בגונא שהאשה קפצה את ידה לאחמ"כ והשלימה את הנתינה דמי לטלי גיטך מעג"ק, אכן מד' רש"י משמע שאי"ז גריעותא בנתינה אלא דין בפ"ע דבעי' "הבדלה שיהיו מובדלים זמ"ז והרי אגודים הם בחוט זה". ומעתה י"ל שזוהי ג"כ דעת הרמב"ם ולכך לא חשיב כטלי גיטך מע"ג קרקע, דהדין ונתן בידה כבר נתקיים שפיר בשעת הנתינה, וממילא לא אכפ"ל שהאשה פסקה את המשיחה לאחמ"כ.

קמג) דא"ל מאי חזית דפלגת הכי פלוג הכי- עי' קוב"ש ח"ב סי' ט' אות י"ט שהקשה אמאי יכול למימר לי' הכי, הניחא אם כל אחד מוחזק בכולה אבל אם אינו מוחזק אלא בחציה, והיינו החצי

כהאבנ"מ, דאי נימא דהמקנה צריך לזכות בסודר מ"ל לכ"ז, דתיפו"ל שאין זכיה באיסורי"ן] ממו"ר זצ"ל.

הסמוך לו, א"כ היכי מצי טעין מאי חזית, ע"ש שכתב דהיה מוכח לכאורה זה דאפי' אי אמרינן דכל אחד מוחזק בחציה אינו אלא משום דינא דיחלוקו כמו בכל ממון המוטל בספק, וכיון דמחמת דין יחלוקו הוא שפיר שייך טענת מאי חזית. אלא דלפ"ז קשה מה שחילקו התוס' בין דין שנים אוחזין לדין ארבא משום דאוחזין שאני, ואי נימא דמאי דהויין מוחזקים כ"א בחציו אינו אלא משום דין יחלוקו הדרא קושייתם לדוכתא, ע"ש שהניח בצ"ע. ונראה דמכאן ראיה למה שנתבאר לעיל דף ב' דמאי דחשיבי שניהם מוחזקין אינו מציאות דכל אחד מוחזק בחציו, אלא היינו משום דדינא הכי הוא דהיכא דכל אחד אוחז בטלית וטוען שכולו שלו, מתפרש הדבר דאית לכל אחד חצי, אשר מזה הוא דנובע האנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' ומאי דתפיס האי דיד', אבל לעולם אין הפשט דרואים האחד מוחזק בחצי, אלא נבנה הך דינא אמאי דשניהם בעצם תפוסין בכל הטלית, וכנ"ל. אשר לפ"ז מובן היטב טענת מאי חזית, דמהיכי תיתי נימא דדדווקא הך חצי שהוא קרוב לו הוא שלו, הא אין האנן סהדי אומר אלא דחצי הטלית שלו. ולא דמי לארבא דאין לנו לנהניח בזה כלום כיון דאין אוחזין ותפוסין בו כלל, וז"פ.

ומו"ר זצ"ל עמד על סברת ס"ד דהש"ס, מהי ההו"א דכ"א יטול את החלק שקרוב אליו, הא לחבירו נמי איכא זכות בהך חלק ובמאי עדיף הוא על חבירו. וביותר יל"ע דמד' הגמ' משמע שגם למסקנא לא הדרי' מסברת ההו"א דאם באנו לחלקה לרחבה דינא הוא שכ"א יטול את מה שקרוב אליו, אלא דהאחר מצי לטעון "מאי חזית דפלגת הכי פלוג הכי", ר"ל דמה"ת להעמיד את החלקים לרחבה ואזי שורת הדין היא שכ"א יטול את מה שקרוב אליו, הא אפ' לחלקה לאורכה ועי"ז אין כאן חלק הקרוב לא' טפי מחבירו, דב' החלקים שוים לזה ולזה.

ויעוי' במהרש"א שנקט דלהך הו"א גם בגונא דידעי' שתרוייהו בהדי הדדי אגבהוה כ"ה הדין דכ"א נוטל את מה שקרוב אליו, ולפי דבריו הך הו"א ל"ה הלכה בחלוקת שנים אוחזים אלא בדיני הקנין של שנים שהגביהו דכ"א זוכה בחצי הקרוב אליו. ואף שלא מצאתי סתירה לדבריו מ"מ דבריו אלו הם חידוש גדול, והוכחתו אינה מוכרחת.

וכנראה צ"ל דהך הו"א מישך שייך לדינא דידו מגעת, דכיון דכ"א מוחזק בחצי הטלית הו"א דכ"א מוחזק טפי בחצי שקרוב אליו דוגמת דין ידו מגעת. ואע"ג דדינא דידו מגעת הוא מדין כמאן דפסיק דמי ובתפיסי בכרכשתא ל"ש לדון דכל מחצה כמאן דפסיק דמי וכ"א מוחזק בו לבדו, מ"מ י"ל דגם בתפיסי בכרכשתא כ"א אוחז בחלק הקרוב אליו טפי מחבירו והו"א דכ"ה אופן החלוקה ליתן לכ"א את מה שקרוב אליו, ואכתי צ"ע.

והנה יש שהבינו דלמסקנא הדרי' מסברת ההו"א ומסקי' דאית ליה זכות שוה גם בחלק הרחוק, אולם כבר נתבאר שמד' הגמ' משמע דגם למסקנא לא הדרי' מסברת ההו"א דאם נעמיד את החלקים לרוחב שורת הדין היא שכ"א יטול את המחצה שקרוב אליו הואיל והוא אוחז בו טפי, אלא דאמרי' מאי חזית דפלגת הכי פלוג הכי, ר"ל דמה"ת להעמיד את החלקים לרוחב הא אפ' לחלקה לאורכה ועי"ז אין כאן חלק דמיקרב לגבי דחד, דב' החלקים שוים לזה ולזה [ומה"ט גם בגונא דקאי דהבא בקרן זוית הסמוכה לראובן הרי הם חולקים בשוה, דלמאי דמסקי' דהאחר מצי תבע לחלקה לארכה אין כאן חלק הקרוב לראובן טפי, דתרוייהו שוים בב' החלקים].

קמד) שנים אדוקים בשטר וכו'- יל"ע אמאי בעי' לזה שיטען המלוה ממני נפל, הא עיקר הדו"ד ביניהם הוא על עסקי הפרעון, דהמלוה אומר שלא נפרע החוב והשטר הוא שלו והלוה טוען שפרעו והוא חספא, וא"כ הו"ל לאוקמי בפשיטות כשטען המלוה שהלוה חטפו מידו. ובאמת ברמב"ם בהל' מלו"ל פי"ד הי"ד שינה מלשון הברייתא וכתב וז"ל שנים שהן אוחזין בשטר המלוה אומר שלי הוא והוצאתיו להפרע בו ממך והלוה אומר פרעתיו וממני נפל וכו' עכ"ל, ומשמע דאיירי כשטען המלוה שהוציאו להפרע והלוה חטפו ממנו [ועי' בבעה"ת שער כ"ג שהוסיף על לשון הרמב"ם וכתב דאיירי כשטען המלוה שנפל ממנו כשהוציאו להפרע, אולם ברמב"ם לא הזכיר נפילה גבי מלוה, ובר"ח פי' כגירסא דילן דאיירי שכ"א מינייהו טעין ממני נפל].

וע"ד הפשט י"ל דהמלוה אינו נאמן לומר שהלוה חטפו מביתו, דזה הוי טענה גרועה, ולכך אוקמי' בגונא שטעין המלוה ממני נפל ומצאתיו.

ובאופ"א י"ל דחידושא רבה אשמועינן, דבאמת דברי הברייתא צ"ב אמאי בטעין ממני נפל יחלוקו, הא מאחר דהמלוה מודה שנפל א"כ איתרע השטר בנפילתו והאיך מצי המלוה לגבות בו. ומוכח מכאן כמש"כ התוס' לקמן די"ג ע"ב דכל היכא שהמלוה עצמו מצאו ובא השטר לידו בהיתר לא אכפ"ל דאיתרע בנפילה, ומה"ט אילו היה המלוה אוחז בו לבדו הוה גבי לכוליה ובשנים אוחזים הרי הוא גובה את חציו. ומעתה י"ל שזהו גופא חידוש הברייתא. וסברת גופא דהך מילתא דהיכא דאתי לידי' בהיתר ליכא משום נפל איתרע, דבעצם אינו חשש גמור, ולא מהני הך ריעותא דעל ידי נפילה אלא בכדי דלא נחזיר לו השטר, אבל באופן שהוא בידו אין במאי דאיתרע בנפילה בכדי להפקיע דינו מלגבות, וכן הביא מו"ר זצ"ל מהגרב"ד זצ"ל.

אכן מד' התוס' בדי"ג נראה לא כן, דבתוס' לקמן די"ג ע"ב הוכיחו להאי יסוד מהסיפא דקאמר ואחר שמצא שטר שנפל ליד דיין לא יוציאנו עולמית, ומשמע דאם המלוה מצאו גובה כיון שבא לידו בהיתר יעו"ש. וצ"ב אמאי הוצרכו לדייק כן מהסיפא, הא להדיא איתא כן ברישא דבטוען ממני נפל הרי הוא גובה את חציו [ובאמת בביאור הגר"א בסימן ס"ה כתב כמה פעמים דהאי יסוד מוכח מהרישא, וצ"ע ד' התוס' שלא כ"כ, וכן יל"ע אמאי לא הזכיר הגר"א את דברי התוס' בדי"ג].

וכנראה צ"ל דמהרישא ליכא ראיה, דכיון דליכא עידי נפילה י"ל דהמלוה מהימן לומר ממני נפל ומצאתיו במיגו דאיבעי אמר שלא אבדו מעולם והלוה חטפו מידו, ולכך הוכיחו התוס' להך דינא מהסיפא דמשמע שגם בגונא דידעי' שנפל (דומיא דמצאו אחר) אי מצאו המלוה גובה את כולו. ועי' בריטב"א הישנים בתו"ד שכתב דרשב"ג לא חייש לפרעון כיון דליכא עידי נפילה, ולכאו' זוהי כונתו, דאיהו פליג ע"ד התוס' בדי"ג וס"ל דכל היכא דאיתרע בנפילה חיישי' לפרעון אפי' כשהוא ביד המלוה, ולהכי העמיד את הרישא בגונא דליכא עידי נפילה בדאיכא עידי נפילה ומהימני' ליה במיגו דאיבעי אמר לא אבדתיו מעולם. וע"ע בכ"ז בחידושי הרי"ם בסוגיין. (ממו"ר זצ"ל)

קמה) ולית לי' מתני' דשנים אוחזין וכו'- והא דלא משנינן דה"ט דגבי כולי' משום דס"ל כר' יוסי דלא חיישינן לפרעון משום דמאן דמהדרי לי' שטר פרוע וכו' זהיר בי' לקורעו, כתב בשט"מ בשם מהר"י כ"ץ, וז"ל: דמ"מ מכח תפיסה שגם הלוה אדוק בו יש להחזיק בו את הלוה כמו כן, עכ"ל. והריטב"א (החדשים) כתב, וז"ל: מ"מ אמאי לא זכי לי' בחצי השטר ושעבודו מדין מציאה דאע"ג דאיניש בעלמא לא זכי בשטר חוב אלא בכתיבה ובמסירה וכו', עכ"ל. וביאור הדברים לכאורה, דמאי דלא חיישינן לפרעון, היינו דהיכא דאינו בידו ובעינן להסתפק של מי הוא לא מסתפקינן שהוא פרוע, אבל היכא דהלוה תפוס בו, עד כמה דתפוס בו שפיר מצי אמר דפרוע הוא, כי היכי דהיכא דכולו בידו יכול למימר פרעתי, דמאחר דמדין שנים אוחזין בעינן למימר דיחלוקו בחפצא דהשטר שוב הוי חצי השטר בידו והיכא דהוא בידו נאמן בטענת פרוע אף דבעלמא לא חיישינן.

והוסיף מו"ר זצ"ל בדברי הריטב"א ביאור, דהנה בעיקר סוגית הגמ' צ"ב מהו האי מושג של שנים אדוקים בשטר, הא עיקר הספק הוא על החוב - אם נפרע החוב או לא - ומאי מהני לן אחיזתם בשטר. ויש

שביארו בזה[31] דהחוב והשעבוד מונח בשטר ומה״ט אחיזת השטר חשיבא כאחיזה בגוף החוב והשעבוד וחשיב דשניהם מוחזקים בגוף החוב [והעירוני דכ״מ מד׳ הריטב״א בסוגיין דאחיזת השטר מיקרי אחיזה בחוב עיי״ש]. אולם לענ״ד א״צ לזה, דבנידו״ד שורש הנידון ל״ה על החוב אלא על השטר, מיהו הבעלים דהך שטר - המלוה או הלוה - וכתוצאה מזה איכא נפק״מ לגבי החוב. דהחפצא דהשטר הוא ככל מטלטלין דעלמא ויש לנו לדון בו ככל דיני מוחזק ושנים אוחזים בטלית, דאם זכה בו המלוה הרי״ז כשטר היוצא מתחת ידו דהלוה אינו נאמן לטעון פרעתי, ואם זכה בו הלוה הרי הוא חספא בעלמא ולא מצי המלוה לגבות בו (וכ״ה לשון רש״י בסוד״ה כו״ע ״והרי הוא כשאר מציאה ופליג״). וזהו שכתב הריטב״א דכמו שבטלית חשיבי שניהם מוחזקים הכ״נ לענין שטר כ״א מוחזק במחצית השטר, וממילא גם למאן דלא חייש לפרעון א״א להוציא את מחצית השטר מתח״י הלוה ולגבות את כל החוב ודו״ק.

ויש להביא ראיה ברורה לזה מד׳ התוס׳ בב״ב, דהנה בתוס׳ בב״ב דל״ד בסו״ד מבואר דבשטר בלאו אוחזים הוי הדין כדא״ג, ויש שהבינו בכונתם דאמרי׳ כדא״ג על הממון שביד הלוה, דאם גבר המלוה ותפס ממון מהלוה זכה בו, אולם זה ליתא, דהרי הלוה הוי מוחזק גמור בממון שתחת ידו ופשיטא דל״ש בזה דין כדא״ג. והאמת יורה דרכו דכונת התוס׳ דחל דין כדא״ג על גוף השטר, דהחפצא דהשטר הוי ככל מטלטלין דעלמא ומה״ט בשטר המונח ע״ג קרקע וכ״א אומר דידי הוא פסקי׳ עליה כדא״ג, ודינו שאם תגבר יד המלוה יזכה בו ויהא בחזקתו לגבות את כולו, ואם תגבר יד הלוה יזכה בו ויהא חספא בעלמא ולא גבי המלוה מידי [ולכאו׳ לד׳ התוס׳ לעיל בד״ו דאי גברה יד האחד מצי השני לחזור ולתפוס ממנו, יהא הדין דכל זמן שהוא ביד המלוה גובה בו, ואם יחזור הלוה ויגבר יפטר ודו״ק]. ולמדנו מזה דהחפצא דהשטר נידון ככל מטלטלין דעלמא ושייך ביה ענין כדא״ג ומזה נמשך דין החוב, ומעתה נראה דה״ה לענין יחלוקו, דבשנים אדוקים בשטר חל דין יחלוקו על גוף השטר ולכך גובה המלוה מחצה וכמש״נ.

ולכאורה יש לדון בזה מאידך גיסא, דהרי מה דבעלמא אינו נאמן בטענת פרעתי במלוה בשטר כמו דנאמן במלוה על פה הוא משום טענת שטרך בידי מאי בעי, והכא הרי ידעינן דמדין מציאה הוא דבידיו וליכא ראיה דשטרך בידי מאי בעי. (ואי דין יחלוקו מדין ודאי הוא אפשר דיש לדון דשפיר אית בזה משום שטרך בידי מאי בעי, אבל עכ״פ להני דס״ל דמטעם ספק הוא צ״ב כנ״ל.) ועוד יש לעיין דהא במקום ספק של מי השטר לכאורה הוה לן למימר דהלוה מוחזק בממונו, וכה״ק בחידושי הרי״ם. וע״פ דברי הגר״ח הידועים דאין שטרך בידי מאי בעי ראיה שחייב לו, אלא שהוא מזכותי המלוה שניתן לו על ידי הלוה בעצם מלוה בשטר דכל עוד שיהיה השטר בידו אינו יכול לטעון פרעתי, וכן דקדק מדברי הרמב״ם ריש פי״א מהל׳ מלוה ולוה, לפ״ז אתי שפיר, דכיון דמדין מציאה הוי חצי שטר בידו, שפיר אמרינן בזה דאין הלוה יכול לטעון פרעתי. והנה הגר״ח כתב עפ״ז לבאר דבכתב ידו בשטר שפיר יכול להלוה לטעון פרעתי, אמנים התוס׳ בכתובות כ״א ע״א ד״ה הוציא עליו פליגי וס״ל דאף בזה איכא משום שטרך בידי מאי בעי, ״דבכל שטר אינו רגיל לפרוע עד שיחזיר לו שטרו״, ומבואר לכאורה מדבריהם דשטרך בידי הוא מדין ראיה שלא פרע, וכן מבואר בפשטות מדבריהם מדבריהם בב״ב דף ע׳ ע״א ד״ה ולימא לי׳ שטרך בידי מאי בעי, ע״ש., לדידהו צ״ב כנ״ל אמאי גבי מלוה כלל.

ואפשר די״ל בזה, דהנה כבר נתבאר דיסוד הדין דשנים אדוקין בשטר הוא על השטר עצמו, והיינו, לא סתם על הנייר דהשטר אלא על הדין שטר, דזהו נחשב לעצם החפצא דהשטר. והנה חזינן מסוגיין דמחד גיסא מיתלא תלוי בדין שנים אוחזין דמתני׳, ומצד השני הרי בעצם דנין על החוב הכתוב בשטר אי חייב הלוה או לא. והשילוב שבין ב׳ הדברים, דיסוד הנידון הוא על השטר שאוחזין בו של מי הוא, אך במאי דאמרינן, למשל, דשל המלוה הוא, הרי אמרינן דהדין שטר דידי׳ הוא של המלוה, וע״כ דאין זה אלא בתורת ״מלוה״, כלומר, דאמרינן דהיה הוא בעל השטר וע״כ דנפל ממנו, והוא באמת עומד מה שכתב הריטב״א הנ״ל דאע״ג דאיניש בעלמא לא זכי בשטר חוב אלא בכתיבה ובמסירה וכו׳, דגבי המלוה והלוה הזכיה הוא בדין שטר, אשר פירושו כלפי המלוה דע״כ רואים את הדברים כאילו חזר השטר למקומו, ליד המלוה. ונראה דזהו יסוד החידוש במאי דמיירי שטוען המלוה שנפל ממנו ולא שתקף הלוה ממנו, דחידוש זה אתי לאשמעינן דאף שטוען שנפל מ״מ אם אך פסקינן אף מדין יחלוקו דשנים אוחזין דהוא שלו, חוזר הדבר לקדמותו ואמרינן דע״כ שהיה אצלו מקודם וממנו נפל. ועפ״ז מובן היטב דמאחר דמחזירין השטר למלוה, מאחר דיסודו דאמרינן דמעיקרא היה שלו וממנו נפל ועכשיו הוחזר לו מדין יחלוקו שוב שפיר אית בזה דין שטרך בידי מאי בעי. ודבר זה יתכן אף דנימא דדין שנים אוחזין הוא מחמת הספק, וכדברי הרא״ש במכילתין והתוס׳ בב״ב, ואפי׳ אי נימא כהר״ן לעיל ד״ו דכל היחלוקו דאמרינן הוא מספק, דעכ״פ עד כמה דמהדרינן לי׳ שטר חזר השטר לקדמותו, וכמשנ״ת, ועדיין צ״ע בזה.

עוד יש מקום עיון בסוגיין, האיך אמרינן בזה דין שנים אוחזין דיחלוקו או דין כל דאלים גבר כדברי התוס׳ הנ״ל בב״ב, הרי מקודם היה השטר של המלוה ואמאי לא נוקמה אחזקת מ״ק, וכה״ר באמת בפנ״י בסוגיין, ע״ש שהוכיח מזה דדניא דמתני׳ דשנים אוחזין נאמר אף במקום דאיכא מ״ק, ויסוד קושיית הגמ׳ מתבססת אמאי דמניחין דמתני׳ דשנים אוחזין הוא אף במקום מ״ק. אמנם עיקר נידון זה כבר דנו בי׳ האחרונים, וכמו שהבאנו לעיל, דדעת הש״ך סוף סי׳ צ״א דאף במקום מ״ק יחלוקו, ואילו בש״ש ש״ד פי״ג איתא דבכה״ג אזלינן בתר חזקת מ״ק. והענין מבואר מתוך דברי הראשונים, עי׳ תוס׳ הרא״ש לעיל ד״ד ע״ב דמבואר דהך מוחזקות דשנים אוחזין מהני אף נגד חזקת מ״ק, בתור״פ שם מדוייק דלא כזה. ואי לא מהני מקום מ״ק הדרא קושיית לדוכתה אמאי לא מוקמינן אזחקת מ״ק.

ויש לצדד דגבי שטר, דעומד לפרעון, ליכא חזקת מ״ק דרק בכגון מקח וכדומה דאין החפץ עומד למכירה יש לנו להעמידו בחזקת זה שהיה בעליו מעיקרא, משא״כ בנוד״ד דהשטר עומד לפרעון לא שייך לאוקמי׳ בחזקת מר״ק ושפיר מהני חזקתם דהשתא.

קמו) רבי סבר מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ואי מקיים לי׳ פליג ואי לא מקיים לי׳ לא פליג מאי טעמא חספא בעלמא הוא- הנה בשאר דוכתי דמוזכר דינא דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ליתא לאריכות לשון זו, עי׳ ביה״ל ח״ג סי׳ מ״ב אות ג׳ שעמד בזה, וכתב דבשלמא בשאר דוכתי יש לפרש כפשוטו דמאי דצריך לקיימו היינו משום דבטענת פרוע אית לי׳ מיגו דמזוייף, דשוין הן ב׳ הטענות, דבין אם טוען מזוייף בין אם טעון פרוע אם יקיים המלוה את השטר חייב בכל ואינו יכול שוב לטעון לא פרוע ולא מזוייף, דאף היכא דטען מזוייף שוב אינו יכול לומר פרוע להני דסברי דבטען מזוייף הוי אומר לא לויתי דכאומר לא פרעתי דמי. אכן בנ״ד אם יטעון פרעתי ויתקיים השטר לא יתחייב אלא חצי ואילו יטעון מזוייף ויתקיים השטר יתחייב בכל, וא״כ ליכא מיגו, אשר לזה הוצרכו לומר דאף דליכא מיגו צריך לקיימו משום דאיכא הפה שאסר, דבלאו איהו הוי חספא בעלמא, ע״ש כל דבריו.

והנה דבריו יתכנו אי נימא דבעלמא מאי דאמרינן דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו משום מיגו הוא, וכן מבואר מדברי התוס׳ בכתובות י״ט ע״א ובעוד דוכתי דמטעם מיגו הוא, ע״ש בדבריהם. אכן מדברי

---

[31] עי׳ בחו״ש הגרב״ל בסס הגר״ח

רש"י שם בכתובות מבואר להדיא דמאי דאמרו שם דצריך לקיימו משום הפה שאסר הוא, ולדידי' דהוי כל צריך לקיימו דאמרינן משום הפה שאסר פשיטא דלא יתכנו דברי הביה"ל. וע' רמב"ן ב"ב דף ע' ע"א שהביא ב' המהלכים, וכתב להדיא ד"כל אימת דלא מקויים לאו שטר הוא כלל והפה שאסר הוא הפה שהתיר", ומשום מיגו אינו נאמן כיון דהוי נגד שטרך בידי מאי בעי, ע"ש כל דבריו.

ומאן דס"ל דמודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו, עי' תוס' שם בכתובות שכתבו דס"ל דליכא מיגו דשמא ירא לוה לומר מזוייף פן יכחישוהו . ועוד הביאו בשם הקונטרס דטעמא משום דדבר תורה א"צ קיום דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד ורבנן שהצריכו קיום לא הצריכו אלא היכא דטעין מזוייף ולא היכא דטעין פרוע. וביאור ד"ז, דלעולם ליכא כח הטענה דמזוייף, רק דבזמן שטוען מזוייף הצריכו קיום אשר ממילא לא שייך כח הטענה דמיגו, וז"פ. וע"ש ברש"י ד"ה אין המלוה צריך לקיימו שכתב, וז"ל: שאין הלוה שוב נאמן לומר פרעתיו ולא אמרינן בהאי הפה שאסר הוא שהתיר דמכיון שאמר כשר היה הרי הוחזק השטר וכי אמר פרעתיו לא מהימן שהרי ביד המלוה הוא וכו, עכ"ל. וביאר מו"ר זצ"ל דבריו, דדין קיום דתקנו חז"ל יסודו דבעינן לקיים **השטר**, ולא סתם לקיים החתימות, דאף דמן התורה השטר בחזקת כשרות מ"מ מדרבנן חיישינן דילמא לאו שטר כשר הוא, ומועיל בזה קיום החתימות דעל ידי כן מעידים העדים שבשטר דשטר כשר הוא. ויסוד הדין דא"צ לקיימו, דהוה בעינן למימר דיהא הלוה נאמן מטעם דהפה שאסר הוא הפה שהתיר, וע"ז אמרינן דליכא למימר הכא הפה שאסר הוא הפה שהתיר משום דלא שייך למימר הכי אלא היכא דבעינן לדין הודאתו, דבזה אמרינן דאי אפשר לבנות חיוב ע"פ הודאתו כיון דאיכא גם הפה שהתיר, אבל הא דא"צ לקיימו יסודו דבאופן דמודה הלוה **לא בעינן קיום** דהיכא דהוא מודה דהוי שטר לא חששו ולא תקנו דין קיום, ואין צריך לקיימו כפשוטו, דאין צריכים בזה קיום. אשר זהו דכתב דהוחזק השטר, כלומר, דכיון דהודה הרי השטר בחזקתו מצד עצמו, דהא תו ליכא תקנת קיום, וכיון דלא בעינן לדין הודאת העל דין כק' עדים לא שייך לדון בזה הפה שאסר הוא הפה שהתיר. והביא ראיה לזה מדברי הרמב"ן לקמן דף ע"ב שהקשה אהא דאיתא בבמודה בשטר שכתבו גובים מנכסים משועבדים דהא הוי הודאת בעל דין במקום שחב לאחרים, וכתב דלמ"ד דמודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו אתי שפיר, ולכאורה צ"ב דהא ס"ל להרמב"ן דטענינן מזוייף, אלא מוכח דמאי דא"צ לקיימו לאו משום הודאת בעל דין כק' עדים הוא אלא משום דהיכא דמודה ליתא לתקנת קיום והוחזק השטר, וכנ"ל בדברי רש"י. ולדברי רש"י יסוד הפלוגתא אי מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו או אין צריך לקיימו הוא אי בכה"ג שמודה בשטר איתא לתקנת קיום, דאם אך איתא לתקנת קיום שפיר בעינן הודאתו ואית בזה הפה שאסר הפה הוא הפה שהתיר.

וכל זה לשיטת רש"י דמדין הפה שאסר אתינן עלה, אבל לשיטת התוס' מדין מיגו אתינן לה, ולדבריהם ודאי דאף למ"ד צריך לקיימו הוי בעצם השטר בחזקתו אלא דאית לי' זכות טענה דמזוייף וממילא למ"ד צריך לקיימו אית לי' טענת פרוע במיגו דמזוייף, ואין המח' אי צריך לקיימו או א"צ לקיימו אלא אי חשיב מיגו או לא, או אי איכא כח הטענה דמזוייף בכדי דנימא מיגו.

קמז) רש"י ד"ה שלך הוא ופרעתיו לך- והחזרת לי וממני נפל- משמע מדבריו דאילו היה אומר דנפל מהמלוה אף שטוען שפרעו לא היה נאמן, וצ"ב לכאורה אמאי לא מהימן במיגו שהיה יכול לומר דממנו נפל, וכה"ק בשער משפט סי' ס"ה סק"ט, ע"ש, ועי' שו"ת אחיעזר ח"ג סי' ע"ד מש"כ בזה. ולהמבואר לעיל דדעת רש"י דיסוד מ"ד מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו מדין הפה שאסר הוא ולא מדין מיגו לכאורה יש לומר בזה, דהנה מה שהוצרך להפה שאסר הוא לכאורה משום דמצד מיגו לא הוה מהני נגד ראיה דשטרך בידי מאי בעי, אשר לפ"ז היכא דטעין דנפל מהמלוה אף שטוען דהיה פרוע מ"מ אם יקויים השטר לא יהיה בזה דין יחלוקו, דאף שהוא עתה מוחזק בחציו מ"מ הרי אף על חצי זה איכא ע"פ הודאתו שנפל מהמלוה ראיה דשטרך בידי מאי בעי, ושוב לא מהני מיגו שהיה יכול לומר שנפל ממנו, דהפה שאסר הרי ליכא כיון דהשטר בחזקתו מצד הקיום ולא בעינן להודאתו בכדי שיהא השטר בחזקתו, ואילו מצד מיגו גרידא לא מהני נגד שטרך בידי מאי בעי, וכנ"ל, והוא כמו שביאר מו"ר זצ"ל במ"ד מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו, ומאן דפליג וס"ל דצריך לקיימו אין זה אלא משום דס"ל דאף במקום שמודה איתא לדין קיום דאין השטר בחזקתו ושפיר איכא הפה שאסר, משא"כ בנ"ד דהשטר מקויים, אשר משו"ה הוצרך רש"י לפרש דמיירי דווקא שאומר שנפל ממנו ולא מהמלוה.

ז' ע"ב

קמח) רש"י ד"ה לא יוציאוהו מידו- לא לוה ולא מלוה עד שיבא אליהו או עדים שראו ממי נפל- דאם ראו עדים שנפל מהמלוה יחזירוהו למלוה ויגבה בו. והקשה בקצוה"ח סי' ס"ה סק"ט, דאף שיעידו שנפל מהמלוה אמאי מחזרינן לי', הרי כיון דנפל איתרע ואמרינן דאם היה כשר היה נזהר בו, כדכתב רש"י להדיא לקמן דף י"ב ע"ב ד"ה הני ריעי, וז"ל: הואיל ונפל איתרע די"ל אם היה כשר היה נזהר בו, וכ"כ רש"י גם בדף י"ג ע"א ד"ה מוקי, ע"ש. ולמשנ"ת מדברי רש"י דמיירי דווקא שטוען הלוה שממנו נפל י"ל לכאורה דבכה"ג דכל טענת הלוה דפרוע אינו אלא בזה שנפל ממנו, על הצד שנפל מהמלוה לא חיישינן כלל ומשו"ה מהדרינן למלוה. ועוי"ל בזה דהא דנפל איתרע לא מהני אלא בכגון הא דמיירי בדף י"ב ובדף י"ד, לענין חשש דשמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי או שמא מזוייף הוא, דאין מה שהוא ביד המלוה סותר החשש, אבל טענת פרוע, דמה שהוא ביד המלוה סותר החשש, דהא אם היה פרוע לא היה משאירו אצלו, בזה אם אך איכא עדים דמהמלוה נפל לא חיישינן שמא פרוע הוא, ודוק.

ובשער משפט סי' ס"ה סק"ז כתב ליישב, דהיכא דידעינן דנפל מהמלוה ה"ט דמגבינן בי' משום דכיון שהשטר בא לידו בהיתר מוקמינן השטר בחזקתו הראשונה, ע"ש שהביא כן מדברי הרשב"א בתשובותיו, והיכא דאיכא עדים דנפל מהמלוה הוי כאילו מצאו המצוה עצמו כיון דחייב המוצא על פי דין להחזיר לו. וביאור הדברים לכאורה, דמועיל מאי דנפל איתרע למימר דלא יהא השטר בחזקתו, ולא נחזירנה למלוה, אבל היכא דדין הוא המלוה יהא מוחזק בו משום דין שנים אוחזין, שוב הוי השטר בחזקתו הראשון ולא מהני מאי דבנפל איתרע. ועי' הגהות ברוך טעם מש"כ בקושיית הקצוה"ח.

וביותר תמהו בשער משפט ובנתיה"מ סקי"ז מסוגי' דלקמן דט"ז דמבואר דהוא הדין לענין פרעון גופא דגם מאן דאמר חיישינן לפרעון מודה להך סברא דאם איתא דפרע מקרע הוה קרע לשטרא אלא דאיהו ס"ל דמאחר דאיתרע בנפילה חיישינן שמא פרעו הלוה והניחו בי המלוה אפשיטי דספרא וממנו נפל, ומעתה צ"ב מה יהני עדים שנפל מיד המלוה הא בלא"ה ידעינן נפל מידו אלא דחיישינן שמא הוא פרוע.

קמט) לא יחזיר דחיישינן לפרעון- עי' חידושי הריטב"א (הישנים) שכתב דמשמע דאפי' בתוך זמנו לא יחזיר, דאע"ג דלא עביד אינש דפרע בגו זימני' מ"מ אפשר דפרע, וכיון דנפל איתרע לי' וחיישינן מאי דאיכא למיחש. וכ"ה דעת הרמב"ם פי"ד מהל' מלוה ולוה הי"ג, ודלא כהראב"ד שם. (והש"ך בחו"מ סי' מ"א כתב דאפי' הראב"ד מודה בזה ולא פליג אלא

התם דאיכא עדים קמן, ועי' קצוה"ח שם סק"א משה"ק על דברי הש"ך ומש"כ בהאי ענינא.)

קנ) ולא מיבעיא לא כתב בי' הנפק דאיכא למימר כתב ללוות ולא לוה אלא אפי' כתב הי' הנפק וכו' ור"י אומר הרי הוא בחזקתו ולא חיישינן לפרעון- עי' חידושי הריטב"א הישנים, דמפשטות לישנא דהש"ס מבואר דלא פליג ר' יוסי אלא במקויים ומצד חשש פרעון, דס"ל דלא חיישינן לפרעון, אבל בשאינו מקויים דאיכא למיחש משום כתב ללוות בניסן ולא לוה עד תשרי אפי' ר' יוסי מודה דלא יחזיר, והוא פשוט לכאורה.

קנא) אין הבעל מודה לא יחזיר לא לזה ולא לזה ר' יוסי אומר עודה תחת בעלה יחזיר לאשה נתארמלה או נתגרשה לא יחזיר לא לזה ולא לזה- מס"ד דהש"ס דפליגי וס"ל לרבנן דאף בעודה תחתיו לא יחזיר משום דחיישינן לפרעון, הביא הש"ך בסי' מ"א סקי"ט ראיה דאי חיישינן לפרעון היכא דנפל חיישינן אפי' בתוך זמנו, וכדעת הריטב"א והרמב"ם הנ"ל. ומאי דבהמשך הסוגי' מבואר דאף דאמרינן דלר' יוסי חיישינן לפרעון מ"מ בעודה תחת בעלה יוציא, זהו דווקא בכתובה משום דאפשר דלעולם לא יבוא לידי גבייה, כ"ה בריטב"א בסוגיין. (וסמך לזה, הא דבנתארמלה לא יחזיר אף דמחיים לעולם היה בתוך הזמן), וצ"ב לדעת הראב"ד דס"ל דתוך הזמן לעולם לא חיישינן לפרעון האיך יפרנס סוגיין. והנה הרמב"ם כתב דבר זה בשם הוראת רבותיו, וכבר העיר שם בש"ך דלכאורה מבואר כך להדיא מסוגיין.

ובקצוה"ח שם סק"א כתב דה"ט דכתובה משום דכיון דמעשה ב"ד הוא חיישינן לצררי, כאשר הביא מדברי הרא"ש פ"ק דב"ב סי' ט', והא דגובה האשה כתובתה בעלמא אינו אלא משום שטרא או משום מעשה ב"ד דהוה כמאן דנקיט שטרא, ולא משום חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, אשר ממילא היכא דאיתרע בנפילה שפיר חיישינן לצררי. ולעולם י"ל דבמלוה תוך הזמן לא חיישינן לפרעון, ומשו"ה גם הרמב"ם לא הביא דינו אלא משום הוראת רבותיו ולא משום הכרח מסוגיין.

קנב) תוד"ה בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה- וליכא למיחש לשמא כתב בניסן ולא נשא עד תשרי דמנה ומאתים משתעבדי מן האירוסין אף בלא כתובה דאירוסין קלא אית להו וכו'- עי' מהרש"א מה שהעיר בדבריהם ממש"כ לקמן די"ב ע"ב.

והנה מבואר מדבריהם דאף במנה ומאתיים הוקשה להו דניחוש לשמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי. אכן יעויין תוס' הרא"ש ד"ה אין הבעל מודה לא יחזיר לא לזה ולא לזה שכתב, וז"ל: דחיישינן לפרעון ודוקא משום תוספת כתובה אבל מנה ומאתים גובה בלא כתובה דהאמר ר' יוחנן לקמן הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום וא"ת אי משום תוספת כתובה אם כן כשהבעל מודה נמי לא יחזיר ניחוש שמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי ואתי למיטרף לקוחות שלא כדין וכו', עכ"ל. ומבואר מדבריו דדווקא משום דמיירי לענין תוספת כתובה הוא דהוקשה לו דניחוש שמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי, והוא לכאורה דלא כדברי התוס', ומדבריו מבואר דאף מאי דאמרו דאם אין הבעל מודה לא יחזיר לא לזה ולא לזה מיירי בתוספת כתובה, ודלא כדברי התוס' שכתבו דהא דאם הבעל מודה מחזיר לאשה מיירי נמי במנה ומאתיים אשר מזה מבואר דאף מאי דאם אינו מודה לא יחזיר לא לזה ולא לזה מיירי במנה ומאתיים. וטעמא דידהו לכאורה הוא כמש"כ לקמן דף י"ז ד"ה הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום, דלגבי מנה ומאתים נמי מפסיד דהא נאמן לומר פרעתי מנה מגו דאי בעי אמר אלמנה נשאתיך אם אין לה עדי הינומא או אם אין לה עדי גירושין נאמן לומר פרעתי הכל מגו דאי בעי אמר אין את אשתי. והנה בתוס' הרא"ש שם כתב כדברי התוס' דנאמן במגו בהני גווני, ולדידי' צ"ב לכאורה אמאי הוכרח בסוגיין לפרש דמיירי דווקא בתוס' כתובה ולא במנה ומאתים. והעירני הב' ש.ג.

נ"י דאפשר די"ל בזה ע"פ דברי הנתיה"מ סי' מ"א סקי"א שכתב בדברי התוס' הנ"ל בדף י"ז דע"כ דאין כונתם דבסוגיין אית לי' עכשיו מיגו לענין מנה ומאתיים, דהא אף אי לא ניתן הגט לאשה מ"מ הרי הוא ביד השליח וניחזי אנן אם נשאה בתולה או אלמנה, אלא ע"כ כונת התוס' דמ"מ חשיב הפסד לבעל בזה שמא לאחר זמן ילך לו אותו האחד והיה אז נאמן במיגו. ועפ"ז י"ל דהרא"ש ס"ל דכיון דסו"ס עכשיו הכתובה הוא ביד המוצא לא חשיב דבר זה הפסד ושפיר היו מחזירין הכתובה אי לאו תוספת כתובה, ואינו דומה למש"כ הרא"ש שם דמיירי או דליתא לכתובה כלל או דיהיה ביד הבעל, דבזה שפיר איכא עכשיו מיגו, ודוק, והאמת דלא הוזכר סוגיין שם בדברי הרא"ש כלל.

קנג) רש"י ד"ה צררי אתפסה- מעות צרורות או כספים מסר לה ליחוד כתובתה כשנשאה או לאחר מכאן שלא יטריחוה יורשים אם תתאלמן- אכן עי' חידושי הרשב"א וריטב"א החדשים שהקשו דכי נימא דבמלוה בשטר והניח לו משכון אם נפל השטר לא נחזיר למלוה, ועוד דלא שכיח שיתפיס צררי בתוך הזמן, ופירשו באופן אחר דשמא כשאבד הכתובה נתנו לה צררי שתהא מותרת לו שעה אחת, ונהוי כב' כתובות דלקמן, ע"ש כל דבריהם. אולם בחידושי הרמב"ן כתב דה"ט דחיישינן לצררי דכיון דנפל איתרע לי' וחיישינן לכל מאי דמצינן למיחש, ובהכי אתיין דברי רש"י לכאורה שפיר. ויהא מבואר מזה דהיכא דנפל איתרע חיישינן אפי' לתוך זמנו.

והנה בפשוטו להך אוקימתא איירי כשהודה הבעל שנפל השטר מידה והא דקתני אין הבעל מודה היינו שטוען דאתפסה צררי ולכך אין להחזיר לה את הכתובה, וכעי"ז פירש"י להלן בשינויא דרבינא דרבנן חיישי לב' כתובות והודה הבעל שנפל ממנה אלא שטוען שיש לה עוד כתובה, והאשה מכחישתו דלית לה עוד כתובה. וזה דלא כמו שפירש רש"י בתחילת דברי הברייתא דהא דקתני אין הבעל מודה היינו שאמר פרעתי ומידי נפל. ונמצא לפ"ז דאיכא חילוק בין דינא דרבנן דגם בעודה תחת בעלה לא יחזיר לבין דינא דלא יחזיר לר' יוסי לאחר שנתארמלה ונתגרשה, דבעודה תחת בעלה ידעי' דשפיר נפל ממנה ואיהי בעלת השטר, אלא דחיישינן שמא נפרע על ידי צררי, ואילו לאחר שנתגרשה לר' יוסי חיישינן שמא נפל השטר מיד הבעל ואיהו הוא בעל השטר.

קנד) וטעמא דרבנן הכא משום דחיישינן לשני כתובות ור' יוסי לשתי כתובות לא חיישי- עי' חידושי הריטב"א החדשים שביאר פלוגתת ר' יוסי ורבנן בזה וכתב, וז"ל: דחיישינן שמא בשעה שאבדה כתובתה כתב לה כתובה אחרת כדי שיהא מותר לשהותה ור' יוסי לא חייש להכי דקסבר דמאן דעביד הכי בב"ד ובפרסום עביד וקלא הוה לה למילתא וסבר ר' יוסי דמותר לשהות את אשתו בלא שטר כתובה דאע"ג דלכו"ע אוסר לאדם לשהות את אשתו בלא כתובה כדאיתא בפרק אע"פ הנ"מ בלא כתובה כלל אבל בלא שטר כתובה מותר להשהותה אליבא דר' יוסי וסומך על תנאי ב"ד ואפי' במקום שכותבין כתובה וכו', עכ"ל. וביאור דבריו, דיסוד המח' ר' יוסי ורבנן הוא אי מותר להשהות אשתו בלא שטר כתובה אלא בתנאי ב"ד גרידא במקום שכותבין כתובה, ומ"מ הוצרך לומר דלר' יוסי איכא קלא למילתא, דנהי דאינו חייב לכתוב עוד כתובה משום דמותר להשהותה בתנאי ב"ד, מ"מ עדיין היה יתכן לחשוש שמא כתב לה עוד כתובה, אשר לזה כתב דכיון דאילו הוה כתיב לה כתובה אית לה קלא, לא חיישינן להכי, וז"פ.

קנה) רש"י ד"ה לעולם איפוך קמייתא- ואין הבעל מודה דקתני לאו באומר פרעתי אלא באומר אל תחזרו לה שיש בידה אחרת ותוציא על יורשי שטר אחר שטר- לדבריו צ"ב לכאורה דנמצא רבנן ור' יוסי לאו בחד גוונא מיירי, דלרבנן מיירי דאינו טוען דפרוע הוא אלא דאיכא ב' כתובות, ואילו לר' יוסי דלא חייש להכי אלא לפרעון מיירי שטוען דפרוע הוא, עי' שט"מ

בשם מורי הרב משי"כ בזה. ועי' חידושי הריטב"א הישנים שהביא דיעה דס"ל דשפיר מיירי אף לרבנן בטוען שהוא פרוע, ונאמן אפי' היכא דעודה תחתיו במיגו שהיה יכול לומר דאיכא ב' כתובות כיון דחיישינן לב' כתובות, ולדיעה זו א"ש דלכו"ע מיירי דטוען שהוא פרוע. ומאי דנאיד רש"י מפי' זה, ע"ש בריטב"א שדחה דיעה זו משום דאפי' במיגו דאי בעי הוה טעין דאיכא ב' כתובות אינו נאמן לטעון שהוא פרוע היכא דעודה תחתיו, דכיון דעכ"פ בכתובה דשייך שלעולם לא יתחייב לשלם לא חיישינן כלל לפרעון תוך זמנו, הוי כמיגו במקום עדים דלא מהני.
ובש"ך סי' ס"ה סקל"ב כתב דבאמת ס"ל להרמב"ם כהך דיעה שהביא הריטב"א, והוא ממש"כ הרמב"ם בפי"ח מהל' גזו"א הי"ב, וז"ל: מצא כתובה אע"פ ששניהם מודים לא יחזיר לאשה שמא נפרעה כתובת זו או נמחלה ואח"כ מכר הבעל נכסיו והרי הוא רוצה לעשות קנוניא על הלקוחות, עכ"ל, הרי דס"ל דבכתובה אפי' מחיים ובעודה תחתיו חיישינן לפרעון, ואילו לרבינא מסקינן בסוגיין דה"ט דלא יחזיר בעודה תחתיו משום דחיישינן לב' כתובות, אלא ביאורא דמילתא דכיון דחיישין לב' כתובות שוב יכול לטעון פרוע במיגו דהיה יכול לטעון דאיכא ב' כתובות, ע"ש בש"ך שדקדק כן מלשון הרמב"ם. ועי' גם בשט"מ בשם גליון דמבואר מדבריו דס"ל הכי דנאמן משום מהך מיגו למימר דפרוע הוא אפי' בעודה תחתיו.

קנו) תוד"ה דחיישינן לב' כתובות- ובלאו איפוך לא מצי לאוקמא דר' יוסי חייש לב' כתובות וכו'- ועדיין צ"ב אמאי אמר רבינא דווקא איפוך קמייתא ולא איפוך בתרייתא, ע' שט"מ הנ"ל בשם מורי הרב שדן בזה, ותירץ דרבינא הוה בעי לאוקמי' הכי דרבנן ס"ל דלא חיישינן לפרעון כיון דאיהו ס"ל הכי. וזה לא יתכן אלא א"כ ק"ל כרבינא ואליבא דחכמים, אכן עי' בראשונים בסוגיין דק"ל כרבינא ואליבא דר' יוסי, ולדידהו אכתי צ"ב כנ"ל.

קנז) לר' אלעזר דאמר זה נוטל טופס וזה נוטל תורף למה לי וכי לצור ע"פ צלוחיתו הוא צריך- עי' בראשונים ב' גירסאות בקושיית הגמ', הא', כגריסתנו, וקושיית הגמ' היא דבין הטופס בין התורף אינן שוין כלום כל אחד בנפרד, כיתר השיווי של שטר שיש לו זמן על שטר שאין לו זמן. ולשיטת רש"י דכל הפרטים עם גם בטופס גם בתורף חוץ מזמן שאינו אלא בתורף, נמצא דקושיית הגמ' היא דכל חלק לחוד אינו שוה כלום, אשר זהו שהקשו וכי לצור ע"פ צלוחיתו וכו', ותירצו דשפיר יכול לגבות עם התורף לבד והטופס לבד ומעלים בדמים כמה התורף שוה יותר על הטופס בהיות שהזמן כתוב בו ולא בטופס.
וביאור השו"ט, עי' ריטב"א החדשים שכתב בתוך דבריו, וז"ל: דקס"ד דהא דאמרינן זה נוטל טופס וזה נוטל תורף היינו כפשוטו, דחולקין את החפצא דהנייר כמו כל יחלוקו בטלית, ואם עושים כן ע"כ דלא מהני אלא לזכות בנייר בלבד, דאלו לגובייא לא הוה חזי מכיון שנחלק ולהכי פרכינן דא"כ מה ההקפדה הזאת שזה יטול טופס וזה יטול תורף ופרקינן דלדמי וכו', עכ"ל. ומבואר מדבריו דלס"ד דהש"ס לא היה שייך לגבות בחלק משטר, אשר ממילא לענין החפצא דהחוב והדין שטר שבו אין לו שיווי כלל לא לטופס ולא לתורף וע"כ דאין חשיבות בדין יחלוקו אלא בנייר שבו, אשר זהו שהקשו וכי לצור ע"פ צלוחיתו וכו', דאמאי הקפידו על זה שזה יטול טופס וכו', וכמש"כ הריטב"א.
ובתירוצא דהש"ס נתחדש דאין החלוקה בחפצא דהנייר גופי' דחותכין אותו, אלא דין החלוקה הוא לדמי, כלומר, כמה שוה השטר למכירה, וסכום זה חולקין, ובאופן חלוקת שיוויו איכא נפ"מ בין טופס לבין תורף מחמת הזמן שיש בתורף אשר ממילא חולקין שיווי שטר בלא זמן שאינו גובה אלא מבני חורין בשוה, אלא דמעלים לבעל הטורף שיווי שטר עם זמן יותר על שטר בלא זמן. ועוד יתבאר הך תי' דלדמי באות קנ"ח.

והגירסא הב' בקושיית הש"ס, ולר"א דאמר זה נוטל תורף וזה נוטל טופס טופס ל"ל, הרי דאין הקושי' אלא על הטופס למאי שוה ולא לתורף. וביאור הדברים, עי' ריטב"א החדשים ועו"ר דס"ל בהו"א דמאחר דגם הטופס וגם התורף יש להם כח גבייה דהכל חוץ מזמן כתוב נמי בתורף הרי בין אם יש לו להמלוה התורף בין אם יש לו הטופס יכול לגבות עכ"פ מבני חורין, ולא איכפת לן במאי דמחזיק הלוה בחלק השני, דסו"ס מה שיש ביד המלוה חשוב שטר גמור ויכול לגבות בו ומאי דביד הלוה אף דאף הוא כשטר לא מהני מידי, כלומר, דיסוד החלוקה נאמר בחפצא דהשטר וכמו לגירסא הא', רק דס"ל להך גירסא דשפיר יכול לגבות עם חצי השטר מאחר שהכל כתוב בו. וקושיית הש"ס היא היכא דהטופס ביד הלוה מאי אהני לי', דהיכא דהתורף ביד הלוה שפיר אהני לי' שלא יוכל המלוה לגבות עם הטופס ממשועבדים דהא ליכא זמן בטופס, אך היכא דטופס בידו שיכול המלוה לגבות ממשעובדים הרי לא מהני הטופס מידי. ותי' הגמ' הוא דלעולם אינו יכול לגבות מצד התורף לבדו דחשוב שיש לכל אחד מהם חצי מכח הגבייה דהשטר ולא מהני, ואין הנחלוקה בחפצא דהשטר אלא לדמי ומעלים בדמים מעלת התורף כן נראה מבואר מתוך דברי הריטב"א, ע"ש.
באופן דלב' הגירסאות יסוד השו"ט אחד הוא, דס"ד דחולקין את השטר לחצי ומסקינן דהחלוקה הוא לדמי, ואין הנפ"מ בינייהו אלא במאי דלגירסא הא' אי אפשר לגבות עם חצי אחד ולגי' הב' שפיר ס"ד דאפשר לגבות עם חצי אחד, וכנ"ל.

קנח) רש"י ד"ה שטרא דאית בי' זמן כמה שוה- דאילו שם המלוה והלוה והמעות כתובין אף בטופס שצריך לחזור מעניינו של שטר בשיטה אחרונה והוא עיקר כדתנן כתוב בו מלמעלה מנה ומלמטה מאתיים וכו'- והקשו עליו התוס' דע"כ דאין שיטה אחרונה דווקא דהא אין למדים משיטה אחרונה. ובחידושי הרמב"ן והרשב"א כתבו בדברי רש"י דלעולם אין ר"ל שיטה האחרונה אלא סמוך לסופו של שטר, והדברים דחוקים קצת בדברי רש"י. אכן עי' הגהות מיימוני פכ"ז מלוה ולוה אות ב' בשם מהר"ם , הביאוהו הב"י בסי' מ"ד והפנ"י בסוגיין, דהא דאמרינן דאין למדים משיטה אחרונה אינו אלא היכא דהוי דבר החדש או דבר הסותר לגמרי מה שלמעלה אבל דבר שאין סותר לגמרי למדים, ואף היכא דסותר אבל לא לגמרי, כגון למעלה מנה ולמטה מאתיים ולמעלה מאתיים ולמטה מנה. וע"ש שהביא כן מסוגיין, והוא כפירוש רש"י. ולדבריו ליתא לקושיית התוס' על דברי רש"י, וכ"כ הפנ"י.
ובמה שכתב רש"י דאי משום חתימת עדים דהוא תחת הטופס הא אית לי' לרשב"ג מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו, הקשו התוס' ושא"ר דנהי דאין צריך לקיימו מ"מ עדים בעי. וכתבו הרשב"א והריטב"א דאע"פ שאין עדים בתורף מ"מ כיון שהשטר לפנינו וחזינן דאינו מזוייף הוי כשטר שנמחק חתימתו או דהויין ב"ד כעדי מסירה, ושפיר מהני אף דליכא חתימות על התורף. אכן לדעת רש"י הא מבואר דאילו הוה אמרינן דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו לא הוה מהני תורף מידי כיון דלית בי' חתימות, וצ"ב כנ"ל. והמבואר לכאורה מדברי רש"י, דמאחר דחזינן דהוי הכל שטר אחד, חל על הכל דין שטר, ושוב אף דחולקין השטר ובתורף ליכא עדים מ"מ שם ודין שטר עלה, והויין כב' שטרות, אלא דאי הוה בעינן לקיימו הרי שטר זה דהתורף אי אפשר לקיימו כיון דלית בי' חתימות, אשר לזה כתב רש"י דכיון דס"ל לרשב"ג דמודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו אתי שפיר. ויש להוסיף בזה הסבר, דלכאורה עדיין אין הדברים מתיישבים, דכמו דאמרינן דמהניין העדים שבטופס בכדי דליחשב שטר כמו כן נימא דמהני קיום הני חתימות בכדי שיתקיים שטר דהתורף. ונראה בזה ע"פ משנ"ת לעיל בדעת רש"י דלמ"ד א"צ לקיימו אין הביאור דחשיבא הודאתו כקיום כדס"ל להתוס' וכמבואר להדיא בחידושי

הרשב"א בסוגיין, אלא הביאור דהשטר בחזקתו ואין צריך לקיימו, דברים ככתבן, אשר ממילא, אי מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו וסגי במה שהשטר בחזקתו, הרי שפיר אית לה לשטר דהתורף חזקת כשרות, וכנ"ל, כיון דהרי הוי הך שטר חלק השטר שיש עליו עדים. אכן אי מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו, הרי השטר צריך קיום, אשר זהו דין השטר עצמו, וכיון דבשטר דהתורף ליכא עדים לא שייך בי' קיום. ועצם חילוק זה ראיתי בשיעורי רבנו חיים הלוי, ע"ש שכתב דלמ"ד מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו בעינן רק שיודע העדים, אבל למ"ד צריך לקיימו בעינן דווקא בתוך השטר, והוא לכאורה כנ"ל, ע"ש היטב. והרשב"א הרי כתב להדיא דביאור מ"ד א"צ לקיימו הוא דחשיב קיום (והמח' אי צריך לקיימו או א"צ לקיימו הוא אי הוי מיגו) אשר ממילא לא שייך לחלק כך ושפיר הקשה אדברי רש"י, ודוק.

ובין לדברי הראשונים הנ"ל בין לדברי רש"י, מאי דלא אמרינן הכי נמי לגבי זמן, היינו משום דכיון דלא בעינן זמן אין הזמן נעשה חלק מעצם השם שטר אלא מילתא בפני עצמו הוא, אשר ממילא כיון דאין כתוב זמן אלא בטופס חשיב התורף כשטר בלא זמן, וכ"כ בחידושי הריטב"א החדשים, ע"ש.

קנט) תוד"ה דאית בי' זמן כמה שוה- אלא ודאי יש לומר דבמה שהשטר נפסל אין שמין דכך שוה כשתופס שיטה אחת מן הטופס כמו תופס לוה ומלוה ומעות ועדים והשטר אינו כשר בלא זה כמו בלא זה אבל זמן וכו'- ביאור דבריהם, ע"פ יסוד דברי האו"ש בפ"ט מהל' טו"נ ה"ז, ע"ש שכתב לבאר מאי דהביא הרמב"ם דשנים אוחזין בכלי יחלוקו ולא חילק בין אופני האחיזה, ד"בכלי אם תאמר מה דאחיז בידי' הוי כפסיק הלא תו אבד שמו שם הכלי דסתם כלי כן הוא לכן בכל גוונא אף אם הם אדוקין בו ג"כ הוי הדין יחלוקו". והוא הדין הוא הטעם הכא, בכל דבר שנפסל השטר על ידו אם נחלק השטר, רואין אותו כאילו שניהם מוחזקים בו בשוה ומשו"ה אין שמין אותם, משא"כ זמן דכשר בלא זמן שפיר חשיב דאין אלא אחד מוחזק בו ובזה שפיר שמין, וז"פ.

ולדברי התוס' לעולם אין רואין את השטר ששניהם אדוקין בו כב' שטרות, אלא כב' חלקים משטר אחד אשר כל אחד צריך לשני, ודלא כדברי רש"י והרמב"ן ודעמי' (עי' לקמן אות ק"ס), ובתורת חלק משטר אחד ודאי דכל שחסר בו (חוץ מזמן) אינו שוה כלום ומשו"ה חשיבן כמוחזקים שניהם בשוה, וכנ"ל.

קס) תוד"ה ויחלוקו נמי לדמי- ואין חולקין את החוב כמו שכתוב בשטר אלא כמו ששוה לו למכור מזה יפרע החצי וכו'- ולדבריהם אף בהו"א לא הוה ס"ד דנחלק עצם השטר אלא דיגבה חצי החוב, וע"ז הקשו דכיון דכל חלק מהשטר לא שוה בלא השני, וכמו שכתבו לעיל, אין שייך בחלוקה אלא לצור ע"פ צליחותו, ותירצו דלעולם אין הכונה דחולקין החוב, דבזה הרי כל חלק מהשטר בנפרד אינו מהוה חלק מסויים מהחוב, אלא החלוקה לדמי, כלומר, לדמי השטר, והראיה שהביאו מטלית הוא דאף בכה"ג חלוקה מיקרי, זהו לכאורה ביאור דבריהם. ונמצא לדבריהם דכששניהם מוחזקים בשטר ליכא מוחזקות על גוף החוב אלא על השטר עצמו. ולס"ד הוה ס"ל דהמוחזקות הוא על החוב, דעל ידי מוחזקות השטר הוי מוחזקות על החוב.

והנה יעויין בחידושי הרשב"א בפירושו השני, ובחידושי הרמב"ן ד"ה ומפרשים אמרו לשון אחר, כתבו דלמאי דמסקינן דהחלוקה לדמי הוא "אם המלוה תפוס בתורף והלוה בטופס **פורע לו חובו ומנכה לו דמי הזמן מחובו**", הרי דפליגי לכאורה אדברי התוס' וס"ל דלעולם גובה החוב על ידי מוחזקותו בהשטר. ולפום פירוש זה קושיית הגמ' לא היתה אלא מטופס, וכדגרסי הרשב"א והרמב"ן, טופס למה לי, אבל על ידי התורף לעולם גובה. (אכן אף לפ"ז שייך דאי שניהם מוחזקים בתורף לא יחלוקו אלא בשיווי השטר ולא בהחוב, דכיון דאין התורף ביד המלוה לבדו יתכן דאינו יכול לגבות בו ואינו אלא מוחזק בחפצא דהשטר, ועדיין צ"ב.) ונראה ביאור הדבר, דהרי הך פירושא לא ס"ל כדעת רש"י ודעמי' דהוי כב' שטרות, אלא הכל כשטר אחד אשר מחמתו גובה המלוה את החוב, וחלק הזמן של שטר זה אינו של מלוה אלא של לוה, אשר ממילא אינו יכול לגבות בו אא"כ נותן לו שיווי הזמן בהשטר, ואף שגובה מבני חורין מ"מ סו"ס חלק מהשטר הוא של לוה.

ולדברי הראשונים הנ"ל צ"ב לכאורה מהו צירוף ב' הדברים, דגובה החוב ומנכה דמי הזמן. ולכאורה צ"ל דלמלוה דאית לי' התורף (דלפום פירוש זה בהראשונים אין בטופס אלא הזמן) מאי דחשיב מוחזק בהחוב הרי זה מדין מוחזקתו על השטר, דעד כמה דאדוק ואוחז בכל הפרטים הנצרכים לשטר חשיב שפיר שהוא מוחזק בשטר ועל ידי כן הוא שגובה את החוב, אכן עד כמה שהלוה מוחזק בזמן, מה שאין המלוה מוחזק בו, חשיב שיש ללוה חלק מהשטר דהא אף הזמן הוא נתקן ליחשב חלק מהחפצא דהשטר, ושוב לא חשיב מוחזק בשטר לגבות החוב אף מבני חורין אלא אם כן קונה חלקו של המלוה, אשר זהו שמנכה לו סכום שיווי הזמן, ודוק.

והנה כתב הרמב"ם פי"ד מהל' מלוה ולוה הי"ד, וז"ל: שנים שהן אוחזין בשטר המלוה אומר שלי הוא והוצאתיו להפרע בו ממך והלוה אומר פרעתיו וממני נפל אם היה השטר שיכול לקיימו זה ישבע שאין לו בדמים אלו פחות מחציין וכו' וישלם הלוה מחצה ואם אינו יכול לקיימו ישבע הלוה היסת שפרעו וילך לו, עכ"ל. וכבר עמד במ"מ אמאי דלא חילק הרמב"ם בין אדוק בטופס לבין אדוק בתורף כדמבואר בסוגיין. וכן משמע בפשטות מסתימת לשון הרמב"ם דישלם מחצה מהחוב, ודלא כדברי התוס'. ועי' מ"מ שכתב דס"ל להרמב"ם דר' יוחנן דאמר לעולם חולקין פליג אדר"א וס"ל דבכל גווני יחלוקו. והדברים לכאורה צ"ב, דהא מוקמינן לדברי ר' יוחנן בסוגיין דמיירי דווקא בדקאי תורף בי מצעי, ולעולם מר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי כדפירש רש"י, וכתב במ"מ דאולי היה להרמב"ם והרי"ף ובעל העיטור דס"ל כוותי' גירסא אחרת בסוגיין.

והנראה בזה, ועד"ז אמר מו"ר זצ"ל, דמה שאמרו בסוגיין דמיירי ר' יוחנן דווקא היכא דקאי תורף בי מצעי, זהו לפני שאמרו דיחלוקו דשטר היינו לדמי, אבל לאחר שאמרו דיחלוקו לדמי הדרינן לפשטא דמילתא דפליגי ר"א ור"י, וכדקס"ד דהש"ס כדהקשו אדר"י מהא דזה נוטל עד מקום שידו מגעת. ומהלך הדברים, דיש לבאר הך חלוקה לדמי בב' אופנים, די"ל דבעצם הוי אותו דין יחלוקו ככל שנים אוחזין, רק היכא דיפסד הדבר אמרינן דלא נחלק גוף החפץ אלא דמי שיוויו, או י"ל דיסוד הך חלוקה לדמי אחר הוא לגמרי, דכיון דאין לחלק החפץ כיון שיפסד, נעשו כמו שותפין בדבר והך חלוקה לדמי מדיני חלוקת השותפין הוא. וכן מבואר כצד זה הב' מדברי הר"ח בסוגיין, ע"ש שכתב, וז"ל: ולדברי הכל כל דבר שאם יחלק יפסד שמין אותו בדמים וחולקין בדמים כדתנן בפ' השותפין אין חולקין את החצר עד שיהא בה כדי לזה וכדי לזה וכו' ואסיק התם בגמ' כל שאילו יחלק ושמו עליו חולקין אותו ואם לאו מעלין אותו בדמים, עכ"ל. ודבריו לכאורה צ"ב, דהתם הרי מיירי בשותפין דלכל אחד מהם יש זכות בכל החפץ, אשר בזה שפיר אמרינן דכיון דאם יחלק יפסד ע"כ דחלוקת שותפות זה הוא על ידי חלוקת דמים, אבל בנ"ד דמיירי בשנים אדוקין הרי לכל אחד חלקו בנפרד ואינן שותפין, ומהיכי תיתי דיהא בזה דין חלוקה בדמים, הרי מעיקרא אין לכל אחד מהם זכות בהכל. ואשר מבואר לכאורה מדבריו כצד הב' הנ"ל, דגדר חלוקה לדמי דסוגיין הוא דכיון דאם יחלק החפץ יפסד, נעשה כל אחד בעצם כמוחזק בהכל, דלמשל, בכלי, עד כמה שהוא מוחזק בחלק מהכלי הרי זה מחייב שיהא לו כלי, והוי כאילו מוחזק בהכל, וכן חבירו, אשר ממילא הויין כשותפין דדין הוא שיחלוקו בדמים , והוא כעין סברת האו"ש הנ"ל.

