

פיתוחי חותם

מ"מ ודהערות

במסכת בבא מציעא

פרקים ראשון ושלישי

ישראל לנדא  
רח' קלונימוס 24  
רמת שלמה  
ירושלים

דף ב ע"א

מתני' או שיש להם עדים וכו' דנו אחרונים בפשט המשנה האם הכוונה שיש כת עדים אחת האומרת שהרימו יחדיו [דומיא דשניהם מודים] או שהכוונה שיש לשניהם שני כתי עדים המכחישות זו את זו, עין בשער משפט [סי' קלד] שנקט בפשיטות דמיירי בכת אחת, אך עיין בביה"ל [ח"ג סי' לה אות ג] שנסתפק בזה, ועיין ברש"ש שנקט דכוונת המשנה לתו"ת, ואולם הרמב"ן לקמן [בדף ח ע"א ד"ה אלא מסיפא] כתב בתו"ד והכי קתני ובזמן ששניהם מודים ששניהם כאחד הגביהו או שיש להם עדים בכך חולקים בלא שבועה עכ"ל וכ"ה במאירי שם [ד"ה אמר המאירי היו שנים רוכבים וכו'] הרי מפורש כהשע"מ.

ולחצר דמיירי בכת אחת הקשו האחרונים שהרי הבע"ד פוסלים העדים שכ"א מהם האומר שהוא לבדו הרימה פוסל את העדים האומרים שחברו הרים ביחד עמו, [עיי"ש שהביא מחלוקת אחרונים בדין זה] ותירץ השער משפט דדין בע"ד הפוסל עדים לא נאמר אלא כאשר הוא מודה בחיובו אבל אם תובע יותר ממה שאומרים העדים לא נפסלו להעיד לטובתו, והביה"ל כתב באופ"א דאף אם נפסלו העדים להעיד לטובתו אבל סו"ס שבועה זו תקנוה כדי שלא יהיה כ"א הולך ותוקף בטליתו של חברו ואם כן בי"ד המקבלים העדים לדידם אין כאן כל מקום לשבועה. ועיי"ש עוד בזה.

ויעויין ברע"א שהקשה להסוברים דעד המסייע פוטר מהשבועה מדוע קתני במתני' דיש להם עדים הרי אפילו אם יש להם עד אחד פטורים הם מן השבועה, והביא הרע"א שכעיי"ז הקשה הרא"ש בסוגיין על מתני' רפ"ז דשבועות ותי' דעדים לאו דוקא וה"ה ע"א, ולפי זה י"ל הכא אבל ק"ק מדוע לא הקשה ותירץ כן הרא"ש על מתני'. ויעויין בביה"ל שכתב דלהפי' דמיירי בכת אחת נוחא, דבעד אחד ליכא להסברא שכתב לעיל דהבי"ד יודעים האמת ואי משום דהוא עד המסייע הרי כל אחד מהבע"ד פוסלו. והשער משפט כתב דכיון שאין העד מסייע לטענתו אלא לחציה לא חשיב עד המסייע. ובחי' רמ"ש [לקמן בדף ג] כתב להיפך דמתני' מיירי בתרי ותרי וע"א לא יועיל לפטרו משום דהוי ע"א בהכחשה וכמאן דליתא.

רש"י ד"ה שנים אוהזין וכו' צ"ע מאי קמ"ל דפשיטא שאין אדם יכול לטעון בלא אחיזה או ראייה, ועיין בגמ' לקמן בדף ו ע"א דמייתי התם מתוספתא דאם היתה ביד אחד מהם המע"ה, ומקשינן בגמ' פשיטא ומשני חדא באופן דתופס האחד בסירכא ואלבא דסומכוס עיי"ש, ועוד באופן שהיתה ביד שניהם מעיקרא ועתה ביד אחד מהם. ועיין בפנ"י שעמד בדברי רש"י דפשיטא הוא, ופירש כוונתו דאפילו היו אוהזין מקודם ועכשיו אוהז אחד לבדו [וכתי' הגמ' להלן]. אבל אחר כ"ז מאוד צ"ב למה הוצרך רש"י לבאר כל זה במתני' ומה נוגע זה לפשט המשנה?<sup>2</sup>

[עיין בספר תורת האהל מהמהריל"ד בחי' לב"מ שדן היאך הדין באופן ששלשה אוהזים בטלית: אחד אומר כולה שלי ושנים אומרים כ"א מהם חציה שלי, והסיק שיקבל הטוען כולה שלי מחצה ושליש רביע והטוענים חצי יקבל כ"א חצי רבע ושליש רבע ודוק היטב]

<sup>1</sup> ובגמ' לקמן פריך אמתני' דשניהם מודים פשיטא, ומשני דקמ"ל דהמגביה מציא לחברו קנה חברו, ויל"ע דבבא דאם יש להם עדים אכתי פשיטא ולהצד דמיירי בתו"ת נוחא דקמ"ל דכה"ג לא נשבעים או משום דהעדים המסייעים לכ"א פוטרים אותו מהשבועה או משום דכה"ג ליכא חשש דיהא כ"א הולך ותוקף, ועיין בפיה"מ להרמב"ם שכתב דאם היו מודים או שיש להם עדים ואפילו לאחר פסק דין פטורים מהשבועה, ומשמע דחידושא דיש להם עדים הוא משום שבאו העדים אחר פס"ד, ואי מיירי בכת אחת עדיין צ"ע דג"ז פשיטא, וכבר תמה התו"ט על הרמב"ם בזה.

<sup>2</sup> ועמד בזה הנחל"ד להלן בסוגיא, והעולה מדבריו בביאור ד' רש"י דרש"י לשיטתו בדף ח ע"א [ד"ה ממשנה יתירה] דחלוקת מתני' מדין ממון המוטל בספק היא, ולא האוהזין הוי סיבה לחלוקה. ואם כן יש לומר היטב דהוקשה לו דאם כן למה תני אוהזין הל"ל מתעצמין [ואף בלא אוהזין חולקים לרש"י בליכא ודאי רמאי] וביאר דאוהזין בא לאפוקי מאופן דאחד אוהז, דאז גם בגוונא דאיכא ספק [כגון שהיו תפוסים בה קודם וכהפנ"י] לא יחלקו אלא המע"ה.

תורה ויחלוקו וכו' דאנן סהדי וכו' ראה בגמ' להלן בדף ג סוע"א דאיתא התם דמתני' דמיא להעדאת עדים דאנן סהדי שיש לכ"א חציה וכו', וזה מקור דברי התוס' דאיכא אנ"ס. אמנם צ"ב מאיזה טעם איכא אנן סהדי לכ"א, ובפשטות כוונת התוס' דמדין חזקה מה שתחת יד אדם שלו איכא אנ"ס לכ"א וכן ביאר דבריהם בקוב"ש.<sup>3</sup>

**ועיין בחידושי הגרש"ש בסי' ד** שהקשה ע"ד התוס' דאם כן אף בזה אומר כולה שלי וז"א חצי יהיה כן, ועוד הקשה ממ"ש התוס' להלן להקשות דבז"א חציה שלי נימא א"ס מוציא מידי ודאי ואמאי הוי ספק אי איכא אנ"ס, **וביאר הגרש"ש** דהאנן סהדי הוא כפי ערך הספק אף דליכא על זה הוכחה מהתפיסה עיי"ש, והדברים צ"ב. ולכאורה צ"ל דמה דהוי הוי בחזקת שניהם הוא מכח ששניהם מחזיקים בפועל את הכל ממילא חזינן לה בחזקת שניהם ששניהם שולטים בו ואם כן בז"א חציה שלי הרי בחצי האחד מודה ובחצי השני שניהם אווזים והוי אותו החצי בחזקת שניהם ודוק.

**ועיין ברא"ש** ששם לא הזכיר אנן סהדי אלא דכל דבר שבחזקת אדם הנוטלו מממנו הרי הוא כגולן, ועיין גם בתוס' ר"פ, ועיין בתוס' בב"ב דף לד ע"ב. וצ"ע במה שהוכיחו התוס' והרא"ש מהגמ' דנסכא, דהרי הדין דהמע"ה מפורש בכ"מ ומה הוצרכו להוכיח מנסכא, אך אפשר שכוונתם בזה להוכיח ממה שהחוטף חשוב גולן דהוי בגדר דין ודאי דחזקה מה שת"י שלו, וזה קרוב לדברי התוס' שכתבו אנ"ס.<sup>4</sup>

**שם בתוס' וכן במנה שלישי וכו' דברי התוס' צ"ב** דהרי הנפקד אווז עבד מי שנתן לו המנה שלישי רק דאינו יודע מיהו ולא עבד שניהם, **ועיין באבהא"ז** [בפ"ט מטוען בד"ה והנראה] שביאר דכיון דהפקידו אצלו בכרך אחד [כוונתו כעין כרך אחד כדאיתא בגמ' שם] ולא הקפידו כלל זע"ז חשיב ששניהם יחד הפקידו אצלו ותופס הכל בחזקת שניהם. **ועיין בתוס' ר"פ** שמשמע קצת מלשונו כהגרא"ז. **ועיין ברע"א לקמן דף כח ע"א** שהקשה דסימנים וסימנים אמאי יניח הרי החלוקה יכולה להיות אמת והמוצא אבידה מוחזק לתרוויהו כמש"כ התוס' גבי נפקד, ובאבהא"ז שם יישב קושיא זו לדרכו ועכ"פ חזינן דהרע"א לא הבין כן דברי התוס', וצ"ע היאך פירשם. **וגם מהראשונים לקמן בסוגיא בדף לו מוכח דלא כהגרא"ז**,<sup>5</sup> **וכן מוכח מדברי כמה מרבתינו**.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> ח"ב סי' ט. ועיין בש"ך בסי' עה סק"ח שנקט בפשיטות בביאור הגמ' שם דהאנ"ס הוא מכח הפסק בי"ד דחלוקה והפסק בי"ד הוי כעדים ולכאורה הוא שלא כדברי התוס', דלדבריו לא יתכן שהאנ"ס הוא סיבה לפסק חלוקה. ועיין בתשב"ץ ח"א בסי' עד שכתב להדיא דהאנ"ס הוא מכח חזקה מה שתחת יד אדם שלו דכ"א מהם הוא מוחזק בחציה.

<sup>4</sup> ובפשטותו הוא מדין בירור והוכחה דהיות החפץ ביד אדם מוכיחה שהוא שלו, אבל צ"ע בכ"ז דחזינן ברשב"א בכמה דוכתי שדימה דין חזקה דנסכא דר"א לדין המע"ה בכה"ת דיעויין ברשב"א בכתובות דף טז עב שדן שם אי מועיל תפיסה בספק חוב וכתב דדמיא לנסכא דר"א שהחטף חשיב גולן עיי"ש [וע"ע ברמב"ן שם] ועיין גם ברשב"א בב"ב בדף ד ע"א ד"ה אי נמי וכו' דשם מבואר דבכותל שלא ידעין מי בנאו ואח"כ נפל לרשותו של אחד השותפים אם יבוא האחר ויתפוס לא יועיל לו וזהו דין נסכא דר"א עיי"ש וצ"ע בזה.

ומזה נראה דחזקה משת"י אדם שלו אינה כלל דין בירור אלא דהדין הוא כעין חזקה מדעיקרא לדון חפץ הנמצא ביד אדם כאילו הוא שלו, ואמנם במקום שתופס אדם חפץ השייך לאחר בזה בעינן להוכחה ולכן לא מהני בגודרות ובדברים העשויים להשאיל ולהשכיר שבהם החפץ עדיין בחזקת בעליו הראשונים, ודוק.

<sup>5</sup> דיעויין ברמב"ן וברשב"א שם שהקשו שהנפקד הזה הוא מודה במקצת לכ"א מהם שהרי אומר לו הפקדתיך מאתיים והוא מודה לו במנה ומשיבו איני יודע במנה האחר ונימא מתושאי"ל ועיי"ש בראשונים מה שתירצו בזה, והנה לדרך הגרא"ז הרי לק"מ ששניהם כמפקיד אחד חשיבי ולשניהם הוא משיב את כל השלש מאות וחזינן מדבריהם שלא כדבריו.

ועיין בר"ן לקמן בדף ג ע"א שכתב 'דכיון שהנפקד אינו תופס ממון זה אלא מכח שניהם וכל מה ששניהם יסכימו בו יש לו לעשות (ממנו) הרי הוא כאילו תפסי בה תרומהו' עכ"ל, ויש לפרש כוונתו דכיון דהוא אוחד כעת מחמת הספק בשביל שניהם ואין לו רשות ליתנו לאחד מהם לבדו ולא לשום אדם אחר עי"ז הוי הממון בחזקת שניהם. ולפי זה מתפרש הענין דלא כהגרא"ז אלא בכל מקום שהתופס מחזיק עבור שניהם הוי שניהם מוחזקים.<sup>7</sup>

ובכ"ז נחא ענין המוחזקות במנה שלישי, אבל מהתוס' מבואר דעיקר תירוצם הוא מכח שיש אנ"ס לכ"א ואם כן אף במנה שלישי צ"ל דיש אנ"ס לכ"א על חציה,<sup>8</sup> וזה תמוה, דהיאך שייך כאן שתהיה להם חזקה משת"י שלו מסברא הרי לא היה המנה אלא ביד אחד מהם ואף ששניהם מוחזקים בה כמש"נ אבל חזקה ליכא הכא, [וראה מש"כ בהערה לעיל דאינו מדין בירור ולפי"ז א"ש]

ועוד קשה שהרי אין החלוקה יכולה להיות אמת והיאך אפשר שיש לנו אנ"ס לכ"א מהם על חציה כשידוע לנו בבירור שאינו כן. נויש שרצו לפרש דזה גופא תירוצ' התוס' דאינה יכולה להיות אמת ולכן אין אנ"ס ומוחזקות להם אבל לשון התוס' לא משמע כן כלל אלא דכלל הוא דלא עבדינן חלוקה כשאינה יכולה להיות אמת, וכן מפורש בראשונים בדף ג שם [וצ"ל שאין גדר האנ"ס שאנו דנים שהחפץ של שניהם אלא דנים על כל חצי בנפרד וכל חצי שהאחד אוחדו בו אנו רואים אותו כאילו בודאי הוא שלו, ודוק].

אי כל אחד הוי מוחזק בכל או בחצי התוס' כתבו דאית לכ"א אנ"ס בחציה והוא מהגמ' לקמן ג ע"א ומזה מבואר דכ"א מוחזק בחציה, ואמנם בתוס' להלן ד"ה וזה וכו' שכתבו דבחצי הטלית זה מוחזק כמו זה משמע קצת דכ"א מוחזק בכל, ושורש הנידון הוא בסוגיא להלן בע"ב לימא מתני' וכו' ואלא מאי רבנן וכו' דהקשתה הגמ' דמתני' היא דלא כרבנן דפליגי אסומכוס, [וסברי דבספק אמרינן המע"ה ולא יחלוקו] ונחלקו הראשונים שם בביאור הקושיא, דרש"י ביאר דהקושיא אמאי חולקין ומוציאין בזה ממון מכ"א מהם, והרשב"א שם ביאר להיפך דלרבנן פשיטא דחולקים והקושיא היא אמאי נשבעים כלל ומבואר מחלוקתם דלרש"י כ"א מוחזק בכל ומוחזקותם סותרת לפסק חלוקה וכן מבואר להדיא בדבריו שם בתי' הגמ'.

ולעומת זאת בסוגיין אף הרמב"ן והרשב"א כתבו דכיון דשניהם הפקידו אצלו חשיבי מוחזקים ועל כרחין כהבנת הב"י והרע"א דכל שהוא תופס עבור שניהם חשיבי שניהם מוחזקים אך צ"ע דלשון הרמב"ן הוא דכיון ששניהם הפקידו אצלו הרי הם מוחזקים וצ"ע וי"ל.

<sup>6</sup> הטור בסי' רכב פסק דבמקח וממכר ז"א כולה שלי וכו' ונמצא המקח ביד המוכר יחלוקו וביאר שם הב"י טעמו משום דהוי כאוחזין כיון שהמוכר תופס בשביל הקונה האמיתי והתם לא הוי בכרך אחד ומוכר דלא כהגרא"ז.

ובסי' קיב פסק השו"ע דבשני בע"ח שיש ספק ביניהם מי יש לו זכות גוביינא בקרקע של הלווה [עיי"ש הציור] יחלוקו, ועיי"ש בהגהות הגר"א שציין לדברי התוס' דידן גבי מנה שלישי, ומשמע מדבריו דחשיבי מוחזקין דומיא דמנה שלישי. וכן מוכח מהש"ך שם עיי"ש בקצות ונתיבות שנקטו דחשיבי מוחזקים, ומיהו התם תמוה מאוד שהרי הלווה אינו מחזיק הקרקע בשביל שניהם דאינו חייב לשמרה עבורם כלל ורשאי למכרה [אף באופן שע"י המכירה לא יוכלו לגבות ובכה"ג מיירי שם עיי"ש בש"ך] ואם כן מדוע חשיבי מוחזקים וצ"ע.

<sup>7</sup> ולשתי הדרכים יל"ע דמבואר בתוס' ובראשונים להלן [דף ח ע"ב תוד"ה או דלמא ובשאר"ר שם] שהתפיסה בשנים אוחזים צריכה להיות ראויה לקנין, ולכאורה במה שהנפקד אוחדו עבור שניהם עדיין אי"ז תפיסה הראויה לקנין, ולדרך הגרא"ז י"ל דבאמת רשות שומר קונה לבעלים לגמרי [עיי"ן בתוס' ב"ק דף עט ע"א ד"ה נתנו ודוק ואכ"מ] אך לדרך שלמדנו מדברי הר"ן קשה, וצ"ע.

<sup>8</sup> והדבר מוכרח, כי עיקר קושית התוס' הנסתרת בדבריהם היא על קושית הגמ' משנים לאוחזין למנה שלישי, והוקשה להם דלדבריהם דטעם החלוקה באוחזין הוא משום דאוחזין שאני א"כ מאי פריך ממנה שלישי, ולזה תירצו דבמנה שלישי נמי חשיבי כאוחזין, ואם כן בהכרח דבמנה שלישי איכא גם אנ"ס ככל דבריהם לעיל ופשוט

ולהרשב"א בקושית הגמ' ודאי לא נקטינן כן אלא דכ"א מוחזק בחציה וכ"כ להדיא הרשב"א בסוגיין ונסתייע מגמ' זו.

**ועיין בקובץ שיעורים בח"ב סי' ט** שהאריך טובא בנידון זה ותורף דבריו דלהתוס' דנקטו אנ"ס בהכרח דכ"א מוחזק בחציה ולהסוברים דכ"א מוחזק בכולה צ"ל דמש"כ הגמ' לקמן דאנ"ס לכ"א בחציה עפ"י דהש"ך דיעויין בש"ך בסי' עה סקי"ח שנקט דפשט הגמ' דאנ"ס הוא מכח הפסק בי"ד דחלוקה והיינו דהאנ"ס הוא תוצאה של הפסק ולהיפך מדברי התוס' דהאנ"ס הוא סיבת הפסק. **ועיין בר"ן לקמן דף ו ע"א** שביאר ספק הגמ' שם בדף ו אי חלוקה הוי פסק ודאי או ספק **ובקובץ שיעורים ח"ב סי' ט** ביאר דזה תלוי בנדון זה דאי כ"א מוחזק בכל הוי ספק ואם בחציה הוי ודאי וכן משמע ברשב"א הנ"ל בע"ב עיי"ש [אך אין משמע כן פשטות דברי הר"ן אלא ודאי איכא אנ"ס רק בחציה] ודוק.

ובאמת צ"ב טובא לפום פשטות דברי התוס' דידן דכ"א מוחזק בחצי ואית ליה אנ"ס וחזקת ממון אם כן אין כאן פסק יחלוקו אלא פסק המע"ה ואם כן שבועה זו למה? וגם היאך הקשו התוס' לקמן דא"ס מוציא מידי ודאי [ובאמת יעויין בחידושי הריטב"א הישנים להלן שתירץ כע"ז על קושית התוס' הנ"ל] ועוד קשה דבראשונים בהרבה מקומות מבואר דשבועת המשנה דידן שבועת נוטלין היא וכ"כ הגר"א בדברי התוס' [יבואר כ"ז בע"ב בע"ה] ואם כ"א מוחזק בחציה מאי נוטל איכא. ויש מבארים דכ"א אית ליה תפיסה בכולה אך החזקת ממון הוי בחציה ובזה ניחא הכל **ועיין ברמב"ן לקמן בדף ו ע"א** ולשונו שם 'הרי אמרו כיון דתפיס אנו סהדי דמאי דתפיס ידיה הוא וכל אחד ואחד מוחזק במחצה יותר מחברו'. והקוב"ש הוכיח מדבריו דכ"א מוחזק בחציה, אך לשונו משמע דודאי אית ליה תפיסה בכולה אלא דחשיב מוחזק 'יותר' מכח האנ"ס.

**בביאור עיקר תי' התוס' ומחלוקת התוס' והרא"ש** הנה בכ"ד התוס' יש להסתפק אם כוונתם דהפסק העדיף הוא כדא"ג רק דבתפיסה אי אפשר לעשות כדא"ג וממילא עבדינן יחלוקו או להיפך דבאוחזין הוא סיבה לפסוק דווקא יחלוקו, **ועיין היטב ברא"ש בסוגיין ובתוס' בב"ב בדף לד ע"ב**, ובעיקר הדברים סובר הרא"ש כהתוס' דידן דהחילוק בין הכא לארבא הוא משום דהכא מיירי באוחזים, ואולם בתוכן הסברא נראה שיש כאן שתי שיטות. **ועיין באבהא"ז פ"ט מטוען שהעמיד מחלוקת התוס' והרא"ש בנדון זה**, דבלשון התוס' דידן מבואר דהאנ"ס הוא סיבה לכ"א לקבל חציה והוי סיבה לפסק חלוקה, אכן בתוס' בב"ב וברא"ש מבואר מכל דבריהם דמחמת האוחזין אי אפשר למעבד כדא"ג ולהכי יחלוקו. וכתב דיש לדון נ"מ במקום שאין אוחזין ואי אפשר מאיזה סיבה לדון כדא"ג אי ניעביד יחלוקו? [ועיי"ש שהוכיח מהגמ' דהתם דאי תפסוה בי"ד לא מפקינן ומש"כ בדברי הרמב"ם בזה].

**והן אמנם** בתוס' דידן לא מפורש להדיא דלא כהרא"ש ורק דמסתימת דבריהם יש ללמוד לפרש כן, אך **יעויין ברשב"א** שהביא תירוצם של התוס' בשם ר"ח ושם הדברים מפורשים דהאנ"ס שיש לכ"א בחציה הוא הוא סיבת הדין חלוקה ולא כמש"כ הרא"ש שהוא טעם למנוע כדא"ג.

<sup>9</sup> ולמסקנת הגמ' בדף ה ע"ב דנשבעין שלא יהא כ"א הולך ותוקף ניחא דהתוס' סברי דשבועה זו שייכא גם במוחזקים [עיין בתוס' ז ע"א ד"ה מחוי ובהג' הגר"א שם] אבל לפום סוגיין בדף ב ע"ב השבועה מכח דין חלוקה ואם היה הפס' המע"ה לא שייך שבועה עיי"ש ודוק.

<sup>10</sup> ועיין בגמ' להלן בדף ז ע"א גבי טלית מוזהבת דאיתא התם דבטלית שיש בה זהב בצד אחד ס"ד שיקבלו מי שנמצא בצד שלו קמ"ל דאמר ליה מאי חזית דפלגת הכי וכו' וכן להלן שם גבי שטר ולדעת התוס' דהאוחזין הוא סיבת החלוקה ניחא היטב אך לדעת הרא"ש דהחלוקה אינה מחמת האחיזה אלא מחמת הספק צ"ע למה יקבל מה שקרוב אליו דהרי החלוקה חלוקה מחמת הספק היא ולא מחמת המוחזקות ולמה תהא לפי חזקתם ודוק

[עוד יש לדקדק בדברי התוס' והרא"ש, שהתוס' דידן וכ"ה בתוס' ר"פ נקטו הכא לשון אנ"ס והתוס' בב"ב והרא"ש כתבו דלכ"א מהם יש חזקה [ואי"ז נוגע למחלוקתם דלעיל שהתוס' ר"פ כתב ע"ד הרא"ש ומ"מ הזכיר אנ"ס] ומסתברא דהרא"ש לשיטתו דיעויין בתוס' רא"ש לקמן (בדף ד ע"א ד"ה והא הכא) שכתב דלמסקנת הסוגיא ליכא אנ"ס]

**ורגילים העולם לומר** ע"ד הגרא"ז דלהתוס' הוי חלוקת ודאי מחמת האנ"ס ולהרא"ש והתוס' בב"ב הוי חלוקת ספק, ואולם צד זה דהוי חלוקת ודאי קשה ממ"ש התוס' לקמן להקשות דנימא א"ס מוציא מידי ודאי, [ועיין שם בריטב"א (הישנים) שתי' על קושית התוס' ולכאורה זו כוונתו], וגם אם כן אי"ז פסק יחלוקו אלא פסק המע"ה וראה לעיל שכתבנו כמה ראיות שאינו כן, ובאמת צ"ב דאם הוי תרווייהו מוחזקים ואיכא אנ"ס לכ"א בחציה אמאי הוי ספק כלל, **ועיין בשיטמ"ק בע"ב בד"ה וזה לשון הריצב"ש** שכתב שם 'אבל בכאן דתפסי בה תרווייהו יש לומר שאף על פי שכל אחד מוחזק בחציה ומטעם זה חולקין מכל מקום כיון ששניהם תופסין בטלית אחד אף בחצי האחר כל אחד מונע חזקת חברו עד שצריך שבועה ומשום הכי פלגי בשבועה עכ"ל, ואמנם צד זה דהחלוקה הוי ודאי הוא דעת הרשב"א לקמן בדף ג ע"א אליבא דרבי יוחנן, ולהר"ן זה ספק הגמ' להלן בדף ועיי"ש בחי' הר"ן.

**יל"ע לשיטת התוס'** דאוחזין הוי סיבה לחלוקה אמאי במנה שלישי לא עבדינן כדא"ג הרי בלא"ה לא עבדינן חלוקה, והאוחזין לכשלעצמו אינו סיבה למנוע דין כדא"ג, ואי יהא מונח עדיף מכדא"ג גם בארבה נימא יהא מונח, ובקצרה הקושיא היא מאי שנא מנה שלישי מארבה [ולהרא"ש ניהא דאוחזין מבטל כדא"ג אף במנה שלישי אבל לתוס' דאוחזין גורם חלוקה הרי התם בלא"ה ליכא חלוקה ונימא כדא"ג] **ועיין בתוס' רא"ש** שנקט בפשיטות דדין יהא מונח הוא משום דאי תפסינן לא מפקינן, [מקורו בסוגיא בב"ב שם דפליגי אמוראי אי תפסי ביי"ד הארבה עד שיתבררו הטענות אי אח"ז מפקינן מיד ביי"ד לדין כדא"ג] ולפי זה ניהא, אך קשה ממ"ד התם מפקינן, ובפשיטות י"ל דדווקא התם מפקינן כמ"ש הרשב"ם שם משום דלכתחילה תפסוהו ע"מ כן, וכ"כ הנחל"ד.

**יל"ע לשיטת ההתוס' בב"ב והרא"ש** שכתב הרא"ש דמנה שלישי הוי שניהם מוחזקים ומשום דהוקשה לו קושית התוס' היאך מדמי הגמ' אוחזים למנה שלישי, וכ"ה להדיא בתוס' בב"ב, וצ"ב דהרי לשיטתם אוחזים הוא רק סיבה למנוע כדא"ג ומה קשה על הגמ' הרי במנה שלישי בלא"ה לא אמרינן כדא"ג ושפיר פריך הגמ' מ"ש. **ועיין בתוס' רא"ש** שביאר בקושיתו דדינא דיהא מונח הוא משום דדמיא לארבה דאי תפסינן לא מפקינן וכוונתו דדין יהא מונח ביסוד דינו הוא דין כדא"ג אלא דבאופן זה שהנפקד תפוס לא מפקינן ולזה הקשה דבאוחזין א"א למעבד כדא"ג. **ועדיין צ"ב** דהרי הטעם דלא עבדינן כדא"ג באוחזין הוא משום דאין לנו להניח שיגזול וכו', וביהא מונח לכאורה לא שייך זה. וצ"ל דאוחזין הוא סברא שלא להוציא מידם בלא דין, וכמו דלא מפקינן לכדא"ג גם לא מפקינן ליהא מונח דגם בזה יש הפקעה מן הבעלים<sup>11</sup>.

**בדברי הרא"ש בדין כדא"ג** צ"ב כוונת הרא"ש דכיון דאין לנו להניח שיגזול וכו', ולכאורה גם בחלוקה אנו מניחים לאחד לגזול השני במחצה, ואף עושים כן בידיים. וי"ל בתרי אנפי: א) דבטלית כ"א מוחזק רק

<sup>11</sup> ויש להוכיח כן מגוף דברי התוס' בב"ב והרא"ש דאל"כ אמאי באופן דתפסו ביי"ד הארבה לא מפקינן נימא יחלוקו וע"כ דגם בזה שייך סברת התוס' דאוחזין שאני ובוזה עדיין לא הונח דברי הרא"ש דהרי הטעם דכדא"ג עדיף הוא משום דעי"ז יתברר הענין כמש"כ הרא"ש וקשה דהרי במה דלא מפקינן לא יתברר הענין [לטעם הראשון שכתב הרא"ש דמי שהאמת אתו מוסר נפשו וכו'] ואם כן למה לא יהא יחלוקו עדיף מינה וצ"ל דודאי גרוע יחלוקו מפסק דלא מפקינן ויהא מונח וכמש"כ הרא"ש שאין ראוי לפסוק דין חלוקה שמא נפסיד לאחד שלא כדין ורק בכדא"ג דשמא אנו מפסידים לאחד מהם הכל הוצרך להוסיף לטעם זה אבל יהא מונח ודאי עדיף מחלוקה לדברי הרא"ש ודוק היטב בכ"ז

בחציה ולהכי בחציה השני אפשר ליתן לחברו. ב) דבפסק בי"ד לא חיישינן לה, ודווקא דכדא"ג דהוא סילוק ליכא למעבד. ובתשובת הרא"ש מוכח כהאופן השני ראה בהערה<sup>12</sup>.

**בדברי הרא"ש בדין מנה שלישי ראה ברא"ש בסו"ד** שכתב דבמנה שלישי אע"ג דתרווייהו מוחזקין אין חולקים דידוע לנפקד קודם שנודע מחלוקתם שהוא של אחד מהם. והדברים צ"ב מה טעם הוא זה הרי סו"ס יכול להיות אמת, ואי סבר הרא"ש כהתוס' דאין דרך שיקנה לו החצי אם כן מדוע הוצרך לסברא זו שנודע לנפקד, **ועיין בקצה"ח** [בסי' קלח סק"א] שכתב בשם התומים שסברת הרא"ש אינה כהתוס' משום דאין דרך שיקנה לו אלא טעם אחר היא ולא נתפרש שם טעמים של דברים, **ועיין בחי' הגר"ח החדשים** שביאר כוונת הרא"ש דכיון דידוע לנפקד לא פטר נפשיה בהשבה ליחלוקו ולהכי אין חולקים<sup>13</sup>. וצ"ע בלשון הרא"ש שלא משמע כן כ"כ.