ונראה דכן ס"ל להרמב"ם בגדר דין חלוקה לדמי. ועפ"ז נראה דמאי דשייך לומר בשטר דזה נוטל עד מקום שידו מגעת, זהו דווקא קודם דידעינן דהוי חלוקה לדמי, דהוה ס"ד דהוי יחלוקו בהחפץ ככל יחלוקו אשר בזה שפיר אמרינן דזה נוטל עד מקום שידו מגעת וזה נעמש"מ והשאר חולקין, ומהאי טעמא הוצרכו לומר דלא פליגי ר"א ור"י, אבל מאחר דחידשו דיחלוקו דשטר היינו לדמי, הרי זה דין חלוקה אחרת וכשותפין הם בדבר, וכמשנ"ת, ובזה מסתברא לכאורה דליכא דין זה נוטל עד מקום שידו מגעת, דהרי הם כשותפין בהכל, אשר ממילא הדרינן למימר דלעולם ס"ל לר' יוחנן דיחלוקו בכל גווני. ובאמת פליגי ר"י ור"א בהך מילתא אי בחלוקה לדמי איתא להך דינא דזה נוטל עד מקום שידו מגעת.

וביאור פלוגתתם, דיש לבאר הא דזה נוטל עד מקום שידו מגעת בב' אופנים, די"ל דהוא דין ביחלוקו, כלומר, דבעצם אף מה שבידו הוא בכלל הטוען ונטען, אלא דזהו דין החלוקה דיטול עד מקום שידו מגעת, או י"ל דמה שבידו הוא שלו ואינו בכלל הנידון כלל. והנה אי נימא דהוי חלק מהחלוקה, שפיר שייך אף בחלוקה לדמי למימר הך דינא דזה נוטל עד מקום שידו מגעת, דבחלוקת השותפות לדמיו יש לזה זכות ליטול לבדו שיווי מה שבידו, וכן חבירו, ולכך ס"ל לר"א דשייכא דין זה נוטל עד מקום שידו מגעת בחלוקת דמים דשטר. אכן ר"י ס"ל דגדר מה שנוטל עד מקום שידו מגעת הוא דהוי מה שבידו כדבר נפרד ואינו בכלל החלוקה, וממילא לדידי' לא שייך בחלוקת שטר לדמי דינא דזה נוטל עד מקום שידו מגעת, דהא בשטר כיון שאם נימא הכי יפסד ע"כ דכל אחד כמוחזק בכולו, וכמשנ"ת, ולכך יחלוקו בשוה בכל גווני.

והנה אמר רב משרשיא לעיל בע"א דהוי כמאן דפסיק דמי, אשר יסוד דבריו כמשנ"ת לעיל דהוי כדבר נפרד לגמרי, והוא כדברי ר"י בסוגיין, והרמב"ם הרי פסק כדבריו, ומה עוד דכתב דאינו נשבע כלל על מה שבידו, והוא מטעם הנ"ל דאין מה שבידו בכלל הנידון, אשר ממילא כיון דפסק כר' יוחנן שפיר פסק דבכל גווני יחלוקו בשוה, ומבוארים דבריו. (ועי' אוצר הגאונים בשם ר' נטרונאי גאון שכתב להדיא דפליגי ר"י ור"א.)

ונראה עוד, דאילו היה דין חלוקה לדמי דין יחלוקו דשנים אוחזין, יתכן דהוה אמרינן דאין הדמים אלא של גוף השטר ולא של החוב, דהא עד כמה דאין לו להמלוה אלא חצי שטר אין לו בחוב כלום. אכן למשנ"ת בדעת הרמב"ם דדין חלוקה לדמי יסודו משום דשותפין הן בכל השטר, אשר בזה נראה דכיון דבעצם אית לי' למלוה שטר שלם אלא דאית לי' שותף בו, בזה שפיר הוי החלוקה בעצם החוב, ומבוארים דברי הרמב"ם.

והנה כל זה ע"פ דברי המ"מ דפליגי ר"א ור"י ופסק הרמב"ם כר"י. ולכאורה יש לבאר דבריו באופן אחר, והוא ע"פ דברי ר' נטרונאי גאון הנ"ל , הובאו דבריו באוצר הגאונים, ע"ש שכתב דק"ל כרשב"ג משום שנחלקו ר"א ור"י כוותי'. ודבריו לכאורה צ"ב, דהא לא נחלקו רשב"ג ורבי אלא אי מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו או אין צריך לקיימו, וכי היכי דפליגי ר"א ור"י אליבא דרשב"ג כך פליגי אליבא דרבי. ונראה בזה ע"פ מה שהביא בספר הנר משמי' דהר"י מגאש (הובאו הדברים בליקוטי הר"י מגאש על ב"מ שהוציא הגרמש"ש שליט"א), ע"ש שכתב, וז"ל: אמר רבא אמר רב נחמן במקויים דברי הכל יחלוקו פיר' בשטר מקוים שגופו ממון כמו הטלית, עכ"ל. ומבואר מדבריו דשטר מקויים חשיב כגופו ממון ותפיסתו הוי כתפיסת החוב ממש. וביאור דבר זה, דכיון שהוא מקויים הרי הוא ראיה ברורה על החוב וממילא חשיב השטר כמעות החוב עצמן. ונראה די"ל דאין זה אלא בשטר מקויים, אבל למ"ד מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו, אף דאין צריך השטר קיום מ"מ יתכן דלא חשיב גופו ממון כטלית. ומהלך הדברים, דמאי דמדאורייתא מהני שטר בלא קיום, עכ"פ לשיטת הרמב"ם אינו משום דבלא תקנת קיום הוי השטר ראיה ברורה אלא משום דסמכינן אחזקת כשרות דהשטר, אכן ראיה ברורה מיהא לא הוי, ותקנת קיום היא דניבע ראיה ברורה. וע"פ משנ"ת לעיל בדברי רש"י דגדר א"צ לקיימו אינו דחשיב כקיום אלא דברים ככתבן דבכה"ג לא בעינן קיום, עפ"ז נראה לומר, דבשלמא למ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו, בעינן קיום, ועל ידי הקיום יהיה ראיה גמורה, אשר ממילא אם נתקיים הוי שפיר גופו ממון, אכן למ"ד א"צ לקיימו, נהי דיכול לגבות בו, מ"מ אין פירושו דהוי ראיה ברורה, דהא סו"ס אינו מקויים, אלא פירושא דמילתא, דכיון שמודה שכתבו יכול המלוה לגבות על ידי השטר אף שאינו מקויים ואינו ראיה ברורה על החוב. אשר לפ"ז נמצא דאף שיכול לגבות בו, מ"מ כיון דסו"ס אין השטר ראיה ברורה לא חשיב גופו ממון.

ומעתה יתבארו דברי ר' נטרונאי גאון, דמאי דשייך דין זה נוטל עד מקום שידו מגעת אינו אלא א"כ נימא דאין השטר כגוף החוב אלא דנין על השטר מצד עצמו, אשר בזה שפיר דנין כמה מהחפצא דהשטר יש לכל אחד בידו ואית בזה דינא דזה נוטל עד מקום שידו מגעת, אבל אי חשיב השטר גופו ממון והוי כדמי החוב, בזה לא שייך למימר דיטול עד מקום שידו מגעת, דהא מצד החוב בעינן לכל השטר, ועד כמה שאוחז כל אחד, אף שאין בידו כמו שיש לחבירו, מ"מ חשיבן תרוייהו תפוסין בהחוב, וע"כ דדינא בזה דיחלוקו דמי החוב. אשר לפ"ז הדברים מבוארים, דלא שייך פלוגתת ר"א ור"י (אי איכא פלוגתא)(ודין זה נוטל עד מקום שידו מגעת אלא אליבא דרשב"ג דס"ל דמודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו, דלדידי' אין הך שטר גופו ממון, אכן לרבי דס"ל דצריך לקיימו, הרי אחר הקיום שפיר הוי גופו ממון ודנין אתפיסת השטר כעל תפיסת החוב. ועפ"ז מבוארים היטב דברי הרמב"ם, דפלוגתת ר"א ור"י הרי אינו אלא אליבא דרשב"ג, והרמב"ם הרי פסק דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו, אשר ממילא ליכא נפ"מ אי אוחז הטופס או התורף, ובכל גווני דינא דיחלוקו. וכן פשוט לפ"ז דחולקין דמי עצם החוב, דהא השטר גופו ממון הוא וחשיב כתפיסת החוב עצמו, ודוק.

והנה ס"ל לרש"י ריש מכילתין דהיכא דאיכא ודאי רמאי לא אמרינן דיחלוקו, והקשו עליו הראשונים מהא דאמרינן יחלוקו בשטר אף דאיכא ודאי רמאי. ונראה די"ל בזה, דבשלמא אילו הוה דנין על שיווי השטר מצד עצמו ולא על גוף החוב, היה מה שזוכה בשטר מצד דין שנים אוחזין ואפשר דהוה אמרינן בזה דכיון דאיכא ודאי רמאי לא ניתן לו זכות בשטר, דטענת ודאי רמאי אינה נותנת לו זכות חלוקה בהספק אף דבעצם הוי מצב דיחלוקו, אכן אי נימא דזוכה בהחוב, ה"ט משום דעד כמה דהוי מצד דיחלוקו והוא מוחזק בהשטר גובה החוב עד כדי שיעור מוחזקותו מצד עצם תביעת מלוה בשטר וטענת שטרך בידי מאי בעי, אשר בזה אף דאיכא ודאי רמאי ודאי אמרינן דיחלוקו, דאין זכייתו בהחוב מצד דין יחלוקו דשנים אוחזין ומספק אלא מצד תפיסת השטר והחוב, דעד כמה דהוי מצב דיחלוקו הוי הוא כמוחזק על השטר.

קסא) עי' חידושי הריטב"א החדשים שביאר קושיית הגמ' וכי לצורע"פ צלוחיתו וכו', ר"ל דכיון דבעצם יכול לגבות או על ידי הטופס או על ידי התורף (וע"ד שפי' רש"י) מאי אהני לי' ללוה מאי דתפיס לטופס, הרי סו"ס יכול לגבות המלוה על ידי התורף שבידו, דהוי ככל השטר. ובסוף הסוגי' במאי דמתרצינן לדמי שטרא דאית בה זמן וכו' הקשה, וז"ל: וא"ת והלא כל מאי דתפיס האי דידי' הוא וא"כ כשהמלוה אדוק בתורף הרי הא אדוק בכל השטר וכו' וא"כ למה נוטל הלוה שאדוק בטופס חצי דמי שטר שאין בו זמן וי"ל דאע"ג דהעדים החתומים בטופס מועילן לבעל התורף כיון שעל כל השטר הם מעידים הואיל ובטופס הן חתומין לא סגיא דלא יטול הלוה מחצית עדותם לבני חרי מיהת כיון שאף חלקו לבדו היה מועיל לבני חרי כנ"ל, עכ"ל. ויש להעיר

בדבריו, דהא אף מעיקרא הוה ידעינן דאם התורף ביד המלוה יכול לגבות כל החוב, אלא שהוקשה מה חשיבות הוא במה שאדוק הלוה בטופס, וא"כ הו"ל להקשות למסקנא כפשוטו דעדיין הקושי' במקומה עומדת, ולמה הוצרך להאריך דמאי דתפיס האי דידי' וכו'.

והנראה פשוט לכאורה בביאור דבריו, דיסוד השו"ט בסוגיין הוא דלקושיית הש"ס דוכי לצור וכו' הוה ס"ל דלעולם כב' שטרות הן וכל מאי דתפיס כל אחד מהם כשטר בפני עצמו חשיב, וזהו ע"פ הס"ד דהחלוקה היא בחפץ, והרי יש לכל אחד שטר שלו. אכן למאי דמתרצינן דהך יחלוקו הוא לדמי, אין דנין בהך שטרא כשני חצאי שטר אשר כל אחד ראוי לגבות בו, אלא לא קרעינן לשטר משום דשטר אחד הוא. אלא דהוקשה להריטב"א דסו"ס מכח **תפיסתו** בהך שטר יהיה לו כח גביה בהחוב, אשר זהו דהאריך בלשונו דמאי דתפיס האי דידי', ועל זה תירץ דכיון דבלעדי העדים שבטופס לא הוה מהני תפיסתו של המלוה, ממילא אית לי' להלוה אותו כח בהחוב עכ"פ לענין בני חורין, ומצד דין כחם ותפיסתם דינא הוא שיחלוקו, וז"פ.

ח' ע"א

קסב) דאי ס"ד לא קנה חבירו תיעשה זו כמו שמונחת על גבי קרקע וזו כמי שמונחת על גבי קרקע ולא יקנה לא זה ולא זה- עי' חידושי הרשב"א שהביא דברי הראב"ד דאיתא לחסרון זה "דווקא כשלא הגביה אחד כדי שתעקר מן הקרקע אבל אם הגביה כדי שתעקר מן הקרקע קנו שניהם מחמת עצמן לפי שאינה כמונחת ע"ג קרקע וכל אחד קונה בהגבהתו". והקשה הרשב"א "דא"כ לוקי מתני' בהכי ואפי' תאמר משום דסתמא קתני אכתי לא ניחא דכיון דמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו יד חברו כקרקע דמי לגבי דידי' ואלו טלית שראשה האחד מונח על גבי עמוד זה וראשה האחר שיכול לנתקה ולהביאה אצלו ולא יגע ראשה לארץ ובא שני והגביה ראשה השני הכי נמי דקמא קני בתרא לא קני ואחד רכוב ואחד תפוס במוסירה וכו', עכ"ל. ועי' גם שט"מ בשם תוספי תוס' להרא"ש שהקשה אף הוא על דברי הראב"ד אלא באופן אחר, ולא מסתבר לי דאם כן הא דאמר רבא חרש ופקח שהגזביהו המציאה לא קני דפקח לא קני דהגבהת חרש לא מהניא לי' ומתוך לא קנה פקח לא קנה חרש הו"ל לפרושי ולפלוגי שאם הגביהו עד שאם יניח האחד תיעקר מן הקרקע קנו שניהן מחמת עצמן ודלא פירש אלמא דבכל ענין לא קנו והדין נותן דתפיסת כל אחד מבטל קנין חברו כיון דאין תפיסת חברו מועלת לו כלום ולא אמרינן חזינן לי' לענין קניית חצי של חברו כאלו הניחה זה ליפול והרי היא מוגבהת מן הקרקע דאדרבה הרי הוא רוצה לקנות חציו בתפיסתו ותפסיתו לגבי חברו כמונחת על גבי קרקע והכי אמרינן גבי זה רכוב חמור ואחד תפוס מוסרה דאפי' אי מהניא הכא שיקנה הבהמה לקנות כלים שעליה לא מהניא הכא שיקנה הרכוב המוסרה לפי שתפיסת התפוס במוסרה מצד אחרת מבטלת קנינו כאלו היה מוטל צד אחד על גבי קרקע". הרי דפליגי הרשב"א והרא"ש אדברי הראב"ד מתרי טעמים חלוקים, דלהרשב"א יסוד הטענה היא הוא דכיון דמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו הוי ידו של חבירו כקרקע, ואילו להרא"ש יסוד הטענה הוא דתפיסת חבירו מבטלת קנינו. (ומה שהקשה הרשב"א מהיה מונח על עמוד מצד זה ומצד זה וכו', צ"ב לכאורה דהא איתא להדיא לקמן דף ט' טלית שהיא מונחת חציה ע"ג קרקע וחציה ע"ג עמוד והא אחד והגביה חציה מעל גבי קרקע ובא אחר והגביה חציא מעל גבי עמוד הכי נמי דקמא קני ובתרא לא קני הואיל ויכול לנתק ולהביא אצלו וכו', ואף דחלוק קצת מהציור שהביא הרשב"א, מ"מ אותה ראיה יש להביא מהתם ואמאי לא הביא הרשב"א גמ' זו, וצ"ב.)

ונראה ביאור הדברים, דדברי הראב"ד לכאורה ניתנים להתפרש בב' אופנים, דהנה הא מיהא פשיטא דלדידי' לא בעינן שלמעשה כל החפץ מוגבה מכחו בכדי שיקנה אף חלקו, דא"כ הרי אף אי מצד הגבהתו לא היה נופל לארץ מ"מ למעשה מוגבה החפץ גם על ידי השני ושוב ניבעי להא דמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, אלא י"ל דס"ל דסגי במה שעשה מעשה הגבהה בכולו בכדי דלא יחשב מצדו כמונח ע"ג קרקע ויקנה חלקו, אשר ממילא ס"ל דהיכא דמצד הגבהתו לא היה נופל לארץ שפיר חשיבא מעשה הגבהה ולא בעינן לדין מגביה מציאה לחבירו. ונראה דעל דרך זה הוא שהבין הרשב"א דבריו, וע"ז הקשה דאי המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו לעולם יחשב יד חבירו כקרקע, דמאי שנא, ושוב לא הוי מצד זה הקונה מעשה הגבהה בכולו. אכן יש לבאר דברי הראב"ד באופן אחר, דלעולם בכדי שיקנה חלקו לא בעינן שיהא מעשה הגבהה בכולו וסגי במה שעשה מעשה הגבהה בחלק שבא לקנות, אלא בעינן שלמעשה יהא חלק זה מוגבה מכחו, ועד כמה דחל על החלק השני שם דהוי כמונח ע"ג קרקע שוב לא חשוב אפי' חלק זה מוגבה. אשר בזה ס"ל להראב"ד דהיכא דמצד הגבהתו עדיין היה החלק השני מונח ע"ג קרקע, לא חשיב אפי' חלק זה שבא לקנות כמוגבה, ומשו"ה בעינן גם להגבהת השני בכדי שיחשב מוגבה ולזה בעינן לדין המגביה מציאה לחבירו. אבל היכא דמצד הגבהתו לא היה מונח ע"ג קרקע, חשיב שפיר החלק שרוצה לקנות מוגבה מכחו, ולא בעינן לדין מגביה מציאה לחבירו. ונראה דכן הבין הרא"ש בדבריו, אשר ע"ז הקשה דנהי דבעצם הוי מוגבה מכחו, מ"מ מה שלמעשה מגביהו השני לעצמו הרי זה מבטל קנין חבירו ואינו כאילו אינו מחזיקו כלל, אלא דנעשה על ידי כך כאילו אינו מוגבה מצד זה הקונה גרידא אלא גם על ידי האחר, והגבהת האחר לדידי' חשיב כמונח ע"ג קרקע. ובדעת הראב"ד י"ל דס"ל דלעולם אין מה שהשני מגביהו מבטל הין הגבהתו של זה ולא חשיב על ידי כך כמונח ע"ג קרקע, ואם אך לא חשיב כמונח ע"ג קרקע שפיר הויא הגבהתו הגבהה כיון דמוגבה מה שרוצה לקנות מכחו. ויש לחלק בין נ"ד לבין חרש, דמאי דאמרינן דעל ידי הגבהת השני לא חשיב כמונח ע"ג קרקע זהו דווקא היכא דלמעשה יש בחציו השני "הגבהה", זאת אומרת, כונה להגבהה, אבל בחרש שאינו בר קנין וכונה כלל לא חשיב על ידו כמוגבה, וחשיב כמונח ע"ג קרקע אשר על כן לא מהני. (וכסברא זו ראיתי שכתב בקטנרסי שיעורים סי' ט' אות ה', ע"ש.) ופשוט לפ"ז דאינו דומה להיכא דצד השני מונח על גבי העמוד, דהתם פשיטא דחשיב כמונח ע"ג קרקע ושוב לא הוי אפי' חלקו שלו כמוגבה, וכמשנ"ת.

והנה בהא דהמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו כתב רש"י בד"ה זאת אומרת, וז"ל: וכשמגביה מגביה לדעת שיקנה בה חבירו חציה וכו', עכ"ל, ומבואר מדבריו דבכדי דנימא דהמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו בעינן שיתכוין השני בהגבהתו שיקנה בה חבירו. אכן יעויין בחידושים המיוחסים להריטב"א שכתב בא"ד, וז"ל: ואע"פ שאינו מתכוין להגביה לחבירו כמגביה מציאה לחבירו אלא לעצמו אנן לא אמרינן שיהא זו כזו דודאי לא דמי דמגביה מציאה לחבירו מתכוון לזכות להגביה לחבירו וזה אינו מתכוון אלא כך אנו אומרין אית לן למימר דמגביה מציאה לחבירו קנה חברו דאי אמר הכי אתינא לומר דיקנה הלה בהגבהה של חברו והלא אלו נתכוין להגביה בשבילו ממש אינו זוכה והאיך יזכה עכשיו שלא נתכוין להגביה בשבילו וכו', עכ"ל. ומבואר מדבריו דבאמת הכא לא בעינן שיתכוין שיקנה חבירו,

אלא דהכי קאמר, דאי לאו דהמגביה מציאה לחברו קנה חברו היכא דמתכוין שיזכה, הוא אמרינן דאין הגבהתו מועילה לחבירו כלום, וא"כ פשוט דהיכא דלא מתכוין לא מהני. ולעולם הכא לא בעינן כונתו, ודלא כדברי רש"י.

ועי' קצוה"ח סי' רס"ט סק"ב נסתפק בחרש ופקח שהיו שניהם רוכבין או מנהיגים מי הוי כמו הגביהו שניהם דלא קנו כלל או דלמא דוקא גבי הגבהה בעינן שיגביה אחד כולו מע"ג קרקע וכיון דתפיס לי' חרש ה"ל כמונח חציו ע"ג קרקע אבל רכוב או מנהיג דהוי קנין דאזל מחמתי' לא מבטל אחד קנין חבירו וקנה פקח כולו, ע"ש שתלה הדבר בפלוגתת רש"י והריטב"א, דמדברי רש"י מבואר דמאי דמוכחינן בסוף סוגיין דהמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו מהא דהיו שניהם רוכבין מעיקר הדין דיחלוקו דהתם מוכחינן לי', ז"א, דאף התם בעינן לדין המגביה מציאה לחבירו, אשר ממילא באחד מהם חרש לא מהני. אמנם הריטב"א כתב דלא מוכחינן לי' מגופא דדינא, אלא ממשנה יתירה הוא דילפינן לה, ע"ש, ומבואר מדבריו דבעצם לא בעינן בהיו שניהם רוכבין לדין דהמגביה מציאה לחבירו. ומעתה לדעת רש"י לא מהני היכא דהאחד חרש ולהריטב"א שפיר מהני.

ופשוט לכאורה דב' הני פלוגתות הריטב"א ורש"י תלויין הא בהא, דנראה דמאי דלהריטב"א לא בעינן הכא כונה מצד המגביה בכדי שיקנה השני הוא משום דס"ל דבעצם סגי במה שהחלק שרוצה לקנות מוגבה מכחו, אלא דעד כמה דחשיב החצי השני מונח ע"ג קרקע הרי זה מגרע, אשר ממילא אם אך הוי מוגבה על ידי השני ולא חל דין מונח על גבי קרקע, שוב שפיר סגי בהגבהת הקונה עצמו, אשר ממילא לא בעינן כונת השני אלא יסוד דינא דהמגביה מציאה לחבירו, כלומר דמעשה השני שייך שיפעול עבורו לקנות, ובזה סגי. ולפ"ז פשוט דגבי שניהם רוכבים לא בעינן ליסוד דינא דהמגביה מציאה לחבירו כלל, דהא גבי קנין רוכב דהיינו משיכה, ליכא חסרון דמונח ע"ג קרקע כלל, אשר זהו דכתב הריטב"א דלא אשמעינן לה אלא ממשנה יתירה. אכן לדעת רש"י דבעינן הכא כונה שיקנה חבירו, הרי מבואר מדבריו דפעולת השני מועילה לעשיית הקנין, דבעינן שיעשה מעשה הגבהה ועד כמה דאין השני עושה עבורו ליכא מעשה הגבהה על כל החפץ, דמבטל קניניו את קנין השני. ועפ"ז שפיר מצי ס"ל דאף בשניהם רוכבין בעינן לדינא דהמגביה מציאה לחבירו, דבלאו הך דינא הוה אמרינן דמבטל רכיבת השני למשיכת זה שבא לקנות, אשר ממילא מעיקרא דדינא שמעינן דמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, ודוק. שו"ר עיקרי הדברים בקונטרסי שיעורים הנ"ל, ע"ש.

ולכאורה כל שאלת הקצוה"ח לא שייכא אלא א"כ נימא ע"ד הרא"ש דמצד דינא דמעשה השני מבטל קנינו אתינן עלה, בזה שפיר יתכן לומר דאף בשנים רוכבין יהא הדין כן דקנין האחד מבטל קנין חבירו, אבל לפום הבנת הרשב"א דיסוד החסרון בסוגיין הוא מאי דמצד עצם החפצא דקנין הגבהה בעינן שיהא מעשה הגבהה על כל החפץ, פשוט לכאורה דלא שייך ד"ז לשנים רוכבין או מנהיג דהרי התם שפיר הוי כל רכיבה בנפרד מעשה בפני עצמה. ולפ"ז יהא הנפ"מ בין רש"י לבין הריטב"א מה מגרע, דהריטב"א ס"ל דגופא דעובדא דהוי כמונח על גבי קרקע מגרע, אשר זה לא שייך בשנים רוכבין, ואילו רש"י ס"ל דלעולם אין זה מגרע, אלא מה שמגרע הוא מה שהשני מגביה עבור עצמו ולא עבור קנין חבירו, אשר זה שפיר שייך אף בהיו שנים רוכבין, ועדיין יש לעיין בזה.

קסג) תוד"ה ושותפין שגנבו- ואין נראה דהתם בטביחה איירי וטביחה אפי' אמר צא וטבח לי חייב וכו' אלא שותפין שגנבו שהגביהו שניהם- ובדעת רש"י ודאי דלא היתה כונתו לומר דילפינן להא דשותפין שגנבו מטביחה, אלא עי' קצוה"ח סי' שמ"ח סק"ג שכבת דר"ל דנהי דבטביחה איתרבי דיש שליח לדבר עבירה, מ"מ הרי לא שייך חיוב טביחה אלא בגנב, והאיך נעשה חבירו גנב, וע"כ דהוא משום מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי'. ומאי דנקט רש"י דווקא בכה"ג שעשה א' עבורו ועבור חבירו, היינו משום דלדידי' ליכא נפ"מ בזה וכי היכי דאיכא חסרון דאשלדב"ע בעושה עבור חבירו כך איכא חסרון בהגביהו שניהם.

וע"ש בקצוה"ח שהקשה באמת על דברי התוס' דאי לא אמרינן מיגו דזכי בהגביה עבורו ועבור חבירו משום אשלדב"ע הרי כמו כן בשותפין שגנבו לא מהני מגיו דזכי, ומה הרויחו בפירושם. ובאמרי משה סי' ל"ג כתב ליישב, דלא מהני מיגו דזכי אלא לחלות קנין וכדומה, אבל במעשה גרידא לא מהני מיגו דזכי, ובגניבה מבואר מדברי רש"י לקמן דף י' דבעינן מעשה גניבה, וכמו שדקדק הקצוה"ח עצמו מדבריו, עי' סי' שמ"ח סק"ב ועוד, וכן מבואר מדברי התוס' בב"ק דף ס"ה ע"א, אשר ממילא, בגנב עבורו ועבור חבירו, נהי דמצד חלות הגניבה שפיר הוה מהני מיגו דזכי וכו', מ"מ הרי בעינן מעשה גניבה, ובזה לא מהני מיגו דזכי, אכן בשותפין שגנבו הרי עשה מעשה גניבה ואין החסרון אלא בחלות הגניבה, אשר בזה שפיר מהני מיגו דזכי, עכתו"ד בקצרה. ובדעת רש"י י"ל דנהי בדבעינן מעשה גניבה, אמנם אין פירושו דבכדי להתחייב בעינן שיעשה הוא מעשה גניבה, אלא ר"ל דבלאו מעשה גניבה לא חשיב גניבה, אשר ממילא אם אך עשה השני מעשה גניבה, שוב שפיר הוי גניבה, ועל ידי מיגו דזכי חל דין הגניבה אף על חבירו.

ולפי דבריו נמצא דלא פליגי רש"י ותוס' אלא בגניבה, ומשום לתא דמעשה גניבה, אבל בתופס לבעל חוב וכדומה שפיר אמרינן גם לשיטת התוס' מיגו דזכי לנפשי' זכי לחברי' אף בהגביה עבורו ועבור חבירו. ויש לפרש באופן אחר, ועד"ז אמר מו"ר זצ"ל, דלעולם פליגי רש"י ותוס' אף בזה, דנראה דלא מהני מיגו דזכי אלא היכא דהחסרון הוא בהזוכה דאין לו כח לזכות לאחר, דבזה שפיר אמרינן דעל ידי דקונה לעצמו אשר לזה שפיר אית לי' כח, עם כח זה זוכה גם לאחר. אבל היכא דהחסרון הוא בזה שזוכה עבורו, מה יועיל לזה מיגו דזכי, הרי סו"ס אינו יכול לזכות. והנה בתופס לבעל חוב ס"ל לרש"י לקמן דבעשאו שליח שפיר מהני, והיינו משום דהחסרון דתופס לבעל חוב הוא דלאו כל כמיני' להיות תופס, כלומר, דהוי חסרון בתופס דאין לו כח להיות תופס לזה וחב לזה, אבל בעשאו שליח הרי עושה עם כחות המשלח אשר על כן מהני. ולדידי' אין זכיה מטעם שליחות ממש, אלא דין אחר הוא, דבזכייה עושה הזוכה מכחות עצמו ואילו בעשאו שליח עושה עם כחות המשלח. ונמצא לדבריו דיסוד החסרון דתופס לבע"ח הוא במה שאין להתופס כח להיותו תופס לאחר, אשר בזה שפיר מהני מיגו דזכי לנפשי' זכי לחברי', דתופס עם כחו לתפוס לעצמו ועל ידי כך תופס לחבירו. אכן דעת התוס' ודעמי' דתופס לבע"ח לא מהני אפי' בעשאו שליח, ולדידהו החסרון בתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים הוא דלא שייך שיתייחס לבעל חוב תפיסה על ידי אחר ואפי' בעשאו שליח, דלא ניתנה פרשת שליחות לזה. וכיון דהחסרון הוא דלא שייך להעשות עבורו, מה יועיל בזה מאי דנימא מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי',הרי סו"ס עושה אחר בשבילו. (להתוס' זכיה מטעם שליחות אשר ממילא אין לחלק בין עשאו שליח לבין לא עשאו, ודלא כדברי רש"י.)

וכן בגניבה ס"ל לרש"י דהחסרון הוא בהשליח ולא בהמשלח, דסברת דברי הרב דברי התלמיד דברי מי שומעין פירש רש"י דלא היה לו לעשות והוי כעושה מאליו, אשר בזה שפיר מהני מיגו דזכי למימר דאינו עושה לאחר, אלא על ידי עשייתו לעצמו זוכה נמי לאחר. אכן עי' תוס' ע"ט שלבד סברת דברי הרב דברי התלמיד דברי מי שומעין אמרינן נמי דאין שליח לדבר עבירה משום שאין המשלח יודע שישמע לו, והוא כעין סברת הסמ"ע הידועה דיסוד סברת דברי הרב הוא משום דקסבר שלא ישמע לו, הרי דהוי נמי חסרון במשלח, אשר בזה לא מהני מיגו דזכי. ועפ"ז תתיישב נמי קושיית הקצוה"ח הנ"ל, דבשותפין שגנבו הרי לא שייכא סברת אינו יודע שיעשה דהרי

עיניו רואות שעושה אתו גם עבור עצמו[32], ולא אתינן עלה אלא מפאת חסרון בשליח, אשר בזה שפיר מהני מיגו דזכי, מה שאין כן בגונב עבורו ועבור חבירו דאית בזה נמי חסרון במשלח.
והנה הקשה הגרע"א על דעת הסמ"ע מדברי התוס' בסוגיין, דלדידהו אמאי בעינן להא דמיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי', הרי הכא לא שייך סברת קסבר שלא ישמע לו. ויש לעיין בדבריו שלא העמיד קושייתו אלא על דברי הסמ"ע ולא על דברי התוס' עצמם. אכן פשוט לכאורה בזה, דיעו"ש בתוס' הנ"ל בב"ק דמש"כ דאינו יודע שישמע לו אין זה פירוש סברת דברי הרב אלא מילתא אחריתי הוא, ולדבריהם איכא בזה באמת ב' חסרונות, אשר ממילא שפיר בעינן למיגו דזכי מצד החסרון בהשליח, וכמשנ"ת, רק על דברי הסמ"ע שפירש דסברת דברי הרב כן פירושו דקסבר שלא ישמע לו, ולדידי' כל החסרון הוא במשלח, לדידי' שפיר הקשה הגרע"א.
(ואגוף הד סברא דהיכא דהחסרון הוא בזה שזוכה עבורו לא שייך מיגו דזכי, עי' לקמן דף י' דס"ל לר' יוחנן דהמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו וכתבו שם התוס' דהיינו משום דס"ל דמיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי', ואף דהתוס' ס"ל דהחסרון דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים הוא במשלח ואפי' הכי מהני מיגו דזכי, וע"כ דר"י פליג אעיקר סברתינו הנ"ל, ועדיין צ"ע.)
והנה יעויין חידושי הרמב"ן בסוגיין שהביא דברי רש"י וכתב, וז"ל: פי' לפירושו מהא דאמרי' בפ' מרובה ושותפין שגנבו פטורין ותניא אידך חייבין וכו' (ובזה יישב קושיית התוס' דהא התם מיירי בטביחה, דהראיה הוא ממאי דנעשו שותפין בגניבה, דאילו לא היו נעשים שותפין הרי לא היה שייך בתרוייהו דין טביחה, והקצוה"ח כתב בן בביאור דברי רש"י, וכנ"ל, ולא הביא דברי הרמב"ן שהם כדבריו) ומשמע מהתם שאם גנב לדעת חברו חייבין בקרן ובתשלומי ארבעה או חמשה אם טבח לדעת חברו והאי פירושא לא חוור שאין זה ראיה כלל להיכא שאחד מוציאה מרשות בעלים ואכתי איכא למימר שאין חייבין בגנבה אלא כשגנבו שניהם דכיון דליתה על ידי שליח ליתא שותף ולא היה צריך רש"י ז"ל לכל זה שפירושה כפשטה וכו' ואלו שנים שנעשו שותפין וגנבו והציאוה שניהם מרשות הבעלים חייבין ולא אמרינן כיון שאין אדם זוכה לחברו בגנבה תעשה זו כמי שמונחת על גבי קרקע ולא קנה לא לזה ולא לזה אלא ש"מ אמרי' מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי', עכ"ל. ומבואר מתוך דבריו גדר מיגו דזכי לדעת רש"י, דהוי כעושה לשותפות, כלומר דתפעול עשייתו גם לדידי' וגם לשותפו. אלא דהקשה על רש"י דמהיכי תיתי דמיירי דווקא בגנב לדעתו ולדעת חבירו, דילמא מיירי בהגביהו שניהם דלעולם לא בעינן לזכיית השני אלא שלא יהא חסרון דכמונח ע"ג קרקע, אבל עשחחה עבורו ועבור שותפו לא מהני לשותפו כי היכי דלא מהני שליחות לדבר עבירה. (ומשמע לכאורה מדבריו דבגניבה הוא דפליגי רש"י ותוס'.) ובדברי רש"י יש לומר לכאורה חד מתרי מילי, הא', דלרש"י לשיטתו דבעינן במיגו דזכי דשנים שהגביהו כונה עבור השני, הרי נמצא דאף בשנים שהגביהו אין השני רק מסלק חסרון דכמונח ע"ג קרקע אלא פועל הוא בעצם מעשה הקנין דחבירו, וכנ"ל, לפ"ז באמת שנים שהגביהו וגונב לדעתו ולדעת חבירו חד דינא להו. והב', הוכיח מו"ר זצ"ל מדברי רש"י בב"ק ע"ט בסוגי' דתיקנו משיכה לשומרים ומדברי התוס' רי"ד ורבנו יהונתן שם, דס"ל דלא בעינן בגניבה מעשה קנין אלא מעשה גניבה גרידא, אשר לפ"ז אילו הוה מיירי בשנים שהגביהו לא הוה בעינן לזה כלל למיגו דזכי, דהא השותפין שפיר עשו מעשה גניבה, דמאי דאיכא חסרון דכמונח ע"ג קרקע אינו אלא משום דבעינן תורת מעשה קנין. (עי' שיעור מו"ר זצ"ל בארוכה שהוכיח מנ"ל להש"ס כן לשיטת רש"י ומנ"ל להביא ראיה משותפין שגנבו דילמא מיירי בכה"ג ולא בעינן לזה למיגו דזכי כלל.)

קסד) אמר רבא השתא דאמרת וכו'- מלישנא דהשתא דאמרת משמע דדווקא משום מיגו דזכי אתינן עלה ולא משום מגביה מציאה לחבירו, וצ"ב לכאורה דכי היכי דס"ד דמהני הגבהה דחרש לענין מיגו דזכי כמו כן מהני לענין המגביה מציאה לחבירו, דלפי ההו"א דשניהם קנו צ"ל דס"ל להש"ס דמאחר שתיקנו חז"ל דליקני חרש בהגבהתו שוב חשיבא הגבהתו מעשה קנין דהגבהה אף לענין פיקח, וע"ז גופא דוחה הש"ס דלא יהני הגבהת חרש לפיקח, דאין מונח בתקנה דליהוי הגבהה ממש, אלא דליקני חרש בכך, וכן מבואר ביאור דחיית הש"ס בדברי רש"י. אכן נראה דאף לס"ד דהש"ס הוה ידעינן דבעצם לא חשיבא הגבהה דחרש בעצם הגבהה לגבי ישראל, ולעולם מצד מגביה מציאה לחבירו לא הוה קני, דבמגביה מציאה לחבירו נעשית מעשה הגבהה עבור הפקח, וכיון דלגבי פיקח לא חשיבא הגבהה פשיטא דלא קני. אכן בדין מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי', בזה הוה ס"ד דמהני, דבזה הרי בעצם המעשה הוא של החרש לעצמו, ולדידי' שפיר חשיבא הגבהה, רק ממילא על ידי שקונה לעצמו יכולה לפעול הגבהתו אף לענין הפיקח, דבזה לא בעינן אלא דלדידי' ליהוי הגבהה והחלות הנעשה על ידי הגבהה דידי' מתפשט נמי לפיקח. זהו ס"ד דהש"ס, אלא דמסקינן דסו"ס כיון דלגבי פיקח לא חשיבא הגבהה כלל אין יכול לחול עבורו חלות כתוצאה ממעשה זו.
ולדעת רש"י דבדין מיגו דזכי בעינן כונת הזוכה, לכאורה איכא טעם פשוט בחרש דלא קנה, והוא משום דאינו בר דעת ואינו יכול לכוין לקנות עבור חבירו, אלא דיתכן דעדיפא מינה שנינן דאין החסרון בכונה גרידא אלא דלא מהני מצד המעשה עצמה.
והנה מכל סוגיין מבואר לכאורה דאפשר לזכות לחרש, דהא לא אמרו דלא קנה אלא משום דכיון דפקח לא קנה חרש לא קנה אבל בעצם שפיר היה יכול הפקח לזכות עבורו, כדאיתא בסוגיין בשלמא חרש קנה דאגבה לי' בן דעת. וראיה זו הביא בביאור הגר"א סי' רמ"ג סקכ"ח, ע"ש. ועי' קצוה"ח שם סק"ו שכתב ע"פ דברי הרא"ש בשם הרמ"ה דאין זוכין עבור חרש, וצ"ב מסוגיין. אלא דלכאורה הד ראיה מסוגיין מיתלא תליא בפלוגתא הנ"ל דרש"י והריטב"א, דלדעת רש"י שפיר בעינן שיזכה הפקח עבור החרש, דהא חזינן דבעינן שיתכוין לכך, אמנם לדעת הריטב"א הנ"ל, מדלא בעינן שיתכוין לו מבואר דאין הפשט דהוא זוכה עבורו, אלא דממילא זוכה הלה על ידו, ולפ"ז אין מכאן ראיה, דדווקא הכא דזוכה החרש ממילא בלא דין זכייה עבורו הוא דמבואר דמהני, אבל זכייה שיזכה אחר עבורו יש לומר דלית לי', דדווקא קטן דאתי לכלל שליחות הוא דזוכין עבורו, כדמבואר לקמן באיזהו נשך.
ולפום הבנת הקצוה"ח בדברי רש"י, כמבואר לעיל אות קס"ב בסופו, אף לדעת רש"י דבעינן כונה אין ביאורו דעושה עצם הקנין עבור חבירו, אלא דאי מכוין לעצמו הרי זה מגרע בקנין חבירו ומשו"ה בעינן שיהא מכוין שיקנה חבירו, ולפ"ז אין מכאן ראיה דזוכין עבור חרש, ועדיין יש לעיין בזה.

קסה) בשלמא חרש קנה- ס"ד זו צ"ב, דהא אין החרש קונה אלא מכח הפקח ואין הפקח קונה משום דאין מועלת לו הגבהת החרש, וא"כ האיך קנה חרש,

---

[32] ומו"ר זצ"ל ביאר פרט זה בלופן אחר, דבשותפין שהגביהו, אף לאיכא חסרון דהוי כמונח על גבי קרקע, מ"מ אין פירושו לאחר עושה עבורו, אלא הוא עצמו עושה, דהויין שותפין שעשו, שעושים שניהם יחד, ואית בזה חסרון במשלח כלל כיון דהוא הרי עושה לעצמו, ואין החסרון בזה אלא מצד הזוכה עבורו שסו"ס בעינן שיזכה השותף עבורו בכדי שלא יהא כמונח ע"ג קרקע, אשר בזה שפיר מהני מיגו דזכי, דאף דלית לי' כח לעשות לאחר, לעשות בשותפות לו ולאחר שפיר אית לי' כח, וכמשנ"ת.

עי' תוס' הרא"ש דאה"נ אלא דלדבריו קאמר לי' ורק לבסוף מסיק דמתוך שזה לא קנה זה לא קנה.

קסו) מיגו דשני חרשין- נראה ביאור הך מיגו, דבאמת הרי הגבהת החרש לא חשיבא מעשה הגבהה לקנות, דמשו"ה אינה הגבהה לגבי פקח, ומהאי טעמא היה לנו לומר דגם לחבירו חרש לא יקנה על ידי הך הגבהה, דאף דודאי איכא נפ"מ בין חרש לבין פקח, דלגבי פקח אין זה הגבהה כלל אבל בחרש הרי לעצמו שפיר מצי זוכה על ידי הגבהה זו, מ"מ אין חילוק זה מחלק, דהא אף מאי דקני חרש לדידי' מחמת הגבהה זו לאו משום דבעצם הויא מעשה קנין אלא משום תקנת חכמים שיקנה הוא, ומדחזינן דמהני לענין חבירו, יסוד הדבר הוא דאף זה בכלל התקנה דיוכל על ידי הגבהתו לחול קנין לאחר, וזה מיהו דחל קנין על ידי הגבהה זו לעצמו אף דאינה מעשה קנין כך חל לגבי חרש חבירו, ומיגו דשני חרשין ר"ל דמיגו דבב' חרשין חזינן דעל ידי הגבהתו חל קנין לאחר אף דאינה מעשה קנין משום דזהו התקנה, כך לענין פקח יחול. וכן מבואר להדיא בחידושי הריטב"א החדשים, ע"ש.

ויש להוסיף ביאור בדבריו, דהנה כתב רש"י בסוד"ה בשלמא חרש שני וכו', וז"ל: דהגבהה דחרש לא קניא אלא מדרכי שלום בעלמא, עכ"ל. ונראה המכוון במש"כ מדרכי שלום **בעלמא**, דאף מדרבנן שתקנו מפני דרכי שלום לא חשיבא הגבהה מעשה קנין לחרש, רק שתקנו משום דרכי שלום דאם הגבגיהה חרש קנה, אבל לא בתורת מעשה קנין אף מדרבנן אלא מפני דרכי שלום גרידא. ונראה דכן הוא יסוד דברי הריטב"א, דיסוד מאי דקני בשני חרשין אינו משום דאיכא באמת מעשה קנין ושוב אמרינן בזה מיגו דזכי, אלא דבכלל התקנה הוא גם שיקנה חרש היכא דעשו הוא וחרש אחר הגבהה יחד הגם דבתורת מעשה קנין ודאי דלא מהני. ופירוש מיגו דב' חרשין, דכמו דמהני הגבה דחרש אחר להכלילו בכלל התקנה דיחשב כאילו נעשה הגבהה שלימה ובאופן זה הוא שתקנו שיהיה שלו (אף דלא הוי בתורת מעשה קנין וכנ"ל), כמו כן מהני שפקח אף דאינו בכלל התקנה כלל, מ"מ יהיה הגבהה דידי' גם תועלת לענין חבירו אף דהוא ודאי דלא קנה.

ומדברי הריטב"א מבואר לכאורה דשפיר איכא מקום לומר דיקנה חרש אע"פ שפקח לא קנה, והוא לכאורה דלא כדברי התוס' הרא"ש הנ"ל באות קס"ה.

והנה הקשו התוס' מנלן, דילמא תרי מיגו לא אמרי' דב' חרשין דקנו היינו מטעם מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי', ועי' תוס' הרא"ש שתירץ דרבא ס"ל דליכא חילוק בין חד מיגו לבין תרי מיגו. ולכאורה צ"ב דהא מבואר לקמן דף ט' דשפיר איכא למימר דחד מיגו אמרינן תרי מיגו לא אמרינן אליבא דרבנן דק"ל כוותייהו. ולדברי הריטב"א לכאורה לא תיקשה קושיית התוס' כלל, דהכא אין זה כשאר מיגו אלא יסוד הסברא הוא דבעצם אין זה מעשה קנין אלא דכך הוא בכלל תקנת החכמים דכיון דאף לגבי חרש חבירו לא חשיבא הגבהת חרש זה מעשה קנין ומ"מ קונה משום דהוא בכלל התקנה, כך לגבי פקח, דהא כיון דלא הוי מעשה קנין גם לגבי החרש אין לחלק בינייהו, ודוק.

והתוס' שהקשו דנחלק בין חד מיגו לבין תרי מיגו, י"ל דהיינו משום דס"ל דגדר התקנה גבי חרש דלדידי' שפיר חשיבא הגבהה מעשה קנין מדרבנן, ובתורת מעשה קנין אתינן עלה, ומאי דמהני בשני חרשין היינו דכיון דזכי החרש לעצמו זכי נמי לחרש חברי', וכשבאים לומר דתועיל גם הגבהת הפקח שיקנה החרש, היינו משום דכיון דאילו היה חרש היתה מועלת הגבהתו עבור חברו החרש, כמו כן היכא דהוא פקח אמרינן דלא גרע מחרש לענין עשייה לחרש אחר ויש לו אותו הכח לעשות עבור חרש, אשר בזה שפיר הוקשה להתוס' דהוי תרי מיגו ומנ"ל דאמרינן הכי.

ומה שתי' הרא"ש דרבא ס"ל דליכא חילוק בין חד מיגו לבין תרי מיגו אף דלרבנן לקמן באמת אמרינן דחד מיגו אמרינן תרי מיגו לא אמרינן, יתכן דר"ל דהכא ס"ל לרבא דליכא חילוק, דמאי דלא אמרינן תרי מיגו היינו דנהי דבהיותו במצד שיש לו כח לעשות לעצמו אמרינן דיכול לפעול עם כח זה לאחר, זהו דווקא כשיש לו כח זה, אבל שיוכל לפעול עבור חבירו עם כח שאין לו רק שיכול לפעול שיהיה לו, בזה לא אמרינן מיגו. אכן בנ"ד פירוש המיגו הב' אינו דאף שאין לו עכשיו הכח יכול לעשות שיהיה לו הכח, דהא ודאי דלא אמרינן דפקח יכול לעשות עצמו חרש, אלא פירושא דמילתא דכמו דיש לו לחרש כח לעשות לחרש אחר, כח יש לו כח זה לעשות לחרש אף בהיותו פקח, אשר בזה ליתא לחסרון דתרי מיגו, אשר זהו שכתב הרא"ש דהכא דהמיגו האי' והמיגו הב' תרי מילי נפרדים נינהו, בזה סבירא לי' לרבא דלא אמרינן חד מיגו אמרינן תרי מיגו לא אמרינן. וגם מובן לפ"ז מאי דכתב הרא"ש דבאמת ליכא ס"ד לחלק בין פקח לבין חרש, דהאיך יהא הפקח קונה לחרש מחמת מיגו דזכי היכא דאינו קונה לעצמו.

קסז) האי מאי אם תמצא לומר וכו'- עי' מהרש"א, דהאי פירכא לאו אמיגו דזכי הוא אלא ר"ל אפי' נימא דמגביה מציאה לחבירו קנה אין זה אלא היכא דמתכוין להשני, ע"ש כל דבריו.

ומאי דאמרו האי אדעתיא דידי' וכו' לדברי הריטב"א דמאי דמהני מיגו דזכי בזה הוא בלא מתכוין עבור חבירו כלל, הדברים מובנים כפשוטן לא מהני משום דהוא הרי אינו מתכוין אלא לקנות לעצמו והרי לא קנה ושוב לא שייך בזה מיגו דזכי, אמנם לשיטת רש"י א"א לומר כן, דהא לדידי' בענין דיתכוין עבור חבירו, וא"כ אמאי לא נוכל לומר דאף דלעצמו לא קנה מ"מ כיון שמתכוין שיקנה החרש שפיר מהני מדין מגביה מציאה לחבירו. אלא לדברי רש"י צ"ל דר"ל דהכונה שמתכוין עובר חבירו יסודו דמעשה שמועיל לעצמו תועיל נמי לחבירו, אבל הכא דלעצמו אינו מועיל ודאי שאינו רוצה שיועיל לגבי חרש.

קסח) אלא אימא מתוך שלא קנה פקח לא קנה חרש- צ"ב לפי זה מהו הקדמת רבא השתא דאמרינן מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי', דמשמע דאילו הוה אמרינן דהמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו קנה לא היה הדין כך, והא כיון דלא מהניא הגבהת חרש לפקח הוי כמונח ע"ג קרקע ולא קנה פקח, וחרש נמי הרי לא קנה מהך טעמא דאמרו האי מאי וכו'. עי' ראשונים שעמדו בזה, וכתבו דלפום מסקנת הש"ס באמת לא בא רבא לאפוקי אילו הוה אמרינן המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, אלא בא לומר דהשתא דמודינא לי' לרמי בר חמא שקנייתו של כל אחר ואחד תלויה בקניית חברו אלא דאנא מוסיפנא דטעמא משום מיגו, מתוך שלא קנה פקח לא קנה חרש בין לדידי בין לרמי בר חמא, דאילו הוה טעמא דמתני' משום דכל חד וחד זוכה לעצמו בהגבהתו בלבד ואין הגבהת חבירו גורמת לו לקנות, הוה זכי פקח מדינא וחרש נמי מפני דרכי שלום. ומדברי ראשונים אלו מבואר כמשנ"ת לעיל דבס"ד דהש"ס כד הוה אמרינן דמתוך שקנה פקח קנה חרש באמת בא רבא לומר במה שאמר השתא דאמרינן וכו' דאילו היה הטעם משום מגביה מציאה לחבירו לא היה הדבר כן. ובתוספי תוספות להרא"ש, הובאו הדברים בשט"מ, כתב בחד תי' דאה"נ להך מסקנא לא אמר רבא השתא דאמרת אמרינן מיגו. ועי' תי' הב' שם בראש"ש שכתב, וז"ל א"נ יש ליישבו קצת דהכי קאמר רבא כי היכי דאמרינן מיגו לקנות אמרינן נמי מיגו שלא לקנות דראוי היה שיקנה חרש אע"פ שלא קנה פקח משום דלא ליתו לאינצויי מידי דהוה אשני חרשין דעלמא אלא מתוך שלא קנה פקח לא חיישינן לאינצויי דמימר אמר פקח לא קני ואנא אקנה, עכ"ל. ולפי תי' זה משמע לכאורה דאילו לא היה הטעם משום מיגו דזכי לא הוה אמרינן הכי, וזה צ"ב כנ"ל.

קסט) רש"י ד"ה הא קאמר כולה שלי ואנא אגבהתי'- והאיך נאמר לא יקנה לא זה ולא זה ויבא אחר ויטלנה והלא כל אחד טוען אני הגבהתיה ואין כאן מגביה מציאה לחבירו וכו'- ובד"ה ממשנה יתירה

כתב באי"ד, וז"ל: ומשו"ה אמרינן יחלוקו דאמרינן שניהם הגביהוה וכו' דאי משום דלא ידעינן הי מינייהו משקר והו"ל ממון המוטל בספק וחולקין וכו', עכ"ל. וכבר עמדו בראשונים אמאי דהוה ס"ד דאין מאי דאמרינן דיחלוקו מבוסס אהא דאמרינן דתרוייהו בהדי הדדי הגיבהוה, דהא מבואר לעיל ריש מכלתין דדווקא היכא דליכא ודאי רמאי הוא דאמרינן דיחלוקו והכא ליכא ודאי רמאי משום דאימור בהדי הדדי אגבהוה, ולדעת רש"י הרי אף לרבנן לא אמרו דיחלוקו אלא היכא דליכא ודאי רמאי. וכן אי לא נימא הכי יקשה לבן ננס דהא איכא ודאי שבועת שוא. ויש מן הראשונים שפירשו דלעולם שייך לישבע ולית בזה משום שבועת שוא, דכיון דאין אחר יכול לזכות בה הדין נותן שיחלקו בין שניהם, וכיון שכן "הרי שזכו בה מן הדין שניהם מדינא דרבנן ויכול כל אחד לישבע שחציה שלו" (לשון חידושי הריטב"א החדשים, ומקורו בחידושי הרמב"ן). וכתב עלה הריטב"א, וז"ל: ואין זה נכון כי לפי שיטת סוגיין דלעיל אין אחד מהם זוכה בחלקו בתקנת חכמים אלא לאחר שבועה וכשהוא נשבע עדיין לא זיכו אותה לו חכמים כי זכותו היא כשישבע שיזכה בחציה מדין הגבהתו כדין כל הנשבעין ונוטלין וזה פשוט, עכ"ל. ובדעת שיטה זו נראה לכאורה דס"ל דשבועה דמתני' שבועת הנפטרין הוא, ולעולם זכייתם מדין עצם הספק היא. (אולם עי' חידושי הרשב"א שהקשה בלאו הכי על דיעה זו.)

והא דליכא למימר דיחלוקו אלא היכא דאיכא למימר דתרוייהו בהדי הדדי אגבהוה וליכא ודאי רמאי, אשר היא קושיית הרמב"ן, יש ליישב בפשטות באופן אחר, דלעולם הרי לא בעינן שיהיו שניהם קונים היכא דהגביהו יחד, דלעולם עצם היחלוקו משום הספק הוא, רק היכא דאיכא ודאי רמאי אין מקבל זכות חלוקה להפסיד האחר, וכיון דאיכא למימר דתרוייהו בהדי הדדי אגבהוה אף דלא קנו מ"מ כיון דשייך שהיה כך הרי אין ודאי דמפסיד אחד במה שאומרים דיחלוקו. והאמת דכן מרומז בדברי הריטב"א החדשים, ע"ש שכתב באי"ד, וז"ל: וי"ל דכיון דלפי טענותיהם אי אפשר לשום אדם לזכות בה אנו דנין דדילמא תרוייהו אגבהוה ואע"ג דאם כן הוא לא קנו מכל מקום מוטב שיחלקוה **הם כיון דחד מינייהו לא פסיד מידי** ואיניש דעלמא נמי לא פסיד, עכ"ל. ובדברי הרמב"ן שהקשה צ"ל לכאורה דס"ל דיסוד מאי דבענין הא דאיכא למימר דתרוייהו בהדי הדדי אגבהוה זהו בכדי שתהא החלוקה יכולה להיות אמת ע"פ טענותיהם, דכל שודאי אין החלוקה אמת לפי טענותהים מסתלקים ב"ד ואומרים דיהא מונח. ולדעת רש"י יסוד מאי דהיכא דאיכא ודאי רמאי אמרינן דיהא מונח ולא אמרינן דיחלוקו הוא משום שלא יבוא אחד לידי ודאי הפסד. (ולדעת התוס' לא בעינן שתהא החלוקה יכולה להיות אמת לפי טענותיהם, אלא דבמציאות תהא החלוקה יכולה להיות אמת, וזה שפיר שייך אף דנימא דלא קנו כשהגביהו יחד, אשר ממילא מרישא ליכא ראיה, ואף על דרך זה אפשר לומר בדברי רש"י.)

קע) רש"י ד"הממשנה יתירה- ומשום הכי אמרינן יחלוקו דאמרינן שניהם הגביהוה והוה לי' כל חד מגביה מציאה לו ולחבירו וקני דאי משום דלא ידעינן הי מינייהו משקר והוה לי' ממון המוטל בספק וחולקין בשבועה משום שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף כדאמרינן לעיל הא שמענא לי' מרישא- צ"ב לכאורה למאי דאמרו דק"ל לשיטת רש"י כאביי אמאי הביא הכא דווקא דברי ר' יוחנן, ובכלל, אמאי הכניס רש"י עצמו לפלוגתא זו דר' יוחנן ואביי. והמבואר לכאורה מדבריו, דדווקא לר' יוחנן הוא דהוי הך חלוקה מטעם ספק, אבל לאביי אין החלוקה מטעם ספק אלא יסודו משום דאמרינן תרוייהו בהדי הדדי אגבהוה. ועפ"ז נראה דלשיטת ר' יוחנן דיסוד החלוקה משום ממון המוטל בספק, לא שייך כלל למימר דיסוד השבועה משום ספק מלוה ישנה הוא, דנהי דניחוש להכי, מ"מ הרי עדיין הוי ממון המוטל בספק ואמאי ניבעי שבועה, אע"כ היינו טעמא דשבועה שלא יהא כל אחד הולך ותוקף וכו'. אכן לדעת אביי דיסוד החלוקה משום דאמרינן דתרוייהו בהדי הדדי אגבהוה שפיר אמרינן דתקנו שבועה משום ספק מלוה ישנה, דחיישינן דלעולם לא אגבהוה בהדי הדדי אלא דתקף האחד אח"כ משום ספק מלוה ישנה שהיה לו, ודוק

קעא) סד"א האי דקאמר חציה שלי להוי כמשיב אבידה וליפטר- עי' דברי התוס' לעיל ב' ע"א דמבואר מדבריהם דמצד מיגו אתינן עלה ולאו מצד תקנה דמשיב אבידה. והנה הא פשיטא לכאורה דמאי דמהני לפטור משבועה הוא הראיה דמיגו ולאו כח הטענה, אשר זהו דחשיב הכא מיגו אף שגם אילו היה טוען כולה שלי היה צריך לישבע. ובתוס' הרא"ש בסוגיין כתב, וז"ל: אין זה מיגו גמור דאי אמר כולה שלי לאו שבועה בעי ולמה יפטר חציה שלי משבועה אלא משום דשבועה שלא כדין היא רק מתקנל חכמים הילכך בסברא כל דהו סלקא דעתין למיפטר משבועה, עכ"ל, והיה משמע לכאורה מדבריו דר"ל דלא הוי מיגו גמור דכיון דאף בכולה שלי חייב לישבע ליתא לכח הטענה דמיגו. אמנם נראה דאין זו כונתו, דלעולם לא מהני כח הטענה דמיגו לפטור משבועה, וכנ"ל, אלא כונתו, דלא מהני ראיה דמיגו אלא היכא דהוי ראיה לאותו דבר, למשל, דמאמינים לו ליפטר ממון מסויים משום דאילו היה רוצה לשקר ליפטר ממנו היה עושה כן על ידי טענה אחרת, אבל הכא לאו מיגו גמור הוא, דאין ראיה מסויימת על ידי שהיה יכול לומר כולה שלי דאומר אמת **לענין השבועה**, דהא לא היה מועיל מה שהיה טוען כולה שלי לענין השבועה כלל. ומש"כ בר"פ דמ"מ היה מרויח במה שאומר כולה שלי דהיה זוכה בחצי ולא ברביע, אין זה ענין לדברי הרא"ש, אלא דבא ר"פ לבאר האיך הוי כלל מיגו דמה היה טוב לו בטענת כולה שלי, ואף לפום תירוצו עדיין טענת הרא"ש במקומה עומדת, דעדיין ליכא ראיה לענין שבועה, וכמשנ"ת, דליפטר משבועה בעינן ראיה דמיגו.

קעב) רש"י ד"ה ממשנה יתירה כו'- כדפרישית- מבואר מדבריו דאף גבי רכוב באמת בעינן לדינא דהמגביה מציאה לחבירו, ודלא כמבואר בריטב"א, עי' מה שכתבנו בזה לעיל אות ק"נ.

קעג) רש"י ד"ה דרכוב קני- ואע"ג דלא משיכה היא שאינה זזה ממקומה שאין מנהיגה ברגליו- מבואר מדבריו דרכוב קונה אע"פ שלא זז כלל, והוא תמוה, כאשר הוכיחו התוס' לקמן בע"ב דע"כ מיירי שזזה קצת דאל"ה מאי פשיט מכלאים, ע"ש ד"ה רכוב עדיף וכו'. ועוד צ"ב דהא מסקינן לקמן דרכוב לחודי' לא קני וע"כ מיירי במנהיג ברגליו, ע' תוס' הרא"ש שהקשה כן. ועוד נאריך בשיטת רש"י לקמן בע"ב בעזהשי"ת.

וברש"ש הגיה בדברי רש"י דצ"ל שאינו זזה ממקומה שאין מנהיגה ברגליו, ולדבריו שפיר זזה הבהמה אף מצד הרכוב והוי קנין רכוב מדין משיכה, רק דאינו מזיזה ממש אלא דגורם שתזוז, ובזה הוא שלא ברירא אי חשיב מעשה קנין דמשיכה בכה"ג. אכן מדברי רש"י לקמן בע"ב סוד"ה מנהיג לחודי' מי איכא למ"ד דלא קני מבואר לכאורה דלא כדבריו, ע"ש שכתב, וז"ל: אי ודאי אמר שמואל בחד מינייהו דלא קני ברכוב הוא דקאמר דקסבר משיכה בעינן שתעקור יד ורגל כדאמרינן בקידושין, עכ"ל, הרי להדיא דרכוב דמיירי בי' היינו היכא דלא נעקר יד ורגל כלל, והדר צריכים דברי רש"י ביאור כנ"ל.

והנה לדברי רש"י יסוד השאלה אי רכוב לבדו קונה הוא אי איכא מעשה קנין כזה דרכוב (דהא רכוב לאו קנין דמשיכה הוא לדידי), אכן לדעת התוס' דאף רכוב אי קונה מדין משיכה הוא דקונה ומשום דזזה קצת מחמתו, שאלת הגמ' אחרת היא, דדילמא מאי דזזה ברוכב לא חשיב מחמתי', וכמש"כ הרמב"ן בחידושיו, "ואע"פ שדרכה של בהמה כשאדם רוכב עליה היא מהלכת לא חשיב הילוכה מחמתו שאינה מהלכת אלא לדעתה ופעמים שהיא עומדת לגמרי".