**ועיין שם בקצה"ח בסו"ד קלח סק"א שהביא בשם התומים** שהקשה קושיא עצומה בדברי הטור שהביא כאן לדינא דברי הרא"ש דבכל מקום חולקים לבר מנפקד שידוע לו קודם שנודע מחלוקתם וכו', ואילו בסו"ד רכב פסק הטור ושו"ע דבמקח וממכר והמקח ביד המוכר ואינו יודע ממי קיבל מדעתו וממי בעל כרחו יחלוק, ותמוה שהרי אין החלוקה יכולה להיות אמת כי ידוע למוכר שאינו של שניהם והוי ממש דומיא דנפקד נוגם המוכר נאמן כלפי בי"ד בהגדתו יעויו"ש בסוגיא] דלפי הרא"ש הוי בגדר אין החלוקה יכולה להיות אמת. והוסיף הקצות דגם להתוס' קשה דהרי אין דרך שיקנה לו החצי עיי"ש<sup>14</sup>, **ותירצו הקצות וכן הנתיחה"מ** דהיכא דליכא רמאי חולקים אף באין החלוקה יכולה להיות אמת ורק היכא דגם החלוקה אינה אמת וגם איכא רמאי אז להתוס' והרא"ש אין חולקים. **ועיי"ש בקצות שלמד כן מדברי הש"ך** [בסי' ש סק"ה]

<sup>12</sup> וזה לשון הרא"ש בתשובה כלל עז סי' א על הדין שנפסק כדא"ג, וגברה יד האחד ותפס, שכנגדו יכול להשביעו שבדין תפס. והא דפסקין כל דאלים גבר לאו דינא הוא דמצי למימר בית דין פסקו לי כל דאלים גבר וגברה ידי וזכיתי מכח בית דין ואין לי לישבע, אלא מחמת שאין ב"ד יכולין לברר של מי הוא ואין שום אחד מהם מוחזק אמרו חז"ל כל דאלים גבר, וסמכו חכמים על זה כי אותו שהממון שלו ישים נפשו בכפו להלחם וכו'. וכיון דלאו דינא הוא מצי אידך למימר אישתבע לי דבדין תפשת, וראיה וכו'. ועוד ראיה מפירוש ר"ח שפי' בפ"ק דב"מ דהאי דלא אמרינן גבי טלית כל דאלים גבר כדאמרינן גבי ארבא דשאני טלית דשנים אוחזין וכל דבר שאדם מוחזק בו יש לנו לחשוב כאלו הוא שלו ואין לנו להוציא מידו אלא בראיה ברורה ויש לנו למחות לכל הבא לגזול ממנו מה שהוא מוחזק כדאמרינן גבי נסכא וכו'. אבל ארבא דמנחתא על ארעא וכן זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי וכו' אין לנו למחות לכל הבא ליקח בחזקה וכיון דחשיב ליה כאלו לקח בחזקה בעי אישתבעי אי טעין אידך אשתבע לי. עכ"ל.

ומבואר שהוכיח ממה שכתב הר"ח דאין להניח שיגזול שהוא סילוק כי אם היה פסק בי"ד לא היה חשוב גזילה ולפי זה פשוט דבפסק יחלוקו לא חשיב גזילה ודוק. אך לפי זה קשיא טפי מה שהקשינו לעיל דביהא מונח אין כאן גזילה ומדוע האוחזין סיבה למנוע יהא מונח וצ"ע ודוק.

והעולם מקשים מדברי הרא"ש דידן דמשמע דכדא"ג סילוק למש"כ הרא"ש בב"ב שאם תפס האחד אין השני יכול להוציא מידו כי מסתמא בעל הממון מסר נפשו עליו וכו' ואי סילוק הוא למא לא יוכל לתפוס, ומיהו בדברי הרא"ש הנ"ל בתשובה מפורש דסילוק הוא וסמכו חכמים על טעם זה, ומ"מ צ"ע דאם אין כאן פסק מה מונע מהשני לחזור ולתפוס.

<sup>13</sup> וביאר מחלוקת הרא"ש והתוס' דהתוס' סברי דבמה שמשיב לחלוקה על פי פסק בי"ד מקיים חיוב השבה ידידיה אבל להרא"ש אף בהשבה לפי פס"ד אינו מקיים חיוב השבה עד ששייב למי שהפקיד אצלו. ותירץ שם הגר"ח את קושית הרע"א מסימנים וסימנים יניח שהקשה אמאי יניח ולא נעשה חלוקה, ותירץ הגר"ח דכה"ג אף להתוס' אינו מקיים חיוב השבה עד ששייב לבעלים האמיתי.

<sup>14</sup> אך בתומים משמע דלהתוס' לא קשיא כלל דבמו"מ דרך שיקנה לו ול"ד לפקדון, ולהרא"ש קשיא משום דלהרא"ש לא תליא כלל בחלוקה יכולה להיות אמת אלא בדיעת הנפקד לחוד. ועיין להלן הערה<sup>16</sup>.



**ועיין בנחל"ד** שהשיג על זה דמלשון הרא"ש לא משמע כן, וכן יש להעיר גם מפשטות דברי התוס' בב"ב<sup>15</sup> גם בסברא צ"ב טובא דאם בעלמא חולקים בודאי רמאי אלמא לא איכפת לן ברמאות אלא רק שתהא החלוקה יכולה להיות אמת ואם כן מה עדיף בדליכא ודאי רמאי דמהני אף כשאינה יכולה להיות אמת, וצ"ע<sup>16</sup> נויש ליישב קושית האחרונים דהתם א"א כלל לפסוק יהא מונח דהמוכר יש לו בידו מאתיים וזו משני הלוקחים ומאה מוכרחים להשאיר בידו דמי המקח שהם בודאי שלו, והחפץ נניחו ביד ב"ד, והמאה השניים ג"כ נניחם, א"כ נמצא שאנו קונסים אותו טפי ממה שרצה לגזול, שהרי הרמאי נתכוין שיקבל הוא החפץ והאחר כל הדמים ולא יפסיד האחר רק מה שיהיה לו דמים ולא חפץ אבל לא יפסיד ממון ממש ועל דו"ד זה מי יש לו המעות ומי החפץ על זה היה צריך להיות יהא מונח אלא דזה א"א, ולעשות יהא מונח כנ"ל ולהפסיד לכ"א ממונו זה לא עבדינן רק לרבי יוסי ולא לרבנן ואם כן אין עצה אלא לחלוק וי"ל דבאופן דא"א להניח חולקים גם כשאינה יכולה להיות אמת]

**ואולם בעיקר הבנת דברי הרא"ש עיין היטב בלשון הטור בס' קלח שכתב והמנה השלישית שחלוקין עליו יהא מונח עד שיבא אליהו כיון שידוע לנפקד שהוא ודאי של אחד מהם אפילו קודם שבאו לפני ב"ד לחלוק עליו לפיכך יהא מונח עד שיבא אליהו עכ"ל**, ותיבת 'אפילו' אין לה שום מובן לפי פי' הגר"ח. וראה בהערה<sup>17</sup>.

**בשיטת הריב"א ראה בתוס' בב"ב** שהביאו שיטת הריב"א דאין תלוי בדין אוחזין אלא דבארבא אין חולקים משום דאיכא ודאי רמאי ובתחילה הקשו התוס' ב' קושיות ממחליף פרה ושטרות ומ"ד לא מפקינן, ואח"כ כתבו דלא נראה לר"י משום דלמסקנא לא תלוי בודאי רמאי.

**ועיין באבהא"ז בפ"ט מטוען** -וכע"ז כתב בחי' הרי"מ- שביאר דלשיטת הריב"א בעינן תרווייהו היינו שהחלוקה תוכל להיות אמת ועל פי טענותיהם בלא רמאות אבל במקום שאין החלוקה אמת אף בלא רמאי אין חולקים. וביאר דאה"נ לרבנן יסוד הדין אף להריב"א הוא דבעינן חלוקה יכולה להיות אמת אלא דבזה פליג על התוס' דסובר דבעינן שיוכל להיות אמת על פי טענותיהם ולא נמציא סברות חדשות שהם לא טענו כדי לקיים דין חלוקה, **ובזה יישב קושית התוס'** ממחליף ושודא שהתם אף בדליכא ודאי קמא סו"ס אין החלוקה אמת, וקושיתם מתפסין כתב דרך בבי"ד שתפסו ע"מ כן מוציאין וכמש"כ הרשב"ם שם בטעם המ"ד דמוציאין. **ועיין בהגהות מיימוניות בפ"ט מטוען ה"ז** שמשמע להדיא כדברי האבהא"ז דבעינן שיוכל להיות אמת עיי"ש. [ואפשר שהתיבות בתוס' מאבל עד ליכא רמאי הם הגהה מאוחרת ואינם מגוף דברי

<sup>15</sup> וכן מדברי הרמב"ן והריטב"א בדף ח ע"א שהקשו דממתני' מוכח דהמגביה מציאה לחברו קנה חברו שאל"כ אין החלוקה יכולה להיות אמת ואם נימא דבדליכא ודאי רמאי לא בעינן יכולה להיות אמת אם כן מאי קשיא להו ומוכח להדיא דלא כהקצות והנתיבות, ואולם בתוס' בדף ח ע"ב ד"ה או דלמא וכו' כתבו שם גבי רכוב ומנהיג דאי אפשר שיקנו אותה כששניהם יחד עשו קנין ומוכח דלא כהרמב"ן ובאמת דבריהם תמוהים מאוד דאם כן אין החלוקה דמתני' יכולה להיות אמת ברכוב ומנהיג ולדברי הקצות והנתיבות נחא.

<sup>16</sup> **ויש להסתפק טובא בדברי הרא"ש לדרך האחרונים** דמדברי הקצות נראה שנקט דהרא"ש אזיל בדרך התוס' דבעינן חלוקה יכולה להיות אמת רק דסובר דבמנה שלישי אף שאפשר שהקנה לו החצי אך כיון שהנפקד ידע וכו' לא חולקים, **ואולם ברא"ש לא הוזכר כלל ענין חלוקה יכולה להיות אמת** אלא להיפך כתב דכלל הוא דבכל מקום שיש אוחזים עבדינן חלוקה לבר מהיכא שנודע לנפקד קודם מחלוקתם ואפשר שחולק לגמרי על טעמם של התוס' ומפרש תי' הגמ' בדף ג בסברא זו דהנפקד ידע. וראה לעיל בהערה 14 ולכאורה נראה דבזה שורש מחלוקת התומים והקצות ודוק. וראה להלן בהערה הבאה ודוק.

<sup>17</sup> נראה לפרש כוונת הטור והרא"ש על פי מה שייסדו אחרונים בסברת הריב"א דלא עבדינן חלוקה בודאי רמאי דבעינן שתהא החלוקה יכולה להיות אמת על פי טענותיהם ונראה לפרש דהתוס' והרא"ש הרי פליגי שאין צריך שיוכל להיות אמת על פי טענותיהם אבל הא מיהת בעינן שיוכל להיות אמת כלפי הדין עצמו, וזה מה שכתב הרא"ש דהכא אפילו קודם שנודע מחלוקתם אינו יכול להיות אמת ודוק. ולפי זה הרא"ש לא דן כלל בשאלת התוס' דשמא הקנה לו אח"כ ואפשר דס"ל כתי' התוס' או באופ"א.

התוס', כן נראה מסגנון דברי התוס' ודוק. גם שתי קושיות אלו לא הוזכרו בשום מקום בראשונים שהובא שיטת הריב"א]

**וקושיית התוס'** ממ"ד מפקינן תירצו אחרונים עפ"י הרשב"ם שם שכתב דטעמו של מ"ד מפקינן הוא משום דלכתחילה תפסו הבי"ד ע"מ להוציא, אשר לפי זהבנפקד שקיבל המנה מתחילה לשמור עליו לכו"ע לא מפקינן ופשוט.

**שם בתוס' בב"ב ועוד פירש ריב"א וכו'** הוסיף הריב"א לומר דבאוחזים חולקים אף ברמאי דהוקשה לו משטר, וצ"ב דאם בודאי רמאי סברא שלא לחלוק אם כן מאי שנא אוחזים וע"כ צ"ל דבאוחזין יש טעם לחלוק כהתוס' דידן או שהוא סברא למנוע כדא"ג בדעת התוס' בב"ב, **והתוס' תמיהו עליו** דאי אוחזין שאני אם כן מאי פריך הגמ' ממנה שלישי [והיינו להריב"א לשיטתו דמנה שלישי לא הוי אוחזין. **ויש להוסיף בזה** שהרי בברייתא דלקמן דף ז מפורש [לדעת רשב"ג] דאוחזים בשטר יחלוקו וקשיא ממנה שלישי ועכצ"ל דאוחזין שאני שהרי כל זה אין לתרץ דהתם איכא ודאי רמאי דאף בשטר יש רמאי ואם כן מה הרויחה הגמ' בתירוצה על משנתנו דשאני התם דאיכא רמאי הרי על כרחין אף ברמאי הדין בשנים אוחזין דיחלוקו וה"ל לתרוצי בפשיטות דאוחזין שאני וצ"ע.

**ועיין באבהא"ז** שהאריך לבאר בשיטת הריב"א ועיקר תירוצו דבאוחזין עבדינן חלוקה בודאי רמאי משום שאין דרך אחרת לדהוציא מידם לכדא"ג וליהא מונח א"א וממילא מוכרחים בי"ד לחלוק, וקושיית הגמ' ממנה שלישי היא מסברא כיון דחזינן דבספיקות אפשר לחלוק אם כן מה טעם במנה שלישי אין חולקים ולזה משני דחלוקה הוי פסק טובא רק ביכולה להיות אמת ובדליכא ודאי רמאי. **עוד הקשו התוס'** מאי פריך לקמן [דף ז ע"א] וכי לית ליה לרבי מתני' דשנים אוחזין הרי שאני שטר מטלית דבטלית אפילו באין אוחזין חולקים דליכא ודאי רמאי.<sup>18</sup>

**והנה הרמב"ן וההג"מ** הביאו פירוש הריב"א ולא הוסיפו לחלק דבאוחזים שאני ומשמע מדברים דבכל גווני אין חולקים בודאי רמאי, **ודלדידהו קשיא משטר** דחולקים אף בודאי רמאי, **ויעויין ברשב"א** להלן בריש ע"ב שתירץ דאם נניח השטר עד שיבוא אליהו ולא נגבה מהלוה כלום נמצאת מזכהו לגמרי ואם נגבה ממנו ונניח המעות נמצאת מחייבו לגמרי דמה לו אם מונח ביד המלוה או ביד בי"ד, **וצ"ב** דבשנים אוחזים נמי כשאתה אומר יהא מונח אתה מחייב כל אחד מהם לגמרי, וצ"ל דבשטר אין הנידון על המעות אלא על השטר ואם אתה מוציא המעות מכח השטר בהכרח אתה מכריע שיש כח גביה לשטר כטענת המלוה, ועו"ל דכיון דבשנים אוחזים אינם מוחזקים לגמרי דכ"א תפוס בכולה ולכן לא חשיב כהפסד כ"א מהם אלא שאין אנו נותנים לו הטלית וכבר עתה אינה בידו שכ"ז שגם השני תפוס בה אין לו בה כלום אבל המעות שהן אצלו לגמרי א"א להוציא ממנו דאתה מחייבו לגמרי, וע"ע בביה"ל [ח"ג סי' לב אות ג] תירוצ' נוסף בזה.

**שיטת רש"י ראה ברש"י** [בסוף העמוד בד"ה במקח וממכר] שכתב דבשנים אומרים אני ארגתיה לא יחלוקו דודאי רמאי איכא ויהא מונח, **ומשמע מרש"י** דסובר כהריב"א דאוחזים לאו דוקא והכל תלוי בודאי רמאי, **והמהרמ"ש** פירש שרש"י כתב כן רק לרבי יוסי אבל לרבנן תלוי בחלוקה יכולה להיות אמת, אך בראשונים לא משמע כן, **ועוד יש לפרש** דסובר רש"י דאוחזים שאני אך סובר דלמסקנת הגמ' אינו תלוי ביכולה להיות

<sup>18</sup> וי"ל לדעת הריב"א דבא לא סגי לתרץ דברי רבי דאי שאני הכא דאיכא ודאי רמאי א"כ נימא התם יהא מונח ורבי דסובר דאינו גובה כלל קשיא דסו"ס ספק הוא ואמנם הראשונים שם נתקשו מדוע פריך ממתני' ולא מסברא ועיי"ש בריטב"א מש"כ בזה, ואפשר דלהריב"א אה"נ עיקר הקושיא מסברא ודוק.

אמת אלא בודאי רמאי ולפי"ז חולקים רק באוחזים ורק בדליכא ודאי רמאי, נוקשה משנים אדוקים בשטר ונתבאר לעיל **וע"ע בביה"ל** [ח"ג סי' לב] שהאריך בדעת רש"י.

שיטת הרמב"ן בתי' הר"ח ראה היטב ברמב"ן בכ"ד, ומכ"ד הרמב"ן נראה פירוש אחר בדברי הר"ח ודלא כהתוס' והרא"ש אלא הוי בגדר אי תפסינן לא מפקינן דכששניהם אוחזים אין מוציאים לכדא"ג וליהא מונח וקיום דין אי תפסינן מחייב חלוקה, ולסברא זו אי"צ לומר דהוי בחזקתם כמו נסכא או אנ"ס ולכאורה סגי בתפיסה לחוד ודוק. ויש כמה הערות בפשט דברי הרמב"ן<sup>19</sup> וצ"ע. **ודע כי הראשונים כאן הביאו כולם פירושי הר"ח והריב"א אך שיטתם בהבנת הסוגיא בדף ג שונה לגמרי משיטת התוס' ובע"ה יתבארו הדברים במקומו לקמן בדף ג.**

שיטת הרמב"ם והר"י מיגאש עיין ברמב"ם פ"ט מטוען ה"ז שהעתיק דין משנתינו בשנים אוחזים או יושבים בצד ערימה בסמטא או בחצר של שניהם, **ועיין שם במ"מ** שהרמב"ם לא חילק בדין ודאי רמאי דלא סבר כהריב"א. ולפי"ז לכאורה צ"ל דסבר דתלוי באוחזין וכפשטות לשון הרמב"ם שנקט דווקא סמטא. **ועיין בטור סי' קלט** שפירש כן דלהכי נקט הרמב"ם סמטא **ועיין שם בהגהות מיימוניות** שנטה לפרש שיטת הרמב"ם כהריב"א.

**ולדברי הטור והמ"מ** לכאורה צ"ל דדין חלוקה באוחזים הוא רק ביכולה להיות אמת - דזה תי' הגמ' לרבנן - וגם צ"ל דנפקד חשיב כאוחזין שאל"כ מאי פריך הגמ' מהתם. **ואולם יעויין בר"י מיגאש בב"ב** בסוגיא דארבא שכתב שם דיני ספקות וכתב דבאוחזים חולקים ואם אינם אוחזים אזי כשישנו ביד נפקד יהא מונח ואם לאו כדא"ג, **ומשמע מדבריו** דנפקד לא חשיב כאוחזין, **וקשה על זה קושית התוס'** דאם כן מאי פריך ממתני' למנה שלישי, וכבר תמה בזה הרמב"ן בב"ב על הר"י מיגאש. **ועיין באבהא"ז** שתירץ דסברת אוחזים היא רק למנוע כדא"ג אבל אינה טעם למנוע יהא מונח ולכן פריך הגמ' שפיר. **וצ"ע** דאם כן נמצא שביחס ליהא מונח אין סברא באוחזים ותלוי רק ביכולה להיות אמת ולפי זה כשיכולה להיות אמת חולקים גם ביד נפקד ובר"י מיגאש לא משמע כן כלל שכתב דכללא הוא דביד שלישי יהא מונח, ויש להוסיף שהר"ף והרמב"ם הביאו דין מנה שלישי כשהפקידו בכרך אחד ממש ואם כן אפשר שבאמת יכול להיות שכל אחד הפקיד ק"נ ולא הוזכר שם שדוקא כשיודע הנפקד שהיה מנה ומאתיים חולקים. **וצ"ע בזה**.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> (א) שהקשה מאי פריך לימא מתני' דלא כרבי יוסי שאני הכא שהם אוחזין, ותירץ דכיון דחיישינן לרמאי וקנסינן להו ומפקינן הוא הדין הכא וכוונתו כפה"נ דלדעת רבי יוסי הרי מניחים גם המנים האחרים וזה חשוב כהוצאה, והוסיף הרמב"ן דהיינו דמקשינן עלה מחנווני על פנקסו דהתם נמי מפקינן ממונא, עיי"ש והדברים צ"ב א) מדוע הקשה רק מקושית הגמ' לרבי יוסי ולא מקושית הגמ' לרבנן, וגם תירוצו נסוב לכאורה רק על רבי יוסי דרק לדידיה שמעינן דיהא מונח קנס [וגם דלהלן הקשה הרמב"ן לרבנן דנימא כדא"ג ומשום דלר"י קנס הוא ול"ק] (ב) ובמה שנסתייע מההיא דחנווני שמוציאין ושם הרי אין מוציאין מבעלים דבעה"ב במילא חייב ורק הספק אם חייב לחנווני או לפועלים, ואי נימא דסברת אפוקי סברא בעלמא דלא מפקינן מה הוכיח להלן מהגמ' דאנ"ס להאי וכו' ודוק. (ג) ולהלן תירץ דלרבנן לא אמרינן כדא"ג משום דלא מפקינן וקשה דאם יהא מונח לא חשיב כמפקינן אם כן מה קשה לגמ' ממתני' דשנים אוחזים דהכא לומר יהא מונח הוא אפוקי ממונא כמ"ש הרמב"ן וצ"ע בכ"ז.

<sup>20</sup> עוד יש להקשות דבארבא אי תפסיקן דלא מפקינן למה לא נעשה חלוקה שהרי יכולה להיות אמת וכה"ג עדיפא חלוקה מיהא מונח ודוק, וכע"ז יש להקשות גם בדברי התוס' ר"פ בסוגיין שהקשה מארבא ותי' דשאני אוחזים וכו' והקשה אמאי לא עבדינן במנה שלישי כדא"ג ותי' שני תירוצים חדא דהתם חשיב אוחזים ועוד דמשום תפסינן לא מפקינן. והעירוננו בזה דבתי' השני סובר דלא חשיבי מוחזקים ואם כן מדפריך משנים אוחזים למנה שלישי מוכח דאף בלא אוחזים עדיף לעשות חלוקה אם אך יכולה להיות אמת ואם כן בארבא גופא אמאי אי תפסינן לא מפקינן נעבד יחלוקו וכמו דפריך הכא אמנה שלישי ותי' הגמ' לא שייך שם, ודוק היטב. ובדוחק י"ל דכיון דהוקבע דינו לכדא"ג תו לא משתנה הדין ויל"ע.

**חלוקה וכדא"ג בטענות שמא עיין ברע"א** שדן היאך הדין ששניהם טוענים שמא ואינם מוחזקים ותלה הדבר בפלוגתת ר"ת וריב"א, ועיי"ש שפירש שיטת הרמב"ם כהריב"א.

**שם בתוד"ה ויחלוקו וכו' ולסומכוס וכו'** סברת התוס' צ"ב אמאי עדיפא בהא חלוקה דסומכוס, **ועיין בתוס' לקמן דף צז ע"ב ד"ה לימא וכו'** דמבואר דלסומכוס הוו תרוייהו מוחזקין בו **ועיין בתוס' רא"ש שם** דמשמע דזה גופא טעמו דסומכוס דחולקין ואם כן צ"ע מאי עדיפא ממוחזקות דשנים או חזין דבעינן חלוקת אמת. **ובספר חידושי ושיעורי הגר"ד כתב בשם הגר"ח** <sup>21</sup> דספק דררד"מ דיש ספק בלא טענותיהם הוי שאלה דידהו כשאלה באיסורים שבא לשאול כיצד לדון הספק. ונראה כוונת דבריו דבספקות הבאים ע"י טענות אין כאן מציאות של ספק אלא הבי"ד צריכים להכריע ולקבל או לדחות הטענות ודין החלוקה או פסק אחר הוא מוטל על בי"ד אבל בספק במציאות הדין מחייב חלוקה מצד המציאות ודין זה דספק דררד"מ חולקים אינו דין על בי"ד אלא הספק מצד עצמו מחייב חלוקה והבי"ד אומרים להם שכך הוא הדין, ודוק.

**צ"ב** אמאי נקטו סומכוס ומאי שנא מלרבנן ושמא מחמת שלא מצאנו חלוקה מפורש בש"ס לרבנן נקטו סומכוס שהוא מרא דדינא, אך **עיין בתוס' רא"ש להלן דף ג ע"א ד"ה השאר וז"ל** השאר יהא מונה עד שיבוא אליהו ואפילו לסומכוס אין חולקין דליכא הכא דררא דממונא שלא היה לו לנפקד להסתפק עכ"ל וצ"ב טובא מה שיין זה לסומכוס דווקא ועכ"פ חזינן מזה דלסומכוס שאני החלוקה בדררא דממונא מלרבנן וצ"ע. ולפי"ז יש לומר דגם התוס' נקטו בדווקא וצ"ב. **ועיין להלן בע"ב** מה שיתבאר בגרסת התוס' ר"פ בגמ' בסוע"ב גבי פלוגתא דרבנן וסומכוס ודוק.

**עיין במהרש"א** שביאר דהתוס' לשיטתם בגדר דררא דממונא אבל לרש"י אין לחלק בין מנה שלישי לדסומכוס, **ועיין ברש"י לקמן בדף ח ע"א ד"ה** ממשנה יתירה שכתב דחלוקה דמתני' מדין ממון המוטל בספק היא ולשיטתו דליכא כלל ענין ספק בלא טענותיהם, ולדבריו באמת צ"ע אמאי חולקין במחליף פרה בחמור הרי אין החלוקה יכולה להיות אמת ובברי וברי איכא נמי ודאי רמאי. נאפשר שם החלוקה היא מכח ספק אמיתי ולא מחמת טענות לא איכפת לן ביכולה להיות אמת ורמאי דהוא רק סברא שלא ליתן מחמת טענה שבדאי אינה אמת אבל במחליף פרה בחמור נפל הולד לכור הספק<sup>22</sup>

**תוד"ה וזה נוטל רביע וא"ת וכו' עיין בפנ"י** שהקשה דהא בגמ' לקמן אמרינן דלא מהימן מודה במקצת במגו דכופר הכל משום דהוי העזה ואם כן הכא נמי מאי קשיא להו, **ותירץ** דלא שיין בטענת חציה שלי אשתמוטי ואין נ"מ בין הטענות ולא הוי מגו דהעזה ועיי"ש עוד תירוצים, ואיך שלא יהיה הטעם אפשר ל' דלזה גופא הביאו התוס' ראייה מהגמ' לקמן. ועיי"ל דבאו לאפוקי מתי' הראשונים דלא שיין מגו משום דשמא טועה, ראה במרדכי.

**שם דבחציה שני מוחזק זה כמו זה מלשונם משמע** דכ"א מוחזק בכל מדלא כתבו בפשיטות שחברו מוחזק ברביע, **ועיין בר"ן** שכתב כן להדיא דהוי מגו להוציא משום דכ"א מוחזק בכולה, **ואולם עיין במרדכי ובהגהות מרדכי** שהביא תי' זה בשם הריצב"א דהוי מגו להוציא משום דזה מוחזק כמו זה, והקשה עליו מהא דאמרינן האי מגו לפטרו משבועה<sup>23</sup> ותי' המרדכי דאמרינן המגו לפטרו מן השבועה ברביע ונתבאר

<sup>21</sup> עיין בדבריו בריש סי' ג וצרף לדבריו שם בריש סי' ב.

<sup>22</sup> אך לשון רש"י בב"ק משמע דבברי וברי הספק הוא בטענות עיי"ש בסוף המניח ודוק וכן לקמן בדף ח ע"א דלא ידעינן הי מינייהו משקר' ולפי"ז הדרא קשיא לדוכתא ודוק.

<sup>23</sup> וקושיית המרדכי אינה מובנת דהרי המגו שם לפטרו מן השבועה בא ולא להוציא ממון, וצ"ל דסבר דכיון דהוי שבועת נוטלין ואין לו זכות ליטול בלא שבועה מגו כזה שבא ליתן לו כח להוציא בלא שבועה הוי מגו להוציא ויל"ע, ואפשר עוד דסובר דהמגו בגמ' לא בא לפטרו מן השבועה נוכחו שהקשו הראשונים שם שהרי גם בטענת כולה שלי

הדברים בהגהות מרדכי דכוונתו משום דברביע שמקבל הוי מוחזק וחזינן דסברת התוס' היא רק כלפי רביע. ולכאורה בהא פליגי דהר"ן סובר דכ"א מהם מוחזק בכולה והמרדכי סובר דכ"א מוחזק בחציה. וי"ל דאף המרדכי סובר דכ"א מוחזק בכולה אלא דסובר דכיון שדינה של מוחזקות שבין שנים ליחלק ביניהם הוי מגו להוציא כלפי הרביע, ודוק.

**ובנידון זה** אם כוונת התוס' דהוי מגו להוציא על כל החצי או על הרביע נחלקו גם אחרונים, **דיעויין בחמד"ש** שתמה על קושית התוס' להלן שהקשו דא"ס מוציא מידי ודאי ותמה שהרי כלפי הרביע ידידה לא הוי מגו ידידה מגו להוציא ואם כן הוי ודאי ודאי שע"י המגו הוא חשוב ודאי, **ואולם יעויין במהר"ם** שביאר סדר דברי התוס' שהקשו דא"ס מו"מ ודאי אחר שתירצו דהוי מגו להוציא וכתב דדברי התוס' הם המשך לדבריהם דלעיל שאחר שיסדו דהוי מגו להוציא ואם כן אינו יכול לזכות מטעם מגו כלל אם כן הוי ספק ולא יוציא מידי ודאי, **וזה ממש להיפך** מדברי החמד"ש שהקשה מתחילת דברי התוס' לסופם. **ושורש מחלוקתם הוא** שהמהר"ם נקט שהוא בדין מגו להוציא על כל המחצה ולכן הוי בגדר ספק על הכל שאין המגו מועיל לו וכדעת הר"ן, אבל החמד"ש נקט דהוי מגו להוציא על רביע בלחוד כמבואר במרדכי.<sup>24</sup>

**וי"ל** לדברי הר"ן דהוי מגו להוציא מחמת חזקת כ"א בהכל אם כן למה לא יהיה נאמן לכה"פ להחזיק שחברו לא יוכל להוציא ממנו הטלית לחלוקה, ואפשר דאה"נ אבל גם הוא לא יוכל להוציא וממילא הדרינן לדין חלוקה ועיין.

**ובעיקר דברי התוס'** דהוי מגו להוציא יש לחקור בטעם הדין דמגו להוציא לא אמרינן, דיש לפרשו בג' אופנים: (א) דכללל הוא בכ"מ דהמוציא מחברו עליו הראיה ומגו לא חשיב ראיה מספקת להוציא ממון. (ב) דאין בכח מגו להוציא ממון ממקומו ולא מהני מגו אלא להשאיר את המצב הקיים. **ויש לדון מדברי התוס' דידן** שהרי הכא אף שכ"א מהם מוחזק הרי הכא לא פסקינן המע"ה [ולדעת הרשב"א מבואר כן בגמ' בע"ב להדיא] ואם כן חזינן דהא דמגו להוציא לא אמרינן אינו מטעם דהמע"ה אלא מחמת שא"א להוציא ממון ע"י מגו. **ואמנם יעויין ברמב"ן בשבועות דף מב** דס"ל התם דמגו להוציא לא אמרינן ודלא כשיטתו ב"ב דף לב וכתב שם וז"ל וכלל גדול הוא בדין זווי היכא דקיימי ליקום עכ"ל ומשמע דהיינו דינא דהמע"ה ולפי זה יל"ע מדוע חשיב הכא מגו להוציא [ואף הרמב"ן בסוגיין הביא לסברת התוס'] וע"ע בתשובת הרשב"א ח"ג סי' שנג בדין מגו להוציא ששם משמע כהצד השני שכתבנו, וכפי שנראה טפי מהתוס' דידן. **וע"ע בקצה"ח סי' פב סקי"א ובבעה"מ בכתובות דף טז.**

**עיין בתרוה"ד סי' שיד** שכתב דכלפי רוב לא מהני ההחזקה של שנים או חזין ליחשב חזקת ממון והקשה ממש"כ התוס' דהוי מגו להוציא ותירץ דהוי חזקה קלישא וסגי בה כדי שלא נאמר מגו וכן לדחות כדא"ג אבל לא נגד רוב **ועיין ברמב"ן ב"ב דף לר ע"ב** דבשנים או חזין מהני ברי נגד שמא ומשום דליכא חזקת ממון וזה מתאים עם דברי התרה"ד, וצ"ב גדר האי חזקה קלישתא בשגם מבואר בגמ' ובתוס' דהוא אנ"ס וכודאי.

---

היה נשבע] אלא כוונת הגמ' דכיון שזוכה ברביע מכח מגו תו ליכא בזה שבועת שנים או חזין ולפי זה המגו של הגמ' הוא הוא המגו שכתבו התוס' ודוק.

<sup>24</sup> והקצה"ח בסי' קיב סק"ה כתב בשם המרדכי בפרקין שתירץ לקושית התוס' דנימא א"ס מו"מ ודאי דהכא מהני משום דאית ליה מגו על הרביע, ולפי זה המרדכי לשיטתו תירץ כן קושית התוס' ובהחמד"ש דעל אותו רביע הוי להחזיק אך להר"ן ליכא לתרוצי כן אלא להיפך קושית התוס' היא אחר שתירצו וכמש"כ המהר"ם, אך צ"ע בזה שלשון המרדכי לא משמע כלל לפרשו משום מגו בעלמא אלא דהודאי אינו ודאי וראה להלן בסוף התוס' שהובא תי' זה גם בתוס' רא"ש וברשב"א.

עיין בקצה"ח סי' פב סק"ב שהקשה מכאן ע"ד הש"ך דבמקום שנתן דמים לא הוי מגו להוציא והכא הרי במו"מ נתן דמים ואם כן במקח וממכר לא הוי מגו להוציא, ועיין גם בחדושי רע"א בסוגיין בזה.

שם ורב יוסף ס"ל וכו' עיין מהר"ם שעמד בדברי התוס' דלכאורה זה אינו המשך לדבריהם דהכא דמגו להוציא ל"א דאי אמרינן מגו להוציא אם כן אדרבה טפי צ"ב שיטת רב יוסף דלא מהני אפילו להחזיק ותירץ דכוונתם דאלמלי דבריהם י"ל דהוי מגו גרוע דמתיירא לומר מזויף אבל כשתירצו דהוי מגו עדיף משאר מגו קשה וכו'.

מגו דאי בעי שתיק והפה שאסר להוציא ממון הנה בתוס' דידן מבואר דמהני מגו דאי בעי שתיק להוציא ממון ויש לפרש כוונתם בתרי אנפי או דהפה שאסר הוא והפה שאסר עדיף ממגו, ואולם מלשונם אין משמע פירוש זה ואפשר דכוונתם דמגו דאי בעי שתיק אלים טפי בכח הבירור שבו.

ויעיין בנתיב"מ סי' קמט סק"ט דהפה שאסר מהני להוציא ועיין במאירי בכתובות דף יח בשם הר"י מיגאש דהפה שאסר מהני להוציא אף דמגו ל"מ והמאירי שם נחלק עליו עיי"ש ועיין בשיטמ"ק לקמן דף ו ע"א בשם תלמידי רבינו יונה דהיכא דהחזקת ממון דהתובע הוי רק על ידי הודאת הנתבע מועיל הפה שאסר להוציא ועיי"ש ולפי"ז יש לדון דגם הכא כן הוא וכ"נ ברא"ש שם בב"ב דקודם שהודה חשיב מוחזק על ידי השטר ואמנם כ"ז אינו במשמעות הפשוטה של התוס' ואדרבה מוכח מדבריהם נגד כל הסברות הנ"ל מדלא תירצו כן, ועיין בתורי"ד שדחה סברת התוס' ודבריו צ"ב ואפשר דכוונתו כנ"ל דהוי הפ"ש דאם היה טוען כולה שלי היה נחשב הוא כמוחזק על כל החצי

שם ורב יוסף ס"ל דאפילו מגו לא הוי וכו' סברת התוס' צ"ב ובתוס' ובראשונים בב"ב איתא תירוץ כעין זה ושם איתא דהטעם מחמת שהוצרך לשקר בתחילה וע"ע ברא"ש ברבינו יונה ובריטב"א שם ואכ"מ.

תירוצי הראשונים יעויין ברשב"א שתירץ על קושית התוס' בשני אופנים, הראשון דלא אמרי' מגו דאי בעי לרבות בתביעה נתן ליה כל מאי דתבע השתא אבל הכי הוא דאמרינן מגו דאי בעי אמר במאי דתבע טענה אחרת ברורה מזו ניהמניה במאי דאמר השתא. עכ"ל. ונראה כוונתו דהוי מגו מממון לממון אך הכא לא הוי מגו מממון לממון רגיל דבסופו של דבר הרי רוצה לקבל חצי טלית כמו שהיה מקבל אם היה טוען כולה שלי, אבל החסרון במגו זה הוא שלא היה יכול מכח תביעת החצי לקבלו באופן אחר אלא מחמת שהיה יכול לתבוע גם החצי השני ממילא היה מקבל יותר. ויל"ע בזה מדוע לא מהני מגו כזה, ויש לפרשו בשני אופנים, (א) דשמא אינו רוצה לתבוע או אינו מעיז לתבוע יותר ממה שתבע וליכא כח הבירור של מגו. (ב) על פי מה שיסדו אחרונים דבמגו בעינן לכח הנאמנות שהיה לו בטענתו האחרת וכלשונו של הגרש"ש [ב"ב סי' יט] לא מהני מגו מטעם זה לחוד דלא חשידינן ליה למשקר אלא דלפי ערך כח הזכיה שהיה ביכלתו לזכות בכי"ד בטענתו הראשונה יש לו כח הזכיה בטענתו השניה. והכא בטענתו האחרת לא נוסף לו כח זכיה בממון ע"י שנאמנות הטענה הראשונה עדיפה אלא ע"י שהיה מרבה בתביעתו וזה לא מהני. ועיין בנמו"י ובר"ן שכתבו דלא אמרינן הכא מגו משום דדלמא לא היה מעיז לתבוע יותר וזה כהאופן הראשון שכתבנו, אבל סתימת לשון הרשב"א משמע כהאופן השני.

ותירוץ נוסף כתב הרשב"א אי נמי מאי דאודי כמי שהוא מוחלק ועומד ונמצא שאין חולקין אלא על חציה בלבד, וא"כ אין הדין שכיון ששניהם תפוסין באותו החצי שנתן אותו לזה כולו אלא שכמו שאין נותנין לו רק חצי מה שהוא תובע באומר כלה שלי כך כשאינו תובע אלא חציה אין נותנין לו אלא מחצית מה שהוא תובע וכדאמרינן בתוספתא [ד]מכלתין כללו של דבר אין נשבע אלא על חצי טעון בלבד ואיתא נמי בירושלמי. וכלל זה שכתב הרשב"א צ"ב טובא מדוע ניתן לו חצי טענתו בלבד, ועוד צריך ביאור מדוע הקדים הרשב"א לדבריו דמה שהודה לו בו הרי הוא כמוחלק ועומד. ונראה כוונתו דאלמלי היינו דנים החצי השני כמוחלק ועומד היה זה מגו בממון אחד דכיון שע"י טענת כולה שלי היה מקבל חצי הטלית אף בטענת חציה שלי מקבל חצי הטלית, ובזה

באה סברא עמוקה שאין זה אותו החצי שהיה מקבל כי אנו רואים החצי שהודה לו כמחלק ועומד והחצי שהם דנים עליו עתה אם היה טוען כולה שלי היה מקבל בו רק רביע ומה שהיה זוכה בסה"כ בחצי הוא מפני שהיה מקבל רביע גם בחצי האחר אם היה דן עליו. וזה הוי מגו מממון לממון [ולא בטענה בלחוד כפי התי' הראשון אלא בפועל ממש שהיה זוכה בחצי האחר ודוק]

**ולדרך זו ודאי נראה** שהחסרון הוא בכח הנאמנות של המגו כי לא היה נאמן בטענת כולה שלי יותר אלא שבה היה מקבל חצי ממה שהיו דנים אז ולכן גם במה שדנים היום יקבל חצי ודוק בזה. **ועיין היטב ברמב"ן בסוגיין וצ"ע בכוונתו**, נכי אפשר ששני תירוצים נפרדים כתב וכהרשב"א (ודרכו של הרמב"ן לכתוב לפעמים תירוצים בזה אחר זה בלא תיבת 'אי נמי') או שבכל דבריו כוונתו לתירוץ השני שכתב הרשב"א]

**והנה בעיקר דין מגו מממון לממון** יעויין ברבינו יונה בב"ב [דף לג ע"א ד"ה כי אמינא] שנקט בפשיטות דאין אומרים מגו כזה, **והעיר הגרש"ר** דלעיל שם בדף לב דן בקושית התוס' דידן ובראיתם מכאן דלא אמרינן מגו להוציא ולא דחה דבריהם [והביא שם התירוץ שאינו מעיז לתבוע יותר ואף בזה לא הכריע] **וכן הריטב"א והנמו"י** [בב"ב דף קנד] כתבו בפשיטות דלא אמרינן מגו מממון לממון ואילו בסוגיין לא דן הנמו"י אלא מחמת מגו דהעזה. **אבל נראה** שהנך ראשונים וכן התוס' דידן סברי דהוי מגו באותו ממון כיון שהיה יכול לקבל חצי מהטלית בטענת כולה שלי אף עכשיו זוכה בחציה ופליגי על סברת הרשב"א דרואים את הטלית כאילו נחלקה ודוק.

**עיין במרדכי** שכתב לתרץ קושית התוס' דלא אמרינן מגו ממון לממון, והביא על זה תשובת ר"ת והיא בספר הישר סי' לג, והקשה שם ממודה במקצת דהוי כמו"כ מממון לממון שמחמת שהיה כופר השאר היה נאמן, ותירץ דבשבועה סגי במגו כל דהו והוכיח כן מדלקמן דף ח עיי"ש **ומפורסם תירוץ הגר"ח** עיין בגנזי הגר"ח ובעוד מקומות שהובא בשמו התירוץ דהתם היה נאמן מחמת שעל החמישים האלו גופיהו הוא כופר הכל ולא מחמת שהוא כופר השאר.

**והגרש"ר וצ"ל הקשה ע"ד המרדכי** דסברות הפוכות הן דגבי מגו דהעזה נקטו הראשונים דמהני בממון ולא מהני בשבועה ואילו הכא מבואר במרדכי דלגבי שבועה סגי במגו כל דהו, וצ"ע.

**שם בתוס' אין ספק מוציא מידי ודאי** יש לדון בעיקר קושית התוס' דהרי לכ"א אית ליה אנ"ס והוי ודאי כמש"כ להדיא התוס' לעיל ואמאי הוי ספק דמוציא מידי ודאי, **ועיין בחי' הריטב"א הישנים** שתירץ על קושית התוס' עיי"ש ולכאורה זו כוונתו. ולעיל צויין בזה מחי' הגרש"ש. **עוד שמענו להעיר** בעיקר קושית התוס' דהרי כל אחד משניהם הוי ודאי בכרכשתא שתפוס בה בידו [וזוכה בכרכשתא עצמה בלא חלוקה כדין שנים אדוקים דכ"א נוטל עד מקום שידו מגעת והשאר חולקים ומסתברא דה"ה למקום הכרכשתא] ואם כן הרי הוי ודאי וודאי וצ"ע.

**יש לדון בכוונת קושית התוס'** האם דס"ד דהכא נמי הוי ודאי על הכל [וכסברת הנחל"ד -ראה להלן-] או להיפך דבקושיא נקטו דגם התם ביבמות הוא מחמת שהוא ודאי על חצי, **ועיין בתוס' רא"ש** שמשמע להדיא דלח"ס"ד מחמת החצי זוכה בכל. ומאוד צריך ביאור הסברא בזה, וצ"ע.

**ועיין בנחל"ד** שהקשה ע"ד התוס' דהכא נמי הוי ודאי בכל שיש לו סיבה בהגבהתו לזכות הכל כמו התם ודוק וצ"ע [והגע עצמך הרי שלא היו מוחזקים בטלית כלל וז"א כולה שלי ויש לו עדים שהגביה הטלית והשני טוען שאמת הדבר אלא שהוא הגביה עמו -באופן שאין בעדות העדים סתירה לדבריו- וכי לא נאמר בזה דא"ס מו"מ ודאי וה"ה הכא דמה לי עדים מה לי הודאת בע"ד] **ועיין בברכ"ש** בדין א"ס מו"מ ודאי. **עיין בתוס' רא"ש** במה שהקשה מנפל הבית ועוד מקומות ומש"כ שם דלהר"י אתי שפיר, וצ"ב כונתו, ודוק. ועיין גם בתוס' ביבמות שם במה שחלקו בזה, ודבריהם צריכים ביאור.



לעיל הובאה קושית החמדת שלמה שהרי כלפי האי רביע אית ליה מגו ולכח"פ בזה הוי מוחזק ולא הוי מגו להוציא ועיי"ש במש"כ לעיל שהמהר"ם תפס דהמגו חשוב להוציא כלפי כל המחצה ולא מהני כלל. ובעיקר קושית החמד"ש נראה דתליא באשלי רברבי, דיעויין בקצה"ח [סי' רפ סק"ב] שהביא שם דברי התרה"ד שדן בדין אין ספק מוציא מידי ודאי כשיש להספק רוב לטובתו, וכתב התרה"ד [בסי' שמט] דלא מהני רוב להוציא מידי ודאי דע"י הודאי הוו הנכסים בחזקתו של הודאי והספק בא להוציא ממנו ולא מהני רוב להוציא ממנו מחזקתו, ותמה עליו שם הקצות דלא הוי בדין א"ס מו"מ ודאי שהרי הרוב כודאי הוא חשוב, עיי"ש. ולדעת התרה"ד מסתברא דגם קושית החמד"ש לא קשה כלל דע"י הודאי הוי הממון בחזקת האומר כולה שלי [להס"ד דהתוס'] והשני הוי מוציא ולא מהני מגו להוציא.

ועיין בשטמ"ק בסוגיין בשם גליון תוס' שכתבו וז"ל ואין לתרץ דלכך אין מאמינין לו על הרביע בשבועה משום דאית ליה מיגו והוי להחזיק דכיון דאין ספק מוציא מידי ודאי אז הודאי הוי כמוחזק ואי אמרת מיגו אז הוי מיגו להוציא. עכ"ל והם הם הדברים, ולדעת הקצות בהכרח צ"ל כהמהר"ם דחשיב מגו להוציא על כל המחצה וכנ"ל.

עיין בתוס' רא"ש ורשב"א מה שתירצו וצ"ב אם כוונתם משום הפה שאסר ועיין בריטב"א ב"ב דף לג ע"א ד"ה גרסת, שכתב להדיא דהכא לא הוי א"ס מו"מ משום דהפה שאסר הוא הפה שהתיר ולשון הראשונים צ"ע ועיין ברשב"א שם בב"ב. ועיין לעיל בהערה 24.

בנמ' מאי מצאתיה ראיתיה וכו' יש לעיין דאף דטוען אני ראיתיה קודם לכאורה לא סגי בזה דאם מודה שלא הגביה קודם חברו אם כן אינו מוחזק, ולכאורה מוכח מכאן דאף באופן שחטפה מחברו הוי מוחזק אם לא ראינו החטיפה ושמא מטעם מגו ואינו מגו להוציא דהוא ממש כנסכא דר"א ועיין בפנ"י ברש"י ריש מכלתין, וראה ברש"י ד"ה ראיתיה ובמהרש"א ופנ"י

עיין בהגהת הגר"א בסי' קלח סק"ב שהביא מקור לדינו של הרמב"ם בשנים יושבים בצד ערימה שיחלוקו מהגמ' דידן, ודבריו סתומים וצריך עיון כוונתו.

בראיה בעלמא קני לה צריך ביאור היאך ס"ד דיקנה בראיה בעלמא, ונראה שיש בזה שתי שיטות בראשונים: דיעויין בסוגיא שהביאו הראשונים בסוף מסכתין דהתם איכא למ"ד דהבטה בהפקר קניא, וראה בתוס' שפירשום החילוק מהכא דהתם עשה גדר קטן. ויעויין בתוס' רי"ד שביאר דהתם מיירי באופן שטרך בעסק השמירה והכא לא, וכ"כ התוס' רא"ש. ועיין ברש"י שם [בדף קיח ד"ה אתה אומר אינן באין משל ציבור] שכתב שם דכיון דהוא דבר של טורח ועל ידו נשמר קני לה. ומשמע כהתורו"ד והתוס' רא"ש דהתם קני לה בראיה משום הטורח [ודלא כהתוס' דבעינן מעשה] וכן מבואר מדברי הרמב"ם [בפ"ב מגדרים הי"ט] דהצד דקונה בהבטה משום השמירה.

אך בחילוק מסוגיין יש כאן שתי דרכים, דלהתוס' בעינן מעשה עם השמירה והכא ליכא מעשה [נפשוט דאף לדידהו אין המעשה לבד קונה אלא הראיה בצירוף המעשה דסו"ס לשון הגמ' ד'הבטה' קניא] ואילו להראשונים קונה רק ע"י טורח והכא ליכא טורח

ולדרך הראשונים יש לדון בסוגיין מהי הס"ד שיקנה דיש לפרש דהכא נמי איכא קצת שמירה בעלמא בלא טורח וס"ד דגם בזה קונה וקמ"ל דלא, אבל בקצה"ח בסי' שלו פירש דזהו גופא החלוק בין סוגיא דהכא להתם אליבא דרש"י דהתם מיירי בשמירה והכא מיירי בראיה בעלמא. ויל"ע מהו הס"ד שיקנה בראיה בעלמא, ועיין במאירי שכתב דהכא קמ"ל דאע"ג שראה את המציאה ורצה לקנותה ואף הניד רגליו לקחתה מ"מ לא קנה, ומשמע דסוגיין לאו משום שמירה אלא משום דגמר ויהיב דעתו עליה ועמד לקנותה כבר היא שלו וצ"ע הסברא בזה.



**ועיין בריטב"א** כאן שכתב דרך במציאה ס"ד שראיה קונה, אבל דאיכא דעת אחרת מקנה בעינן משיכה או הגבהה, והוא **פלא** דבעלמא בדעת אחרת מקנה הקנין הוא יותר בנקל מאשר במציאה כגון לגבי קטן, אך **פשוט לחלק** דלגבי הדעת הנצרכת בקנינים קיל טפי כשבא לידו מיד מוכר ומדעת המוכר אבל מצד המעשה **כנגד** המוכר בעינן מעשה אלים טפי להוציאה מרשות מוכר ולהעמידה ברשות לוקח והבטה לאו כלום היא. ונראה לפרש בדבריו דהבטה אינה מעשה קנין כלל אלא דס"ד דיועיל מחמת שגמר ויהיב דעתו עליה ולכן פשיטא ליה דלא מהני זה להוציא מרשות חברו ולהעמידה ברשותו]

**עיין ברמב"ן** דמוכח מדבריו דכשנים רואים לא קנו תרומתו וצ"ב דבאופן דהמגביה מציאה לחברו לכאורה גם בראו שניהם לטובת שניהם יקנו ושמא כוונתו דהמשנה התם לא מיירי כה"ג **ועיין בקצה"ח סי' שלו סק"א** שכתב דראיה כיון דדבר דממילא הוא לא מהני בה שליחות דאין בזה שום מעשה. ונצריך לחלק בין זה לבין חצר שהיא שליח הבעלים דהתם מחזיקה החצר את החפץ וכן בשליח קבלה בגט] **ולפי"ז נחא דברי הרמב"ן** דלא יהני הכא מדין המגביה מציאה לחברו שהוא מפרשת שליחות. **ועיין ברשב"א שם בסוגיא דמשמע כהקצות.**<sup>25</sup>

**רש"י ד"ה ראיתיה קודם שהגבהת אותה יעויין במהרש"א** שהגיה קודם שהגבהתי אותה. ונראה פשוט דגם לפי הגהת המהרש"א איירי דתרווייהו מודים דחד מינייהו הגביה ראשון וטענותיהם הוו רק על הראיה מי ראה ראשון, וכדמוכח מהא דכתב רש"י בד"ה בראיה קני מדקתני יחלוקו ואי נימא דאינם מודים דחד מינייהו הגביה קודם דילמא הא דיחלוקו הוא משום ההגבהה, וע"כ דתרווייהו מודים דחד מינייהו הגביה קודם ולהכי אי לאו דראיה קני לא היו חולקין אלא היה זוכה בה אותו שהגביה קודם. **וכוונת המהרש"א** רק דאי הגירסה קודם שהגבהת היינו דרש"י איירי לבאר טענתו במה הוא קודם לחברו ולזה הא לא סגי במה שראה קודם שהגביה חברו ולהכי כתב דהגירסה היא קודם שהגבהתי אותה והיינו דרש"י איירי רק לבאר טענתו שאין חברו קודם לו, ולזה כתב קודם שהגבהתי והיינו דאף דחברו טוען שהגביה קודם שהגביה הוא, משיבו זה דמ"מ אינו קודם לו כיון שראה הוא קודם שהגביה.<sup>26</sup>

**רש"י ד"ה במקח וממכר וכו' אני ארגתיה וכו' צ"ב בדברי רש"י** שנראה מדבריו דמכח דברי הגמ' כאן הוצרך לפרש דבאני ארגתיה אין חולקים וצ"ב מאי שיאטיה להכא. **ועיין במהר"ם שיף** שביאר דהוקשה לרש"י מדוע לא נקטה המשנה באופן דאני ארגתיה ומזה נלמד דחולקים בשבועה בכל גווני דבארגתיה ליכא כלל הוראת היתר.<sup>27</sup>

**ולמד המהרמ"ש** בדעת רש"י דלמסקנא אין צורך להוראת התר לחיוב שבועה וזה גופא קמ"ל שתי הבבות דמתני' דהשבועה אינה משום הוראת התר, ולכן הוקשה לרש"י דלתני אני ארגתיה ותירץ דהתם יהא מונח.

<sup>25</sup> ויל"ע לפי דברי הרמב"ן דשנים רואים לא קנו דבהס"ד דאני ראיתיה אין החלוקה יכולה להיות אמת והראשונים עצמם הקשו כן בדף ח להס"ד דמגביה מציאה ל"ק חברו ואם כן תקשי להס"ד ממתני' דיהא מונח וצ"ע. ואולי אפשר שתהיה החלוקה אמת שבראיה לא קנאוה מחמת שראו שניהם ואח"כ הגביהו שניהם וקנו בהגבהה.

<sup>26</sup> והא דחשיבי תרומתו מוחזקין ואף דמודה שחברו החזיק בה קודם וחטפה ממנו. צ"ל דהוא משום מיגו דאי בעי אמר לא חטפי דמבואר בסוגיה דנסכא דר"א דאי ליכא עדים או ע"א נאמן לומר ידי חטפי במיגו דאי בעי אמר לא חטפי.

<sup>27</sup> וביאר דליכא לאקושיי מדוע לא נקטה הגמ' במקום מקח וממכר ציור דארגתיה דעל זה לא יפול הצריכותא השניה דאי תני סיפא וכו' דמאני ארגתיה ליכא שום פירכא, אך הא גופא קשיא אתנא דמתני' מדוע לא כתב רק ציור דארגתיה.

ואולם יעוין ברשב"א וש"א ר שפירשו בדעת רש"י דהקמ"ל של הגמ' הוא דבהני גווי דמקח וממכר ומציאה איכא הוראת היתר ולכן נשבעים ועל זה הוקשה לרש"י דאם כן באני ארגתיה דליכא הוראת היתר למה ישבע, ולזה תירץ דבלא"ה בודאי רמאי אין חולקים כלל. ותמה עליו הרשב"א דאם כן אדרבה נימא דחולקים בלא שבועה, וביאר דשורש שיטת רש"י הוא ממסקנת הגמ' לקמן אליבא דרבי יוסי דבודאי רמאי אין חלוקה כלל. נהיינו דמכח סוגית הגמ' דידן מוכח שאין חלוקה בשבועה כה"ג אך אין ראיה וסיבה לבטל דין חלוקה וה"ל למימר שחולקים בלא שבועה אך רש"י פירש האמת שאין חולקים כלל מכח סוגית הגמ' לקמן<sup>28</sup> ונמצא שיש כאן מחלוקת יסודית בהבנת המסקנא לדעת רש"י, לדעת המהרמ"ש והגליון הרי למסקנת הגמ' כאן אין השבועה משום הוראת היתר כלל, אך להרשב"א וש"א סוגית הגמ' כאן משום הוראת היתר היא והקמ"ל היא דבשני המקרים של המשנה מורה התר וישבע, ולפי זה לו יצויר דמשכח"ל חלוקה בלא הוראת התר יחלוק בלא שבועה.

ונמצא אם כן שיטת רש"י כשיטת הריב"א דבודאי רמאי אין חולקים אלא שהריב"א בפירושו השני בתוס' בב"ב כתב דבאוחזים חולקים אף בודאי רמאי מכח הקושיא משנים אדוקים בשטר אך מרש"י דידן מבואר דסובר דאף באוחזים אין חולקים כשיש ודאי רמאי. ויעוין עוד בראשונים שהקשו על רש"י מההיא דשנים אדוקין בשטר דאע"ג דאיכא ודאי רמאי אמרי' יחלוקו. ויעוין ברשב"א [סוד"ה אי תנא] שתי' דהתם ל"ש לומר יהא מונח דאלו אתה מעמידו עד שיבוא אליהו הרי אתה מוכה לגמרי הלוא ואם אתה גובה מעות מן הלוא ומעמיד עד שיבוא אליהו נמצאת מחייבו לגמרי' יעו"ש<sup>29</sup>. וכע"ז כתב בבה"ל סי' לב באופ"א יעו"ש. ואפשר דלפי"ז יהיה הדין גבי שנים אדוקין בשטר יחלוקו בלא שבועה דכיון דהשבועה היא משום דמורי התירא הכא דלא שייך מורי היתירא יחלוקו בלא שבועה.

ואמנם כ"ז נחא רק להשיטות דבודאי רמאי אמרי' יהא מונח. אבל לשיטת הרמב"ן [לעיל בע"א לפי' הי"א] דבודאי רמאי אמרי' כדא"ג עדיין קשה דאמאי גבי שנים אדוקין בשטר לא נימא כדא"ג.

ויעוין בריטב"א [החדשים] שתי' דגבי שנים אדוקין בשטר נמי ליכא ודאי רמאי דאפשר שפרע לו החצי. ודבריו תמוהים דמ"ש ז"א אני ארגתיה דחשיב איכא ודאי רמאי ואף דאפש"ל שהקנה לו החצי, וע"כ דמ"מ כיון דאיכא ודאי רמאי אין החלוקה יכולה להיות עפ"י טענותיהם. וא"כ מ"ש גבי שנים אדוקין בשטר דאע"ג דאיכא ודאי רמאי אמרי' דילמא פרע לו החצי. ויעוין ברמב"ן סוד"ה אימר תרווייהו בהדי הדדי אגבהוה שגם מבואר כן דגבי שנים אדוקין בשטר ליכא ודאי רמאי כיון דאפשר שפרע לו החצי ומ"מ ז"א אני ארגתיה חשיב דאיכא ודאי רמאי אע"פ דאפש"ל דילמא פלגא ידידיה, וצ"ב כנ"ל דמאי שנא. [ואפשר לדרך האחרונים דדין ודאי רמאי הוא שתהא החלוקה אמת על פי טענותיהם ובשטר כשאנו אומרים שפרע לו חצי מחשב זה על פי טענותיהם כי אף שטוען שפרע לו הכל אפשר שפרע רק מחצית וזה עולה מתוך טענתו אבל באני ארגתיה כשכ"א מהם אומר שארגה לבדו אין לנו צד שארגוה שניהם ודוק]

בגמ' דאי תנא מציאה וכו' נחלקו ראשונים בפשט הגמ', ראה בתוס' שכתבו דס"ד דדוקא במקום דמורי התירא יש מקום לתקן שבועה אבל במקום דליכא הוראת היתר שסבור לומר אמת אין תועלת בשבועה, ולכן ס"ד דבמו"מ חולקים בלא שבועה כי סבור לומר אמת. והיכא שודאי משקר וגם ליכא הוראת היתר בזה כתבו התוס' דפשיטא שצריך לישבע דמגו דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא, וצ"ל דבמו"מ לא

<sup>28</sup> וצ"ע לפי זה בגוונא שיהיה ודאי רמאי עם הוראת היתר ומשכח"ל כשטוען אני מצאתיה אתמול וחטפתה ממני היום והלה אומר להיפך דלפי זה לדעת רש"י חולקים בלא שבועה וצ"ע.

<sup>29</sup> ולכאור' קשה על דבריו ממתני' לקמן [כ,א] דאיתא שם מצא שטר בין שטרותיו ואינו יודע מה טיבו יהא מונח עד שיבוא אליהו ומבואר דגם בשטר איכא למימר יהא מונח.

חיישינן שמא משקר במזיד ותלינן בטעות ולכן אין תועלת בשבועה] והקמ"ל לדעת התוס' צ"ל דבתרווייהו איכא הוראת היתר, [דאל"כ למה ישבע הרי תלינן בטעות ואין תועלת בשבועה] אך העירונו דלשון התוס' לא משמע כן אלא דאע"ג שסבור לומר אמת ישבע, וצ"ל דאף שסבור לומר אמת אינו בטוח בזה לגמרי כעין בדדי ולכן יפרוש ע"י השבועה. וע"ע בתוס' רא"ש.

**אבל הרמב"ן והריטב"א והר"ן** פירשו בתחילת דבריהם דסברת הגמ' היא דהוראת ההיתרא היא היא גופא טעם השבועה ואשר לפי זה באופן דליכא הוראת היתר אין טעם כלל להשביעו, וקמ"ל דבתרווייהו מורי היתרא. **וחלוק פירוש זה** על התוס' בתרתי, חדא דלהתוס' כ"ש דמשבעינן בלא הוראת היתר משא"כ להראשונים, **ועוד** דלהתוס' לא נתחדש בסוגיין טעם לשבועה כלל אלא רק דבאופן דתלינן בטעות אין תועלת בשבועה אך להראשונים טעם השבועה הוא משום מורי היתרא. **ולפיכך נתקשו הראשונים בסתירת הסוגיות**, דלהלן בסוף העמוד פריך הגמ' שבועה זו למה וכן לקמן בדף ה ע"ב ומשני לה ולפום סוגיא דידן הרי טעם השבועה מפורש, **ותירצו** דמחלוקת הסוגיות היא, ורבי יוחנן דלקמן פליג אטעם דהוראת היתר והסוגיא להלן בסוף העמוד וכן הסוגיא בדף ה אליביה אולו.

**ולדרך זו קשיא** דאם כן במקום דליכא הוראת היתר יחלוקו בלא שבועה כגון באומר אני ארגתיה [והתוס' פירשו לשיטתם דנשבע בזו אך להראשונים אי אפשר וכנ"ל] **וביאר הריטב"א** דזהו טעמו של רש"י שפירש הכא דבודאי רמאי אין חולקים כלל. [ונראה כוונתו דרש"י קאמר דהא לא קשיא דבלא"ה אין חולקים בודאי רמאי כמסקנת הסוגיא דלקמן אבל אין לפרש שאין חולקים משום דליכא הוראת היתר דאין זה טעם כלל דאדרבה יחלוקו בלא שבועה וכן הקשה הרשב"א] וצ"ע דעדיין קשיא בגוונא דליכא רמאי וגם אין הוראת היתר יחלוקו בלא שבועה. ושמא לא משכח"ל ואי משכח"ל בציוור רחוק לא פלוג וצ"ע.

**אך הרמב"ן והר"ן דחו פשט זה** וביארו דמסקנת הסוגיא היא דמשבעינן ליה גם בדליכא הוראת היתר ואדרבה מחמת זה תני תרווייהו במתני' לאשמעינן שאין טעם השבועה משום הוראת היתר. ולפי זה למסקנת הסוגיא אין כאן טעם חדש לשבועה וכהתוס' [נאך גם לפי זה פליג הרמב"ן על התוס' בפשט הס"ד וכנ"ל לפי הראשון של הרמב"ן] **ומבואר מדברי הר"ן** שנקט שאף רש"י לא חולק בזה ומה שכתב דבודאי רמאי אין חולקים הוא מכח הכרח מסקנת הסוגיא בדף ג, אך צ"ע מדוע נקטה רש"י כאן. [וי"ל דקשיא ליה לרש"י אמאי נקט דסיפא במו"מ ולא נקטה הגמ' דסיפא בבא יתירה לאשמעינן דבכל גווני חולקים ודוק]

**עלה בידינו שתי שיטות שהן שלש בפירוש הסוגיא**, דלהתוס' אין הוראת היתר טעם לשבועה לא להס"ד ולא למסקנא [ורק ס"ד דאין תועלת בשבועה היכא דתלינן בטעות] ואילו להראשונים הס"ד היא דהוראת היתר היא טעם השבועה ולמסקנת הסוגיא דעת הרמב"ן והר"ן דקמ"ל דאין זה טעם השבועה ולהריטב"א מסקנת הסוגיא דאיכא הוראה בתרווייהו ומחלוקת הסוגיות היא בטעם שבועת משנתנו. **ויעויין ברשב"א במש"ב בכ"ז ולא נתחוורו לן הדברים וצ"ע.**<sup>30</sup>

<sup>30</sup> הרשב"א בתחילת דבריו פירש דס"ד דבדליכא הוראת היתר ליכא שבועה משום דמגו דחשיד אממונא וכו', ומבואר מזה דסובר כהתוס' שאין כאן טעם חדש לחיוב השבועה, ונראה מדבריו שנקט דמסקנת הגמ' דבתרווייהו איכא הוראה וביאר דלכן פירש רש"י דבאני ארגתיה אין חולקים, ותמה עליו דאדרבה יחלקו בלא שבועה. וביאר דמקו"ד רש"י מהסוגיא דלקמן. ולהלן שם הקשה על פירוש זה דאם כן יש כאן טעם לשבועה ומאי פריך לקמן מדוע נשבעים וכקושיית הרמב"ן. והוא תמוה מאוד שהרי הרשב"א פירש בתחילת דבריו דהא דס"ד דלא ישבע במו"מ הוא מחמת מגו דחשיד ונמצא אם כן שאין טעם השבועה משום דמורה היתר אלא להיפך דרק במורה היתר אפשר להשביעו אבל טעם השבועה לא נתבאר בסוגיין כלל ואם כן מאי קשיא ליה אפירוש רש"י וצ"ע.