קעד) תוד"ה מנהיג לחודי' מי איכא מ"ד לא קנה- מ"מ פריך מכח סתם מתני' דהא תנן אחד רכוב ואחד מנהיג כו'- עי' רשב"א וריטב"א החדשים שתירצו באופן אחר, דכונת הש"ס דעכ"פ מוכח דלא ס"ל לשמואל כר"ש, דהא ס"ל דאו רכוב לחודי' או מנהיג לחודי' קונים, והוא דלמאי דס"ל לראשונים דרכוב דקני הוא משום דאזלא מחמתי' ומדין משיכה הוא, וכ"כ בתוס' הרא"ש. אלא דהקשה הרא"ש על פירוש זה ד"אי אפשר לפרש כן דע"כ לאו מכוח רכוב פריך במנהיד דליקני דאף על גב דרכוב לא קני אלא משום דאזלא מחמתי' קצת מ"מ איכא למימר דעדיף רכוב ממנהיג משום דתפיס בה". ודברים תמוהים לכאורה, דהא אף דאיכא מעלה ברכוב כלפי מנהיג משום דתפיס במוסיריה מ"מ קנין דרכוב משום משיכה הוא, ואין הא דתפסו במוסירה אלא מעלה כלפי מנהיג ברכוב במקום מנהיג, ועדיין מוכח דמשיכה קונה, ושוב ליכא למימר דמנהיג לחודי' לא קני. ומוכח לכאורה מדברי הרא"ש דס"ל דברכוב אין הא דתפוס במסוריה מעלה בעלמא על מנהיג, אלא דמשוי לעיקר הקנין ביסודה סוג משיכה אחרת אשר אלימא מקנין המנהיג. ועי' דברי הרא"ש בב"ב פרק המוכר את הספינה סי' ג' דמבואר מדבריו דיסוד קנין מסירה מדין משיכה הוא, אשר ממילא שפיר איכא למימר לדבריו דמעלת הא דתפוס במוסירה בהדי' רכוב היא דאף דלמעשה לא שייך הכא במציאה קנין דמסירה כיון דלא אמר לי' לך חזק וקני, מ"מ שפיר חשיב קנין אלים על ידי ב' מעשי המשיכה יחד, ושוב אין פשיטות דיהא מנהיג לחודי' קונה, דיתכן דס"ל כר"ש דאין משיכה רגילה קונה. ומדברי הרשב"א והריטב"א יהא מוכח לכאורה דמאי דתפוס במוסירה אינה אלא מעלה בעלמא. (ולשיטת רש"י דמעשה הקנין דמסירה הוא דווקא על ידי מסריה מיד ליד פשוט דליכא למימר כדברי הרא"ש, דהא ליכא הכא מעשה דמסירה כלל, ועוד דלדבריו אין קנין רכוב כלל מדין משיכה דהא מהני אף דליכא עקירת יד ורגל, וע"כ דלדידי' אינו אלא מעלה בעלמא.)

קעה) תוד"ה מנהיג לחודי' מי איכא מאן דאמר לא קנה- אף במסירה קאמר וכש"כ במשיכה- אכן רש"י שם בקידושין ס"ל דר"ל דווקא במסירה ולא במשיכה. (ויתכן דהיינו לשיטתו דס"ל דמסירה היינו מיד ליד וקנין אחר הוא ולא מסוג משיכה כלל.) ולדידי' יקשה קושיית התוס', דהא מבואר בסתם משנה דנקנית במסירה ולא במשיכה, וכה"ק התוס' שם ובתוס' הרא"ש בסוגיין. וע"ש בתוס' שכתבו ליישב קושי' זו אדברי רש"י, דיש לחלק בין מציאה לבין מקח וממכר, דבמציאה דלא שייך מסירה שפיר מהני בה משיכה, אבל במקח וממכר דשייך שיקנה במסירה לא מהני משיכה.

קעו) תוד"ה רכוב הוא דלא קני- ומתני' דאחד רכוב דחי לקמן במנהיג ברגליו- והיינו, דהוקשה להו אמאי לא פשיט ממתני' דרכוב קונה- ולדעת רש"י לא יקשה קושיית התוס' כלל, דהא לעולם איכא למימר דרכוב אינו קונה, כלומר, דהיכא דלא אזלא כלל מחמתי' לא קני, דליכא קנין דרכוב, ובמתני' הא מיירי ברכוב ומנהיג דע"כ אזלא ואיכא עקירת יד ורגל, ובכה"ג איכא למימר דודאי חשבינן דאזלא קצת מחמת הרוכב ושפיר יד לדון דקני מדין משיכה. והתוס' שהקשו היינו לשיטתם דאף רכוב מיירי באזלא מחמתי' קצת.

והנה מה שהוכיחו התוס' מהא דאחד רכוב ואחד מנהיג ולא מהא דהיו שניהם רוכבין, עי' מהרש"א דמשום ליכא להוכיח, דאף דנימא דרכוב לחודי' לא קני מ"מ שינהם מוחזקים בה ושפיר אמרינן דיחלוקו, משא"כ באחד רכוב ואחד מנהיג, אי חד מינייהו קני ולא השני פשיטא דאין זה שאינו קונה מוחזק כלפי זה שקונה. ודבריו לכאורה צ"ב, דהא מדברי התוס' לקמן בד"ה או דילמא מנהיג עדיף מבואר דלא חשיב מוחזק אא"כ אילו היה לחודי' היה קונה, ולדברי המהרש"א נמצאו דברי התוס' סותרים אהדדי.

ובאמת קושיית המהרש"א תיקשה נמי אדברי הגמ' דהביאו ראיה דרכוב קונה ממתני' דהיה אחד רכוב ואחד מנהיג, כדמוכח מהמשך הסוגי' שם, ואמאי לא הביאו ראיה מהא דהיו שניהם רוכבים.

ונראה די"ל בזה, דהנה לא מבואר מדברי התוס' דבעינן שיהא תפיסה הראויה לעשות קנין בכדי שיהא מוחזק אלא בשנים אוחזין בטלית ובאחד רכוב ואחד מנהיג, וי"ל דבאמת בהיו שניהם רוכבים אין הדבר כן. ומהלך הדברים, דבאוחזין בטלית דאחוז כל אחד בכרכשתא באמת אין עצם מה שהוא תפוס בכרכשתא עושהו מוחזק, ומשו"ה בעינן דעכ"פ תהא תפיסתו ראויה לקנות אילו היה לחודי'. וכן בהיה אחד רכוב ואחד מנהיג כיון דאחד מהם הוי ראוי לקנין אי לאו דהשני נמי ראוי לקנין ודאי דלא היה חשוב מוחזק, וכדברי המהרש"א, אכן בהיו שניהם רוכבים ודאי דחשיבא רכיבת כל אחד כתפיסה בעצם הבהמה, אשר ממילא חשיבי תרוייהו מוחזקים בה אף דגם רכוב לחודי' לא קני, ואף בלא מנהיג ברגליו, ודוק.

קעז) רש"י ד"ה אלא רכוב במקום מנהיג- שניהם באים לפנינו זה רכוב וזה מנהיג זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי אמר שמואל חד קני וכו'- דבריו לכאורה צ"ב, דשאלת הגמ' ברכוב במקום מנהיג היא בפשטות שאלה בקנין, וכדמבואר להדיא מדברי התוס', ואמאי כתב דמיירי בזה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי, הרי בפשטות י"ל דמיירי ששניהם קנו יחד והשאלה הי הי מינייהו קנה. ובקצוה"ח סי' רס"ט סק"ב כתב באמת דנראה מלשונו של רש"י דלענין קנין לא מספקא לי' הי מינייהו עדיף אלא לענין מוחזקין מספקא לי' מי מיקרי מוחזק טפי , רכוב או מנהיג. וכתב דהא לא מספקא לי' לענין קנין הוא לרש"י לשיטתו משום דכמו דס"ל לרש"י בשניהם רוכבי דקנין האחד מבטל קנין חבירו ובעינן לדין המגביה מציאה לחבירו, כך הכא כיון דתרוייהו, רכוב ומנהיג, קונים משום דאזלא מחמתי', הרי הא' מבטל חבירו ובעינן דין מגביה מציאה לחבירו, וזה הרי לא שייך הכא, דכיון דאחד מהם אינו קונה הו"ל כחרש ופקח דלא זכו כיון דחרש מבטל קנין הפקח, והכא נמי מבטל מננהיג קנין דאזל מחמתי' דרכוב ומשום תפוס במוסירה לחודה אינו קונה, אשר משו"ה כתב רש"י דאין השאלה אלא לענין מוחזק בזה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי, ע"ש כל דבריו. (והנה ממה שהוצרך לומר דאף רכוב משום דאזל מחמתי' הוא דקנה משמע דאילו היה קנין דרכוב קנין אחר לא היה מבטל קנין חבירו, והוא כדברי הביה"ל בח"ג סס"ג, עי' לקמן אות קס"ה, אשר ממילא אי נפרש בדעת רש"י דקנין רכוב קנין אחר וקונה אף בלא עקרה יד ורגל לא שייך לפרש כדבריו.) והתוס' שפירשו דשפיר מיירי לענין קנין היינו משום דס"ל כדעת הרשב"א ודעמי' לעיל בע"א דליתא ליסוד זה דקנין אחר מבטל קנין חבירו ודווקא בכגון הגבהה דחסר בעצם מעשה הקנין הוא דבעינן להא דהמגביה מציאה לחבירו.

והנה מלשון רש"י משמע לכאורה דלא כפירוש הקצוה"ח בדבריו, דכתב בסוף דבריו "וכי אמרינן משיכה קני היכא דליכא רכוב אבל במקום רכוב לא", הרי דהנידון הוא במה דמשיכה קני. ובד"האו דלמא מנהיג עדיף דקאזלא מחמתי' כתב "והיא הגדולה בקנין", הרי דבקנין מיירי.

ונראה די"ל דלעולם אף לשיטת רש"י יסוד השאלה דרכוב במקום מנהיג לענין קנין הוא, והוא ע"פ המבואר באות קס"ה דלשיטת רש"י יסוד השאלה אינו מה חשיב עיקר המעשה ומה בטל, דזהו דווקא אי נימא דאף קנין דרכוב משום דאזלא מחמתי' הוא, דכיון דב' הקנינים קניני משיכה הם שפיר יש לדון שמא האחד במקום חבירו לא הוי משיכה כלל, אך לשיטת רש"י דרכוב קנין אחר הוא דקונה אף בלא עקרה יד ורגל, ודאי דלא חסר במעשה הקנינים, אלא יסוד השאלה הוא שמא אין למעשה המשיכה כח קנין היכא דאיכא רכוב דמעשה הבעלות דרכוב מונעתו מלחול, וכן להיפך, שמא משום דמשיה היא הגדולה

בקנין נימא דאין לרכוב בכה"ג כח קנין. אשר לפ"ז נראה דלא שייך דבר זה אלא היכא דמתנגדים זה לזה, דכ"א אומר כולו שלי, אבל היכא דבאו יחד לקנות כל אחד החצי כיון דבעצם מעשה הקנין לא חסר פשוט דתרוייהו קניין. וכל זה לשיטת רש"י, אבל להתוס' לשיטתם דתרוייהו משום משיכה הוא דקניין פירוש השאלה הוא שמא לא חשיב מעשה קנין כלל אשר בזה שפיר הוי אותה השאלה היכא דבאו שניהם לקנות יחד, וז"פ.

והנה הקשו התוס' בסוד"ה או דלמא מנהיג עדיף כו' אמאי לא הוכיחו מסיפא דקתני אם היו שניהם מודים יחלוקו. ולמשנ"ת לא הקשו אלא לשיטתם, אבל לשיטת רש"י פשוט דליכא למילף מהתם כלל כיון דמודים שקנו יחד. ולשיטת רש"י לא יקשה כלל קושיית הגרע"א בגליוהש"ס, וז"פ.

והנה הקשו הראשונים מה מספקא לי' לשמואל ברכוב במקום מנהיג הי מינייהו קונה, הרי כיון דאילו הוה דיינינן באיזה מהם קונה לחוד' הוה אמרינן דפשיטא דמנהיג הוא דקנה, א"כ פשוט דברכוב במקום מנהיג קונה המנהיג, עי' מה שתירצו בזה. ולשיטת רש"י רווחא שמעתתא, והוא סמך גדול לפירושו, דאף בשאלה דרכוב במקום מנהיג שפיר ידעינן דמשיכה היא הגדולה בקנין, אלא דמיבעיא לן דילמא לא נאמר קנין משיכה במקום דאיכא רכוב, ודוק.

אלא דלשיטת רש"י יקשה לכאורה קושיית התוס' אמאי לא הוכיחו ממנתי' דהיה אחד רכוב ואחד מנהיג דאמרינן בי' דיחלוקו דקני רכוב במקום מנהיג, דהתוס' כתבו דלענין מוחזק אין הדבר תלוי אלא באי קונה לחודי', אבל לשיטת רש"י הרי מיירי בזה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי ומ"מ תלוי הדבר ברכוב במקום מנהיג הי מינייהו קונה. ועי' חידושי הריטב"א החדשים שכתב לבאר בזה דלא כדברי התוס', אמנם אף דבריו לא שייכי לכאורה לשיטת רש"י, ואכמ"ל.

והנה כתב הרמב"ן בב"ב נ"ג, וז"ל: תשלום תוספתא נעל אחד וגדר אחד אינה חזקה נעלו שניהם וגדרו שניהם הרי זו חזקה ויש אומרים דהכי פירושא דהיכא דאתו בי תרי וכל חד וחד מכוין לקנות שדה אחת בנכסי הגר אחד נעל ואחד גדר לא הוי חזקה לחד מינייהו דאיתרע לי' חזקתי' דהאי בשביל האיך ולא קנה אחד מהם כלום אבל היכא דנעלו שנים וגדרו שנים אע"ג דכל חד מכוין לאחזוקי בכולה לנפשי' כיון דבחדא חזקה מחזקי לא מבטלא חדא מינייהו לחברי' שאין מין מבטל את מינו וכל אחד ואחד קנה חצי קרקע דכל חד וחד מסייע לחזקה דחברי' הואיל ובחדא חזקה מחזקי ואם פירוש הברייתא כן משבשתא היא ואין לסמוך עליה מההיא סוגי' דב"מ גבי רוכב ומנהיג שקונין ואע"פ שאין קנייתן שוה ואינן מבטלות זו את זו ולי נראה לי דהכי גרסינן לה נעלו אחד וגדר אחד הרי זו חזקה שכל אחד עשה בה מעשה גמור המועיל נעלו שנים וגדרו שנים אינה חזקה בששניהם עשו גדר אחד זה גדר חציו וזה חציו ונמצא שלא הועיל מעשה אחד מהן בלא חבירו ולא קנה וכך מוכיח בפרק שנים אוחזין גבי מגביה מציאה לחבירו וכו', עכ"ל. וכתב עלה בשיטה לא נודע למי, הובאו הדברים בשט"מ שם, וז"ל: ולי נראה דאין זה עיקר דאדרבה ממגביה מציאה לחבירו דאמרינן דקניא מוצא הכי נמי דקני כי נעלו שנים וגדרו שנים דמגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' ומה ששבש התוספתא מדאמרינן רוכב ומנהיג דקנו אינה ראיה דהא אוקימנא לה במנהיג ברגליו וקנייה אחת היא, עכ"ל.

והנה מדברי הרמב"ן מבואר שפירש דלא כדברי התוס' בסוגיין דמהא דרכוב במקום מנהיג אין לפשוט דמנהיג קונה במקום רכוב משום דלא דנין אלא אמוחזק וזה תלוי רק באי הוה קני לחודי', דלדברי התוס' הא לא מוכחא ממתני' דהיה אחד רכוב ואחד מנהיג כלום. ולהרמב"ן לשיטתו ע"כ דפירושא דמילתא הכי הוא, דהא לכאורה צ"ב בדברי התוס' הנ"ל האיך אמרינן דיחלוקו משום הא דרכוב לחודי' קנה, הא מ"מ במצב דרכוב במקום מנהיג הוי חלוקה שאינה יכולה להיות אמת. אלא דלשיטת התוס' אתי שפיר, דלדידהו לא בעינן שתהא החלוקה יכולה ליהות אמת מצד הטענות, אלא דיהא שייך במציאות שהוא של שניהם, וזה שפיר שייך אף דרכוב במקום מנהיג לא קנה, דהא שייך שהקנה לו החצי וכדומה. אכן דעת הרמב"ן נתבאר דס"ל דבעינן שיהא חלוקה יכולה ליהות אמת לפי טענותיהם, וא"כ עד כמה דנימא דרכוב במקום מנהיג אינו קונה הרי אין החלוקה יכולה להיות אמת, וע"כ דס"ל דאף רכוב במקום מנהיג קונה וזהו שהוכיחו ממתני' דידן. וכן מבואר מדברי הרמב"ן, וכן במדברי השטה לא נודע למי, דאף דבעינן ברכוב דתהא אזלא מחמתי', וכמש"כ הרמב"ן להדיא בסוגיין, מ"מ אין הפירוש דיסוד הקנין בזה הוא משום משיכה, דא"כ הרי הוי כשנים שמשכו ומה הוכיח הרמב"ן מזה, אלא פירושו דעל ידי דאזלא מחצמתי' חשיב רכוב מעשה קנין, ולעולם קנין אחר דרכוב הוא ולא מדין משיכה, אשר ממילא שפיר הוכיח דאין קנין אחד מבטל חבירו. אלא פירש דהוה בעינן למיפשט דקנה מנהיג במקום רכוב, ודחו דלעולם רכוב במקום מנהיג לא קנה, והיינו משום דבמקום מנהיג לא חשיב רכוב אזלא מחמתי' כלל ושוב לא חשיב רכוב מעשה קנין כלל, ולעולם אילו שפיר הוה חשיב דאזלא מחמתי' היה שייך שיקנה הרכוב ולא הוה אמרינן דמבטלות זו את זו, ומאי דהוצרכו לאוקמה במנהיג ברגליו אינו אלא משום דהיה מתבטל **מעשה** הרוכב דלא הוה חשיב דאזלא מחמתי' כלל, וכנ"ל, אשר לפ"ז שפיר הביא ראיה מסוגיין דאין האחד מבטל השני. והשיטה לא נודע למי שהקשה היינו משום דפירש דאהא גופא דנו בסוגיין, דמה דהוה אמרינן דלא תקני רכוב במקום מנהיג הוא זה מפני שהיה קנין המנהיג דעדיפא מיני' מבטלו (והרכוב לא היה מבטל המנהיג כיון דגריעא הוא מיני'), ועל זה הוא דמסקינן דלעולם איכא למימר דשפיר מבטלי זא"ז והכא מיירי במנהיג ברגליו, דנמצא דהא גופא דמסקינן דמיירי במנהיג ברגליו הוא בכדי דלא נימא דמבטלות זא"ז.

ומה שהקשה בשיטה לא נודע למי אראיית הרמב"ן מסוגי' דמגביה מציאה לחבירו דהיכא דלא הועיל מעשה האחד בלא חבירו לא קנה דאדרבה שפיר יקנה משום דמיגו דזכי לנפשי' זכה נמי לחברי', נראה דתליא הך מילתא ביסוד מאי דבעינן לעיל להא דמיגו דזכי, דהרמב"ן הבין דהחסרון דכמונח ע"ג קרקע התם הוא דאף דלעולם לא בעינן שיגביה כולה בכדי לקנות חציה, מ"מ עד כמה דחציה ע"ג קרקע חשיב דאף חציו דידי' אינה מגובהת, ואין פועל הך מיגו דזכי אלא דכיון דעכ"פ ללהמגביה הוי מוגבה, שוב חשיב מוגבה לענין השני וממילא קונה מצד הגבהת עצמו. אשר לפ"ז ודאי דלא שייכא הך מילתא לענין נעלו או גדרו שנים, דהכא הרי כל אחד לבד אין בעשייתו כלום, דחצי גדר לאו מילתא היכא כלל, ולהך מילתא לא מהני מיגו דזכי ולא היה שייך לומר דמהני אלא על ידי דנימא דמצטרפין ב' המעשים יחד, וזה הרי מוכח מסוגי' דלעיל דלא אמרינן, דאילו הוה אמרינן הכי לא הוה בעינן להא דהמגביה מציאה לחבירו או מיגו דזכי כלל, אלא סתם ב' המעשים מצטרפים. והשיטה לא נודע למי שהקשה, היינו משום דס"ל דהחסרון דכמונח ע"ג קרקע הוא בעצם מעשה הקנין, כלומר, דבעינן מצד עיקר מעשה ההגבהה שיגביה את כולה אפי' בכדי לקנות את חציה, אשר לפ"ז שפיר מבואר התם דמהניא לזה מאי דאמרינן מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי', וא"כ ה"ה והוא הטעם דגבי נעלו שנים או גדרו שנים מהני, ודוק.

קעח) תוד"ה רכוב עדיף דתפיס בי'- וצ"ל דתפיס בה ואזלא נמי מעט מחמתיה וכו' דאי לא מיבעיא לי' ברכוב אלא משום דתפיס בה גרידא א"כ מה פושט בסמוך מיושב דפטור וכו' והלא לענין כלאים אינו תלוי כלל בתפיסה אלא באזלא מחמתי' ולענין קנין

אינו תלוי כי אם בתפיס בה ולא באזלא מחמתי׳- ובדעת רש״י מבואר דס״ל דרכוב אי לחודי׳ קונה קונה אף בלא אזלא מחמתי׳ כלל וצ״ב כקושיית התוס׳, וכנ״ל באות ק״ס.

והנה במאי דאמרינן דברכוב במקום מנהיג הוא דאמר שמואל דחד קנה וחד לא קנה כתב רש״י בד״ה אלא רכוב במקום מנהיג, וז״ל: שניהם באים לפנינו זה רכוב וזה מנהיג זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי אמר שמואל חד קני ומבעיא לי׳ לרב יהודה היכא דאיתנהו לתרוייהו הי עדיף רכוב עדיך דהא תפיס בה וכי אמרינן משיכה קני היכא דליכא רכוב אבל במקום רכוב לא או דלמא מנהיג עדיף דקאזלא מחמתי׳ והיא הגדולה בקנין, עכ״ל. ומבואר לכאורה מדקדוק לשונו דלעולם מצד עצם הקנין ודאי דהוי משיכה קנין יותר גדול מרכוב והיא הגדולה בקנין, רק הצד דקונה רכוב במקום מנהיג הוא דלא אמרו דמשיכה קונה במקום דאיכא רכוב, אבל אילו הוה אמרינן דאיתא לתורת משיכה אף במקום רכוב ודאי דהיתה משיכה קונה. ולדידי׳ יסוד השאלה הוא בהך מילתא גופא אי איתא לתורת משיכה במקום רכוב. אכן לדברי התוס׳ אף רכוב מדין משיכה הוא דקונה, ויסוד שאלת הגמ׳ היא ברכוב במקום מנהיג הי מינייהו עדיף בקנין, ודלא כדברי רש״י. ויתבארו דבריהם יותר לקמן, בעזהשי״ת.

ובבית הלוי ח״ג סי׳ מ״ג כתב בביאור דברי רש״י דעיקר מאי דיהא קנין אחד מבטל קנין חבירו הוא דווקא היכא דב׳ הקנינים מסוג אחד הם, והוא דווקא אי נימא דרכוב דקני הוא מצד מאי דאזלא מחמתי׳ ומדין משיכה הוא, דנמצא דבין קנין דרכוב בין קנין דמנהיג מדין משיכה הם, ובאמת היה שייך לדון אקנין דרכוב בב׳ אנפי, או דנימא דהוי קנין מצד הרכוב עצמו, וקנין אחר הוא, או דנימא דקני משום דאזל מחמתי׳ וקנין דמשיכה הוא. אשר לפ״ז אתיין דברי רש״י שפיר, דהיכא דהוה בעינן למימר דלעולם מגביה מציאה לחבירו לא קנה וחידושיא דמתני׳ הוא דרכוב קונה, ע״כ דהוה בעינן למימר דקונה מצד הרכוב עצמו, דאילו מצד מאי דאזלא מחמתי׳ לית בזה שום חידוש, אלא דמאחר דאמרו דלעולם אי ברכוב לחוד מנהיג לחוד הוה מיירי שמואל פשיטא דמנהיג הוא דקנה, וע״כ דברכוב במקום מנהיג מיירי ומשום ביטול קנין דחבירו, בזה הרי ע״כ דהוה אמרינן דמאי דקנה רכוב לא מחמת עצם הרכוב הוא אלא משום דאזלא מחמתי׳ ומדין משיכה, דאל״ה הרי לא היה שייך דלומר דיהא קנין אחד מבטל חבירו. ועפ״ז אתיא הוכחת הש״ס מהא דכלאים שפיר, דמוכח דמצד מאי דאזל מחמתי׳ לא קניא רכוב, דאילו היה קונה והוה חשיבא הך אזלא מחמתי׳ הוה מיחייב משום כלאים, אלא דאכתי הוה שייך למימר דקני רכוב מצד הרכוב גרידא ובתורת קנין מצד עצמו, ובזה הוא דמיירי שמואל, אלא דא״כ הרי פשיטא דמנהיג קנה רכוב לא קנה, אשר ממילא שפיר מוכח דרכוב לחודי׳ לא קנה, עכתו״ד, ע״ש מש״כ עפ״ז לבאר דברי רש״י לקמן דף ט׳.

והנה בעיקר דברי הבית הלוי דבב׳ קנינים שאינם מסוג אחד לא שייך לומר דיהא קנין אחד מבטל חבירו, צ״ב לכאורה ממאי דמבואר לקמן דף ט׳ בשלמא רכוב קונה דמגבה לי׳ בן דעת, ע״ש דהוה בעין למימר בזה המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, והנה מאי דקנה הרכוב את המוסירה אינו אלא מדין קנין משיכה ומאי דקני התפוס במוסירה הוא מצד קנין הגבהה, וכיון דמב׳ סוגים הם האיך שייך שיבטל האחד את חבירו, ומה בעינן בזה לדין המגביה מציאה לחבירו, ובפרט להמבואר מדברי רש״י לעיל דס״ל כדעת המפרשים דמאי דבענין לדין המגביה מציאה לחבירו הוא בכדי שלא יבטל האחד את חבירו, כדחזינן ממאי דבעינן לדין המגביה מציאה לחבירו אף בשניהם רוכבים, וצ״ב.

והנה כתב הרמב״ם פי״ז מהל׳ גזו״א ה״ז, וז״ל: היה אחד רוכב ואחד אוחז במוסרה הרוכב קנה הבהמה והמוסרה שעל לחיי הבהמה בלבד וזה שאחז המוסרה קנה ממנה מה שאחז בידו ושאר המוסרה לא קנהו אחד מהן, עכ״ל. ומסתימת לשונו משמע דלא בעינן שיהא מנהיג ברגליו אלא דרכוב סתמא קני, וכ״כ במ״מ דס״ל להרמב״ם כדעת הרי״ף דקנה רכוב בלא הנהגה. וע״ש בכס״מ שהביא דברי הרמב״ם בפ״ב מהל׳ מכירה ה״ו, ע״ש שכתב הרמב״ם, וז״ל: כיצד קונין הבהמה במשיכה אין צריך לומר אם משכה והלכה או שרכב עליה והלכה בו שקנה אלא אפי׳ קרא לה ובאה או שהכישה במקל ורצתה לפניו כיון שעקרה יד ורגל קנייה וכו׳, עכ״ל, אשר מוכח מדבריו דמדין משיכה הוא דקנה . ועדיין היה אפשר לומר דמיירי התם בלא הנהיגה ברגליו וס״ל להרמב״ם דרוכב לחודי׳ דקנה היינו היכא דאזלא מחמתי׳ ואתיין דברי הרמב״ם שפיר, אלא דנראה דיש לחלק בדברי הרמב״ם בין קנין מציאה לבין מקח וממכר, ויסוד לזה מדברי המאירי בסוגיין, ע״ש דגבי מכר כתב כדבר פשוט דבעינן שיהא מנהיגה ברגליו ואילו גבי מציאה הביא ב׳ דיעות בזה, אשר מבואר מזה להדיא חילוק הנ״ל, וכמו כן נימא בדעת הרמב״ם דלעולם בהל׳ מכירה דמיירי במקח וממכר בעינן באמת שינהיגה ברגליו, כלומר מעשה משיכה, ואילו בהל׳ גזו״א דמיירי במציאה לא בעינן שיהא מנהיגה ברגליו אלא קונה מדין רכוב מצד עצמו. ועצם מאי דיש לחלק בין קנין מציאה לבין קנין מקח וממכר מבואר בדברי התוס׳ ב״ק כ״ט ע״ב ד״ה אלא אמר, ע״ש בדבריהם. ובעצם דברי הרמב״ם מדוייק דבר זה דשאני קנין מציאה מקנין מקח וממכר, שכתב בריש פי״ז מהל׳ גזו״א, וז״ל: כל מציאה שאמרנו בה שהיא של מוצאה אינו זוכה בה עד שתגיע לידו או לרשותו וכו׳, עכ״ל, דנראה מפשטות דבריו דגדר קנין מציאה אחר הוא. אלא דטעמא דהך מילתא צ״ב לכאורה מה היא הסברא לחלק בין מציאה לבין מקח וממכר.

ובפ״ב מהל׳ מכירה ה״י כתב הרמב״ם, וז״ל: המוכר בהמה לחבירו או נתנה לו במתנה ואמר לו קנה אותה כדרך שבני אדם קונין אם משך או הגביה קנה אבל אם רכב עליה אם בשדה קנה ואם בעיר לא קנה וכו׳ הרי זה קנה ברכיבה והוא שתהלך בו, עכ״ל, והוא ע״פ סוגיית הש״ס לקמן דף ט׳ ע״ב וגירסתו שם. והנה מצד אחד מבואר מדבריו דבכדי לקנות ברכיבה בעינן שתהלך בו, כלומר, דלא קני אלא אי אזלא מחמתי׳, ופשטות היינו מדין משיכה כאשר כתב לעיל בפרק זה. אלא דצ״ב דהא מבואר להדיא בדבריו דקני הך מילתא ברשות הרבים, ומשיכה ברשות הרבים הרי לא קניא. איברא דלשון הרמב״ם בדין זה קצת משונה, דכתב דקונה ברכיבה והוא שתהלך בו, דמשמע כאילו עיקר הקנין הוא קנין דרכוב, רק תנאי הוא דלא קנה אא״כ אזלא מחמתי׳, ולא דעיקר הקנין הוא קנין פשוט דמשיכה כדמשמע מדבריו לעיל בה״ו, וצ״ב.

והנראה בזה (ועצם יסוד הדבר ראיתי בספר עדת יעקב למו״ר הגר״י פרלוב האדמו״ר מנובומינסק שליט״א), דס״ל לרש״י והרמב״ם דיסוד גדרו דקנין רוכב הוא דהוי קנין מחודש דרוכב ולאו מדין משיכה הוא כלל, אלא על ידי שרוכב חשוב שהוא עושה מעשה בבהמה אשר מהוה הוראת בעלות שהיא שלו ובשליטתו, אשר מפאת זה קונה אותה. ויסוד שאלת הגמ׳ אי רכוב לחודי׳ קונה הוא ע״ד שכתבנו לעיל, אי חשיב מה שרוכב כעושה מעשה בבהמה או דהוי סתם ישיבה וחשיב ממילא אף היכא דזזה הבהמה כאילו הבהמה מזיזה אותו ולא שהוא מזיז את הבהמה, אשר אין בזה תורת מעשה והוראת בעלות אשר על כן אינו קונה. ועפ״ז נראה פשוט דאף אם תזוז הבהמה ע״י זה שרוכב עלה מ״מ אין לחייב בזה משום כלאים אא״כ חשיב מעשה דידי׳, דהיינו, אי אמרינן דרוכב קונה, דאף דלמעשה זזה הבהמה בגרמתו אין לחייבו כיון שהרי לא עשה מעשה. אשר לפ״ז אתיא שפיר לשיטת רש״י ראיית הגמ׳ מהא דכלאים דרכוב לחודי׳ לא קני, דאף דודאי זזה הבהמה, מ״מ מדחזינן דאינו חייב משום כלאים מוכח דאין רכיבתו חשובה מעשה ומוכח דרכוב לחודי׳ לא קני. ואף דלמעשה קנין

דרכוב לא בעינן שתזוז כלל כמובאר להדיא מדברי רש"י, היינו משום דאם אך חשיבא רכיבתו מעשה שפיר הוי הוראת בעלות על ידי **שיכול** להזיזה ומצד זה שפיר קונה, אך כיון דחזינן מכלאים שלא חשיבא רכיבתו מעשה ע"כ דרכוב לחודי' לא קני, ודוק.

ועפ"ז יתבאר השינוי שבין רש"י ותוס' בביאור האביעא דרכוב במקום מנהיג, דלשיטת רש"י קנין דרכוב קנין מחודש הוא דמעשה הרכיבה מהוה הוראת בעלות על ידי שיכול להזיזה, פשוט לכאורה דמשיכה, שבה הוא מזיזה ממש, ודאי דהוי גדולה בקנין, וכל הצד דתקנה רכוב במקום מנהיג הוא דבכה"ג לא נאמר קנין משיכה, אשר ביאורו, דכיון דעושה הרכוב מעשה הוראת בעלותלא מהני בכה"ג ההכנסה לרשותו דעל ידי המשיכה, דבכה"ג לא חשיב הכנסה לרשותו כלל, אבל הא מיהא פשיטא דאילו היה נאמר אף בכה"ג קנין משיכה ודאי דהיא הגדולה בקנין. וכל זה לשיטת רש"י, אבל לשיטת התוס' הרי אף רכוב קנין דמשיכה הוא, וביסוד דינם וכחם שוין רכוב ומנהיג וליכא פשיטות הי מינייהו חשוב מחבירו, ואדרבה, זהו יסוד ספיקת הש"ס אי רכוב עדיף משום דלבד המשיכה שבו תפוס הוא במוסירה או דלא חשיבא הך הליכה דמחמת הרוכב ובטלה למשיכת המנהיג.

ועל דרך שבארנו דברי רש"י נראה דיתבארו גם דברי הרמב"ם, דנראה דיסוד החילוק בין מציאה לבין מקח וממכר הוא דהך קנין דרכוב, אשר יסודו הוראת בעלות, לא מהני אלא במציאה דלא בעינן בה אלא שיראה שהוא הבעלים, כלומר, דתיחשב שהגיע לידו, וכדברי הרמב"ם הנ"ל ריש פי"ז גזו"א, אבל במקח וממכר הרי בעינן להוציא מרשות המוכר ולהכניס לרשות הלוקח, אשר בזה, נהי דמצד הוראת בעלות דהלוקח סגי ברכוב לחודי', מ"מ לא סגי בזה בכדי להוציאו מרשות המוכר, אשר לזה ע"כ דבעינן שינהיגנה ברגליו, אשר זה קנין משיכה, ותו לא בעינן בזה להגיע לקנין המחודש דרכוב. וכ"ה נמי כונת המאירי לחלק בין מציאה לבין מקח וממכר. ובדברי הרמב"ם נראה עוד דבאמת לא בעינן מנהיג ברגליו כלל, רק במציאה סגי בהא דרכוב גרידא ואילו במקח וממכר בעינן דתהלך על ידי הרכיבה, וכפשטות לישנא דהרמב"ם, והיינו משום דס"ל להרמב"ם דאם אך אזלא מחמת הרוכב שוב שפיר קנה מצד משיכה, ובזה לא היה נידון כלל, וכל הנידון בסוגיין ברכוב גדידא, וכדברי רש"י. וכן מבואר בריצב"ש בשט"מ ד"ה מנהיג ברגליו דהא פשיטא דאם הולכת מחמת רכיבתו אפי' אין מנהיג ברגליו קנה מדין משיכה, דמה לי מנהיג ברגליו מה לי מחמת רכיבה, הרי אפי' בקורא לה והיא באה חשיב שפיר משיכה.

ומאי דס"ל להרמב"ם דמהני רכוב היכא דמנהיג ברגליו לקנות אף ברה"ר, ודלא ככל קנין משיכה, נראה ביאורא דמילתא, דמאי דלא קניא משיכה ברה"ר נראה דאין החסרון מצד ההוצאה מרשות המוכר, דכל כמה דמשכו הלוקח ממנו שפיר הוציאו מרשותו, אלא כל החסרון בזה הוא מצד ההכנסה לרשות הלוקח, דברה"ר לא חשיב שהכניסו לרשותו. ויסוד ד"ז מבואר להדיא בדברי הרמ"ה בב"ב דף ע"ו, ע"ש שכתב בא"ד, וז"ל: אבל אינה קונה (משיכה) לא ברשות הרבים ולא ברשות שאינה של שניהם וכו' מ"ט דמשיכה כי קניא **לאו מחמת דעקרה לה מדוכתה בלחוד הוא דקניא** אלא משום דעקרה מדוכתה ואוקמה בדוכתא דאית לי' רשותא ללוקוח לאוקמה בגווה **דהו"ל כמאן דעיילי' לרשותי** והכא ברה"ר וכו' כיון דלית לי' רשותא ללוקח לאנוחי בה מידי **לאו כמאן דעיילי' לרשותי' דמי** וכו', עכ"ל. הרי להדיא מדבריו דאיתנהו לב' חלקים הנ"ל בקנין משיכה, והחסרון דרה"ר הוא במאי דלא חשיב דעיילי' לרשותי' ולא במאי דבעינן שיהא עוקר לה מדוכתה, והוא להדיא כמשנ"ת.

ויסוד לזה מדברי הרמב"ם, ממאי דפסק גבי קנין משיכה דבהא דנכנסה מקצתה לרשותו סגי, והשיג עליו הראב"ד דהא בעינן שתעקור יד ורגל, וכתבו בדעת הרמב"ם דנהי דבעינן שתעקור יד ורגל, מ"מ אין עקירה זאת צריכה להיות ברשותו וההכנסה לרשותו סגי שתהא הכנסת מקצתה. וגדר הדברים, דהא דבעינן שתעקר יד ורגל הוא זה דין במעשה הקנין דמשיכה המוציאו מרשות המוכר, אשר אין זה צריך להיות ברשות הלוקח, ולדין הכנסה לרשותו של לוקח לעולם סגי במאי דנכנסה מקצתה לרשותו. אשר לפ"ז נראה, דנהי דלא קניא משיכה ברה"ר, מ"מ הרי אין זה אלא משום דחסר בהכנסה לרשות המוכר, אך ברכוב ומנהיג ברגליו, נהי דמתורת משיכה אין לדון דיהא בזה משום הכנסה לרשותו, מ"מ מצד קנין רכוב הרי שפיר אית בזה הכנסה לרשותו, ואילו ההוצאה מרשות המוכר, בזה שפיר מהניא משיכה אף ברה"ר, וכמשנ"ת, אשר ממילא שפיר קונה רכוב ומנהיג ברגליו אף ברה"ר. ומדוקדק היטב לשונו של הרמב"ם ששינה בזה וכתב דקונה מצד רכוב והוא שתהלך ברגליו, דבזה עצם ההכנסה לרשותו על ידי קנין דרכוב הוא, רק דבעינן לפרט זה דמשיכה דמוציאה מרשות המוכר, ולעולם אינו קונה מצד קנין משיכה גרידא כבשאר דוכתי, ומבואר היטב שינוי לשונו בזה. ואתיא שפיר לפ"ז מאי דתלו לקמן דף ט' דין רכוב ומנהיג ברגליו ברה"ר בדין רכוב לחודי', דאם אך נימא דרכוב לחודי' לא קני, היינו משום דלא חשוב שהוא עשה מעשה כעלל אלא הבהמה משיאה אותו אשר אין בזה משום הוראת בעלות כלל, וא"כ פשיטא דלא יקנה ברה"ר כיון דבעינן להכנסה לרשותו דקנין רכוב ולא מהני בזה משיכה גרידא, ודוק היטב.

קעט) היכי פשיט מר רכוב מיושב יושב לא תפיס במוסירה רכוב תפיס במוסירה- צ"ב לכאורה מה הקשה, הא סו"ס מאי דקני רכוב הוא מצד הא דאזלא מחמתי', והא דתפוס במסוריה אינו אלא מעלה במשיכה או סברא דלא תהני משיכה דמנהיג במקומה, וא"כ שפיר מוכח מיושב דלא חשיב אזלא מחמתי' ושוב לא שייך למימר דרכוב קונה. ומוכרח לכאורה דאביי שהקשה כן הוה ס"ל דברכוב עיקר הקנין מצד המוסירה הוא ולא מחמת הא דאזלא מחמתי', אשר ע"ז תירצו לו דמוסירה לא קני וע"כ דאי קני קני מצד הא דאזלא מחמתי', אשר בזה שפיר הוכיחו מכלאים דלא אזלא מחמתי'. אכן זהו דחוק לכאורה בלישנא דהש"ס, דאיתא דיושב לא תפוס במוסירה, דמשמע לכאורה דאילו היה תפוס במוסירה היה חייב לענין כלאים, והרי אין הדבר כן, דכיון דלא אזלא מחמתי' לית בזה חיוב כלאים אף דתפוס במוסירה. והנה למשנ"ת בדברי הרמב"ן דס"ל דאף דבעינן דיהא אזלא מחמתי' מ"מ יסוד הקנין בזה הוא מדין רכוב ולא מדין משיכה, י"ל דמאי דיושב פטור בכלאים זהו משום דאף דאזלא מחמתי', מ"מ לא חשיבא רכיבה גרידא מעשה, אשר בזה שפיר אמרינן דיתכן דאי תפוס במוסירה שפיר חשיבא מעשה ושפיר חייב על ידי דאזלא מחמתי', ומהאי טעמא הוא נמי דקני. ולקמן יתבאר דאף התוס' ס"ל הכי בגדר קנין רכוב היכא דאזלא מחמתי', אלא דהרא"ש פליג, עי' לקמן אות קע"ג.

קפ) רש"י ד"ה ומהו לשון מוסירה- שמוסרין אותו בו ללוקח- מבואר מדבריו כשיטתו דלקנין מסירה בעינן שתהא מסירה מיד ליד, וכן הוא פשטות לישנא דהש"ס. ועי' תוס' קידושין כ"ה ע"ב מה שהקשו על שיטתו זו. ולדעת החולקים דלא בעינן לקנין מסירה מסירה מיד ליד, עכ"פ בעינן לעיקר הקנין שיהא אומר לך חזק וקני, והוא בכלל לישנא דהש"ס כמש"כ בריטב"א החדשים דמסר לי' באמירה. ובין לדברי רש"י בין לדברי הריטב"א ביאור גדר קנין מסירה הוא דאינו כמשיכה ושאר מעשה הקנינים שנעשים בעיקר על ידי הלוקח בהסכמת המוכר, אלא עיקר קנין דמסירה על ידי המוכר הוע שנעשה, שמוסרו ללוקח, ולא נחלוקו אלא אי בענין מעשה מסירה ממש או דסגי באמירתו דליחשב כמוסרו לו.

קפא) רש"י ד"ה אלא לאו רבנן- ואשמעינן דביושב הוא דפטור אבל רכוב לא ותיובתא לרב יהודה דפשט

רוכב מיושב- צ"ב לכאורה אמאי לא פירש בפשטות דהוי תיובתא אדברי שמואל שאמר דמוסירה לא קנה וממילא רכוב לא קנה, ואילו במתני' מבואר דרכוב קנה, וכה"ק בשט"מ בשם ר"י אבוהב, ע"ש שכתב דלכך נאיד רש"י מפירוש זה משום דמתני' איירי במקח וממכר ובמקח וממכר מוסירה קני.

ט' ע"א

קפב) תוד"ה מושך ומנהיג אין אבל רכוב לא- וי"ל כיון שישמיענו שמשיכה והנהגה שניהם קנו בגמל ובחמור פשיטא שאין אחד מבטל חבירו משום דהאי אורחי' והאי לאו אורחי' וכו'- היינו משום דאף היכא דלאו אורחי' בכך מ"מ לא חסר בעצם החפצא דמעשה הקנין, ומאחר דאשמעינן דקונה אף דלאו אורחי' בכך שוב פשוט שלא יבטל האחד את חבירו, ודלא דרכוב במקום מנהיג דס"ל להתוס' דהשאלה היא אי מבטל האחד את חבירו, דהתם כיון דתרוייהו משום משיכה נינהו הפירוש הוא דהאחד מגרע במעשה השני, וזה שפיר הוי חידוש

וברמב"ם מבואר דיעה אחרת בזה, עי' פי"ז מהל' גזו"א ה"ה שכתב, וז"ל: שנים שראו גמל או חמור של מציאה וקדמו שניהם והנהיגוהו או משכוהו או שהיה אחד מנהיג ואחד מושך קנו שניהם בד"א בחמור אבל בגמל אם היה אחד מנהיג ואחד מושך המושך קנה אבל לא המנהיג, עכ"ל. ומבואר מדבריו דאף דבשניהם מנהיגים בגמל קנו שניהם, מ"מ אם אחד הנהיג ואחד משך קנה המושך ולא המנהיג, ודלא כדברי התוס', והיינו משום דבכה"ג הקנין דאורחי' מבטל מאי דלאו אורחי', והיינו כאיכא דאמרי בסוגיין. וע"ש בכס"מ דמבואר שפירש הרמב"ם דמאי דקאמר דאיכא חד דלא קנה היינו בכה"ג דאחד מנהיג ואחד מושך, אבל בשניהם מושכים או שניהם מנהיגים לעולם קנו תרוייהו. אכן יעויין בביאור הגר"א חו"מ רע"א סק"א שפירש דמיתלא תליא הך מילתא בלישנא קמא ובאיכא דמותיב מסיפא, דללישנא קמא בגמל דלא קנה לא קנו אפי' שניהם מנהיגים, אלא דהרמב"ם פסק כאיכא דמותיב לה מסיפא, וכאיכא דאמרי, ולאיכא דמותיב לה אין הנידון אלא באחד מנהיג ואחד מושך ולא בב' מנהיגים, דבזה שפיר קנו שניהם. ולכאורה אין מובן האיך תליא הך מילתא בב' לשונות דהגמ', וכבר עמד על זה באבן האזל, ע"ש מש"כ בביאור דברי הרמב"ם.

קפג) רש"י ד"ה אי הכי- דלתנא קמא איפכא קני וכו'- דבריו צ"ב לכאורה, כאשר הקשה בחידושי הרמב"ן, דמאי אי הכי שייך בזה, הרי מפשטא דמימרא דת"ק מבואר דאיפכא קני ואין זה קשור למה שתירצו. ולדברי התוס' אתי שפיר, ואכמ"ל.

קפד) רש"י ד"ה שמע מינה רכוב קני- וכיון דשלא במקום מנהיג קני כולי' במקום מנהיג פלגי- דבריו לכאורה צ"ב, כאשר הקשה בחידושי הרשב"א, דהא לעיל אמרינן להדיא דאף דרכוב לחודי' קני מ"מ מיבעיא לן ברכוב במקום מנהיג, ואף דמנהיג ודאי דלחודי' קני מ"מ מיבעיא לן שמא במקום רכוב אינו קונה, עי' מהרש"א שהאריך בזה. ועי' בית הלוי הנ"ל שתירץ ע"פ דרכו דהכא מדלא קני מוסירה מוכח דמיירי בלא אזלא מחמתי', דאילו הוה אזלא מחמתי' היה זה קנין משיכה והיה קונה אף המוסירה, אע"כ דקונה מצד עצם הרכיבה גרידא, וכיון דבכה"ג רכוב ומנהיג ב' קנינים נפרדים הם שוב לא שייך בזה שיבטל האחד את השני ושפיר כתב רש"י דבמקום מנהיג פלגי. ובקצוה"ח סי' רס"ט סק"ב ביאר דברי רש"י ע"פ דרכו בסוגיין דכל השאלה דרכוב במקום מנהיג הוא לענין מוחזקות, ע"ש מש"כ בזה.

ולמשנ"ת לעיל בדעת רש"י דלשיטתו כל השאלה דרכוב במקום מנהיג אינה אלא היכא דזה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי, אבל היכא דשניהם מודים שענשו יחד פשיטא דקניין תרוייהו, לפ"ז מבוארים דברי רשי כפשוטן, דהא הכא מיירי שהיה כן שעשו תרוייהו יחד, אשר ממילא אם אך אמרינן דחשיהא רכיבה מעשה קנין פשוט דאף שיעשו יחד רכוב ומנהיג שיקנו שניהם, דהא ליכא סתירה בין זה לזה, וע"ד שנתבאר לעיל, ודוק.

ועי' תוס' הרא"ש שביאר דברי רש"י באופן אחר, דלפי המסקנא דעל רכוב לחודי' קאמר שמואל דלא קנה לא נאמר אותה סברא שהיה רב יוסף רוצה לומר תחלה דאפי' אי רכוב קני במקום מנהיג לא קני כי סברא דחוקה היתה , ע"ש כל דבריו.

קפה) רש"י ד"ה נקני נמי רכוב במוסירה- שבראש החמור שהוא תכשיט החמור וכחמור דמי- מבואר מדבריו דקושי' זו לא שייכא כלל למאי דמוקמינן לה במנהיג ברגליו, עי' חידושי הריטב"א החדשים שדקדק כן מדבריו. ולדידי' לעולם לא הוה סבור המקשה שיקנה אלא בי פגיה ולא כל המוסירה, וא"כ מה שתירצו לו עד המסקנא היינו משום דלא הבינו קושייתו, כל זה כתב הריטב"א, ויישב בזה קושיית תוס' הרא"ש., ע"ש.

קפו) תוד"ה ונקני נמי רכוב במוסירה- אי אמרת בשלמא כשאין מנהיג ברגליו ורכוב קני הבהמה משום דתפיס בה א"ש דלא קני מוסירה וכו'- דבריהם לכאורה צ"ב, דהא כתבו לעיל ח' ע"ב דרכוב ע"כ דמיירי דאזלא קצת מחמתי', ובפשטות קנינו משום משיכה הוא, וא"כ אף למאי דלא מיירי במנהיג ברגליו יקנה מוסירה מדין משיכה. ועי' תוס' הרא"ש שבאמת כתב כן, ופי' באופן אחר, דאף דקני מדין משיכה מ"מ סוג משיכה אחרת היא שהוא יושב עליה ומעצמה אזלה ובזה פשיטא שאין הכלים נקנים בקניית הבהמה, אלא דאי מיירי במנהיג ברגליו א"כ משיכה גמורה היא, אכן מדברי התוס' מבואר דלא כדבריו, וצ"ב כנ"ל, עי' מהר"ם שי"ף. ונראה לכאורה מדבריהם ע"ד שכתבנו לעיל בדעת הרמב"ן והשיטה לא נודע למי בב"ב, דאף דבעינן לרכוב הא דאזלא קצת מחמתי', מ"מ אין קנינו משום משיכה אלא קנין מסויים דרכוב הוא, אלא דרש"י ס"ל דבעצם מה שהוא רכוב ויכול ללכת מחמתו סגי דליחשב מעשה קנין, והתוס' ס"ל דאי לא אזלא מחמתי' כלל לא חשיב מעשה קנין, אבל היכא דאזלא קצת מחמתי' שפיר חשיב מעשה קנין דרכוב אף דלענין משיכה אל הוה מהני בכה"ג, אשר זהו שכתבו דבלא מנהיג ברגליו קני בהמה משום שתפוס בה, דר"ל במעשה קנין דרכוב, וכמשנ"ת.

ועי' גם חידושי הריטב"א החדשים שפירש דמאי דבלא מנהיג ברגליו לא היה קונה מוסירה זה משום דכיון דאינו מנהיגה אינו צריך למוסירה ואינו מכוין לקנותה, והוא דלא כדברי התוס'.

קפז) בשלמא רכוב קני דקמגבה לי' בן דעת- צ"ב לכאורה, דהא רכוב דקנה מדין משיכה הוא דקנה, ואילו תפוס במוסירה הגבהה עביד, והאיך מצטרפין משיכה בהדי' הגבהה. ובתוספי תוס' להרא"ש בשט"מ לעיל דף ח' ע"א הביא ראיה מהכא דקנין אחד מבטל קנין חבירו, אשר לדידי' שפיר מתפרש הכא דבאמת הוה סגי מצד משיכתו גרידא, אלא דהגבהת השני לעצמו היה מבטל קנינו, אשר לזה הוא דבעינן ליסוד דינא דהמגביה מציאה לחבירו בכדי שלא יתבטל קנין משיכתו, אכן להני ראשונים החולקים על הרא"ש צ"ב לכאורה כנ"ל. ולכאורה צ"ל לדבריהם דלעולם בהגבהה כלול ג"כ משיכה והיה שפיר מצטרף למשיכת המנהיג ברגליו מדין המגביה מציאה לחבירו דעי"ז כל החפץ נמשך ממקומו, ועדיין צ"ע בזה.

קפח) רש"י ד"ה אלא תפיס במוסירה במאי קני- והגבהת הפקר לא קניא עד דעקר לכולי'- צ"ב דקדוק לשונו שכתב דהגבהת הפקר לא מהני עד דעקר לכולי', דמשמע דהפקר דווקא, אבל היכא דאיכא דעת מקנה שפיר סגי לקנות החצי אף דליכא הגבהת כולה,

ולכאורה אף היכא דאיכא דעת אחרת מקנה מ"מ הרי חסר בעצם מעשה ההגבהה.
ומדברי רש"י מבואר דהחסרון בהגבהת התפוס במוסירה הוא דלעצם מעשה הקנין בעינן שיעקור כולו, והוא דלא כדברי הרא"ש הנ"ל באות קע"ד. ועפ"ז י"ל דיסוד החסרון במעשה הוא דצריך להגביה את כולו אפי' בכדי לקנות את חציו, ולא משום דמבטל חבירו מעשה דידי', אשר בזה שפיר יש לחלק בין מציאה לבין מקו"מ, דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן מעשה כ"כ גדול כמו היכא דצריך ליצור בעלות מעצמו. והרא"ש כאן פירש באמת בזה דהחסרון הוא דהרכוב מבטל קנינו של התפוס במוסירה, ודלא כדברי רש"י.

קפט) רבי אבהו אמר לעולם כדקתני הואיל ויכול לנתקה ולהביאה אצלו- צ"ב **לכאורה** האיך מהני דבר זה לקנות אפי' בית פגיה, דהא בית פגיה פירש רש"י שהוא בראש החמור וכחמור דמי ואינו נקנה במעשה קנין בפני עצמו דנימא דמאי דיכול לנתקה מבטלו. ועכצ"ל דעד כמה דעל ידי שיכול לנתקה ינתק אף בית פגיה, שוב אין דבר זה שהוא בראש החמור נחשב כחמור.

קצ) רש"י ד"ה הואיל ויכול- דהואיל וראש החמור גבוה נוח להביאה אצלו בנתיקה אחת- משמע לכאורה דבטלית קצר אף דמונח חציו השני ע"ג קרקע ואינו גבוה מן הקרקע מ"מ כעיון דעל ידי נתיקה אחת יכול להביאה אצלו שפיר יקנה, וא"כ לכאורה הו"ל להש"ס להקשות בלא עמוד, דנמצא דאיכא נפ"מ בין טלית לטלית. אכן עי' חידושי הריטב"א החדשים שכתב, וז"ל: פירוש כי כשילך לדרכו תנתק ותלך עמו ותהא מוגבהת מאליה מע"ג קרקע בלי שיגביה זה ידו כיון שראש החמור מוגבה והיינו דמדמינן לה לכשראשה אחד על העמוד וכו' וא"כ היה לנו לומר שהוא כאילו הגביהו כבר וליקני, עכ"ל. ולדידי' פשוט דאף בטלית קטן המונח ע"ג קרקע לא שייכי דברי ר' אבהו, דהא סו"ס אי לאו פעולה מסויימת לא יהיה חציו השני מוגבה מאליו, וודאי דלא חשבינן לי' כאילו הגביהו כבר, אכן לדעת רש"י צ"ב כנ"ל, דאין משמע מדבריו כדברי הריטב"א.

קצא) והא דר' אבהו בדותא היא- מכאן הקשה הש"ך בסי' קצ"ה סק"ו על דברי הרמב"ם בפ"ה מכירה ה"ז שכתב דאם אוחז המוכר את הכלי אחיזה כזו שיכול לנתקו, אף שאינו אוחז גע"ג מ"מ קנה הלוקח, דהכא הרי מבואר דעל ידי שיכול לנתקה אינו קונה. והגר"א בליקוטין על הרמב"ם (הובאו הדברים במהדורת פרנקל) כתב דמקור דברי הרמב"ם הוא מדברי ר' אבהו בסוגיין, אלא שהקשה דהא מסקינן דר' אבהו בדותא היא. וכתב בנתיה"מ שם סק"ב דמאי דמסקינן הכא דאינו קונה היינו דאינו קונה מה שיכול לנתקו, אבל החלק שהוגבה מע"ג קרקע שפיר קונה כיון דיכול לנתקו. ויסוד הסברא בזה, דס"ל להרמב"ם דבאמת מצד הגבהה דידי' שפיר היה קונה מה שהגביה, רק דעל ידי שהדבר אגוד למה שהוא ביד חבירו או במקום הפקר משו"ה הוא דאינו קונה, ולזה שפיר מהני הא דיכול לנתקה דלא ליחשב אגוד. אכן לקנות מה שיכול לנתק, בזה הרי בעינן שיחשב היכול לנתק מעשה קנין, וזהו חידושא דר' אבהו ובזה הוא דאמרינן דדר' אבהו בדותא היא, ומבוארים דברי הרמב"ם.

קצב) תוד"ה דאי לא תימא הכי טלית שחציה כו'- ק"ק מנ"ל שלא יחלוק רבי אבהו אף בזה- ורש"י פירש דיסוד הקושי' הוא משום דלא אשכחן תנא דמפליג בהכי.

קצג) תוד"ה אי הכי רכוב בעיר מאי טעמא לא קני- אא"ב לא מיירי במנהיג ברגליו לכך בעיר לא קני דלא אזלא מחמתי' לפי שיש שם בני אדם שמדברים יחד- וכ"פ בריטב"א דהיינו טעמא דאינו קונה בעיר היכא דאין מנהיגה ברגליו משום דלא אזלא מחמתי'. אכן עי' תוס' הרא"ש דמבואר מדבריו דאף דלא מנהיגה ברגליו אין החסרון אלא משום דלאו אורחי' כדמסקינן היכא דמנהיגה ברגליו. ובדברי רש"י דלקנין רכוב לא בעינן דיהא אזלא מחמתי' ודאי דמאי דאינו קונה בעיר אף דאין מנהיגה ברגליו אינו אלא משום דלאו אורחי' בכך.
והנה דברי הרא"ש צ"ב לכאורה, דכתב דמאי דלאו אורחי' להיות רכוב הוא משום דבעיר לא אזלא מחמתי', ולכאורה כיון דהרא"ש הרי ס"ל דלומר דרכוב קונה בעינן דיהא אזלא מחמתי' הרי במאי דלא אזלא מחמתי' סגי לבאר אמאי אינו קונה. ועכצ"ל דכונתו, דטבע הדברים הוא דלא אזלא מחמתי', ומכיון שכן אף אי בפעם מן הפעמים ירכב ותיזל מחמתי' אינו קונה משום דכיון דעל הכלל לא אזלא מחמתי' לאו אורחי' הוא. ונראה דהתוס' ודאי דלא פליגי אמציאות זו דשייך במציאות דכשרוכב בעיר תיזל מחמתי' רק דעל הכלל אינו כן, ומאי דלא הוצרכו התוס' לומר דה"ט משום דלאו אורחי', נראה דהתוס' והרא"ש לשיטתו אזלי, דלשיטת התוס' נתבאר לעיל דאף לבכדי שיקנה רכוב לחודיא בעינן שתהא אזלא מחמתי', מ"מ אין יסוד הקנין דרכוב מדין משיכה אלא דין מסויים דרכוב ותפוס במוסירה הוא רק דלא חשיב מעשה קנין דרכוב אי לא אזלא מחמתי', ואילו מדברי הרא"ש לעיל נתבאר דס"ל דמאי דקני רכוב לחודי' הוא משום דכיון דאזלא מחמתי' הו"ל כמשיכה. אשר לפ"ז נראה, דלשיטת התוס', כיון דעל הכלל לא אזלא מחמתי', הרי אין רכיבה בעיר חשובה מעשה קנין, אשר ממילא אף באופן שבאמת תיזל מחמתי' מ"מ לא קני, דמעשה רכיבה בכה"ג לאו מעשה קנין הוא. אכן להרא"ש לשיטתו הרי מאי דקני רכוב היכא דאזלא מחמתי' מדין משיכה הוא, אשר ממילא, אם אך אזלא מחמתי', אף דעל הכלל אינו כן, מ"מ עד כמה דאזלא מחמתי' שפיר הויא משיכה מעלייתא וקני, אשר משו"ה הוא דהוצרך לומר דמאי דלא קני הוא משום דלאו אורחי' הוא, אך לשיטת התוס' לא בעינן לזה דכיון דעל הכלל לא אזלא לאו מעשה קנין הוא.

קצד) הגביה ארנקי בשבת וכו' הכי נמי דלא קני- לדיעות דאמרינן כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני אף באיסורים דרבנן, מאי דלא אמרינן כן הכא וחל הקנין, עי' תשו' הגרע"א מהדו"ק סי' קע"ד, דיש לדון דהיכא דיומא קגרים לא אמרינן דאי עביד לא מהני, והוא משום דע"כ דאין העבירה גורמת המעשה כיון דבשאר ימים הדבר מותר, אשר לא שייך בזה אי עביד לא מהני. ועוד מבואר מדברי הגרע"א שם דהיכא דאי אפשר לומר שאמרה תורה שלא יוכל לעשות חלות מסויים לא שייך לומר אי עביד לא מהני, אשר ממילא בכגון נ"ד דאין האיסור מצד הקנין עצמו אלא משום מוקצה אין לומר דבאיסור מוקצה מונח שאינו יכול לעשות קנין דהא דברים נפרדים הם. וכן י"ל דלא אמרינן דאי עביד לא מהני אלא היכא דעל ידי כך יתוקן העבירה, והכא הרי גם אם לא יחול הקנין עדיין עבר איסור מוקצה.

ט' ע"ב

קצה) אי רה"ר הוא קני- אף דקנין רכוב משום דאזלא מחמתי' הוא והיינו לכאורה מדין משיכה, ומשיכה לא קניא ברה"ר, (והעירו בזה בקצוה"ח סי' קצ"ז סק"ב וכן בחידושי הגרע"א, עי' מאירי שכתב ד"רכיבה בהנהגה יותר הוא על משיכה וקונה אף ברה"ר". וביאור דבריו ע"ד שכתבנו לעיל בביאור דברי הרמב"ם, (אלא דלהרמב"ם לא ברירא דבעינן מנהיג ברגליו כלל ויתכן דסגי במאי דאזלא מחמתי' מצד הרכיבה עצמה), דהחסרון דמשיכה ברה"ר הוא מצד הוראת הבעלות ולא מצד הוצאה מרשות המוכר, אשר לזה מהני מאי דהוא רכוב, דיסוד קנינא דרכוב הוא דהוי מעשה קנין מצד עצמו, ואף דלא מהני לענין מכירה ובעינן שיהא מנהיגה ברגליו, זהו מצד דלא

סגי במעשה בעלות דרכוב להוציאה מרשות לוקח, וכמשנ"ת לעיל. וס"ל להמאירי דמחמת הא דאזלא מחמתי' מצד הרכיבה אין לדון שיחשב משיכה, ודלא כדברי הרמב"ם הנ"ל.
ובתוס' רי"ד בסוגיין כתב לחלק בין משיכת מטלטלין לבין משיכת בעלי חיים, דמשיכת מטלטלין עיקר הקנין הוא במה שמושכו אליו, אשר זה לא מהני ברה"ר, אכן עיקר משיכת בעל חי אינו תלוי אלא בעקירת יד ורגל, דעיקר המשיכה הוא במה שמוליכו בפניו, וזה שפיר שייך אף ברה"ר. ויסוד דבריו, דמשיכת מטלטלין הוא ביסודו הכנסה לרשותו אשר זה לא שייך ברה"ר, משא"כ משיכת בעלי חיים יסודו הנהגה, וזה שפיר שייך גם ברה"ר. ועי' נתיה"מ סי' קצ"ז סקי"ב מש"כ בזה.
והנה להרא"ש והטור גירסא אחרת בסוגיין, עי' הגהות הגר"א, ולדידהו בסמטא כו"ע קנו ברכיבה, ומאי דלא קנה אדם בינוני ברכיבה זהו ברה"ר. ודבריהם לכאורה צ"ב, דלפ"ז נמצא דמאי דאיתא דרכוב בשדה ומנהיג בשדה זהו ברה"ר, דדדווקא ברה"ר הוא דלא קנה רכוב, וע"כ הא דקונה מנהיג בעיר מיירי ברה"ר, וצ"ב, דא מנהיג היינו משיכה פשוטה והאיך קנייה ברה"ר.