ולהלן הביא פירוש הר"ח דאף בודאי רמאי חולקים וכתב דלפי זה מסקנת הגמ' דנשבעים אף בלא הוראת היתר דמגו דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא ואינו מובן מדוע תלוי כ"ז במחלוקת הר"ח והריב"א ושמא הא פשיטא ליה

ונחלקו ראשונים גם במסקנת הגמ', להתוס' בהכרח מסקנת הסוגיא דמ"מ ישבע, אך הרשב"א ביאר בזה שני פירושים, האחד דמסקנת הגמ' דבתרוייהו איכא הוראת היתר ובדליכא הוראת היתר חולקים בלא שבועה או שאין חולקים כלל [ראה להלן בזה] והשני דמסקנת הגמ' דמגו דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא.

---

להרשב"א דלא משכח"ל חלוקה בלא שבועה שלא הוזכר בשום מקום ואם כן להר"ח דחולקים בודאי רמאי בהכרח דלמסקנא נשבעים אף בלא הוראת התר וצ"ע.

## דף ב ע"ב

בגמ' ולחזי זוזי ממאן נקט עיין בסוגיא בקידושין, ושם איתא מחלוקת רש"י ותוס' - והיא שורש מחלוקתם בסוגיין- דלדעת רש"י דין נאמנות בעל המקח דין בפ"ע הוא ולא מדין מגו ולהכי נאמן גם כשאין מקחו בידו. ועיין שם בר"ן שתמה מאיזה דין נאמן בעל המקח במקחו אם לא מדין מגו ותירץ דתקנת חכמים היא וכ"ה בריטב"א שם. ושיטת התוס' שם דאין נאמנות מחודשת כלל לבעל המקח, וכל נאמנותו היא מדין מגו דיכול ליתן לאחד מהם, ודווקא כאשר המקח בידו נאמן. וממילא בסוגיין לדעת התוס' לא שייך כלל לסוגיא דהתם ולא פריך מדין נאמן בעל המקח, דהתם מייירי במקחו בידו והכא הרי מדובר באוחזין. אך לדעת רש"י סוגיא דהכא שייך בדין נאמנות בעל המקח דהתם וזה שורש מחלוקת רש"י ותוס' דידן. ועיין ברא"ש בסוגיין שהביא שיטת הרי"ף דסובר כרש"י אך מפרש תי' הגמ' לגרסת 'ולא ידע' עייש"ה ועיין ברע"א מש"כ בדברי הרי"ף.

שיטת רש"י לדעת רש"י בהכרח שיש הכחשה ביניהם מי נתן המעות ולכן אנו זקוקים לעדות המוכר [ולתוס' לפי הרי"א אינו כן] וקשה דהרי לעיל תירצה הגמ' דמורי התירא משום דכ"א מהם אמר אנא דמים יהיבנא וחברי דמים יהיב וכו' הרי להדיא דשניהם נתנו מעות והיאך פריך הגמ' דלחזי זוזי וכו'. ובאמת יעויין ברש"י לעיל שפירש דמים יהיבנא. דמים אני רוצה ליתן: ועיין בנחל"ד שפירש, ועולה מדבריו דבאמת האחד נתן זוזי ומכחישים בנתינת המעות ומכל מקום מורי התירא לעצמו שסובר שיתן אח"כ דמים בצנעא, ופי' דזו כוונת רש"י שכתב דמים אני רוצה ליתן והיינו שיתן בצנעא ודוק, ועיין בספר ראב"ן שמבואר מדבריו פירוש זה ונראה שם דפירש כן בשם רש"י עצמו אך התוס' רא"ש פירש דברי רש"י דלעיל באופ"א.<sup>31</sup> וע"ע בבניה"ל סי' לד אות א.

ויעויין ברשב"א שהקשה לפי' רש"י דאם יש הכחשה ביניהם בנתינת המעות הרי זה איכא ודאי רמאי ורש"י עצמו פירש לעיל דבודאי רמאי לא יחלוקו אלא יהא מונח והיכי ס"ד לפרש כאן דמייירי כה"ג.<sup>32</sup> עיין בקצה"ח בסי' רכב סק"א שהביא שהר"ן בקידושין כתב דלדעת רש"י נאמן בעל המקח מן התקנה וכדיין, וכתב הר"ן דלפי"ז מסתברא דנאמן רק כאשר הלוקחים לפניו ולא כשהלכו וכמו בדיין, והקשה הקצות דאם כן מאי פריך ולחזי זוזי וכו' ונוקמה כשהלכו, וביותר דמדברי רש"י עצמו משמע דהכא מייירי בשהלכו [ברש"י ד"ה ולחזי וכו' משהלכו וכו'] והניח בצ"ע וע"ע בבניה"ל סי' לד אות ג שתי' קושית הקצות ואמנם הוא דחוק מאוד בלשון רש"י וצ"ע.

ויל"ע בדעת רש"י דמשני בגמ' לרש"י דמייירי דנקט מתרווייהו וליכא דינא דבעל המקח, אם כן לכה"פ יהיה נאמן כע"א לפטור האחד משבועת המשנה, ואם כן יהיה מוכח דסובר דעד המסייע אינו פוטר מן השבועה, אך באמת נחלקו בזה ראשונים, דיעויין ברשב"א בקידושין שכתב דאחר שהלכו מלפניו מגרע גרע מעד אחד דאנן סהדי ששכח. ולפי"ז ניחא. וכ"ה בתוריה"ז בקידושין, אבל יעויין ברי"ף וברא"ש בסוגיין שכתבו להדיא דאחר שהלכו נאמן כע"א, וברא"ש משמע דפירש כן גם בשיטת רש"י, והביא שם תוספתא דאחר שהלכו הרי הוא ככל אדם. ולפי זה קשה למסקנא אמאי נשבעים שניהם וכנ"ל. ועיין בשו"ת רע"א ח"ז סי'

<sup>31</sup> שכתב דאף דלמסקנא שניהם נתנו מעות כוונת רש"י דתחילת הוראת ההיתר שלו כשחברו הקדימו במתן המעות היתה שאף אני אתן מעות ולא יפסיד זה כלום, וכ"כ גם הצ"ח. ובאמת משמע מדברי התוס' רא"ש מיניה וביה דלהס"ד ניחא דברי רש"י וצ"ב מדוע לא פירש בפשיטות שרש"י נקט כהס"ד שהרי קושית הגמ' ולחזי באה על תי' הגמ' דאנא דמים יהיבנא וכו'.

<sup>32</sup> אמנם מדברי הרשב"א עצמו בסוגיא לעיל משמע דודאי רמאי וסברת מורי התירא מישך שייכי אהדדי, ואם כן י"ל דכשרוצה ליתן דמים ולא יהיה לחברו הפסד ממון אינו חשוב כודאי רמאי.

כה שכתב השואל שם להוכיח כנ"ל מרש"י, ודחאו הרע"א דלא נחית לדון בדין עדות ושמא מיירי במוכר פסול לעדות.

**שיטות הראשונים בפ' הגמ' יעוין ברי"ף** שפירש בקושית הגמ' ע"ד רש"י אך בתי' הגמ' גרס דלא ידע והיינו שהמוכר כיון שקיבל כסף משניהם שכח למי נתרצה, וכתב הרי"ף דלמסקנת הגמ' מדובר כשהמוכר אוהז הטלית שאל"כ אינו נאמן אף אם ידע, [ולכאורה מוכח מזה דסובר הרי"ף דאוחזים לאו דוקא אך יש לדחות דכשהמוכר אינו יודע הרי הוא כשליש] ועיין ברא"ש וברע"א בשיטת הרי"ף. **ועיין בתוס'** שפירשו אף הם בתחילת דבריהם ע"ד רש"י אלא שנאמנות המוכר לדרכם היא מדין ע"א לחייב שבועה דאורייתא ולפטור משבועה וכע"ז פירש הרמב"ם בפיה"מ ובעה"מ ועוד ראשונים. **והרי"ף בתוס'** פירש שנשאל להם מי נתן מעות כי בזה אינם מכחישים **ועיין ברשב"א** שפירש ע"ד זו. **נמצא שיש ארבע שיטות בראשונים בפ' קושית הגמ':** שיטת רש"י שיטת הרי"ף ועוד שני פירושים בתוס'.

**תוד"ה ולחזי וכו' אותו שהעד מסייעו וכו' שבועה דאורייתא וכו' יעוין בחי' רע"א** שכתב דממה שהוסיפו התוס' דיחייב שכנגדו שבועה דאורייתא משמע דגם זה בכלל הקושיא על המשנה, **ועיין בפיה"מ להרמב"ם** שפירש כפי' זה והזכיר רק החלק הזה היינו שקושית הגמ' שיהיה השבועה שבועה דאורייתא, ומבואר כהרע"א דגם מזה יש להקשות, וצ"ב מנ"ל דאינו כן, ויש בזה שני ביאורים באחרונים **דברע"א הנ"ל כתב** דהקושיא משום דמשמע דשניהם שווים ועיי"ש משה"ק בזה **ועיין בקצה"ח בסי' רכב סק"ב** שפירש קושית הגמ' להרמב"ם [התוס'] דהוכחת הגמ' דזה ודאי דאם איכא עדים על חציה ששייך לאחד יטול השני רק רביע דלא גרע מז"א כולה וז"א חציה, ואם כן כיון שנשבע רק על החצי והוי הע"א כשנים על החצי השני אם כן יטול רק רביע. [ולא פירש הקצות מדוע לא נימא שישבע על הכל ויקבל חצי אך נראה מדבריו שכוונתו דקושית הגמ' ע"ד ממ"נ דאם ישבע על חצי הרי יקבל רבע ואם ישבע על הכל הרי קשה ממתני' דמפורש במשנה שכ"א נשבע על חצי ואם כן לפום הדין במשנה יטול המכחיש את העד רק רביע. **ובנה הקצות יסוד לכל זה מדברי הרא"ש, דיעוין ברא"ש לקמן** [בפ"ב סי' יג] שכתב דאבידה ששנים נותנים בה סימנים ומכחישים זא"ז דהדין הוא דיניח, ואף אם יש עד אחד לטובת אחד מהם איתא בגמ' דיניח וכתב הרא"ש דמ"מ מי שהעד מכחישו חייב לישבע נגד העד ואם לא ישבע יקבל השני ואם ישבע אז יניח, ומזה מוכח דחייב לישבע אף על אותו החלק שאינו מקבל וה"ה הכא וממילא כשאינו נשבע מפסיד אותו החלק וכמש"כ הקצות.

**ויעוין בחי' הרע"א** בתחילת סוגיא דמוב"מ שהקשה שאם אגופא דמתני' דז"א כולה שלי וז"א חציה שלי שהרי כשאומר חציה שלי הוא מודה במקצת לתביעת השני שתבעו כולה שלי, והשתא הוא מתחייב שבועה על כל החצי [ואף הוא הוכיח כן מדברי הרא"ש הנ"ל וכתב דלהרמב"ם החולק על הרא"ש נחא] ואם מפורש במשנה דנשבע על רבע הרי הרביע האחר ממילא מפסיד אף בלא חלוקה כיון שלא נשבע עליו וכמש"כ הקצות, והשתא אם כן צריכים לחלוק הרביע הנותר אך גם זה לא יתכן דאם כן שוב ישבע רק על השמינית שאותה מקבל וחזר הדין שדין חלוקתם הוא על השמינית ויקבל רק חצי ממנה וחוזר חלילה עד שלא ישאר לו שו"פ.<sup>33</sup>

33 ודברי הרע"א שם הם סתירה גלויה לדבריו כאן שכתב דהקושיא רק מדשניהם שווים דאם סובר שם דלהרא"ש חייב לישבע על כל טענתו דאם נשבע על חצי מפסיד וחולק רק רביע אם כן הוא הדין הכא דהע"א נגדו ישבע על הכל ודלא כמתני' או ישבע על חצי ויקבל רביע לפי דרך זו, ויש לומר שלשון התוס' לא משמע להרע"א כפי' זה אך עדיין קשה שהרי הרא"ש עצמו העתיק כ"ד ר"ת ולא הקשה כלל דישבע על הכל או יפסיד וצ"ע.

ועיין בחי' הגרש"ש בסו' א מה שכתב לדחות דברי הקצות והרע"א דלא דמי כלל לדברי הרא"ש, דודאי אין אדם חייב שבועה אלא על ממון שמעכב תחת ידו ואם לא ישבע מפסיד ואם ישבע מקבל הממון אבל ממון שבלא"ה מפסיד מה טעם יש להשביעו ובודאי אינו חייב עליו שבועה כלל אלא סברת הרא"ש היא דפסק יהא מונח אף הוא חשוב כעיכוב ממון שמכח זכותו וטענתו בממון הוא דורש להניחו עד שיבוא אליהו או עד שיתברר הדבר והעד מכחישו וכשהוא בא לקיים זכות הנחתו עליו לישיב על הכל, אבל הכא שהפסק הוא חלוקה והחצי שביד חברו לא יקבלנו לעולם בין ישבע או לא ישבע אינו חייב עליו שבועה כלל ונמצא שחייב שבועתו הוא רק על החצי [ובגוונא דהרע"א דאומר חציה שלי חייב לישיב על הרביע] ואותו מקבל בשבועתו.

**ויעויין בגמ' לקמן** [דף ק סו"ב] דמבואר התם דאף לסומכוס הסובר דבספק דדררא דממונא חולקים אף במקום מוחזק מודה סומכוס היא שהמוחזק חייב לישיב שבועה דאורייתא [וכגון שיש חוב ממון אחר שהודה עליו בדו"ד שביניהם] דאז נשבע המוחזק וזוכה בכל, **ויעויין במלחמות ה' בסוגיין** שביאר הרמב"ן טעמו של דין זה 'דהתם מוכר ולוקח פליגי לדעת סומכוס וכיון דקטע ליה מוכר לידה ואחייב ליה שבועה דאורייתא אמרינן הואיל ונשבע ישבע על הכל והטעם לפי שמחייבו שבועה וליטול מחצה א"א דלא גרע מלוקח דשקיל פלגא בלא שבועה וליפטרו בלא שבועה אין לנו שלא המינה תורה מוב"מ עד שישבע וכו' הלכך ישבע ויפטר לגמרי שהתורה האמינה מוב"מ בשבועה כל זמן ששבועתו ליפטר שלא ישלם כלומר שאין הממון ברשות הא' וכו' עב"ל.<sup>34</sup>

**ולפי זה קשה** הן על דברי הרא"ש והן ע"ד התוס' והרמב"ם דאף בסימנים וסימנים נימא דכיון דנשבע למה יניח הרי התורה האמינתו בשבועתו, וכן הכא ישבע על הכל כמו שבחלוקת סומכוס ישבע על הכל, ואף יקבל הכל, [ולא כמש"כ הקצות דאם ישבע על הכל יקבל חצי] והרי מפורש בתוס' שאין הדין כן שהקשו שישבע שבועה דאורייתא ואותו שהמוכר מסייעו יפטר וכו' אלמא אף השני מקבל חצי ומשמעות דבריהם להדיא שנשבע על חצי אבל אף אם נדחוק שנשבע על הכל אך בודאי מפורש בדבריהם שאינו מקבל הכל.

**ועיין בשיעורי הגרש"ר אות א מש"כ בזה** והסברא בזה פשוטה לחלק דלעולם אינו נאמן בשבועתו אלא להחזיק והתם גבי סומכוס הוא מוחזק לגמרי והשבועה מאמינתו לגמרי להחזיק מה שבידו אבל בסימנים וסימנים אינו נאמן אלא ליפטר היינו שישאר החפץ מונח אבל לא ליטול היינו להוציאו מיד המוצא לקחתו לעצמו, וכן הכא על החצי שמגיע לשני ודאי אינו נאמן ליטול בשבועתו שתורה האמינתו ליפטר. וחילוק זה למדנוהו מדברי הגרש"ר אלא שהדברים שם אינם מבוארים כה"צ.

**ולפי זה נתחזקה** סברת הגרש"ש דהכא בחצי השני שבו הוא בגדר נוטל ואינך מאמינו בשבועתו פשיטא דגם אינו חייב כלל לישיב עליו ול"ד לדברי הרא"ש ששם חייב לישיב על הכל לקיום דין יניח ודוק.

**שבועת שנים או חזים אי הוי שבועת נוטלים או נפטרים יש להקדים לדברי התוס':** דאיכא שני מיני שבועות, האחד הוא שבועת הנפטרים היינו כשיש ע"א נגד נתבע או כשהנתבע מודה במקצת והוא צריך לישיב וליפטר, ויש שבועת נוטלין ששייך כאשר יש דררא נגד התובע והוא נשבע ונוטל, וכללל הוא דכל הנשבעים שבתורה נשבעים ולא משלמים, ומדאורייתא פטור כל תובע משבועה אף בדאיכא נגדו ע"א כדמבואר כ"ז בגמ' בריש כל הנשבעים במס' שבועות. ואמנם מדרבנן שייך שבועת נוטלים בכמה אופנים

<sup>34</sup> נראה כוונת דבריו שאי אפשר שישבע רק על חצי שהרי התובע [היינו הלוגח בגוונא דהתם] נוטל מחצה בלא שבועה ואי אפשר שיטול הלה בלא שבועה וזה יצטרך לישיב שאין זה חלוקה ואף שיש לשני כח להשביעו אבל סו"ס אם הוא אינו נוטל חצי בלא שבועה אף הלה לא יוכל ליטול חציה, וצ"ע דכיון שכן יאמר התובע שמוותר לו על חיוב השבועה ויחזור הדין שחולקים בלא שבועה ושמא אה"נ ויכול לעשות כן וצ"ע.



וכגון כשיש נגד התובע ע"א או הודאת מקצת כדאיתא במתני' בכתובות בדף פו ע"א. וכן תקנו חכמים בכמה מקומות שהנוטל נשבע כדאיתא במשנה בשבועות שם.

**ויש לדון** בעד אחד בשנים או חזים בטלית אם נדונם כנוטלים או כנפטרים, דיש לומר דכיון דכ"א מוחזק הרי נפטר הוא בשבועתו מלשלם, וי"ל איפכא דכיון שתפיסתו בטלית אינה גמורה ואף השני מוחזק בה וכשבא ליטול מחברו ולחלוק הטלית נוטל הוא וחייב שבועה כדי ליטול תביעתו.

**ומדברי התוס' דידן** דשכתבו דיתחייב שבועה דאורייתא מבואר דשבועתו שבועת נפטרים ולא שבועת נוטלים וכן בכל הראשונים שהעתיקו כולם דברי ר"ת כי בנוטל לעולם אין שבועה מן התורה. **ועיין במאירי כאן** שנחלק ע"ד התוס' וכתב שם בתוה"ד 'ועוד שהרי אי"ז כשבועת ע"א דעלמא ששבועת ע"א ליפטר היא ולא ליטול' הרי דדעתו דהונוטלין ולא שייך בהו שבועה דאורייתא. **וראה בגמ' להלן דף ג ע"א** דמבואר בגמ' להדיא דשייך שבועה דאורייתא בשנים או חזים דס"ד התם דשבועה דמתני' דאורייתא היא, וזה תמיה גדולה ע"ד המאירי, **ועיין שם ברשב"א** שכתב דא"נ דאי אפשר דשבועת משנתנו דאורייתא היא שהרי נוטלים הם ודלא כסברת הגמ' שם, והא דלא פריך עלה משום דלא קאי אבל אליבא דאמת שבועת הנוטלין היא ול"ש בדאורייתא. **וצע"ג סתירת דברי הרשב"א מסוגיין** שכתב לפירוש זה של ר"ת [בד"ה והר"ז] וכתב שהוא הפירוש הנכון מפירושי הראשונים והתם כתב דליכא הכא שבועת התורה. **ועיין בחידושי רבי ראובן** שעמד בזה.

**בשבועת המשנה אי הוי שבועת נוטלים** ולכאורה מוכח מדברי התוס' והראשונים דאף שבועת משנתנו שבועת נפטרים היא ולא שבועת נוטלים שהרי דנו את האוחזים לנפטרים כלפי שבועת ע"א, **אך עיין בהגהת הגר"א** [סי' פז סקכ"ד] שהוכיח מדברי התוס' דמהני ע"א לפטור משבועת נוטלין מדכתבו דע"א פוטר משבועת משנתנו. **וצע"ג דהתוס'** גופיהו כתבו דהך ע"א גם מחייבו שבועה דאורייתא וע"א דהונוטלין. **אבל כדברי הגר"א מוכח מכמה ראשונים, דיעויין ברמב"ם בפירוש משנתנו** בסוה"ד דמשמע דהשבועה היא שבועת נוטלין ועיין גם בפ"ט מטו"נ ה"ח דמפורש דהוי שבועת נוטלים, **ועיין בריטב"א לקמן דף ח ע"א** ד"ה האי אמר וכו' שכתב להדיא דהשבועה היא שבועת נוטלין ולא זכה בחלקו עד שישבע כדין כל נשבעין ונוטלין עיי"ש. **ועיין ברמב"ן במתני' ריש פרקין ד"ה שנים או חזים** [בדפוסים החדשים] שכתב שם דהונוטלין נשבעין ונוטלין. **וצע"ג דהני רבוואתא עצמם - הרמב"ם בפיה"מ הנ"ל והרמב"ן במלחמות בסוגיין - הביאו פירוש ר"ת דהשבועה בע"א היא דאורייתא,**

**וי"ל בזה** דכ"א מהם הוי גם נוטל וגם נפטר, נפטר לקיים אחיזתו ונוטל להפקיע אחיזת חברו, וכד תקנו רבנן שבועה בשנים או חזים הוי כדי להפקיע תפיסת חברו וכדמבואר ברש"י בסוף העמוד דמחוסר גוביינא ותקנו חכמים שבועה. אבל חיוב שבועה ידידיה כשיש ע"א נגדו הוי ליפטר דהיינו שמה שהוא מוחזק כעת בכל הטלית הוי נתבע על זה להפסיד אחיזתו שהרי העד מכחישו לומר שאוחזו שלא כדין והווי צריך לישבע מדאורייתא לקיים אחיזתו ודוק. וכשנאמן בשבועתו שהאחיזה שלו היא כדין ממילא רשאי הוי לחלוק כיון שהוא אוחו כדין וידו שווה בה עם חברו ודוק היטב.<sup>35</sup> [ועדיין צ"ע בסתירת דברי הרשב"א]

35 ועדיין צ"ע דשיטת התוס' לקמן בדף ח דאף במה שאדוקים בידם צריך לישבע [ולא רק במה שתפוסים בכרכשתא] ואם כן הכא נמי באוחזים דעלמא צריך לישבע לקיים אחיזתו ולא רק בשביל הפסק חלוקה, וצ"ל דא"נ ואף מדרבנן איכא גם נוטלים וגם נפטרים, אך קשה דאם כן מנא ליה להגר"א דאיכא הכא נוטלים לומר דעד המסייע פוטר שמה תקנו חכמים רק שישבע לקיים אחיזתו. ואפשר ומסתברא דאף להתוס' עיקר השבועה בפסק חלוקה נתקנה אלא דתקנו חכמים שנשבעים על הכל [ואפשר דכשכ"א אדוק עד כדי מחציתה באופן שלא נשאר כלום לחלוקה מודו התוס' דאין נשבעים באדוקים וצ"ע]



ועיין עוד ברע"א בכ"ח בדף ב ע"א שנסתפק בשניים אוחזים ואחד אינו נשבע אי הפסיד חלקו או דמשמתינן ליה ומקבל מחצה וביאר ספיקו אי הוי בכלל הדין דבשבועה דרבנן לא נחתינן לנכסיה ולכאורה דברי הרע"א תמוהים שהרי מפורש בראשונים הנ"ל שבועת המשנה שבועת נוטלים היא ואם כן היאך יטול ויחלוק אם אינו רוצה לישבע, אך נראה כוונתו [עיי"ש] דסו"ס אי אפשר להוציא ממנו אחיזתו בטלית אם אינו נשבע ואם כן על כרחין יחלקו הטלית שלא יוכל אידך לקבל חלקו בלי שיחלקו הטלית לזה מחצה ולזה מחצה, ולמנוע החלוקה וליתן לחברו הכל אי אפשר דבשבועה דרבנן לא נחתינן לנכסיה ולהוציא ממנו הטלית היינו נחתינן ונמצא שחולקים בלא שבועה. שאף שאנו חושבים החלוקה לנטילה כלפי גדר השבועה אבל מ"מ אין דרך לכופו למנוע החלוקה דא"א להוציא ממנו הטלית וכנ"ל. ויל"ע עוד בזה.<sup>36</sup>

שם בתוס' ואותו שהעד מסייעו יפטר וכו' יסוד זה שכתבו התוס' שהעד המסייע פוטרו משבועה הובא בראשונים בשם ר"ת ומצינו שנחלקו ראשונים בו, דיעויין ברא"ש שכתב דמדברי ר"ת יש ללמוד דעד המסייע פוטר מהשבועה וכו' ומפורש בדבריו שרבינו תם אמר כן אף בשבועה דאורייתא שעד המסייע פוטרו ממנה, אך יעויין בתוס' ר"פ שכתבו בשם ר"ת דעד המסייע מהני לפטור משבועה זו שאינה אלא דרבנן, ויעויין במלחמות ששם מבואר שר"ת לא אמר כן אלא בשבועת משנתנו שאינה אלא כדי שלא יהיה הולך ותוקף ובמקום שיש עד כדבריו אין חשש זה וקרוב לזה בחי' הריטב"א דכה"ג ליכא מורי התירא, וכדברי הרמב"ן מפורש בספר הישר לר"ת [סי' תקעא] שכתב שם להדיא דלא ישבע מי שהעד מסייעו 'דלא שייכא הכא תקנה דתוקף בטליתו דהא איכא עד אחד דמסייע ליה' ונמצא אם כן ג' שיטות בדבר: לדעת הרא"ש עד המסייע פוטר מכל שבועה. לדעת הר"פ פוטר משבועה דרבנן, לדעת המלחמות אינו פוטר כלל אלא בשבועת משנתנו.

ויש מבוכה בזה בשיטת בעל המאור דיעויין בדבריו שכתב בתחילה דבמקום שבועה דאורייתא לא תקנו חכמים שבועה והביא ראיה מסומכוס ובסיום דבריו כתב דהטעם משום דהעד מסייע לו והביא ראיה מהגמ' דמסייע ליה שטרא וכפי שהובאה ראיה זו ברא"ש, ומזה מוכח דאף בשבועה דאורייתא מהני לפטור דהתם גבי מסייע ליה שטרא עסקינן בשבועה דאורייתא. והמלחמות הבין כן בדעת המאור דלדידיה עד המסייע פוטר משבועה דאורייתא והשיג עליו, וכן הראב"ד בהשגותיו ובמיוחס להריטב"א. אך הרשב"א כתב בשם בעה"מ דיהני עד המסייע לפטרו משום דשבועה דהכא דרבנן היא. וכ"נ מדברי הגר"א בהגהתו על הרא"ש בסוגיין. וע"ע בסוף הסוגיא משי"ת שם בדעת המאור והרמב"ן.

שם בתוס' ומיהו וכו' עיין במהרש"ל שביאר אמאי לשיטת רש"י לא הוקשה להם כן עיי"ש.

עד המסייע ראה היטב בכ"ד הרא"ש הרא"ש הביא בפתח דבריו שתי ראיו האחת מדרשת הפסוק והשניה מסברא דכח המוחזק עדיף, ויל"ע בדברי הרא"ש דהרי עד אחד נתמעט לגמרי מלהאמינו בדיני ממונות ורק לשבועה נתרבה מקרא, ואם כן אי דרשינן להאי קרא לפטור שבועה נמי אם כן אי"צ לסברא דכח המוחזק עדיף, ואי לא דרשינן לה אם כן לא יועיל עדיפות כח המוחזק כיון שנתמעט מקרא דלא יקום.

ויעויין בקצה"ח בסי' פז סקט"ו מה שביאר בדברי הרמב"ם שכתב דאף דהכלל דבשבועה דרבנן יכול המחוייב להפוך שבועתו לא משכחת לה להאי כללא אלא בהיסת ועיי"ש וקשה דמשכח"ל באוחזים וע"כ דליכא הכא אלא נוטל בלבד, אך י"ל דהרמב"ם לשיטתו דעל מה שאדוקים אין נשבעים וי"ל דתקנו שבועה רק כלפי הנטילה ודוק.

36 ועיין עוד בחי' רבי אריה לייב בסי' פד אות ד' שחקר בדין שבועת משנתנו אי הוי נוטלים או נפטרים ודן שם הנ"מ הנ"ל דאם אינו רוצה לישבע או להצד דהוי נפטרים לא נחתינן לנכסיה וכתב שם לדחות דאף אי הוי נפטר מכל מקום סו"ס מה שאין חולקים לא הוי בגדר נחתינן לנכסיה וזה להיפך מדברי הרע"א הנ"ל וע"ע בחי' רבי לייב שם מש"כ בדין שבועת משנתנו בסוף הסימן שם

וי"ל בדוחק דיש כאן באמת שני נידונים דהראיה הראשונה באה לומר שאין כאן גזיה"כ למעטו מנאמנות לפטור משבועה שבכלל הילפותא דקם לשבועה יש גם לפטור משבועה, אך עדיין יש אן נידון נוסף שאפילו אם לא נתמעט מגזיה"כ אבל שמא אין נאמנותו מספיקה אלא כדי לחייב ולא כדי לפטור ולזה הביא הרא"ש את הראיה השניה, אך זה דחוק בלשון הרא"ש לפרש כן. **ובדרך אחרת יש לפרש** דבתחילת דבריו בא לדייק מצורת הדרשא דמשמע דכולל אף פטור ובסברא שכתב הוא להכריח דאף זה בכלל הדרשא דמסתברא דפטור קיל מחיוב שבועה. **וכ"נ מדברי המהרי"ט** בתשובה שמשמע שפירש כן דברי הרא"ש, ראה לשונו להלן בהערה 37 וצ"ע בזה.

**שם ברא"ש ועוד ק"ו וכו' עיין בשטמ"ק בשם הרשב"ץ** שהקשה על הרא"ש דכיון דחייב שבועה הוא מספק אם כן לאו ק"ו הוא לסייע המוחזק טפי מחיוב שבועה, **ועיין ברע"א בסוגיין** [במועתק מתשובה בד"ה ובדברי הר"ן] שביאר דזהו טעמו של הר"ן שחולק בדין עד המסייע ולא חשש לסברת הרא"ש, **ועיין בתשובת מהרי"ט אה"ע סי' כז**<sup>37</sup> אך באמת בראשונים בכמה דוכתי מבואר דגדר ע"א אינו לספק ולמעבד דררא אלא דלענין שבועה נאמן כשנים **ולדרכם** י"ל דאף לפטור משבועה נאמן כשנים לפטור מק"ו ממה שנאמן לחייב. [ועדיין יל"ע דהתורה האמינתו כשנים לחייב שבועה כיון דיכול זה ליטבע וליפטר אך לפטור משבועה מהיכי תיתי שנאמינו וצ"ע]

**שם ועוד מביאין ראיה וכו' אע"פ שאין כאן עדות וכו'** אף כאן דברי הרא"ש צריכים פירוש, דהרי לא מצאנו בשום מקום שעד אחד מועיל בממון להחזיק ממון אף בצירוף לראיות וחזקות שונות, ופשוט דהטעם הוא משום דהקרא ממעטו דלא יקום וכו' ואם כן מה ראיה יש מסיוע דשטר, וצ"ל כנ"ל דכל זה הוא סברא דמשו"ה מסתברא לפרושי קרא דלא נתמעט מפטור שבועה וכנ"ל.

**שם ויש מקשים הבל וכו'** ראיה זו הביאה הרמב"ן במלחמות ולא דחאה, ויל"ע בסברת מחלוקתם, ויל"ע בכוונת הרא"ש דהרי סו"ס דין מתוך מחמת חיוב השבועה הוא בא עליו והעד פוטרו מן השבועה ממילא בטל דין מתוך. **ועיין בחידושי רבי ראובן** שכתב בזה דברים נפלאים וביאר מחלוקת הרמב"ן והרא"ש בגדר מתוך דהרמב"ן סובר דחד דין הוא עם האי דין דשבע או שלים דבאינו רוצה ליטבע משלם דכל שאינו נשבע בין אינו רוצה או יכול משלם ואז לשבועה הוא קם, וכמו שמצינו בתוס' שאנץ' בשטמ"ק [בדף צד] שכתב כן להדיא דהוא מדין שבע או שלים, אבל הרא"ש סובר דדין מתוך הוא חיוב ממון מחודש באינו יכול שחדשה עליו תורה חיוב ממון כשאינו יכול ליטבע.