קצו) תוד"ה משוך בהמה זו וקני כלים שעליה כו'- מבעיא לי' כיון דמשיכת הבהמה שהולכת מעצמה לא שייכא בכלים לא יקנה הכלים אבל אם אמר משוך קופה וקני כלים שבתוכה פשיטא לי' דקני- מבואר מדבריהם דיסוד שאלת הגמ' הוא אי קני מדין משיכה, דמשיכת קופה ודאי דמהניא לקנות כלים ומשיכת בהמה מיבעיא לן, וכ"כ בתוס' הרא"ש בסוגיין. ועי' רא"ש פרק המוכר את הספינה סי' ט"ו שכתב אף התם כן, אלא דחילק בין בהמה לבין קופה באופן אחר, והוא משום דבהמה אין נעשית בסיס לכלים אשר על כן מיבעיא לן, משא"כ קופה שפיר נעשית בסיס לכלים, כלומר, וחשיב ודאי כמשיכת הכלים עצמן. ויסוד השאלה, דודאי חשיב משיכה בבהמה ולא בכלים (בין מטעם התוס' והרא"ש בסוגיין בין מטעם הרא"ש בב"ב), ומיבעיא לן אי מהניא משיכת הבהמה לקנות הכלים. ואפשר דלהרא"ש בעינן באמת לב' הטעמים, דמאי דאין משיכתן שוה לא מהניא אלא דנימא דהיכא דמשך הבהמה משתייכת משיכה כזו לבהמה ולא לכלים שעליה, אבל אילו הוה אמרינן דבטלה הבהמה להכלים שוב ממילא הוה חשיב שעשה משיכה בכלים עצמן, ובזה לא איכפת לן במה שאין משיכתן שוה, לכך הוצרך הרא"ש לפרש דאין הבהמה נעשית טפילה לכלים, משא"כ בקופה. אך בקופה לעולם קנה הכלים מב' טעמים, הא', דמשיכתן שוה, והב', דנעשית הקופה טפילה לכלים שבה, ועדיין צ"ע בזה, דלכאורה טעמא דאין משיכתן שוה הוא דלא שייך שיקנה כלים על ידי משיכה כזו, וא"כ אף בנעשית הבהמה טפילה לכלים אינו קונה.
ויותר נראה, דמאי דיהני משיכה דבהמה לקנות כלים שעליה יש להבינו בב' אופנים, דיש לומר דמאחר דלמעשה זזים הכלים דנין על זה כמעשה קנין בכלים, ואי נימא הכי, הוי יסוד הספק אי יכול ליחשב כמעשה קנין בכלים מעשה דלא שייך בכלים כשהם לעצמן, ועל זה יהיה הסברא דבקופה וכלים שבו מהני כמו שכתבו התוס' והרא"ש בסוגיין דמאחר דהוי אותו סוג משיכה שפיר חשיב מעשה קנין בכלים. אכן יש לבאר דמאי דמהני משיכה דבהמה לקנות כלים שעליו היינו משום דאף דודאי חשיב דהוי מעשה בבהמה ולא בכלים, מ"מ עד כמה דעל ידי מעשה זו זזו הכלים שפיר מהני מעשה משיכה דהבהמה לקנות הכלים. ויסוד הספק לפ"ז הוא אי מהניא מעשה שנעשה בבהמה שאינו קונה לקנות הכלים. ויסוד הספק הוא אפי' בדבר דשייך בו אותו הסוג משיכה, כיון דמסתפקינן דלא מהני מעשה בדבר אחד לקנות דבר אחד. ובקופה פשיטא דמהני משום דנעשית הקופה בסיס לכלים, והויין כדבר אחד אשר ממילא שפיר מהניא המעשה שנעשה קופה לקנות הכלים, והוא כדברי הרא"ש הנ"ל בהמוכר את הספינה. באופן דביאר הרא"ש דדנין משני הצדדים, בין אי נימא דחשיב דלעולם הוי מעשה קנין בבהמה ולא בכלים, בין אי נימא דחשיב מעשה בכלים, וכשמנ"ת.
ובתוס' רי"ד כתב, וז"ל: דדווקא בבע"ח קמבעיא לי' אבל אם היה ספסל מלא על גביו כלים וא"ל משוך ספסל זה לקנות כלים שעליו אע"פ שלא הוקנה לו הספסל קנה כלים שעליו שהרי הכלים בכחו נמשכים ומה לי משכן בפ"ע מה לי משכן עם הספסל שתחתיהן ולא מיבעיא לי' אלא בבהמה דהיא בעלי חיים ומשום דהיא אזלא מאליה ומושכת כלים שעל גבה ולאו בכחו של זה נמשכו התם מבע"ל אם מהני משיכה דעבד לבהמה לקנות כלים שעליה אי לא, עכ"ל. ולדבריו מאי דפשיטא בקופה היינו משום כיון דסו"ס זזו הכלים שפיר חשיב בהו משיכה אף שלא עשה בהו מעשה, ורק בבהמה הוא דאיכא לאיסתפוקי אי מהני מעשה בבהמה לקנות הכלים כיון דלא נמשכו מכחו, דבהמה אזלא מאליה.
אכן הרמב"ן הרשב"א והריטב"א פירשו דאין השאלה מדין משיכה אלא שיקנה מדין חצר, ויסוד השאלה היא דאף דודאי חצר שאולה קונה, מ"מ הכא דלא השאיל לו אלא לקנות מיבעיא לן. ולדברי התוס' והרא"ש פשיטא דאילו היה במשמעות לשונו שיקנה מדין חצר שהיה קונה, אלא דלישנא דמשוך בהמה וכו' לא משמע הכי, כאשר כתבו התוס' בסוף דבריהם[33]. ומה שדנו בסוגיין להראשונים הנ"ל דווקא מצד חצר ולא מדין משיכה, עי' רמב"ן שכתב דפשוט דבכה"ג לא חשיב משיכה, "שהרי הכלים מונחין ועומדים הן ובהמה הוא דמסגיא וכיון שכן ליכא משיכה בכלים". והוא להדיא דלא כסברת התוס' רי"ד הנ"ל, ופליגי כנראה בעיקר יסוד קנין משיכה אי בעינן משיכה בהדבר עצמו. אולם בחידושי הרשב"א מבואר להיפך, דבמשיכה פשיטא דקונה ולא חילק כמו שחילקו התוס', הרא"ש והתוס' רי"ד, אלא דהכא כיון דאמר לי' קני כלים ולא אמר משוך כלים קפידא הוי דלא ליקנו במשיכה אלא בחצר.
ולשיטת הרמב"ן, הרשב"א והריטב"א שאלת הש"ס היא גם במשוך קופה וקנה כלים שבתוכה, ומאי דמיבעיא לן דווקא בבהמה כתב הרשב"א דחדא מגו חדא קא מבעיא לי', ע"ש מש"כ בזה.

קצז) תוד"ה משום בהמה זו וקני כלים שעליה כו'- א"נ התם כשמשך החמרין ולא משך החמור- והוסיף בתוס' הרא"ש דלא חשיבא משיכה של הלוקח מפני שהחמרים הם שמנהיגים את החמורים. אכן יעויין ברשב"ם שם סוד"ה בין פסק עד שלא מדד שכתב, וז"ל: והך משיכה לאו משיכה היא לקנות שהרי האדם הוא מושך ומשיכת אדם טעון פירות לא מהניא לקנות את הפירות עד שימשוך הפירות עצמן, עכ"ל, הרי דפירש דבאמת הפירות הם על גוף החמרים ומ"מ לא קנה מטעם הנ"ל, והוא לכאורה על דרך הרמב"ן, דבעינן שתהא משיכה בגוף הפירות. ולדידי' ע"כ דהשאלה בסוגיין היא שיקנה בחצר, וכדברי הרמב"ן ודעמי'. ואף דמבואר התם בהמשך דמשיכת כלי שפיר מהני לקנות פירות שבתוכה, י"ל בזה כמש"כ הרא"ש דנעשית הקופה בסיס לפירות והוי כמשיכה בפירות עצמן, אשר ממילא חשיבא משיכה מעלייתא.

קצח) רש"י ד"ה לקנות מי קאמר לי' קני- לקנות משמע אתה התכוין לקנות אני איני מקנה לך- היה משמע לכאורה מדבריו דאף באופן יאמר משוך

---

[33] לכן יעויין בחידושי הרשב"א ובלבוש הכסף המבוך לדך ל' שער ב' (הובאו הלבביים בטיות קמא) שכתב, וז"ל: והיכא לאמר משוך בהמה זו וקנה כלים שעליה ולא אמר משוך כלים אלו ש"מ לקפילא הוי לא בעי לליקניהו לכלים במשיכה אלא מחמת הבהמה לליקני מדין כלי אבל ולא במשיכת הבהמה כל שהולה קיקנה אף הכלים כשנמשכים קנה, עכ"ל.

בחמור לקנותו אינו קונה מהאי טעמא. אך יעויין בראי"ש סי' כ"ד שכתב לחלק "דדווקא כשאומר משוך בהמה זו לקנות כלים שעליה איכא למימר כיון דעיקר הדבר שהוא מושך אין נקנה לו גם הכלים שעליה לא אמר שהקנה לו וכו' אבל כשאומר לו משוך חפץ זה לקנותו ליכא למיתלי במידי וכאילו א"ל קנה אותו". אכן יעויין דברי הרמב"ם פ"ב מהל' מכירה ה"ח שכתב, וז"ל: האומר לחבירו משוך ותקנה או חזר ותקנה וכיוצא בדברים אלו והלך ומשך או החזיק לא קנה שמשמע תקנה להבא ועדיין לא הקנה לו אלא צריך המוכר או הנותן לומר לו משוך וקנה וכו' וכיוצא בדברים אלו שמשמען שיקנה עתה בעת שימשוך או יחזיק, עכ"ל, ומקורו מסוגיין. הרי מבואר מדבריו דפליג אדברי הראי"ש וס"ל דבכל מקרה לא מהני, וודאי דלהטעם שנקט אין לחלק כמו שחילק הראי"ש.

קצט) רש"י ד"ה מי קני כלים- והא חצר המהלכת היא וחצר מהלכת לא שמעינן דתקני דכי אתרבאי מאם המצא תמצא בידו גגו חצרו וקרפיפו אתרבאי דלא נייד והוי משתמר- מתחילת דבריו משמע לכאורה דאין חצר המהלכת בכלל ריבוי דחצר, כלומר, דלא חשיב כידו כלל. ובגיטין כ"א וב"ק י"ב מבואר נמי הכי מדברי רש"י, ולשונו בב"ק דלאו חצר היא במהלכת. אשר לפ"ז צ"ב לכאורה אמאי הוסיף הא דאינו משתמר, הלא במאי דכיון דמהלכת היא אינה בכלל ריבוי דחצר כלל סגי. ובחידושי הגר"ח על הש"ס הבין בדבריו דלעולם שפיר הוי חצר והוי מטעם יד, אלא דיד בכה"ג לא קנה היכא דאינו משתמר, ע"ש מה שכתב על פי זה, אכן מפשטות לישנא דרש"י שהביא בתחילת דבריו דאין חצר מהלכת בכלל הריבוי דחצר לכאורה לא משמע כדבריו. וגם צ"ב מה דבשאר דוכתי סתם ולא הביא כלל הא דאינו משתמר. וכן צ"ב לפי דבריו מאי דכתבו התוס' בגיטין בדעת רש"י דס"ל דבעינן שהיא גם כפות וגם ישן, ואילו ס"ל לרש"י דכל החסרון דחצר מהלכת הוא דהוי שפיר יד רק שאינה משתמרת, יקשה לכאורה אמאי לא סגי בזה במאי דישן, הרי כמו דמהני ישן שיהא חשוב משתמר לדעתה כך מהני לענין שיהא חשוב משתמר, אלא מבואר מדבריו לכאורה דהיכא במהלכת לא הוי חצר כלל אשר לזה לא מהני ישן ובעינן דווקא שיהא כפות.

וכונת רש"י על דרך הפשט, דודאי יסוד הדברים הוא דאינו בכלל ריבוי דחצר, אבל אילו לא היה שום נפ"מ במאי דנייד פשיטא דלא היה החילוק מחלק ושפיר היה בכלל הלימוד, לזה כתב דאינו משתמר, וכיון דאין מידי דנייד משתמר כקרקע דלא נייד, שפיר אמרינן דאינו בכלל הלימוד דחצר ואין לו חצר כלל, וז"פ. ולדידי' נמצא דאין חצר המהלכת יד כלל.

ר) והלכתא בכפותה- עי' חידושי הרמב"ן שכתב דכונת רבא בזה לפשוט האיבעיא ולומר דבכפותה שפיר קני כלים שעליה מדין חצר. אכן הרא"ש כתב דאיבעיין לא איפשיטא. ופשוט דלהרא"ש לשיטתו מאי דאמרינן והלכתא בכפותה אינה שייכת לאיבעיין כלל, דהא האבעיא היא שיקנה מדין משיכה ולא מדין חצר, והרמב"ן לשיטתו הוא שיכול לפרש כן, דהא הוא ס"ל דיסוד האיבעיא דסוגיין מדין קנין חצר הוא, אשר בזה שפיר יש לומר (אף דאין הדבר מוכרח, דיתכן דמ"מ מיבעיא לן אי קונה כיון דאינה שאולה אלא לעשות הקנין) דכונת רבא במאי דקאמר והלכתא בכפותה הוא דבאיבעיין קונה בכה"ג.

רא) והלכתא בכפותה- עי' תוס' הרא"ש בסוגיין, וכ"ה דברי התוס' ועו"ר בסוגי' הנ"ל בגיטין ובעוד דוכתי, שכתבו ע"פ סוגי' דגיטין ע"ח דלהלכה בעינן גם כפות וגם ישן, דמצד חסרון דחצר מהלכת בעינן שיהא כפות, ומצד מאי דאינו משתמר לדעתה בעינן שיהא ישן. והנה גבי חסרון דאינו משתמר סגי במאי דהוי ישן, כלומר, במציאות שאינו משתמר לדעתו, ואילו בחסרון דחצר מהלכת חזינן דאמרינן דכל שאילו מהלך לא קנה עומד ויושב נמי לא קנה. וגדר הדברים, דיסוד החסרון דחצר מהלכת הוא בחפצא דהחצר שאינו חפצא דחצר מטעם יד, אשר בזה אמרינן דכיון דשייך שיהא מהלך, אף דעכשיו אינו מהלך, מ"מ אינו חצר לקנות. אכן חסרון דאינה משתמרת לדעתה אלא לדעתו אין זה חסרון בגוף החצר, אלא חצר שפיר הוי רק דבכדי לקנות בפועל בעינן שיהא משתמר לדעתה וכשהוא ניעור הרי החצר משתמר לדעתו, בזה שפיר אמרינן דאם אך ישן דתו אינו משתמר לדעתו הרי הוא קונה, וז"פ. וכן מבואר להדיא בדברי תוס' הראי"ש בסוגיין ובדברי הראי"ש בהזורק, ע"ש בסי' ה' שכתב בא"ד, וז"ל: אלא בהכי תליא מילתא דבעינן דלא ליהוי חצר מהלכת משום דדומיא דידו בעינן דמינח נייחא וגברא קא ממטי לה הילכך בעינן דבר דנייח תמיד ולא ישתנה לעתים הין כשהוא ישן בין כשהוא ער וכו' משום דגזה"כ הוא אבל הא דבעינן חצר המשתמרת לדעתה לאו גזירת הכתוב הוא משום דבעינן דומיא דידה וכו' אלא מילתא דתליא בסברא היא דאין אדם רוצה שיהו חפציו מונחים אלא במקום המשתמר לדעתו אבל על הילוך חצר לא קפיד אינש רק שיהא משתמר לדעתו וכו', עכ"ל.

והנה כתב הרמב"ם פ"ה גירושין הי"ז-י"ח, וז"ל: נתן הגט ביד עבדה והוא נעור והיא משמרתו אם היה כפות הרי זה גט וכאילו הגיע לחצירה שהיא עומדת בצדה ואם אינו כפות אינו גט נתנו ביד העבד והוא ישן והיא משמרתו הרי זה פסול ואם היה כפות הרי זו מגורשת כתב גט ונתנו ביד עבדו וכתב לה שטר מתנה עליו כיון שזכת בעבד זכת בגט ונתגרשה אם היה כפות ואם אינו כפות ונעור קנת העבד ואינה מגורשת עד שיגיע הגט לידה וכן אם נתן הגט בחצרו וכו', עכ"ל. ומבואר מדבריו דמדאורייתא באמת סגי בישן, ובישן ואינו כפות אין הגט אלא פסול מדרבנן, ופירשו נושאי כליו דמאי דפסול מדרבנן הוא מגזירה דישן אטו נעור, ומאי דאמר רבא כל שאילו מהלך לא קנה וכו', מטעם גזירה הוא, ובכפות כיון דמילתא דלא שכיחא הוא לא גזרינן, והיכא דהוא כפות מהני אפי' אם נעור. ובמש"כ דבנעור ואינו כפות אינה מגורשת עד שיגיע הגט לידה, דמשמע דכד מגיע לידה מיהא מגורשת ולא בעינן נתינה חדשה, הקשה בחידושי הרשב"א דהא הוי טלי גיטך מע"ג קרקע, ופירש דאינה מגורשת כלל ובעינן נתינה חדשה. ובדעת הרמב"ם, עי' חידושי הגר"ח על הש"ס שכתב ע"פ מה שדקדק מדברי רש"י הנ"ל, דס"ל להרמב"ם דהחסרון דחצר מהלכת אינו חסרון בחפצא דהחצר לומר דבכה"ג לאו דומה לידה הוא, אלא החסרון הוא משום שאינו משתמר, כלומר, דיש שפיר הוי אלא דאף יד בכה"ג לא קנה כיון שאינו משתמר. וכיון דחשיב שפיר יד ואין כל החסרון אלא במה שאינו משתמר, שפיר נתקיימה הנתינה על ידי מה שנתנו ביד העבד, אלא דכיון דלא זכתה בהגט אינו חל עד שיגיע לידה. והרשב"א שהקשה על דברי הרמב"ם, היינו משום דס"ל דחצר שאינה מהלכת לאו יד הוא כלל, אשר ממילא לא נעשתה נתינה כלל, ע"כ תו"ד הגר"ח הנוגעים לענייננו. ואם כי לכאורה לא נראה כדבריו בדברי רש"י, כאשר כתבנו לעיל, בדברי הרמב"ם נראה דשפיר מבואר כדבריו. ויש להטעים הדברים, דהא מבואר מדבריו דבאמת אף בחסרון דחצר מהלכת הוה סגי מן התורה בישן, ודלא כדברי שא"ר, אשר מבואר מזה דאין דין חצר מהלכת מיעוט בגוף דין החצר, אלא חסרון דאינה משתמרת גרידא, אשר על כן מהני שפיר בזה ישן.

עוד יש לדקדק בדברי הרמב"ם, דדווקא בכתב גט ונתנו ביד עבדו הוא שכתב דבר זה דאינה מגורשת עד שיגיע הגט לידה, אבל בדין הקודם דנתן הגט ביד עבדה סתם וכתב דאם נעור ואינו כפות אינו גט, דמשמע דאינו גט כלל ובעינן נתינה חדשה. וראיתי שכבר עמד בזה באמרי משה סי' כ', ע"ש שכתב בעיקר הדברים גם על דרך הגר"ח, ועפ"ז כתב דבאמת יש לחלק בין ב' הדינים, דבנתן ביד עבדו וכתב לה שטר מתנה עליו הרי מבואר בב"ב דף נ"א ע"ב דהנותן מתנה לאשתו אין הבעל אוכל פירות, וכיון דכן, חשיב

שפיר נתינה לרשותה לקיים דין הנתינה, משא"כ היכא דנתן ביד עבדה, הרי כיון דהוא אוכל פירות לא חשיבא נתינה לרשותה. ואכמ"ל בזה, עי' מש"כ בגיטין.

רב) תוד"ה ספינה מינח נייחא ומיא הוא דקא ממטו לה- והוה שפיר דומיא דיד דמינח נייח וממטו לה עם גופה- עי' גליוהש"ס להגרע"א שהקשה דלפ"ז הגוף מיקרי מהלך וא"כ האיך מהני נותן גט על ראשה וכם אמאי נותן גט ביד עבדה מיקרי חצר מהלכת, והכריח מזה הגרע"א דע"כ דיד וגוף חד הוא אלא דאמרינן מה יד שאינו מהלך היינו דאינו מהלך מהקונה דבכל מקום שהוא מהלך שם הוא הקונה, ע"ש שהניח דברי התוס' בצ"ע. וכפירוש הגרע"א כן מבואר להדיא בחידושי הרמב"ן וחידושי הר"ן בגיטין דף כ"א, ע"ש ברמב"ן שהביא דברי התוס' וכתב עלה, וז"ל: ולאו מילתא היא דאע"ג דגופה נייח ידה לא ניחא וכמהלכת דמיא מה שאין כן בספינה וקלתה דניחי לגמרי ואפי' הניח לה ע"ג גופה או ע"ג רגלה ומהלכת מגורשת אלא כיון שאין ידה מתרחקת ממנה כשאינה מהלכת דמיא אבל חצר מהלכת כיון שאפשר לה להתרחק ולא תהא משתמרת לדעתה לא קניא לי', עכ"ל.

ולכאורה צ"ב על דברי הרמב"ן (והגרע"א שפירש כדבריו) מה הקשו בסוגיין מספינה ומקלתה, הרי אין הספינה או הקלתה זזין מהאדם, ואם כי בספינה איכא למימר דסו"ס אית לה כח לזוז על ידי המים בנפרד מהאדם, עדיין יקשה מקלתה. שו"ר שהקשה קושי' זו בקהלות יעקב למכילתין סי' י"ג, וצ"ע.

וע"ש שכתב בביאור דברי התוס', דלעולם כשמקבל אדם דבר בידו אין זה מתייחס לידו גרידא, אלא ודאי מתייחס לכל גופו, אשר ממילא היכא דעבדה מהלך, אף שנתן לתוך ידו מ"מ חשיב שפיר חצר המהלכת. ומה דבהניח על ראשה מהני אף דמהלכת היא, היינו משום דהיכא דהאדם עצמו הוא הקונה לא איכפת לן במה שהוא מהלך, ומה דאמרינן דבעינן דתהא חצר דומי' דידו, אין הפירוש דבעינן שיהא דומה ליד שקונה, אלא דבעינן דיהא דומה לידו ממש אשר אינו זז רק הגוף הוא דממטי ל', ע"ש כל דברי הקה"י. ולשיטת התוס' לעולם חשיבא הספינה כמהלכת, וכן קלתה, רק לענין קנין סגי במה שדומה לידו. אכן מדברי הרמב"ן בסוגיין מבואר להיפך, דלעולם חשיב שאינו מהלך, רק לענין שבת איכא דין מסויים דבעינן הנחה ומקום חשוב.

רג) רש"י ד"ה לא אמר כלום- דאפי' אמרינן המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו כיון דיהבה לי' קנייה ממה נפשך אי קנייה קמא דלא מתכוין להקנות לחבירו הא יהבה ניהלי' במתנה ואי לא קניה קמא משום דלא היה מתכוין לקנות הויא לי' הפקר עד דמטא לידי' דהאי וקנייה האי במאי דעקרה מידי' דקמא לשם קנייה- לפי גירסתנו בדברי רש"י הא דהמגביה מציאה לחבירו אין לו קשר לצד הראשון שלא נתכוין להקנות לחבירו, רק לצד השני דאי קניא קמא וכו', והדברים דחוקים קצת. אכן יעויין באו"ז שהיה לו גירסא אחרת בדברי רש"י, וז"ל: פירש"י זצ"ל ואפי' אמר המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו האי כיון דיהבה ניהלי' קנייה ממה נפשך אי קנייה קמא בלא מתכוין הא יהבה ניהלי' ואי לא קנייה קמא משום דלא היה מתכוין הו"ל הפקר וכו', עכ"ל. ועי' שם ביאור הדברים ע"פ ביאורו של רש"י בפלוגתת רב נחמן ורב ששת בביצה דף ל"ט, הובאו הדברים בתוס' לקמן דף י' ע"א ד"ה רב נחמן ורב חסדא כו', דפי' רש"י דנחלקו במאי דאמרינן דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו אי קנייה המגביה אע"ג דלא התכוין לכך. אשר זהו כונת רש"י בממנ"פ, כלומר , בין לרב נחמן בין לרב ששת. ועי' מה שנכתוב בזה לקמן דף י' בעזהשי"ת.

רד) מי שליקט את הפאה ואמר הרי זו לפלוני עני וכו'- משמע לכאורה דבעינן שיאמר להדיא שזוכה לפלוני ובלא"ה לא קנה. וכן דקדק המאירי לקמן דף י' ע"א, ע"ש שכתב, וז"ל: מגביה מציאה שלא אמר לו חבירו להגביהה אלא שהיה בלבו להגביהה לצורך חבירו אינו כלום אא"כ אמר בפירוש וכמו שאמרנו במלקט את הפאה שצריך שיאמר לפלוני עני אני מלקט, עכ"ל. ובחו"מ ריש סי' רס"ט נחלקו בדין זה הסמ"ע והש"ך, דהסמ"ע כתב דצריך שיאמר הריני מגביה לשם פלוני ופליג עלי' הש"ך. ובקצוה"ח שם סק"א כתב דהיינו טעמא דהסמ"ע משום דהוי דברים שבלב, ותמה עליו בנתיה"מ דאישתמטתי' דברי הרשב"א בקידושין דף נ' דלא אמרינן דדברים שבלב לא הויין דברים אלא היכא דסתרי המעשה, וא"כ הכא לכו"ע הויין דברים. (וכבר כתבו דאין דברי הרשב"א מוסכמים.) ובדברי הקצוה"ח י"ל דס"ל דאף הכא סתרי הדברים שבלב את המעשה, דעצם עשיית מעשה קנין היכא דלא אמר לו חבירו לקנות עבורו הוא לעצמו, ולשנות דבר זה על ידי דברים שבלב אמרינן דלא הויין דברים. וכן מוכח לכאורה מדברי המאירי שכתב בסוגיין דשפיר צריך לומר שזוכה עבור פלוני ואילו בקידושין דף נ' כתב להדיא כדברי הרשב"א דלא אמרינן דדברים שבלב לא הוויין דברים אלא היכא דסתרי המעשה.

רה) וחכמים אומרים יתננה לעני הנמצא ראשון- מבואר דאינו זוכה לעצמו הגם דלא קנה זה שזכה עבורו, וכתב בקצוה"ח סי' רי"ב סק"ד דהיינו משום דמחוייב ליתנה לעני מדין נדרי צדקה, ואינו מחוייב לעני זה שבא לזכות עבורו משום דאין נדרי צדקה אלא על עצם הדבר ולא על מי יקבלנה.

רו) רש"י ד"ה מי שליקט את הפאה- אדם בעלמא שאינו בעל שדה דאי בבעל שדה לא אמר ר' אליעזר זה דליכא למימר מיגו דזכי לנפשי' דאפי' הוא עני מוזהר הוא שלא ללקט פאה משדה שלו וכו'- עי' תוס' הרא"ש שהקשה דהא עיקר פלוגתת דר"א וחכמים הוא מעשרי לעני, וכיון דלא מצי זכי לי' לר"א אלא משום דאי בעי מפקיר לנכסי', הרי אם מפקיר נכסי' שוב אינו מוזהר דהא אינו שלו, וע"כ דלא כתב רש"י כן אלא משום דיוקא דמעני לעני, וכן הוא בפירוש הרא"ש בפאה פ"ד מ"ט.

ומטו בי מדרשא משמי' דהגר"ח (והוא בסטנסיל ע' קמ"ג סי' רס"ד, ובשיעורי הגר"ח), דלא מהני מיגו דאי בעי מפקיר נכסי' אלא לענין ממונא ולא לענין איסורא, ועל כן לא מהני אלא לענין דין גזל, דעל ידי המיגו יש לו זכות וכח ללקט פאה, אבל לדין איסור דלא תלקט עד כמה שלא הפקיר נכסיו קיים האיסור. ולדבריו נמצא דפליגי הני ראשונים בדבר זה אי מהני מיגו לענין איסור או לענין ממון בלבד.

וממו"ר זצ"ל שמעתי לבאר דברי רש"י, דהא דאית לי' כח ללקט פאה על ידי הך מיגו דאי בעי מפקיר נכסי' אין פירושו דכיון דיכול להפקיר נכסיו יש לו כבר עכשיו הכח דאז דחשיב דיש לו הכח דעני, אלא יסוד הדברים דמכיון דאם יהיה עני הרי יוכל לקחת פאה, אמרינן דיש לו כבר כשהוא עשיר הזכות לקחת פאה בעניות, באופן דאין בזה משום נתינת זכות וכח דהעתיד. אשר לפ"ז, בבעל השדה דעל פאה דידי' לית לי' זכות כלל, לא מהני בזה כלל הא דאי בעי מפקיר נכסי' והו"ל עני, דלא מהני דבר זה אלא לומר דאית לי' כבר בתורת עשיר זכות לקיטת פאה כשהוא עני, אבל על שדה שלו הרי לית לי' זכות כלל כל זמן שהוא שלו, ופשוט דלא נימא דכיון דיכול להפקיר נכסיו ואז לא יהיה אסור יש לו הכח כבר עכשיו לקחת בהיתר, דהא עכשיו ודאי דאיכא איסורא דלא תלקט. והראשונים דפליגי על רש"י יש לומר דס"ל דביאור הך מיגו דאי בעי מפקיר נכסי' הוא דיש לו הכח דאח"כ והוי כאילו הפקיר נכסיו, על כן ס"ל דשפיר מהני ד"ז אף לענין איסורא דלא תלקט, ודוק.

אכן עי' חידושי הריטב"א החדשים שהביא בשם התוס' לפרש כדברי הרא"ש, וכתב בביאור דברי רש"י, וז"ל: ונ"ל כי רש"י סובר דגזרת הכתוב היא שיהא העני מוזהר על שלו לעולם מכיון שבא לכלל פאה וכו', עכ"ל. והאמת דבתוס' רע"א שם בפאה הניח כן דאפי' אי הפקיר שדהו עדיין מוזהר העני שלא ללקט לעצמו, ע"ש. ולדברי הריטב"א נמצא

דנחלקו רש"י ושא"ר ביסוד האיסור דלהזהיר לעני על שלו, דלשיטת רש"י יסוד הגזה"כ נאמר בעצם החפצא דהפאה, דבעצם מה שנעשה פאה זהו דינו, אשר ממילא איתא לאיסור זה אפי' אם הפקירו, ואילו לשיטת הרא"ש ודעמי' דין להזהיר לעני על שלו נאמר על לקיטת הפאה, והוא איסור ללקוט פאה שלו, וכמו שאין לעשיר זכות בפאה, ואם אך בשעת לקיטת הפאה אין זה שלו ליתא להך דינא, עי' קה"י למכילתין סי' י"ד שכ"כ.

וע"ש סוף דברי הריטב"א שכתב, וז"ל: ומיהו בירושלמי משמע דמתני' סתמא היא בין בבעל השדה ובין באיניש דעלמא דאפי' בעל השדה כל שהוא עני וראוי ליטול בפאה דעלמא שפיר קרינן בי' דהא חזיא לי' ואי בעי זכי הוא לנפשי' דהא ראוי הוא לזכות בה אלא דרחמנא חייבי' למיהבה לעני מפני שהיתה שלו הילכך שפיר מצינן למימר דמיגו דאי בעי זכי לנפשי' כדי ליתנה לעני זכי בה נמי מעיקרא לחברי' עני, עכ"ל. ויסוד דבריו דאף דאיתא לאיסור זה גם אחר שהפקירו, מ"מ אין יסוד האזהרה בעצם זכותו בפאה דלית לי' זכייה בה, אלא דאיסור צדדי הוא דאף דאית לי' זכייה בו מ"מ צריך ליתנו לעני אחר.

רז) רש"י ד"ה ולימא מר דאפי' מעני לעני- אמרי רבנן דלא זכה לו- משמע מדבריו דר"ל דפליגי ר"א גם מעשיר לעני וגם מעני לעני, וכן דקדק הריטב"א (בריטב"א החדשים) מדבריו, ע"ש שהביא ב' דיעות בד"ז.

רח) תוד"ה ולימא מר מעני לעני מחלוקת- ויחלקו בתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים ולא מטעם מיגו וכו'- מבואר מדבריהם דר"ל דפליגי נמי במעני לעני, דבטעם תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים ליכא חילוק בין עני לעשיר. אמנם מה שהביאו ראיה מדברי רב חסדא לדברי ר"נ צ"ב לכאורה , כאשר עמד כבר בפנ"י, דנהי דס"ל לרב נחמן דטעמא דרבנן משום דהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה, היינו משום דלרבנן ודאי דבעינן לזה דאל"כ אף דלית להו מיגו מ"מ אמאי לא קנה, אמנם בטעמא דר"א שפיר איכא למימר דס"ל לרב נחמן דטעמי' משום מיגו, ע"ש בפנ"י שהניח הדבר בצ"ע.

והנה מדברי רש"י מבואר דלא כדברי התוס', דלא פליגי בדין התופס לבעל חוב אלא בדין מיגו דאי בעי זכי לנפשי' זכי לחברי', ולכאורה צ"ב כהוכחת התוס' (אף דעצם ההוכחה צ"ב, וכנ"ל).ולדידי' מוכח דפליגי רב נחמן ורב חסדא בטעמא דר"א אי משום תופס לבעל חוב הוא או משום מיגו דאי בעי זכי, וצ"ב מה הכריחו לפרש כן.

והנה רש"י פירש בסוגיין דמיירי במי שאינו בעל השדה, וכמו שביארנו לעיל, אכן בירושלמי הנ"ל באות קצ"ג אשר הביא בריטב"א החדשים מבואר דשפיר מיירי בבעל השדה, ואף די"ל לשיטת רש"י דפליגי בזה הבבלי והירושלמי, מ"מ צ"ב מה הכריחו לכך. ובסוגי' דגיטין דף י"א ע"ב פירש רש"י דמיירי בבעל הבית, והוא דלא כדבריו בסוגיין, וצ"ע. והיה אפשר לומר דחלוקה היא סוגי' דהתם מסוגי' דהכא, דהכא דמצד מיגו דאי בעי זכי אתינן עלה שפיר הוצרך רש"י לפרש דמיירי דווקא במי שאינו בעל הבית, אך סוגי' דהתם דמבאר דפליגי בתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, בזה הרי ליכא נפ"מ אי בעל הבית הוא ושפיר פירש דמיירי בבעל הבית. אלא דלא סגי בזה, דהא מסקינן התם דפליגי במיגו דאי בעי זכי, ולא הזכיר רש"י כלל דמעתה מיירי דווקא במי שאינו בעל הבית, וצ"ע כנ"ל.

והנראה בזה, דהנה חזינן כמה שינויין בין סוגי' דהכא לבין סוגי' דגיטין, דבסוגיין פתחו ואמרו דפליגי במיגו דאי בעי זכי, ואילו בסוגי' דגיטין תפסו בפשטות דפליגי בתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, והלא דבר הוא. ועוד מצינו שינוי בדברי רש"י, דבסוגיין כתב בביאור דינא דלהזהיר לעני על שלו, ד"מוזהר הוא שלא ללקט פאה משדה שלו", אכן יעויין שם בגיטין שכתב בד"ה להזהיר עני על שלו, וז"ל: עני הראוי ליטול פאה ויש לו שדה הזהירו הכתוב להניח בה פאה, עכ"ל, והוא לכאורה גדר אחר, וטעמא בעי מה פשר שינוי זה.

והנראה בזה, דבאמת ב' סוגיות הם, ומהלך הדברים, דנראה דרב חסדא שפירש דפליגי בתופס לבעל חוב, היינו משום שפירש דמיירי אף בבעל הבית, אשר ממילא ע"כ דבהכי פליגי, דהא מיגו דאי בעי זכי לא שייך בזה, משום שמוזהר על שלו, וכמש"כ בסוגיין. ומאי דתפסו בסוגיין דפליגי במיגו ולא בתופס לבעל חוב, היינו משום שפירשו דמיירי דווקא במי שאינו בעל השדה, ומהאי טעמא גופא דבבעל השדה לא שייך מיגו דאי בעי זכי לנפשי'. ומאי דמסיק התם רב פפא דפליגי במיגו דאי בעי זכי, חידוש גדול השמיענו בזה, דשייך למימר מיגו דזכי אף דמיירי בבעל השדה. ומהלך הדברים, דמאי דלא שייך מיגו בבעל השדה, הבאנו לעיל מה שביאר מו"ר זצ"ל דמאי דאמרינן מיגו דאי בעי זכי אין פירושו דהוי כאילו הפקיר נכסיו, אלא פירושו דיש לו כבר עכשיו זכות ליטול פיאה בעניות, ומה דלא שייך דבר זה בבעל השדה היינו משום דיסוד דינא דלהזהיר לעני על שלו הוא דאין לו כלל זכות בפאה בשדה שלו, עי' לעיל שהארכנו בזה. אשר לפ"ז נראה דזה אינו אלא לפי מה שפירש רש"י בסוגיין דגדר דינא דלהזהיר לעני על שלו הוא דמוזהר שלא ללקט פאה משדה שלו, אשר פירושו דלית לי' כלל זכות לקיטה בפאת שדהו. אכן רב פפא בגיטין חידש דגדר דינא דלהזהיר לעני על שלו אינו דלית לי' דין לקיטה כלל, אלא גדרו דהזהירו הכתוב להניח בו פאה, אשר גדר הדבר, דשפיר אית לי' זכות פאה, אלא דצריך להניח בה פאה, כלומר, שלא יקחנה לעצמו, אבל הא מיהא דשפיר אית לי' זכות לקיטת פאה עבור עני אחר, אשר ממילא שפיר שייך בזה דאף בעשירות יש לו לבעל הבית הך זכות, ודוק. ויתכן דכן הוא ביאור דברי הירושלמי לדבריו.

אשר לפ"ז מבואר היטב מאי דהוכרח רש"י לפרש דפליגי רב נחמן ורב חסדא בטעמא דר"א, דבסוגי' דגיטין מיירי אף בבעל הבית, אשר ממילא פירש רב נחמן דפליגי בתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, אך בסוגיין שפירשו דמיירי במי שאינו בעל הבית, היינו משום דפליגי במיגו דאי בעי זכי. והתוס' דפליגי וס"ל דאף לרב נחמן פליגי בתופס לבעל חוב, היינו משום דלדידהו יסוד המיגו הוא דהוי כאילו הפקיר נכסיו ושוב אין השדה שלו, ובזה אין לחלק בין בעל השדה לבין אדם אחר, ואי מוכח מדברי רב חסדא דפליגי בתופס לבעל חוב, אף לרב נחמן מסתבר דפליגי בהכי. וכן מבואר מאי דלא פירש בסוגיין כדברי הירושלמי, דבסוגיין קיימינן דמיירי במי שאינו בעל הבית, כדמוכח ממאי דהוה מפרשינן דפליגי במיגו דזכי, והיינו משום דמפרשינן להך דינא דלהזהיר לעני על שלו פירושו דליתת לי' זכות בפאה כלל, ואדרבה, דברי רב פפא בסוגי' דגיטין אתיין שפיר כדברי הירושלמי, ודוק.

י' ע"א

רט) רש"י ד"ה סיפא- אמר אני זכיתי תחילה קודם שנתתיה לך לא אמר כלום דגלי דעתי' כשנתנה לו דאדעתא דהאי אגבהה- דבריו לכאורה צ"ב דמאי נפ"מ בהא דגלי דעתי' דאדעתא דהאי אגבהה, הא מ"מ קיימינן השתא דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו. ועוד דאמאי לא יספיק בזה מש"כ רש"י לעיל דאפי' אי קנה המגביה מ"מ הרי נתנה לו במתנה, וכבר עמדו בזה במהרש"א ובמהר"ם, עי' מה שנדחקו בזה. אמנם יעויין בפנ"י שכתב דדברי רש"י מבוארים ע"פ שיטתו בביאור פלוגתא דרב נחמן ור"ש בביצה דף ל"ט, הובאו הדברים בתוס' בסוגיין ד"ה רב נחמן ורב ששת, וכבר הבאנו הדברים לעיל, דנחלקו רב נחמן ור"ש למאי דאמרינן דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו אי קנה המגביה, וס"ל לרב נחמן דלא קנה

המגביה. והנה סוגיין קיימא לרב נחמן, ולשיטתו לא קנה המגביה, אשר ממילא לא הביא רש"י הכא מה שכתב לעיל דאי קנה הרי נתנה לזה במתנה, דב' הצדדים שם ברש"י הם רב נחמן ור"ש, וכגירסת האור זרוע בדבריו, עי' מש"כ בזה לעיל. וודאי דלרב נחמן מאי דאמרינן דלא קנה אין זה אלא היכא דנתנו לחבירו, דגלי דעתי' בזה דהגביה אדעתא דחבירו, אבל הא מיהא פשיטא דאם מחזיק לעצמו ודאי דהוא קנה, דכל יסוד סברת רב נחמן הוא דעל ידי שנתנו לחבירו גילה שלא היה דעתו לקנותו כלל אלא שיקנה חבירו, והן הן דברי רש"י בסוגיין, עי' פנ"י.

אכן נראה להוסיף בזה, דלכאורה יש לעיין בלשונו של רש"י שם בביצה, שכתב בד"ה במגביה מציאה לחבירו קא מפלגי, וז"ל בא"ד: רב נחמן סבר לא קנה המגביה דלאו אדעתי' למקני אלא מי שנתמלאו לו קנאם במשיכה כשיקבלם כשבאו לרשותו ודעתו לקנות דכי אמר לא קנה חבירו כל זמן שהוא ביד המגביה אמרינן דיכול לומר אני אזכה בה לעצמי אבל משנתנה לו קנה וכו', עכ"ל. ולכאורה צ"ב מה שכתב דלא אמר רב נחמן דלא קנה חבירו אלא כל זמן שהוא ביד המגביה, הא לעולם לא קנה חבירו על ידי הגבהת זה, רק כיון שאף המגביה לא קנה ממילא קונה זה שנתמלאו לו במשיכה כשמגיע לרשותו, אבל לא מדין מגביה מציאה לחבירו הוא, ואילו מדברי רש"י משמע דכשמושכו קנה מדין מגביה מציאה לחבירו, ועוד, דמתחילת דבריו מבואר דמאי דקנה זה שנתמלא עבורו הוא משום משיכה דידי', ואילו מהמשך דברי רש"י משמע דקני מדין המגביה מציאה לחבירו, וצ"ב.

ואשר מבואר לכאורה מדברי רש"י, דלעולם כשנתנו לו ומשכו חבירו לענין זה מהני המגביה מציאה לחבירו, דיסוד פלוגתת ר"נ ורב ששת הוא בגדר מאי דאמרינן דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו, דלרב ששת הרי הוי הפקעה לגמרי מדין מגביה מציאה לחבירו ולא שייך שיקנה חבירו כלל אשר ממילא אמרינן דקנה הוא לעצמו, דמאחר דאמרינן דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו מופקע מיני' דין ושם "מגביה מציאה לחבירו, אך לרב נחמן אין מה שהוא תופס לבעל חוב מפקיע דין המגביה מציאה לחבירו אלא עד כמה דאית בזה משום תופס לבעל חוב, כלומר, דלא מהני הא דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה אלא בכדי דנימא דלא קנה מיד עם הגבהת המגביה, אבל לענין זה שיקנה זה שהגביה עבורו על ידי משיכתו שפיר מהניא תפיסתו, וחשיב שפיר מגביה מציאה לחבירו, (דמה שאינו המגביה קונה לרב נחמן אינו סתם משום דאינו מתוכין לקנות לעצמו, אלא משום דחשיב "מגביה מציאה לחבירו"), וטעמא דאין המגביה קונה לעצמו לרב נחמן היינו משום דהיכא דנתנו לחבירו אכתי חשיב מגביה מציאה לחבירו אשר זהו סותר לומר דהוא יקנה, ועדיין צ"ע בזה.

ועי' שם בביצה מש"כ בבעה"מ, דלרב נחמן "כיון שנתן לידו של חבירו וזכה בו חבירו איגלאי מילתא למפרע דמעידן הגבהה זכה בי"", ומבואר להדיא מדבריו עוד יותר, דלעולם ליתא לרב נחמן לחסרון דמגביה מציאה לחבירו לא קנה משום דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים הוא אלא היכא דאח"כ לא זכה בו חבירו, אבל היכא דזכה בו חבירו, נמצא דהיה יכול לזכות בה כבר מצד עצמו, שוב איגלאי דליכא בהגבהת הראשון משום תופס לבעל חוב וזכה חבירו למפרע על ידי הגבהתו, ועי' שם השגת הראב"ד. והיה אפשר לומר עפמשנ"ת דס"ל לרש"י בעצם הסברא, רק דגירסא אחרת לו. ובעה"מ ברור שלא הבין כן בדבריו.

רי) תוד"ה רב נחמן ורב חסדא כו'- רב נחמן סבר דמגביה נמי לא קני ולכך כשלקח חבירו ממנו קנאו וכו' ורב ששת סבר דקנה הממלא דכיון דלא קנה חבירו הוא קנה- עי' תוס' בביצה שהקשו על דברי רש"י דאין סברא דלרב ששת שיקנה המגביה בלא מתכוין. ובחידושי הרמב"ן בסוגיין כתב בביאור פלוגתת רב נחמן ורב ששת לגירסת רש"י דרב ששת ס"ל דמתכוין לזכות לעצמו ורב נחמן ס"ל דאינו מתכוין לזכות לעצמו, והוכיח דליכא לפרש דלרב ששת קנה אע"פ שאינו מתכוין ממתני' דפאה דס"ל לחכמים דיתננה לעני הנמצא ראשון. (ולדברי הקצוה"ח הנ"ל בסי' רי"ב סק"ד א"ש.) אכן התוס' לא הבינו כן בדברי רש"י וגם בדברי רש"י לא משמע הכי, וכ"ה להדיא בתוס' הרא"ש בדעת רש"י, אלא מבואר לכאורה מדברי רש"י כמש"כ בתוס' הרא"ש בדבריו דאינו דומה לעודר בנכסי הגר וכסבור שהן שלו דלא קנה "דכל היכא שיודע הזוכה שהוא של הפקר ומתכוין לזכות אם אינו זוכה למי שכיוון זכות לו זוכה לעצמו ואף אם לא כיוון לזכות לעצמו ולא דמי לעודר בנכסי הגר וכו' דלא כיוון לזכות לעצמו כלל". ביאור דבריו, דסגי במה שנתכוון לזכות מעשה קנין, ועל ידי זה אם אך אינו זוכה זה שעשה מעשה הקנין עבורו פועל מעשה הקנין זכות לדידי', דסגי בכונתו לעשות מעשה קנין, דבעצם כונת עשיית מעשה קנין מונח מאליו כונה לעצמו, ומדוייק כן מלשון הרא"ש שכתב דגבי עודר בנכסי הגר לא כיוון לזכות לעצמו כלל, כלומר, דלא כיוון לעשות מעשה קנין כלל.

ריא) תוד"ה רב נחמן ורב חסדא כו'- ור"ת פירש דהתם דהתם רב נחמן מודה דקנה חבירו דאינו חב לאחרים שיש הרבה מים בבור- ולפי פירוש זה לא בעינן לשנות הגירסא, כ"כ התוס' בביצה בשם רשב"ם. ולפום פירוש זה נחלקו רב נחמן ורב ששת אי חשיב התם חב לאחרים, ויסוד פלוגתתם לכאורה, דס"ל לרב ששת דאף שיש הרבה מים בבור ואין אחרים צריכים מים אלו שמילא, מ"מ הואיל ויש להם זכות גם במים אלו חשיב חב לאחרים, וז"פ. ובראו"ש הקשה באמת אשיטה זו מ"ט דר"ש, וכנראה דלא ניחא לי' למימר דפליגי אי חשיב חב לאחריני.

ויש לכאורה מקום עיון בדברי התוס', וכבר העיר בזה מו"ר זצ"ל, דלפום פירוש זה דר"ת, הרי מאי דפליג רב נחמן אינו אלא משום דס"ל דלא חשיב חב לאחריני, ואילו הוה חשיב לי' חב לאחריני הוה אמרינן דהוה כרגלי הממלא, וכן ס"ל באמת לרב ששת, אשר לפי זה יוצא דהא מיהא דלכו"ע אי אמרינן דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו קנה המגביה, דהא מהאי טעמא הוא דהוי כרגלי הממלא. ואילו לפום פירושו השני של ר"ת מבואר דמאי דלרב ששת הוי כרגלי הממלא היינו משום דקנה חבירו, ומטעם מיגו דזכי, כאשר כתבו התוס', אבל לרב נחמן דלא קנה חבירו גם הממלא לא קנה, ורב ששת דפליג אינו אלא משום דס"ל דהמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, הרי דלכו"ע אי לא קנה חבירו לא קנה אף הוא, והוא כמין סתירה בדברי ר"ת, וצ"ב.

ועוד צ"ב לפום פירוש זה דר"ת, הרי לא פליגי אלא אי חשיב לענין המים כחב לאחריני או לא, ואילו לשון הגמ' הוא דפליגי בהמגביה מציאה לחבירו, והרי אינו כן, דהא מיהא דלכו"ע המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו, רק דלענין מים לא חשיב חב לאחריני.

עוד יש מקום עיון בדברי התוס' בביצה, ע"ש שהביאו שיטת רש"י והקשו עליו כקושיית תוס' הרא"ש בסוגיין, האיך קונה בלא כונה, ואח"כ הביאו פירושו הראשון של ר"ת (אלא דהביאוהו בשם הרשב"ם). ותמוה לכאורה, הרי גם לפום פירושו של ר"ת לרב ששת אמרינן דהוי כרגלי הממלא משום דאמרינן דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו, הרי דאף לר"ת קונה המגביה אף שלא כיוון לכך, וצ"ב. כל זה הקשה מו"ר זצ"ל, עי' שיעור כללי מה שאמר בזה.

והנה במאי דכתבו התוס' דמאי דס"ל לרב נחמן דקנה חבירו היינו משום דס"ל דלא חשיב חב לאחריני, נראה לעולם לא פליגי רב נחמן ורב ששת בדבר זה אי חשיב חב לאחריני או לא, דאי אמרינן בדרב נחמן דחשיב חב לאחריני הוא הדין לרב חסדא, ומאי דפליג רב ששת וס"ל דלא קנה הוא לאו משום לתא דתופס לבעל חוב במקום שחב לאחריני הוא אלא משום דאינו יכול לזכות עבורו וליעשות כשליח דידי' משום דאינו שלוחו של בעל הממון. ורב נחמן לית לי' הך

חסרון דשלוחו של בעל הממון ולא דן שלא יקנה חבירו אלא משום תופס לבעל חוב במקום שחב לאחריני, אשר זהו דס"ל דמאחר דגבי מים לא חשיב חב לאחריני שפיר זוכה עבורו ולכך הוי כרגלי מי שנתמלאו לו. והנה הקשה הרא"ש על הך הביאור דאי לא חשיב חב לאחריני מאי טעמא דרב ששת, והיינו משום דס"ל דלא מסתברא למימר דבהכי פליגי אי חשיב חב לאחריני או לא. ולמש"כ אתי שפיר, דטעמא דרב ששת משום שלוחו של בעל הממון. והרא"ש לית לי' כנראה הך חסרון דשלוחו של בעל הממון. והיינו לישנא דהש"ס דפליגי במגביה מציאה לחבירו, דלרב נחמן דלא הוי חב לאחריני אעפ"כ לא היה צריך לקנות משום דלא הוי שלוחו של בעל הממון, אלא דס"ל דמהני לזה מיגו דזכי, מאי דלא הוה מהני אילו הוה אמרינן דהוי חב לאחריני, דלשיטת התוס' לא יועיל בזה מיגו דזכי כיון דהוי חסרון מצד המשלח, וכמו שביארנו לעיל. ורב ששת ס"ל דאף דודאי לא הוי חב לאחריני, מ"מ אית בזה חסרון דליכא שלוחו של בעל הממון, דס"ל לרב ששת דלא מהני בזה מיגו דזכי.

והנה איכא לכאורה נפ"מ בין חסרון דתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לבין חסרון דליכא שלוחו של בעל הממון, דיסוד החסרון דהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים הוא דלית לי' כח לחוב לאחר ועד כמה דהוי חב לאחריני אין מעשה קנין דידי' מעשה קנין כלל , ואילו מצד הא דבעינן שלוחו של בעל הממון שפיר הוי מעשה, רק כיון דאין המשלח בעל הממון לא סגי בשליחותו לתת לזה כח לזכות (ואף זכיה מטעם שליחות לשיטת התוס') אבל מעשה קנין מצד המגביה שפיר איכא. אשר לפי כל זה יתבארו היטב דברי התוס' בביצה, דבדעת רש"י הקשו שפיר האיך יקנה הממלא אם אך אמרינן דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה משום דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, דמעשה שהוא מעשה לחוב לא הוי מעשה קנין כלל ולא יועיל אף לדידי', אכן בפירוש שהביאו שם בשם הרשב"ם דמים לא חשיב חב לאחריני, הרי מאי דפליג רב ששת הוא משום חסרון דבעינן שלוחו של בעל הממון, אשר בזה ליכא קושי' האיך מהני לדידי', דאף דלא הוי שלוחו של בעל הממון, מעשה קנין מיהא הוי רק דאינו יכול לקנות עבור המשלח (כלומר, זה שסוכה עבורו), והוא ביסודו לא חסרון כח אלא חסרון שליחות, אך כיון דמעשה קנין מיהא הוי שפיר מהני לדידי'.

ואם כנים הדברים, יתבארו גם דברי ר"ת בתוס' בסוגיין ואין בהם סתירה כלל, דלמהלך הראשון דטעמא דרבג נחמן הוא משום דלא חשיב חב לאחריני, הרי טעמא דרב ששת הוא משום שלוחו של בעל הממון, וכנ"ל, אשר בזה שפיר אמרינן דעכ"פ מהני שיקנה המגביה, אשר זהו דס"ל כרגלי הממלא. אכן לפום פירוש הב' דר"ת דטעמא דרב נחמן הוא משום דלא ס"ל מיגו ואמרינן דלא קנה דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, ורב ששת לא פליג אלא משום דס"ל מיגו דזכי והוי כאילו זכה קודם הממלא, וכנ"ל, בזה דממצד חסרון דתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים אתינן עלה פשיטא דלא יקנה הממלא כיון דלא חשיב מעשה קנין כלל, וכמשנ"ת, ודוק.

ריב) תוד"ה רב נחמן ורב חסדא כו'- ורב ששת סבר קני חבירו מטעם מגו דזכי לנפשי' וכיון דלא קנה חבירו אלא מטעם דזכי לנפשי' ואי הוה זכי לנפשי' הוי כרגליו והשתא נמי דזכי לחברי' הוי כרגליו ולא עדיף מיני' לענין תחומין והוי כאילו זכי לנפשי'- עי' חידושי הרשב"א וחידושי הר"ן שדנו בביאור דברי ר"ת, ומסקנתם, דעשו הזוכה לחבירו כזוכה לעצמו לגמרי וחוזר ומוכר לחבירו. . (וביאור פירושם הראשון בדברי ר"ת עי' חידושי ר' ארי' לייב סי' פ"ח.) ובחידושי הרשב"א הקשה ע"ז דא"כ למ"ד במלקט את הפאה מעשיר לעני מחלוקת ומשום דאי בעי מפקר לנכסי' וזכי בה מ"מ עכשיו אינו יכול לזכות בו ואעפ"כ זוכה לחבירו, ע"ש שהניח הדבר בצ"ע. ובחידושי ר' ארי' לייב הנ"ל כתב די"ל לר"ת דזהו באמת יסוד המח' אי תרי מיגו אמרינן , דאין זה סתם יסוד דתרי מיגו, אלא פירושא דמילתא דכיון שהוא עשיר לא שייך בזה לומר שמצד כח זכייתו העצמי הוא שזוכה לחבירו, דהא עשיר לית לי' כח זכייה כלל. ומאן דס"ל דאמרינן תרי מיגו, היינו משום דס"ל דגדר מיגו דזכי אחר הוא, דמהני המיגו דזכי בכדי שלא יחשב חב לאחריני וממילא זוכה לחבירו מצד דין זכייה דחבירו וכמו כל זכייה שזוכה עבור אחר, אשר זה שפיר מהני גם בעשיר דעכ"פ כיון דיכול להפקיר נכסיו וכו' תו לא חשיב חב לאחריני.

ומתוך ביאור זה דהרשב"א בדברי ר"ת חזינן דאף דודאי אין הממלא זוכה כלל אלא דעל ידי כח זכייתו העצמי נפעל חלות לזה שממלא עבורו, מ"מ לענין שביתה מיתלא תליא בהזוכה, אשר על כן ס"ל לרב ששת דהוי כרגלי הממלא, והוא חידוש לכאורה, דבפשטות תלוי הדבר במי למעשה זוכה ולא במי שדין הזכייה שלו, עי' חידושי ר' ארי' לייב מה שביאר בזה.

ומאי דנאיד רש"י מפירושו של ר"ת והצרך לשנות הגירסא, מבואר היטב ע"פ מה שביארנו לעיל בשם מו"ר זצ"ל בדעת רש"י דגדר המיגו אינו דהוי כאילו עשה לעצמו אלא משום דעכשיו בהיותו עשיר יש לו זכות בפאה כשיהיה עני, עי' מש"כ בזה לעיל, וכן יתפרש לדבריו מיגו דזכי גם במעני לעני, דעל ידי שיש לו זכות לעצמו יש לו נמי זכות לחבירו, וכיון דיסוד הדבר הוא זכות עצמיי עבור חבירו פשיטא דיהא כרגלי מי שנתמלא עבורו.

ריג) רש"י ד"ה לא קנה- כדאמר בכתובות דלאו כל כמיני' להיות קופץ מאליו וחב לאלו מאחר שלא עשאו אותו הנושה שליח לתפוס- מבואר מדבריו דאף במקום שחב לאחרים קנה היכא דעשאו שליח. ובכמה דוכתי הקשו התוס' עליו דהא זכייה מטעם שליחות הוא, וכי היכי דלא מהני זכייה כך לא מהני שליחות. ובקצוה"ח סי' ק"ה כתב בביאור דברי רש"י דס"ל דלעולם אין זכיה מטנם שליחות ממש, דלא חשיב כאילו עשאו המשלח שליח ככל שליחות, אלא מכיון דאנן סהדי דניחא לי' דליהוי שליח עשאתו התורה שליח. והבנת הדברים, דאף דהוי סוג שליחות, מ"מ כחו לעשות היינו משום שהתורה נתנה לו כח לעשות, והוי כח עצמו ולא כחו של המשלח. ומאי דהתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא קנה, יסודו, דהיכא דחב לאחרים לא נתנה לו התורה כח לעשות, אבל היכא דעשאו שליח הרי עושה עם כחות המשלח אשר ממילא שפיר קנה. והתוס' ושא"ר שהקשו עליו, היינו משום דס"ל דזכייה הוי מטעם שליחות ממש, וכלשון התוס' והרא"ש בכתובות דף י"א דאנן סהדי דעביד לי' שליח.

ובתוד"ה תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קני הקשו על דברי רש"י מהא דיימר בר חשו בכתובות דף פ"ד, דמבואר דאף היכא דעשאו שליח אמרינן דהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה. ובתירוצא דהך מילתא כתב בנתיה"מ דמאי דגבי יימר בר חשו לא קנה אף שעשאו שליח, זהו משום דלאו שלוחו של בעל הממון הוא, דאין בעל חוב חשוב בעל בממון אלא מצד השעבוד שיש לו, והתם הרי מטלטלי דיתמו הוא דלא משתעבדי, אשר ממילא, כיון דליכא שליח של בעל הממון, לא מהני אפי' בעשאו שליח. ולכאורה אין דברי רש"י מתיישבים בזה גרידא, דיעו"ש בכתובות שכתב רש"י בד"ה התופס לבע"ח, וז"ל: שליח התופס מטלטלין של לוה לצורך בעל חוב, עכ"ל, הרי דבכל תופס לבעל חוב כתב דלא קנה אף שעשאו שליח, ולא רק במטלטלי דיתמי, ונמצאו דברי רש"י סותרים זו את זו, וצ"ב. וצ"ל, וכבר דן בזה בביה"ל ח"ג סי' מ"ד, ע"ש, דבאמת נחלקו האמוראים בזה, דרב יוחנן ס"ל דלא קנה אפי' בעשאו שליח, ואילו רב נחמן ורב חסדא ס"ל דבעשאו שליח קנה. והכריח בביה"ל דע"כ לרב נחמן ורב חסדא מהני היכא דעשאו שליח, דלרב נחמן דס"ל דחשיב מציאה חב לאחרים האיך מהני חצר מטעם שליחות לקנות, אלא ע"כ היכא דעשאו שליח שפיר מהני. אך לר' יוחנן דס"ל (לשיטת הרמב"ן ודעמי') דלא חשיב

מציאה חב לאחרים, שפיר איכא למימר כפשטא דמילתא דלא קנה אף בעשאו שליח, ומאי דקנה חצר מטעם שליחות הוא משום דמציאה לא הוי חב לאחרים. אלא דאכתי צ״ב מהו יסוד המחלוקת בזה אי אף היכא דעשאו שליח לא קנה היכא דחב לאחרים. וביאור המחלוקת לכאורה, מהו יסוד החסרון דתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, דלר׳ יוחנן (וכן הוא לשיטת התוס׳ לכו״ע) החסרון הוא במשלח, דלא ניתן פרשת שליחות בכה״ג שחב לאחרים, ויסוד הדין, דהיכא דחב לאחרים אינו יכול להעשות על ידי אחר, אשר ממילא לא מהני אף בעשאו שליח. אכן ר״נ ור״ח ס״ל כמו שכתב רש״י בסוגיין, דאינו אלא חסרון בזוכה דלא ניתן לו כח לעשות מאליו, ולא במשלח, וכהכרח הנ״ל, אשר ממילא שפיר מהני אם עשאו שליח. וע״ש בביה״ל שיישב ע״פ דבריו מה שהעיר בש״ך, דהסבר זה אמאי תופס לבעל חוב לא קנה היה לו לרש״י לכתוב בעיקר הסוגי׳ בגיטין ולא הכא דאינו אלא דבר צדדי. וע״פ הנ״ל הדברים מובנים היטב, דהתם הרי יש לפרש כפשוטו דאף דעשאו שליח לא קנה, ורק הכא הוא דהוכרח לפרש דלרב נחמן ורב חסדא אין הדבר כן, וכמשנ״ת.

ועוד היה אפשר לומר בדעת רש״י דס״ל דבעשאו שליח לא מיקרי שלוחו של בעל הממון, דאף דאית לי׳ לבע״ח שעבוד מ״מ אינו חשוב על ידי כך בעל הממון, ושוב לא מהני בתפיסה לבעל חוב שליחות כלל (וכבר צידד כעי״ז בביה״ל.) ועפ״ז י״ל דבזה הוא דנחלקו ר׳ יוחנן ורב נחמן ורב חסדא, דרב נחמן ורב חסדא לא ס״ל הך חסרון דשלוחו של בעל הממון, וליכא אלא חסרון דתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, אשר הוא חסרון בהזוכה, וא״כ שפיר מהני אם עשאו שליח, אכל ר׳ יוחנן ס״ל לדעת הרמב״ן דלא חשיב מציאה חב לאחרים, וא״כ ע״כ מאי דמעשיר לעני לא קנה לעולא אמר ר׳ יהושע בן לוי הוא משום דלא הוי שלוחו של בעל הממון, וכן אמר מו״ר זצ״ל, אשר ממילא לדידי׳ נהי דמצד חסרון דתופס לבעל חוב שפיר הוה מהני אילו היה עושהו שליח, מ״מ למעשה לא מהני אף דעשאו שליח, דהא אינו יכול למנותו שליח כיון דאינו בעל הממון.

ובתוס׳ הרא״ש בסוגיין הקשה על דברי רש״י מגוף סוגיין, דבראה את המציאה ואמר תנה לי אמר רב נחמן דמעני לעני מחלוקת וס״ל דהתופס לבעל חוב לא קנה, אף דבאמרו תנה לי הרי עשאו שליח. ובדעת רש״י וכן בדעת התוס׳ שלא הקשו כן י״ל בפשטות דהתם לא עשאו שליח, כלומר, לא מסר לו כחות לזכות עבורו, אלא שאמר לו שיתנהו לו, ונעשה על ידי כחות הזוכה, אשר בזה ודאי אמרינן דלא קנה. שו״ר בביה״ל הנ״ל שצידד לומר כן, ע״ש בארוכה.

ובראשונים הקשו על רש״י גם מהא דיד פועל דהוא לכאורה כעשאו שליח ומ״מ הוה מקשינן מינה אדינא דתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים. (עי׳ רשב״א, ריטב״א ור״ן) ולכאורה אף הכא איכא למימר כנ״ל, דאין גדר פועל אף בהו״א דהוי כעשאו שליח, אלא יסודו דכל דבר שעושה הפועל עושה עבור בעל הבית, כמגביה מציאה לחבירו בעלמא, ומאי דנשתנה עשאו שליח זהו דווקא היכא דמינהו בפירוש להיות שליח. ומדברי המקשים על רש״י מסוגיין ומדין פועל מבואר דס״ל דאיתא למעלת עשאו שליח במה שגילה המשלח דעתו שרוצה לזכות בדבר, ודעת רש״י כמשנ״ת.

ריד) רש״י ד״ה אמר לו עשה עמי מלאכה היום- כל מלאכה שהוא עושה מלאכת בעל הבית היא- כונתו בזה, דהא מיהא פשיטא דאינו מכוון שיזכה בעל הבית, דאילו היה מתכוין הכי היה הדין כן אף באומר לו נכש עמי היום, ומשמעות הגמ׳ דאין החילוק בזה במה שמתכוין, אלא דדינו חלוק אי אמר נכש עמי או אמר עשה עמי מלאכה, ופירושא דמילתא, דהיכא דאמר לו עשה עמי מלאכה חל על עצם המלאכה דין שנעשה ממילא לבעל הבית. ומ״מ הוכיחו דהמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, דלס״ד דאין זה מטעם דיד פועל כיד בעל הבית אין מה שנעשה עבור בעל הבית אלא בגדר מעשה שנעשה עבורו, ואי המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו לא הוה מהני, וז״פ.

רטו) יד פועל כדי בעל הבית- ביאור הדבר, עי׳ או״ש פ״ט מהל׳ שכירות הי״א דהוי כקנין בידי הפועל למעשיהם, ובס״ד הוה ס״ל דגדר פועל הוא כאילו בשעת ההגבהה מקנה הפועל המציאות שזוכה בהן לרבו, אשר זה ודאי דמשתייך לדין המגביה מציאה לחבירו, ומסקינן דיד פועל כיד בעל הבית, ויש לו לבעל הבית זכות וקנין בידי הפועל למעשיהם, באופן דעצם מעשה זכיית העבד הוי כמעשה דבעל הבית ואין זה מגביה מציאה לחבירו כלל. אמנם לא הבנתי מה סיבה היא מה שיד פועל כיד בעל הבית והוי קנין בידיו למעשה ידיהם שנאמר דאינו יכול לחזור בו, ומה הקשו ממימרא דרב וצ״ל דכיון דקנינו הוא בגוף ידיו ולא סתם שעבוד למעשה ידיו הואיל וידיו הויין כאילו של בעל הבית סברא היא שלא יוכל לחזור, או עכ״פ שלא יוכל לחזור בלא הפסד, עי׳ לקמן אות רט״ז. ועי׳ עוד אופנים בביאור הא דיד פועל כיד בעל הבית במח״א דיני שלוחין ושותפין סי״א, בנתיה״מ סי׳ ק״ה סק״ב וסי׳ קפ״ח סק״א. ועיקרי הדברים, דדעת המח״א דגדר יד פועל כיד בעה״ב חלוק משליחות במאי דכיון דפועל גופו קנוי לבעל הבית לגמרי חשיב ידו כיד בעה״ב לגמרי. וכתב דמהאי טעמא אם הגביהו הפועל בלי דעת שיקנה בעה״ב כלל מ״מ קנה בעה״ב כל כמה דלא הדר בי׳ בהדיא. ולדבריו לכאורה יהיה הדבר כן גם בקטן וגוי כיון דלעולם נחשב שבעה״ב פועל ואינו אלא כיד דבעל הבית. אכן בנתיה״מ כתב כדבר פשוט דבפועל חש״ו לא אמרינן דיד פועל כיד בעה״ב, ואף דאינו מדין שליחות, דלא אמרו יד פועל כדי בעל הבית אלא במקום דיכול לזכות לנפשי׳, ולפ״ז בעכו״ם יתכן דמהני ע״ש משי״כ בזה. ולדידי׳ אין פירוש יד פועל כיד בעה״ב דהוא ממש כידו, ובעל הבית הוא הזוכה, אלא לעולם הפועל הוא הזוכה, אלא דמתיחס מה שזוכה לבעל הבית בלא דין שליחות אלא על ידי דחשיב ידו כידו, וכיון דבסופו של דבר הוי זכייתו של הפועל בעינן שיהא יכול לזכות לנפשי׳.

ועי׳ במרדכי בגיטין י״א ע״ב שנסתפק אי מהני הא דיד פועל כיד בעל הבית לענין התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים. ונראה ביאור הספק, דאף דמבואר להדיא בסוגיין דשפיר מהני הא דיד פועל כיד בעל הבית לענין מציאה מ״מ יתכן דלא מהני לענין חוב, דלענין מציאה הרי מצי זכי לנפשי׳, ויש לו בעצם כח זכייה, רק כיון דתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא קנה , ואף בעשאו שליח, כמבואר שם במרדכי, לא ניתנה פרשת שליחות לחוב לאחרים וצריך הבעל חוב לעשות בעצמו, אשר בזה שפיר מהני הא דיד פועל כיד בעל הבית שיחשב כתפיסת בעל הבית. אכן גבי חוב ה שאין לו כח תפיסה לעצמו, הרי כל כחו לתפוס צריך לבוא מכח בעל הבית, ובזה הוא שמסתפק אי מהני הא דיד פועל כיד בעל הבית לענין זה. ויסוד הספק בזה הוא לכאורה בגדר הא דיד פועל כיד בעל הבית, דיש לפרשו בב׳ אופנים, דבפשטות ביאורו הוא דבעצם חשיב עשיית הפועל, רק שיש לו לבעל הבית זכות בעצם מעשה זכיית הפועל, ולפ״ז פשוט דלא מהני בחוב, דהרי מצד עצמו אין לו להפועל זכות תפיסה כלל, ודלא כמציאה. אכן איכא למימר דגדר הא דיד פועל כיד בעל הבית הוא דפועל נחשב כיד בעל הבית ממש ונעשה הדבר על ידי כחות הבעל הבית, אשר לפ״ז שפיר מהני בחוב.

רטז) תוד״ה יכול לחזור בו אפי׳ בחצי היום- וי״ל דקמ״ל דיכול לחזור בו וידו על העליונה כרבנן אפי׳ אם נתייקרו פועלים בחצי היום לאחר שחזר בו לא יפחתו לו מחצי שכרו ולכך מייתי מילתי׳ דרב דכיון דידו על העליונה א״כ אין ידו כיד בעל הבית וכו׳- ביאור תלייתם, עי׳ תוס׳ הרא״ש שכתב, וז״ל: ודווקא מדרבנן מדקדק דלאו כיד בעל הבית דמי דלר׳ דוסא שאין יכול לחזור בלא הפסד ניחא שתהא ידו כיד בעל הבית, עכ״ל. ביאור דבריו, דהא פשיטא שיהא יכול לחזור, דאין גופו קנוי כעבד עברי, אך אי

אינו אלא שעבוד בעלמא ואין לבעל הבית קנין בידיו, שפיר היה יכול לחזור בלא שיפסיד, אמנם מדחזינן דאינו יכול לחזור בלא הפסד, מוכח דאית לי' לבעל הבית קנין בידיו, ויסוד סברת התלייה עדיין צ"ב. ואפשר די"ל בביאורא דמילתא, דאי אינו אלא שעבוד, פירושו דנגד השכר שקבע לו משועבד הוא לעבוד, וכשבא לחזור, מחזיר לו מה שהיה מקבל תמורת עבודתו, ואף אילו נתייקרו פועלים, מ"מ כיון דאינו אלא כחוזר משעעבוד אינו משלם אלא הדמים המשעבדים, אשר על כן אילו הוה אמרינן דאין יד פועל כיד בעל הבית הוה אתי שפיר מה דידו על העליונה. אכן אי ידו כיד בעל הבית, פירושו דאית לי' לבעל הבית קנין על ידו למעשיהם, וכמו שנתבאר לעיל, אשר בזה, אם בא לחזור פירושא דמילתא דבא לקחת מבעל הבית את הקנין בידיו, וזה מסתבר דתלוי במחיר ידיו באותה השעה, אשר על כן אילו נתייקרו פועלים היה לנו לומר דידו על התחתונה, ומדחזינן דידו על העליונה שפיר מוכח דאין יד פועל כיד בעל הבית. כן היה אפשר לומר לכאורה, אבל אף אי נימא הכי לא יספיק ד"ז אלא לבאר מאי דידו על התחתונה היכא דנתייקרו הפועלים, אבל לא יסביר ד"ז מאי דידו על התחתונה היכא דהוזילו הפועלים. והיותר מדוייק בדברי הרא"ש, דאי יד פועל כיד בעל הבית ויש לו זכות וקנין בהפועל, (אף דאינו כמו עבד עברי), כד בה להפקיע זכות וקנין בעל הבית בו מסתבר שלא יוכל לעשות כן אלא אם כן יפסיד נגד בעל הבית ובעל הבית ירויח, אבל אי אין ידו כיד בעל הבית ואינו אלא שעבוד בעלמא עבור המעות שקבע לו, עד כמה לא נחשב מה שחוזר בו כהפקעת קנינו של בעל הבית, אלא החזרת השעבוד הוא, ולכך אין שום הפסד לפועל.

ובגוף קושיית התוס', עי' חידושי הגרע"א משה"ק בעצם סוגי' דהשוכר את האומנים, ועי' מש"כ ביישוב קושיית התוס'.

ריז) רש"י ד"ה כי הדר בי' טעמא אחרינא הוא- אלא טעמא אחרינא הוא שאינו שלו כעבד שאם בא לעזוב לו שכרו מכאן ואילך ולחזור בו יחזור בו- מה שהוצרך להזכיר הא דבא לעזוב לו שכרו, י"ל דבא לרמז בזה דאינו כיציאת גרעון כסף דגבי עבד עברי, וכמו שהעיר ברש"ש על דברי התוס', דהכא יסוד החזרה הוא שמוותר על שכרו ושוב יכול לחזור בו, משא"כ לענין ע"ע אין זה הנחת שכר אלא קנין חדש ויציאה מחודשת דגרעון כסף.

ריח) תוד"ה כי לי בני ישראל עבדים- דדווקא עבד עברי שאינו יכול לחזור בו ואינו יוצא קודם זמנו אלא בשטר שחרור עובר משום עבדי הם- עי' רש"ש שהקשה דהא יוצא עבד בגרעון כסף בעל כרחו של אדון, והאיך כתבו התוס' דאין עבד יכול לחזור בו. והביא ראיה לדבריו מדברי המרדכי פרק האומנין דיליף דפועל יכול לחזור אף שמשך כלי אומנתו מעבד שמגרע פדיונו, עי' שם מה שנדחק בזה. ולכאורה י"ל בפשיטות, דגרעון כסף לאו מדין חזרה הוא, אלא דהוי מדין יציאה דעבד עברי דעל ידי זה קונה את עצמו, רק דחשבון מה שנותן ליציאה דגרעון כסף הוא ע"ם דמי ממכרו והשנים שעבד, אבל חזרה לא שייך בעבד עברי כיון דעבד עברי גופו קנוי. (וראיה לזה, מה דמבואר מדברי רש"י בקידושין דף י"ד ע"ב דבעצם היה צריך לתת לגרעון כסף כל דמי ממכרו, רק שנלמד דמסייע הבעל בפדיון ומחשבין לפי השנים.) ומדברי המרדכי ליכא ראיה, דעיקר החידוש במה שפועל חוזר בו אף שמשך כל אומנתו הוא דהוה ס"ד למימר דמאחר שמשך כלי אומנתו שוב אין לו דרך לצאת מחיובו, דכן הוא יסוד ההתחייבות דפועל, אשר לזה שפיר הביא ראיה מעבד עברי דאין הדבר כן, דהא עבד עברי ודאי דאית לו להאדון קנין בו ומ"מ יוצא בגרעון כסף, ומה דבעבד בעינן יציאה דגרעון כסף ואילו בפועל מהני חזרה פשוט דהיינו משום דעבד עברי גופו קנוי וזה הוה פשיטא לי', אלא דאי הוה אמרינן דיש לו לבעל הבית זכות מצד קנינו שלא יוכל הפועל לצאת מחיובו לא היה שייך בזה חזרה, וזה שפיר מוכח מעבד עברי דאף דגופו קנוי מ"מ יכול להפקיע עצמו.

ובגוף דברי התוס' עי' הגהות הגר"א ובביאור הגר"א חו"מ של"ג סקי"ב שהביא דברי הגהות מרדכי פרק השוכר את האומנין דפליג אדברי התוס' וס"ל דאינו רשאי להשכיר את עצמו ליותר ג' שנים , והוא ע"פ המבואר בקרא דישעיהו דג' שנים הם שני שכיר, וביתר מג' שנים הוי כעבד, דבעבד כתיב כי משנה שכר שכיר עבדך, דהיינו ו' שנים.

ריט) תוד"ה א"ר יוחנן המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו- היינו דווקא היכא דלא שייך מגו דזכי לנפשי' דאין הלוה חייב כלום לתופס אבל במציאה דאיכא מגו קנה- ממה שהדגישו התוס' דהא דלא שייך מיגו דזכי היינו היכא דאין הלוה חייב **כלום** לתופס משמע דאם אך חייב לו משהו שוב יכול לתפוס אפי' יותר ממה שחייב לו. ונחלקו בדין זה הב"י הסמ"ע והש"ך בחו"מ סי' ק"ה, דהב"י והש"ך ס"ל באמת הכי, והסמ"ע ס"ל דאינו יכול לתפוס אלא עד כמה שחייב לו, ועי' שם גם בקצוה"ח ובנתיה"מ. והנה אי נימא דמאי דמהני מיגו דזכי דלא יהיה חסרון דתופס לבעל במקום שחב לאחרים הוא כמו שפירשו העולם דכיון דיכול עכ"פ לתפוס לעצמו שוב לא חשיב חב לאחריני, פשוט לכאורה דאינו יכול לתפוס יותר ממה שחייב לו, דהא על השאר שפיר חשיב חב לאחריני. וע"כ דס"ל להתוס' דמאי דמהני מיגו דזכי מטעם אחר הוא, וביאור הדבר לכאורה, דיסוד מאי דלא מהני תפיסה היכא דחב לאחרים הוא דאין לו זכות תפיסה, ואם אך חייב לו כלום הרי יש לו בעצם זכות תפיסה, וכיון דעל התפיסה בעל דבר הוא מהניא תפיסתו אף אי תפס יותר על מה שחייב לו, דהא סו"ס תפיסה אחת היא. ויסוד מאי דמהני מיגו דאי בעי זכי הוא משום דאית לי' זכות תפיסה.

ויש לבאר הדבר באופן אחר, דבאמת מאחר שתפס לחבירו סכום נגד מה שחייב גם לו, הרי עדיין חייב לו הלוה ושוב יכול לתפוס עוד, ונמצא דעל כל פרוטה ופרוטה שתפס שפיר איכא מיגו דאי בעי זכי לנפשי', וז"פ.

ובעיקר דברי התוס', עי' חידושי הרמב"ן דפליג, וס"ל דלר' יוחנן התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא קנה אפי' במקום מיגו דאי בעי זכי, ומאי דס"ל דהמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו זהו משום דלא חשיב לי' מציאה חב לאחרים כיון דאין לאף אדם דין וזכות בה. ולכאורה יש לעיין בדבריו, האיך יפרש בצד דמעשיר לעני פליגי את דברי הרבנן דס"ל דחד מיגו אמרינן לתרי מיגו לא אמרינן, הרי כיון דמהני מעני לעני ע"כ דהיינו משום דלא חשיב חב לאחרים, וא"כ אמאי לא יהני מעשיר לעני. ועי' חידושי הר"ן לקמן שהוציא ממאי דפליגי במעשיר לעני דאיכא יסוד דלא מהני שליחות אלא היכא דהוי שלוחו של בעל הממון, והיינו לכאורה מכח הנ"ל, דזהו באמת טעמא דרבנן דלא מהני מעשיר לעני אף דלא חשיב חב לאחרים, ומאי דמהני מעני לעני היינו מטעם מיגו דאי בעי זכי לנפשי' זכי נמי לחברי', וכן ביאר בזה מו"ר זצ"ל, עי' שיעורו בענין זה בארוכה.

ובגוף דינא דהתופס לבעל חוב, עי' רא"ש סכ"ז שהביא מתשובות הרי"ף דאף היכא דלא חב לאחרים לא תקנו שיוכל לתפוס אלא היכא דאיכא חשש שיפסיד המלוה מעותיו, אבל היכא דהלוה עשיר וליכא חשש לא, דמצי אמר לי' לאו בעל דברים דידי את. ומבואר מדבריו דמעיקר הדין איתא להך טענה דלאו בעל דברים דידי את אלא שתקנו בתנאים מסויימים שיוכל לתפוס היכא דלא חב לאחריני. ובראי"ש שם פליגי על הרי"ף בזה וס"ל דלא שייך הכא טענה דלאו בעל דברים דידי את, "שהרי אין תובעו לדין להוציא ממנו כלום שיוכל לומר אין להשיב לך כיון דאין לך הרשאה אלא הולך ותופס משלו ולא מצי אמר לי' תחזיר לי מה שתפסת וכו' דזכין לאדם שלא בפניו והוי כאילו תפס המלוה בעצמו". ועי' פלפולא חריפתא שם אות אות ל' שהקשה דהרא"ש סופ"ק דגיטין סתר דבריו והסכים לדינו של הרי"ף.

והעיר ב"א דלכאורה קושי' מעיקרא ליתא ואתיין דברי הרא"ש כפשוטן, דודאי פליג על דברי הרי"ף וס"ל דמעיקר הדין התופס לבעל חוב היכא דלא חב לאחרים קנה, ומה שהסכים לדברי הר"מ מאיברא מילתא אחריתי היא, דמטעם לא שבקת חיי לכל ברי' תיקנו דלא יקנה אלא היכא דלית לי' ממון אחר, וז"פ.

רכ) רש"י ד"ה ואם תאמר משנתינו- נמצא שלא עשאו שליח להקנות בהגבהתה עד שעת נתינה וכו'- דבריו לכאורה צ"ב, דמשמע דבשעת נתינה מיהא שפיר עשאו שליח להקנות לו, כלומר, לזכות בהחפץ עבורו, ובפשטות אין הדבר כן אלא אי תן לאו כזכי לא עשאו שליח שיזכה עבורו כלל, אלא דכשהוא עצמו זוכה בו זוכה מן ההפקר. ואולי די"ל ע"פ דברי הקצוה"ח שנביא באות רכ"א, דכונת רש"י דשפיר חשיבא הגבהה לשם האחר, רק שלא עשאו שליח שתחול הזכיה (למפרע) אלא מזמן שנתנו לו, ועדיין צ"ע בזה. ועוד יש מקום עיון בדברי רש"י במש"כ שלא עשאו **שליח**, הא לא בעינן לזה שליחות כלל ומהניא זכיה בלא שליחות, ואדרבה, כל הנידון דתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים הוא בלא עשאו שליח, וצ"ב. ועוד יש להעיר בדבריו, שכתב "והרי קודם נתינה הדר בו זה משליחותו", ולכאורה אמאי בעינן לזה, הרי כיון דאין השני זוכה עד שנותנו לו שפיר מצי זכי לעצמו בלא שום חזרה משליחות. ואי נימא בכונת רש"י כנ"ל דבעצם הוי כזכי רק בתנאי שיתנהו לו, אפשר די"ל דכיון דבעצם שפיר מהניא הגבהתו לחבירו ושפיר זכה לו על ידי זה בתנאי שיתנהו לו, אם אך לא יחזור בו משליחותו שפיר מעכבת זכייתו עבור חבירו שלא יזכה הוא דהא מיד שיתנו לו יהיה שלו למפרע, אשר משו"ה בעינן להא דחוזר בו משליחותו, ועדיין צ"ע בזה. שו"ר שצידד כעי"ז בשערי שמועות, ע"ש.

רכא) תוד"ה ולא אמר זכי לי- וא"ת דבפ"ק קאמר ר"י כל האומר תנו כאומר זכו- ועי' קצוה"ח סי' קכ"ה סק"ג שתי' קושיית התוס' ע"פ דברי הרשב"א בגיטין ס"ג ע"א דאפי' אי תן כזכי מ"מ בעינן נמי נתינה משום דכיון דסו"ס אמר תן הוי כמין תנאי שלא יזכה מעכשיו אלא א"כ יתנהו לו, אשר זהו הכונה במה שאמרו דאמר תנה לי ולא אמר זכה לי.

רכב) רש"י ד"ה קונות לו- אם יש סביבותיו דבר הפקר אין אחר רשאי לתופסו- מבואר מדבריו דדווקא בדבר הפקר הוא דקני, וכן דקדק בדבריו בחידושי הרשב"א, ע"ש. והקשה הרשב"א, דכיון שתקנו לא לחצאין תקנו, ואדרבה, כל שקנה בדליכא דעת אחרת מקנה כש"כ דקנה היכא דדעת אחרת מקנה, וכ"ה דעת הרמב"ן, ע"ש. והנראה בביאור דעת רש"י בזה, ע"פ הא דיש לדקדק בדבריו שכתב דאין אחר רשאי לתופסו, דלכאורה מאחר דאיתא בסוגיין להדיא דקונות לו פשיטא דאין אחר יכול לתופסו, דכן הוא בכל קנין דקנה והרי הוא שלו. וי"ל בזה באחד מב' אופנים, די"ל דבא רש"י לאפוקי דלא נימא דקונות לו דסוגיין הוא ככל קנין, דלעולם כיון דאין יסוד הטעם אלא משום דלא ליתי לינצויי סגי בזה למימר דדלא תיקנו אלא דמשהחפץ בתוך ד' אמותיו אין אחר רשאי לתופסו, ואה"נ הוא לא קנה עד שיגביה. ואי נימא הכי לא יקשה לרש"י כלל קושיית התוס' מגניבה, דהא התם בעינן שיקנה ממש, ועל ידי ד' אמות אינו קונה רק דאין אחר יכול לתופסו. ואי נימא הכי, פשיטא דלא שייך כן אלא בדבר הפקר, אבל היכא דאיכא בעלים לא מהני ד' אמות כלל, דמה לנו שאין אחר יכול לתופסו, הרי מ"מ עדיין של הבעלים הוא. ואין בזה משום לחצאין כיון דכל התקנה הוא שלא יהא אחר רשאי לתופסו.

אכן יש לומר באופן אחר קצת, דלעולם שפיר קנה על ידי ד' אמות, רק דגדר הקנין חלוק הוא מכל קנינים. ומהלך הדברים, דיסוד הקנין הכא הוא דאין אחר רשאי לתופסו, ומהני ד"ז לקנות מציאה, דכיון דאין אחר רשאי לתופסו ממילא הוי דידי', ואינו ככל קנין דעושה מעשה קנין והוי דידי' וממילא אינו של אחר.

ועי' רש"י ד"ה בנפילה ניחא לי' דנקני שכתב, וז"ל: לא נתכוין לקנות בתורת תקנת חכמים כסבור שנפילתו יפה לו, עכ"ל. ולכאורה צ"ה מש"כ **בתורת** תקנת חכמים, ולפי הנ"ל הדברים מבוארים דבאמת גדר תקנת קנין דד' אמות תורת קנין אחרת היא, וכמשנ"ת. וגם לפ"ז לא יקשה קושיית התוס', דלא שייך קנין זה אלא בדבר הפקר, וז"פ. וכן פשוט דאין בזה משום קנין לחצאין, דכל גדר קנין זה לא שייך אלא במציאה.

והנה מדברי הראשונים מבואר דמאי דלא קני ד' אמות היכא דגלי דעתי' דניחא לי' בנפילה הוא משום דהוי כאומר אי אפשי בתקנת חכמים, עי' ר"ן. ולדברי רש"י יתכן דכי היכי דגבי קנינים דאורייתא מהני אם אך מכוון לקנות אף שלא כיוון למעשה קנין זה, כן מהני נמי דקנינים דרבנן, ומאי דלא מהני הכא היינו משום דגלי דעתי' דלא נתכוין לקנות **בתורת** תקנת חכמים כלל, אלא לקנותו ממש על ידי הנפילה, ודוק.

ולפ"ז מאי דמהני לענין גט אינו כמש"כ הר"ן והריטב"א בגיטין ע"ח ובשו"ת רי"י מגאש סי' ק"ו משום דהקנו לו הד' אמות וממילא זוכה בחפץ בקנין חצר, דהא לדידי' לעולם לא הקנו לו הד' אמות דליהוי כחצר אלא תורת קנין אחר הוא, וכנ"ל, אלא טעמא דמהני בגט הוא ע"ד שכתב שם בחידושי הרמב"ן דמאן דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושין מינה. ויסודו, דכי היכי דתקנו דלענין מציאה מהניין ד' אמות דלא יוכל אחר לזכות, כך תיקנו דליחשב גבי גט נתינה, אף דליכא בזה משום קנין חצר, ולא מהני מדאורייתא אלא משום דאפקעינהו לקידושין מינה.

וכדברי רש"י בגדר קנין דד' אמות כ"כ גם הר"ר יהונתן הכהן מלוני"ל, הובאו דבריו בשט"מ, ע"ש שכתב, וז"ל: אם יש סביבותיו דבר הפקר אין אחר רשאי לתפסו כלומר אם חבירו חוץ לארבע אמות של מציאה כיון שזה קדם בתוך ארבע אמות של מציאה ובלבד שיאמר יקנו לי ארבע אמות דידי דאי לא אמר לא קני והכי מוכח בגמרא דלא עדיפי ארבע אמות מחצר שאינה משתמרת שאע"ג שעומד בצדה לא קני עד שיאמר תזכה לי שדי וכו', עכ"ל. ומבואר עוד מדבריו דצריך שיאמר יזכה לי שדי, דהוי כחצר שאינה משתמרת. אכן יעויין בהגהות הגר"א לקמן דף י"א ע"א שלמד בדעת הרמב"ם דהרמב"ם מחלק בין חצר המשתמרת וד' אמות לבין חצר שאינה משתמרת, דבחצר המשתמרת וד' אמות אינו צריך לומר תזכה לי שדי ואילו בחצר שאינה משתמרת צריך שיאמר. ונמצא שנחלקו הרמב"ם ור"י הכהן מלוני"ל בהך דנין דד' אמות אי משוינן לה לחצר שאינה משתמרת או לחצר המשתמרת, וצ"ב מהו יסוד פלוגתתן בזה. (ומה שכתב הר"י הכהן מלוני"ל דבד' אמות צריך שיאמר יזכו לי ד' אמות, זהו לכאורה דלא כסוגיין דמבואר דאי תיקון רבנן כי לא אמר מאי הוי, ויתבאר דבר זה לקמן בעזהשי"ת בסוגי' דקטנה יש לה חצר ויש לה ד' אמות, ועי' לקמן אות רי"ב.)

והנראה בזה ע"פ הנ"ל, בהקדם מה ששמעתי ממו"ר זצ"ל לחלק (לכמה שיטות) בין חצר משתמרת לבין חצר שאינה משתמרת, דבחצר המשתמרת קונה החצר עבורו, אך בחצר שאינה משתמרת הוא קונה על ידי החצר. ובזה יש לבאר שיטתר הרמב"ם דמאי דאיתא במתני' דלקמן דאומר זכתה לי שדי דווקא הוא, אלא דהיינו דווקא בחצר שאינה משתמרת, והיינו טעמא, דהיכא דהחצר קונה עבורו הרי החצר עושה הקנין, ולזה לא בעינן אמירה כלל, אבל בחצר שאינה משתמרת, דבעינן שהוא יקנה על ידי החצר, בזה הוא דבעינן שיאמר תזכה לי שדי, כלומר, שיגלה דעתו שרוצה לקנות על ידי השדה. (ועוד נאריך בזה בסוגי' דלקמן דף י"א, בעזהשי"ת.)

ועפ"ז נראה דגדר דינא דד' אמות חלוק הוא ע"פ ב' הדיעות הנ"ל בעיקר יסודה, דאי הקנו לו ד' אמות דליהוי כחצירו, כאשר כתב הר"ן ודעמי', נראה דהוי

כחצר המשתמרת דאין צריך לומר זכתה לי׳ שדי, דד׳ אמות עשאום חכמים כחצר לקנות- ד׳ אמות קונות לו. והנה דעת הרמב״ם מבוארת בפ״ד מהל׳ זכיה ומתנה דמהניין ד׳ אמות אף במתנה, ודלא כמבואר בדברי רש״י אלא כשא״ר, אשר ממילא אתיא שפיר מש״כ הגר״א בשיטתו דגבי ד׳ אמות א״צ אמירה כמו דלא בעינן בחצר המשתמרת שקונה עבורו. אכן לדעת הר״י מלוני״ל, דהיא כמבואר לעיל בדברי רש״י, אף לאחר התקנה אין בכח ד׳ אמות לקנות לו, דלא עשאום כחצירו, אלא גדר הדברים, דהוי כמייחד לעצמו הדבר שנמצא בתוך ד׳ אמות, אשר זה דומה לחצר שאינה משתמרת, שקונה על ידי׳ ד׳ האמות, אשר זהו שכתב הר״י מלוני״ל דבזה שפיר בעינן שיאמר יזכו לי ד׳ אמותי, ודוק.

ובענין הנ״ל האיך קנו ד׳ אמות בגט מן התורה, עי׳ מאירי בסוגיין שכתב, וז״ל: ואני אומר שבגט אינו אלא מן התורה אחר שאין כאן מערער הרי הוא כידה אבל בדבר שיש בו מערערים אחרים הוצרכו לתקנת חכמים, עכ״ל. ונראה ביסוד דבריו ע״פ דברי בעה״מ במס׳ שבת ריש פרק הזורק, ע״ש שכתב לענין מעביר ד׳ אמות ברשות הרבים, וז״ל: אלא כל ד׳ אמות ברה״ר גמרא גמירי לה וכלהו תולדות דרה״י לרה״ר נינהו לפי שד׳ אמות של אדם בכל מקום קונות לו וכרשותו דמיין וכשמוציא חוצה להן בזורק או במעביר כמוציא מרה״י לרה״ר דמי, עכ״ל. הרי מבואר להדיא מדבריו דעצם יסוד ד׳ אמות שקונים דאורייתא הוא משום דכרשותו דמיין, ואף דנקטינן דאין ד׳ אמות קונין ברשות הרבים, אין זה משום דבעצם אינן כרשותו אלא דמשום דהוי ברה״ר אינן ראויות לקנות לו. אשר לפי דבריו מבוארים היטב דברי המאירי דבגט כיון דאין עליו מערער שפיר מהניין ד׳ אמות מן התורה, וז״פ.

רכג) תוד״ה ארבע אמות קונות לו בכל מקום- וי״ל דבגניבה לא תקינו רבנן דקני אלא במציאה דלא ליתי לאנצויי ובגט משום עיגונא- לכאורה יש לעיין בדבריהם, דמקושייתם מבואר דהוה ס״ד דמאחר שתיקנו דד׳ אמות קונות לו הרי קונות לו בכל מקום, וא״כ לא היה להם לומר בתירוצם אלא דבגניבה לא תיקנו ותו לא, ואמאי הוצרכו להאריך ולבאר דבמציאה תיקנו כי היכי דלא ליתי לאנצויי ובגט משום עיגונא.

ועי׳ תוס׳ הרא״ש שכתב, וז״ל: ולכל דבר קונין לו ד׳ אמות במציאה ובמתנה ובמקח וממכר ובקידושין ובגיטין וכו׳ לגנב לא תקינו רבנן שיקנו לו ד׳ אמות ובגט תקנו משום עיגונא, עכ״ל. ואף דמבואר מדבריו דלא כדברי התוס׳, אלא קניין ד׳ אמות גם במקח וממכר ובמתנה ובקידושין, מ״מ דבריו צ״ב כמו שהערנו בדברי התוס׳, דפתח ואמר דבכל דבר קונות לו ד׳ אמות, וכשתירץ דלא תקנו בגניבה הוצרך לבאר דבגט תיקנו משום עיגונא, ואמאי הוצרך לכך, הא לעיל היה מובן שפיר מאי דבגט קניין ד׳ אמות, ולא תירץ אלא דבגניבה לא תיקנו, ומה הוקשה לו מגיטין דהוצרך עכשיו הסבר נוסף, ואי סתם בא לתת טעם הדבר שתיקנו גבי גט, היה לו לומר כן כבר בתחילת דבריו, וצ״ב.

ונראה פשוט בביאור דברי התוס׳, דבקושייתם דהוה ס״ל דמהני קנין ד׳ אמות אפי׳ בגניבה, הוה ס״ל דאף דטעמא שתקנו ד׳ אמות הוא שלא ליתי לאנצויי ובגט משום עיגונא, מ״מ אין זה אלא טעם התקנה, אבל יסוד התקנה היתה דד׳ אמות קנויות לו כחצירו, ושוב ממילא מהני בכל מילי. ובתירוצם שחידשו דבגניבה לא תיקנו, ע״כ דס״ל דלא היתה התקנה בד׳ אמות שיהיו שלו, אלא טעם התקנה הוא הוא יסוד התקנה, זאת אומרת, דהוי תקנה מסויימת לענין מציאה ולענין גט מהני טעמי דלא ליתי לאנצויי ומשום עיגונא, ולא בד׳ אמות שיהיו שלו, אשר זהו דהוצרכו בתירוצם להביא טעמא דגט. ויש להוסיף בזה, ע״פ הא דצידד הגרע״א דגדר תקנת ד׳ אמות אף דהוי תקנה בד׳ אמות עצמן אינו תקנה כללית דד׳ האמות הן שלו ושוב קניין לכל מילי, אלא יסוד התקנה דמדת חכמים כך היא בתקנתם דנתנו לאדם ד׳ אמות שיהיה חצירו לענין פרטי דברים פעמים לדבר זה ולדבר זה לא, ע״ש כל דבריו. אשר לפ״ז י״ל בתירוץ התוס׳ דאף דהוי תקנה בד׳ אמות דקנויות לו, מ״מ לא תיקנו כך אלא לענין גט ולענין מציאה, וז״פ. אלא דהביא הגרע״א שם דמדברי הב״ש בסי׳ קל״ט מבואר לכאורה דהתקנה עי בחפצא דד׳ אמות ולא לענין דבר מסויים, ע״ש.

ועד״ז יתבארו גם דברי הרא״ש, בהקדם הא דפליגי הר״ן והרמב״ן בגיטין במאי דמהניין ד׳ אמות לענין גיטין אף דאין מאי דקניין אלא דרבנן, דהר״ן כתב דהיינו משום דטעם הפקר ב״ד הפקר תיקנו דליהוי ד׳ אמות שלו, ושוב מהני דאורייתא לכל מילי. אכן הרמב״ן כתב דהא דמהני היינו משום דאפקעינהו רבנן לקידושין מיני׳. והקשה האב״מ בסי׳ ל׳ סק״ה, דהתינח לענין גיטין, אבל לענין קידושין האיך מהני, וביאר האב״מ דודאי דאף להרמב״ן איתא לטעם דהפקר ב״ד הפקר אלא דס״ל דההפקר ב״ד הפקר הוא על החפץ ולא על הד׳ אמות, אשר על כן הוקשה לו דא״כ האיך מהני בגט, הא בגט לא מהני קנינים גרידא ובעינן ונתן בידה, וכמש״כ הר״ן בגיטין פרק הזורק, אשר לזה הוא דכתב הרמב״ן דה״ט דמהני בגט משום דאפקעיננהו רבנן לקידושין מיני׳. ועפ״ז י״ל דבקושייתו הוה ס״ל להרא״ש דהוא תקנה כללית בד׳ אמות שהן שלו, אשר ממילא הוה ס״ד דמהני אף לענין גניבה, ובתירוצו חידש דאין זה תקנה בד׳ אמות אלא בחפץ, שכל חפץ שהוא בתוך ד׳ אמות יהיה שלו, אשר ממילא הוצרך לטעמא דמשום עיגונא בגט, דבגט לא מהני מה שהקנו לה הגט אלא בעינן ונתן בידה, אלא דמשום עיגונא אפקעינהו לקידושין מינה.[34]

רכד) תקינו לי׳ רבנן וכו׳- עי׳ בחידושי הרשב״א ובחידושי הר״ן שהקשו דלמאי דקניין ד׳ אמות אמאי בעינן במכר ובמתנה מסירה או משיכה וכדומה, ותירצו דלא אמרו ד׳ אמות אלא כשעומד ונתנו לו בתוך ד׳ אמותיו הא קדם כלי לו לא זכו לו ד׳ אמות דכבר הן קנויות לבעלי הכלי. ועי׳ ש״ך חו״מ סי׳ ר׳ סק״ד שכתב דלא כתבו כן אלא במקח וממכר או מתנה אבל במציאה גם אי היה מונח שם מקודם זכה בה כדמוכח בב״מ דף י׳. ופשוט לכאורה דלא הוצרך הש״ך לכתוב כן במציאה של הפקר, דכיון דליכא בעלים כלל מה איכפת לן אי היה שם החפץ מקודם, הרי ליכא בעלים דנימא דזכו בד׳ אמות תחילה, אלא מיירי באבידה שנתייאשו הבעלים, וכדיעות דביאוש הוא שלו עד דזכי בי׳ אחר, ובזה הוא דחידש הש״ך דלא איכפת לן אי היה שם החפץ תחילה. וראייתו לכאורה ממתני׳ דראה את המציאה ונפל עליה דהקשו דליקנו בד׳ אמות, וכבר כתב כל זה בבית הלוי ח״ג סי׳ מ״ה אות ג׳, ע״ש מה שפלפל בזה. ולכאורה אין מזה ראיה, דמהיכי תיתי דמיירי באבידה שנתייאש עליה דילמא מיירי במציאה של הפקר אשר פשיטא דמהני אף שהיה שם מקודם, וכנ״ל.

רכה) נטל מקצת פאה וזרק על השאר אין לו בה כלום נפל לו עליה פרס טליתו עליה מעבירין אותו הימנה- עי׳ חידושי הרשב״א שפירש שינוי הלשון, דרישא קמ״ל דאף המקצת שנטל, דהוא לו מדינא, קנסינן לי׳ ואין לו בה כלום, וסיפא קמ״ל דאפי׳ לכתחילה בא עני אחר ומעביר אותה ממנו, דאין זה נחשב עני המהפך בחררה. נמצא לפי דבריו דרישא מדין קנס הוא ואילו סיפא מדינא הוא. אכן יעויין ברמב״ם פ״ב מהל׳ מתנ״ע הי״ח שכתב, וז״ל: עני שנטל מקצת הפאה וזרק על השאר או שנפל עליה או שפירש טליתו עליה קונסין אותו ומעבירין אותו ממנה ואפי׳ מה שנטל לוקחין אותו מידו וינתן לעני אחר, עכ״ל. ומבואר מדבריו דאף האי דמעבירית ממנו

---

[34] והרמב״ן סוה״ה אומרים אמות קונות לו בכל מקום כתב, וז״ל: ולשון הגמ׳ משמע לקונות בכל דבר לשוינהו רבנן כחצרו, עכ״ל, ומשמע בפשטות מדבריו דעצם הל׳ אמות קונות כמו חצר, ולא כדברי האב״מ.

הפאה שנפל עליו אינו אלא מדין קנס. והיינו, דהרמב"ם גרס מעבירין אותו ממנה, כגירסנתו, ופירש דר"ל דאין מניחין או לזכות אח"כ בפאה זו, אשר דבר זה ודאי דקנס הוא. ומדברי הרשב"א מבואר שגרס מעבירין אותה ממנו, כלומר, דבאים עניים אחרים ולוקחין אותו, וזה הוא מדינא. ועי' שנות אליהו להגר"א שם בפאה שכתב דהא דאין לו בה כלום היינו במה שלא בידו, אבל מה שבידו אין נוטלין ממנו, והביא דמח' הוא בתוספתא ובירושלמי, דר"מ ס"ל דנוטלין ממנו אף מה שבידו וחכמים פליגי, ותליא הך דינא במה שנחלקו ר"מ וחכמים בשטר שיש בו רבית, דס"ל לר"מ דאף כל החוב אינו גובה וחכמים פליגי.

רכו) תוד"ה מעבירין אותו הימנה- אפי' רשע לא מיקרי ואע"ג דעני המהפך בחררה ובא אחר ונטלו נקרא רשע היינו משום דאפשר לי' למיטרח ולמיזבן ארעא אחריתי וכו'- כבר הביא בהגהות הגר"א דרש"י בקידושין נ"ט פליג וס"ל דאפי' בדבר הפקר איתא להא דעני המהפך בחחרה. וע"ש בתוס' שהקשו עליו ממתני' דראה את המציאה ונפל לו עליה או שפירש טליתו עליה ובא אחר ונטלה הרי הוא שלו, וכן ממתני' דמי שליקט את הפיאה ופירש טליתו עליה דמעבירים אותו הימנה. והנה ממה שהקשו ממתני' דהרי הוא שלו מוכח דס"ל דהיכא דנקרא רשע מדין עני המהפך בחררה מוציאין אותו מידו, דאל"ה, ליכא ראיה מהתם, דנהי דהרי הוא שלו, מ"מ עבר אאיסורא במה שזכה בה. אכן עי' שם בריטב"א דפליג וס"ל דנהי דמיקרי רשע מ"מ מה שקנה קנה ואינו חייב להחזיר.

ועי' חידושי הרשב"א בסוגיין שכתב בדרכו הראשון דלעולם איתא להא דנקרא רשע אף בדבר הפקר, והא דלא מיקרי הכא רשע היינו משום דאף חבירו היה מהפך בו. ועפ"ז לא יקשו קושיות התוס' על דברי רש"י, דאף בהא דראה את המציאה וכו' איכא למימר שהיה חבירו גם מהפך אחריה ולכך לא איקרי רשע. ויסוד המחלוקת בזה, בעיקר הגדר דהך דינא, דמדברי התוס' מבואר דהוא גדר דזה נהנה וזה לא חסר, ומדת סדום, וכן מבואר מדברי הר"ן שהביא דעת ר"ת וכתב ע"ז דהיינו טעמא דבמכר שייך דינא דבר מצרא ולא במתנה. אכן לדעת רש"י דין עני המהפך בחררה וכו' דנקרא רשע דין אחר הוא, והוא כעין גזל, דכיון שהאחד היפך בה תקנו דמי שמפהך בה הוי כלוקחו ממנו, אשר זה ודאי דלא שייך אלא היכא דאף השני לא היה מהפך בה, וז"פ. ולדעת רש"י שייך הך דינא אף בדבר הפקר, דעל ידי שהיפך בה חשיב כגזל, אכן לדעת התוס' יסוד הדין הוא מדין זה נהנה וזה לא חסר, ולאו מדין גזל הוא, אשר ממילא ס"ל דליתא להך דינא בדבר הפקר כיון דבכה"ג שפיר חסר.

רכז) רש"י ד"ה ליקנו לי'- גבי נפל לו עליה ארבע אמות דתקון לי' רבנן- היינו מסיפא, כדמוכח לשון הגמ' כיון דנפל וכו', והיינו טעמא דלא פרכינן מרישא, משום דלא מוכח ברישא דמיירי שהוא תוך ד' אמות, וז"פ.

רכח) ואי תיקון רבנן כי לא אמר מאי הוי- עי' מתני' דלקמן דף י"א ראה אותן רצין אחר מציאה אחר צבי שבור וכו' ואמר זכתה לי שדי זכתה לו, וכתבו התוס' שם ד"ה זכתה לו, וז"ל: נראה אע"ג דלא אמר זכתה לי דזכתה לו כדאמרי' לעיל אי תקון רבנן דלקני כי לא אמר מאי הוי וכו', עכ"ל. ומבואר לכאורה מדבריהם דכן הוא ביאור השו"ט בסוגיין, דס"ד דבכדי שיקנה לו חצר צריך שיאמר זכתה לי שדי, ומסקינן דאין קנין חצר מחייב שיאמר שתזכה לו, וכן הוא ממילא גם בד' אמות דמאחר שתקנו חכמים דליהוי ד' אמות כחצר לא בעינן אמירה.

ומדברי התוס' שם מבואר להדיא דליכא נפ"מ בין חצר משתמרת לבין חצר שאינה משתמרת, ובכל חצר לא בעינן אמירה. אכן דעת הרמב"ם פי"ז מהל' גזו"א ה"ח לחלק בינייהו, דבחצר משתמרת לא בעינן אמירה אבל בחצר שאינה משתמרת בעינן. ומאי דמבואר בסוגיין דבד' אמות לא בעינן אמירה, ע"ש במ"מ דאלימא קנייה דד' אמות טפי מפני שהוא יכול לנטות עצמו וליטלה. וביאור דבריו לכאורה ע"פ דברי הרמב"ם בפיה"מ שכתב, וז"ל: כשיהיה עומד בשדה כל מה שהוא עמו בתוך ארבע אמות שלו קנה וכאילו הגיע לידו, עכ"ל, אשר זהו כונתו דכיון דיכול לנטות עצמו וליטלה הוי כאילו הגיע לידו ומשו"ה לא בעינן אמירה, ודלא כמו חצר שאינה משתמרת. ולדבריו ס"ד דבעינן אמירה בקנין ד' אמות הוא דהוה ס"ד דלא שניא ד' אמות משאר חצר שאינה משתמרת.

וע"ש כס"מ שכתב ביאור אחר בדברי הרמב"ם, "דארבע אמות שאני דכיון דמשום דלא אתי לאינצויי תקינו רבנן דליקני לא ראו לחלק בין אמר ללא אמר דא"כ אכתי אתי לאינצויי". ולדידי' בעצם אין ד' אמות חלוק משאר חצר שאינה משתמרת, אלא דהוא בכלל התקנה דלא ניבעי אמירה, אשר לדבריו אתיא ס"ד כפשטה דכיון דלעולם הוי כחצר שאינה משתמרת שפיר בעינן אמירה ככל חצר שאינה משתמרת.

אמנם בחידושי הר"ן כתב אף הוא דבחצר שאינה משתמרת בעינן שיאמר זכתה לי שדי, ושאני ד' אמות, דמאי דבעינן למימר זכתה לי שדי זהו בכדי שיתעורר לקנותן ויהיה על ידי כך חצר משתמרת, משא"כ בד' אמות, משום דד' אמות חשיבן בעצם חצר משתמרת. ולדברי הר"ן לא מסתבר למימר בס"ד דסוגיין דהוה ס"ד דהויין ד' אמות כחצר שאינה משתמרת, אלא ביאור הס"ד לדעתו דהו"א דבכדי שיקנה על ידי תקנת החכמים דד' אמות בעינן שיאמר זכתה לי שדי.

והנה הבאנו לעיל דברי ר' יהונתן הכהן מלוניל לעולם הוי ד' אמות כחצר שאינה משתמרת ובעינן אמירה, אשר הוא לכאורה דלא כהמבואר בסוגיין. ועוד יש לתמוה, דהוא עצמו כתב במתני', וז"ל: ראה את המציאה ונפל לו עליה כלומר שנתכוון לזכות בה בנפילתו ולא בהקנאת ארבע אמות שתיקנו חכמים שיהיו קונות לאדם בכל מקום ואפילו לא יאמר יקנו לי ארבע אמות די' לו וכו', עכ"ל. הרי דהוא עצמו כתב דלא בעינן שיאמר זכתה לי שדי ונמצא דבריו סותרים זו את זו, וצ"ע. ולכאורה צ"ל בביאור דבריו שפירש ע"ד ששללו התוס' בד"ה זכתה לו, דבנפל מאי דלא בעינן אמירה היינו משום דעל ידי שנפל עליה גילה בדעתו שרוצה לקנות, ואף דמצד אחר הרי גילה שאינו רוצה לקנות בקנין זה, מ"מ הא מיהא שגילה דרוצה לקנות, ועדיין צ"ע בזה.

רכט) כיון דנפל גלי דעתי' דבנפילה ניחא לי' דנקני בארבע אמות לא ניחא לי' דנקני- עי' חידושי הר"ן שהביא די"א דדווקא בקניה דרבנן הוא דאמרינן הכי דהוי כאומר אי אפשי בתקנת חכמים, אבל בקניות דאורייתא שפיר מהני אע"פ שלא נתכוין לקנות בקניה זו. והיינו משום דאף דלא כיון לקנות בקניה זו עכ"פ כיוון לקנות, ודלא כהעודר בנכסי הגר, עי' חידושי הגרע"א ד"ה שוב ראיתי בט"ז. וע"ש עוד שהביא בשם הרשב"א דה"ה בקניות דאורייתא, ומתרי טעמי, ראשית, דהא אינו קונה בע"כ, והב' דהוי כעודר בנכסי הגר וקסבר שהן שלו. וביאור המח' בזה, דהא מיהא לכו"ע דאי מהני בקניה דאורייתא בלא כונה וסגי במה שיש לו דעת לקנות כך מהני בקניה מדרבנן, רק בקניה דרבנן יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים, כלומר, דליתא לגבי' לתקנה כלל ומשו"ה הוא שאינו קונה. והרשב"א (כפי שהביא הר"ן משמו) ס"ל דלעולם לא סגי במה שיש לו כונה לקנות, אלא בעינן כונה מיוחדת על מעשה הקנין שקונה על ידו.

ועי' עוד בשו"ת רע"א ח"א סי' רכ"א שהוסיף הגר"ש איגר, דהנה מבואר לעיל דברי הראשונים, וביניהם הר"ן בגיטין ע"ח, דמאי דמהני ד' אמות דאורייתא גבי גט הוא דמאחר שהקנו לו הד' אמות שוב הויין דידי' דאורייתא דהפקר ב"ד הפקר והוי כחצירו דאורייתא, ולפ"ז ע"כ דמאי דיכול לומר אי אפשי אינו בקנין גופא אלא בזכייתו בד' אמות, וכנ"ל. וכן מבואר להדיא בשו"ת הר"י מגאש סי' ק"ו ע"ש ודוק.

ובדעת רש"י דייקנו לעיל במש"כ דגלי דעתי' דלא נתכוין לקנות "בתורת תקנת חכמים" דה"אי אפשי" נאמר בקנין ולא בזכיית ד' אמות, ואעפ"כ מדוייק מדבריו דלא מהני אלא מפאת היות קנין ד' אמות תקנת חכמים, והוא דלא כהנ"ל. וביאור דבריו כמשנ"ת לעיל, דגדר קנין ד' אמות גדר קנין אחר הוא, דקונה על ידי שאין אחר יכול לזכות בו, אשר בזה הוא דמהני גילוי דעתו דאינו כונתו לקנין כזו אלא לקנין ממש שיקנהו הוא בישירות, ודוק.

ובעיקר דינא דד' אמות, עי' תו"ג גיטין דע"ח וגליון המשניות להגרע"א שם שחידשו ע"פ סוגי' דהתם דאע"ג דמתחילה היה שם אדם אחר וזכה בכל הד' אמות, זהו רק בדבר הנוגע לו כגון במציאה דאין השני שבא אחריו זוכה בה, אבל בדבר שאין נוגע לראשון כלל, הבא אחריו זוכה באלו הד' אמות גם בעוד הראשון הבא עומד שם שיהיה נחשב כחצר שלו נגד שלישי הבא אחריו. והוסיף בתורת גיטין דכמו כן לענין מתנה אם ראובן עומד בסימטא וזכה בד' אמות שלו ואח"כ בא שמעון לתוכם דיכול לוי להקנות לשמעון מתנה על ידי הד' אמות אע"פ שראובן עדיין עומד שם. ופליגי התו"ג והגרע"א אדברי הב"ש סי' קל"ו סק"ג שלא כתב כן אלא דלעולם כל זמן שהראשון שם אינו זוכה. ובבית הלוי ח"ג סמ"ה אות א' האריך בזה, ע"ש שנסתפק אם זה שבא ראשון אומר במפורש שאינו רוצה לזכות במציאה, האם זוכה בה השני, ע"ש מה שנו"נ בסוגיין.

י' ע"ב

רל) רש"י ד"ה הכי גרסינן כי תקון לי' רבנן בעלמא- כגון בסמטא שהוא רשות לכל אדם או ברשות הרבים או בצדי רשות הרבים וכו'- מבואר מדבריו דלר"פ מהני ד' האמות ברשות הרבים. אכן עי' חידושי הרמב"ן שהביא גירסת הרי"ף כי תקון לי' רבנן בשדה דעלמא, וביאר דלדבריו לא מהני ברה"ר. וע"ש עוד שדן בדברי הרי"ף מה ר"ל שדה דעלמא, אם שדה הפקר באמצע בקעה ואינו נקרא סמטא או שדה שאינה של שניהם כגון בימות החמה שיש לכל רשות ליכנס בשבילי השדות ובשדה שאינה משתמרת לבעלים, ונסתפק שם דאפשר שהכל בכלל שדה חבירו, כלומר, דאף היכא דיש לו רשות ליכנס לשם ואינה משתמרת לבעלים אינו קונה, ע"ש שהביא מדברי הרמב"ם דס"ל הכי. וצ"ב לכאורה למה שמסתפק דמהני שדה שאינה משתמרת לבעלים לקנות היכא דיש לו רשות ליכנס לשם, האיך נפרש מאי דמבואר בסוגיין דאינו קונה פאה בד' אמות, הרי כיון שהפאה עומדת לזכיית עניים אינה משתמרת לדעת בעלים והרי יש להם רשות ליכנס. וע"ש בדברי הרמב"ן שכתב גבי פאה דקונה מבעל הבית, ולפ"ז אתי שפיר, דאף דמהני בכה"ג לקנות מעלמא, מ"מ כיון דסו"ס שדה של בעל הבית הוא יתכן דלא מצי זכי מיני', אלא דגופא דהך מילתא צ"ב האיך חשיב דקונה הפאה מבעל הבית, הא בפשטות זוכה הפאה מהפקר, וצ"ב.

אכן עי' ספר הזכרון וזאת ליהודה ע' תל"ט שהביא הגרב"ד זצ"ל בשם הגר"ח לבאר מאי דספק מתנות כהונה חשבינן לה ספק ממונא ולקולא ואילו ספק מתנות עניים חשיבן לה ספק איסורא ולחומרא, דהיינו משום דבמתנות כהונה נעשים מיד עם הפרשתן ממון כהן, על כן הוי ספק מתנות כהונה ספק ממון, אכן מתנות עניים אינם גומרים להיות ממון עניים עד הנתינה, והוי עדיין עם הפרשתן או הנחתן ממון הבעלים, רק דחל על הבעלים חיובא וחלות דין של נתינה. אשר לפ"ז שפיר מבוארים דברי הרמב"ן, דנמצא דזוכין העניים מהבעלים, וזה ודאי דלא מהני, וכנ"ל. (והעיר ב"א דיש לדון לפ"ז אי חשיב התופס פאה מן הבעלים עבור חבירו כחב לאחרים כיון דהוי בעצם ממון הבעלים, ואי נימא הכי יתבארו דברי הרמב"ן לעיל דף י' שפי' דלר' יוחנן לא חשיב הפקר חב לאחרים, על כן המגביה מציאה לחבירו קנה, ומ"ש מפאה דמבואר דעכ"פ בתרי מיגו לא מהני, עי' מה שבארנו בזה לעיל. ואי חשיב חב לאחרים מצד הבעלים אתי שפיר כפשוטו.)

רלא) ואע"ג דזכה לי' רחמנא בגוה כי זכה לי' רחמנא להלוכי בה ולנקוטי פיאה למיהוי חצירו לא זכה לי' רחמנא- עי' חידושי הריטב"א החדשים שהקשה מה בעינן לזה כלל, הרי לא דנו אלא דלא תקנו חכמים קנין ד' אמות בשדה חבירו, וסגי במאי דאמרו דבשדה חבירו לא תיקנו. וכתב הריטב"א, וז"ל: ומורינו תירץ דאפ"ה בעי לפרושי רב פפא דמדינא דאורייתא לית בי' זכייה כדי שלא יהנדזו בה התלמידים ול"נ דמשום דמודה רב פפא דתקון רבנן הכי בסימטא ורה"ר דילמא הוה סבירא לן דנהי דלא תקון רבנן בשדה דבעלים דעלמא אבל בשדה דפאה שפיר תקון בי' ד' אמות לענין פאה דהא לא זכי להו רחמנא בגווה ולא גרע מסימטא ור"ה ולהכי אמרינן דגרע וגרע וכו', עכ"ל. והנה מה שתי' בשם מורינו צ"ב לכאורה האיך הוה ס"ד דליקני דאורייתא אף בלא האי טעמא דכי זכה לי' רחמנא וכו', הא כמו דאית לי' להך עני זכות בשדה כך יש לו לכל עני אחר, ובכה"ג ודאי דלא קנה. ובשלמא לפי תירוצו של הריטב"א עצמו א"ש, דאיברא מדאורייתא לא קנה, מ"מ כיון דיש לו לכל אחד זכות שפיר יקנה מתקנת ד' אמות דתיקנו במקום דיש לכולם זכות דליהוי ד' אמות של מי שהוא שם תחילה כאילו הוא שלו בלבד, אבל לתירוצא קמא צ"ב.

ובחידושי הריטב"א הישנים כתב, וז"ל: מכאן נראה דחצר דאין לו לאדם בו אלא דריסת רגל בלבד ללכת לו לבית שיש לו במקום אחר שאינו כחצרו לקנות לו ומי שהשאילו לחבירו חצירו לכך דלאו כחצר שאולה היא לקנות לו דאין חצר שאולה היא לקנות לו אלא כשהיא שאולה לו להשתמש אבל ללכת בה בלחוד לא דאין לו בה אלא הלוכו בלבד, עכ"ל. וכבר עמד בבית הלוי ח"ג סי' מ"ה אות ד' על דבריו כעין מה שהערנו בדברי הריטב"א החדשים, דמה הוקשה לו להריטב"א שהוכיח כן מסוגיין, הרי אף דנימא דחצר שאולה להליכה בלבד קונה מדאורייתא, מ"מ הכא אינו קונה כיון דיש לכל העניים אותו הזכות, ע"ש שכתב לפרש דיסוד הראיה הוא דהא יסוד התקנה דד' אמות הוא דאף דיכולים אחרים להיות שם מ"מ תיקנו דד' אמותיו הויין כאילו שלו בלבד לקנות, וא"כ אי נימא דבכה"ג אילו היה בלבד היה קונה מדין חצר שפיר שייך בזה תקנת ד' אמות, וע"כ דממה שאמרו בסוגיין דהיכא דלית לי' אלא זכות הליכה בלבד ליתא לתקנת ד' אמות מוכח דבכה"ג ביחיד אינו קונה מטעם חצר, ע"ש בביה"ל כל דבריו. וזה מתאים לכאורה לתירוץ הב' שבריטב"א החדשים, דזהו באמת ביאור דבריו, אכן תירוצו הראשון של הריטב"א החדשים דבא לפרש אמאי אינו קונה דאורייתא צ"ב כנ"ל.

רלב) תוד"ה רבי יוחנן אמר יש לה ד' אמות- תימה דלקמן מסיק משום דיליף מציאה מגט אלמא שייך קנין ד' אמות בגט וכו'- לכאורה צ"ב לשון קושייתם, דבפשטות הוה להו להקשות, דהא מדאמרינן לקמן דלענין גט כו"ע לא פליגי מוכח דלס"ד דהכא הוה מפרשינן דפליגי גבי גט, וכן פירש רש"י כאן, וקשי' דר' יוחנן אדר' יוחנן. (ובדברי רש"י עי' שט"מ בשם ר"י אבוהב ופנ"י.) ובתוס' הרא"ש הקשה באמת בנוסח זה, ודברי התוס' צ"ב.