37 וזה קיצור לשונו שם: ולכאורה משמע שאין ראיותיו מכריעות דכי נקט אבל קם הוא לשבועה חיובא הוא דוקא דנקט דומיא דלכל עון ולכל חטאת דחיוב שבועה לא חשיב חיוב גמור אלא בירור דרמי רחמנא עליה כי היכי דלודי ליה וכו' הכא נמי ע"א הוי כמו רגלים לדבר למרמי עליה שבועה אבל פטור שבועה היכא דנתחייב בה מטעם מודה במקצת הטענה אין עד אחד פוטרו דאשתמוטי קמשתמיט ורחמנא רמי עליה שבועה כי היכי דלודי ליה ומעתה לאו ק"ו הוא דאע"ג דבח המוחזק עדיף טפי מכח שאינו מוחזק אם יפה כח העד לחייבו שבועה כדי לברר לא יפה כחו היכא דיש רגלים לדבר שלא לפוטרו דלא יתברר. ונראה דהיינו טעמיה ז"ל דלעולם מספקא לא מחייבין שבועה כגון בספקא או בפלוגתא דרבנותא וכו' וטעמא דכשם שהאדם מוחזק בממונו ואין להוציאו אלא בדבר הברור כך אדם מוחזק בגופו שאינו נשבע אלא א"כ הוא דבר ברור שחייב בשבועה. ואם יפה כחו לחייבו אע"ג דחוב היא דרמי קצת לעון וחטאת שאין מענישים על פי עד אחד דע"א דחשיב כרגלים לדבר ולא ספקא איקרי לא כ"ש דחשיב לפוטרו משבועה דמספקא פטור ואצ"ל בסיוע דע"א הוי כמו רגלים לדבר דקושטא קאמר ודייק נמי מדאמר' לכל עון ולכל חטאת אינו קם אבל קם הוא לשבועה דאי לאו דמיעטיה קרא היה קם לכל מילי והשתא דמיעטיה פירש קרא דלא מיעט לגמרי אלא לכל מילי דלאו עון הוא מסתמא דמהני עדותו ואם לחייב שבועה דהוי חיוב קצת ודמי לעון הרי הוא קם כ"ש לפטור מן השבועה דזכות הוא ובלא קרא הסברא מבחוץ דמהני. עכ"ל

**וכתב הגר"ר דהרא"ש** והרמב"ן אזלו לשיטתייהו שכבר נחלקו בזה במק"א, דהנה הרא"ש בתשובה נשאל באדם שמחוייב שבועה ואינו יכול לישבע דקיי"ל דמשלם אם יכול התובע לגלגל עליו שבועה **והשיב הרא"ש** וז"ל לא ידעתי שום הסייג דעת לגלגל, כי לא נתחייב שבועה מעולם אלא תשלומים חייב מן התורה, דמקרא ילפינן ליה בשבועות פרק כל הנשבעין שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין. ואם כן לא שייך הכא שום גלגול כי לא נתחייב שבועה מעולם אלא תשלומין. **עכ"ל ולשיטתו אזיל** שסובר דמחוייב שבועה ואינו יכול לישבע אין גדרו דעדיין בשבע או שלים קאי אלא לכתחילה חייב ממון, ונראה דזהו **ההוסף הרא"ש** דמקרא ילפינן לה והיינו דאם חיוב מתוך היה סברא אפשר"ל דהוא בדין שבע או שלים אך כיון דמקרא ילפינן לה למדנו דהוא גדר חיוב ממון גמור.<sup>38</sup> **ולעומת זאת** הוכיח התומים [בסי' צד] מדברי הרמב"ן לקמן [בדף קי] דסובר שאפשר לגלגל ממתוך ולשיטתו אזיל דדין מתוך אינו אלא חיוב שבועה ועדיין בשבע או שלים קאי. **ועוד ביאר הגר"ר בזה** מחלוקת נוספת, בשבועה שנתחייב בה הנתבע ע"י גלגול ואינו יכול לישבע שהרא"ש לקמן [בדף צו] סובר שליכא בה דין מתוך והרמב"ן שם פליג, וביאר בזה בעומק דהנה בגלגול ליכא דררא וסיבה המחייבת שבועה ואעפ"כ נשבע משום שחיוב השבועה עצמו נמשך ונגרר גם לנידון הגלגול, ואי דין מתוך הוא מעצם חיוב השבועה כדעת הרמב"ן דכיון שאינו נשבע משלם אם כן אף בשבועת גלגול שחיובה נגרר ממק"א סו"ס כשאינו נשבע ל"ש אינו יכול או אינו רוצה משלם, **אבל להרא"ש** אף דחיוב השבועה נגרר חיוב התשלומין דמתוך אינו נגרר אלא הוא דין בפ"ע שבמקום שיש דררא לחיוב שבועה הטילה התורה תשלומין למי שאינו יכול לישבע ובזה י"ל דכ"ז הוא בשבועה הבאה ע"י דררא אבל בגלגול שאין סיבה כלל לחיוב שבועה מהיכי תיתי שיחול עליו חיוב ממון. **וע"ע בחי' הגר"ר שהאריך בכ"ז.**

**ועיין בקצה"ח סי' פז סק"ט** שנתקשה בדברי הרא"ש דידן דהרי אף העד המחייב כשמעיד נגד חשוד או נגד האינו יודע מחייבו ממון והיאך נאמן, ועל כרחק כיון דתחילת החיוב חיוב שבועה הוא נאמן וה"נ בעד הפוטר. ולדברי הגר"ר הנ"ל ניחא ודוק. וכע"ז בקה"י כאן. ואולם **יעיין בר"ן** שכתב כהרא"ש דאין העד פוטר מחיוב ממון והוסיף הר"ן ואעפ"י שחיוב זה של ממון מפני חיוב שבועה באה עלו אם אתה אומר ששומר הב' פוטר מחיוב זה נמצא ע"א קם לממון **עכ"ל** ומדבריו משמע דאין הטעם מחמת שחל עליו חיוב ממון מחדש אלא משום דבפועל קם העד לממון וכמו שהבין הקצות, וצל"ע.<sup>39</sup>

**שיטות הראשונים בעד המסייע** דעת הרא"ש בסוגיין דעד המסייע פוטר מכל שבועה, ודברי הרא"ש ברובם לקוחים מדברי רבו המהר"ם רוטנבורג ונמצא בתשובות מיימוניות בסי' סא [נדפס בסוף הרמב"ם משפטים מהדור' פרנקל] ועיין שם עוד בתשובה ו [והראיה שהובא שם מסימנים וסימנים צע"ג וגם בשיטמ"ק כאן הובא בשם הראב"ד כן וצ"ע] **שיטת הרמב"ן במלחמות** דעד המסייע פוטר רק משבועה דרבנן ואפשר דאף בשבועה דרבנן יש לחלק בין הכא לשאר דוכתי, ועיין ברשב"א ר"ן ונמו"י. **ובטור בסי' כט** הביא דעת רב מתתיה גאון דאין עד המסייע פוטר וכן בסי' מו דעת הרמ"ה כן ולא דן שם בשבועה דרבנן]

<sup>38</sup> ועיין בתוס' בב"ב דף לד ע"א שכתבו דדין מתוך סברא הוא ואפשר דהרמב"ן ס"ל כוותיהו.

<sup>39</sup> ועוד יש להעיר דתימה גדול הוא בסברא שהמחוייב שבועה ואינו יכול לישבע פקע ממנו חיוב השבע או שלים וחל עליו חיוב ממון ולמה נחייבנו ממון משום דררא דשבועה ובקרקע שאין בה דין שבועה פטור מכל כשע"א מעידו ובמטלטלין כשאנו יכול לישבע יחול עליו חיוב ממון מה טעם יש בזה, ועוד דבשומר שאין שום דררא לחייבו כלל ומה שחייבתו תורה שבועה הוא כדי להפיס דעת בעל הבית ולמה נאמר דבשומר שאינו יכול לישבע יחול עליו חיוב ממון, וראיות הגר"ר מדברי הרא"ש גבי גלגול אפשר לדחותן אך משמעות הפשוטה של דברי הרא"ש בתשובה היא כביאור הגר"ר ושלכן הוסיף הרא"ש דמקרא ילפינן ליה דהיינו דאם היה חייב מצד הסברא היה נראה דהוא חיוב שבועה ויש מקום לגלגל אך חיוב מתוך מקרא ילפינן לה דחיוב השבועה היה ראוי שיפקע במקום שאינו יכול לישבע והתורה הטילה עליו חיוב ממון, וצ"ע.

**עיין ברע"א בכתב וחותם ח"ב סי' ג** שחקר בגדר עד המסייע 'אי הוי כמו שנשבע כבר או הוי כמו שאין מחוייב שבועה כלל' וביאר שם דהנ"מ לענין גלגול שבועה דאם אינו מחוייב שבועה אי אפשר לגלגל עליו שבועה נוספת ואי הוי כמו שנשבע אפשר לגלגל עליו שבועה אחרת. ויש להוסיף דלהצד דהעד פוטרו יש לדון נמי בשני אופנים או דעד אחד נאמן הוא בדיני שבועה לחייב כלפטור או דהוי דררא ורגלים המסלק הדררא המחייבת שבועה. **ועיין בחידושי הגר"ר** שהוכיח מדברי ראשונים ואחרונים כשלשת הצדדים: **דלהסוברים** דעד המסייע מועיל אף במקום שבועת נוטלים [במקום שזכותו ליטול היא ע"י השבועה, וראה להלן המקורות בזה] אם כן מוכח דהעד הוי כנשבע ממש דהתם לאו חיובא דשבועה הוא דרמיא עליה אלא כל זכות נטילתו היא ע"י השבועה ואם כן לא יועיל מה שהעד פוטרו וע"כ דהעד חשיב כמי שנשבע. **ובדעת הסוברים** דעד המסייע אינו פוטר משבועת היסת [ראה להלן השיטות בזה] מוכח דעד המסייע אינו כמי שנשבע וגם אינו פוטר מחיוב השבועה אלא מסלק הדררא שגרמה לחיוב השבועה לבוא ואילו בשבועת היסת שחיובה הוא אף בלא דררא אין מועיל העד לפטרו. **ובדעת התומים** שסובר דעד המסייע פוטר מהיסת ולעומת זאת אינו פוטר משבועת נוטלין כשזכותו ליטול היא ע"י השבועה מוכח כהגדר השני שכתבנו לעיל דהעד פוטרו מחיוב השבועה. **ועיי"ש שהאריך בכ"ז.**

**שיטות הפוסקים בדין עד המסייע בשבועות שונות בשבועת עד אחד עיין בר"ן בסוגיין ובנמו"י**, דאף אם אין עד המסייע פוטר משבועה מכל מקום משבועת עד אחד ודאי פוטר משום דהוי עד אחד בהכחשה, ומדברי הרא"ש מבואר דפליג בסברא זו, ועיין בש"ך סי' פז סקט"ו ובקצה"ח שם סק"ח.

**בשבועת השומרים עיין בתרומת הדשן** [סי' שלד] **בשם גליון תוס'** דאין עד המסייע פוטר משבועת השומרים, וכתב התרה"ד דמהרא"ש ושאר שדנו בראיות משומר שמסר לשומר מוכח דלא חלקו בזה, והסברא בזה צ"ב, וצ"ל שסובר דהע"א מסלק הדררא ולא שייכא בשומרים, דשבועת שומרים להפיס דעת באה ולא בגלל דררא.

**בשבועת הנוטלין עיין בתשובות מיימוניות** [סי' סא] ושם הובאו דברי המהר"ם דהוא מקו"ד הרא"ש בסוגיין ומבואר שם דעד המסייע פוטר אף משבועת נוטלים, **וכן פסק הרמ"א** [בסי' פז ס"ו בשם י"א] **ויש לעיין בזה** דבשלמא הני נוטלים שעיקר דינם ליטול בלא שבועה וחכמים החמירו עליהם לישבע ניהא דהעד פוטרו משבועה, אבל בהני נוטלים שכל זכותם ליטול היא בשבועה היאך יועיל להם הע"א, והוכיח מזה הגר"ר דעד אחד הוי כנשבע ממש. ועיין בתומים שם על הרמ"א שכתב באמת לחלק בזה וכתב דודאי לא תקנו חכמים בהני נוטלים שיטול על פי ע"א במקום שאינו נוטל מן הדין דנמצאנו מוציאים ממון על פי ע"א ועיין עוד בתשובת הב"ח בסי' סד.

**בשבועת היסת עיין בספה"ת** [שער כה ה ב] **ובגידות שם**, דמבואר דעת התרומות דעד המסייע אינו פוטר משבועת הסת וע"ע בב"י [סי' מו] ולכאורה מסברא זו מבואר דע"א אינו כאילו נשבע וגם לא נאמן לגבי שבועה אלא מסלק הדררא ושבועת הסת אפילו בלא דררא איכא. **ובטור** [בסוף סי' כט] איתא גם להשיטה דעד המסייע פוטר משבועה בעלמא מ"מ נשבע היסת ויש לחלק דהתם אוקי עד להדי עד עיי"ש ודוק.

**בשבועת גלגול עיין בשער משפט סי' צד** סק"ב שנחלק שם עם המהר"י בסאן אי עד המסייע פוטר משבועת גלגול ושורש הנידון בזה יש לדמותו למש"כ לעיל בשבועת היסת דשבועת גלגול אף היא באה בלא דררא.

**בשאין העד על גוף החיוב עיין בחידושי הרע"א לסוגיין מתשובה שדן דהיכא דהעד מעיד להזים הראשון ואינו מכחישו דליכא בזה דין עד המסייע כיון שאינו מעיד על גוף הדבר. ואולם עיין בתשובת חת"ס נח"מ סי' סט] בשם הרע"א שנסתפק אם עד המעיד שמחל התובע השבועה הוי עד המסייע.<sup>40</sup>**

**בדברי הבעה"מ והרמב"ן עיין היטב במאור בסוגיין ולעיל צויין מחלוקת הראשונים אם לדעתו פוטר עה"מ גם משבועה דאורייתא. והבעה"מ הביא ראיה מההיא דקטע ליה ידיה וצ"ב מה כוונתו בזה, וכבר תמה הרמב"ן שם בזה, ועיין בברכ"ש בסי' ג שפירש כוונת בעה"מ דכיון דזה שנשבע שבועה דאורייתא פטור משבועת המשנה כדחזינן התם ששבועה נותנת לו נאמנות גמורה, וממילא גם השני פטור שאי אפשר לחייב שבועה רק אחד מהם. וצ"ע לפי"ז דאין זה מדין עד המסייע ושני טעמים נפרדים יש כאן ואי"ז משמע כלל בלשונו. וראה היטב במש"כ הרמב"ן במלחמות בזה שביאר אמאי מודה סומכוס בזה שנוטל הכל וכתב דהטעם דכיון שנשבע לעל הכל ממילא בהכרח יש לנו להאמינו בשבועתו<sup>41</sup> וצ"ב דבאמת מאי שנא מהתם דחזינן דעל ידי השבועה מקבל הכל ואם כן הכא נמי ישבע על הכל ויזכה בכל כמו התם ונאמר כמו"כ שאי אפשר להשביעו על מחצה דלא גרע מהשני וצ"ע**

**עיין בקצה"ח בסי' רכב סק"ב במש"כ כאן בדעת הפיה"מ וראה בנתיה"מ מה שנחלק עליו וכן בחידושי הגרש"ש כאן ועוד יש להעיר ע"ד הקצות דנקט דהע"א כשניים והיינו דחשיב למה שאינו יכול לישבע מחמת שאינו מקבל כמתושאי"ל דאי ליכא חיוב שבועה ומתוך אין העד נאמן כלל דנאמנותו רק כלפי שבועה היא וצ"ע טובא בזה אי חשיב כמתוך ודוק.<sup>42</sup>**

**לימא מתני' דלא כבן ננס וכו' וברש"י ד"ה אימור וכו' עיין ברע"א שעמד בדברי רש"י הלמאי הוצרך לומר דכ"א סבור וכו' הרי סגי במה שלפי האמת הוא כן, ועי"ש שתיריך דהוקשה לרש"י דנימא כן גם התם שישבעו הפועלים שלא קבלו חציה וישבע החנוני שלא נתן חציה, וע"כ דכיון דמכח טענותם חזינן דחד מינייהו משקר הוי שבועת שוא ולא תלינן במה שלא טענו, והכא דתלינן דשמא הגביהו שניהם אף דלא טענו בהכרח משום דשמא טועים הם, והיינו דמכח המציאות עצמה עולה הספק שמא שניהם יחד הגביהו הטלית. וזה מתאים עם מש"כ האחרונים בדעת רש"י והריב"א דבעינן חלוקה יכולה להיות אמת על פי**

<sup>40</sup> **ועיין עוד בהגהת הרע"א** [בשו"ע סי' פז על הש"ך בסקס"ח] שדן שם באומר נשבעתי - שנאמן מעיקר הדין - ועד אחד מעידו שלא נשבע דאין חיוב שבועה דאורייתא להכחיש העד ולכאורה בדוגמתו בעד המסייע נמי לא עדיף, אך החילוק מבואר דגם בעד המחייב לו יצויר שיעיד שנשבע הנתבע נראה שלא נאמינהו, וכן להיפך עד המעיד שהנתבע הודה בפני שנים בחיובו ודאי מחייב שבועה [וכ"ש הוא מנסכא דר"א שעדות על חזקת משת"י אדם שלו כבר מחייבתו שבועה] וכמו"כ עד על פיטור ברור מהשבועה [כגון שיאמר שהודה התובע בפניו שהנתבע פטור מהממון] כמוהו כעד המסייע לכל דבר, ושורש החילוק הוא דכשהעד מעיד על הממון עצמו נאמן בכל מה שיאמר בין לחיוב בין לפטור כלפי שבועה אך כאשר מעיד על חיוב ובפטור השבועה עצמה הרי זה כעדות ממון שאינו נאמן, ודוק.

<sup>41</sup> אבל עדיין לא מובן כלל משה"ק הרמב"ן דיטול מחצה [וכוונתו דיטול בשבועה רק מחצה] ותי' דאי אפשר דלא גרע מהלוקח שנוטל חצי בלא שבועה וצ"ב דודאי גרע וגרע שהרי הוא מודה במקצת ומאי עדיף מכל מוחזק שנשבע וצריך לבאר בדברי הרמב"ן דאי אפשר לעשות חלוקה באופן כזה ואם שכנגדו נוטל מחצה ממילא בהכרח הוא נוטל ואם הוא חייב לישבע ואינו נוטל גם השני לא יטול דזה לא חלוקה מקרי שבחלוקה נותן החצי תמורת סילוק התביעה בחצי השני ודוק היטב. ויש להסתפק בזה דאפשר שבאמת אין הלה חייב להשביעו כלל ויכול לחלוק עמו אך כשתובע ממנו שבועה זכותו להיות נאמן בשבועתו לגמרי ואין יכול להשביעו במחצה. וכך היה נראה מסברא, אך סתימת הגמ' והרמב"ן לא משמע כן וצ"ע.

<sup>42</sup> והעירונו לפרש בכוונת הקצות דאינו מדין מתוך אלא דין מסויים בע"א שנאמנותו כשנים כל זמן שלא נשבע להכחישו ויש כזאת בדברי הרשב"א בב"ב בסוגיא דנסכא דר"א ואכ"מ.

טענותיהם, ועיין לשון רש"י לעיל סוע"א וחזינן הכא יותר מהתם דגם בענין שבועת שקר דהוא ענין לבי"ד ותלוי באמיתת המציאות לא תלינן במה שאינו לפי טענותיהם ודוק.<sup>43</sup>

**וגבי מקח וממכר צריך לפרש** דשמא שניהם נתנו יחד המעות ולכן נתרצה המוכר לשניהם יחדיו שיקנו יחד. [שהרי אנ"ס דמתרצה למי שנתן לו מעות תחילה כמובאר בסוגיא לעיל ולכן הספק בשנים אוחזים במו"מ הוא מי נתן מעות תחילה דממילא לו נתרצה המוכר]

**ועיין בתוס' רא"ש** שהקשה היכי משכחת לה בכולה שלי וחציה שלי, ותי' בג' אופנים: או כשהגביהו כשהם אדוקים באופן כזה או דהיה דעתם לקנות באופן כזה והאופן השלישי דסיפא דמתני' מיירי רק במקח וממכר כדחזינן תי' כזה בגמ' בדף ח. וצ"ל דכוונתו דבמקח וממכר משכח"ל כשנתכוין המוכר להקנות לזה ג' חלקים ולזה רביע. **וע"ע בביה"ל** [ח"ג סו"ס לב] שנתקשה בזה וכיוון לתירוצו הראשון של התוס' רא"ש ונתקשה בהיו שניהם רוכבים עיי"ש.

**ולכל האופנים קשה** לדרכו של הרע"א שהרי בכה"ג לא שייך כ"כ טעות ובכולה שלי וחציה שלי איכא ודאי רמאי כשאומר שהגביה קודם לחברו ולא היה הלה אדוק בה וכן כשאומר שלא היה דעתו לקנות באופן כזה, וגם במו"מ שסובר שהגביה תחילה מחמת טענותיהם ודאי לא נולד ספק שמא נתכוין המוכר להקנות לזה ג' חלקים דמהיכי תיתי שיעשה דבר זר כל כך, **וצע"ג**.

**לימא מתני' דלא כסומכוס יש לפרש בקושית הגמ'** בשני אופנים: **האחד** דהגמ' לא נחית כעת כלל לטעם השבועה ועדיין אינה יודעת טעמה, אבל פריך הגמ' סתירה דבדינו של סומכוס מבואר שחולקים בלא שבועה והכא הצריכו חכמים שבועה לחלוקה, ולפי"ז לרבנן דסומכוס לא קשיא משום דלא מצינו שהקלו בשום מקום לחלוק בלא שבועה. **ועיין בתוס' ר"פ שביאר** כן להדיא. **ועוד יש לפרש** דהגמ' סברה דבעינן הכא שבועה מחמת שהחולקים מוציאים ממון זמ"ז ולהכי ניחא לה לרבנן וקשיא לסומכוס שמוציא ממון לחלוקה בלא שבועה, **וראה להלן** בהערה 45 והערה 46 שמסוגית הגמ' מוכח כהאופן הא'.

**ואלא מאי רבנן וכו' נחלקו רבותינו הראשונים בפשט דברי הגמ', ושתי שיטות עקריות בדבר :** שיטת רש"י ודעימיה דקושית הגמ' דדין המע"ה חל בכל הטלית ומונע חלוקה והגמ' שואלת דאי רבנן א"כ אמאי חולקים כלל, **ושיטת הרשב"א ודעימיה** להיפך דדין המע"ה חל בחצי הטלית ומחייב דין חלוקה וקושית הגמ' אמאי נשבעים, יחלקו בלא שבועה.

**שיטת רש"י והריטב"א ראה ברש"י ד"ה עליו הראיה וכו'** ובהמשך הסוגיא וסובר רש"י דכ"א מהם יש לו דין המע"ה בכל הטלית ואמאי חולקים כלל, **וראה ברש"י ד"ה ה"ג וכו'** שביאר תי' הגמ' דהכא ליכא דין המע"ה והא דנשבעים הוא משום דמחוסר גוביינא. והנה לשיטת סוגיא זו לדעת רש"י מוכח דאין השבועה משום מורי התירא אלא כעין פשרה בדין המע"ה דכיון דכ"א מהם אינו מוחזק גמור אבל סו"ס יש כאן הוצאה מסוימת בעינן שבועה לנוטל. **ויסוד זה** דנטילה ממוחזק מחייבת שבועה באופנים מסוימים נתבאר גם ברש"י לקמן [בדף ו ע"א ד"ה אפילו לסומכוס] וכן ברש"י לעיל בריש פרקין [ד"ה שנים אוחזין וכו'] עיי"ש ודוק.<sup>44</sup> ולרש"י עומק קושית הגמ' 'ואלא מאי' דהכא אינו לא כרבנן ולא כסומכוס דסומכוס מוציא הממון בכדי ורבנן מצריכים עדים, והכא איכא דרך שלישית דמוציא בשבועה, ולזה משני דמחוסר גוביינא ודוק.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> ועיין בריטב"א [הישנים] שנתקשה היאך אפשר דיהא של שניהם במקח וממכר, וכתב בתוה"ד דאפשר שהקנה לו חצי אח"כ. וזה פלא דאם כן גם בחנוני אפשר שפרע החנוני מחצה לפועלים וישבעו לכה"פ על מחצה וכמו שהקשה הרע"א וצ"ע.

<sup>44</sup> וצ"ע שלא מצינו מקור לדבר זה שהנוטל אף כשאינו צריך ראייה שבועה מיהא בעי, אך יעויין בראשונים בשבועות בריש כל הנשבעים שהביאו בשם הגאונים דכלל הוא דכל הנוטל מחברו אינו נוטל אלא בשבועה חמורה מתקנת



ויש לתמוה דהרי פלוגתייהו דרבנן וסומכוס במקום ספק בלא טענותיהם היא, ומעולם לא אמר סומכוס להוציא מהמוחזק שלא בספק לבי"ד, ואם כן הכא מה שייך קושיא זו למחלוקת רבנן וסומכוס, ובפשוטו י"ל דזה גופא תי' הגמ' אך ראה ברש"י להלן בסוגיא שפירש דין דררד"מ באופן אחר מתוס' ויעויין היטב במש"כ שם דלרש"י אף טלית ממון המוטל בספק היא ולא סובר לסברת התוס' בדין ספק בלא טענותיהם.

רש"י ד"ה בשבועה וכו' מבואר ברש"י דכ"א מהם תופס בכולה וצ"ע דלקמן בגמ' אנן סהדי דמאן דתפיס האי וכו' פירש רש"י היינו פלגא, ומשמע מלשון הגמ' ורש"י דאף התפיסה אינה אלא בחציה וצ"ע.

שיטת הר"ח הרשב"א ותוס' רא"ש הר"ח פירש קושית הגמ' דאי רבנן היא אמאי נשבעים, וזה להיפך מפירוש רש"י שפירש דלרבנן אמאי חולקים, ונתבארו הדברים בתוס' רא"ש ברשב"א ובריב"ש בשטמ"ק, דקושית הגמ' דמאחר שכ"א מהם תפוס בחציה יכול לזכות בו מכח המוחזקות ואינה חלוקה ואמאי בענין שבועה כלל. ובתירוץ הגמ' ביאר הרשב"א דתירוץ התרצן דעדיין אינה כמי שנחלקה ושניהם מתעצמים עליה, ואפשר דכוונתו דתי' הגמ' דכ"א מהם מוחזק בכולה קצת, והריצב"ש כתב דחזקת כל אחד בחצי שלו מגרע חזקת האחר בחציו השני ומכאן זה ליכא הכא המע"ה לכ"א בחציו ובעינן פסק ופשרת חלוקה ולזה צריך שבועה. ודבריו צ"ב. ואפשר דכוונתו דכל זמן שיש כאן טלית אחת קודם חלוקתה אי אפשר לפסוק בה בבת אחת שני דיני המע"ה סותרים, ולכן חל בה שם ספק ויש לפסוק בה פשרה.

ולא נתפרש ברשב"א אם סברת השבועה לרבנן היא כמו לרש"י דהיינו מחמת ששניהם מוחזקים בעינן שבועה כדי להוציא או דסברה הגמ' אף לרבנן שהשבועה מחמת החלוקה, ועיין בריצב"ש ששם משמע מלשוננו כרש"י.

ועיין בקוב"ש ח"ב סי' ט אות יג שדן בדברי הראשונים בזה וכתב דאם הקושיא אמאי חולקים וברש"י הוי אומר דכ"א מוחזק בכל ואם הקושיא דיחלוקו בלא שבועה היינו דכ"א מוחזק בחציה וזה שורש מחלוקת רש"י והרשב"א, ואמנם אפשר דלהרשב"א בזה גופא חזרה בה הגמ' בתירוץ וכו"ל וצ"ל ע.

רש"י ד"ה שמא ושמא וכו' ליכא למרמי עליה שבועה הנה בכ"ד דאמרינן דסומכוס קאמר בשמא ושמא היינו דבברי וברי אינם חולקים כלל וגם רבה בר רב הונא מזה בא לאפוקי, [לקמן בדף ק ובסוף"פ המניח] ובפשוטו נראה דגם כאן כוונת הגמ' לזה, והיינו דבברי מודה לרבנן דבעלמא המע"ה והכא דשניהם מוחזקים חולקים.

ולפי זה היה אפשר ל' דהטעם דבברי בעלמא לא אמר הוא משום דכה"ג מודה לרבנן שאלים כח המוחזק ולפי זה הכא דשניהם מוחזקים כ"א מהם צריך לישבע כדי להוציא מחברו כמו לדעת רבנן כפי שפירש רש"י לעיל.

אך מרש"י מוכח דאינו כן, חדא ממש"כ רש"י דבשמא ליכא למירמי עליהו שבועה ואי נימא דתי' הגמ' דבברי מחמת המוחזקות צריך לישבע אם כן פשיטא דבשמא ליכא טעם השבועה ולא היה רש"י צריך

חכמים, וזה מתאים לדברי רש"י דידן. נודע דאף לדברי רש"י תקנה היא ואינה מעיקר הדין חדא דכל הנשבעים שבתורה וכו' ועוד דבשמא דליכא למירמי עליהו שבועה הרי כתב רש"י להלן דאין צריכים שבועה]

<sup>45</sup> ולפי זה היה נראה דלדעתו דלכתחילה קושית הגמ' לסומכוס היתה ממה שמוציא ממון לחלוקה בלא שבועה וכהאופן הב' שפירשנו לעיל דאי נימא דקושית הגמ' היא שדין המשנה נסתר מדינו של סומכוס סגי במה שתירצנו דמתני' רבנן דהכא לא שייך המע"ה כיון דשניהם תפוסים ומה לו לרש"י לפרש טעם שבועת משנתנו. אך יש לדחות דכיון דסומכוס חזינן דלא כמתני' ורבנן לא בזה פליגי לא מסתברא לן לאוקמי מחלוקת נוספת בין רבנן לסומכוס בחלוקה דעלמא אי בעינן שבועה ולכן פירש רש"י טעם השבועה לרבנן לשיטתם. וראה להלן בהערה הבאה שמהמשך הסוגיא מוכרח כן כהאופן הב' אף לדעת רש"י.

לפרש שא"א להשביעו, ועוד דלפי הביאור הנ"ל רק התובע צריך לישבע בברי וברש"י משמע להדיא דגם אם הנתבע היה ברי היה צריך לישבע ממש"כ רש"י דכל חד מינייהו שמא. ומבואר מדברי רש"י דעיקר תי' הגמ' דבאמת אף לסומכוס כל חלוקה צריכה שבועה אך בשמא חולקים בלא שבועה דא"א למרמי עליהו שבועה, ולפי זה אין טעם משנתינו מחמת הוצאת הממון כדלרבנן אלא החלוקה מחייבת שבועה.<sup>46</sup>

**אבל מלשון רש"י משמע קצת** דכל עיקר תי' הגמ' דכי קאמר סומכוס שחולקים בלא שבועה בשמא ושמא, אבל בברי וברי סובר שחולקים בשבועה [ונשבעים שניהם דהחלוקה מחייבת שבועה וכן"ל כדמוכח מרש"י ודוק] ולפי זה לא דמיא מימרא דגמ' הכא להא דאמרין בכ"ד דבברי וברי לא אמר דשם מפורש דבברי וברי אין חולקים כלל, וקושית הגמ' דידן ולרבה בר"ה וכו' היינו דסו"ס אמר רבר"ה דמיירי סומכוס בברי וגם בזה אמר דחולקים בלא שבועה ולדידיה קשיא מתני'.<sup>47</sup>

**בגמ' כי אמר וכו' דררא דממונא** צ"ב דאף אם אמר סומכוס חלוקה בדררא דממונא אבל סו"ס חזינן שחולקים בלא שבועה ומאי שנא ממשנתינו שחולקים בה בשבועה, ואפשר דכוונת הגמ' דבחסרון ממון לכ"א חולקים בלא שבועה שאין ראוי להתנות החלוקה בשבועה כשאתה מחסרו ממון. וע"ז פריך דאיפכא מסתברא ומחמת חסרון ממון של האחד מסתברא טפי להשביע את חברו על החצי שנוטל. וכ"מ מדברי התוס' ד"ה ומה וכו'.

**בגמ' כי אמר סומכוס וכו' דררא דממונא וכו' מחלוקת הראשונים בגדר דררא דממונא** ראה ברש"י שפירש דדררא דממונא היינו חסרון ממון, ולפי"ז לכאורה אין מקור כלל לחלק בין ספק הבא שלא על ידי טענות לספק מכח טענות ועיין היטב בגמ' לקמן דף ו ע"א ת"ש בד"א וכו' איבעית אימא וכו' וברש"י שם דמבואר מדבריו שהכלל הוא שחולקים היכא דאיכא שור שחוט לפניך וי"ל דלאו היינו ספק בלא טענותיהם אלא אף מחמת טענות אפשר דחשיב שור שחוט ולפי זה בשנים או חזים בטלית הוא אותו דין חלוקה כמו במחליף פרה בחמור.

**ועיין ברש"י בדף ח ע"א ד"ה ממשנה יתירה וכו'** דהוי ממון המוטל בספק וחולקין. עיין שם היטב ומבואר דאם חלוקת המשנה היא מחמת דתלינן שהגביהו ביחד השבועה מדינא ואי מדין ממון המוטל בספק בעינן לסברת רבי יוחנן וכסוגיין ועכ"פ להדיא דשייך במשנה חלוקת סומכוס דלא כתוס' ולשיטתו בדין דרדר"מ ולכאורה יש להעיר דסו"ס הרי אף אם דררא דממונא היינו חסרון ממון הרי בטלית ליכא לזה כדאיתא בגמרין ואמאי חולקים מדין ממון המוטל בספק אך לדעת רש"י הך סברא דדררא דממונא הוא רק סברא לענין שבועה ולא שייך כלל בדין החלוקה עצמה ודוק **ועיין בספר ראב"ן** שכתב ויחלוקו שהרי דבריהם ספק

<sup>46</sup> וזה מכריח דקושית הגמ' לעיל לימא מתני' דלא כסומכוס היינו כהאופן הב' שפירשנו לעיל, דאל"כ לא משני מידי ודוק. והא דהוצרך רש"י לרבנן לפרש טעם החלוקה הוא כמש"נ לעיל דאל"כ קשיא מסומכוס וליכא סיעתא מרבנן ודוק.

<sup>47</sup> ובכ"ז צ"ב למה לא פירש רש"י באופן הפשוט דבברי לא אמר מחמת כח המוחזק וממילא בעלמא המע"ה והכא חולקים בשבועה כמו לרבנן כיון ששניהם מוציאים ממוחזק. וצ"ל שסובר רש"י שהטעם שבעלמא בברי וברי לא אמר אינו משום כח המוחזק אלא משום דלא מקרי ספק כה"ג. וכך יש לדייק **מלשון רש"י בב"ק** [דף לה ע"ב ד"ה אמר סומכוס] שכתב שם בטעם המ"ד דאמרין גם בברי וברי משום דלבי דינא מספקי מאן אמר קושטא. עכ"ד ומשמע דהטעם דמ"ד דבברי לא אמר היינו משום דלא מקרי ספק וכן מבואר בתוס' רא"ש ותוס' ר"פ בסוגיין שכתבו 'ולרבה ב"ד הונא דאמר אמר סומכוס אפילו ברי וברי וכו' והא דקרו ליה ממון המוטל בספק לפי שהוא ספק לדיינים וכו' עכ"ל הרי דזה הנידון, וז"ל הסמ"ג (הו"ד בקונט' הספיקות כלל א' סק"א) ועוד כי סומכוס אינו אומר דבריו כי אם בספק שראוי להסתפק כהאי דשור שנגח את הפרה וכו' שאף לבעלי דינים הדבר בספק עכ"ל. אך לפי"ז קשה דאם כן אמאי במתני' דידן חולקים הרי בברי וברי לא אמר, וצ"ע י"ל.



הוא לב"ד עם מי מהם האמת כדין כל ממון המוטל בספק לב"ד שאין יכולין לברר האמת שחולקין, ולהכיא פריך נימא מתניתין דקתני דממון המוטל בספק דחולקין בשבועה דלא כסומכוס דאי סומכוס הא אמר חולקין בלא שבועה וכו' עב"ל הרי להדיא דהחלוקה הכא מדין ממון המוטל בספק היא ועיי"ש שכתב כן בדעת רש"י.

אך עיין בסוגיא בב"ב דף לה ע"א דפריך שם מארבא למחליף פרה בחמור ומשני דהתם איכא דררא דממונא דשם לכאורה אי אפשר לפרש כפירוש רש"י שהרי גם בארבא יש חסרון ממון וגם חזינן דהעדר דררא דממונא הוא סברא לא לומר חלוקה ועיין ברמב"ן [שמכח קושיא זו דחה פירוש רש"י]

ונחלקו בזה הרשב"א והריטב"א לדרכו של רש"י, הרשב"א כתב דשם יפרש רש"י כפירוש רשב"ם דיעויין ברשב"ם בב"ב שם שפירש דדררא ממונא הוא שייכות ממון דכ"א מהם הוא בעלים על הפרה המוכר קודם המכירה והקונה אחריה עיי"ש ופירש דאף רש"י יפרש שם כהרשב"ם ולשון מתחלף הוא וחסרון ממון הוא סברא רק בדיני שבועה וצ"ע דאם כן במקום דאין שייכות ממון לא עבדינן חלוקה ואמאי חולקים בשנים אוחזים ולכאורה להרשב"א שנים אוחזים אינו בגדר חלוקת סומכוס ודלא כרש"י עצמו בזה<sup>48</sup> ודעת הריטב"א בשיטת רש"י דגם שם לא חשיב חסרון ממון ומשום דמאן דאמר לן דבאמת של אחד מהם היא ולדבריו לא מסתבר דהחסרון ממון הוא סיבה לחלוקה אלא להפקיע סילוק דכל דאלים ודוק ובסוגיין מיירי לענין שבועה וכהרשב"א

שיטת תוס' בדין דררד"מ ראה בתוס' בסוגיין דדררא דממונא היינו בספק בלא טענותיהם ולדעת התוס' עיקר יסוד חלוקת סומכוס הוא מחמת הספק בלא טענותיהם ויעויין בתוס' לעיל בדף ב ע"א דבזה לא בעינן חלוקה יכולה להיות אמת ועיין בתוס' בב"ב דף לד ריש ע"ב<sup>49</sup> דבמקום דליכא ספק בלא טענותיהם אזלינן בתר המוחזק

ועיין בקצה"ח בסי' קנז סק"ג שהקשה ע"ד התוס' בב"ב שכתבו דכותל שבין שני שותפים הוי דררא דממונא והקשה מאי שנא משנים אוחזים בטלית עיי"ש ועיין בתוס' רבינו פרץ כאן שפירש דבשנים אוחזים אם היו שותקים הייתי אומר דשל שניהם הוא ויל"ע בארבא וצ"ל דכל שבלא טענותיהם היו בית דין מניחים שיש כאן בעלים ידוע לא חשיב דררד"מ ומשא"כ בכותל שותפים שהדבר רגיל שישתקע שם בעלים ממנו ולהכי מסתפקים בלא טענות ועיין עוד בקצה"ח בסי' קפח ח דדווקא מעשה שאירע בפני עדים חשיב ספק בלא טענותיהם עיי"ש וע"ע בנתיבות ומשובב שם ויל"ע בזה.

עיין בתוס' לקמן דף צז ע"ב ובדף קטז ע"ב שכתבו דלסומכוס בדררד"מ שניהם מוחזקים ולכאורה הכוונה דמחמת דשניהם מוחזקים ס"ל דחולקים ועיין בקוב"ש ח"ב סי' ט שפירש דלהפך דמחמת דין חלוקה הוו מוחזקין אך עיין בתוס' רא"ש שם שמשמע כמש"נ דמחמת המוחזקים חולקים ויל"ע שם בדברי התוס' ואכ"מ.

ובעיקר שיטת התוס' עיין בסוגיא הנ"ל בדף ו וצ"ע לדעת התוס' מאי קמ"ל התם לסומכוס דווקא הרי ליכא שם במילא דררא דממונא ולא שיאטיה סירכא בחלוקת סומכוס כלל ועיין שם ברש"י דסומכוס מיקל

<sup>48</sup> ויל"ע מדברי הרשב"א בב"ב דף ד שכתב דכותל שנפל בין שני שותפים חולקים מדין ממון המוטל בספק והתם ליכא דררא דממונא דשייכות ממון ועוד צ"ע מדברי הרשב"א בב"ב דף לד ע"ב דשם פירש כהתוס' דדווקא בספק בלא טענותיהם חולקים אמנם לא הזכיר שם ענין דררא דממונא ויל"ע בשיטת הרשב"א בזה וכן גם דעתו דספיקא דדינא הוי בכלל ממון המוטל בספק ושייכא בה חלוקת סומכוס כ"כ להדיא לקמן בדף לד ע"ב עיי"ש

<sup>49</sup> וצ"ע בדבריהם שם שהוכיחו דאם כן כל אדם ילך ויתבע חברו ויאמר לו טלית שאתה לובש שלי היא ותמוה דהתם ליכא ספק אף אחר טענותיהם ואי באמת חשוב ספק אמאי לא יחלקו ועיין ברשב"א שהוסיף בראייתם דאם כן לא שבקת חיי לכל בריה ודוד ויל"ע

בחלוקה ולדעת תוס' צ"ע הסוגיא אך עיין בתוס' בב"ק בדף לה ע"ב ועיין בתוס' רא"ש בסוגיין דמבואר שפירשו דזה גופא חידוש הגמ' דסירכא לאו כלום היא משום דבעינן ספק בלא טענותיהם וצ"ע דאם כן משמע דדווקא סירכא לאו כלום היא אבל אוחזים הוי ספק וזה הרי אינו וצ"ל דבאמת מצד המספק אין חלוק בין סירכא לאוחזין דאף היא אחיזת כרכשתא אלא דמוחזקות שכנגדו מפקיעתו אבל באוחזין נמי אלמלי דין מוחזקות אין כאן מספק בלא טענותיהם וזה דגופא חידוש הגמ' בסירכא וצ"ע בזה ודוק ועיין **שם בתוס' ר"פ שפירש הגמ' שם באופן אחר עיי"ש.**

**ואיכא לעיונא בסוגיין,** לדעת התוס' דדווקא בדררא דממונא היינו ספק בלא טענותיהם לא אזיל סומכוס בתר מוחזק ואם כן מאי פריך כלל מהתם להכא דחולקים בלא שבועה הרי שם מכח הדררא דממונא חולקים, **ולעיל העתקנו** לשון הראב"ן שכתב דחלוקה דידן מדין ממון המוטל בספק וכו' ולהכי פריך מסומכוס וכו' ונראה דזו כוונתו דאי הכא אינו מדין ממון המוטל בספק אין מקום להקשות מסומכוס. **וצ"ל להתוס'** דקושית הגמ' היא דאף דהם ב' דיני חלוקה מ"מ סו"ס אמאי גבי שבועה שניא הכא מהתם ועיין בתוס' ר"פ בריש הסוגיא. **אבל צ"ב** מאי פריך ואלא מאי רבנן וכו' הרי הכא בדליכא דררא דממונא אין שום חילוק בין רבנן לסומכוס, וצ"ל דמ"מ מצינו לרבנן שמאלימים כח המוחזק ואם כן לדידהו הכא לא יחלוקו כדעת רש"י, אך לפי הר"ח והרשב"א צ"ע, וצ"ע שהתוס' רא"ש הסובר כתוס' ביאר כהרשב"א וקשה דאי מדין מוחזק י"ל המע"ה ולא יצטרכו שבועה אם כן מודה בזה סומכוס, ושם הגמ' בס"ד סברה שסומכוס פוסק חלוקה אף בלא דררא דממונא אך בתוס' רא"ש [ד"ה אמר וכו'] לא משמע כן וצ"ע.

**בגמ' האי מאי וכו' דלא תפסי לה תרומהו וכו'** ראה בתוס' שהביאו אית דגרסי וכו' **ועיין בתוס' ר"פ וגרסת הר"פ בגמ' היא 'התם דליכא דלמימר דתרווייהו אמרי רבנן המוציא מחברו עליו הראיה' ולגרסא זו תירוץ הגמ' דהתם אין החלוקה יכולה להיות אמת וכמו דמשני לעיל מבין ננס ולקמן מדרבי יוסי ומבואר כאן חידוש עצום דאם החלוקה יכולה להיות אמת מודים רבנן לסומכוס דחולקים וצ"ע.**

**וראה להלן בר"פ שגם בהמשך הגמ' גרסתו 'אא' סומכוס השתא ומה התם דליכא דלמימר דתרווייהו הוא אלא דחד מינייהו וכו' ופריך דאם התם חולקים אף דאינו יכול להיות אמת ק"ו כאן ולזה משני דררא דממונא ובדברי הר"פ אלו יש לבאר דברי התוס' לעיל בדף ב ע"א שכתבו דלסומכוס היכא דאיכא דררד"מ חולקים אף שאינה יכולה להיות אמת ותמוה מאוד אמאי נקטו דווקא סומכוס, ולגרסא זו הרי מפורש כן בגמ'. **וכן עיין בתוס' רא"ש לקמן** בדף ג ע"א ד"ה השאר וז"ל השאר יהא מונח עד שיבוא אליהו ואפילו לסומכוס אין חולקין דליכא הכא דררא דממונא שלא היה לו לנפקד להסתפק עכ"ל ומשמע להדיא דדווקא לסומכוס הוא כן ולגרסת הר"פ זה גופא מבואר בכל המו"מ בגמ' כאן דלרבנן חולקים דווקא ביכולה להיות אמת ולסומכוס היכא דאיכא דררד"מ חולקים אף באינה יכולה להיות אמת ודוק.<sup>50</sup>**

ויש להעיר כי גרסא זו שהובאה בתוס' ותוס' ר"פ מתפרשת רק לדרכו של רש"י שקושית הגמ' היתה לבטל החלוקה ודוק ואם כן יש כאן סיעתא לומר דהתוס' פירשו כרש"י ולא כתוס' רא"ש ורשב"א ודוק.

<sup>50</sup> וצריך להוסיף דלגרסא דידן לא שנא ומה שנקטו התוס' רא"ש והתוס' סומכוס הוא משום דלסומכוס הוא ודאי כן וצ"ע אך לפי כל זה יוצא לגרסא זו דרבנן מודים לסומכוס בחלוקה יכולה להיות אמת וזה חידוש עצום וצ"ע ואלמלי דיוק לשון התוס' לעיל והתוס' רא"ש היה אפש"ל בפשיטות דשמתרץ הגמ' דהתם איכא דררא דממונא חוזרת בה מסברא זו ודוק וצ"ע ועוד יש להקשות מלקמן ריש הבית והעליה דפריך התם ולחזי ברשותא דמאן קיימא ועיי"ש בתוס' דמבואר דהוי דררד"מ ואם כן מאי פריך הרי החלוקה שם יכולה וקרובה להיות אמת וצ"ע

דף ג ע"א

בגמ' האי מאי א"ב רבנן התם דודאי האי מנה דחד מינייהו אמרי רבנן יהא מונח וכו' דע דנחלקו רבותנו הראשונים בביאור מהלך הגמ', ותורף המחלוקת היא בדעת התוס' היא דתי' הגמ' לרבנן ולרב יוסי שני תירושים נפרדים הם וממילא להלכה אין כלל מקור לענין ודאי רמאי ומכח זה הקשו התוס' בב"ב על הריב"א, ואולם דעת הראשונים היא דתירוצ' הגמ' אחד הוא בין לרבנן ובין לרבי יוסי דחולקים רק בדליכא ודאי רמאי.

ומזה נולד הברל יסודי בין התוס' לראשונים, שהתוס' הסכימו עם פירוש ר"ת דאוחזים שאני ונקטו לדינא דחולקים אף בודאי רמאי [לעיל ב ריש ע"ב] ועל פי הריב"א הקשו [בתוס' ב"ב] דהרי רק לרבי יוסי מסקינן דתליא בודאי רמאי, אבל הראשונים נתקשו להיפך בדעת הר"ח שתירוצ' דאוחזים שאני ומדוע לא תירץ דהתם איכא ודאי רמאי [דלשיטתם אף לרבנן תליא ברמאי וכו"ל] ולכן תירץ הרשב"א שהיא מחלוקת הסוגיות לדעת הר"ח, והר"ן כתב וכו"נ מדברי הרמב"ן שהר"ח נתקשה משום דארבא מיירי בכל גווני ואף במציאה דליכא ודאי רמאי.

ועיין היטב בתוס' ר"פ כאן שהעמיד את שתי השיטות ומחלוקתם והוכיח מלשון הגמ' מדנקט לפי רבנן דאיכא למימר דתרווייהו ולפי רבי יוסי דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה כפירוש התוס'.<sup>51</sup>

והרע"א [לעיל בדף ב] תירץ קושית התוס' על הריב"א וכתב דאחר תירוצ' הגמ' לרבי יוסי אף לרבנן תליא בודאי רמאי וזו מסקנת הסוגיא, ויל"ע בזה, דתי' הגמ' לרבי יוסי הוא לומר דלא קניס אלא בודאי רמאי אבל לרבנן דטעמייהו לא משום קנס מהיכי תיתי דתליא ברמאי, וצ"ע.

ויש לדון דאף לרבי יוסי עצמו לכאורה נראה דלא פליג ארבנן בעיקר דין מנה שלישי ומודה להו דבמנה שלישי יהא מונח מדינא אלא דסובר דבעינן להניח אף המנים האחרים מדין קנס, ולפי זה אפשר דאף לרבי יוסי בעינן לטעם דחלוקה יכולה להיות אמת כלפי המנה שלישי עצמו, וראה בתוס' שהוכיחו דלמסקנא קניס רבי יוסי אף בדליכא פסידא לרמאי מדפריך מחנווני על פנקסו ועיין במהדו"ב שהקשה על דבריהם דליכא ראייה מהגמ' כלל דודאי דרבי יוסי במנה שלישי עצמו מודה דמדינא הוא וי"ל דבגמ' להלן פריך ארבי יוסי כמו דפריך לרבנן על המנה עצמו. ואפשר דמוכח מהתוס' דרבי יוסי חולק על רבנן ולדידיה אף המנה שלישי קנס הוא וצ"ע.

**[הרחבת דברים בגדר ודאי רמאי לפירושי הראשונים עיין ברשב"א ובריטב"א שנתקשו בסוגיין מדוע אחר דמשני לרבנן דתליא בודאי רמאי חזרת הגמ' ושואלת מרבי יוסי, ותירצו דלרבנן אינו משום שקונסים את הרמאי אלא דסברה הגמ' דאין לעשות חלוקה היכא שבודאי אתה מפסיד את האחד אבל אם יכולה החלוקה להיות אמת חולקים ואפשר שיצא דיננו לאמיתו של דבר' [לשון הרשב"א] וקשה טובא דמזה נראה שהבינו הרשב"א והרשב"א דתי' הגמ' לרבנן -וממילא גם מסקנת הסוגיא- דתליא בחלוקה יכולה להיות אמת וכהתוס', אך זה נסתר מכ"ד הרשב"א בסוגיין, דלעיל [בדף ב ע"א] הקשה על הר"ח דהרי בארבא יש ודאי רמאי ומדוע הוצרך לחלק מאוחזים, וקשה דאי לרבנן לא תליא ברמאי היאך הקשה על הר"ח מרבי יוסי דלא קיי"ל כוותיה, ועוד דלעיל [בדף ב ריש ע"ב] פירש דברי רש"י גבי אני ארגתיה שמקור דבריו הוא מדמסקינן אף לרבנן דתליא בודאי רמאי ולא השיג עליו כלום בדבר זה אלא מכח מסקנת הסוגיא בב"ב, וכן לקמן [בדף ח ע"א] נתקשה הרשב"א אי המגביה מציאה לחברו לא קנה חברו אם כן לא מתקמא מתני' כרבי יוסי ורבנן והביא תירוצ' הראשונים דכיון שאפשר שהגביהו שניהם ביחד אף שלא זכו בה מ"מ אין כאן רמאי הרי להדיא דתליא ברמאות. וכן קשיא בדברי הריטב"א מדבריו כאן לדבריו בדף ח.**

<sup>51</sup> ולא דייק בפשיטות ממה שנקט לשון רמאי וודאי רמאי רק לרבי יוסי דהרי לישנא דמתני' נקט דרבי יוסי אמר מה הפסיד הרמאי ולזה פרכינן דנקנס הכא ומשני דקנס רק בודאי רמאי ופשוט

**ועיוין להלן בריטב"א** שכתב דאף לרבי יוסי י"ל דאני ארגתיה לא חשיב ודאי רמאי כיון דאפשר ששניהם ארגוה או לקחוה ואינם טוענים, וכתב 'וכ"ש לרבנן דקיי"ל כוותיהו שאין טעם שלהם משום קנס ממש אלא דכיון דכלה מנה של אחד מהן ודאי אין לדון בו דין חלוקה וכו' **והדברים צ"ב** דלהאמור לעיל בדבריו דטעמם משום חלוקה יכולה להיות אמת מהו שכתב הכא דאינו קנס 'ממש' הרי אינו קנס כלל, **גם עצם הסברא** שכתב לרבי יוסי צ"ב טובא דסו"ס ודאי רמאי יש כאן. **ועיון בר"ן** שכתב כן כהריטב"א וכתב דבאופן שהדין מרומה מחמת עצמו אז אין חולקים אבל באני ארגתיה אין הדין עצמו מרומה וחולקים.

**ולעיל בדף ב נתבאר** מיסודו של הביה"ל דלדעת הריב"א בעינן חלוקה יכולה להיות אמת על פי טענותיהם, ולכאורה יש לבאר בזה דברי הרשב"א דזהו יסוד הדין לרבנן, ולכן באני ארגתיה לדעת רש"י יהא מונח כי אינה יכולה להיות אמת, **אך צ"ע** לשון 'ודאי רמאי' שכתבו הראשונים שאינו ענין לרמאות כ"כ, **ועוד קשה** שהביה"ל כתב לפי זה ליישב קושיות התוס' בב"ב על הריב"א לדבריו מאי פריך אארבא ממחליף פרה בחמור ושני שטרות הרי התם ליכא רמאי ותירץ הביה"ל דהתם אינו יכול להיות אמת, **אך יעיוין ברשב"א לעיל** [בדף ב ריש ע"ב] שהקשה על רש"י מקושת הגמ' משני שטרות, **ומוכח מזה להדיא** דאינו תלוי בחלוקה יכולה להיות אמת אלא ברמאות בלבד, **וכן משמע** מקושת הראשונים לקמן בדף ח עיי"ש ודוק.

**ומכ"ז נראה** דאין כוונת הראשונים לסברת התוס' דבעינן חלוקה יכולה להיות אמת ואף לא כדרך הביה"ל דבעינן אמת ע"פ טענותיהם, **ושמענו לפרש בזה** דגדר דין ודאי רמאי לסברתם הוא שלא ניתן לרמאי מה שאינו שלו מכח רמאותו, ולכן אי פסקינן החלוקה מכח טענותיהם [והיינו שכלפי חצי טלית אנו מקבלים טענת האחד וכלפי החצי האחר טענת השני] באופן דרמאות נמצא שזכה הרמאי מכח רמאותו, ולזה סברו הראשונים [בתחילת דבריהם] דאני ארגתיה הוי ודאי רמאי דלצד שהם לא טענו אנו לא חיישינן ואם אתה חולק מכח טענותיהם יש כאן רמאי וזו סברת הרשב"א והריטב"א בדעת רבנן. **ולפי זה** בשני שטרות פשיטא שיחלוקו שהרי טענותיהם שמא ואין אנו חולקים מכח הרמאות כלל ודוק. וחידשו הריטב"א והר"ן דאפשר לדון חלוקה מצד דשמא ארגוה שניהם וזה לא חשיב ודאי רמאי כיון שאין אנו נותנים להם מכח הטענות ודוק. **ועיון היטב בריטב"א** הנ"ל בדף ח ודוק.

**יעיוין ברשב"א** [ד"ה אפי' תימא ר"י וכו'] שביאר דלדעת הרי"ף והר"ח דס"ל דאפי' היכא דאיכא ודאי רמאי אמרי' יחלוקו בשבועה, ונתקשה בדבריהם מסוגיין, **ויסד הרשב"א** שנחלקו הסוגיא דהכא והסוגיא בדף ה, עיי"ה בדבריו כאן ובדף ב ע"א **ועולה מהם דארבע מחלוקות יש בין סוגיא דהכא לסוגיא בדף ה**: (א) דלסוגיא דהכא גם במנה שלישי איכא אוחזין ולמסקנא אינו כן. (ב) ומכאן זה סוגיא דידן סוברת דבודאי רמאי אין חולקים וסוגיא דלקמן פליגא דחולקים בודאי רמאי, וכן הלכתא. (ג) דסוגיא דהתם סברה דכמי שנחלקה דמי וסוגיא דהכא פליגא בזה. (ד) לסוגיא דהכא טעם השבועה הוא משום החלוקה ולסוגיא דהתם אין צורך לשבועה אלא משום התקנה.

**ושמענו לפרש** מהלך הדברים להרשב"א דהמקשן דידן לא נחית לסברא דכמי שנחלקה בלחוד וס"ל דהם אוחזים בעלמא ועדיין לא נחלקה ופריך משליש דגם התם אוחו בשביל שניהם ומשני ודאי רמאי וכו' ולדידיה טעם השבועה מחמת החלוקה כיון דעדיין לא כמי שנחלקה, אך למסקנא הרי היא כמי שנחלקה ואם כן ליכא לאקשווי משליש דהתם לא כמי שנחלקה דמיא, וגם תי' ודאי רמאי אינו נכון דאי כמי שנחלקה לא איכפת לן בודאי רמאי וגם אין טעם לשבועה ולהכי פריך כיון שזה תפוס ועומד וכו'.

**והרשב"א בתחילת דבריו** הקשה דאי נקטינן דתרווייהו בהדדי הדדי אגבהוה אם כן היאך קאמר רבי יוחנן שלא יהא כ"א הולך ותוקף עיי"ש והדברים צ"ב דאטו אמר רבי יוחנן שהבא לפנינו תוקף הרי עם התקנה קאמר דתקנו כדי שלא יתקוף ואנו כד פסקינן תלינן לתרווייהו חזקת כשרות, וצ"ע. **עוד קשה** דאפשר דספק הוא קמן אי תקף או לא וחולקים שמא לא תקף ומשבעינן שמא תקף, וכזאת תירץ הריטב"א לקמן בדף ח על קושת הרשב"א **וצ"ע סברת הרשב"א בזה**.

ובעיקר מהלך הרשב"א בסוגיין יש להעיר ע"ד שפירש כן בדעת הרי"ף, דיעויין ברי"ף בדף א ע"ב שכתב דמתני' דאוחזים הוא דוקא במציאה אבל במקח וממכר מיירי גם כשהטלית ביד המוכר באופן דלא ידע המוכר של מי מהם היא, וקשה דאם כן כה"ג נימא יהא מונח דלאו כמי שנחלקה דמיא ויד מוכר לא עדיפא מיד שליש וצע"ג.]

בגמ' בין לרבנן ובין לר"י התם גבי חנוני על פנקסו וכו' אליבא דאמת זוכים שניהם מהבעה"ב משום דכ"א תבע ליה ומפסיד הבעה"ב לכ"א מהם, וצ"ב קושית הגמ' דנימא יהא מונח הרי כ"א מהם תבע להבעה"ב לדינא, [ולר"י דהוא קנס י"ל אך לרבנן צ"ב מה הקושיא] ויעויין בשטמ"ק שפי' דהמקשה תרתי קשיא ליה מדוע נותן הבעה"ב לכ"א ועוד דנימא יהא מונח, וכן משמע מדברי הרמב"ן במלחמות בסוף פ"ז דשבועות דסוגיא דהכא נתנה הטעם לעיקר הדין דנוטל, וכ"מ בריטב"א כאן, ויעויין בשיעורי הגרש"ר אות לט בביאור הא דס"ד דא"צ ליתן לכ"א כמסקנת הגמ'. ויל"ע דלרבנן אמאי לא נימא כדא"ג דמ"ש מההיא ארבא. ויעויין בריטב"א שכתב דכיון דהממון ביד בעה"ב דמי למנה שלישי שהמנה ביד שליש ולא מפקינן לומר כדא"ג.

ויל"ע לדעת התוס' דלרבנן תליא בחלוקה יכולה להיות אמת אם כן הכא אפשר שפרע לו החצי והל"ל להגמ' לאקשווי דהתם יחלוקו ולא שיהא מונח, ועיין בשטמ"ק בשם גליון שבתו"ד תירץ קושיא זו וכתב דהכא אינם אוחזים ולכן לא יחלוקו, נואין לומר שהבעה"ב תופס בשביל שניהם דהוא טוען שכבר נפטר מחיובו ופשוט]

בגמ' אמרי התם היינו טעמא וכו' יעויין בריטב"א שפי' דכוונת התי' דהחנוני והפועלים אין להם תביעה זה עם זה וכ"א תובע לבעה"ב ומש"ה חייב לכ"א. וכתב הריטב"א דמדינא היה כ"א מהם נוטל בלא שבועה מדין בוש"ש וא"י אי פרעתיך אלא דחכמים תקנו להם שישבעו, וכ"כ הריטב"א גם לעיל בסוגיא דבן ננס. וכ"כ הבעה"מ סוף שבועות. אבל הרמב"ן [במלחמות בשבועות דף ל בדפי הרי"ף] והרשב"א [בריש כל הנשבעים] כתבו דהפועלים נוטלים מדינא אבל כלפי החנווני הוי איני יודע אם נתחייבתי. ובביאור דעת הריטב"א והבעה"מ יעויין קצוה"ח ריש סי' צא ואכ"מ.

תני רב חיאי וכו' ותנא תונא וכו' יש לעיין בדמיון למשנתנו, דהכא שכל אחד תפוס בחציה מדוע נקטה הגמ' דחברו תובע אותו במאה והעדים מעידים על חמישים והוא אינו תובעו אלא בחמישים שהלה מוחזק בהם, ומוכח מזה דכ"א מהם חשיב תפוס בכולה ותובעו על מה שתופס ומעכב כל הטלית לעצמו, נואין זה קשור בהכרח לנידון האם כ"א מוחזק בחציה או בכל] ואמנם אפשר לדון דאף שתובעו לסלק תפיסתו מ"מ לא חשוב הלה נתבע בכך ושבועתו נוטלית היא, ועיין ברשב"א שכתב דהגמ' יכלה לדחות הראיה מהמשנה דהכא לא שייך שבועה דאורייתא דנוטלים הם וראה מש"כ לעיל בדף ב' בסתירת דברי הרשב"א ובדברי הראשונים בזה.

ועיין ברע"א שהקשה דלפי המבואר בסוגיין אם כן היכא שתהיה בשנים אוחזים הודאה ממש יתחייב שבועה דאורייתא אף למסקנא, ואם כן בזה אומר כולה שלי וז"א חציה שלי נמצא האומר חציה שלי מוב"מ, ונמצא שהוא מחוייב שבועה על חציה והיה ראוי שישבע על חצי ויטול רבע, ואילו במתני' מבואר דנשבע רק על הרבע, וקשה דאם כן הרבע שאותו אינו נשבע עליו מפסידנו ככל מוב"מ דאמרינן ליה שבע או שלים, והשתא כיון דהאומר כולה שלי נוטל גם הרביע כיון שלא נשבע השני אם כן צריכים לחלוק הרביע הנותר ביניהם מדין יחלוקו.<sup>52</sup> והניחה הרע"א בצע"ג [וע"ע בכו"ח מש"כ ליישב בזה]

<sup>52</sup> ותלה הרע"א נידון זה במחלוקת הרמב"ם והרא"ש בדין סימנים וסימנים וע"א דקיי"ל דיניח ודעת הרמב"ם דפטור משבועה ודעת הרא"ש דחייב זה שהעד מכחישו לישבע שבועת התורה ואז יניחו האבידה בבי"ד, וביאר הרע"א דפליגי אי במקום שלא יקבל הממון שנתחייב עליו שבועה אם צריך לישבע דדעת הרמב"ם דאינו נשבע כיון דבלא"ה לא

אך יש לדון בה טובא דבאומר חציה שלי אינו תופס ומעכב כלל בחציה השני ואינו מודה בממון כלל שהממון הזה אצל חברו הוא ודוק. ועוד יש לדון לפי מה שיסד הנתיחה"מ [סי' פז סק"א] דהתובע את חברו בממון שאינו פקדון ולא הלוואה אלא נכנס מאליו לרשותו והלה מודה לו לא חשיב הודאה ועדיף אף מהילך דאין כאן חוב גוף עליו כלל, וה"ה הכא ודוק.