ובמש"כ התוס' דממאי דילפינן מציאה מגט מוכח דשייך ד' אמות בגט, הקשה הגרע"א בגליוהש"ס דמהיכי תיתי דנימא הכי, הא לא ילפינן מגט אלא דאית לה חצר, אבל מה נקרא חצר לא שייך למילף, דמה שתקנו בגט דליהוי חצר הוא ק' אמות ומה שתקנו גבי מציאה דליהוי חצר הוה שפיר ד' אמות. והנה מבואר מקושייתו שהבין דגדר מאי דמהני קרוב לה לר' יוחנן אפי' בק' אמה מדין חצר הוא דמהני, אשר ממילא שפיר הקשה דממה שקבעו דלענין גט

חשיב אפי' ק' אמות כחצרה לא מוכחא דגבי מציאה הדבר כן. וכיסוד דבריו מבואר מדברי הר"ן לקמן דף י"א דגדר הלימוד הוא דכיון דבגט אית לה חצר במציאה תקנו לה ד' אמות מדין חצר, וכ"ה בנ"י שם.
אכן בדברי התוס' י"ל דס"ל דלעולם אין קרוב לה אפי' בק' אמות בגט מדין חצר, וחלוק הוא דין ק' אמות בגט מדין ד' אמות במציאה בעיקרו ויסודו, דד' אמות שפיר הוי מדין חצר (אף דלדברי התוס' לא תקנו כן אלא במציאה ובגט), אכן דין ק' אמות דגבי גט לאו מדין חצר הוא, אלא יסוד הדין הוא דמכיון דקרוב לה חשוב הדבר כאילו הוא בשליטתה ובהכי סגי דליחשב ונתן בידה. אשר לפ"ז שפיר הקשו התוס' דמדס"ל לר' יוחנן דבגט מהני אפי' בק' אמות היכא דקרוב לה, הא לדידי' ליכא דין חצר דד' אמות בגט כלל, וא"כ האיך ילפינן מציאה מינה. ותירצו דאף לר' יוחנן איכא דין חצר דד' אמות גבי גט, ונפ"מ, דתוך ד' אמות מהני אפי' יכול לשמור כמותה, דעד כמה דמשתמר לדעתה שפיר מהני מדין חצר. אכן ביותר מד' אמות אם אך יכול הוא גם לשמור לא נחשב שהגט בשליטתה המוחלטת ולא מהני, וכיון דכן שפיר ילפינן מינה מציאה. והנה עצם חילוק זה בין ד' אמות לבין ק' אמות מבואר מדברי הגרע"א בשו"ת מהדו"ק סי' רכ"ב אות כ', ע"ש ודוק.
רלג) רש"י משום ידא איתרבאי- דכתיב ונתן בידה וידה רשותה משמע כדכתיב ויקח את כל ארצו מידו- מבואר מפשטות דבריו דהא דמהני יד גופא היינו משום דהוי רשותה, ועיקר פירושא דידה רשותה הוא, והיה משמע לכאורה מזה דמסברא הוא דאמרינן הכי ע"פ קרא דויקח את כל ארצו מידו. אכן זה צ"ב דהא מבואר להדיא לקמן דף נ"ו ע"ב דכל ידו ידו ממש ושאני קרא דויקח את כל ארצו מידו דליכא למימר הכי, עי' כ"ז בפנ"י, וע"כ דרק מילפותא הוא דאמרינן דכן הוא פירושה דידה דגבי גט וגניבה, וכן הוא פירוש הריבוי דחצרה באם המצא תמצא בידו, וכן הבין בדברי רש"י בריטב"א החדשים לקמן ד"ה ת"ל אם המצא תמצא בידו מכל מקום, ע"ש, אלא שהקשה על דברי רש"י מהא דבמרובה מייתי לה בכלל ופרט וכלל, ובלאו כלל ופרט וכלל הוה אמרינן דידו דווקא ומידי אחרינא לא, דמשמע דהעיקר הוא ידה ולא רשותה. וכ"ה בתוד"ה ת"ל. ועי' מה שדן בדברי רש"י בפנ"י. ועי' דברי רש"י בסנהדרין פ"ה ע"ב ד"ה שיכניסנו לרשותו שכתב, וז"ל: בידו אין בידו אלא ברשותו וכן הוא אומר ויקח את כל ארצו מידו, עכ"ל, הרי דיסוד דין ידו מדין רשותו הוא ולא הזכיר שום לימודים לזה, דמשמע לכאורה דמסברא הוא, וצ"ב כנ"ל.
ועכ"פ מבואר לכאורה מדברי רש"י דמאי דמהני יד מדין רשות הוא, וכן מבואר מדבריו בסנהדרין ע"ב ע"א ד"ה היה, ע"ש שכתב, וז"ל בא"ד: וקבלה בידו דידו חשובה לו כד' על ד' והרי הוא כחצירו ואע"פ שאין כאן הגבהה וכו', עכ"ל. וכ"ה ברש"י סנהדרין פ"ה הנ"ל. וזהו דלא כמש"כ בקצוה"ח סי' רס"ח סק"ב בדעת רש"י כתובות ל"א ע"ב דידו אינה קונה מדין רשותו אלא מדין הגבהה, ע"ש שדקדק כן ממאי דבעינן לרש"י שתהא ידו למעלה מג', ואילו בקנין רשותו לא בעינן כן, וע"כ דמדין מעשה קנין אתינן עלה, דליכא קנין מסויים דיד ואינו קונה אלא מצד מעשה הגבהה. אכן יעויין שם בנתיה"מ סק"ב שכתב דלעולם שפיר קונה יד בלא דין הגבהה, אלא דאין קונה אלא מה שבידו, ומיירי דאין הכל בידו, אשר על כן בעינן ג"ט דליקני מדין הגבהה. ועי' דבר אברהם ח"א סי' כ"א אות כ"ב וכ"ג מש"כ ביישוב ראיות הקצוה"ח, ועי' גם דברי יחזקאל סי' כ"ה ענף ב' אות ז'.
ועי' רש"י לעיל דף ט' ע"ב ד"ה מה שתפוס בידו שכתב, וז"ל: דמה שבתוך ידו הוי מגביה לגמרי, עכ"ל, ומשמע לכאורה מדבריו דיד מדין הגבהה הוא דמהני ודלא כדבריו בסוגיין. אכן י"ל דלעולם יד מדין רשות הוא דמהני, אלא דבלאו מאי דהוי מגביה לגמרי הוה חשיב כמונח ע"ג קרקע ושוב לא הוה חשיב כאילו הוא ברשותו כלל, ועדיין צ"ע בזה.

רלד) רש"י ד"ה כי היכי דאית לה יד- דמשיודעת לשמור את גיטה מגורשת דלא מיעט רחמנא אלא שוטה דמשלחה ואינה חוזרת- משמע לכאורה מדבריו דהא דקטנה אית לה יד ילפינן לה ממאי דלא ממעטינן אלא משלחה ואינה חוזרת. וזה צ"ב לכאורה האיך מוכח דבר זה, הא י"ל דמאי דממטענין משלחה ואינה חוזרת היינו היכא דמתגרשת על ידי אביה דאפי' בכה"ג אינה מתגרשת היכא דמשלחה ואינה חוזרת לרש"י גיטין ס"ד, ולעולם נימא דלית לה יד, וכן העיר בדברי אליעזר למכילתין סי' ח', ע"ש מה שהקשה עוד. ומדברי התוס' ד"ה ואי משום שליחות משמע דהא דאית לה יד ילפינן לה ממשמעות דונתן בידה, ע"ש בדבריהם.
רלה) ומר סבר חצר משום שליחות איתרבאי- צ"ב לכאורה, דבשלמא במאי דאמרינן דחצר מטעם יד מונח בזה הסבר איך פועל חצר הקנין, דהוי כיד בעל החצר, אכן אי חצר מטעם שליחות איתרבאי נהי דהוי כשליח, מ"מ אין מבואר בזה האיך פועל החצר הקנין. וידועים בזה דברי הגר"ח בסטנסיל דלכו"ע עצם פעולת הקנין דחצר הוא משום דהוי כיד, ואין השאלה אי מטעם יד איתרבאי או מטעם שליחות איתרבאי אלא בהאיך מתייחס הך יד דהחצר להבעלים, דאי מטעם יד הוא ביאורו דהוי כיד שלו ממש ועל ידי כן מתייחס לו, ואי הוי מטעם שליחות מאי דיכול החצר ליחשב כידו שלו אינו אלא על ידי פרשה דשליחות.
והנה יעויין דברי התוס' בגיטין כ"א ע"א אטו שליחות מידא איתרבאי כו' שהוקשה להם דאי אמרינן דאף דחצר מטעם יד מ"מ לא גרע משליחות אמאי איכא חסרון דחצר המהלכת, נהי דבכה"ג לא הוי דומיא דידו ולא מהני מטעם יד, מ"מ יהני מדין שליחות דהא אף השליח מהלך הוא, וכתבו, וז"ל: דדווקא לענין שלא בפניו אמרינן דלא גרע משליחות לקנות במידי דזכות הוא לו אבל בשאר דברים בעינן דומיא דידה, עכ"ל. וביאור דברים כדברי הגר"ח, וכך ראיתי שכתב בדבר אברהם ח"א סי' כ"א אות כ"ג מדעת עצמו בביאור דברי התוס', דאף במאי דקונה חצר מטעם שליחות מ"מ עיקר הקנין על ידי יד הוא רק דהא דחשיב ידו הוא על ידי שליחות, אשר בזה שפיר חילקו התוס', דלענין שלא בפניו דאינו חסרון בגוף החצר אלא במאי דאינו יכול להתייחס אליו מדין יד, בזה שפיר מהני מאי דלא גרע משליחות, אבל בכגון חסרון דחצר המהלכת דהוא הוא חסרון דחפצא דהחצר עצמו, בזה שפיר בעינן שיהא דומיא דידו אפי' אי חצר מטעם שליחות הוא.
והנה הרשב"א לעיל דף ט' ע"ב הקשו קושי' זו ולא תירץ, ומבואר דלא ס"ל כתי' התוס', ומוכח לכאורה מדבריו דלא כיסוד הנ"ל דהגר"ח. וע"ש בתוס' הרא"ש שתי', וז"ל: כיון דאפקי' רחמנא בלשון יד דכתיב אם המצא תמצא בידו אע"ג דהאי בידו מפרשינן ברשותו כדכתיב וכו' מ"מ כיון דאפקי' בלשון יד בעינן דומיא דיד. ואף מדבריו שהוצרך לתרץ דהוי כמין גזה"כ מבואר לכאורה דלא כיסוד הגר"ח. ועי' ריטב"א החדשים שכתב, וז"ל בא"ד: הילכך אפי' למ"ד חצר משום שליחות איתרבאי לא דמיא לשליח כי השליח אינו מהלך אלא לדעת שולחו בעודו שליח וכש"כ למ"ד משום ידה איתרבאי, עכ"ל. ואף מדבריו חזינן דלא כהגר"ח.
והנה מדברי רש"י בסוף העמוד בד"ה תלמוד לומר ונתן מכל מקום מבואר להדיא דלמ"ד חצר משום שליחות איתרבאי לא בעינן לחצר בגט שום ריבוי וסגי במאי דמרבינן שליחות מושלחה, ולכאורה, לדברי הגר"ח הרי בעינן לריבוי דחצר למימר דיש לחצר דין יד, דהא סו"ס עצם הקנין קנין דיד הוא. ועי' חידושי הרמב"ן שם דס"ל נמי הכי. ומקושיית התוס' בד"ה ואי משום שליחות מוכח נמי דעכ"פ בקושייתם הוה סבירא להו דלמ"ד חצר משום שליחות לא בעינן ריבוי כלל.
ולפי דברי הראשונים הנ"ל צ"ב כנ"ל האיך חזינן עצם פעולת הקנין מהא דחצר מטעם שליחות איתרבאי. ואפשר די"ל בזה, דהנה בפרשה דשליחות נתחדשו ב'

פרטים, וכמו ששמעתי ממו"ר זצ"ל, הא', דעל ידי מינוי השליחות יש לו להשליח כח עשייה, והב', דין בהמשלח דהדבר יכול להעשות על ידי שליח. והא פשיטא דגבי חצר לא שייך כח עשייה, ולא שייך בזה שליחות אלא לענין דנימא דהוי כאילו קיבלוה הבעלים והוי כאילו הוא בידם, כלומר דאינו אלא כמין שליחות על המעשה שיחשב שעשאוהו הבעלים, וזה בעצם פשוט מסברא דאי מונח ברשותו הוי כאילו קיבלה בידו ממש, רק דאילו הוה אמרינן דבעינן שיעשה הוא עצמו ממש לא הוה מהני, וזה נתחדש בפרשה דשליחות דאין האשה צריכה לעשות בעצמה, ושוב ידעינן מסברא דמהניא חצר על ידי דהוי כמעשה קבלה ביד האשה. וההבדל בין חצר מטעם שליחות לבין חצר מטעם יד הוא דאי חצר מטעם יד לעולם לא חשוב דהוי ביד האשה ממש, אלא יסוד דין חצר הוא דעצם החפצא דהחצר חשוב כיד האשה, ואי חצר מטעם שליחות אין החצר יד האשה אלא דעל ידי פרשה דשליחות הוי כאילו הוא ביד האשה ממש, וכנ"ל, ועדיין צ"ע בזה.

והנה הקשה בקצוה"ח סי' רמ"ג סק"ז, דאי זכיה לאו מטעם שליחות ואית לי' לקטן זכיה מן התורה, ולא גרסינן לקמן דף ע"ב ע"א דאית לי' לקטן זכיה מדרבנן, האיך אמרו בסוגיין דקטן כיון דלית לי' שליחות לית לי' חצר, הרי כיון דאית לי' זכיה מן התורה נימא דמהני לי' חצר מדין זכיה. ועפמשנ"ת אתי שפיר היטב, דהא מאי דאית לי' זכיה מן התורה אף דלית לי' שליחות היינו משום דזכיה לאו מטעם שליחות, ופירושו כמשנ"ת לעיל בסוגי' דמגביה מציאה לחבירו דהוי כח עשיית הזוכה ומעשה הזוכה הפועל עבור זה שזוכה עבורו, וזה הרי לא שייך גבי חצר, דבחצר לא שייך כח עשייה כלל ולא מהני אלא על ידי דאמרינן דמדין שליחות הוי עשיית המשלח ממש, כלומר, דהוי שליחות על המעשה דהוי ע"ז ביד האשה ממש, וכמשנ"ת, וזה ע"כ דאינו אלא מדין שליחות ולא מדין זכייה, אשר על כן בקטן כיון דלית לי' שליחות לית לי' חצר, ודוק.

רלו) וכי היכי דשליחות לית לי' חצר נמי לית לי'- עי' רש"י שפירש דבפרשת שליחות איש הוא דכתיב דמיירי בגדול, ונמצא לכאורה לדידי' דקטן אינו בכלל פרשת שליחות כלל, וכן מבואר מדבריו לקמן ע"א סוף ע"ב בד"ה קטן לית לי' שליחות. אכן יעויין חידושי הגרע"א בכתובות דף י"א ע"א שכתב ביישוב קושיית התוס' התם האיך זכין לגר קטן הרי זכיה מטעם שליחות, דלעולם שפיר אית לי' לקטן עצם המושג דשליחות, ומאי דאין שליחות לקטן זהו משום דאין מעשה קטן כלום ולא מהני מינוי דידי' משום דאינו בר דעת וכמו שדקדק הגר"ש איגר שם מדברי הרמב"ם, אשר ממילא היכא דמהני זכייה, אף דמטעם שליחות הוא, מ"מ בכה"ג דלא בעינן דעת שפיר אית לי' שליחות. ומדברי רש"י משמע לכאורה דלא כדבריו.

וע"ש שהקשה הגר"ש איגר על יסוד זה מסוגיין, דאי אין החסרון בשליחות לקטן אלא במאי דאין מינוי קטן כלום, האיך אמרינן הכא דמדלית לי' שליחות לית לי' נמי חצר, הרי בשליחות דחצר לא בעינן מינוי ובכה"ג שפיר אית לי' לקטן שליחות. וי"ל בזה, וכן כתב יסוד התירוץ בקה"י למכילתין סי' ט"ו בד"ה ונראה לענ"ד, ע"ש, דהנה נתבאר דשליחות דחצר ע"כ דגדרו הוא דבעל החצר הוא פועל הקנין ולא החצר עצמו, ושליחות דחצר אינו שליחות על עשיית חלות אלא שליחות על המעשה (אשר מפאת זה הוא דהקשו בסוגיין בהא דשליח לדבר עבירה, ואכמ"ל) דחשיב על ידי פרשת שליחות כמעשה בעל השדה, אשר לזה פשוט דבעינן מינוי, ודעתו של בעל החצר שיקנה חצירו הוא הוא במקום מינוי החצר (וע"ש בקה"י שהביא דברי המח"א הל' קנין חצר סי' ב' שכתב דהא יטא דבעינן שיאמר זכתה לי שדה הוא מדין מינוי שליחות), אלא דבגדול אמרינן דאיכא סברא ואנן סהדי דאית להם דעת שיזכה חצרם במה שבתוכו דסתם כל אדם רוצה בפועל כך שיזכה חצירו במה שיבוא לתוכו, אבל בקטן שאינו בר דעת אין מינוי דידי' דהחצר כלום ולכך הוא דלא מהני. ואין זה כבגר קטן דלא בעינן דעתו של הקטן כלל.

רלז) רש"י ד"ה גגו חצירו וקרפיפו מנין- שאם נכנסה שם ונעל בפניה לגונבה שהוא חייב- ובקצוה"ח סי' רמ"ג סק"י ושמ"ח סק"ב דקדק מדבריו דלהתחייב בגניבה בעינן שהיה מעשה גניבה. ועי' גם תוס' ב"ק ס"ה ע"א ד"ה אין לי אלא בידו שכתבו, וז"ל: שהכי"שה במקל מחצירו של בעה"ב ונכנסה לגגו חצירו וקרפיפו, עכ"ל. אכן עי' לעיל דף ח' ע"א שכתבנו ע"פ דברי האמרי משה דאין גדרם של רש"י ותוס' שוה בזהיינן שיעשה הוא מעשה גניבה בפועל, אכן לדעת רש"י מאי דבעינן מעשה גניבה אינו בכדי שיתחייב הוא, אלא דבלאלא לא שיהיה מעשה גניבה לא חשיב גניבה, ע"ש.

רלח) א"כ מצינו שליח לדבר עבירה וכו'- ורש"י גרס א"כ מצינו תורת שליחות לדבר עבירה. עי' ראשונים (רמב"ן, ר"ן, תוס' בב"ק דע"ט) שהקשו על פירוש רש"י במתני' דב"ק ע"ט ע"א אהא דאיתא התם נתנו לבכורות בנו או לבעל חובו או לשומר חנם ולשואל ולנושא שכר ולשוכר והיה מושכו ויוצא ומת ברשות הבעלים פטור הגביהו או שהוציאו מרשות הבעלים ומת חייב, ופי' רש"י דר"ל דמחייב הגנב במשיכת שומר, ולפי פירושו קשיא בודאי אמאי הרי אין שליח לדבר עבירה ואפילו כשהשליח שוגג כדמשמע הכא.

וברש"י ד"ה בר חיובא הוא כתב, וז"ל: שאף הוא מוזהר על הדבר התם פטור השולח דאמרינן לי' דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ולא היה לו לעשות, עכ"ל. ומבואר לכאורה מדבריו דרק עכשיו הוא שדנין כאן מצד סברא דדברי הרב דברי התלמיד דברי מי שומעין. והנה הסברא שבשליח שוגג יהיה שליח הוא מצד סברת דברי הרב, דהיכא דאינו יודע שעושה עבירה ליכא למימר דלא היה לו לעשות. והא פשיטא דלא שייך גבי שדה סברת דברי הרב, וס"ד דהש"ס להקשות הוא משום דהבינו דחוץ מסברת דברי הרב המפקיע המעשה מלהתייחס למשלח על ידי דחשיב כעושה מאליו משום לא היה ללו לעשות, איכא עוד דין ופרט בהא דאין שליח לדבר עבירה דלדבר עבירה לא נאמר שליחות ואינו מתחייב על ידי מעשה של אחר, אשר בזה ליתא להך סברא דשליח שוגג, ויתכן דזהו שדקדק רש"י דא"כ מצינו תורת שליחות לדבר עבירה, דס"ד דלבד הך סברא דדברי הרב גם לא מצינו תורת שליחות לדבר עבירה, ועל זה שפיר הקשו מחצר מטעם שליחות.

והנה כתבו התוס' בד"ה אין שליח לדבר עבירה, וז"ל: בפרק האיש מקדש איכא דיליף משחוטי חוץ וכו', עכ"ל. ועי' פנ"י שביאר כונתם, דהוקשה להו קושיית הש"ס דמצינו שליח לדבר עבירה, והרי הכא לא שייכא סברת דברי הרב, ועל זה כתבו התוס' דאיכא דיליף משחוטי חוץ וכו', כלומר, דלא ילפי לה מסברת דברי הרב ושפיר הקשו בגמ' דמצינו שליח לדבר עבירה. והוא לכאורה דומה להנ"ל.

רלט) אלא מעתה האומר לאשה ועבד צאו וגנבו לי וכו'- עי' חידושי הגרע"א שהקשה מה בכך שפטורים מלשלם, והא עדיין בני חיובא נינהו דהא בכלל האיסור הם ובני חיובא נינהו לעבור על הלאו. ולכאורה צ"ל בזה ע"פ דברי התוס' ד"ה אין שליח לדבר עבירה שכתבו דאיכא דיליף לה משחוטי חוץ ואיכא דיליף מדהוי שני כתובים הבאים כאחד, וביאר בפנ"י, הובאו הדברים לעיל, דכונת התוס' דלא אזלינן הכא כהך צד דילפינן להא דאשלדב"ע מסברא דדברי הרב ודברי התלמיד מי שומעין, דלטעם זה פשוט דלא שייך הכא ליחשב שליח לדבר עבירה כיון דלא שייך אצל השדה סברא דדברי הרבכ, אלא ס"ל להש"ס כאחד מהני טעמי שהזכירו התוס', ולדידהו אין הא דאין שליח לדבר עבירה מבוסס על סברא דדברי הרב אלא דינא הוא דאין שליח לדבר עבירה, אשר בזה שפיר הקשו דאי חצר מטעם שליחות מצינו שליח לדבר עבירה. ולפ"ז י"ל דהלימוד הוא דווקא

להדומה לשחוטי חוץ או לשני הכתובים, דהיינו היכא דאיכא גם לעצם העבירה וגם לחיוב, דנלמד משחוטי חוץ דלא נ עשה שליח לחייב חבירו.
והנה מש"כ התוס' דילפינן משני כתובים הבאים כאחד, זהו לשיטתם שם דשני כתובים הבאים כאחד דאין מלמדים פירושו דהוי לימוד דלא, אכן דעת רש"י שם דגדר שני כתובים דאין מלמדים הוא דברים ככתבן, דאין מלמדים, אבל אין זה גם לימוד להיפך. ולדידי' נצטרך לכאורה לומר דאזיל סוגיין למאן דאמר לילפינן להא דאין שליח לדבר עבירה משחוטי חוץ. וגדר הלימוד הוא דבעינן "לא היה לו לעשות" כזו שהיא לא רק מפאת עבירת העבירה אלא גם מצד חיוב העבירה.
והנה מדברי התוס' ד"ה דאמר לישראל וכו' מבואר דאם היה כהן שמקדש את הגרושה עבור כהן חבירו שפיר הוה חשיב בר חיובא אף דלמעשה אינו עובר איסור בזה ואין עושה השליח עבירה. ומאידך גיסא אף דעבר השליח למעשה בלפני עור, מ"מנ לא חשיב בר חיובא בכך. ולכאורה היה נראה דאיפכא מסתברא, דבמאי דאילו היה הכהן מקדש לעצמו היה עבירה לא הוה לי' ליחשב שליח לדבר עבירה כיון דלמעשה ליכא גבי' עבירה וליכא סברא דדברי הרב, ומצד לפני עור היה צריך ליחשב שליח לדבר עבירה כיון דשפיר אית בזה משום דברי הרב. וע"פ משנ"ת י"ל דאף למאי דמסקינן אכתי יסוד הלימוד דאין שליח לדבר עבירה הוא מהנך קראי, ואין הדבר תלוי באי למעשה איכא משום דברי הרב או לא, ולא נתמעט משליחות אלא כעין שחוטי חוץ והני שני כתובים דהוא שליח לעשות דבר שאילו היה עושהו לעצמו הוה חשיב עבירה, כגון כהן שהוא שליח לקדש את הגרושה, וכל הנידון הוא על אותה העבירה, אשר אין שייך בזה לפני עור דאין הנידון שיחשב שליח לענין לאו זה.
והנה הוכיחו הקצוה"ח בסי' ק"ה והגרע"א בתשו' קצ"ד דהיכא דרק לשליח יש עבירה ולמשלח ליכא עבירה לא אמרינן דאין שליח לדבר עבירה. ולכאורה מאחר דלשליח יש עבירה אמאי לא אמרינן בזה דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין. ולהנ"ל א"ש, דאף למסקנא להך חילוקים דבר חיובא אשר שייך קצת לסברת דברי הרב, מ"מ יסוד הלימוד דאין שליח לדבר עבירה הוא מהנך קראי, אשר ממילא צריך להיות דהשליחות הוא לעבירה, כלומר, דיהא עבירה להמשלח, דדווקא בכעין זה הוא שנתחדש דאין שליח לדבר עבירה. שוב ראיתי שכתב כעי"ז האילת השחר, ע"ש.
והנה עצם יסוד זה דמאי דאין שליח לדבר עבירה הוא צד הלימוד ואין סברת דברי הרב מהוה טעם בפני עצמה אלא כמין גדר וטעם במה שנלמד, מבואר להדיא מדברי רבנו פרץ בסוגיין, הובאו הדברים בשט"מ, ע"ש שכתב, וז"ל: וא"ת מאי קאמר להך לישנא כל היכא דלאו בר חיובא הוא מחייב שולחה הא מ"מ שייך דברי הרב דקא עבר אלפני עור לא תתן מכשון י"ל דהאי לישנא סבר דבעינן שיהא עובר דברי הרב מן העבירה עצמה וטעמא לפי דמסכת קידושין ילפ-ינן דאין שליח לדבר עבירה משחוטי חוץ או מטביחה אט במכירה והתם הוא עובר דברי הרב מן העבירה עצמה והאי לישנא סבר דבעינן דומיא דאידך והאי אידך לישנא סבר דכיון דדמו להנך דשייך דברי הרב אלפני עור לא תתן מכשול סגי לי' בהכי וכו', עכ"ל. הרי מבואר להדיא מדבריו דהיסוד הוא הלימוד, ובעינן דווקא "לא היה לו לעשות" דומיא דהתם דהעבירה היא היא עצם השליחות ולא פועל יוצא ממנה כמו לפני עור. ועוד מבואר מדבריו דגם ללישנא דאי בעי עביד אי בעי לא עביד נבנה הא דאין שליח לדבר עבירה אסברא דדברי הרב, רק דס"ל דלא בעינן שיהא דומה לו אלא להאי מילתא בי' בשליח סברא דדברי הרב, אף דהוא משום לפני עור ולא משום העבירה עצמה.
וע"ש עוד בדברי רבנו פרץ שכתב, וז"ל: וא"ת כיון דמאן דבעי בר חיובא היינו משום דבעינן דומיא דהתם א"כ אפי' כהן שאמר לכהן ני לא דמי להתם דהכא לא עבר השליח משום עבירה דלא יקח דכיון דלא קדשה לעצמו אבל התם עבר עבירה עצמה משחוטי חוץ י"ל דכל זה אינו רק משום דאין שליח לדבר עבירה אבל אם יש שליח הוי כיד המשלח, עכ"ל. ותירוצו לכאורה צ"ב, דמשמע דאי יש שליח לעבירה ומקדש כהן גרושה לכהן חבירו עובר אי חלו הקידושין עובר השליח על הלאו דגרושה לכהן, והוא תמוה לכאורה. והתוס' לא ס"ל הכי אלא כתבו דמאחר דאילו היה מקדשה לעצמו היה חייב חשוב הוא בר חיובא. וגדר דבריהם כנ"ל, דיסוד אין שליח לדבר עבירה הוא דאין שליחות לעבירה, ובר חיובא דבעינן הוא דלא יחשב שליחות לדבר עבירה אא"כ הדבר שעושה השליח הוא דבר שאילו היה עושה כן לעצמו היה עובר אותה העבירה שיעובר חבירו על ידי שיעשה עבורו.

רמ) תוד"ה אשה ועבד בני חיובא נינהו- וא"ת והתנן פרק הכונס השולח את הבערה ביד חש"ו פטור ואמאי הא לאו בני חיובא נינהו וי"ל דהתם משום דלאו בני שליחות נינהו- עי' תוס' הרא"ש שכתב כדברי התוס', אלא שהוסיף כמה תיבות, וז"ל: דשאני התם דלאו בני שליחות נינהו ואינם שלוחים וכאילו הם מעצמם עושים, עכ"ל. וי"ל הכונה בזה, דקושייתם לכאורה תמוהה, דכי לא הוה ידעינן דאין שליחות לקטן הלא הלכה מרווחת היא. וי"ל דאמת הוא דאין שליחות לקטן, אך אין זה אומר אלא דאינם יכולים לפעול חלות עבור השולח, אך עצם המעשה עדיין חשוב שנעשה עבור המשלח, ולענין חיוב עבור עבירה סגי בכך, ותירצו דמאחר דאין שליחות לקטן הוי כאילו הם מעצמם עושים ולא חשיב שנעשה המעשה עבור השולח כלל ולא שייך בזה שליחות לדבר עבירה, ועדיין צ"ע בזה.
ויותר נראה דבא לבאר מאי דקשיא לכאורה, דהא להתחייב עבור נזקי ממונו לא בעינן שליחות אלא כל שממונו הזיק חייב, ועד כמה שנימא דהם גרמו האש שפיר היה לנו לחייב השולח אך בלא שליחות, לזה כתב הרא"ש דהוי כעושה מאליו, כלומר דלא מתייחס מה שנעשה בגחלת כלל להשולח אלא הוי כאילו החש"ו מעצמם עושים. וכזה מבואר בדברי רבנו פרץ בסוגיין, ע"ש שכתב וז"ל: וי"ל דהיינו טעמא דפטור משום דלאו בני שליחות נ ינהו וליכא חיובא דחיובא בא מטעם פשיעה דפשע בשמירתו וזה ליכא חיובא כיון דלא מסר לו אלא גחלת דמוכח התם בבבא קמא דבזה היה לן לסמוך עליו ועל שמירתו דמעמיא עמיא ואזלא ואין כאן פשיעה ומשום הכי פטור, עכ"ל, הרי דאף לאחר שאמר דלאו בני שליחות נינהו אכתי הוצרך לבאר אמאי לא יתחייב השולח מצד פשיעתו, ועד"ז הוא גם ביאור דברי הרא"ש. ויתכן דהתוס' שלא הוצרכו להסבר זו לשיטתם בב"ק דהמחייב דנזקי ממונו הוא ממון המזיק ולא הפשיעה, והכא פשוט דהמזיק נעשה על ידי החש"ו אשר ממילא אין לחייב אלא עד כמה שנאמר דאית בזה שליחות, אכן אי המחייב הוא הפשיעה שפיר היה אפשר לדון דאף דליכא שליחות אכתי איכא פשיעה מצד השולח, אשר זהו שהוצרך לבאר דאין כאן פשיעה. ואפשר דכונת הרא"ש הוא כהתוס' בזה אשר זהו שכתב דהוי כעושה מאליו, כלומר, הממון המזיק נעשה על ידי החש"ו מאליהם ולא שייך לחייב השולח משום ממון המזיק.
ועי' ריטב"א שכתב בזה, וז"ל: ע"ל דהתם שאני שלא אמר להזיק אלא שנתן הבעירה ברשותם ובענין שלא מצי מזקי אלא בצבתא דחרש שאין השולח עושה אלא גרמא בעלמא וכו', עכ"ל.

רמא) תוד"ה אי בעי לא עביד- וא"ת והא דתנן היה מושכו ויוצא וכו' וי"ל כיון שאין השומר יודע שהוא גנוב הוה לי' כחצר דבעל כרחו מותיב בי'- מבואר מדבריהם דלא הוקשה להו אלא למ"ד דתליא מילתא באי בעי עביד, אבל למ"ד דתליא בבר חיובא לא קשיא להו, והיינו טעמא דלמאי דתלוי בבר חיובא הוי טעמא דאשלדב"ע משום דברי הרב, וכן מבואר להדיא מדברי התוס' בב"ק דע"ט, ובזה פשוט דכיון

דאין השומר יודע לא שייך בזה דברי הרב ושפיר מהניא שליחותו, רק למ"ד דתליא מילתא באי בעי עביד ס"ל להתוס' דאינו משום דברי הרב, אלא מלימוד מסויים דאין שליח לדבר עבירה, אשר זה שפיר שייך לדון דאין שליח לדבר עבירה אף השליח שוגג, בזה הוא שהוקשה להו דנימא דאין שליח לדבר עבירה. ויסזוד תירוצם, דחידשו דמאחר דבמקרה זה הרי אינו יודע חשיב לענין הך שליחות כאילו הוי בע"כ.

והנה מדברי התוס' בסוגיין מבואר דדבר זה דמאחר דשוגג הוא ליכא חסרון דאין שליח לדבר עבירה משום דחשיב בע"כ לא נאמר אלא למאן דס"ל דתליא מילתא בבר חיובא ולאו בר חיובא. אכן יעויין דברי התוס' בב"ק דע"ט דמבואר להדיא מדבריהם דהך דכיון שאינו יודע וכו' סברא היא לכולי עלמא ואינה סברא מסויימת במאן דס"ל דתליא בבר חיובא, דז"ל שם: וי"ל דהנהו לא ידעי דאתי לידיה באיסורא אלא סבורין שהיה שלו ובין ללישנא דמפרש בפ"ק דבבא מציעא (דף י: ושם) טעמא דאין שליח לדבר עבירה משום דשליח בר חיובא הוא ודברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ובין ללישנא דאי בעי עביד אי בעי לא עביד אין שייך לכאן דהתם אין יודע שהשליח יעבור אבל כאן יודע הוא שיקח מאחר שהוא סבור שהוא שלו וכו', עכ"ל. הרי דכתבו ד"ז ככלל לכל הדיעות ולא כסברא מסויימת במ"ד דתלוי באי בעי עביד. וביאור הדברים, דמהלך דברי התוס' בסוגיין הוא דמאי דלא אמרינן דאין שליח לדבר עבירה אלא היכא דאי בעי עביד אי בעי לא עביד הוא דלא שייך לומר דאין שליח לדבר עבירה אלא היכא דצריך **להעשות** שליח, דאינו נעשה שליח לדבר עבירה, אבל היכא דאין לו ברירה וליכא אי בעי לא עביד, נעשה שליח בעל כרחו ולא חשוב שעושה עצמו דשליח ואין בזה דין אין שליח לדבר עבירה. אשר בזה חידשו התוס' דהיא דאין השומר יודע שהוא גנוב אין הפירוש שעושה עצמו שליח לדבר עבירה דהא אינו יודע דאיכא עבירה כלל, וחשיב הך מילתא כלפי העבירה כאילו הוא שליח בעל כרחו ואינו עושה עצמו לשליח לדבר עבירה. כן הוא ביאור דברי התוס' בסוגיין.

אכן התוס' בב"ק ביארו באופן אחר, והוא דאין יסוד החסרון באין שליח לדבר עבירה מצד השליח גרידא, אלא גם מצד מינוי המשלח דמאחר דהוי לדבר עבירה אינו יודע שהשליח ישמע לו והוי כמין חסרון בהמינוי שאינו נעשה ידו לשליח לדבר עבירה כיון שאינו יודע שישמע לו, אשר זהו שכתבו התוס' דהיכא דאין השליח יודע שהוא אסור ויודע שישמע לו ליכא חסרון במינוי ושפיר הוי שליח. (ולדברי התוס' הך סברא דאינו יודע שישמע לו לא שייכא לסברת דברי הרב כמו שפירש הסמ"ע, אלא דבר אחר הוא, דהא מדוייק מדברי התוס' שם דסברת דברי הרב לא הוי אלא למ"ד דתלוי בבר חיובא ולא במאן דסב"ל דתלוי באי בעי עביד, וכנ"ל.)

רמב) תוד"ה דאמר לישראל קדש לי אשה גרושה- וא"ת ואפי' אמר לכהן נמי וכו'- עי' תוס' הרא"ש שתי', וז"ל: וי"ל כיון דכהן הוא חמיר עלי' לאו דלא יקח לפי שגרושה אסורה לו וסבור המשלח שלא יעשה שליחותו, עכ"ל. והתוס' לא פירשו כן אלא פירשו דחשיב שפיר בר חיובא משום דאילו היה עושה לעצמו היה בזה עבירה. ויתכן דתליא הך מילתא עיקר הגדר דאין שליח לדבר עבירה, דהנה התוס', אף שכתבו בב"ק הך סברא דהיכא דאינו יודע שישמע לו לא אמרינן דאין שליח לדבר עבירה, כבר הוכחנו מלשונם דאין זה עיקר היסוד דאין שליח לדבר עבירה ואינו הביאור בדברי הרב דברי התלמיד דברי מי שומעין. ועוד, דכבר הוכחנו מדברי התוס' בסוגיין דעכ"פ לסוגיין אין יסוד הטעם דאין שליח לדבר עבירה משום סברת דברי הרב אלא לימוד הוא, או משחוטי חוץ או משני כתובים באים כאחד. ונראה דגם יתכן כן לדברי התוס' בב"ק, דמה שכתוב לבצד דבעינן בר חיובא הוא משום דברי הרב וכו', אין מוכרח דכונתם דטעמא דאין שליח לדבר עבירה הוא מצד האי טעמא גופא, אלא יסוד הטעם דאין שליח לדבר עבירה הוא מחמת הלימוד, אלא דלא ילפינן דאין שליח לדבר עבירה אלא בדומה למה שלמדו ממנו, דמ"ד דתליא בבר חיובא סבירא לי' דבזה הוא דבעינן שיהא דומה להיכן שלמדו ממנה, דדווקא היכא דאיכא סברת דברי הרב הוא דילפינן, אמנם אף דודאי אף להתוס' איכא משום דברי הרב מחמת סברת הרא"ש, מ"מ עד כמה דאינו בר חיובא הדומה להיכן שלמדו ממנה, כלומר, דהוא שליח על דבר שהוא עצמו מוזהר בו, ליתא ללימוד דאין שליח לדבר עבירה, ולכך הוצרכו התוס' לומר דחשיב שפיר בר חיובא כיון דאילו היה מקדשה לעצמו היה זה עבירה. אכן הרא"ש יתכן דס"ל דיסוד מאי דאמרינן דתלוי בבר חיובא פירושו דסבירא לן דטעמא דאין שליח לדבר עבירה הוא משום סברת דברי הרב, אשר לפ"ז שפיר כתב דמאחר דחמור הלאו לכהן שפיר אית בזה משום סברת דברי הרב דקסבר המשלח שלא ישמע לו, והוא כסברת הסמ"ע, ועדיין צ"ע בזה.

ויותר נראה בדברי הרא"ש ע"פ המבואר מדבריו דטעמא דאין שליח לדבר עבירה להך לישנא דבר חיובא הוא משום דקסבר שלא ישמע לו, ובפשטות משמע מדבריו כדברי הסמ"ע דלהך לישנא דבר חיובא הרי אמרינן טעמא דדברי הרב כמבואר בדברי רש"י בסוגיין ותוס' בב"ק, ולשיטתו דיסוד אין דברי האב ואין שליח לדבר עבירה הוא משום דקסבר שלא ישמע לו פשוט כסברתו דבכהן שהוא יותר רגיש בעניני איסור זה שפיר איכא למימר דקסבר המשלח שלא ישמע לו. אכן בתוס' בסוגיין הרי לא הוזכר כלל הך חסרון דמצד המשלח, ואף בדבריהם בב"ק אין זה היסוד דדברי הרב ללישנא דבר חיובא, כאשר עמדנו לעיל, ולדידהו החסרון דאין שליח לדבר עבירה ללישנא דבר חיובא הוא מצד השליח, וכנ"ל, אשר בזה ליכא למימר כדברי הרא"ש, ודוק.

והריטב"א כתב, וז"ל: והשתא דאתית להכי ה"ה דמצי למימר כהן דאמר לכהן צא וקדש לי אשה גרושה שא הכהן אינו מוזהר אלא שלא לקדש לעצמו והא דנקט ישראל משום דשכיחי טובא, עכ"ל. ולדידי' בר חיובא הוא בר חיובא ממש, דשייך שיתחייב הוא בפעולה זו, דרק אז חשיב שליחות לדבר עבירה.

רמג) תוד"ה דאמר לישראל קדש לי אשה גרושה- אע"ג דעובר משום לפני עור לא תתן מכשול כשמקדשה לכהן כיון דאי מקדשה לעצמו לא מיחייב וכו'- עי' ריטב"א החדשים שכתב, וז"ל: ועוד י"ל דמיירי כשהכהן עצמו היה יכול לקדשה לעצמו דבכי הא ליכא משום לפני עור כדאיתא בפ"ק דע"ז וכו', עכ"ל. והנה אף דליכא איסורא דאורייתא משום לפני עור, מ"מ איכא בזה איסורא דרבנן משום מסייעי ידי עוברי עבירה, ומבואר לכאורה מדברי הריטב"א דמצד האיסורא דרבנן לא הוה אמרינן אין שליח לדבר עבירה, וכבר העיר מכאן באילת השחר על האחרונים שכתבו דאף דאיסורא דרבנן אמרינן דאין שליח לדבר עבירה.

והנה לפי תי' זה של הריטב"א שפיר אמרינן דאשלדב"ע מצד לאו דלפני עור אשר על השליח, ודלא כדברי התוס'. ואי נימא דלדיעה זו דברי הרב הוא יסוד הא דאין שליח לדבר עבירה הדבר פשוט דאף מצד לפני עור הרי איכא למימר בשליח דברי הרב ודברי התלמיד דברי מיש שומעין. אך אף דנימא דהוי לימוד מקרא דליכא שליחות, י"ל דאף דהעבירה הוא לפני עור דהשליח אכתי חשיב על ידי כך "שליחות לדבר עבירה". ואפשר דתליא הך מילתא בגדר הלאו דלפני עור, דאי נימא דלפני עור הוא כחלק מהאיסור דנכלל המכשילו בהאיסור באיסור עצמו, אתי שפיר היטב מאי דחשיב בר חיובא מצד לפני עור, ואכמ"ל.

ובביאור תירוצם של התוס', כמו שביארנו לעיל, דמאחר דאין עבירה זו דלפני עור העבירה של עצם השליחות, לא חייל על השליחות דין שליחות לעבירה

בכדי דנימא דליכא בכה"ג דין שליחות. וכן מבואר בריטב"א בתירוצו הראשון, ע"ש שכתב, וז"ל: וי"ל כיון דהאי לאו גופי' ממש לא מחייב בפרט לאו בר חיובא הוא לענין זה ולא קרינן ביה דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין וכו', עכ"ל. וממש"כ דלא קרינן בי' דברי הרב ודברי התלמיד וכו', מבואר להדיא כמשנ"ת דאין דברי הרב טעם בפני עצמו אלא הגדרה בלימוד דאין שליחות לדבר עבירה, דאילו היה טעם בפני עצמו לא היה שייך לומר דלא **קרינן בי'** לפני עור, וז"פ.[35]

והנה במה שכתבו התוס' ד"ה אקפי לי קטן דה"ה דהומ"ל אקפי לי גדול (וכ"כ הראשונים, עי' רמב"ן, ר"ן וריטב"א), הקשה הגרע"א דבאקפי לי גדול בעינן למימר דאין שליח לדבר עבירה דהא אילו היתה מקפת לגדול מדעתה בלא שליחות הרי היתה עוברת בלפני עור, ובשלמא במש"כ התוס' דבכהן שאמר לשראל וכו' ליכא משום לפני עובר, היינו משום דאילו היה עושה בעצמו לא היו קידושין כלל דהא אינו יכול לקדש עבור חבירו בלא שיהיה שלוחו, ושוב ממילא לית בזה נמי לפני עור, ונמצא דהוא אינו בר חיובא גם מצד לפני עור, אכן באקפי לי גדול הרי שפיר היתה עוברת לפני עור גם בלא שליחות, וא"כ שפיר יהיה בזה משום אין שליח לדבר עבירה.

וחזינן מזה שפירש הגרע"א מש"כ התוס' דמצד לפני עור ליכא משום אין שליח לדבר עבירה דהוא משום דכיון דאילו היה עושה מעצמו לא היה עובר לפני עור, לא חשיב זה בר חיובא גם לענין לפני עור, אשר לפ"ז שפיר הקשה. אכן למשנ"ת לעיל דמאי דמצד לפני עור

---

[35] עי' ריטב"א קידושין מ"ב ע"ב שכן בשליח שוגג אי אמרינן בו לאין שליח לדבר עבירה, וכתב בד"ה שאני התם, וז"ל: פירוש טעמא קאמרינן שהוא כן על הרוב מיהו דינא לאורייתא הוא כלדקמן ואפילו היכא לדיתי' להאי טעמא כגון שהוא שוגג וכיוצא בזה וכדאמרינן בבא מציעא בפ"ק אם המצא תמצא בידו הגנבה אין לי אלא ידו וכרו' ופרכינן והא אין שליח לדבר עיברה ופרקינן כי אמרינן אין שליח לדבר דעבירה ה"מ היכא דשליח בר חיובא וכו' א"נ כי אמרי' וכו' היכא דאי בעי שליח עביד אי בעי לא עביד לפאוקי חלר וכו' מאי ביניהו וכו' למ"ד אי בעי עביד הני נמי לא עבדי ומפטר משלח ואע"ג דלא שייך למימר בהו דברי הרב וכו', עכ"ל ועי"ש בסוף דבריו שכתב, וז"ל: ותדע לאפילו בשוגג שייך האי טעמא לאן אמרינן אלו ידע האי שליח להקדש הוא לא הוה לי' שליח כי דברי הרב שומעים וה"ל שליח בטעות ובטל שליחותו והושבו כעושה מעצמו בשוגג כנ"ל, עכ"ל. ודבריו לכאורה נ"ב דבריש דבריו כתב דגבי שוגג אין שליח לדבר עבירה אף דלא שייך בזה לומר דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שועמין, ואילו בסוף דבריו כתב דאף בשוגג שייך האי טעמא דדברי הרב. אכן ביאור דבריו, דלעולם אין הטעם עצם דברת דברי הרב, וכמו שכתב בתחילת דבריו, דהא אילו היה כן לא היה שייך לומר גבי שליח שוגג אשלדב"ע, דהא בפעול ליכא דברי הרב המונעו מלעשות השליחות כיון דשוגג הוא, אשר זהו שכתב דלאו מהאי טעמא הוא אלא דינא הוא, וכמו שמבואר מדבריו בסוגיין. וביאור מה שכתב בסוף דבריו, דאף דילפינן לדין אין שליח לדבר עבירה מקראי, מ"מ אמרינן דלא נאמר דליכא שליחות אלא היכא דשייך דברי הרב וכתוצאה מזה ליכא שליחות, אשר זהו שכתב דאף בשוגג הגם דבפועל לא שייך בו דברי הרב, מ:מ מאחר דאילו הוה ידע שפיר היה שייך בזה דברי הרב ולא הוה חשיב שליח, שוב ממילא הוי בשוגג שליחות בטעות אשר אינו שליחות, האופן דכתוצאה מהא דדברי הרב אף בשליח שוגג ליכא שליחות הגם דבשוגג מצד עצמו לא שייכא סברת דברי הרב, כן נראה מוכח לכאורה מדברי הריטב"א. ועי' שם בשיטה לא נודע למי.

ליכא אין שליח לדבר עבירה הוא משום דאין השליחות על עבירה זו, לא תקשה קושייתו כלל ולא שייך אין שליח לדבר עבירה מצד לפני עור באקפי לי גדול כמו שלא שייך הכא.

רמד) תוד"ה דאמר לישראל קדש לי אשה גרושה- וא"ת מאי נפ"מ וכו' לרבא דאמר בעשרה יוחסין קידש אינו לוקה בעל לוקה- עי' שו"ת מוצל מאש להר"י אלפאנדרי שהעיר בדברי התוס' מאי קשיא להו, הרי נפ"מ לענין איסור דאי יש שילחות עבר המשלח האיסור ואי אין /שליחות לא, ע"ש שצידד שמא ס"ל להתוס' דלאו זה כיון דלא לקי משום דלא חילל עד שיבעול איסורא נמי ליכא. ועי' שט"מ בשם רבו שפירש דבאמת הנפ"מ הוא לענין עבירת הלאו, ומבואר להדיא דאיכא איסורא. ובשעה"מ פ"ז מהל' מעילה האריך בענין זה, והביא מדברי הריטב"א בקידושין מ"ב ע"ב שכתב דאין לדחות ולומר דאע"ג דלא מפקדי בהכי איכא לפני עור, דאפילו בכהן שקידש לעצמו ליכא איסורא עד דבעיל וכיון שכן ליכא משום ולפני עור וכו', הרי מבואר מדבריו דליכא איסורא, ולדא כדברי השט"מ. ומדברי התוס' משמע לכאורה דשפיר איכא איסורא, שהרי שפיר דנו בזה מצד לפני עור, ולדברי המוצל מאש הוי לכאורה סתירה מיני ובי' בדברי התוס', וכן העיר במנ"ח מצוה רס"ו, ע"ש. וע"ש בשעה"מ שהביא דמפורש בסוגי' דסוטה מ"ד ע"א, לימא דלא כריה"ג דאי ר"י הגלילי הא אמר הירא מעבירות שבידו ומשני אפילו תימא ריה"ג כדרבה דאמר רבה איו חייב עד שיבעול וכו', הרי מבואר דלרבא ליכא איסורא בקידושין ולא חשוב שבידו עבירה. ויש לכאורה לדחות דר"ל דעד כמה שעדיין לא בעל ליכא איסורא אבל עד בועל איכא איסורא גם על הקידושין. ובסוגי' דתמורה ד"ה בהא דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני שהקשו דלרבא נימא בקידש אי עביד לא מהני, והרי קידש אינו לוקה ואי ליכא נמי איסורא האיך נימא דלא מהני, ומוכח דשפיר איכא איסורא, וצ"ב מסוגי' דסוטה.

והאמת דיש לבאר, דמאי דאיכא איסורא היינו למפרע אחר שבעל, ומפאת זה גופא הוא דאמרינן דאחר שבעל נימא אי עביד לא מהני מצד הלאו דלא יקדש, ומ"מ היכא דלא בעל ליכא איסורא, ואתי שפיר ראיית התוס', וכן צידד באמת במנ"ח, אלא שהקדש דבדברי התוס' דשייך בזה לפני עור לא שייך למימר דליכא איסורא אלא למפרע אחר שבעל, דהא לפני עור לא שייך רק בקאי בתרי עברי דנהרא, אבל אם יכול ליקח לעצמו לא שייך לפני עור, והכא דבידו שלא לבעל הרי הוי כמו חד עברא דנהרא דהא בידו שלא לבעול, ואם בעל אחר כך מאי לפני עור עבד השליח, וע"כ דאיסורא איכא תיכף בשעת קידושין.

ונראה דיש לדון דשפיר שייך בזה לפני עור ולא חשיב לן הא דיכול שלא לבעול, דבשלמא בציור דתרי עברא דנהרא, הרי אינו מכשילו על ידי עשיית מעשה העבירה עצמה אלא דמאפשר לו לעשות עבירה, אשר בזה שפיר אמרינן דבתרי עברי דנהרא לא חשיב שהוא איפשר לו וליכא בזה לפני עור, אכן בנ"ד, הרי איר שבעל מעשה האיסור על הקידושין הרי הוא על הקידושין, ובעשיית הקידושין עבורו שפיר נחשב שעשה מעשה איסור, דאם יבעול שפיר יצא דמעשה הקידושין היה מעשה איסור, ומאי דלא ברירא שלמעשה יעבור משום שבידו שלא לבעול, אין זה מועיל אלא בנידון דהתראת ספק, אבל לענין לפני עור אם אך עשה עבורו מעשה שיתכן שיבוא להיות מעשה איסור, שפיר אית בזה משום לפני עור. ולפי זה שפיר יתיישבו דברי התוס' וכן לא יקשה מסוגי' דסוטה לסוגי' דתמורה, דאיברא איכא איסורא, רק שחל למפרע אחר שבעל, וכמשנ"ת.

ומאי דהוכיח המוצל מאש בקושיית התוס' דליכא איסורא, למאי דדנו מצד לפני עור הרי מבואר בפשטות דאיכא איסורא, והא דהוקשה להו מדברי רבא, כתבו השעה"מ ועוד אחרונים דהוא מצד לישנא דהגמ' דאיתא ד"מיחייב" שולחו.

רמה) תוד"ה דאמר לישראל קדש לי אשה גרושה- ע' ב' תירוצי התוס', דבתי' הב' חידשו דנפ"מ אי חלו קידושין, ומובאר מדבריהם דעד כמה דאמרינן דאין שליח לדבר עבירה לא הוי שליח כלל ולא חיילי קידושין. ועל דרך הפשט נראה דתירוצא קמא דלא ס"ל הכי היינו משום דס"ל דאף דלענין העבירה נקטינן דאין שליח לדבר עבירה, לענין החלות שנשלח לעשותו שפיר חשיב שליח וחיילי קידושין. אלא שבאחרונים כתבו דאף לפום תירוצא קמא לא חיילי קידושין, ומאי דנאדו מתי' הב' הוא משום דבגמ' מבואר דמיירי בנפ"מ דאין יש שליח לדבר עבירה "מיחייב" ואין אין שליח לא מיחייב, ולא לענין חלות הקידושין.[36] ובמוצל מאש הנ"ל הקשה האיך שייך לומר דחיילי קידושין, הרי אין אין שליח לדבר עבירה תו אינו שליח והאיך יקדש אשה עבור חבירו אם אינו שליח. אכן מדברי הראשונים מבואר דב' תירוצי התוס' באמת פליגי בהכי, עי' תוס' רבנו פרץ ושט"מ בשם תוס' שאנץ, ולתירוצא קמא באמת חיילי קידושין. ומאי דס"ל להך תירוצא דחיילי קידושין אף דלענין עבירה אינו שליח, היינו משום דמאי דאין שליח לדבר עבירה כבר נתבאר דאינו סתם סברא דדברי הרב דלא הוי שליח כלל, אלא ביסודו לימוד הוא דלא חידשה התורה פרשה דשליחות לדבר עבירה, אשר שפיר יכול דבר זה להתפרש דאף דשפיר הוי שליח, אין מועיל פרשה דשליחות לענין עבירה, אבל קידושין עצמן שפיר יתכן דחיילי, וז"פ.

ועי' מח"א הל' שותפות סי' ח' שהביא דברי הריב"ש דאפוטרופוס של עניים שהלוה ממון צדקה ברבית קצוצה, אם כבר גבה הריבית זכו בהם עניים ואינם חייבים להחזיר. וקשה לכאורה , דהא זכיה מטעם שליחות וכיון דשליחות לריבית היא דבר עבירה, אין שלילח דברי עבירה. והוכיח מזה במח"א דס"ל להריב"ש דאף דאמרינן דאין שליח לדבר עבירה וליכא שליחות על העבירה, מ"מ אין השליחות בטל, אשר משו"ה שפיר זכה האפוטרופוס עבור היתומים בדמי הריבית.

ולכאורה יש לדחות, דאף דבעלמא נימא דהיכא דאין שליח לדבר עבירה השליחות בטל, וכדברי התוס' בתירוצם הב', מ"מ יתכן דבכגון הך דריבית אין הדבר כן. וטעמא דמילתא, דכי אמרינן דגם השליחות בטל, היכא דעל ידי שנתבטל השליחות תו ליתא לעבירה, דעל ידי דאמרינן דאין שליח לדבר עבירה אמרינן דליכא שליחות וליכא עבירה (והוא דומה לסברא שאמרו גדולי האחרונים- מהרי"ט, הגרע"א ועוד- בהא דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, ואין כאן מקומו). אכן בהך דינא דהריב"ש הרי אף אי נימא דליכא שליחות הרי אכתי נטל האופוטרופוס ריבית ואיתא להעבירה, ואין העבירה משתייכת בישירות לביטול השליחות, אשר בזה אף דאין שליח לדבר עבירה אין זכיית העניים בטלה.

והנה יוצא מתירוץ הב' דהתוס' למאי דפסק הש"ך כלישנא דאי בעי עביד דאי אפשר לקדש חייבי לאוין על ידי שליח, דכיון דאין שליח לדבר עבירה השליחות בטל ולא חלו הקידושין. ודן עפ"ז במנ"ח דמאחר דנקטעינן דהיכא דליתא בשליחות ליתא בתנאי, אינו יכול לקדש חייבי לאוין על תנאי, וכן כתב באמת בשו"ת מהר"ם מינץ סי' כ"ד. ויש לדון בזה דהא שפיר איתא בתנאי, ואין כאן מקומו.

רמו) רש"י ד"ה ת"ל ונתן מכל מקום- דאי משום שליחות הא כבר כתיבא הכא כדתניא מלמד שהאשה עושה שליח וכו'- מבואר בפשטות מדבריו כנ"ל דלמימר דמשום שליחות הוא לא בעינן לימוד מסויים. והעירו הראשונים עליו דא"כ אמאי גבי גניבה בעינן ילפותא לחצר משום שליחות, עי' רמב"ן ועו"ר שכתבו דמאי דבעינן התם לימוד אינו אלא משום דהתם הוי שליח לדבר עבירה, והני סברות דבר חיובא ואי בעי עביד אי בעי לא עביד סברות הן בדין הנלמד מקרא. ולפ"ז מוכח כנ"ל דמשום שליחות גרידא סגי שיקנה חצר בלא דין יד כלל. אמנם עוד כתבו הראשונים דמאי דלא בעינן הכא קרא היינו מאחר דאיכא קרא גבי גניבה דחצר משום שליחות, דכיון דידעינן דבגט איכא שליחות שוב ממילא מהני חצר מטעם שלחות, ולפ"ז ליכא ראיה דלא כהגר"ח. ומדברי רש"י ריש דף י"א ע"א ד"ה ומר סבר לא ילפינן משמע לכאורה כצד הא', ע"ש שכתב, וז"ל בא"ד: ואיכא למימר דשליחות הוא ומשום דאין שליח לדבר עבירה אצטריך למכתב התם, עכ"ל. אכן צ"ב קצת לשונו שם שכתב "וגבי ממונא חצר מאם המצא אתרבאי", דמשמע כאילו בעינן לימוד לקנין חצר ולא ידעינן לי' סתם מדאיכא פרשה דשליחות, וצ"ב. (אכן יעויין שט"מ בשם גליון)

ובריטב"א החדשים הקשה, וז"ל: ובתוס' הקשה ע"ז דלעולם אימא לך מדין שליחות איתרבאי חצר דאילו מושלחה לא נפקא לן אלא מידי דהוי בן דעת ובר שלוחי הלכך אצטריך לרבויי חצר אע"ג דלאו בר שלוחי ולעולם אימא לך דמדין שליחות הוא, עכ"ל. ובדעת רש"י אפשר די"ל עפמשנ"ת לעיל, דלעולם ליכא כח עשייה בחצר דנימא דבעינן לזה לימוד, אלא כל השליחות הוא על המעשה דהוי כאילו הוא ביד האשה, ובזה יתכן דליכא נפ"מ אי בן דעת ובר שליחות הוא או לא, דעיקר הלימוד דבעינן אינו אלא מאי דאינו צריך לעשות בעצמו ממש אלא אף מה שנמצא בחצרו הוי כאילו הגיע לידו.

י"א ע"א

רמז) תוד"ה ילפינן מציאה מגט- האי ילפינן הוי מדרבנן דמציאת קטן לא הוי אלא מדרבנן וכו'- עי' קצוה"ח סי' רמ"ג סקי"א שכתב להוכיח מדברי התוס' דבמתנה דדעת אחרת מקנה מהניא לי' חצירו לקטן אף אי חצר מטעם שליחות, והוא מדין זכייה, דאל"כ אמאי פירשו לענין מציאה והוכרחו לומר דהך ילפינן לא הוי אלא דרבנן, נימא דמיירי במתנה, ובדעת אחרת מקנה אית לי' זכייה מדאורייתא, אלא ע"כ לא הוי מצי לאוקמי בהכי דבמתנה אף אי חצר מטעם שליחות מהני לי'. ע"ש בקצוה"ח שהביא דכן הוא באמת דעת הראב"ד דמאי דקטן לית לי' חצר היינו לענין מציאה אבל לענין מתנה שפיר מהני. ולמשנ"ת לעיל לא שייך שתקנה חצר מטעם זכייה אף דזכייה לאו מטעם שליחות, ע"ש, ומה עוד דהתוס' עצמם ס"ל דזכיה מטעם שליחות. שו"ר שטען כך על דברי הקצוה"ח באבי עזרי פ"ד מהל' זכיה ומיתנה ה"ט, ע"ש משו"כ בביאור דברי הראב"ד דלעולם אין כונתו דבדעת אחרת מקנה מהני חצר מטעם זכיה, אלא דמה שאמרו דלא ילפינן קטן מקטנה אינו אלא דמציאה דאין הקנין אלא דרבנן, בזה אמרינן דלא תקנו אלא בקטנה כדחזינן דיש לה יש לה יד לענין גט ולא לקטן, אבל לענין מתנה דיש לו יד מן התורה דדעת אחרת מקנה, אף לענין קטן אמרינן דמהני יד דלענין דאורייתא ודאי דילפינן קטן מקטנה דמהיכי תיתי לחלק. (והגרע"א לעיל דף י' ע"ב כתב דמאי דלא מוקמינן לה במתנה הוא משום דס"ל דבמתנה לא תקנו ד' אמות, ע"ש.)

והנה יעויין בנ"י בסוגיין דמבואר מדבריו דאף דאין זכיית קטן במציאה אלא מדרבנן מ"מ זכייתו על ידי חצר דאורייתא הוא, ודלא כדברי התוס', ע"ש שכתב גבי קטנה דיש לה חצר דאורייתא אף דאין לה יד דהא פשיטא דמציאתה דרבנן. והדברים לכאורה צ"ב, דהא מיירי התם בהא דחצר מטעם יד, ואי יד גופא

---

[36] ולפ"ז ע"כ לתי' הב' ס"ל ד"מיחייב" לאו דווקא ולכן סגי בנפ"מ לענין תפיסת קידושין, ולכאורה מאחר דנחתינן למימר נפ"מ סתם ולא לענין חיוב, שוב הוה סגי למימר דנפ"מ לענין איסורא.

דקטנה אינו אלא דרבנן האיך נימא דמהני חצר דאורייתא.
והנה יש להסתפק בהא דאמרינן דחצר מטעם יד אי יסודו דהוי כידו ממש, או דהא מיהא פשיטא דאף אי הוי מטעם יד מ"מ מדין יד מחודשת היא וקונה הוא מצד עצמו, וקונה החצר כמו שיד קונה אבל לא חשיב כידו ממש דנימא דהגברא הוא שעושה הקנין, עי' דברי אליעזר למכילתין סי' ח' דשקיל וטרי בזה. ועפ"ז ביאר פלוגתת התוס' והנ"י, דהנה גדר הא דחצרו של אדם קונה שלא מדעתו תלוי בהנ"ל, דאי נימא דהוי כיד ממש והגברא הוא שעושה מעשה הקנין ודאי דבעינן לזה דעתו ובלא"ה לא הוי קנין כלל, וע"כ דמה שקונה חצר שלא מדעתו פירושו דחשיב כמו דאיכא דעתו כיון דכך דעתו של אדם שיזכה לו חצרו לכל מה שיוכל לזכות ולהכי בידו ממש אינו קונה שלא מדעתו. אבל אי הוי דין יד מחודשת פירושא דהא דקונה חצרו שלא מדעתו הוא דלא בעינן דעתו כלל, דהחצר קונה מצד עצמו, ודלא כיד ממש שהזוכה הוא שעושה הקנין ומשו"ה אינו קונה שלא מדעתו. אשר לפ"ז יתבארו דברי הנ"י, דס"ל דהוי דין יד מחודשת והחצר הוא שקונה ולא בעינן דעתו של הזוכה כלל, משא"כ ביד ממש שהזוכה הוא שעושה הקנין בזה ודאי דבעינן דעתו ומשו"ה מציאת קטן אינו שלו מדאורייתא, ומ"מ ילפינן חצר מיד דכמו דביד מה שמונח החפץ ברשותו פועל הקנין כך בחצר נחשב קבלת החפץ על ידי שהוא בהחצר.

רמח) ואיבעית אימא בקטנה כולי עלמא לא פליגי דילפינן מציאה מגט והכא בקטן קא מיפלגי ורו'- עי' רי"ף שפסק דחצר דאיתתא מטעם יד ואילו חצר דגברא מדין שליחות הוא. והקשה בנתיה"מ סי' ר' מהא דהביא הרי"ף מימרא דרב אשי דחצר מטעם יד ולא גרע משליחות, הרי דאף חצר דגברא מדין שליחות הוא. וי"ל בזה עפמשנ"ת לעיל בשם הגר"ח (וכך כתב בדברי אליעזר הנ"ל מדעת עצמו) דבהא דיסוד כח הקונה דחצר מדין יד הוא כו"ע מודו, ולא נחלקו אלא האיך מתייחס הדבר להזוכה, אשר ממילא לא יקשה מדברי רב אשי דודאי אף חצר דגברא עיקר הפועל מדין יד הוא. וביאור מה שאמר דלא גרע משליחות, אף דהפועל מדין יד הוא, דר"ל דהיכא דאינו סמוך לחצר הוה אמרינן דלא יחשב על ידי כך מעשה קנין כלל, כלומר, דיד דחצר חוץ ממה שצריך להתייחס אליו צריך להחשב חפצא דמעשה קנין, והוה ס"ד דהיכא דאינה סמוכה לו לא חשיב מעשה קנין, אשר בזה אמרינן דלא גרע משליחות, כלומר, דכמו דבשליחות חזינן דחשיב מעשה קנין לגבי בעל החצר אף שאינו שם, כך ביד דחצר חשיב מעשה קנין אף שאינו סמוך לו, ולעולם מה שמתייחס ופועל עבורו חלות הקנין מדין שליחות הוא, וכ"כ גם בדברי אליעזר הנ"ל.