ותנא תונא וכו' עיין ברשב"א שכתב דבהכרח לא מיירי שמעידים העדים שלוה חמישים ויודעים שעדיין לא פרעם דאם כן נמצא שהם מעידים על שעבוד קרקע ואין חייב שבועה על זה. וכתב דמיירי באופן שהוא אומר לא לויתי והעדים מעידים שलोה נמצא חיובו מדין כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי וחיוב זה אינו גובה מלקוחות [שאין מחוייבים על סמך הודאתו] ולא הוי כפירת שע"ק. [והנה בציור כזה לכאורה נראה שחיובו מורכב מהודאת פיו והעדאת עדים יחד שפיו מחייבו שלא פרע והעדים מעידים שलोה נמצא שידיעת הבי"ד היא מכח צירוף פיו והעדים ובעינן למילף העדאת עדים מפיו כדי לחייבו כה"ג שאל"כ א"א לחייבו מכח מודה במקצת שסו"ס מכח הודאתו בלחוד אינו מתחייב ודוק] ועיין בריטב"א שכתב דזה האופן דומה יותר למשנתנו שאין כאן העדאת עדים ממש אלא דאנ"ס שלא פרעו, ודבריו צ"ב דכלפי הפירעון לכאורה יש כאן הודאת בע"ד גמורה ואפילו יאמרו העדים פרעתי מחוייב לשלם. וכלפי נידון ההלוואה יש כאן העדאת עדים גמורה שलोה וכו"ל, וצ"ע.

ובעיקר חידוש הגמ' דאנ"ס דמשנתנו דמיא להעדאת עדים צ"ב טובא דאף אם יש כאן אנ"ס וחזקה גמורה אבל סו"ס אינו עדים אלא חזקה, וקלישא מעדים ואילו יבואו עדים ויעידו שהטלית של אחד מהם הרי הם נאמנים נגד האנ"ס ומדוע נחייבו שבועה מדין העדאת עדים. אך מדבריו ראשונים ואחרונים נראה שיסוד המחייב שבועה כאן אינו החזקה המבררת לבי"ד אלא מה שבי"ד פוסקים מכח החזקה זה גופא חשיב כהעדאת עדים כאילו יודעים הבי"ד האמת וכמו שיתבאר.

דהנה דנו ראשונים ואחרונים בכמה אופנים שמתחייב הנתבע בחמישים מתוך טענותיו אם יש לחייבו בזה מדין מודה במקצת או מדין העדאת עדים או דאינו חייב שבועה, וכמה שיטות בדבר כמו שיתבאר. עיין ברמב"ם [פ"ד מגזילה הלכה יז] שהביא י"א דהיכא שתבע האחד את חברו במנה והביא ע"א על חמישים והנתבע אינו יכול לישבע על החמישים - דמשלם חמישים מדין מתוך - [כגון שהעד מעידו שחטפם והוא אומר אין חטפי ודידי חטפי דזה דין נסכא דר"א דמתושאי"ל] נשבע על השאר מדין מודה במקצת, והרמב"ם חולק על דבריהם וסובר דאינו נשבע שלא הודה אלא כפר.

והרמב"ן בשבועות [הו"ד בר"ן בדף כד סוע"א מדפי הרי"ף] כתב כהרמב"ם ומיירי בציור שתובע מנה חמישים הלוואה וחמישים מתביעת חבלה, והלה כופר הכל, והתובע נאמן לישבע וליטול החמישים של חבלה

---

יקבלנו ודעת הרא"ש דצריך מ"מ לישבע. ולפי זה אף הכא לדעת הרמב"ם לכתחילה חייב לישבע על הרבע בלבד כיון שאותו מקבל אך לדעת הרא"ש צריך לישבע על כל החצי והוי בדין מתוך.

והקצה"ח בסי' רכב כתב דאף להרמב"ם נשבע [ודן באופן דשנים אוחזים בטלית והעד מסייע לאחד מהם דאם ישבע השני רק על חציה יטול רביע דעד כאן לא פליג הרמב"ם אלא באופן שאינו מקבל כלום [כגון בסימנים] אבל כשמקבל הרביע חייב לישבע על כל החצי.

אך בעיקר הבנת הרע"א והקצות בדעת הרא"ש עיין בגרש"ש בסי' א שביאר דלא נחלק אדם מעולם דאינו מחוייב לישבע אלא על מה שמקבל בדינו אך הרא"ש סובר דמה שמקבל החפץ ליניח גם זה חשוב זכיה וקבלה מסוימת של החפץ ואם ברצונו ליזכות בו לענין זה שיהיה מונח ולא ינתן לשני חייב לישבע שבועת התורה ולכן בסוגיין אין כלל שבועה על הרביע שאינו מקבל ודוק.

[מתקנת חכמים שנחבל נשבע ונוטל] וכתב הרמב"ן דכה"ג לא חשיב מודה במקצת כיון שלא הודה אלא הבי"ד מאמינים לתובע ליטול בשבועה.<sup>53</sup>

**ויעוין בר"ן שם** [דף כד ע"ב מדפי הרי"ף] **שהשיג עליו** וכתב דאם נשבע התובע על החמישים דחבלה חייב הנתבע שבועה על החמישים דהלוואה 'דהיינו דרבי חייא קמייא מנה לך וכו' והעדים מעידים וכו' והכא נמי אנן סהדי דחמשין דחבלה אית ליה גביה כיון שכבר נשבע וכו' ונחבל שנשבע אנו עדיו. **עכ"ל**. **ומבואר מדבריו** דמה שאנו פוסקים הדין כדברי התובע זה גופא חשיב כהעדאת עדים, [ומשמע שלא דין הר"ן שהתובע שתקנו להאמינו הוא ניהו כשני עדים אלא הבי"ד הם העדים ודוק] **ואפשר** דזו סברת הגאונים המובאים ברמב"ם הנ"ל שפסקו דחייב שבועת מוב"מ ואפשר דכוונתם להעדאת עדים וכסברת הר"ן, וכן נקטו אחרונים בכוונת דבריהם.

**וקרוב לזה נמצא בתשובת הרשב"א ח"ב סי' רמו** לגבי מי שנתחייב מס לעשרים שנה והנתבע טוען שעשר מתוכם שילם ועשר אינו חייב לשלם מחמת איזו טענה, ודין הרשב"א שטענתו אינה טענתו ומתחייב בעשר הללו מתוך דבריו [ונמצא שזה כפר בכל אך מתוך דבריו נתברר חיובו על עשר] וזה לשונו מסתברא לי שמשלם מס העשר שנים האחרונות ונשבע על השאר כדין מודה מקצת. דאף על פי שהוא רוצה לכפור בכל ואומר שאינו חייב לו כלום, מכל מקום כיון שהוא מתחייב מתוך טענותיו במקצת הוה ליה כמודה במקצת. ודייקנה לה מדר' חייא קמייא מדאמר' התם ותנא תונא שנים אוחזין בטלית. והא הכא, דמאי דתפיס האי, ידיה הוא. וכו' וקתני זה נשבע וכו' עכ"ל, **ובפשוטו היה נראה שהרשב"א סובר כהר"ן דכל חיוב בי"ד מחייבו שבועה כהעדאת עדים**.

**ואולם יעוין בש"ך** [סי' עה סק"ט] **שכתב** דאף לדעת הרמב"ם הסובר דמתחייב בבי"ד לא חשיב כהעדאת עדים כ"ז הוא באופן שחייבוהו הבי"ד שלא מכח ידיעה ברורה [כגון במתוך ובנחבל שנאמן ליטול] אבל באופן שחייבוהו הבי"ד מכח ידיעה ברורה כגון שהסכים הנתבע לכל העובדות המחייבות אותו ממון אבל כפר בממון מחמת שטעה בדין וסבר שהוא פטור, כה"ג לכו"ע ידיעת הבי"ד כהעדאת עדים דומיא דאנן סהדי דמתני'. ולכן בציור זה של הרשב"א לכו"ע איכא דין העדאת עדים.<sup>54</sup>

**ויעוין בקצה"ח** [שם בסי' עה סק"א] שחולק על הש"ך וסובר שכל פס"ד יש לדנו כהעדאת עדים מכח ידיעת בי"ד בחיובו **וביאר בטעמו של הרמב"ם** [הפוסט משבועה] דכמו שיש פס"ד לטובת התובע בחמישים ה"ה דיש פס"ד לטובת הנתבע בחמישים האחרים ולכן פטור משבועה, והוי ממש כתי' הגמ' בסוגיין דכי היכי

<sup>53</sup> ועיי"ש ברמב"ן דהיכא דאמר חמשין לא לויתי וחמשין לויתי ואיני יודע אם פרעתיך כה"ג הוי מודה במקצת כין שמתחייב מתוך טענתו. וצ"ב דסו"ס הוא לא הודה ומתחייב מכח חזקת חיוב וא"ס מוציא מידי ודאי ומאי עדיף מנאמנות התובע וצ"ע.

<sup>54</sup> ויעוין בתשובת הרשב"א ח"ב סי' רו ששם דין בנידון הרמב"ם והגאונים היכא דנתחייב בחמישים בדין מתוך וכתב דאינו מתחייב מדין מוב"מ, והוסיף בזה הרשב"א ביאור דאשר יאמר כי הוא זה כתיב ובעינן שיודה בפירוש ולא שיתחייב מתוך טענותיו. ואלא דין הרשב"א כלל לחייבו משום העדאת עדים ומתפרש היטב לדברי הש"ך כיון שאין כאן ידיעה ברורה של הבי"ד]

ואולם צ"ע בזה בסתירת דברי הרשב"א שבתשובה ח"ג סי' עה דין במי שכפר בכל ובחלק מכפירתו טעה בדין [ומיירי באופן ששילם עבור המלוה רבית קצוצה וסבר שיכול לתבוע המעות הללו כנגד חובו וטעה בדין] ושם כתב הרשב"א לפטרו מה"ט דאשר יאמר כי הוא זה כתיב ובעינן שיודה בפירוש ולא שיתחייב מתוך טענותיו, והשתא קשיא טובא דנידון זה דומה לגמרי לדברי הרשב"א בתשובה שהובאה בפנים ומדוע לא יתחייב מדין העדאת עדים, ועמד בזה הש"ך שם והעמיד דברי הרשב"א אלו באוקימתא אחרת עיי"ש אך כפה"נ שלא היה לפניו תשובת הרשב"א אלא מה שהובא בשמו בב"י, אבל בתשובה בפנים מפורש המעשה כמש"כ וצע"ג.



דאית ליה אנן סהדי להאי וכו' וה"נ הכא לזה יש פס"ד ולזה יש פס"ד. ולכן להס"ד דסוגיין באמת חייב שבועה כה"ג דומיא דמתני' אך לתי' הגמ' אינו כן.<sup>55</sup>

**והתוס' לעיל** [בדף ב ע"א] הוכיחו דבשנים אוחזים בטלית חשיב דיש לכ"א החצי ממה דאיתא בסוגיין דאנ"ס, **ולדברי הקצות צ"ב ראיתם** שהרי הכא מחמת הפס"ד חשיב כעדים ואין נ"מ מכח מה פסקו הבי"ד, [ולדברי הש"ך מתפרשת ראיתם דרק פס"ד מכח ידיעה חשיב כעדים אלמא הכא הוא ידוע לנו שהטלית של שניהם] **ועוד קשה** דאם כן להס"ד דגמ' דהפס"ד חשיב כעדים אם כן בחלוקת סומכוס נמי ישבעו שניהם. **ועיין בשיטמ"ק** [ד"ה תנא תונא וכו' בשם מורו] שהקשה דלר"ח קמיינתא נימא מתני' דלא כסומכוס וכפה"נ שהבין כהקצות וזו קושייתו וצ"ע. [גם בעיקר דברי הקצה"ח דהבי"ד הם העדים - ובעיקר הדברים נראה כן מדברי הר"ן הנ"ל - צ"ת מדוע חשיב פסק דין כעדים הרי ענין פיו ועדים הוא שנאמנים לברר חיובו על החמישים, וכל פירוכות הגמ' להלן נסובו על כך נאמנות פיו ועדים, ואילו הבי"ד אין להם ידיעה ונאמנות כלל אלא שהם פוסקים על פיו ועל פי העדים והחזקות, ואם כן מהיכי תיתי לדון פס"ד כהעדאת עדים, ואף דברי הש"ך בזה צ"ב דסו"ס אף במקום שהבי"ד פוסקים מכח ידיעה לא הם העדים אלא פיו או העדים או החזקה שגרם לפס"ד ואילו בדברי הש"ך מבואר להדיא דהבי"ד הם הם העדים, וצ"ב שהם אינם יודעים כלום ואי כח הפס"ד גופו חשיב כעדים אם כן אף בפס"ד שאינו מחמת ידיעתם נימא כן וצ"ע בכ"ז]

**בגמ' מאי שלא תהא הודאת פיו וכו' קושית הגמ' צ"ב** דודאי בעינן לק"ו דסו"ס בתורה מודה במקצת כתיב ולא העדאת עדים, **ועיין בתוס' רא"ש וכו' בשיטמ"ק בשם הרשב"ץ** ומורו שביארו דקושית הגמ' על לשון התנא שאמר 'שלא תהא וכו' דמשמע מזה דאלמלי הק"ו היה סברא וטעם לחייב בהודאה יותר מהעדאת עדים. **אבל הריטב"א פירש** דקושית הגמ' מדוע בעינן לק"ו כלל, **וצ"ב**. [ואין לפרש דאלמלי הך סברא היינו לומדים במה מצינו, דאם כן בכל מקום דכתיב ק"ו תקשי לן דנילף בבמ"צ, אך פשוט דעדיף למילף בק"ו] **ואפשר** דאלמלי הך טעם דהודאת פיו גדולה היינו מפרשים קרא דמוב"מ על כל אופן שנתחייב בממון במקצת ולא על מודה בלחוד וצ"ע.

**בגמ' מפני מה אמרה תורה מודה וכו' דע דארבעה דרכים יש בביאור השאלה מפני מה וכו'** [ויתבארו כולן להלן באורן] **א) דעת רש"י** דהקושיא משום משיב אבידה - לדרך הפנ"י שאין כוונתו לדין מגו- **ב) דעת התוס'** **ועוד ראשונים** דקושית הגמ' דליהמניה במגו דכופר הכל. **ג) ברמב"ן הובא פירוש** וכן במאירי בכמה מקומות שקושית הגמ' היא מפני מה נפטר כופר הכל, ומסתבר שכך מתפרש הסוגיא לשיטת רש"י בב"ק. **ד) פירוש הר"י מיגאש בשבועות** אפשר שפירש דקושית הגמ' ליתן טעם אמאי מוב"מ חייב כלל שבועה. **ויתבאר בכ"ז להלן בע"ה**.

**שיטת רש"י** **רש"י בסוגיין פירש** קושית הגמ' מפני וכו' יפטר משום דהוא משיב אבידה, **וכתב הפנ"י** דאפשר דלא רצה לפרש רש"י משום מגו [וכהתוס'] משום דס"ל דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן, וכדעת הר"י מיגאש, ולכן פירש דיפטר משום משיב אבידה, **וסתם הפנ"י ולא פירש** אי משיב אבידה אינו מגו מה טעם הפטור במשיב אבידה, ובחידושי לכתובות כתב דמשיב אבידה עדיף ממגו דעלמא, **ופירש הנחל"ד בכוונתו** דמגו בעלמא הוא שיכול היה לטעון על ממון זה טענה עדיפה אבל כאן שהיה יכול לכפור ממון נוסף והוא מודה בו מעצמו הוי ראייה ברורה שאינו משקר, **וכבר כתב כן התומים** [בסי' פב בכללי מגו אות קיג] לפרש דעת רש"י והרי"מ דהכא הוי מגו אלים ומשיב אבידה ולכן מהני לפטרו משבועה, **ועיין בברכ"ש** [סי' ד]

<sup>55</sup> **ומש"כ הר"ן** לחייב בנחבל שבועה ביאר הקצה"ח [שם בסק"ב] דאינו דומה לפי ששם הבע"ד בעצמו הוא העד שנאמן בשבועתו ליטול ולא דמיא לגוונא שנתחייב רק מתוך הודאתו כגון במתוך. ומיהו פשוט לשון הר"ן משמע דהבי"ד הם העדים, וצ"ע.



שמתו"ד מבואר בזה גדר אחר והוא דבמשיב אבידה אין כלל רגלים ודררא ע"י הודאתו וביאור הדברים דבעלמא כשמודה במקצת ע"י נוצר כח וספק לאמת טענת התובע שמא נכונה בכולה אבל במקום שהיה יכול שלא להשיב ומשיב הודאה כזו אינה יוצרת דררא וחשש שקר כלל ועדיף ממנו דעלמא ודוק.

**ושורש הפטור דמשיב אבידה** הרי מבואר בגמ' [בכתובות דף יז ע"א שבועות מא סוע"א וגטין נב] גבי טוענו קטן דפטור משום משיב אבידה, **ומדברי התוס' דידן ושאר דוכתי** מבואר שהבינו דהוא מטעם מגו, [ומפורש להדיא בתוס' כתובות ד"ה ורבי וכו'] **ודע דאף בדעת רש"י** נקטו הראשונים דמשיב אבידה היינו מגו, **כך מבואר בריטב"א כאן** בדעת רש"י וכ"כ הרמב"ן בשבועות דף מב דרש"י פירשה מטעם מגו.<sup>56</sup>

**והנה בעלמא פירש רש"י** בכ"ד דמשיב אבידה פטור מתקנת חכמים, [היינו כגון המוצא איזה חפץ אבידה ומשיבו לבעליו והלה טוענו שהיו שנים וכה"ג ודאי ל"ש תי' הגמ' דידן דא"א מעיז, ורש"י כתב דהוא תקנ"ח בכתובות דף יח ע"א ד"ה ורבי אלעזר ובסוגיות בשבועות ובגטין וכן לקמן בדף ד ע"ב ד"ה אינו אלא וכו' וכן] **והקשה הרמב"ן ושאר בסוגיין** מדוע הוצרך לטעם זה הרי משיב אבידה אמיתי ודאי יש לו מגו ומהני לפטור מן התורה כדמוכח בסוגיין דפרכינן מפני מה אמרה תורה וכו', **ועיניין בקה"י** שפירש ע"ד הפנ"י דלרש"י משיב אבידה גדר פטורו הוא דליכא דררא לשבועה ולזה פירש דאי בכל במוב"מ בעלמא ליכא כלל דררא פריך רבה מה טעם הדין דחייב בעלמא אבל אחר שחייבה תורה מוב"מ גם אם באיזה מקרה פרטי ליכא דררא דיני התורה נתנו על הרוב ואין פטור כה"ג מן השבועה מהתורה אלא חכמים תקנו.

**ובטעמו של רש"י** שפירש בגטין וש"א דמשיב אבידה פטור מתקנת חכמים באמת צ"ב דלמה לא יפטר מן התורה מדין מגו, **ומזה למד התומים** דרש"י סובר דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן, וזו ראייה גדולה, ולפי זה הדברים מתאימים היטב עם דברי רש"י בסוגיין כפי פירוש האחרונים דפטור משיב אבידה אינו מטעם מגו אלא דזה גופא סותר לדברי רש"י בשאר דוכתי, ולדרך הקה"י הנ"ל הרי שיטת רש"י מחוורת מאוד.

**שיטת רש"י בדין כופר הכל עיין בסוגיא בב"ק דף קז דמייתי הגמ' שם מימרא דרבא ורש"י שם פירש** 'דאמר רבה אין אדם מעיז פניו בפני זהשעושה לו טובה הלכך היכא דכפר הכל פטור משבועה דאי לאו קושיא בהדיא לא הוה מצי למכפר ביה והיכא דמודה מקצת בכולה בעי למכפריה והא דלא כפריה משום דאין אדם מעיז' **ומבואר מדבריו** דכופר הכל פטור מכח הכ חזקה, ומשמע דזה גופא מכלל המימרא דרבא מפני מה וכו' היינו מאי שנא כופה"כ ממוב"מ ומשני דבכופה"כ יש חזקה [וצ"ב מדוע הוסיף רש"י לפרש והא דלא כפריה וכו' דהוא מיותר אחר שליכא הכא חזקה חייבתו תורה שבועה ואפשר דבא לפרש מדוע אין מגו וצ"ע] **וזה שלא כדבריו בכ"ד** דקושית הגמ' דיפטר מדין משיב אבידה. **והתוס' בסוגיין** הוכיחו מהגמ' בשבועות דפטור כופה"כ אינו מטעם חזקה וכן הקשו התוס' בב"ק שם על רש"י, **וע"ע ברמב"ן בשבועות** שהקשה קושיא עצומה מברי ושמא דפטור ואמאי הרי לרש"י הוא בדין מתוך.<sup>57</sup> ושם בסוגיא גם סובר רש"י דבפקדון ליכא הכ חזקה שאינה אלא

<sup>56</sup> ועיין בגמ' לקמן בדף ד ע"ב דס"ד דמודה בשנים חייב שבועה [במסייע שטר לתובע] ומודה בשלש פטור משום משיב אבידה ופריך דאיערומי קא מערים ועי"ש בשיטמ"ק דאע"ג דליכא מגו גמור חשיב משיב אבידה וביאר הרשב"א בב"ק דף קז דאיכא רגליים לדבר דקושטא קאמר אי לאו דאיערומי קא מערים, וכ"ז הוא מפרשת מגו אלא דאינו מגו גמור שיש לו נאמנות בטענת המגו אלא דהכא הוי רגלים ודררא בעלמא לפטור משבועה.

<sup>57</sup> והוסיף להקשות טפי מהסוגיא בב"מ דמקשינן מזה אומר שאולה מתה והתם הוי בפקדון ואמנם עיין במהרש"א שם בדף צח דבכופה"כ יכול לישבע איני יודע, ועוד י"ל למה שדנו הראשונים דבגלגול ליכא מתוך הוא הדין בכופה"כ דליכא דררא לחייבו. עוד יש להקשות על רש"י מסוגיא דההוא רעיא דלהדיא בגמ' דאלמלי העדים נשבע היסת, ולפלא שלא הקשו משם הראשונים שהיא תמיה עצומה, ועוד יש להקשות מהגמ' בקידושין עד היכן גלגול שבועה וכו' השבע לי שאין עבדי אתה ולמה לא ישבע מדין כופה"כ, ושמא טענה גרועה היא כדחזינן דחידוש הוא שמגלגלין עליה.

במלוה לפי שעשה לו טובה אינו מעיז ולמדו הראשונים מדבריו דכופר הכל בפקדון חייב שבועה וגם על זה הרבו להקשות מכמה מקומות עיין בתוס' שם וברמב"ן בשבועות ואכ"מ.

שיטת הר"י מיגאש כתב הר"י מיגאש [בחיידושו לשבועות דף מה ע"ב ד"ה איתמר נמי] דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן והוכיח כדבריו 'ומודה במקצת וע"א נמי הא קא חזינן דאיכא למימר מגו אופילו הכי חייב בהו רחמנא שבועה, הילכך כי אמרינן מגו לאפטורי מממון אבל משבועה לא' ותמה עליו הרמב"ן שם דזו ראייה לסתור דאדרבה זהו דפריך רבה מפני מה וכו' אלמא מהני המגו לאפטורי משבועה, וכבר הבאנו לעיל דברי הפנ"י והתומים דמגו דמשיב אבידה אלים, אך קשה דהר"י מיגאש עצמו הוכיח ממוב"מ דלא מהני מגו לפטור משבועה אלמא אף משיב אבידה לא מהניא, נ"ל דמכח החזקה א"א מעיז כבר אינו משיב אבידה ומ"מ מגו אית ליה וצ"ת]

אבל יש ללמוד פירוש הסוגיא להר"מ בדברי הר"י מיגאש עצמו במק"א [בשבועות דף מ ע"ב] שכתב שם לפרש דהיכא דקדמה הודאתו לתביעה אינו חייב מדין מוב"מ וביאר וז"ל ועוד דהאי טעמא דמוב"מ משום דאין אדם מעיז פניו בפני בע"ח הוא, והא לא משכחת לה אלא היכא דתבע ליה וכו' אבל היכא דאודי ליה מקמי דליתבעי בההיא מידי דקא כפר ביה מי איכא למימר דהודאתו משום דאין אדם מעיז בפניו הוא והא אכתי לא תבע ליה בההוא מידי דכפר ביה. עכ"ל. ומבואר מדבריו שהבין פשט מימרא דרבה דרבה בא לפרש טעמא דקרא מדוע כלל חייבה תורה מוב"מ בשבועה וביאר דמשום דחזקה א"א מעיז פניו לכפור הכל מזה גופא חזינן שיקרא בדבריו של המוב"מ, וכן פירש הרמב"ן בשבועות [בדף מב סוע"א] לדעת הר"י מיגאש דהגמ' פירשה דזה גופא טעם החיוב מפני שא"א מעיז פניו, וכ"נ מדברי הר"ח לקמן בדף ד ע"ב שכתב שם דרבה פריש טעמא דקרא וביאר דבממון שאינו יכול לכפור אינו חייב שבועה משום דליכא בה לטעמא דרבה, וביאר הדברים דכיון דכפרן בעלמא אינו מעיז אם כן דרך הכפרנים להודות בחלק מהתביעה ולכן כשאנו רואים צורת טענה כזו אנו חוששים לשיקרא כי דרך הכפרנים לנהוג כן.<sup>58</sup> וצ"ע בסברא זו, גם צ"ע באינו יכול לכפור בו ודוק]

ויעויין ברמב"ן בגטין [דף נא] ששם פירש באופ"א בדעת הר"י מיגאש דקושית הגמ' מאי שנא מוב"מ דחייב מכופה"כ דפטור ומשני דכופה"כ פטור מטעם חזקה ובמוב"מ ליכא חזקה דמשתמיט הוא והקשה על זה דאם כן בבנו דמעיו ישיבע אף בכופה"כ וכקושית התוס'.

תוד"ה מפני מה וכו' ומשני וכו' קושית הגמ' להתוס' דיהא נאמן משום מגו ומשני דאינו מעיז, ויעיין ברמב"ן ושא"ר שהקשו דמגו דהעזה בעלמא אמרינן כדמוכח בסוגיא בב"ב [דף לו ע"א] דנאמן אדם לתפוס הנהו עיזי בתורת משכון על שהזיקוהו במגו דלקוח אף שהוא מגו דהעזה [שאין הלה יודע אם הזיקו או לא אבל יודע

<sup>58</sup> ועדיין צ"ב המשך מימרא דרבה והאי בכוליה בעי דלודי ליה וכו' והיה אפשר לזבזה יפרש הר"י מיגאש כהראשונים דקשיא לרבה מגו דחשיד וכו' אבל מדברי הרמב"ן לא נראה כן וז"ל הרמב"ן בשבועות שם ויש לפרש הא דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע דהכי קאמר למה אמרה תורה מודה מקצת ישבע ולא אמרה כן בכופר בכל דמשמע דמודה מקצת ישבע ולא כופר בכל מפני מה מיגרע מיניה אדרבא עדיפא טענתיה שאלו בא לכפור בכל היה כופר, וקאמר חזקה היא שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו והאי כיון דאודי במקצת גלים לדבר וחוששין לו מן השאר דהאי דלא כפריה משום דאין אדם מעיז פניו הוא ולהכי מודה במקצת ומשתמיט במקצת ורמא רחמנא שבועה עליה. וגבי פקדון כיון דמעיו ומעיו אי כופר בכל פטור מודה מקצת נמי ולא משום מיגו אלא משום דמילתא דסברא הוא דליכא לאפלוגי בינייהו. וזה הפי' לדעת מי שאומר שאין מיגו לפטור משבועה דכביעין למימר קמן ואינו מחזור עכ"ל. והנה מבואר מדבריו דכל דברי רבה באו כמקשה אחת דמחמת דחזקה אינו מעיז לכן תלינן שזה חושש לכפור ובאמת שהיה רוצה להודות בכל רק הוא משתמט כיון דלית ליה זוזי. וצ"ב דאם החשש הוא מחמת אשתמוטי משום דלית ליה זוזי אף בעלמא נחוש לה ואין החזקה מוסיפה כלום לחשש זה, ושמא אלמלי החזקה גם המשתמטים היו כופרים בכל אלא מכח החזקה דרכם להודות במקצת ולהשתמט במקצת וצ"ע ודוק.

שלא מכרם] **ותירצו הראשונים** דמגו דהעזה מהני לאפטורי מממון אבל לא אלים לאפטורי משבועה, **וצריך ביאור בדבריהם** מאי שנא ממון משבועה, **ומפורסם ביאור האחרונים בזה** [בקוב"ש ח"ב סי' ג אות כב וקרוי לזה בחי' הגרש"ש בסוגיין סי' ה] דבמגו איכא ב' דינים, חדא דמהני מכח בירור וראיה שאינו משקר, ועוד דבטענה שטוען עתה יש לו כח הנאמנות כמו בטענה שהיה יכול לטעון, **וביאר** דבמגו' דהעזה ליכא הבירור דמגו אבל כח הטענה יש לו ובממון סגי במגו בלא בירור אך לפטור משבועה צריך בירור וראיה במקום השבועה שהיא מבררת, **ואולם לשון הראשונים לא משמע כן כלל**, אלא דלא אלים האי מגו לפטור משבועה, וראה בר"ן שהוא מגו גרוע ומהני לאוקמי ממון ברשותו.<sup>59</sup> **ועיין ברמב"ן בסוגיין** במהדור' החדשות מה שנוסף מכת"י בזה, ומדבריו מבואר דמהלך הדברים הוא כך, דכלפי חשש שיקרא וכפירה בעלמא מהני מגו דאם כפרן הוא היה כופר בכל ומעיו פניו, אך גם אחר המגו נשאר עדיין חשש שמא אינו כפרן וגולן גמור אלא מאותם המשתמטים שאינם מעיזים, ועל חשש זה מהני השבועה לפטור. **וראה עוד בהערה בזה.**<sup>60</sup>

**ובקצה"ח** [סי' פב סק"ד] כתב באופן קרוב לזה לחלק בין ממון לשבועה, דכלפי ממון אם אתה בא לחושדו שהוא גוזל ממון לא לו אם כן גם יעז פניו בחברו ואית ליה מגו אבל שבועה באה כלפי חשש משתמט והמשתמט אינו מעיז פניו לכפור, וממילא לזה לא מהני המגו. [וההפרש בין דברי הרמב"ן להקצות הוא דלהקצות היכא שחדשה תורה חיוב שבועה משום אשתמוטי כלפי זה לא מהני המגו אך להרמב"ן בכל מקום שיש מגו מועיל המגו כלפי חשש שקר ונשאר חשש אשתמוטי ודוק]

**ובדעת התוס' איכא לעיונא בה**, וכבר עמד בזה האמרי ברוך [בהגהות שו"ע סי' פב כללי מגו סק"ו] דהתוס' בכ"ד לא חילקו בין ממון לשבועה ובדבריהם בב"מ דף נב ע"ב משמע דאף בממון לא מהני מגו דהעזה, וצ"ב מאי שנא מהנהו עיזי, **ועיין בתוס' בב"ק** [דף קז ע"א סוד"ה עירוב] שנתקשו בזה ותירצו דדוקא במידי דכפירה אינו מעיז עיי"ש וצ"ב כוונתם. **וע"ע בקצה"ח** [בסי' פב סק"ד] מש"כ לפרש דברי התוס'.

**בספר עטרת חכמים** על שבועות [לבעל הברוך טעם] הקשה בין להראשונים דמגו דהעזה מהני בממון ולא בשבועה ובין לר"י מיגאש, דאם כן בכל חשוד המודה במקצת אמאי אמרינן ביה מתוך [בגוונא שגם התובע חשוד דאל"כ נשבע שכנגדן] הרי אית ליה מגו דכופר הכל, והאי מגו לפטור ממון הוא בא ולא לפטור שבועה

<sup>59</sup> ועיין בהגהת אמרי ברוך [שו"ע סי' פב כללי מגו בש"ך סק"ו] שנתקשה בסתירת דברי הנמו"י [וכ"ה בר"ן] דהכא כתב דמגו דהעזה מהני בממון ולעיל גבי שנים אוחזים בטלית תירצו הנמו"י והר"ן דבחציה שלי אינו נאמן במגו דכולה שלי משום דהוי מגו דהעזה, וביאר האמ"ב דמלשון הנמו"י והר"ן מדויק דדוקא לאוקמי ממונא מהני האי מגו והתם בשנים אוחזים לא הוי לאוקמי.

<sup>60</sup> ולפי זה יש לנו לדון בכל מגו דהעזה בעלמא היאך נאמן דלמא משתמט הוא, ובפשוטו היה אפשר דאד"נ אבל מחמת חשש משתמט בלחוד לא נוציא ממון ולחייבו בשבועה אין לנו אלא היכא שחייבתו תורה ואולם מדברי הרמב"ן [בשבועות בדף מב בהשמטה מסוף המסכת, וכן מדבריו בדף מה שם וכ"ה בריטב"א בשני המקומות ובכתובות דף יח] עולה דבאמת האי דינא אינו במוב"מ לחוד אלא כל מקום שיש לאדם מגו דהעזה ממילא הוא מחוייב שבועה וילפינן לה ממוב"מ דבמקום שנסתלק החשש שקר ונשאר החשש משתמט הוטלה עליו שבועה לברר הדבר, וביאר הרמב"ן דזה הטעם שכתבו הגאונים דבהנהו עיזי חייב שבועה חמורה, ועיי"ש שהקשה דאם כן יתחייב שבועה דאורייתא ומדוע הוי רק דרכנן ותירץ דהתם הוי נוטל ואין הנוטל נשבע מן התורה, ומבואר מדבריו דבמוחזק גמור דאית ליה מגו דהעזה נשבע מן התורה וכמ"כ, ואמנם הדברים מיוחדים עד מאוד אך עיין היטב ברמב"ן ובריטב"א הנ"ל ותמצא שכ"ז מפורש בדבריהם, אמנם לא נתבאר מדבריהם באופן דליכא שבועה ואיכא מגו דהעזה - כגון בנוטלין או בקרקעות - אי נאמן מדאורייתא בלא שבועה או בטל המגו לגמרי ויש לדון בזה דודאי נאמן דומיא דמוב"מ דאף שיש חשש העזה פטור בגוונא דליכא פרשת שבועה, ודוק.