רמט) רש"י ד"ה מר אמר חדא- רשב"ל אמר לענין מציאה ור' יוחנן לענין גט אי נמי מר אמר קטן ומר אמר קטנה- עי' ריטב"א החדשים שהעיר על פירושו הראשון של רש"י האיך שייך לומר דלא אמר ר"י אלא לענין גט, הרי ס"ל לר' יוחנן דבגט אפי' ק' אמה קרוב לה מגורשת, ותי' דד' אמות לאו דווקא אלא שטפא דר"ל נקט. ומבואר מדבריו דס"ל דדין ק' אמה מדין חצר הוא, ודלא כמו שנתבאר לעיל בדעת התוס', אלא כמו שהבין הגרע"א.
ועל פירושו השני של רש"י הקשה דא"כ היכי נקיט ר"ל האי לישנא קטנה אין לה חצר וכו', ותי', וז"ל: וי"ל משום דקטן אלו אית לי' חצר ודי' אמות מקטנה הוא דהוה יליף כדאמרינן לעיל קאמר ר"ל דקטנה אין לה חצר ואין לה ד' אמות ללמד על הקטן כלומר דלא ילפינן קטן מקטנה, עכ"ל. ודבריו תמוהים לכאורה, סו"ס האיך נקיט ר"ל דקטנה אין לה חצר ואין לה ד' אמות, דבר שאינו אמת לשיטתו. וביאור דבריו לכאורה, דאי לא ילפינן קטן מקטנה פירושו דאין זה מדין כללי דקנין חצר אלא גזה"כ הוא בקטנה דנתחדש לה פרשה מחודשת דיד וממילא אית לה חצר אף במציאה, אבל קטן לא נתחדש בי' דין יד זה וממילא אין לו חצר. ומה שאמר ר"ל דקטנה אין לה חצר ואין לה ד' אמות פירושו דאין לה דין חצר ודין ד' אמות כזה שיהא ניתן למילף מינה לקטן אלא יד מסויים הוא לקטנה, ועדיין צ"ע בזה.

רנ) תוד"ה זכתה לו- נראה אע"ג דלא אמר זכתה לי דזכתה לו וכו'- עי' לעיל שהבאנו דפליגי הראשונים בזה, דהרמב"ם ס"ל דדווקא בחצר המשתמרת הוא דאינו צריך לומר אבל במתני' דמיירי בחצר שאינה משתמרת צ"ל זכתה לי שדי. והר"ן ס"ל כדעת הרמב"ם, אבל דווקא בדבר המהלך הוא שצריך לומר זכתה לי שדי אבל במציאה שאינה מהלכת סגי בידיעה ולא בעינן אמירה. ומאי דבעינן בכה"ג אמירה הוא בכדי שיחשב על ידי כך חצר משתמרת, כלומר, דמעיקר הדין לא בעינן אמירה, רק בעינן משתמרת, ועל ידי האמירה שם לבו לשמור והוי כמשתמרת. ועי' כס"מ פי"ז מהל' גזו"א ה"ח שהעיר דאין שיטת הר"ן כשיטת הרמב"ם.
ובריטב"א החדשים כתב דמאי דבעינן אמירה הוא משום דאי אינו אומר תזכה לי שדי הוי כאילו גילה שאין דעתו לקנות אלא שיקנו הרצים אחריה, ואין חצרו קונה לו בזמן שאינו רוצה לקנות.
ועי' מח"א הל' קנין חצר סי' ב', שכתב דמאי דבעינן אמירה בחצר שאינה משתמרת מצד עצמה אף שעומד בצדה הוא משום דכיון דס"ל להרי"ף והרמב"ם דחצר דגברא מטעם שליחות הוא, אינו נעשה שלוחו עד שיעשנו שליח, וזהו יסוד דין האמירה. ולדבריו מאי דבחצר המשתמרת לא בעינן אמירה, היינו לכאורה משום דכיון דמשתמרת היא סתם דעתו הוא שיקנה עבורו והוי כסתם שלוחו.
וע"ש במח"א שביאר בדעת הרשב"א והרא"ש דפליגי אהרמב"ם, דהיינו משום דס"ל דקונה החצר שלא מדעתו ולא בעינן אמירה כלל. ולולא דבריו היה אפשר לומר דס"ל דאף בלא אמירה חשיב כעין מינוי שליחות על ידי מה דאנן סהדי שרוצה שיקנה החצר עבורו, והוא כעין סברת הקה"י הנ"ל.

רנא) והוא שעומד בצד שדהו- עי' חידושי הריטב"א החדשים שכתב דמיירי שעומד אפי' מחוץ לשדהו, והביא הריטב"א דיש מי שפירש דמיירי בפנים דווקא, אבל בעומד לצד שדהו מבחוץ אינו קונה. וכ"ה באמת דעת הרשב"א לקמן בסוף ע"ב, ויתבאר שם בעזהשי"ת.

רנב) ותקני לי שדהו דאמר ר' יוסי בר' חנינא חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו- צ"ב לכאורה לישנא דותקני לי' שדהו, הרי אף למה שאמר רב יהודה אמר שמואל דמיירי בעומד בצד שדהו הרי קונה לו שדהו, ויסוד הקושי' אינה אלא אמאי בעינן שיהא עומד בצד שדהו. והיה נראה מזה כמשנ"ת לעיל בדעת הרמב"ם, דבעומד בצד שדהו בחצר שאינה משתמרת אין הפירוש דקונה השדה עבורו, אלא דהוא קונה על ידי השדה, אשר זהו דהקשו ותקני לי' שדהו, כלומר, דתקנה לו השדה ולא ניבעי שיהא עומד בצד שדהו, ותירצו דדווקא בחצר המשתמרת הוא דאמרינן הכי אבל לא בחצר שאינה משתמרת.
אכן רש"י פירש דמאי דמתרצינן דבחצר שאינה משתמרת אי עומד בצד שדהו אין, ר"ל דעכשיו היא משתמרת על ידו, ומבואר לכאורה מדבריו דלא כהנ"ל, אלא דאף חצר שאינה משתמרת אי עומד בצד שדהו קונה כחצר המשתמרת. ואפשר דבעצם שו"ט דהש"ס פירש אף רש"י כנ"ל, אלא דיסוד תי' דהש"ס הוא דמאחר דחזינן דיתכן שיקנה החצר מצד עצמה, שוב אמרינן דמאי דמהני אי עומד בצד שדהו הוא משום דעל ידי כך חשיב משתמרת ושוב קונה מצד עצמה, ועדיין צ"ע בזה. ונראה דכן מדוייק באמת בדברי רש"י דלא כתב הא דעל ידי שעומד בצד שדהו הוי חצר משתמרת אלא בתירוץ הש"ס ולא בדברי רב יהודה אמר שמואל, והיינו לכאורה כמשנ"ת.
והנה בגוף קושיית הש"ס, להשיטות דס"ל דמאי דאיתא במתני' דאמר זכתה לי שדי דווקא הוא, יקשה לכאורה אמאי לא הקשו אגופא דמתני' ממימרא דריב"ח והקשו דווקא אדרב יהודה אמר שמואל.

ובחידושי הרשב"א כתב באמת דלהך דיעה הוה להו להקשות כן אלא דהמתינו עד שנתבאר המשנה, ע"ש. ולמשנ"ת מדברי הריטב"א החדשים דמאי דבעינן במתני' שיאמר זכתה לי שדי היינו משום דכיון דהיו אחרים רצים אחר המציאה אילו לא הוה אמר זכתה לי שדי היה זה כמין גילוי דעת שאינו רוצה לקנות, אתי שפיר היטב מה שלא הקשו אמתני', דבאמת מצד הקנין לא בעינן אמירה כלל, ומה דצריך לומר זכתה לי שדי אינו אלא כדי שלא יהא גילוי דעת שאינו רוצה לקנות, אשר ממילא לא קשיא ממתני' כלום, ורק אדרב יהודה אמר שמואל הוא שהקשו. ומדברי הרשב"א מבואר דס"ל דלהני דיעות מאי דבעינן בחצר שאינה משתמרת אמירה מעיקר דיני הקנין הוא, אשר ממילא כתב דודאי אף אמתני' קשי' מדריב"ח.

רנג) תוד"ה ה"מ בחצר המשתמרת- דהתם משמע דהוי בחצר המשתמרת מדמייתי עלה מר' יוסי בר' חנינא- והעיר לי ב"א דלשיטת רש"י שפיר יש לפרש דמיירי בחצר שאינה משתמרת, דהנה כתב רש"י דמאי דמהני הא דעומד בצד שדהו זהו משום דעל ידי כך הוי חצר המשתמרת. והנה מאי דהוי חצר משתמרת על ידי שעומד בצדה אין זה דווקא משום דאית לי' דעת לקנות, אלא משום דעל ידי שעומד שם ושומר על מה שבתוך השדה הוי שפיר חצר המשתמרת. אשר לפ"ז שפיר יש לפרש התם דמיירי באינה משתמרת, אלא דלס"ד שהוא נמצא שם הרי הוי עומד בצדה, ובכה"ג דין משתמרת לה ושפיר אית בזה דינא דר' יוסי בר' חנינא דקונה לו שלא מדעתו, דלא בעינן דעת קנין ושפיר קניא לי' החצר, אשר זהו יסוד קושיית הש"ס, ושפיר תירצו דליתי', כלומר, דהוא אינו שם, אשר ממילא הדר הוי חצר שאינה משתמרת ואינו קונה לו. והתוס' שהקשו, היינו משום שפירשו דלא כרש"י, דלעולם אף היכא דעומד בצד שדהו לאו חצר המשתמרת מיקרי, ולדידהו מאי דקונה חצר המשתמרת ומאי דקונה חוצר שאינה משתמרת היכא דעומד בצדה תרי דיני נינהו וחלוקים האחד מחבירו, אשר ממילא שפיר הוכיחו התוס', דאם אך מיירי שאינה משתמרת, אף שעומד בצדה מ"מ לא שייכי דברי ר' יוסי בר' חנינא בזה כלל, ומדהקשו מדר' יוסי בר' חנינא ע"כ דבחצר המשתמרת מיירי, ודוק.

רנד) תוד"ה ה"מ בחצר המשתמרת- ומיהו זה נוכל לתרץ דמתני' הוי משום דנתכוין לזכות בה דאמר זכתה לי לכך מייתי מרבי יוסי בר' חנינא- אף דהתוס' ס"ל דלמעשה במתני' זכתה לי שדי לאו דווקא, מ"מ אילו הוה מקשינן הוה מצינן למימר הכי והוה בעינן להוכיח דלא כזה מדברי ריב"ח, וא"כ הקשו מיד מדברי ריב"ח, עי' מהרש"א שכתב כן.

רנה) תוד"ה ה"מ בחצר המשתמרת- וי"ל דה"פ דליתא למשכון בחצר וכו'- הדברים תמוהים, כאשר הקשה במהר"ם שיף, דהא מתחילה מבואר להדיא התם דר"ל דאין האיש בחצר, ורק למסקנא דהתם הוא דאפשר לפרש דקאי אפקדון, ע"ש וברש"י שם. והתוס' שם כתבו באופן אחר, או דהא דהוה ס"ד למימר דליתי' לבעלים הוא דלא כמסקנת סוגיין, או דלעולם מיירי בחצר שאינה משתמרת ואף למסקנא ר"ל דליתי' לבעלים, ע"ש בתוס'.

רנו) תוד"ה ה"מ בחצר המשתמרת- וי"ל דדווקא גבי גט דאיתי' בעל כרחה בעינן עומדת בצד ביתה כדאמר בשמעתין- צ"ב לכאורה דהא מסקנת הש"ס דלקמן ריש י"ב ע"א הוא דלא כזה אלא מטעם אחר הוא דבענין בגט שתהא עומדת שם.

רנז) ה"מ בחצר המשתמרת- כתב בנ"י, וז"ל: וחצר המשתמרת דלא בעינן שיהא עומד בצד שדהו צריכא טעמא דהא לאו משום יד הוא דמהני כמו בגט דהתם בעינן עומדת בצד חצרה כלדקמן וגם לא משום שליחות כדפי' הר"נ ב"ר ז"ל שא"א לזכות לחבירו מתורת שליחות אא"כ נעשה שלוחו של בעל הממון ובמציאה ליכא בעל הממון שיהא זה שלוחו ולא שייך למימר בחצר כדאמרינן גבי מגביה מציאה לחבירו דמיגו דזכי לנפשי' וכו' וכתב הרנב"ר ז"ל דאיכא למימר דכל שהיא משתמרת למי שהוא זכות לו כידו היא שאף מה שבא לידו כי ניחא לי' דליקני בחצר המשתמרת הוא נותנו ויד אריכתא הניא משא"כ לענין גטין דכיון דלא ניחא לה דתקנה חצר המשתמרת אינה כידה שמה שהוא חובה לאדם כשהוא בידו אינו נותנו בחצר המשתמרת אדרבה מוציא ממנה, עכ"ל. ולכאורה יש לעיין בדבריו, דהא כתב לעיל דגבי קטן לא אמרינן דחצר משום יד וכדעת הרי"ף והרמב"ם, וא"כ האיך כתב דמהני חצר המשתמרת מדין יד, ומה עלה על דעתו מלכתחילה למימר דליהוי משום יד כמו גט. ונראה מוכח מזה כדברי הגר"ח הנ"ל דאף למ"ד חצר משום שליחות עצם החפצא דהחצר הוא יד, ואין השאלה דחצר מטעם שליחות או מטעם יד אלא האיך חשיב ידו , על ידי שליחות או על ידי דחשיב ממש ידו, אשר ממילא שפיר איכא למימר דבגדול מהני חצר כידו על ידי שליחות. והנה מדברי הנ"י לעיל מינה מבואר כדעת רש"י דבעצם ידענין חצר משום שליחות ממאי דידעינן דאיכא שליחות בגט מושלחה, ומוכח דס"ל דשייך לומר דיהני מדין שליחות גרידא, זאת אומרת, דהקנין הוא על ידי ידו שלו ולא דחשיבא החצר כיד, דהך הילכתא הוה בעי קרא, והוא דלא כהגר"ח, וכנ"ל, אלא דאין זה סתירה, דנהי דהיכא דאיכא שלוחו של בעל הממון שפיר איכא למימר דהוי מדין שליחות גרידא, כלומר, דקונה הוא על ידי החצר דעל ידי שליחות החצר הוי כאילו הגיע לידו שלו, מ"מ באופן דליכא שלוחו של בעל הממון עכצ"ל דהחצר עצמו חשוב כידא אריכתא. ויהא מוכח מדברי הנ"י דהחסרון דשלוחו של בעל הממון שייך אף אי אמרינן דגדר השליחות דחצר הוא שהוא עושה על ידי החצר דהוי כאילו הגיע לידו שלו, כלומר, דאין החסרון דשלוחו של בעל הממון במה שאין לו כח למסור לשליח, דהא בחצר משום שליחות דמהני מהני בלא כחות החצר אלא מכח הקונה עצמו, וכנ"ל, ומ"מ הרי כתב הנ"י דאיכא בזה חסרון דשלוחו של בעל הממון. וע"כ דהחסרון הוא במשלח, כלומר דאיכא דאינו בעל הממון אינו יכול לעשות אלא בעצמו, דלא ניתן דין שליחות כלל בכה"ג. אלא דעדיין צ"ב כיון דלא הוי שלוחו של בעל הממון, האיך הוה ס"ד דיהני מדין יד,דבשלמא למאי דמסיק דהוי כידא אריכתא, פירושו דהוי כידו ממש דפשוט דפועל עבורו קנין כיון דידא אריכתא הוא, אבל דין יד דגבי גט אינו כן, דהא גט לאו זכות הוא, אלא דין יד מחודשת הוא דנתחדש גבי קטנה דחשוב כאילו היא עשתה, אבל לא לגבי גברא, ולגבי גברא ע"כ דהא דחשוב כידו אינו אלא משום שליחות, ושליחות הרי לא שייך הכא כיון דאינו שלוחו של בעל הממון, וכמש"כ הר"ן והנ"י עצמם, וא"כ האיך הוה ס"ד דליהני מדין יד אף בלא מאי דבעינן גבי איתתא שתהא עומדת בצדה, וצ"ב.

אא"כ נימא דהיכא דגדול עומד בצד שדהו ילפינן דחצר מטעם יד מקטנה גבי גט, דכמו בגט דאית לה יד נתחדש דאית לה חצר מטעם יד, כך כל אחד דאית לי' יד אית לי' חצר מטעם יד, רק קטן דלית לי' יד לא ילפינן מינה דליהוי לי' חצר מטעם יד, ולפ"ז לא שייכי דברי הגר"ח לדברי הנ"י, ועדיין צ"ע בזה.

רנח) רש"י ד"ה אבל בעיר- שאף שכחת פועלים עושה אותה שכחה- משמע מפשטות דבריו דכשהוא בעיר מהני שכחת פועלים לעשותו שכחה בלא שכחת בעל הבית. וכ"כ הר"ש בפאה פ"ה מ"ז, ע"ש שכתב, וז"ל: וכגון דבעל הבית בשדה דקאי גבי' דליזכי בי' אבל אי הוה בעל הבית בעיר הוי שכחה אע"ג דלא שכחו בעל הבית כדאיתא בפרק שנים אוחזין, עכ"ל. ומבואר מדבריו דמתני' דפאה דבעינן גם שכחת בעל הבית וגם שכחת פועלים לא נאמר אלא בשדה אבל לא היכא דבעה"ב בעיר. ויש לעיין לכאורה בדבריהם, דהא מבואר מסוגיין דמאי דבעיר הוי שכחה אפי' בזכור ולבסוף שכוח הוא משום דלא קאי גבי דליקני, ואילו מדבריהם משמע דה"ט משום דנלמד דבעיר לא בעינן לשכחת בעל הבית, וצ"ב. וברמב"ן ועו"ר מבואר דלא כדבריהם, אלא אף בעיר בעינן שכחת

בעל הבית, אלא דבשדה בעינן שכחת בעל הבית תחילה ואילו בעיר סגי אפי' בשכחת פועלים תחילה.
והתוס' כתבו בד"ה זכור ולבסוף שכוח, וז"ל: פירוש זכור בשעה שהשכחה מתחלת שכבר שכחוהו פועלים ולבסוף שכח גם הוא ושכוח מעיקרו הוי כששכחו הפועלים שכח גם הוא אבל מה שהוא זכור בשעה שהפועלים זוכרים אין זה זכור ולבסוף שכוח דאל"כ לא תמצא שכחה לעולם דכששדהו מלאה עומרין יאמר יזכה לי שדי, עכ"ל. ועי' ביאור שיטתם בהרחבה בחידושי הרמב"ן, דלא שייך שיזכה בשכחה אלא אחר שהתחיל לחול בה דין שכחה, דהיינו על ידי שכחת הפועלים, דקודם ששכחו פועלים האיך יזכה, הרי ממונו הוא בכל מקרה ובמה זוכה, אע"כ בעינן שתהא שכחת פועלים דעל ידה התחיל הפקר דשכחה, ובזה שפיר שייך שיזכו כיון דהתחיל לחול בה שם שכחה, ויתבארו הדברים להלן, בעזהשי"ת. והנה מדקדוק לשונם מבואר דבכדי שיזכה בשכחה בעינן שיאמר יזכה לי שדי, וצ"ב לכאורה דהא שיטתם מבוארת לעיל בריש העמוד דלעולם לא בעינן שיאמר יזכה לי שדי, ועכצ"ל דשאני זכיית שכחה, אלא דטעמא בעי מאי שנא מכל זכייה.
וברמב"ם פ"ה מהל' מתנות עניים ה"ב כתב, וז"ל: היה בעל השדה בעיר ואמר יודע אני שהפועלים שוכחין עומר בשדה במקום פלוני שכחוהו הרי זה שכחה ואם היה בשדה ואמר כן ושכחוהו אינו שכחה שהשכוח מעיקרו בשדה הוא שכחה אבל בעיר אפי' זכור ולסוף שכוח הרי זה שכחה שנ' ושכחת עומד בשדה ולא בעיר, עכ"ל. ומשמע מדבריו כדמדוייק מדברי רש"י, דגדר הדין הוא דבעיר סגי בשכחת פועלים, וצ"ב כמו שהערנו לעיל בדברי רש"י. ועוד צ"ב בדבריו, דהא ס"ל דבחצר שאינה משתמרת אינו קונה אא"כ אומר זכתה לי שדי, והכא סתם וכתב דאם היה בשדה ואמר יודע אני שהפועלים שוכחין עומר בשדה במקום פלוני אין זה שכחה, ומבואר מסוגיין דהיינו משום דכיון דעומד בשדה קנתה לו שדהו, והרי לא אמר זכתה לי שדי. ועכצ"ל בדבריו דאף דבעלמא צריך לומר זכתה לי שדי, הכא גבי שכחה אינו צריך לומר, וצ"ב טעמא דמילתא, ועוד, דהוי סברות הפוכות ממש מהמשמע מדברי התוס' הנ"ל דבעלמא לא בעינן למימר זכתה לי שדי והכא שפיר בעינן למימר, וצ"ע.
ונראה ביאור שיטת התוס', דמחמת ההכרח שבסוף דבריהם ס"ל דלא שייך שיקנה חצרו אא"כ שכחוהו עניים דחל בו כבר במקצת שם שכחה, וכמשנ"ת לעיל מדברי הרמב"ן, ובלא"ה לא שייך זכייה כיון דעכ"פ הרי הוה ממונו ובמה יזכה, אלא דלאחר ששכחוהו עניים דחל בי' במקצת שם שכחה מהניא זכייתו להפקיע מיני' שם שכחה, ויתכן דאינה זכייה ממש דהא אף בשכחוהו פועלים עדיין אינו הפקר ובמה יזכה הרי הוא שלו, אלא דהוי כעין זכייה, דכיון שהוא במצב שהיה קונה בחצר, מהני לזה להפקיע ממנו שם שכחה. והא דס"ל דצריך לומר יזכה לי שדי אף דבכל קנין בחצר שאינה משתמרת סגי במה שעומד בצד שדהו בלא אמירה, היינו משום דמאי דבעלמא לא בעינן מדיני הקנין אמירה הוא משום דמן הסתם רוצה שתקנה לו חצרו דהא החצר עומד לכך, אבל הכא הרי לענין שכחה אין החצר עומד לזכות בשכחה אלא מן הסתם השכחה לעניים היא, אשר בזה בעינן שיאמר יזכה לי שדי בכדי שתקנה חצרו. ולמשנ"ת דלעולם אין זה זכייה כלל אלא דמהני להפקיע שם שכחה, הדבר עוד יותר פשוט, דהכא קנין הרי לא שייך, ולהפקיע שם השכחה שחל כבר שפיר בעינן שיאמר יזכה לי שדי, ודוק. ועי' חידושי הריטב"א החדשים שכתב בא"ד, וז"ל: לפיכך צריך שיאמר לא יהא שכחה א"נ תזכה לי שדי דאי לא כיון שיודע ששכחוהו פועליו ואינו חושש להצניעו ולא לומר כלום גלי אדעתי' דמסח דעתי' מיני' וניחא לי' דליהוי לעניים ואין חצרו זוכה לו במה שאין רוצה לקנות והויא לי' הא כמי שראה רצין אחר המציאה דהא איכא עניים דרצין אחריה כשתהא שכוחה ממנו ומפועליו, עכ"ל. ודבריו מתאימים למשנ"ת.
ונראה דלדעת רש"י והרמב"ם אין הגדר דחל על ידי שכחת פועלים שם שכחה במקצת כדס"ל להתוס' ודעמי', ולא בעינן זכייתו בפועל בהשכחה או הפקעת שם שכחה מיני', אלא מה שנתחדש בדין זכור ולבסוף שכוח בעיר לדבריהם הוא דלעולם סגי בשכחת פועלים שתחול דין שכחה לגמרי, כמבואר להדיא מדברי רש"י והרמב"ם, והא דבשדה בעינן גם לשכחת בעל הבית אינו משום דבלאו הכי זוכה בעל הבית בהשכחה, אלא משום דעד כמה דאין בעל הבית שכוח, מונעת דעתו את שכחת הפועלים מלפעול שיחול שם שכחה. ויש להטעים הדברים, דעיקר הריבוי הוא שמועלת שכחת הפועלים כאילו היה בעל הבית שוכח, כיון שהרי הוא שלחם ויד פועל כיד בעל הבית, אך זה אינו אלא היכא דהוא אינו זכור, אבל כשהוא זכור א"א שיחול שם שכחה וממילא אין שכחתם של הפועלים פועלת כלום. והא דמונעת זכיית בעל הבית, יסודו, דכיון שהוא במצב שתופס ואוחז בו בעל הבית באופן שהיה ראוי לקנותו, הרי זה מונע מלחול שם שכחה על ידי שכחת הפועלים.
והתלייה בדין עומד בצד שדהו בחצר שאינה משתמרת, דמאי דלא מהניא שכחתם של פועלים בשדה הוא משום דכיון שבעל הבית שם הרי הוא במצב שהיתה השדה ראויה לקנות אשר ממילא לא חל שם ודין שכחה, אבל בעיר כיון שאינו עומד בצד שדהו ולא היה ראוי לקנות, אין חשוב כלל שהוא תפוס בו ולא מעכבא מה שהוא זכור מלחול שכחה על ידי שכחת הפועלים.
ועפ"ז א"ש מאי דלהרמב"ם אינו צריך לומר הכא זכתה לי שדה אף דבקנין בחצר שאינה משתמרת ס"ל דצריך לומר, דהא הכא הרי לא בעינן זכייתו או הפקעת שם שכחה, אלא הא גופא שהוא במצב שהיה יכול לקנות, בזה סגי בכדי דנימא דמעכבת מה שהוא זכור מלחול שם שכחה על ידי שכחת הפועלים, ואם אך הוי בשדה באופן שהיה יכול לקנות, הרי שפיר חשיב ברשותו ושפיר מעכב חלות דין שכחה על ידי שכחת הפועלים. והתוס' דפליגי היינו משום דס"ל דלעולם בעינן לשכחת שניהם בכדי שיחול דין שכחה ולא סגי בשכחת פועלים, ועל ידי זכייתו מפקיע שם שכחה מינה, וכמשנ"ת.
והנה הקשה בחידושי הר"ן, וז"ל: וקשה לי אם כן בשדה שכוח מעיקרא דהוי שכחה היכי משכחת לה שכיון שקדמה שכחת בעל הבית לשכחת פועלים מששכח בעל הבית בא לכלל שכחה ולא נגמרה עד שישכחוהו פועלים וביני ביני זכתה לו שדהו דהא איתא גבי', עכ"ל, ע"ש שהוכיח הר"ן מכאן דשדה שאינה משתמרת אינה קונה לו למציאה שאינו יודע בה אפי' בעומד בתוכה. ולמשנ"ת בדעת רש"י והרמב"ם נראה דלא קשיא קושייתו כלל, דהיכא דשכח בעל הבית הגם דבעינן נמי שכחת פועלים משום דמה שהם זכורים מונעת שם שכחה מלחול דעד כמה דיד פועלים כיד בעל הבית בעינן נמי לשכחתם, ובלאו הכי לא מיקרי שכחת בעל הבית שכחה, מ"מ כיון דאיכא לשכחת בעל הבית שוב אין בכחו למנוע חלות דין שכחה שעל ידי שכחת הפועלים דאח"כ. והר"ן שהקשה היינו לשיטתו שפירש סוגיין כהתוס' והרמב"ן.
והנה מה שכתב רש"י בד"ה אלא לאו הכי קאמר וכו', דלבסוף שכחו על ידי פועלים לא מהני בשדה, נראה ביאור דבריו, דמאי דמחלקינן בין שכוח מתחילה וזכור ולבסוף שכוח אין זה סתם חילוק בזמן השכחה, אלא דב' מיני שכחה הם, דבשכוח מעקרא היינו שכחה דידי' לגמרי, ובשכחה כגון זה שפיר נעשה שכחה, אבל בזכור ולבסוף שכוח, הרי הוא היה זכור בזמן שהפועלים שכחו, ופירושא דמילתא, דהוא היה סומך על הפועלים שיביאוה, ואחר שסמך על הפועלים שוב שכח מזה, אשר זו שכחה אחרת היא, דאינה שכחה דידי' לגמרי אלא שכחה דעל ידי הפועלים, ושכחה כזו הוא שנתמעט דלא נעשה על ידה שכחה,

אשר על כן לא מהני שכחה דידי' דאח"כ לעשותה שכחה, ושכחת הפועלים, אף דמהני לעשותה שכחה, מ"מ כיון שהיה עומד בצדה והיה ברשותו לא מהניא לעשותה שכחה, וכמשנ"ת לעיל, ודוק.

רנט) תוד"ה עישור שאני עתיד למוד- ופר"ת דשנת הביעור היתה וכבר הפרישם והיה צריך להוציאם מתחת ידו וליתנם לבעלים- לפ"ז צ"ב לישנא דעישור שאני עתיד למוד, עי' מהר"ם בסוגיין ומהרש"א בקידושין כ"ז ע"א שעמדו בזה. והתוס' שם בקידושין שפירשו דבאמת עדיין לא הפריש, ועי' ר"ש פ"ה דמעשר שני. ודברי התוס' בקידושין צ"ב, דהא לדעתם לא נתן והקנה עכשיו כלום רק שקבע שיקנה לו אח"כ, ובזה קיום חיוב ביעור, ולפ"ז ע"כ שהקנין שעשה עכשי היה לאח"כ, ובשלמא אי קנה בכסף אתי שפיר מאי דאף שאינו קונה אלא אח"כ מהני, דבכסף אפי' אי נתאכלו המעות מהני, אכן יקשה מה הקשו מקנין סודר, הרי בסודר אי לא יקנה עד אח"כ הרי כלתה קנינו ולא מהני, עי' בית הלוי ח"ג סי' מ"ו מש"כ בזה. ולפי דברי התוס' בקידושין יהא מוכח דאפשר לקיים ביעור מעשרות אף קודם שקרא שם מעשר וכדומה, אכן מדברי הר"ש הנ"ל מבואר דשפיר בעינן שיקנה המעשר, ואי מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמי שפיר קנה, ואי לאו כמי שהורמו דמי צ"ל שמקודם הפרישם, כאשר כתב הר"ש, עי' כל זה בביה"ל שם.

י"א ע"ב

רס) תוד"ה נתון ליהושע- וי"ל דס"ל כר"ע דאמר דקודם קנס ללוי ואחר קנסא לכהן וללוי וכו'- אכן יעויין ריטב"א וראה"ה בשט"מ כתובות כ"ו ע"א שכתבו דלר"ע כיון דדאורייתא ללוי דווקא ליכא קנסא כלל. ועי' מהר"י קורקוס פ"א מהל' מעשר סוף ה"ד. ובתוס' שם בקידושין תירצו באופן אחר, דסבר דלא קנס עזרא לעניים, ור' יהושע היה עני, ע"ש.

רסא) תוד"ה מקומו מושכר לו- וי"ל דשאלה ושכירות אינה נקנית בחליפין- אכן יעויין בראה"ש בסוגיין סי' ל"א שכתב בתוך דבריו, וז"ל: והיה נראה מתוך כך דאין שאילת קרקע נקנה בחליפין ואין נראה לי דקדוק מכאן דאכתי תקשה אמאי לא נתן להם הקרקע בחליפין עד זמן ידוע אלא הא דפריך וכי לא היה להם סודר לקנות בחליפין היינו למצוא תקנה שלא יהא צריך להקנות להם הקרקע אבל כיון שצריך להקנות להן קרקע יותר קל ליתן פרוטה לשכר מקנין חליפין, עכ"ל.[37] ומבואר מדבריו דאף דנימא דאין שאלה ושכירות נקנה בחליפין, מ"מ הקנאת הקרקע לזמן שפיר נקנה בחליפין. אכן עי תוס' ערכין סוף דף כ"ט ע"ב ד"ה ולא ידענא שכתבו בסוף דבריהם (בדף ל' ע"א), וז"ל: וי"ל דכל דבר החוזר לבעלים כגון מתנה על מנת להחזיר א"נ שאלה או שכירות בכולם לא מיקנו בחליפין משום דהוה כמו טובת הנאה דאמרינן דאינה ממונא לקנות בחליפין וכו', עכ"ל. הרי דלדידהו אף מתנה על מנת להחזיר אינו נקנה בחליפין.

ובביאור פלוגתתם י"ל דהרא"ש לשיטתו אזיל, דהנה דעת הרא"ש בסוכה דף ל' גבי אתרוג במתנה ע"מ להחזיר כתב, וז"ל: וצריך שיתנהו לו במתנה גמורה ע"מ שיחזיר ואחר שיצא בו צריך לחזור וליתנו לו במתנה בשעת חזרה אבל אם אמר לו יהא במתנה עד שתצא בו ואח"כ יהיה שלי כבתחלה לא יצא בו דהוי כמו שאול וכו', עכ"ל, ומבואר מדבריו דמתנה על מנת להחזיר הוי מתנה גמורה ובחזרתו צריך להקנות לו. אכן עי' בקצוה"ח סי' רמ"א סק"ד שכתב לבאר באופן אחר, דלעולם אינו אלא מתנה גמורה לזמן, וע"ש בהמשך דבריו שהביא דברי התוס' הנ"ל בערכין דלא מהני חליפין במתנה לזמן, והוכיח מדבריהם דלא כדברי הרא"ש, דאילו היה מתנה גמורה וצריך להקנות כשמחזירו, א"כ הוי מתנה גמורה לעולם אלא דאיכא תנאי שצריך להחזירו, ואמאי לא יקנה ד"ז בחליפין. אשר לפ"ז פלוגתת התוס' והרא"ש מבוארת, דלהרא"ש לשיטתו אף דלא מהני חליפין לשאלה ושכירות מ"מ מהני בנונתו לו בזמן, דהא מתנהנ גמורה לעולם היא, ואינו כשאלה ושכירות. אכן התוס' ס"ל דאינו אלא קנין לזמן, אשר ממילא כמו דאמרינן דשאלה ושכירות אינן נקנין בחליפין, כך מתנה ע"מ להחזיר אינו נקנה בחליפין.

והנה מה שפירש הרא"ש בקושיית הש"ס וכי לא היה להם סודר לקנות דר"ל שלא רצה להקנות קרקע, רש"י בסוגיין לא פירש כן, עי' בדבריו, אלא ר"ל למה לו לקבל מהם מעות, וכן כנראה פירשו התוס', אשר על כן שפיר הוקשה להו סו"ס אמאי הוצרך לקבל מעות ולא קנו שכירות או שאלה בחליפין, וז"פ.

ומה שכתבו התוס' בערכין דה"ט דלא נקנה שכירות או שאלה בחליפין משום דהוי כטובת הנאה, צ"ב לכאורה , דהתינח לרבא דס"ל דטובת הנאה אינה ממון לקנות בחליפין, אכן הרי פליגי אמוראי עלי' וס"ל דשפיר חשיב ממון לקנות בחליפין, ומטעם אחר הוא דלא מהני חליפין, ולדידהו עדיין הקושי' במקומה עומדת אמאי לא השכיר או הקנה להם הקרקע על ידי חליפין, וכבר עמד בזה בביה"ל ח"ג סי' מ"ז, ע"ש שכתב דגריעי שאלה ושכירות מטובת הנאה משום דהדרי לבעלים בעין[38], והוא דחוק, וכמו שכתב הביה"ל עצמו. ולכאורה היה אפשר לומר בזה דאי טובת הנאה ממון הוא, פירושו דחשיבא זכות הנתינה שיש לו בה כזכות ממון בעצם המתנות כהונה, אשר ממילא שפיר שייך בזה קנין חליפין, והא דהוה אמרינן אילו טובת הנאה אינה ממון דלא מהני בה חליפין, עדיין איכא למילף מזה לענין שאלה ושכירות דלא שייך בהו קנין חליפיין.

רסב) תוד"ה וכי בצד שדהו של ר"ג היו עומדין- וי"ל דלגבי זקנין לא היה משתמר שלא היה הפסק בין תבואתו לתבואתן- יש לבאר דבריהם בב' אופנים, די"ל דר"ל דודאי דחשיב חצר משתמרת, רק דבכדי לקנות בעינן שתהא משתמרת **לדעתו**, וכ"ה בחידושי הר"ן, ע"ש שכתב, וז"ל: וי"ל דחצירו של ר"ג אע"פ שהיא משתמרת על ידי הדרין שם אינה משתמרת לדעתם של ר' יהושע ור"ע אלא לדעתו של ר"ג ואנן לדעתו של קונה בעינן, עכ"ל. וכ"ה בתוס' הרא"ש דלא חשיב משתמר לדעתם. אכן עי' תוס' גיטין ע"ט ע"ב ד"ה פנימית שכתבו דלא חשוב משתמר מפני בני ביתו של ר"ג, הרי דס"ל דלא חשיב משתמר לגבי' כלל ולא דהוי משתמר רק שאינ ו משתמר לדעתו.

והנה חידשו התוס' דבדינא דר' גמליאל וזקנים לא הוי משתמרת משום שאינו משתמר לדעת השוכר.

---

[37] ולפירוש הרא"ש קשה לכאורה להא מסקינן בקידושין לכ"ז להקנה להם הקרקע כי היכי דלא ליטרחינהו, פירוש, שיהיה להם אפשרות להניח הדברים שם כל זמן שירצו, ומה הקשו בסוגיין מה היה צריך להקנות הקרקע, הרי הקנה בכדי דלא ליטרחינהו. ועי' תוס' הרא"ש שהקשה באמת קושי' זאת, וז"ל: ואי"ת דילמא עבד הכי כי היכי דלא למטרחינן ויש לומר שאם היה יכול לעשות בלא קרקע משום כי היכי דלא לטרחינן לחוד לא היה מקנה להם קרקע, עכ"ל. ועי' ביה"ל ח"ג סמ"ו אות ב' מש"כ בזה.

[38] ויש בזה מאי דקשיא לכאורה בדברי התוס', דאי מאי דלא קני בחליפין אינו אלא משום דהוי כטובת הנאה דאינה ממון, למסקנה דשפיר הוי ממון ומאי דלא מהני הוא משום דהוא דרך מקח, הדר תקשה קושיית התוס' ומאי הוצרכו לכסף ולא הקנו את הקרקע בסודר ושוב יקנו את הפירות מדין חצר או מדין אגב, ולהנ"ל ניחא, דאף אי טובת הנאה ממון, מ"מ שאלה ושכירות גריעא.

ועי' חידושי תלמיד הרשב"א לקמן דף ק"ב שכתב דברמב"ם אין מבואר כן כחידוש התוס', וצ"ב לכאורה מסוגיין, וכהוכחת התוס'. והנה כתב הרמב"ם בפ"ו שכירות דחצר השכורה קונה למשכיר, והקשה הראב"ד משוכר את מקומו דמבואר דקונה השוכר. והנה מש"כ הרמב"ם דקונה למשכיר ע"ש דמיירי להדיא דמה שקונה חצר המשתמרת שלא מדעתו גבי מציאה, כלומר, דאי החצר מצד עצמו קונה, ס"ל להרמב"ם דקונה למשכיר משום שהוא הבעלים, ולא הזכיר הרמב"ם כלל דצריך להיות משתמרת להמשכיר. ואשר לקושיית הראב"ד, י"ל דנהי דהקנין דשלא מדעתו הוא להמשכיר, דהחצר קונה מצד עצמו עבור המשכיר, אכן קנין חצר דזכתה לי שדי, שמשתמש בו לעשות קנין, זה ודאי דתלוי במי יש לו זכות ההשתמשות בהחצר, אשר זהו דמבואר בסוגיין דקונה השוכר. דהא הכא דשכרו במפורש עבור זה שיקנה ודאי דהוי כאומר זכתה לי שדי. ועפ"ז ל"ק קושיית התוס' שהקשו דהוי משתמרת, דבדין חצר דזכתה לי שדי אין משתמרת מעלה כלל, דלא הוי מעלה אלא במה שיקנה החצר מצד עצמו, וזה הרי לא שייך הכא מתרי טעמי, הא', דהא בדעת אחרת מקנה ליתא לדין זה דהחצר קונה מצד עצמו, וכמשנ"ת, והב', דהא לשיטת הרמב"ם מה שקונה החצר מצד עצמו הרי קונה למשכיר. ויש להוסיף בזה, דאף דכתב הרא"ש בהשואל דיכול לומר זכתה לי שדי בחצר שהוא כעין המשתמרת אפי' בלא עומד בצד שדהו, זהו דווקא במשתמרת לדעתו, אבל באינו משתמרת לדעתו אינו יכול לומר זכתה לי שדי. אשר לפ"ז ל"ק קושיית הראב"ד, דמאי דמבואר הכא דמהני לשוכר, זהו קנין חצר דזכתה לי שדי, אבל הא מיהא פשיטא דמה שקונה חצר המשתמרת מצד עצמו הוא למשכיר. ממו"ר זצ"ל.

רסג) תוד"ה וכי בצד שדהו של ר"ג היו עומדין- והלא השוכר משתמש בחצר וא"כ הזבל משתמר לדעת השוכר וכו'- מבואר מפשטות דבריהם דמיירי ששכרו להשתמש בו, ומ"מ חשוב של המשכיר לענין דנימא דחצירו של אדם קונה שלא מדעתו בדברים הבאים מעלמא, והוא כדברי הרמב"ם פ"ו מהל' שכירות דחצרו של אדם קונה שלא מדעתו אע"פ שהיא מושכרת לאחרים, וכ"כ הש"ך חו"מ סי' שי"ג סק"א, ע"ש. וע"ש בש"ך שכתב דלהרמב"ם יקשה קושיית התוס', דהא לא כתב דמיירי דווקא דהמשכיר שם ומשמע דבכל אופן קונה המשכיר, ע"ש מש"כ בזה. ובחידושי הגרע"א כתב די"ל כמו שכתבו התוס' בגיטין ע"ט לתרץ קושייתם באופן אחר, דבשכירות הוי השוכר כשלוחו של המשכיר לשמור ושפיר חשיב משתמרת למשכיר.

אכן ע"ש בחידושי הגרע"א שהביא מבעל הבית מאיר ביאור אחר בדברי התוס' בסוגיין כדבריהם בגיטין, דאין ר"ל בתירוצם הא' דשפיר משתמר הוא אלא דמשתמר לדעת בני ביתו של ר"ג, אלא דכיון דהם נמצאים שם, כלפי השוכר אין זה משתמר כלל. אשר לפ"ז יש לומר בהמשך דבריהם, דהבינו דלעולם בסוגי' דדף ק"ב לא השכיר הבעלים החצר כלל, וכמו שפירש שם רש"י, רק שכר הבית ולא החצר, אלא דעל ידי שיש לו דריסת רגל בחצר שוב לא חשיב למשכיר משתמרת כלל כיון שאינו שמור מהם, ולעולם איכא למימר דלא ס"ל להתוס' כהרמב"ם אלא כדעת הראב"ד דהיכא דשוכר החצר שוב אין המשכיר קונה, ואין זה שייך לסוגי' דדף ק"ב, ע"ש כל דבריו.

רסד) אלא טובת הנאה אינה ממון לקנות ממנו בחליפין- ובפי' רש"י, דכיון דאין לו בה אלא טובת הנאה שבידו לתתו לכל מי שירצה אין זו חשובה ממון לחול על זו קנין חליפין. ומהאי טעמא נמי אינה ממון לקנות אגב קרקע. ומבואר מדבריו דטובת הנאה אינה ממון כלל אלא פועל יוצא מזכות הנתינה אבל ממון ממש ליכא, ולא שייך שיהא הוא מקנה אלא מאי דהוי ממון דידי'. ולפ"ז אתיא סוגיין דווקא למ"ד טובת הנאה אינה ממון. אכן יעויין בשט"מ בשם מ"ה שכתב דסוגיין אף אי נימא דטובת הנאה ממון, דמ"מ אינו ממון חשוב להקנות על ידי חליפין ואגב, דהני קנינים גרועים הם, אבל אם אמר אדם לחברו הרי לך מנה ונתן לו ותקנה טובת הנאה שיש לך בפירות הללו קונה, ע"ש שדקדק כן מדאמרו טובת הנאה אינה ממון לקנות בחליפין ולא אמר דאינה ממון ואינה נקנית. וביאור הגריעותא דהני קנינים לכאורה, דקנין סודר אינו אלא קנין בין הבעלים על גמירת דעת ולא חליפין ממש שניתן הסודר נגד החפץ, וכן בקנין אגב לא נעשה שום קנין תמורת החפץ ואינו אלא באגב, ואלו הקנינים לא מהניין אלא בקנין החפץ ממש אבל לא סוג ממנונות בהחפץ כגון טובת הנאה.

ולכאורה י"ל דתליא הך מילתא בגדר הא דטובת הנאה ממון הוא, דאי פירושו כאשר צדדנו לעיל דכיון דאית לו בי' טובת הנאה חשוב עצם הדבר כשלו , ודאי דליכא למימר כדברי השט"מ, דהא ממון הוא ככל ממון ואמאי לא יוכל להקנותה בחליפין, אלא בפשטות מבואר מדברי השט"מ דגדר מאי דטובת הנאה ממון הוא דעצם הזכות דטובת הנאה שיש לו חשוב כממון, ולעולם אין החפץ שלו. ומצינו לכאורה פלוגתת ראשונים בד"ז, דמדברי התוס' לעיל ד"ו ע"ב ד"ה והא הכא דכי תקפה כהן כו' מבואר להדיא דאף אי טובת הנאה ממון אינו יכול לתובעו רק טובת הנאה שיש לו בה, ומבואר לכאורה דאין נחשב ממון דטובת הנאה כבעלות בכל החפץ רק שיש לו ממון בו. אכן יעויין דברי הריטב"א קידושין נ"ח ע"ב, הובאו דבריו בקצוה"ח סי' ער"ה סק"א, שכתב דבגונב תרומה למ"ד טובצת הנאה ממון הוי כל התרומה שלו וצריך הגנב לשלם כפל כפי ערך כל התרומה, הרי מבואר מדבריו דעל ידי הא דטובת הנאה ממון הוא חשוב באמת כל החפץ שלו.

ובקצוה"ח סי' ער"ה סק"א כתב להוכיח כדברי השט"מ, דהא רבא הוא שאמרה בסוגיין, והוא עצמו ס"ל בנדרים דף פ"ה ע"א דטובת הנאה ממון, וכמו שפירשו שם הראשונים. ועי' מח"א הלכות טובת הנאה בי' א' שכתב לבאר דבאמת רבא שם ס"ל דטובת הנאה אינה ממון. ועי' מרדכי שבועות אות תשס"ז שכתב בא"ד, וז"ל: ואע"ג דרבא בתרא הוא דמוקי מתני' פרק בתרא דנדרים דטובת הנאה ממון היינו דבעי לאוקמא כחד תנא משום דקשי' לי' רישא לסיפא ומיהו רבא איהו גופי' ס"ל טובת הנאה אינו ממון וכן משמע בב"מ פ"ק בשמעתין דר"ג ורבנן שהיו באים בספינה וכו', עכ"ל. והוא מתאים לפירוש רש"י בסוגיין, אלא דפי' סוגי' דנדרים דלא כהמח"א.[39] ועי' ריטב"א החדשים ד"ה ולא היא שכתב, וז"ל: פי' דודאי טובת הנאה ממון הוא ונקנה בין בחליפין בין אגב קרקע והכי אסקינן בנדרים דטובת הנאה ממון וכן הלכה, עכ"ל. ולדבריו יקשה לכאורה דהא רבא הוא דאסיק התם הכי ואיהו ס"ל הכא דטובת הנאה אינו ממון. אלא מוכח מדבריו כדברי המרדכי, דרבא מוקי מתני' דהתם הכי ואיהו לא ס"ל הכי, ואנן ק"ל כתנא דמתני' דהתם. והריטב"א שפירש דמיירי למ"ד דטובת הנאה ממון כשיטת רש"י לשיטתו אזל בזה, דהא למאי דפירש בקידושין דעל ידי דטובת הנאה ממון חשיב הכל של המפריש, לא שייכי כלל דברי השט"מ בשם רבו, וכמשנ"ת.

והנה איתא בהמשך סוגיין דרב פפא אמר דעת אחרת מקנה שאני, ונחלקו הראשונים אי להלכה ק"ל הכי, דמדברי רש"י מבואר דק"ל דדעת אחרת מקנה שאני רק דלא מהני לענין גט, ואילו הרי"ף והרמב"ם לא הביא ד"ז דדעת אחרת מקנה שאני להלכה,

---

[39] וע"ש במרלכי שכתב בסוף דבריו, וז"ל: אבל רבא בעצמו סובר לאינו ממון כלמשמע בב"מ ושמא לעולא קאמר, עכ"ל, ר"ל, לאולי ס"ל לרבא לטובת הנאה ממון ומאי לאמר בסוגיין לאינו ממון היינו לעולא. וא"ב להרי רבא הוכיח כן מכח קושי' וכי לא היה לחס סודר וכו' ומכח קושי' זו הקשה על עולא, עי' בית הלוי ח"ג סמ"ו מש"כ בזה.

ולדבריהם ליכא נפ"מ בזה וע"כ דמעשה דר"ג וזקנים מיירי בקנין אגב. והקשה בקצוה"ח הנ"ל ובעוד אחרונים, דהא הרמב"ם והרי"ף פסקו דטובת הנאה אינו ממון ומעתה יקשה האיך יפרנסו מעשה דר"ג וזקנים, דליכא למימר דמיירי בקנין חצר, דהא לא סבירא להו הא דדעת אחרת מקנה שאני, וגם ליכא למימר דקנו בקנין אגב, דהרי פסקו דטובת הנאה אינה ממון.

וכתב בקצוה"ח לבאר הדברים ע"פ דעת השט"מ בשם רבו הנ"ל, בהקדם מאי דכתב דאפשר לקנות דבר הפקר בקנין אגב אם אך הוי בתוך החצר שקונה. והנה רבא ס"ל בפשטות דטובת הנאה ממון, כמבואר בפשטות מסוגי' הנ"ל דנדרים פ"ה, ולדידי' מאי דקנו הזקנים מר"ג ע"כ דאינו מדין אגב כיון דלא מהני קנין גרוע במה שאינו ממון גמור, וע"כ דהיינו מדין חצר ומשום דדעת אחרת מקנה שאני. אכן להלכה הרי פסקו הרמב"ם והרי"ף דטובת הנאה אינה ממון ונמצא דהוי הפקר, והפקר שפיר נקנה באגב, ואתיא שפיר דינא דר"ג וזקנים, עכתו"ד בקצרה.

והנה יעויין דברי הרמב"ם פי"א מהל' מע"ש הי"א שכתב, וז"ל: מי שהיו פירותיו רחוקין ממנו והגיע יום הביעור הרי זה קורא שם למתנות ומזכה בהן לבעליהן על גב קרקע או למי שזוכרה בהן לבעליהן ומתודה למחר שנתינת המטלטלין על גב קרקע אינה אלא מתנה שיש בה חיזוק אבל אינו יכול להקנות להספ המעשרות בחליפין מפני שנראה כמכירה והמעשרות והתרומות נאמר סבהן נתינה ולא מכירה, עכ"ל. הרי דיכול להקנותם באגב אף שפסק דטובת הנאה אינו ממון, ואף חליפין היה מועיל אי לאו משום דנראה כמכירה, והוא לכאורה דלא כדברי הקצוה"ח. ונראה מדברי הרמב"ם שביאר בסוגיין דמאי דפליג ר' זירא אדברי רב פפא הוא משום דס"ל דאף דטובת הנאה ודאי דאינה ממון, מ"מ שפיר יכול להקנות באגב, וכן נראה מדברי הש"ך סי' ר"ג סק"א, ע"ש, אלא דצ"ב מהו גדר דבר זה שיהיה יכול להקנות אף דטובת הנאה אינה ממון. ונראה גדרא דמילתא, וכעי"ז ראיתי שכתב בקה"י סי' י"ז, דהנה אף אי טובת הנאה אינה ממון ולא חשוב שיש לו ממון בהחפץ, מ"מ הרי סו"ס נתנה לו התורה טובת הנאה, ויש לפרש דמונח בזה דאף דאין עצם הדבר שלו, מ"מ על הקנאתו עשאתו התורה לבעלים, ובקה"י המשיל ד"ז לקני ע"מ להקנות.ובהא הוא דפליגי ר' זירא ורבא אי מחמת דין דנתינה עשאתו התורה בעלים על ההקנאה או לא, דס"ל לרבא דאינו אלא זכות לעכב התרומה עד שיגיע הכהן שרוצה ליתנו לו אבל אין מונח בזה בעלות על הנתינה.

ובשאג"א סי' ע"ז האריך בענין זה, והקשה דהא עולא דס"ל דבעינן עומד בצד שדהו ע"כ דלא היה הקנין בר"ג וזקנים בחצר (עכ"פ להרמב"ם דלית לי' הא דדעת אחרת מקנה שאני), וע"כ דמאי דקנה הוא על ידי קנין אגב, והרי עולא אית לי' סופ"ק דקידושין דטובת הנאה אינה ממון. וליכא למימר דס"ל לעולא כרב פפא, דהא מאחר דטובת הנאה אינה ממון הוי כהפקר ואינו יכול להקנותו, ונמצא דליכא בזה דעת אחרת מקנה. ולמשנ"ת אתי שפיר, דאף דאינה ממון מ"מ שייך להקנותו, דהנידון בסוגיין אי ממון או אינו ממון אינו שאלה אי יש בו ממון, דהא מיהא ודאי דלית לי' אלא השאלה הוא אי יש לו בעלות לענין ההקנאה, וכמשנ"ת. ואף לדברי הקצוה"ח אתי שפיר אם אך נימא דקונה הפקר באגב. ע"ש בשאג"א מה שהקשה עוד.

עוד העיר בקצוה"ח, למאי דס"ל דקנו בחצר על ידי דעת אחרת מקנה משום דטובת הנאה ממון, וכפירוש רש"י, והרי צריך להקנות כל המתנות כהונה, ומאי דאית להו ממונא בזה על ידי דטובת הנאה ממון אינו אלא על טובת ההנאה אבל לא על כל המעשרות. ובשלמא לשיטת הריטב"א ודעמי' דעל ידי דטובת הנאה ממון חשוב הכל שלו אתי שפיר, דשפיר יכול להקנות הכל ושפיר קנו על ידי חזקה, אבל להתוס' ודעמי' (רש"י בב"ק, וכמו שציין הגרע"א בגליוהש"ס לעיל ד"ו ע"ב), יקשה כנ"ל האיך קנו כל המעשרות והאיך נתקיימה חובת הביעור, ע"ש בקצוה"ח מש"כ בזה.

ועפמשנ"ת אפשר די"ל בזה, דהני דיעות דס"ל דהנידון בסוגיין אי טובת הנאה ממון הוא אותו הנידון שבנדרים, היינו משום דס"ל דאם אך אמרינן טובת הנאה אינו ממון ואין לו בחפץ זכות ממון, לא שייך לומר דהוא הבעלים על הנתינה, וליכא למימר שהוא הבעלים על הנתינה אלא על הצד דטובת הנאה ממון, אשר פירושו דיש לו ממון בחפץ, כלומר, דהממון שיש לו בחפץ הוא מאי דהוא הבעלים על הנתינה, ואילו מאן דאמר דטובת הנאה אינה ממון ס"לך דאין לו זכות ממון בחפץ משום שאינו הבעלים על החפץ לענין נתינה. ולפ"ז לא יקשה כנ"ל, דהרי זה כמו קנ י על מנת להקנות, דזכות ממון שיש לו בחפץ הוא בעלת על נתינתו אשר ממילא שפיר היה יכול ר"ג להקנות אל כל המעשרות, דהא הוא הבעלים על נתינתו.

רסה) רש"י ד"ה רב פפא אמר- ונוחה מתנה זו לקנות ואף על גב דאין עומד בצד שדהו- עי' בראש"ש שכתב דה"ט דדעת אחרת מקנה שאני משום דבמתנה מסכמת דעת המקבל בכל מקום שינתהו הנותן שיזכה לו המקום ושמירת הנותן חשובה לו כשמירתו. ומדברי רש"י שכתב דבדעת אחרת מקנה נוחה מתנה לקנות משמע לכאורה דלא כדבריו, דאילו לדברי הרא"ש אינה נוחה לקנות אלא דחשוב משתמרת כיון דשמירת הנותן חשובה לו כשמירתו. וביאור הדברים שמעתי ממו"ר זצ"ל, דמאי דבעינן בחצר שאינה משתמרת שיהא עומד בצד שדהו, זהו משום דבאינה משתמרת לא נאמר הדין דקונה לו שלא מדעתו, ואין החצר קונה לו מאליו, אלא בעינן מעשה קנין, וליחשב מעשה קנין בעינן שיהא הדבר מוחזק בתוכו. אכן היכא דדעת אחרת מקנה הרי פועל המקנה הקנין ולא בעינן אלא קבלה, אשר זהו דכתב רש"י דנוחה לקנות, וקצרתי.

והנה כתב רש"י לעיל בע"א דפעולת הא דעומד בצד שדהו הוא דהוי משתמרת על ידי הבעלים, אשר היה משמע לכאורה מזה דבאמת פעולת חצר המשתמרת הקונה שלא מדעתו וחצר שאינה משתמרת הקונה דווקא בעומד בצד שדהו אחת היא, דעל ידי שהחפץ בחצר קונה, ולא מהני מאי דעומד בצד שדה אלא שיחשב חצר המשתמרת. ומדברי רש"י כאן ע"פ הביאור הנ"ל יוצא לכאורה דלא כזה, דבעומד בצד שדהו באינה משתמרת חשיב מעשה קנין ובחצר המשתמרת הקונה שלא מדעתו אין זה בתורת מעשה קנין אלא מדין מסויים דחצר המשתמרת קונה שלא מדעתו, וצ"ב. ונראה דכונת רש"י לעיל אחרת היא, דלעולם מהני באינה משתמרת בתורת מעשה קנין דידי' ולית בי' דינא דקונה שלא מדעתו, רק דבכדי שיהיה מעשה קנין דידי' לא סגי במאי דסתם הוי משתמרת, אלא דבעינן שיהא משתמרת **על ידו**, כלשון רש"י, ולעולם אין כונתו לומר דעל ידי שעומד בצדה הוי כמשתמרת בעלמא.

והנה הביאו הכס"מ והמ"מ בדברי הרמב"ם פ"ד אישות דגבי כסף קידושין לא בעינן חצר המשתמרת ולא בעינן שתהא עומדת בצדה. וצ"ב לכאורה, דהא פסק הרמב"ם דלא כרב פפא אלא אף בדעת אחרת מקנה בעינן בחצר שאינה משתמרת שיהא עומד בצדה. וע"ש בכס"מ שכתב דקידושין עדיפי ממתנה, וצ"ב הכונה בזה. וע"פ הנ"ל י"ל, דבעצם דברי רב פפא דבדעת אחרת מקנה חשיב קבלה שפיר נקטינן כוותי', וכרב אשי, וגט מטעם אחר הוא דבעינן שתהא עומדת בצדה, משום שחוב הוא לה, ומאי דגבי מתנה נקטינן דצריך לומר זכתה לי שדי ובעינן עומד בצד שדהו אינו משום דלא חשיב קבלה, דשפיר חשיב קבלה, וכדברי רב פפא, אלא משום דק"ל דלמתנה לא סגי בקבלה ובעינן שפיר זכתה לי שדי. ולפ"ז אתיין דברי הרמב"ם שפיר, דגבי קידושין ידוע דילפינן מויצאה והיתה דסגי בקבלה, ואין זה חוב שיהא בזה דין אין חבין לאדם אלא בפניו, וליתא אלא מדעתה,

אשר ממילא שפיר מהני באינה משתמרת אפי' באינה עומדת בצדה. ממו"ר זצ"ל.
ויעויין דברי ר"פ בסוגיין שכתב אף הוא כדברי הרא"ש דהכא דבדעת אחרת מקנה הוי כמשתמרת, אלא מטעם אחר, דלעולם במתנה אינה משתמרת כמשתמרת דמי, דלעולם היא משתמרת למקבל אף כי אינה משתמרת משאר בני אדם דמה בכך הרי אין שום אדם יכול לזכות בה כי אם מדעת המקנה, והוא הרי נותנה ומקנה אותה למקבל, ע"ש כל דבריו. והנפ"מ בין דברי הרא"ש לבין דברי ר"פ, דלדברי הרא"ש שפיר בעינן שימור, רק דסגי בשימור דהנותן, דשמירת הנותן חשובה לו כשמירתו, ואילו לדברי ר"פ לא בעינן שימור כלל כיון דאין אדם אחר יכול לזכות בה. ועי' קצוה"ח סי' ר' סק"ב שה"ר לדברי ר"פ מהא דלקמן דף ק"ב, יצא לו שם מציאה בעיר ואמר כל מציאות שיבואו לחצירי היום תזכה לי חצירי דקנה אפי' בחצר שאינו משתמר, ואמרו שם בגמ' כיון דיצא לו שם מציאה מיבדל בדילי אינשי מיני' וה"ל כחצר המשתמר, ומכל שכן בדעת אחרת מקנה דמיבדל בדילי אינשי מינה כיון דאין דעת הנותן להם, ע"ש בקצוה"ח שכתב שזו ראיה ברורה.
ולדעת הרא"ש אפשר די"ל (וכעין זה שמעתי ממו"ר בענין אחר בסוגיין), דשאני מציאה ממתנה, דגבי מציאה לא בעינן בכדי שיקנהו אלא קבלה, וקבלה שפיר מיהא הוי היכא דבדילי אינשי מיני', ומה שהוצרך הרא"ש לומר דשמירת הנותן חשובה לו כשמירתו, זהו משום דבמתנה שהוא של המקנה שפיר בעינן בזה מעשה קנין (דהא להרא"ש אין מתנה נוחה לקנות, וכנ"ל) ולמעשה קנין ס"ל דשפיר בעינן דעכ"פ תיחשב כמשתמרת בכדי שיקנה על ידה, ודוק
ובר מן דין, עי' בשט"מ לקמן דף ק"ב שהביא פירוש הר"ח בהא דיצא לה שם מציאה בעיר, שפירש דכיון שיצא לו שם מציאה בדילי אינשי מינה ומתייראין להכנס בתוכה שמא יאמר להם השלטון אתם שנכנסתם בחצר לקחתם המציאה לפיכך הויא לה כחצר המשתמרת", ולדידי' כיון דהוי התם משתמרת ממש, ליכא ראיה כלל דלא כהרא"ש.
שוב הראה לי ב"א דברי הרא"ש לקמן דף ק"ב שכתב בהלכה וכן בתוס' הרא"ש דהתם בענין שיאמר זכתה לי שדי משום דאף דעל ידי דבדילי מינה יצא מכלל אינה משתמרת, מ"מ לא חשיבא משתמרת. וביאור הדברים, דהא ס"ל להרא"ש דבמשתמרת מהני מדין שליחות כיון דאנן סהדי דהיה עושהו שליח, והיכא דבדילי מינה, כיון דאינה משתמרת ממש, אם לא אמר זכתה לי שדי לא ברירא דרוצה השליחות דהחצר, אשר זהו דבעינן שיאמר דווקא זכתה לי שדי, אף דבעלמא אינו צריך לומר, וכדברי התוס' לעיל בע"א. אשר לפ"ז אתיין דבריו שפיר ולא יקשה כלל ראיית הקצוה"ח, דהא בסגויין על ידי דדעת אחרת מקנה הקי הוא קונה אף שלא יאמר זכתה לי שדה, אשר זהו שכתב בשמירת המקנה חשובה לו כשמירתו ועל ידי כך הוי חצר המשתמרת ממש, וז"פ. ויש להוסיף בזה, דהא חזינן דאף ר"פ לא הביא ראיה מסוגי' דלקמן, ולדברי הקצוה"ח הרי מפורש התם כדבריו. אלא נראה ע"פ הנ"ל, דמהתם לא מוכחא כלל, וכדברי הרא"ש, רק הכא כתב דכיון דמדינא אין אחר יכול לקחת החפץ חשיבא שפיר אינה משתמרת כמשתמרת, משא"כ בהא דבדילי מינה, לא ברירא דליחשב משתמרת ממש, דיתכן כדבר הרא"ש דכיון דמדינא שפיר יכולים לקחתו לא חשיב משתמרת ממש, והוה בענין למימר דווקא זכתה לי שדי, וכנ"ל.
רסו) קבלה מיני' רבי אבא בר כהנא אע"פ שרץ אחריהן ואין מגיען מאי טעמא לאו משום דדעת אחרת מקנה אותן שאני- הנה לדעת רש"י דטעמא דדעת אחרת מקנה שאני הוא משום דנוחה לקנות, שפיר איכא למימר דמהאי טעמא אפי' ברץ אחריה ואינה מגיעה עכ"פ קבלה מיהא חשיבא. וכן לדברי ר"פ דסגי במה שאין אחר יכול לזכות בה נמי מובן הדבר. אכן לדברי הרא"ש דחשיבא לי' שמירת המקנה כשמירתו צ"ב לכאורה מה יועיל דבר זה ברץ אחריה ואינו מגיעה, הרי בכה"ג ליכא אפי' שמירת חבירו. שו"ר שהקשה כן בביאור הגר"א חו"מ סי' ר' סק"ג, ע"ש.
והנה הקשו הראשונים (עי' רמב"ן, רשב"א, וריטב"א החדשים) מה הוקשה לר' שימי דווקא אדברי רב פפא, והרי בגט אפי' בחצר המשתמרת בענין שתהא עומדת בצדה, ע"ש שכתבו דאה"נ הוה מצי להקשות כן. ועל פי מה שנתבאר לעיל בדעת רש"י בביאור דברי רב פפא דדעת אחרת מקנה ר"ל דכיון דדעת אחרת מקנה ופועל הקנין לא בענין אלא קבלה, לפי זה אתי שפיר היטב, דבלא דברי רב פפא שפיר הוה ידעינן דבגט דבענין קבלה, בכדי שתחשב קבלה בענין שתהא עומדת בצדה, ואפי' בחצר משתמרת, רק למה שחידש רב פפא דבדעת אחרת מקנה מהני אפי' בחצר שאינה משתמרת, אשר ביאורו לשיטת רש"י דשפיר חשיב בכה"ג קבלה, בזה הוקשה דא"כ אף גבי גט לא ניבעי עומדת בצד חצרה דכיון דהוי דעת אחרת מקנה שפיר הויא קבלה, ודוק, כן אמר בזה מו"ר זצ"ל.
ובחידושי הרמב"ן תי' קושי' זו בתירוצו הראשון, וז"ל: ומשמע דרב שימי איפכא ס"ל דקסבר דגבי הפקר קני אפי' בזכייה כל דהוא וגבי מתנה וגט בעי קנייה אלימתא וכו', עכ"ל, וכ"ה בשט"מ בשם הר"י אבוהב, ע"ש. וביאור הדברים לכאורה, דגבי מציאה דלא בעינן אלא שיעשה שלו סגי במאי דהוא נמצא ברשות המשתמר לו, אשר הוא זה דין חצר המשתמרת הקונה שלא מדעתו, אבל במתנה וגט דבעינן גם להפקיע בעלותו של הנותן, בזה לא סגי במה שהוא ברשות הקונה אלא בענין שיחול עליו תורת מעשה קנין, אשר לזה בענין שהיא עומד בצד שדהו, אשר זהו שלא הוקשה לרב שימי אלא מהיכא דחזינן דאפי' להפקעת בעלות לא בענין שיהא עומד בצד שדהו. ושא"ר תירצו כתירוצו הב' דהרמב"ן, דהוה מצי למימר לטעמיך.
רסז) שאני גט דאיתי' בע"כ- הנה כתבו התוס' לעיל בע"א בד"ה דהיינו טעמא דבענין עומדת בצדה משום דהוי בע"כ, כדאיתא בסוגיין, אמנם תמוה לכאורה כאשר העירו המפרשים לעיל, דהא לא מסקינן בסוגיין הכא אלא מחלקינן באופן אחר משום דגט חוב הוא לה וכו'. ואמר מו"ר זצ"ל בזה ע"ד שנתבאר לעיל, דיסוד מאי דנלמד מהא דגט הוי בע"כ הוא דבגט לא בענין קנין אלא קבלה, וקבלה לא הויא אא"כ עומדת בצדה. ועצם יסוד זה נשאר גם למסקנא, רק אמאי דחידש רב פפא דהיכא דדעת אחרת מקנה חשיב שפיר קבלה אף באינו עומד בצד שדהו ודאי דיהני אף בגט מק"ו, ואי לא מהני בגט כש"כ דלא מהני במתנה, אך בלא דברי רב פפא אתי שפיר, ואתיין שפיר דברי התוס', דהא מעצם היסוד לא הדרינן.
רסח) רש"י ד"ה אלא אמר רב אשי- דכיון דמידה אתרבאי לא גרעה משלוחה להיטיב לה ואילו שלוחה שקיבל לה מתנה מי לא קני ואפי' אין עומדת בצדו וכו' משום דהך חצר אע"ג דאתרבאי משום יד כדאמרן לעיל לא גרעה משליחות דאי נמי לא אתרבאי מונתן בידה הוי נפקא לן חצר משליחות וכו'- מתבארים מתוך דבריו ב' לשונות, הא', דאף מאי דלא גרע משליחות הוא מצד הילפותא דיד, והב', דמאי דחצר מטעם שליחות הוה ידעינן לה מצד פירשה דשליחות גרידא אף בלא פרשה דחצר מטעם יד. ודברי רש"י ברוב מקומות בפירקין מתאימים ללישנא הב'. (ועי' מהרש"א דלשונו הראשון הוא כפי שיטת התוס' לעיל.) וביאור ב' הלשונות, אמר מו"ר זצ"ל (ויסוד הדברים הוא ע"פ מש"כ בדברי אליעזר), דללישנא קמא כיון דאיתרבאי חצר מטעם יד אתרבאי דמה שמונח בחצר הוי כמונח בידו (ונבנה מסתמא אהא דידה רשותה משמע), אלא דבכדי שיפעול יד קנין בענין שיהא סמוך לה, ולעולם אף היכא דאינו סמוך לה הוי יד רק כיון דאינו דומיא דיד אינו יכול לפעול קנין. אשר בזה אמרו דלא גרע משליחות, דכי היכי דחזינן דשליח יכול לפעול קנין אף שאין המשלח סמוך לו, כך מסתבר דיכול יד לפעול

קנין אף שאינו סמוך לו. ולישנא בתרא דרש"י ס"ל דלעולם אי אינו סמוך לה לא הוי יד כלל, אלא דאף בלא ריבויא דיד הוה ידעינן מסברא דמהני מטעם שליחות, ולהאי לישנא אין זה מדין יד כלל, ואין פירושו דכשמונח החפץ בחצר מונח בידו, אלא מונח בחצר.

ועי' רש"י ריש דף י"ב ע"א ד"ה גבי מתנה דזכות הוא לו וכו' שכתב, בא"ד, וז"ל: ומיהו גבי מציאה כי ליתי' גבה דלא נפקא זכייתה משום יד (ומשמע מדבריו דאף חצר דגברא משום יד) ליכא לרבויי משליחות דגבי שליחות איכא דעת השולח או דעת שליח אבל חצר ליכא לא דעת שולח ולא דעת שליח הלכך בעינן דעת אחרת מקנה אותו (או לפום גירסת המהרש"א, חצר משתמרת), עכ"ל. ומאי דמהני במתנה, היינו כמו שביאר הרא"ש דגבי מתנה דזכות הוא לו זכין לאדם שלא בפניו דמסכמת דעת המקבל בכל מקום שיתנהו הנותן שיזכה לו המקום, ושמירת הנותן חשובה לו כשמירתו. וצ"ב לכאורה, דהא כבר חילקו בדבר זה לעיל דדוקא בדעת אחרת מקנה הוא דלא בעינן עומד בצד שדהו, ומה הוקשה לו לרש"י הכא דהוצרך לפרש דבר זה דדעת השולח או דעת שליח.

וביאר בזה מו"ר זצ"ל ע"פ הנ"ל, דהנה מה שחילקו לעיל בין היכא דאיכא דעת אחרת מקנה לבין היכא דליכא, פירושו לדעת רש"י דהיכא דאין החצר משתמרת אי אפשר לומר דעל ידי שנמצא בחצרו חשוב שהדבר ברשותו, דהא אינה משתמרת, אשר משום הכי בעינן שיהא עומד בצד שדהו, דלדעת רש"י, על ידי כך חשובה כמשתמרת על ידו. אכן זה אינו אלא היכא דליכא דעת אחרת מקנה, דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן אלא קבלה, וכיון דהך חצר חשיב כידו שפיר חשוב על ידי כך כקבלה. אשר לפ"ז נראה דללישנא ב' דרש"י הוקשה לרש"י דנהי דאינה משתמרת, מ"מ הרי הוי החצר כשלוחו ואמאי לא יקנה, אשר לזה הוצרך לפרש דלא שייך לומר דמהני מדין שליחות אלא היכא דאיכא או דעת שולח או דעת שליח. והנה בתוס' הרא"ש כתב דבחצר שאינה משתמרת אינו רוצה שיהא החצר שלוחו, אכן רש"י לא ס"ל הכי אשר על כן הוצרך לתרץ כנ"ל. ובשלמא ללישנא קמא דרש"י לא הוה קשי' לי' מידי, דהא סו"ס מטעם יד הוא שקונה ואינו קונה באינה משתמרת אלא היכא דסגי בקבלה, דהיינו בדעת אחרת מקנה, אכן ללישנא בתרא דידי' אתיין דבריו שפיר כנ"ל. ועי' חידושי הר"ן שתירץ הקושי' ממציאה באופן אחר, דהיינו טעמא דלא מהני באינה משתמרת שלא בפניו משום דליכא שלוחו של בעל הממון.

והנה הר"ן הנ"ל כתב דחצר המשתמרת מהניא מדין יד אף דאינה סמוכה, ויש שהבינו דאף דעת רש"י כן, עי' מהרש"א. ונראה דלא שייך למימר הכי אלא ללישנא בתרא דרש"י דהחסרון דאינה סמוכה הוא דלא הוי יד, אשר בזה שפיר איכא למימר דבמשתמרת שפיר הוי היד, וכטעם שכתב הר"ן, אבל ללישנא קמא דרש"י דאף דהוי יד מ"מ אינו קונה לו באינה סמוכה דאינה יכול לפועל חלות, מה יועיל בזה מה דהוי חצר משתמרת. ומאידך גיסא, מה שכתב הר"ן דמצד שליחות אינו יכול לזכות בחצר משתמרת משום דאינו שלוחו של בעל הממון, אף זה לא יתכן אלא ללישנא בתרא דרש"י דהיכא דאינו עומד בצד שדהו לא הוי יד כלל, אבל לל"ק דהוי שפיר יד לא שייך בזה חסרון דשלוחו של בעל הממון, דהא סו"ס שפיר הוי יד.

והנה כתב הרמב"ם פ"ה גירושין דבחצר שאינה עומדת בצדה אינה מגורשת עד שתעמוד בצד חצירה. ומדקדוק לשונו נראה דאח"כ כשתהיה עומדת לצד החצר שפיר הוו גירושין, ולא הוי טלי גיטך מע"ג קרקע. ומבואר מדבריו דאפי' דאינה עומדת בצד השדה יד מיהא הוי, רק שאינו יכול לפעול קנין רק על ידי הדין דלא גרע משליחות, והוא כל"ק דרש"י. וכיון דיד מיהא הוי, אף דעדיין לא חלו הגירושין, לא חשיב טלי גיטך מע"ג קרקע. והטור בסי' קל"ט הביא בשם הרמ"ה דלא מהני בכה"ג, וי"ל דהיינו משום דס"ל כלישנא בתרא דרש"י דאם אך אינה עומדת בצד השדה אין השדה חשוב כיד כלל, אשר על כן בעינן שתהא הנתינה דווא כשעומדת ליד החצר.

והנה בפ"ה גירושין כתב הרמב"ם דלא מהני באינה עומדת בצד השדה משום דאין חבין לאדם אלא בפניו, ולא ביאר כלל אי הוי מטעם יד או מטעם שליחות. ועפמשנ"ת דס"ל כלישנא קמא דרש"י א"ש, דהא אף באינה עומדת בצד השדה מ"מ יד הוי, אלא דבכה"ג לפעול קנין בעינן שליחות והכא ליכא למימר הכי משום דאין חבין לאדם אלא בפניו, ולא הוצרך הרמב"ם לומר אלא ד"ז דאין חבין לאדם אלא בפניו.

והנה פסק הרמב"ם דילפינן מציאה מגט ולא ילפינן קטן מקטנה. והקשה הש"ך בסי' רמ"ג דלפ"ז דאית לה לקטנה חצר מטעם יד היה לו להרמב"ם לומר דאינה קונה אלא אם כן עומדת בצדה, דהא בלא עומדת בצדה בעינן שליחות וקטנה לאו בת שליחות היא, ולא הוזכר ד"ז בדברי הרמב"ם. ולפי דברינו א"ש, דבאמת באינה עומדת בצדה הוי נמי יד, רק דבעינן להא דלא גרע משליחות, כלומר, דיד כזה אינו יכול לפעול קנין אלא משום דלא גרע משליחות. והנה החסרון דקטנה לאו בת שליחות היא חסרון הוא במשלח, דאינה יכולה לעשות שליח שיהא בכחו לעשות עבורה חלות, וזה נראה דלא שייך הכא, דהא אף באינה עומדת בצדה מ"מ יד מיהא הוי, ובכגון דא שפיר מהני הך יד אף לקטנה מדין שליחות. וליתא לחסרון גבי קטנה אלא בכגון גט דכיון דחוב הוא נאמר בזה דין דאין חבין לאדם אלא בפניו, אשר לזה ודאי דבעינן שליחות בכדי שיחשב בפניו, וקטנה לאו בת שליחות היא. כל זה ממו"ר זצ"ל, עי' באריכות בשיעורו בדין חצר.

רסט) אלא אמר רב אשי וכו'- עי' פירוש רש"י ומש"כ בחידושי הר"ן בדבריו, דמבואר דבא רב אשי לקיים תירוצו של רב פפא דדעת אחרת מקנה שאני. אכן עי' בחידושי הר"ן שדקדק מדברי הרי"ף והרמב"ם דלהלכה לא ק"ל כרב פפא, אלא כההוא מרבנן דמתרצינן להא דר"ג דקנו בקנין אגב. (וכן הביא בהגהות הגר"א.) ולדבריהם בא רב אשי לתרץ גם הא דבגט אפי' במשתמרת בעינן שתהא עומדת בצדה ואילו במתנה קונה שלא בפניו. ולדבריהם יהא מבואר מתוך דברי הגמ' דמאי דמהני חצר המשתמרת שלא בפניו הוא משום דלא גרע משליחות. (אלא דאף בזה עצם הקונה הוא יד, כאשר נתבאר בשיטת הרמב"ם לעיל אות רס"ח), ע"ש. ובדברי הר"ן בדיעה הא' מבואר דמאי דמהני חצר המשתמרת הוא מטעם יד. ובראב"ש סי' ל"א מבואר דהוא מטעם שליחות, ע"ש.

י"ב ע"א

ער) רש"י ד"ה זרק ארנקי- והפקירו לכל הקודם- ועי' תוס' שהקשו ע"ז דאי בהפקר מיירי מה הביאו ראיה מהא דבמתנה מהני אפי' רץ אחריה ואין מגיעה, הא שאני התם דדעת אחרת מקנה. ועי' חידושי הרמב"ן וחידושי הרשב"א שצדדו שמא אף בהפקר חשיב דעת אחרת מקנה, אלא שכתבו דהיינו דלא כדמסקינן בנדרים דף מ"ג דאין הפקר כמתנה דהוה דידי עד דאתי לרשות זוכה אלא מיד הפקר הוא, וא"כ פשוט לכאורה דלא חשיב דעת אחרת מקנה. אלא דכתבו הרמב"ן והרשב"א דאפ"ה איכא למימר דכיון דבשעה שיצא מידו הפקירו מדעתו לכל הקודם, הו"ל שפיר כדעת אחרת מקנה. ולכאורה צ"ב האיך חשיב בכה"ג דעת אחרת מקנה, דבשלמא אי נימא דמאי דמהני דעת אחרת מקנה הוא כדברי הרא"ש הנ"ל דמהני מה שמשתמר לדעת הנותן, שפיר איכא למימר דה"ה הכא מהני מה שמשתמר על ידי המפקיר למי שיזכה הו, וכן כתב בנתיה"מ סי' רע"ג סק"א בדעת רש"י, ע"ש, אבל למה שנתבאר בדברי רש"י הרי אין

הדבר כן אלא מה דמהני בדעת אחרת מקנה הוא משום דנוחה לקנות, וזה לכאורה לא שייך גבי הפקר. ועי' לשון הרמב"ן שכתב, וז"ל: אלא דאפשר לומר כיון שהוא רוצה לסלק ממנו כדי שיזכה כל הקודם בזכיה כל דהוא זכי, עכ"ל, הרי דפירש דמעלת דעת אחרת מקנה הוא דבזכיה כל דהו סגי, ומ"מ צידד שמא חשיב הפקר בכה"ג דעת אחרת מקנה, וצ"ב כנ"ל. וצ"ל לכאורה דכיון שהיה יכול להקנותו לו ולא להפקירו, חשובה דעתו להפקירו בכדי שיזכה בו כדעת שיכולה לפעול בקנינו אשר ממילא בזכיה כל דהו סגי, ועדיין צ"ע בזה. והיסוד המבואר מזה לכאורה, דגדר המעליותא דדעת אחרת מקנה אינו דחשוב שעשה המקנה את מעשה הקנין, דהרי זה ודאי דלא שייך גבי הפקר, אלא יסוד המעלה הוא דעל ידי דאיכא דעת אחרת מקנה אין הקונה צריך לייצר בעלות אלא הוי העברת בעלות, שמעביר המקנה אליו את הבעלות, אשר בזה לא בעינן אלא זכיה כל דהוא, ר"ל, קבלה, וכמשנ"ת לעיל. אשר זהו שכתב הרמב"ן ד"כיון שהוא רוצה לסלק ממנו **כדי** שיזכה כל הקודם בזכיה כל דהוא זכי".

אכן יעויין במל"מ פכ"ט מכירה הי"א שלמד בדברי רש"י דחשיב הפקר ממש דעת אחרת מקנה, ודבריו צ"ב לכאורה אי הכונה כדברי הרמב"ן, דלדברי הרמב"ן ודעמי' לא חשיב הפקר כדעת אחרת מקנה אלא בכה"ג שמפקיר הנכסים כדי שיזכו בם, אבל בהפקר בעלמא לא, ואילו מדברי המל"מ מבואר דסתם הפקר חשיב דעת אחרת מקנה, וצ"ב טעם הדבר.

ובקצוה"ח סי' רע"ג סק"א כתב לבאר דברי רש"י ע"פ מה שביאר שם דעת הרמב"ם דהפקר מטעם נדר הוא ואינו הפקעת בעלות, ונמצא דבאמת עדיין הוא שלו אלא דאסור לחזור בו, על כן שפיר חשיב דעת אחרת מקנה. ודבריו לכאורה צ"ב, דא"כ נמצא דהוי שלו עד דאתי לרשות זוכה, והא לא ק"ל הכי, וצ"ע. ואפשר היה לבאר דברי הרמב"ם באופן אחר, דאין ר"ל דלית בהפקר אלא איסור נדר, אלא ר"ל דהפקר הוי חלות בחפצא כעין נדר, כלומר, דאין זה סתם הפקעת בעלות, אלא יסודו דחל על החפץ תורת דין הפקר, אשר דינו שלא יהא שלו ושיוכל על אדם לזכות בו, וכעי"ז כתב בשערי יושר שער ה' פכ"ג, ע"ש, והוא חלות כעין נדר. אשר לפ"ז יתכן דיתבארו גם דברי רש"י, דכיון דיסוד ההפקר הוא שעושה חלות בחפץ שיוכל כל אחד לזכות פה, שפיר יתכן לפרש דחשיב כדעת אחרת מקנה לענין שתהא נוחה לקנות, ועדיין צ"ע בזה.

והנה כתבו הראשונים להוכיח כדעת רש"י מהא דלקמן דף ק"ב גבי גללים דמפקירן ומ"מ הביאו שם איבעיא דרבא, אשר מוכח מזה דאיבעיא דרבא הוא אף בהפקר. אכן עי' חידושי הרשב"א שהביא בשם הראב"ד דאף דנימא דעל הצד דאויר שאין סופו לנוח כמונח דמי איכא נפ"מ בין הפקר לבין מתנה דהיכא דליכא דעת אחרת מקנה בענין שיהא משתמר יותר, מ"מ בעצם השאלה אי כמונח דמי או לא כמונח דמי ליכא נפ"מ בינייהו, דאי נימא דלאו כמונח דמי ודאי דלא יועיל אף במתנה, דהרי בענין עכ"פ שיהא הדבר מונח בחצר, ואי לאו כמונח דמי הוי כמי שאינו מונח שם כלל. ומדברי התוס' ועו"ר שלא פירשו כן מוכח לכאורה דס"ל דאף בעצם השאלה אי לאו כמונח דמי יש לחלק בין הפקר לבין מתנה, והיינו לכאורה משום שפירשו דיסוד השאלה אינה דאי לאו כמונח דמי הוי כאילו לא מונח שם כלל, אלא כל יסוד השאלה אינה אלא לענין משתמר, ועדיין יש לעיין בזה.

והנה הקשו הראשונים מהא דגבי גט אמרינן דאם קדמה דליקה לגט אינה מגורשת משום דמעיקרא לשריפה קאי, ותירצו (עי' רמב"ן ורשב"א ועו"ר) דשאני התם דכיון דקדמה דליקה הוי כאילו זורקו לכתחילה לתוכה של דליקה לשורפו. וביאור דבריהם לכאורה, דבכה"ג דהוי כאילו זרקו לתוך האש לא חשיבא נתינה. אכן עי' תוס' הרא"ש שהביא תי' זה, והדר כתב, וז"ל: ועוד יש לומר דהתם אי אמרינן כמונח דמי הרי הוא מונח באש ומיהו קדם גט לדליקה בשעה שזרקו היה ראוי לנוח בארץ. ולכאורה תליא הך מילתא בגדר הא דכמונח דמי, אי פירושו דכיון דסופו לנוח באדמת החצר (או, לפי בעיא דרבא, אפי' באין סופו לנוח) חשוב כבר עכשיו כאילו מונח שם, או שמא הא מיהא פשיטא דלא חשיב כמונח שם, אלא פירושו דהוי כאילו מונח באויר זה ובהכי סגי לקנין. ודברי הרא"ש הם לכאורה כצד הא', דמה דהוי כמונח פירושו דהוי כמונח על הקרקע, אשר בזה שפיר כתב דהיכא דקדמה דליקה לגט שוב אינו ראוי לנוח בארץ וליכא למימר בי' דכמונח דמי. אכן הני דלא כתבו כן יתכן דס"ל דמאי דכמונח דמי פירושו באויר עצמו, ובזה אף דאין סופו לנוח בארץ מ"מ כיון דעל האויר עצמו יש דין דכמונח דמי שפיר חשיב כמונח.

ועי' קה"י למכילתין סי' י"ט שהוכיח מדברי התוס' בסוגי' דגיטין ובב"ק דס"ל דדין כמונח דמי דין הוא באויר ולא דחשוב החפץ כמונח על הקרקע, ע"ש כל דבריו.

וע"ש בסוגי' דגיטין פירוש רש"י בקושיות הגמ' "והא לא מנטר" שפירש דהוי אויר שאין סופו לנוח דלאו כמונח דמי, דמבואר מדבריו דאיכא אמוראי דלא מספקא להו כרבא אלא ס"ל דאויר שאין סופו לנוח ודאי דלאו כמונח דמי, ועי' מש"כ בזה בקה"י הנ"ל, דמדברי התוס' בגיטין שם ד"ה כגון שהיו מחיצות מוכח דלא פירשו הא דהקשו התם והא לא מנטר כמו שפירש רש"י, דלפום פירושו של רש"י לא קשיא כלל משה"ק התוס' מהא דזרוק גניבתך לחצרי.

רעא) אויר שאין סופו לנוח כמונח דמי או לא- עי' בראשונים שעמדו על השמטת הרי"ף והרמב"ם לאיבעיא דדרבא. ובפשטות י"ל דהיינו משום דפשיטא להו דאינו קונה, וכדברי האמוראים הנ"ל בסוגי' דגיטין וכפירוש רש"י שם. ולכאורה יש להוסיף בזה, דלא מיבעיא לי' בזה אלא רבא לשיטתו דס"ל דלא בענין שיהא עומד בצד שדהו, ואפי' באינה משתמרת, כדמוכח מהא דס"ל לעיל דקושיית הש"ס מהא דר"ג וזקנים קושי' אלימתא היא, אשר מבואר מדבריו דס"ל דסגי בקבלה, דאילו הוה בענין מעשה קנין על ידי החצר ולא סתם קבלה ודאי דהוה בענין בזה שתהא חצר משתמרת. ועפ"ז שפיר מיבעיא לי' לרבא באויר שאין סופו לנוח אי חשיב כמונח לענין קנין חצר. וכל זה לרבא, אכן למאי דק"ל דבענין בחצר שאינה משתמרת שיהא עומד בצד שדהו, פשיטא דלגבי אויר שאין סופו לנוח לא חשיב אפי' על ידי שעומד בצד שדהו כמשתמר ופשיטא דאינו קונה, ועדיין צ"ע בזה.

ערב) רש"י ד"ה מציאת בנו ובתו הקטנים כו'- בתו הקטנה בכתובות ילפינן לה מקראי דקטנה ואף נערה כל שבח נעוריה לאביה. עי' חידושי הרשב"א שהביא דאף מדברי הרמב"ם מבואר כן, דגבי קטנה לא בענין שתהא סמוכה על שולחן אביה, אלא דהקשה דהא מסקינן בקידושין ובכתובת דהך דבנעוריה בית אביה בהפרת נדרים הוא דכתיב, ומה שזכאי במציאתה אינו אלא משום איבה, כדמבואר בכתובות, ע"ש שהניח דבריהם בצ"ע, וכה"ק בתוס' הרא"ש ובריטב"א החדשים, ע"ש. ועי' גם רש"י ב"ק פ"ז ע"א ד"ה שבח נעורים לאב שכתב, וז"ל: דכתיב בנעוריה בית אביה אפי' כסף קדושין שלו, עכ"ל. ואף בזה יקשה כנ"ל דהא מסקנת הסוגי' דקידושין היא דלא ילפינן מהתם אלא מדכתיב ויצאה חנם אין כסף דדרשינן אין כסף לאדון זה אבל יש כסף לאדון אחר.

והמוכרח לכאורה בדבריהם, דנהי דמקרא דבנעוריה בית אביה לא הוה מצי למילף אלא הפרת נדרים, מ"מ כל הני דינים, ואף מאי דאמרינן דמציאתה לאביה משום איבה, אין גדר אלו הדברים דהויין זכותים נפרדים כל אחד בעצמו, אלא דמכל הלימודים והטעמים נלמד שהם כולם בכלל שבח נעורים, ומהותו של "כל שבח נעוריה לאביה" נתפרש על ידי כל אלו. ועי' רמב"ם פ"ג מהל' אישות ה"י שכתב, וז"ל בא"ד: וקידושיה לאביה וכן הוא זכאי

במציאתה ובמעשה ידיה ובכתובתה ואם נתגרשה או נתאלמנה מן האירוסין הוא זכאי בכל עד שתבגור, עכ"ל, הרי דכלל כל הני זכותי האב בחדא מחתא, ב"וכן", והרי לכאורה כל אחד מהם לימוד נפרד לו, אלא ביאור דבריו דיסוד כל הלימודים הוא דכל הני בכלל שבח נעורים הם, וכמשנ"ת.

והכרחו של רש"י בסוגיין לפרש כן, מדמקשינן דווקא מפני מה אמרו מציאת קטן לאביו ולא קטנה, ואי נימא דמאי דקטנה מציאתה של אביה הוא משום איבה, דפי' רש"י בכתובות דר"ל איבה דמזונות, הרי הך טעמא שייך נמי בקטן ומאי שנא, אע"כ דטעמא דקטנה משום שבח נעורים הוא, ואף דגם זה מבוסס על איבה, מ"מ אין זה מהוה טעם בפני עצמו אלא טעם וסברא שיהא בכלל שבח נעורים, מה דלא שייך גבי קטן, ודוק.

רעג) רש"י ד"ה מציאת עבדו ושפחתו הכנענים שלו- שהרי גופו קנוי לו עולמית וכו', עכ"ל. כונתו בזה לאפוקי מעבד עברי דאף דקאמר רבא בקידושין דגופו קנוי ואעפ"כ אין רבו זכאי במציאתו, מ"מ אין זה כגופו קנוי דעבד כנעני, דעבד כנעני גופו קנוי עולמית. (ופשוט דאין זה כל החילוק ביניהם, אלא סימן הוא דנשתנה גופו קנוי דעבד עברי בעצם מהותו מגופו קנוי דעבד כנעני דהוי ממש כשורו וחמורו.) ועי' פי' הר"ח לקמן בע"ב שכתב, וז"ל: ויש אומר לאפוקי מהא דאמר רבא בפ' האשה נקנית זאת אומרת עבד עברי גופו קנוי באת משנתינו להוציא מזה הטעם של רבא, עכ"ל. ומבואר מדבריו אלו דלא כדברי רש"י, אלא לעולם אף בגופו קנוי דעבד עברי הוה סגי בכדי למימר דמציאתו לרבו, וע"כ דמתני' דידן הוא דלא כרבא.

רעד) אמר שמואל מפני אמרו מציאת קטן לאביו וכו'- נחלקו לכאורה הראשונים בביאור עיקר חידושא דשמואל, והדברים מתבארים מתוך ביאורם במה שהקשו למימרא דסבר שמואל קטן לית לי' זכייה לנפשי' מדאורייתא, דיעויין חידושי הריטב"א החדשים שכתב, וז"ל: פי' והו"ל כאילו הגביהו לאביו כן פירש רש"י ז"ל פירוש לפירושו וכיון דרבנן הוא דתקון מציאה לקטן מפני דרכי שלום אמרו שתהא מציאתו לאביו מהאי טעמא ואפי' לרב נחמן דאמר המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו בהא מודה לשמואל מטעמא דאמרן דהא ר"נ תלמידי' דשמואל ולא פליג עליה מסתמא, ואקשינן למימרא וכו' פירשו דמשום דזכייתו במציאתו אינו אלא מדרבנן איכא למימר שתהא לאביו מזה הטעם שאמר שמואל דאע"ג דהאי לאו טעמא רבה הוא מ"מ כדאי בו לזכייה דרבנן כי הם אמרו והם אמרו הא אילו היה לקטן זכייה מדאורייתא אין די בטעם זה שאמר שמואל לזכויי לאב במציאתו של קטן, עכ"ל. והנה מש"כ ואפי' לרב נחמן וכו', צ"ב לכאורה אמאי הוצרך לזה, הרי אף אי המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו אין זה אלא משום דמיגו דאי בעי זכי לנפשי' זכי נמי לחברי', מה שלא שייך גבי קטן דלית לי' זכייה, וע"כ דכונתו דעכ"פ מדרבנן דתקנו לי' זכייה הוה אמרינן מיגו דזכי, אלא דאף בזה איכא חידוש דבפשטות יסוד התקנה לא היתה דליהוי מעשה קנין דידי' מעשה קנין באופן דיהני לחברי', אלא דאמרו שיהא שלו, והאיך שייך בזה למימר מיגו דזכי, ומבואר לכאורה דיסוד התקנה היתה דליחשב מעשה קנין דידי' מעשה קנין.

ועכ"פ מבואר מדבריו דהא מיהא הוי פשיטא דבעצם אית לי' לקטן זכייה מדרבנן, ובא שמואל לבאר אמאי, כיון דתקנו לו זכיה, לא נימא דמציאתו שלו, כלומר, אמאי הוא של אביו, אשר זהו דתירץ שמואל דמהאי טעמא תקנו דליזכי אביו ולא הוא. אכן יעויין בתוס' הרא"ש בסוגיין שכתב, וז"ל: והשתא ס"ד דאפי' מדרבנן לית לי' זכיה דאינו מגביה לעצמו כלל אלא שתחלת הגבהתו לצורך אביו מריצה מיד אל אביו והאי דנקט מדאורייתא משום דבעי למידק מהך ברייתא דמייתי דאפי' מדאורייתא אית לי' זכיה, עכ"ל. ומשמע מדבריו שפירש דעיקר מימרא דשמואל בא נמי לבאר גם אמאי לית לי' לקטן זכייה, דאילו היה לו זכייה אפי' מדרבנן לא הוה זכי אביו. ולדידי' לא בעינן להא דהם אמרו והם אמרו, דהא איכא טעם אמאי לית לי' לקטן זכייה, וכנ"ל. אמנם אף להרא"ש מאי דלית לי' זכייה אפי' מדרבנן אין זה אלא היכא דאית לי' אב, אבל היכא דלית לי' אב שפיר זוכה לעצמו עכ"פ מדרבנן. אמנם יעויין בר"פ שכתב, וז"ל: פירוש מדהוצרך לטעמא שבשעה שמוצאה מריצה אצל אביו דלית לי' זכיה לנפשי' אבל אי הוה לי' זכייה מדאורייתא לא היה צרך לאותו טעם אלא הוי הטעם משום דכיון דקניא הקטן תקינו לי' רבנן שתהא לאביו משום איבה כמו בתו והוא הדין דלאו דוקא דאורייתא דהוא הדין אפי' דרבנן לית לי' זכייה דאי אית לי' זכייה מדרבנן א"כ לא היה צריך לאותו טעם דמריצה וכו' אלא הוי הטעם משום איבה כדפירשתי וכו', עכ"ל. ומדבריו מבואר שפירש דלא בא שמואל לבאר אלא אמאי יזכה האב, הרי לקטן לית לי' זכייה כלל, באופן דטעמא דנקט שמואל אינו הטעם שלא יהא לקטן זכייה, דזה היה פשוט לו, אלא טעם הוא למה יזכה האב.

ועי' דברי רש"י לקמן בע"ב ד"ה ופליגא שכתב, וז"ל: דשמואל דפירש טעמא דמתני' משום דלית לי' זכייה, עכ"ל, ומשמע לכאורה מדבריו שיש בכלל דברי שמואל נתינת טעם אמאי לית לי' לקטן זכייה, והוא או כדברי הריטב"א או כדברי הרא"ש, אך דלא כדברי ר"פ.

רעה) ר' יוסי אומר בין כך ובין כך ילקט בו ואשתו אחריו- פירושא דהך ס"ד תליא בפלוגתת הראשונים בנ"ל בביאור דברי שמואל, דלדברי הריטב"א מדילקט אחריו אף דחשיב אביו כבעל השדה מבואר דאית לי' לקטן זכייה מדאורייתא, דאילו לא היה אלא דרבנן הוה אמרינן דהם אמרו והם אמרו ונמצא דזוכה הוא לאביו עשיר. ולדבריו כיון דאית לי' זכייה דאורייתא, שוב לא שייך שיזכה אביו ממנו, ומה דאמרו דאבוה מיני' קזכי ר"ל מדעתו שמקנהו לו, וכ"כ הריטב"א להדיא דחוזר ומזכהו לו. ולדברי ר"פ כיון דאית לי' לקטן זכייה שוב יהיה של אביו משום איבה, ומ"מ יכול לעשות כן משום דמה שזוכה משום איבה פירושו דזוכה הוא וזוכה האב מכח זכייתו, ואין זו זכייה ישירה להאב, אשר ממילא לית בזה משום להזהיר לעני על שלו. (וכן צ"ל עכ"פ לגבי אשה דנקט ר' יוסי, דאף דמציאת אשתה לבעלה מ"מ הרי זה מכח זכייתה ולא מכח זכייתו.) ולדידי' מתפרש מאי דאיתא דאבוה מיני' דידי' קזכי כפשוטו ולא בעינן למימר דחוזר ומזכה לו. ולדברי הרא"ש כיון דאית לי' זכייה לית בזה דינא דמציאתו לאביו כלל, ואף לדידי' בעינן לפרושי כדבר הריטב"א דחוזר ומזכה לאביו, וז"פ.

רעו) רש"י ד"ה ילקט בו אחריו- עשיר הוא והרי הוא כבעל הבית בשדה זו וכו'- הנה הא דעשיר הוא לישנא דהגמ' הוא, אכן צ"ב מש"כ דהרי הוא כבעל הבית, דלכאורה ב' דינים נפרדים הם הך דלהזהיר לעני על שלו והא דעשיר אין לו זכות במתנות עניים. והנה התוס' בסוגיין כתבו דעשיר לאו דווקא אלא כלומר כיון שיש לו חלק בשדה חייב בלקט כדדרשינן לר"א פ"ק דגיטין וכו' להזהיר לעני על שלו, ולדידהו צ"ב באמת אמאי נקט בגמ' עשיר. ובתוס' הרא"ש כתב, וז"ל: פירוש תורת עשיר יש לו באותה שדה כדדרש ר' אליעזר בפ"ק דגיטין לא תלקט לעני להזהיר לעני על שלו וכו', עכ"ל. וביאור דבריו לכאורה, דגדר הדין דבעל הבית אינו דין אחר, אלא יסודו דכיון דחשוב בעל הבית כעשיר לענין שדה זו כיון שעיקר השדה או הלקשו"פ הוא שלו, (וכבר כתב כעיקר יסוד זה בקה"י למכילתין סי' י"ד, ע"ש), דלא זיכתה התורה לקט שכחה ופאה לעניים אלא מפני שאין להם חלק בשדה זו, וזה שיש לו חלק בשדה זו הרי הוא כעשיר לגבי שדה זו. אשר לפ"ז י"ל דזהו גם ביאור דברי רש"י, דחשוב הוא כעשיר, ואף דבעצם עני הוא זה שיש לו בשדה למחצה לשליש או לרביע, מ"מ הרי הוא על ידי זה כבעל הבית דדינו כעשיר לענין לקשו"פ בשדה זו, וכנ"ל. וזהו מש"כ רש"י בד"ה בין

כך ובין כך כו׳ דאם האב עשיר הבן עני וזוכה לעצמו, הרי דיסוד הפטור הוא משום דעשיר הוא, והוא כמשנ״ת. (ובקה״י הנ״ל כתב כסברא זו בדעת הרא״ש אבל לא בדעת רש״י לעיל בסוגי דמי שליקט את הפיאה, ומדברי רש״י בסוגיין נראה לכאורה דשפיר אית לי׳ דדין בעל השבית ודין עשיר חד דינא נינהו.) ומדברי התוס׳ נראה דמבואר בעיקר גדר דין בעל הבית דלא כדברי הרא״ש, שכתבו דכיון שיש לו חלק בשדה חייב בלקט כדרשת ר״א, ומשמע דיסוד מאי דאינו יכול בעל הבית ללקט הוא משום דאדרבה, חל עליו חיוב לקט בשדה זו, אשר אין לזה כל קשר לדין עשיר.

ובעיקר הך מילתא דחשוב הכא כבעל הבית, נחלקו הראשונים בביאורו, דמדברי התוס׳ הנ״ל משמע דהיינו משום דיש לו חלק בשדה, אכן יעויין בשט״מ בשם הראב״ד, שכתב, וז״ל: היאך מלקט בנו אחריו והרי העני כיון שקביל שדה למחצה הויא לי׳ קצירו ואע״ג דלית לי׳ שדה והרי הוא מוזהר על שלו דקצירך אמר רחמנא ושדך לאפוקי חוצה לארץ, עכ״ל, הרי מבואר מדבריו דלעולם לא חשוב השדה כשלו, ומה דחשוב כבעל הבית הוא משום שעצם הקציר הוא שלו, אשר בזה הוא דתליא הך דינא דלהזהיר לעני על שלו, ודלא כדמבואר מדברי התוס׳. ועי׳ עוד חידושי הריטב״א הישנים שפירש בפי׳ האי׳ כדברי התוס׳ דתליא בבעלות על השדה, אלא דס״ל דהכא לא חשיב דאית לי׳ בעלות בשדה, אלא טעמא דלא ילקט הוא משום דעשיר הוא, כפשטא דהגמ׳, וכגון דאית לי׳ באותו מחצה שוה מאתיים זוז, ע״ש כל דבריו.

רקז) תוד״ה ואמר שמואל הלכה כר׳ יוסי- וי״ל דדווקא גבי לקט פסיק כוותי׳ מהאי טעמא דמסתמא עניים גופייהו ניחא להו וכו׳- ובתוס׳ שם בגיטין תי׳ באופן אחר, דאף דס״ל לשמואל כר׳ יוסי דעשו את שאז״כ, מ״מ מסתבר לי׳ לאוקמי מתני׳ אפילו לרבנן.

רעח) תוד״ה אי אמרת בשלמא מדאורייתא- וי״ל דמדרבנן אין סברא שיתקנו שתי זכיות שיזכה הבן קודם ואח״כ יזכה האב ממנו אלא אי מדרבנן הוא בשעת זכיית הבן בא לו זכיית האב משום דבשעת הגבהה לוקחה להריצה לאביו אלא ודאי זכה לנפשי׳ מדואריתא ואבוה זכה מיני׳ משום איבה שסמוך על שלחנו. ודבריהם לכאורה צ״ב, כאשר עמד כבר בתוס׳ הרא״ש, דאף אי אין זכיית הקטן אלא דרבנן מ״מ ע״כ תקנו קודם דזוכה לעצמו ואבוה מיני׳ הוא דזכי, דהא הך תקנה דזכיית קטן איתא נמי בקטן יתום והתם ע״כ דידי׳ הוא. ובר מן דין צ״ב בדברי התוס׳ מיני׳ ובי׳, דהרי אי תקנת מציאה לאביו תליא בסמוך על שלחנו, איתא נמי להך תקנתא בגדול הסמוך על שלחן אביו, וגדול ודאי אית לי׳ זכיה לנפשי׳, וע״כ דלא היתה התקנה אלא דמיני׳ דידי׳ קזכי, וכבר עמדו בזה במהרש״ל ובמהרש״א, ע״ש שכתב המהרש״ל דבאמת ב׳ תקנות הם, ותקנת קטן הוא דזוכה האב בישירות, ועי׳ מש״כ המהרש״א.

ובתוס׳ הרא״ש תירץ קושיית התוס׳, דתקנת זכיית הקטן לא היתה אלא לטובתו אבל לא להפסיד עניים, אשר ממילא אי מדאורייתא לית לי׳ זכיה והרי הוא של עניים לא הוה מתקני רבנן תקנה להפסיד העניים, ע״ש כל דבריו. ולכאורה מוכח מדבריו דגדר מה שתקנו דזוכה קטן במציאתו אין הכונה שתקנו דהוי קנין ממש ככל קנין בעלמא אלא גדרו שתקנו שלא יוכלו ליטלו ממנו, ואין מונח בזה הפקעת זכות העניים, דאילו הוה זכייה גמורה וכאילו תקנו דקנין קטן קנין הוא, כיון דתקנו בעלמא דאית לי׳ הך קנין לא היה חשוב בזה שמפסיד העניים. ומדברי התוס׳ שלא פירשו כן מבואר לכאורה דפליגי וס״ל דזכייה גמורה היא שתקנו לקטן במציאה. ולדברי התוס׳ זהו ביאור פלוגתת ת״ק ורבנן אי אוי גזל גמור מדבריהם, דלת״ק לא תקנו דליהוי לי׳ זכייה גמורה, ואילו לר׳ יוסי הויא זכייה גמורה מדבריהם. אכן לדעת הרא״ש אף ר׳ יוסי מודה דלאו זכיה גמורה היא, רק דס״ל דהא דתקנו דלא יטלו ממנו זהו אפי׳ שיוציאו דיינים ממי שבא להוציאו מידו.

רעט) רש״י ד״ה ולי׳ לא ס״ל- דמציאת קטן לאביו- עי׳ תוס׳ שמבואר מדבריהם דלעולם אליבא דשמואל שפיר אמרינן דזכיית קטן דאורייתא ובסמוך על שלחן אביו תקנו משום איבה דמציאתו לאביו. ומפשטות לשונו של רש״י משמע לכאורה דלשמואל אין מציאת קטן של אביו כלל. ובפנ״י דקדק כן מדבריו, ע״ש שכתב דבא רש״י בזה ליישב קושיית התוס׳ הנ״ל דאמאי לא אוקמה שמואל למתני׳ בטעמא דידי׳ דסבר דזכי לנפשי׳ מדאורייתא ומדרבנן זכי אבוה מיני׳, דלדידי׳ א״ש דהא לשמואל אין מציאתו לאביו כלל. (והטעם לכאורה, דלא מבואר בשום מקום דמציאת קטן לאביו אלא במתני׳ דידן דמיירי בקטן ממש ואינו סמוך על שלחן אביו, וכמש״כ התוס׳, וכיון דבזה ס״ל לשמואל דאין אביו זוכה, שוב ליכא מקור כלל למימר דמציאת הבן לאביו בשום מקום.)

רפ) רש״י ד״ה ונפקא מינה- וכיון דמדאורייתא לית לי׳ זכייה נמצא אביו גוזל את העניים- ואף דכתב לעיל דס״ל לשמואל דלר׳ יוסי אין מציאתו לאביו כלל, זהו דווקא אי אית לי׳ לקטן זכייה דאורייתא, אבל השתא דאמרינן דלר׳ יוסי לית לי׳ זכייה לנפשי׳ דאורייתא, שפיר מצי ס״ל דתקנו דליהוי לאביו ושוב נמצא אביו גוזל את העניים. או י״ל דלעולם לא תקנו שיהא מציאתו לאביו, רק כיון דמדאורייתא הקטן אינו זוכה כלל נמצא ממילא דכאשר נותנו לאב זוכה האב ונמצא גוזל את העניים.

רפא) וכי מותר לאדם להרביץ ארי בתוך שדהו כדי שיראו עניים ויברחו- עי׳ מאירי דה״ט ״שמתנות אלו ר״ל לקט שכחה ופאה אין לבעלים בהם טובת הנאה למנוע מזה וליתן לזה ומפני זה כל גרמא שבשבילה יעכב העני שלא ללקוט אסורה לו״. ומבואר דאפי׳ למנוע מאחד בכדי שיזכה אחר אסור כל שגורם למנוע הרוצה לקחתו מלקחתו.

י״ב ע״ב

רפב) רש״י ד״ה עשו שאינו זוכה כזוכה- אע״פ שאין לקטן זכיה במקום אחר כאן עשאוהו כזוכה- ר״ל, דבעלמא אמרינן דמציאתו לאביו בישירות, דאין לו זכיה מטעם הנ״ל דכל מה שמגביה מריצה אצל אביו, אבל הכא עשו שאינו זוכה כזוכה, דאית לי׳ זכיה לעצמו. (ועי׳ תוס׳ הרא״ש שהקשה על דברי רש״י ב׳ קושיות, ולפי הנ״ל קושייתו הב׳ ל״ק, וצ״ב מה כונתו בקושייתו.) ועי׳ חידושי הריטב״א שהביא שיש שהקשו על פירוש רש״י דסוף סוף זכיה דקטן זה מדרבנן הוא והיכי מפקע מידי זכיית עניים דעלמא שהיא מן התורה, ופירשו דמאי דעשו שאינו זוכה כזוכה ר״ל דעשו את העניים דעלמא שלא זכו בפאה זו כאלו כבר זכו בה והפקירוה לבניו של פועל (וכן פירשו בתוס׳ הרא״ש ובתוס׳ ר״פ, ע״ש). ודבריהם לכאורה צ״ב, דסו״ס אף מה שזכו העניים אינו אלא מדרבנן, והאיך הפקיעו על ידי זה זכיית העניים שהיא מן התורה. וביאור דבריהם לכאורה, דודאי מטעם דהפקר ב״ד הפקר הוא, אלא דלא מהני הך טעמא למיהוי דאורייתא אלא לענין זכיית העניים ולא לענין זכיית הקטן, דלא מהני הפקר ב״ד הפקר אלא להיות כמין הקנאה, ולעניים דשפיר בני זכייה הם שפיר איכא למימר דעל ידי הפקר ב״ד הקנו להם ושפיר אית להו זכייה, משא״כ קטן דאינו זוכה לעצמו כלל, בזה לא מהני הפקר ב״ד הפקר. והנה הריטב״א תירץ קושייתם לדעת רש״י דאף לענין קטן מדין הפקר ב״ד הפקר הוא, והיינו, דאף דדעת רש״י מבוארת בסוכה מ״ו ע״ב דאפי׳ בדעת אחרת מקנה לית לי׳ לקטן זכייה, מ״מ שפיר שייך הפקר ב״ד, דאין הפקר ב״ד הפקר כהקנאה בעלמא אלא מהני הפקר ב״ד הפקר אפי׳ לומר שיחשב של מי שאינו בר זכייה כלל. (ובדעת הריטב״א עצמו היה אפשר לומר דכיון דס״ל דבדעת אחרת מקנה שפיר אית לי׳ לקטן זכיה מן

התורה, כאשר כתב להדיא בהמשך דבריו, שוב שפיר מהני הקנאה דהפקר ב"ד הפקר, אלא דבדעת רש"י ליכא למימר הכי, אשר על כן נראה כנ"ל.)

רפג) תוד"ה רבי יוחנן אמר לא גדול גדול ממש- ולר"י דאמר לא גדול גדול ממש ה"ה דגבי עירוב נמי דקטן ואינו סמוך על שלחן אביו זוכה כאמה העבריה וגדול הסמוך על שלחן אביו אינו זוכה וכו'- עי' חידושי הרמב"ן (ועו"ר) דפליג אדברי התוס' וס"ל דדווקא לענין מציאה דאיכא משום איבה הוא דגדול הסמוך על שלחן אביו הרי הוא של אביו, אבל אי יהיב לי' איניש מתנה או לענין עירוב ודאי דזוכה הגדול. אמנם בקטן אי סמוך על שלחן אביו ודאי דלא מהני דאין זכיה לקטן דלא תקון לי' זכיה במקום אב אלא לצורך אביו, ורק לענין שתופי מבואות הוא דמהני, ע"ש בדבריו. וכן מבואר מדברי רש"י דלא כדעת התוס', דבגיטין ס"ה ע"א בהא דמערימין על מעשר שני כתב להדיא דמיירי בסמוך על שלחן אביו, ובזה הוא דאמרינן דבקטן לא מהני ובגדול מהני, הרי דהתם אף בסמוך על שלחן אביו מהני בגדול, ודלא כדברי התוס'. וביאור דברי הרמב"ן, דבסמוך על שלחן אביו חלוק הוא דין גדול מדין קטן, דבגדול שזוכה מן התורה דווקא היכא דאיכא משום איבה הוא דאמרינן דהוא של אביו, אבל בקטן כיון דאין זכייתו בעלמא אלא דרבנן, כד אמרו דבסמוך על שלחן אביו זוכה אביו, פירושא דמילתא הוא דבכה"ג ליתא לתקנת זכייתו לעצמו וכל דין זכייתו אינו אלא לאביו, אבל היכא דאינו סמוך על שלחן אביו שפיר זוכה הקטן מדרבנן, כמבואר להדיא בדברי הרמב"ן.

ודעת התוס' דאף בגדול הסמוך על שלחן אביו זוכה אביו, ואף אם יתן לו אחר מתנה זוכה אביו, עי' חידושי הר"ן שהביא דיעה כזו.

והנה יעויין דברי הרמב"ם שכתב בפי"ז מהל' גזו"א הי"ג, וז"ל: מציאת בנו ובתו הסמוכים על שלחנו אע"פ שהם גדולים ומציאת בתו נערה וכו' הרי אלו שלו, עכ"ל, והוא כדברי ר' יוחנן דאין גדול גדול ממש וכו'. אך בפ"א מהל' עירובין כתב הרמב"ם בה"כ, וז"ל באי"ד: ויש לו לזכות על ידי בנו ובתו הגדולים ועל ידי עבדו העברי ועל ידי אשתו אבל לא על ידי בנו ובתו הקטנים וכו', מפני שידן כידו וכו', עכ"ל. והוא כדברי הרמב"ן דחלוק דין מציאה מדין עירוב ובעירוב מהני בגדול אפי' בסמוך על שלחן אביו, עי' ב"י סי' שס"ו סק"י. אכן מבואר מסתימת דבריו דקטן דלא מהני היינו אפי' כשאינו סמוך על שלחן אביו, וזה צ"ב לכאורה, דלר' יוחנן הרי באינו סמוך על שלחן אביו אף הקטן אית לי' זכייה. וכן יש לעיין בלשונו שכתב בטעמא דהך מילתא דהוא משום דידו כיד אביו, דא"כ אף במציאה נימא דאינו זוכה גם כשאינו סמוך על שלחן אביו משום דידו כיד אביו. איברא דהך דידו כיד אביו הוא לישנא דמתני' דמערימין על מעשר שני, מ"מ לדעת התוס' אתי שפיר, דלדידהו מיירי לר' יוחנן דווקא בסמוך על שלחן אביו, וכן לשיטת הרמב"ן הדין הוא כן בקטן, וכנ"ל, אבל לדברי הרמב"ם שסתם וכתב דמיירי אפי' באינו סמוך על שלחן אביו צ"ב כנ"ל.

ואפשר די"ל דמה שכתב דידו כיד אביו דין מסויים הוא גבי עירוב דבעינן שיצא העירוב דווקא לאדם אחר, וכיון דאם סמוך על שלחן אביו לית לי' לקטן יד כלל, ודלא כגדול, וכנ"ל, גם באינו סמוך על שלחן אביו כיון דעכ"פ מריצה לאביו לא חשוב כיצא ליד אחר.[40] ועי' לשון המאירי בעירובין דף מ"ט שכתב דהוי "כמי שלא יצא השתוף מתחת ידו לזכות בו אדם אחר", ואפשר דביאורו כנ"ל, ועדיין צ"ע בזה.

והנה נחלקו הראשונים במאי דאמרינן דגדול מציאתו לאביו היכא דסמוך על שלחן אביו, אי גם במתנה זוכה האב, דכתב הרמב"ן דודאי מתנה דקא יהיב לי' לא קנה אביו ולא שייך בזה איבה, ובחידושי הר"ן הביא באמת דיעה כזו והקשה דלא שייך בזה איבה. וכל זה בגדול, אבל בקטן כתבו דאינו זוכה משום דמאחר דמריצה אצל אביו תקנו דלית לי' זכיה לעצמו כלל, וכמו שהבאנו לעיל. ובבת נערה כבת בקצוה"ח סי' ע"ר סק"א דהאב זוכה במתנתה, אך בסי' קע"ו סק"ו הביא בשם תשובות הרשב"א ח"ג סי' קמ"ג דאין אביה זוכה במתנתה, ע"ש.

ולכאורה כל נידון זה גבי מתנה אינו אלא לדעת הני ראשונים דס"ל דלא נאמר הך דינא דגדול הסומך על שלחן אביו אלא לענין מציאה ולא לענין עירוב וכדומה, דלדידהו הרי אין הטעם אלא משום איבה, אשר משום הכי ס"ל דלא שייך גבי עירוב, ולפ"ז שפיר טענו דשפיר זוכה הבן במתנה כיון דלא שייך בזה איבה. אכן לדעת התוס' דמאי דגדול הסמוך על שלחן אביו קטן הוא נאמר אף לענין עירוב וכדומה הגם דמסברא לא שייך בהו משום איבה, וכמו שכתבו הראשונים, לדידהו היינו טעמא לכאורה משום דס"ל דאף דיתכן דטעמא משום איבה, מ"מ גדרא דהך תקנה הוא דלית לי' לגדול הסמוך על שלחן אביו זכיה, ומשו"ה לא מהני לענין עירוב, אשרלפ"ז פשוט דמאחר דלית לי' זכיה אלא אביו אף במתנה זוכה אביו. וכן מבואר להדיא מלשון התוס' בסוגיין שכתבו דהנידון הוא לגבי "כל זכויתיו".

רפד) הכא בעבד נוקב מרגליות עסקינן- עי' קובץ הערות סי' ל"ח אות ו', דלכאורה צ"ב דמתני' נקיט סתמא דמציאת עבד לרבו, והאיך מוקמינן להך דינא שנשנית סתם דמיירי במקרה מיוחד דעבד נוקט מרגליות, דהו"ל למתני תרתי, דאי נוקב מרגליות מציאתו לעצמו ואי אינו נוקב מרגליות מציאתו לרבו. וביאר דבאמת מתני' אתי לאשמעינן דין עבד, ומצד דין עבד שבו כיון שאין גופו קנוי כעבד כנעני מציאתו לעצמו, אלא דהקשו בגמ' דלבד דין עבד הרי יש לו נמי דין פועל, דיש בכלל מאתיים מנה, ומדין פועל תהא מציאתו לרבו, אשר בזה תירצו דמשכחת שלא יהא בו אלא דין עבד ולא דין פועל בעבד נוקב מרגליות.

רפה) רש"י ד"ה שאין רבו רוצה לשנותו- הלכך לא ניחא לי' שיגביה לו מציאה דמציאה מעולה בדמיה משכר ביטול מלאכתו לא שכיחא הלכך אי אתרמי ואשכח שלו הוא וישלם לרבו שכר ביטולו- מבואר מדבריו דודאי דהוי עבד ומשועבד אף לענין דברים אחרים, אלא דבדין פועל דידי' איכא אומדנא שלמעשה אינו רוצה שיגביה מציאה. אכן יעויין בפי' הר"ח שכתב, וז"ל: ומשני ר' יוחנן בקונה עבד נוקב מרגליות דאין רבו רוצה לשנותו למלאכה אחרת דלאו עשה עמי מלאכה הוא אלא במלאכה זו בלבד הלכך לא נתשעבד לאדונו אלא באותה מלאכה בלבד, עכ"ל. ומבואר מדבריו דעיקר השעבוד של העבדות אינו אלא על נקיבת מרגליות, והלענין הגבהת מציאה אינו משועבד לו כלל, ולפי זה יהא אסור אח"כ להאדון לומר לו להגביה מציאה, משא"כ לדעת רש"י.

רפו) תוד"ה במגביה מציאה עם מלאכתו- אמה העבריה מציאתה לאביה ושכר בטלה לרבה- יש לעיין אמאי חייב בשכר בטלה, דמטעם מזיק ליכא לחייב דהא אינו אלא גרמא. ובספר המקנה שם בקידושין כתב דהוא משום השלמה, אכן לישנא דאין לרבה אלא שכר בטלה לא משמע הכי, דמשמע דמצד שכר הבטלה הוא ולא משום השלמת עצם העבדות, וכבר העיר כן בקוב"ש שם אות קי"ג, ע"ש. ואפשר דחיובו משום חיוב נהנה או משתרשי דהאב, אמנם זה לא יתכן אלא אם זכיית האב במציאה זכיה ישירה היא, דאי זוכה הבת והאב מינה קזכי לא שייך לחייבו משום משתרשי או נהנה, ועדיין צ"ע בזה.

רפז) תוד"ה ששכרו ללקט מציאות- וה"פ דברייתא בד"א בזמן שאמר לי' עשה עמי באותו ענין שהוא כמו נכש עמי וכו'- עי' תוס' הרא"ש שביאר דחידושא בזה דמציאתו לרבו, דאפי' מצא מציאה אחרת שלא שכרו ללקטו (כגון דלא מן הדגים) הוי לרבו. וע"ש שהוקשה לתוס' הרא"ש לפירוש זה

---

[40] עו"ל שכתב בחילת השחר סברא כעין זו, ע"ש שמילד לחף לנימא לחין האב זוכה במתנה שנותנים לבנו, מ"מ מאחר לעכ"פ זוכה במציאתו אינו מערבין על ידו, לכא הקיב שיצא מרשותו.

לישנא דהש"ס, דדוחק לפרש כמו שפירשו התוס' כיון דאפי' שכרו סתם אם אך לא שכרו ללקט מציאות מציאתו לעצמו. והביא הרא"ש (וכן הביא הרא"ש בהלכה ובטור חו"מ סי' ע"ר) דעת הרמ"ה שפירש באופן אחר, (וכבר ציין בהגהות הגר"א דברי הרמ"ה), דלא מיירי ששכרו ללקט מציאות אלא שאחר ששכרו הוליכו ללקט מציאות, דאם אמר לו נכש עמי וכו' ושוב הוליכו ללקט מציאות הוי כאילו אמר לו הפועל חוזרני בי ומציאתו לעצמו, אבל אם שכרו סתם והוליכו ללקט מציאות אם אינו אומר בפירוש חוזרני בי הוי כאילו מסכים ללקט מציאות עבור בעה"ב. (ופשיטא דבנכש עמי לא בעינן חזרה, אלא ר"ל דאינו כמסכים ללקט מציאות לבעה"ב.)

רפח) תוד"ה מאי בעיא גבי'- דהיא נמי אינה יכולה למכור את עצמה אחרי כן כדאיתא בספרי- עי' רמב"ן שמות כ"א, ד', שכתב, וז"ל בסו"ד: אבל בישראלית אפי' היתה עבריה גדולה שמכרה עצמה בניה של אב הן, עכ"ל. ומבואר מפשטות לשונו דיכולה עבריה גדולה למכור את עצמה, והוא כנגד הספרי שהביאו התוס', וכן מעצם סוגיין שהקשו מאי בעיא גבי', אשר זהו הכרח דהתוס', וכדהוכיח בחידושי הרשב"א, וכבר עמד על דבריו במל"מ פ"א מהל' עבדים ה"ב, ע"ש. וברמב"ן הוצאת שעוועל הגירסא: אבל בישראלית אפי' היתה גדולה ואפי' נאמר שתהא האשה רשאה למכור עצמה בניה של אב הן, ולפ"ז אין מוכח מדבריו דס"ל הכי, אלא דכל זה בכלל ההו"א שהיינו אומרים אילו הוה מיירי בקרא בישראלית, ולמעשה מיירי בכנענית ואין עבריה גדולה יכולה למכור עצמה, ע"ש בהגהות.

רפט) אי דאיתי' לאב דאבוה הויא- ואף דאינה סמוכה על שלחנו, ע' חידושי הריטב"א החדשים שהוכיח מזה דטעמא דמשום איבה הוא משום איבה דנישואין, ולא משום איבה דמזונות כדפי' רש"י בכתובות. ובחידושי הרשב"א לעיל בע"א הוכיח מזה דטעמא משום בנעוריה בית אביה, אלא שהקשה ע"ז מסוגי' הנ"ל דקידושין, והיינו לכאורה משום שפירש דמשום איבה היינו משום מזונות כדפי' רש"י. וביאור דברי רש"י לפי הנ"ל, דודאי עצם איבה דמזונות לא שייכא אלא בסמוכה על שלחנו, אלא דאמרינן דכיון דע"פ רוב סמוכה היא על שלחנו סברא משו"ה כלול מציאתה בשבח נעורים, ושוב כיון דבכלל שבח נעורים הוא הוי של האב אפי' היכא דאינה סמוכה על שלחנו. ועי' מל"מ פ"ג מהל' עבדים הט"ו מש"כ בביאור דברי רש"י.

רצ) לאפוקי דרבה- ובפי' רש"י- ועי' פירוש הר"ח דיש אומרים לאפוקי דרבא דאמר דעבד עברי גופו קנוי , הבאנו דבריו לעיל.

ומפירושו של רש"י דנקט שלה משום דאביה מינה קזכי, מבואר לכאורה דאף דנימא דמאי דמציאת הבן לאביו הוא כטעמא דשמואל דמריצה אצל אביו, מ"מ אין זה אלא לבן וליתא לדין זה גבי בת כלל, דאילו הוה נמי לגבי בת, נהי דאית לה נמי לטעמא דשבח נעורים, מ"מ כיון דהיא בכלל התקנה איכא זכייה ישירה של האב ולא הוה אמרינן שהוא שלה, וז"פ.