ולמה משלם. ויש לדון בזה בטעמים השונים בדין מגו לאפטורי משבועה ובדין מגו דהעזה לאפטורי משבועה וגם בגדר דין מתוך [ראה מש"כ לעיל בסוגיא דעד המסייע] ודוק.

וא"ת כופר הכל מנא לן דפטור וכו' קושית התוס' צ"ב דהא קרא דכתיב במוב"מ כתיב ומהיכי תיתי למיסק אדעתין לחייב כופה"כ, ואף שהתוס' תירצו דגזיה"כ הוא משמע מדבריהם דכי הוא זה מיעוטא הוא אבל אלמלי כן חיובא דמוב"מ איכא נמי בכופה"כ, ועיין בריטב"א בשבועות [דף מב ע"ב ד"ה דאמר רבה וכו'] שמתו"ד מתפרשים דברי התוס' וז"ל וכ"ת ומנ"ל דכופה"כ פטור מן התורה דאי מדכתיב כי הוא זה דילמא לומר דאף כי הוא זה חייב שבועה ולא נימא לאידך גיסא דרגלים לדבר דקושטא קאמר כיון דמודה במקצת עכ"ל ורמזוהי היא גם בדברי הרמב"ן ועוד ראשונים.

שם בתוס' עיין בשטמ"ק שהקשה דהרי לקמן בגמ' בעינן למעוטי מקרא טענו חטים והודה לו בשעורים, ואם כן מוכח מזה דכופה"כ פטור דמשום הודאת השעורים לא גרע מכופה"כ ועיי"ש בזה ובמהרמ"ש, וכבר כתב כן המרדכי בב"ק [אות קלח] בשם הר"מ משאנץ לתרץ כן קושית התוס'. וראה עוד להלן.

שם מדאיצטריך למכתב ע"א וכו' עיין בבית הלוי ח"ג לו ב שהקשה דהנה בב"ב [דף קלד ע"א] פליגי רבה ואבבי בברי ע"י אחר [היינו שהתובע אינו יודע אלא שסומך על אחר שאמר לו] ורבה סובר דהוי ברי, ואם כן בכל שבועת ע"א אף כשהתובע שמא יתחייב שבועה מדין כופה"כ דהרי ברי הוא ע"י העד ואי"צ לדין ע"א, ו[ואמנם קושית התוס' נכונה לדעת אבבי וכתב הביה"ל דדוחק לתרץ כן דהא אליבא דרבה קיימינן השתא] ותירץ הביה"ל דהצד דכופה"כ חייב שבועה הוא משום דחזקה א"א תובע אלא אם כן יש לו אבל טענה בעלמא פשיטא שאינה מחייבת שבועה, ובברי ע"י אחר לא ס"ד דחייב שבועה כלל דהא ליתא להאי חזקה, ובה יישב גם קושית השטמ"ק מטענו חטים והודה לו בשעורים דהתם כבר ליכא לאיחויבי שבועה מכח החזקה דדלמא באמת יש לו רק שעורים גביה ולא שייך הך חזקה אלא בכופה"כ ולא במוב"מ. ויסוד הסברא לחייב בכופה"כ משום חזקה א"א תובע א"כ י"ל כבר כתובה בתוס' חכמי אנגליה בסוגיין.

שם דהא בלאו הכי אצטריך במקום שהוא אינו תובע וכו' הראשונים בשבועות [דף מ ע"א] נחלקו בדין שבועת ע"א, דעת הרי"ף דע"א משביע בטענת שמא, ודעת רבינו אפרים והר"י מיגאש דבעינן טענת ברי והוכיח כן מהא דלקמן שעל טענה וכפירה הם באים, וכתב הרמב"ן שם דלדעת הרי"ף י"ל דטענה היינו תביעה ואפילו תביעת שמא ודעת התוס' מבוארת כדעת הרי"ף. וכתב הרמב"ן בשבועות [דף מב ע"ב ד"ה והא דאמר רבה] דלדעת רבינו אפרים והר"מ באמת אפשר להוכיח משבועת ע"א דכופה"כ פטור, אך לדעת הרי"ף קשיא, והם הם דברי התוס' דידן.

והעד מעיד שהוא גנב וכו' עיין בחידושי הרע"א העתק מתשובה קכג שהקשה השואל שם דבעינן לעד אחד לדין נסכא דר"א ועיין שם במה שתירץ וראה להלן דברי הראשונים בזה

ועיין שם ברע"א שהביא הקושיא הידועה בשם רבי משולם איגרא דהא אין נ"מ בתביעת שמא על ידי העד דהנתבע יחזור ויתבענו והרי אנן קיימינן להצד דכופה"כ חייב שבועה והתובע לשעבר שעתה הוא נתבע טענתו שמא ואינו יכול לישבע ויפסיד בדין מתוך שאי"ל משלם [וקושיא זו היא להסוברים דעד המסייע אינו פוטר במתוך ופשוט] ועיי"ש ברע"א שתירץ בשני אופנים: א) דבאופן שהפסיד על ידי העד ליכא תו תביעת שבועה [וההיא דכתובות היינו מחמת שפרע ב' פעמים כפשטות לשון הגמ' ב] דרצו התוס' ליישב למ"ד דלית ליה מתוך. ועיין בבית הלוי שם שיישב בפשיטות דיש תועלת בשבועת ע"א דשמא הנתבע לא יתבע אח"כ שנית, שיותר קל לאדם לכפור בשקר מאשר לתבוע בשקר.

<sup>61</sup> ובעיקר דין ברי ע"י אחר יש לדון דאינו בכל מקום שאחר אומר אלא דוקא כשהתובע סומך ומאמין לדברי האחר עיי"ז חשיב ברי וממילא נ"מ בשבועת ע"א כשאין תובע מאמין לגמרי לעד אלא עדיין בשמא הוא תובע.

ועיין במהר"ץ חיות שכתב לתרץ דהתוס' הרי סברי בכ"ד בדין מתוך נאמר בשמא גרוע אבל לא בשמא טוב וביאר דלהכי דקדקו התוס' לכתוב הני אופנים דשמא שהם שמא טוב דבהא ליכא מתוך, ובאמת דדבריו הם דקדוק גדול בדברי התוס' דאמאי נחתו לפרש הני ציורים דשמא, ואם כדברי רע"א דקושית רמ"א ממילא לא קשה צריך למצוא טעם לזה בדברי התוס' ועיין. [ושמא יש לחדש דסברי התוס' דאף אם ע"א משביע בטענת שמא מ"מ מודו התוס' דבעינן תביעה אך סברי דשמא גם חשיב תביעה ושמא כ"ז הואו בשמא טוב אבל שמא גרוע אינו תביעה מעליא להשביע עלה ולכן נקטו התוס' ציורים אלו ודוק]

עיין ברמב"ן שהביא התירוץ דידעינן פטורו של כופה"כ מחיובו של ע"א וכתב הרמב"ן לדחות תירוץ זה דאיכא לאוקמי כגון שכפר במקצת והודה במקצת אלא שאין הטענה שתי כסף שלא חייבה תורה שבועת מוב"מ עד שתהא הטענה שתי כסף אבל בעדות ע"א השתא נמי קי"ל דאפילו לא טענו אלא פרוטה וכפר חייב ולעולם אימא לך כופר בכל חייב עכ"ל ועיקר דחיית הרמב"ן פשוטה לכאורה דכיון דכופה"כ ומוב"מ חיובם בשתי כסף דוקא אם כן נ"מ בדין ע"א, אבל תמוה מאוד דאם כן הל"ל בפשיטות דנ"מ בדין ע"א כשכפר הכל בטענת פחות משתי כסף ומדוע העמידה דוקא כשכפר והודה וזה פלא. וכחזיון הזה כן הוא ברמב"ן בשבועות ובכל הראשונים שם [רשב"א ריטב"א ור"ן] שכולם הביאו סברא זו דנ"מ ע"א כשטען וכפר פחות משתי כסף ולא כתבו בפשיטות בכופה"כ. וצע"ג.<sup>62</sup>

ויעויין ברשב"א בב"ק [דף קז ע"א] שאף הוא כתב כדברי הרמב"ן והוסיף עוד דנ"מ בשבועת ע"א כשאין ההודאה שווה פרוטה, והדברים צריכים ביאור דאם אין בהודאה שו"פ אם כן חייב שבועה מדין כופה"כ ומדוע בעינן לדין ע"א, וחזיון מדברי הרשב"א יסוד גדול, דאף אי כופה"כ חייב מ"מ היכא דאינו כופה"כ אי אפשר לחייבו שבועה אא"כ חל בו דין מוב"מ אבל מי שלא כפר בכל ולא חל עליו דין מוב"מ אינו חייב שבועה, וצ"ע הטעם בזה.

<sup>62</sup> והרמב"ן דחה טענה זו וכתב דפירכא זו אינה כלום ולא פירש כוונתו ונראה לפרש כמש"כ הרשב"א דדוחק להעמיד ע"א כה"ג וכ"נ מדברי הרמב"ן בשבועות, וגם זה נראה שהוא כשיטתם דדווקא מע"א במוב"מ קשה דאל"כ מאי דוחק. ובר"ן בשבועות [דף כב סוע"ב בדפי הרי"ף] הביא אף לסברת התוס' דבעינן ע"א בטוען התובע שמא ומדבריו משמע דגם בזה העמידה בהודאת מקצת ותביעת שמא ולא בכופה"כ וצ"ע.

## דף ג ע"ב

בגמ' והאי בכולה בעי דלודי ליה וכו' נחלקו ראשונים בפ' דברי רבה בזה: ראה ברש"י שפירש וכי תימא מגו דחשיד אממונא וכו' קמ"ל דמשתמיט, ולכן ס"ד דבהעדאת עדים ליכא שבועה דליכא למימר משתמיט וקמ"ל ק"ו דנשבעים. ונתקשו ראשונים ואחרונים בשיטת רש"י: א) התוס' תמהו על דברי רש"י דמסקנת הסוגיא דמגו דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא, עיין בסוגיא להלן בדף ה ע"ב - ו ע"א ודוק. נזיל"ע בקושית התוס' דהא אביי ס"ל התם למסקנא דחשיד אשבועתא וראה להלן בדברי הרמב"ן על קושית התוס' ובמש"כ בזה]

(ב) והרמב"ן הקשה על רש"י דאם כן מאי קמ"ל ק"ו, סו"ס מגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא. ג) ועוד הקשה דהק"ו בא להקל עליו ולא להחמיר עליו, דאלמלי ק"ו היה משלם מן הדין לפי שהוא חשיד על השבועה ועתה יבוא הק"ו לפטור בשבועה, וראה להלן בביאור קושית הרמב"ן בזה ומחלוקתו עם רש"י.

(ד) והנחל"ד הוסיף להקשות בשיטת רש"י דהיאך ס"ד דלא ישבע משום דחשיד אשבועתא, עד אחד יוכיח שהרי הכופר הכל ובא ע"א להעידו נשבע ואף דהתם ליכא אשתמוטי כמוב"מ שהרי כפר בכל, וכן הקשה הביה"ל [ח"ג סי' לו אות ז] ובאמת דזה פלא גדול בשיטת רש"י, אך לא על רש"י בלבד התלונה דיעויין בגמ' להלן בדף ה ע"ב - ו ע"א, שדנה הגמ' באורך אי חשיד אממונא חשיד אשבועתא והגמ' שם לא הביאה כלל ראייה משבועת ע"א, רצ"ע.

(ה) עוד הקשה הנחל"ד דבגמ' לקמן [בדף ד ע"א] פריך אק"ו דרבי חייא דמה להעדאת עדים שכן הוחזק כפרן ומשני כדבר אידי והיינו מטעם אשתמוטי עיי"ש ברש"י, ואם כן קשיא טובא דממ"נ אי קודם הק"ו לא ידענו לסברת אשתמוטי בכופה"כ אם כן איכא פירכא להק"ו כדאיתא בגמ' ואם ידענו גם ידענו לסברא זו דאשתמוטי אם כן שוב לא בעינן לק"ו.

[הרחבת דברים בשיטת רש"י בסוגיין כתבו ראשונים ואחרונים ליישב שיטת רש"י מהקושיות הנ"ל, א) עיין ברמב"ן שכתב ליישב קושית התוס' דרש"י פוסק כאביי לקמן, דיעויין בגמ' לקמן בדף ו ע"א שהוכיחה הגמ' מכמה ראיות דלא חשיד אשבועתא, ודעת אביי שם דלעולם חשיד אממונא חשיד אשבועתא אך יכול כל כופר ממון לישבע דחיישינן שמא תפס הממון מחמת שיש לו עליו טענה ממלוה אחרת ישנה שהלווהו ולכן תופס ממון [ואינו ודאי מלוה אצלו אלא ספק מלוה ויפרוש מחמת השבועה עיין בגמ' שם] ולזה כתב הרמב"ן דרש"י סובר כאביי, והראשונים לקמן [שם בדף ו ע"א] הביאו שיטת הרי"ף שפוסק להלכה דמגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא כאביי וכשיטת רש"י.<sup>63</sup> [והראשונים שם נחלקו על רש"י והרי"ף ופירשו דברי אביי בענין אחר, אך לרש"י לשיטתו נוחא] והפנ"י יישב שיטת רש"י בזה עפ"י ד התוס' בסוגיין ויתבאר במקומו בתוד"ה בכוליה וכו'.

<sup>63</sup> אבל הדברים צ"ב דאם כן מאי ס"ד דלא ישבע בהעדאת עדים משום מגו דחשיד הרי יש לתלות במלוה ישנה כאביי וכמו שהוכיחה הגמ' שם מכמה שבועות שמשיבועים אותו ומשום מלוה ישנה, רצ"ע. ואפשר לפרש דכוונת הרמב"ן דמ"מ במוב"מ שיש חשש משתמיט סברא גדולה להשביעו כדי שיוודה אבל א"א ללמוד מזה להעדאת עדים להשביעו מחמת חשש רחוק דמלוה ישנה ולזה קמ"ל ק"ו.

[ואמנם לכאורה א"א לפרש כן בדעת הרמב"ן שהרי הרמב"ן נתקשה עוד בדברי רש"י דהק"ו בא להקל עליו דאלמלי ק"ו ישלם והשתא נשבע וזה תמוה מאוד דלמה ישלם אלמלי ק"ו, הרי יש לתלות במלוה ישנה, ואם חל עליו חיוב שבועה אלמלי ק"ו ודאי יכול לישבע דומיא דהיסת ושבועת השומרים דמייתי התם בגמ' דנשבע משום מלוה ישנה וצע"ג, אך יתכן שכוונת הרמב"ן בקושייתו דישלם היא מצד דהוחזק כפרן בחמשים שהעידו בו העדים וראה להלן בדברי הרמב"ן בזה ולפנ"י נוחא טפי ודוק. ומ"מ כיון שמפורש ברש"י דאלמלי הק"ו היה פטור משבועה מצינו לפרש כן בשיטת רש"י עצמו]



(ב) בקושי הראשונים מאי קמ"ל ק"ו, י"ל בזה לדעת אביי דחיישנין משום מלוה ישנה ומ"מ ס"ד דדוקא במוב"מ שיש דררא גדולה דמשתמיט משביעים אותו ולא בהעדאת עדים דיש רק חשש רחוק יותר דמלוה ישנה ומאן יימר דמשביעין עבור זה, ולזה קמ"ל ק"ו דמשביעים, אך קשה דזה גופא יהיה פירכא על הק"ו דיש טעם וסברא להשביע במוב"מ יותר, וידוע לפרש בזה דלא כל חילוק טעם בסברא יכול להוות פירכא על הק"ו דהק"ו מדה היא בתורה לומר דאם נתפרש הדין בקל כאילו נכתב בפירוש גם בחמור ואם בכללי הפירכא מצאנו חומרא בקל אזי אין כאן ק"ו אך באופן שאינו חומרא אלא סברא בעלמא אי"ז מונע הלימוד.

ועוי"ל בפשוטו [ושמענו עיקר הדברים מהגר"א אריאלי שליט"א] דהנה בעיקר דברי רבה לפי רש"י צ"ב דמבואר מהגמ' דדוקא במוב"מ שייך אשתמוטי ולא בכופה"כ, וקשה דהרי בגמ' לקמן [בדף ה ע"ב] מפורש כמ"פ דשייך אשתמוטי אף בכופה"כ כל שאין לו זוזי עתה, ועכצ"ל דתי' רבה דמשתמיט אין הכוונה דדוקא במודה במקצת הוא דשייך משתמיט אלא ודאי אף בכופה"כ איכא אשתמוטי אלא דאינו קרוב כ"כ כמו במוב"מ, ובאמת דכ"ז מבואר בדברי התוס' שכתבו דבכופר הכל ליכא כ"כ' אשתמוטי כמו במוב"מ אלמא שייך בזה גם אשתמוטי, והשתא י"ל דממה ששמענו שחייבה תורה מוב"מ -ומצד אשתמוטי- אין לנו ללמוד לחייב כופה"כ בהעדאת עדים דאין כ"כ דררא לחייבו כיון דחשש אשתמוטי רחוק הוא ומהיכי תיתי שחייבתו תורה, ולזה קמ"ל ק"ו דאפ"ה חייב. ואין להקשות דזה גופא יהיה פירכא על הק"ו וכנ"ל דק"ו הוא מידה בתורה אך כאן הדברים מסתברים מאוד דהרי זה גופא קמ"ל הק"ו דאף בהעדאת עדים רצתה התורה להשביעו, ודוק.<sup>64</sup>

(ג) בקושי הראשונים דהוא ק"ו לקולא דאלמלי ק"ו היה משלם, לכאורה היה נראה דפליגי רבואתא בדין זה דהיינו אי מגו דחשיד אממונא חשיד אשבעתא היאך היה דינו, דמדברי רש"י [ד"ה והאי בכוליה וכו'] ולא נרמי וכו'] ותוס' [ד"ה אבל וכו'] וסברא דמטעם זה ישבע וכו' וכ"מ להדיא מקושייתם מנסכא] מבואר דמגו דחשיד הוא סברא שלא להשביעו כלל אך הראשונים נקטו דמטעם זה חייב לשלם כדין מתושאי"ל דמשלם. ולדרך זו שורש פלוגתייהו בעיקר סברת הגמ' דמגו דחשיד אממונא, שהרמב"ן [בד"ה אבל וכו'] וכן הרשב"א כתבו דיסוד הדין הוא משום דאין מוסרין שבועה לחשוד, ולדרך זו הרי זה טעם שלא למסור לו השבועה אבל אין לפטרו מעיקר החיוב, אבל רש"י ותוס' סבירי דמשום שחשוד על הממון חשוד על השבועה בטל עיקר טעם השבועה שהוא כי היכי דלודי וזה שלא תועיל לו השבועה לפרוש לא הטילה עליו תורה שבועה.<sup>65</sup> אבל בריטב"א נתפרשו הדברים באופן אחר ושם הקשה על רש"י דכיון דהעדים העידוהו בחמשים שכפר בהם נמצא שהוחזק כפרן באותם חמשים ולכן הרי הוא חשוד על השבועה שאין למסור לו שבועה ומתושאי"ל משלם, ואפשר ומסתברא דגם הרמב"ן לא סבר דדין מגו דחשיד אממונא בעלמא שרשו בדין א"מ שבועה לחשוד אלא אף הוא נתכוין להקשות כקושיית הריטב"א דכיון דהוכחש בחמשים האחרים הרי הוא חשוד על השבועה, ועיי"ה ברמב"ן ושאר רוצ"ע ודוק. וברעת רש"י י"ל דאף להס"ד דק"ו ידענו דהכופר במלוה כשר

<sup>64</sup> ואולם צ"ע בזה דבגמ' פריך לקמן בדף ו ע"א משבועת היסת אמ"ד חשיד אשבעתא וביאר שם רש"י דמדמעז פניו לכפור הכל לאו לאשתמוטי עבד, ומבואר מדבריו דלא שייך אשתמוטי בכופה"כ כלל, ובאמת התוס' שם הקשו דהימא אשתמוטי ובודאי כוונתם להקשות דהרי בגמ' שם לעיל איכא אשתמוטי אף בכופה"כ, ומיהו בגמ' שם דמצינו אשתמוטי בכופה"כ היינו בפקדון ולשית רש"י בב"ק שאינו מעיז לפי שעשה לו טובה י"ל דדוקא במלוה ליכא אשתמוטי בכופה"כ לפי שאנו רואים שהוא מעיז פניו בבעל חובו לא תלינן במשתמיט, ולפי זה הרי זה סתירה גמורה למש"נ בפנים. אך יעויין בגמ' בשבועות דפריך אמאי נשבע היסת הרי חזקה א"א מעיז פניו בפני בע"ח ומשני דאשתמוטי קא משתמיט הרי מפורש בגמ' גבי ר"נ גופיה דטעמו משום אשתמוטי, ולפי זה אין מובן לקושיית הגמ' בדף ה לפירוש רש"י. וצ"ע בכ"ז.

<sup>65</sup> ואף דבגזלן דעלמא ודאי יש לו מתוך ואינו פטור מן השבועה החילוק פשוט, דהתם מיירי באופן שהטענה מצד עצמה מחייבת שבועה אלא שזה האיש גזלן ולא פטרתו חותרה מחיובו בשביל רשתו, אבל אי חשיד אממונא חשיד אשבעתא אם כן אין כפירת ממון בעלמא סיבה כלל להטיל חיוב שבועה שאין בו תועלת.



לעדות וכדמוכח להדיא מקושיית הנחל"ד [לעיל קושיא ה] אלא דעל חשש אשתמוטי שהוא חשש רחוק לא תקנו שבועה וכמש"נ לעיל וכמושי"ת להלן על קושיית הנחל"ד הנ"ל.

(ד) **בקושיית האחרונים** מע"א דחייב שבועה, **עיין בביה"ל** [לז ז] שכתב דמן התורה לא משכח"ל שבועת ע"א אלא כשהודדה במקצת ובאופן דליכא שבועת מוב"מ כגון הודה בקרקעות ומה שמצינו בכ"ד שכופה"כ בע"א נשבע היינו אחר שראו חכמים שחמיר להם ענין השבועה כמש"כ התוס'. **ולמש"נ לעיל** דחייב כופה"כ משום מלוה ישנה יל"פ דבע"א השביעתו תורה משום מלוה ישנה לפי שהדררא גדולה שהעד מכחישו אבל מזה א"א ללמוד להעדאת עדים [אלא בדרך ילפותא וע"ז פרכה הגמ' דמה לע"א שכן על מה שהוא מעיד וכו'] ואם ממודה במקצת למדנו התם חיובו משום משתמיט. **וכך להדרך השניה שכתבנו** דמשתמיט בכופה"כ חשש רחוק הוא י"ל כנ"ל דבע"א השביעתו תורה בשביל חשש רחוק ולא בהעדאת עדים, **וראה בתוס'** שהקשו על רש"י מנסכא דחזינן דמן התורה חייב שבועה, ולא הקשו מעיקר שבועת ע"א וע"כ דפשיט להו דבכל מלוה איכא למימר אשתמוטי. [ובדברי התוס' א"א לומר משום מלוה ישנה ודוק] **ועיין בשטמ"ק בשם תוס' חיצוניות** [בסוד"ה ובתוס' חיצוניות כתבו וכו'] שכתב בתו"ד 'אע"ג דמע"א לבד חזינן דלא אמרינן הסברא מגו דחשיד מ"מ אם באנו ללמוד משם ה"א מה [להלן] [לע"א] שכן על מה שמעיד הוא נשבע **עכ"ל**. **והדברים צ"ב** דאטו מפני שנשבע על מה שמעיד יוכל החשוד ליטבע ולהנ"ל דבריו מתפרשים היטב. **ועיין בתוס'** ר"פ שכתב לחלק משבועת ע"א ולשונו סתום ונראה כוונתו דכיון שהעד מכחישו מסתברא טפי שיודה על ידי השבועה שלא יעיד פניו ליטבע נגד העד ולכן משבעינן ליה אף בלא חשש משתמיט.

(ה) **בקושיית הנחל"ד** מפירכת הגמ' לקמן דהוחזק כפרן, **אף כאן** הדברים מתפרשים היטב להדרך שכתבנו לעיל דודאי כד שמענו ממירא דרבה דבמוב"מ איכא אשתמוטי ה"ה בכופה"כ שיש בו סברת אשתמוטי אבל עדיין לא ניתן ללמוד העדאת עדים ממוב"מ כיון דבמוב"מ שייך טפי אשתמוטי ופשוט. ]

**תוד"ה בכוליה וכו' ואין לומר דהיינו מדרבנן וכו' התוס' תפסו** דראית הגמ' מההיא דשלש שבועות הוא משבועה דלא שלחתי בו יד, **אך עיין שם ברש"י** [נו ע"א ד"ה נימא וכו'] שמפורש מדבריו שהראיה היא משבועה דאינה ברשותי, **וכתב הפנ"י** דרש"י לא אבה לפרש כהתוס' משום דסובר דאפשר שבשעה ששלח ידו היה באמת גולן ועתה חזר בתשובה ואינו אלא משתמיט בעלמא, אך ראית הגמ' משבועה שאינה ברשותי דזו כלפי השתא חשדינן ליה בה. **וכתב דלפי זה** אתי שפיר שיטת רש"י דבאמת מדאורייתא חשיד אשבועתא ורבנן תקנו וכו' ושבועת אינו ברשותי נמי מדרבנן היא ובנסכא י"ל כנ"ל דמיירי שאין הנסכא כעת בידו ושמא חזר לכשרותו, **ולדבריו יש לנו דרך נוספת** בשיטת רש"י לבד מתירוצו של הרמב"ן דסבר דקיי"ל כאביי ולהפנ"י א"צ לזה אלא סבר רש"י דמדאורייתא חשיד ומדרבנן לא חשיד. **ועיין בביה"ל** [ס"י לו ד] שהאריך בביאור מחלוקת רש"י ותוס', ובשלש השבועות הי מיניהו דאורייתא לרש"י ולתוס'.

**שם לפי שהיתה שבועה חמורה עליהם פשטות לשון התוס'** משמע דבזמן חכמים נהיה ענין שבועה חמור אצל אנשי טפי ממה שהיה קודם לכן וגדלה היראה ממנו יותר מיראת גזילת הממון. **ואולם יעויין בביה"ל** [ח"ג ס"י לו אות ה] שכתב דודאי לא מסתברא שהיה חמור ענין השבועה לדורות אחרונים טפי מראשונים, **ופירש כוונת התוס' להיפך**, דענין גול הוקל לדורות האחרונים טפי ממה שהוקל להם ענין שבועה, **וכ"מ לשון התוס' בכתובות** [דף יח ע"ב ד"ה ובכולה וכו'] שכתבו דהחמירו חכמים 'לפי שראו שהיו מקילין בממון יותר מבשבועה'.

**ועיין ברע"א** שהקשה על דברי התוס' די"ל דבעלמא אינו חייב שבועה אי חשיד אממונא חשיד אשבועתא לפי שחומר כפירת ממון כחומר שבועה והוי כפירת ממון ידידיה בירור כמו שבועה ולכן פטור מן השבועה אבל בנסכא שאינו מכחיש דברי העד אם כן אין כאן בירור נגד עדות העד ומן התורה חייב ליטבע וכיון שאינו יכול משלם. **עוד הקשה הרע"א** מדוע שבועה זו מדרבנן היא, ואחר שבזמן חכמים נשתנה הדבר אם כן עתה מדאורייתא יש סיבה להשביעו וליהוי שבועה דאורייתא ונימא בה מתוך. נויש לדון בשתי שאלות

הרע"א לפי הצדדים הנ"ל בדברי התוס' דידן והתוס' בכתובות ודוק] **עוד דין הרע"א** בעיקר חידושם של התוס' דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך עיי"ש בדבריו וכן כתב בדבריו הקצה"ח [בסי' צב סק"י] דאף בשבועה דרבנן יש מתוך ולא כדברי התוס' דידן ועיין.

**שם בתוס' וכן בנסכא דר"א וכו' עיין במהרש"א** שביאר דלא הוכיחו התוס' מגוף דין שבועת ע"א דאיכא לאוקמי במשתמיט ולכן הביאו ההיא דנסכא דמיירי שהיה החפץ בעין וליכא למימר משתמיט, **והדברים צ"ב** שהרי אשיטת רש"י קיימין הכא דדוקא במוב"מ שייך משתמיט ולא בכופה"כ כגון העדאת עדים, וי"ל דאחר הק"ו אמרינן משתמיט גם בכופה"כ והתוס' לא אבו להקשות רק על הס"ד דרבה היאך היה מתפרש דין ע"א אלא אליבא דאמת דאי נימא דאליבא דהלכתא חשיד אשבועתא אם כן היאך יתפרש דין נסכא, **ולדרך שכתבנו לעיל** דאף לרש"י שייך אשתמוטי אף בכופה"כ אלא דאינו קרוב כמו במוב"מ ניהא דברי התוס' ומהרש"א בפשיטות ודוק.

**שם כלומר מאחר דאין מעיז וכו' כוונת התוס'** דכיון דאף השתא כשכופר במקצת נמצא מעיז באותו מקצת אם כן אית ליה מגו דכופה"כ, [ולשונם מגומגם קצת וצ"ע<sup>66</sup>] **ועיין במהרש"א שביאר** דלא אבו התוס' לפרש בפשיטות שיפטר משבועה מכח החזקה, דהרי חזינן דבכופה"כ אין טעם פטור משום החזקה כמש"כ התוס' לעיל בע"א. **אך יעויין בתוס' רא"ש ובכל הראשונים** שכולם פירשו הקושיא דיפטר מכח החזקה, והיינו דאף שלעיל הוכיחו דאין טעם פטור כופה"כ משום החזקה אבל מ"מ אפשר דגם החזקה פוטרתו ולזה הוקשה לרבה אמאי נשבע מוב"מ, והרמב"ן בשבועות ביאר כדברי התוס' דידן דקושיין משום מגו. **ולכאורה פליגי התוס' והראשונים לדינא** אי חזקה א"א מעיז פוטרתו מן השבועה.<sup>67</sup>

**והנה הביה"ל הקשה לפי' רש"י דיעויין בגמ' לקמן** [דף קטז ע"ב] דאיתא התם דכשנפלו הבית והעליה ואחד מהם תובע שהאבנים שלו והשני מודה לו במקצת חייב שבועה, והנה התם ליכא אשתמוטי כלל, ואמאי נשבע, **ובאמת** לא רק על רש"י קשה משם אלא גם על התוס' קשה דאית ליה מגו, וגם על התוס' רא"ש וראשונים קשה דהרי התם אית ליה חזקה א"א מעיז פניו ומדוע ישבע. **ומצאנו ברמב"ן בשבועות** [בדף מב ע"ב] שנתקשה כע"ז היכי משכח"ל מודה במקצת בפקדון והרי חזינן דאצטרין רחמנא למעוטי הודה בקרקעות, **ותירץ הרמב"ן לדעת רש"י** דיש להשביעו משום ספק מלוה ישנה ורבה לרווחא דמילתא קאמר. [וזה לדרכו שרש"י פוסק כאביין] והוסיף הרמב"ן דאף לדרכו שלו בפי' הגמ' [שפירש שם דקושית הגמ' משום מגו כתוס' דידן] דרבה לרווחא דמילתא קאמר דמשתמיט עד דאית ליה זוזי ועיקר טעמו שיותר העזה יש בכפירת הכל מאשר בכפירת מקצת וגם אפשר בפקדון דחושב להחזירו אח"כ וכן שמא תופסו משום מלוה ישנה ולאפוקי מכל ספיקי והודאות חייבתו תורה שבועה. **ולדרך זו י"ל** גם לפירושי הראשונים דמה"ט ליכא הך חזקה במודה במקצת בפקדון, וצ"ע.

**תוד"ה אבל וכו' לשון התוס'** קשה מאוד שכתבו דקמ"ל דאשתמוטי דהכופר במלוה וכו' ותיכף המשיכו דאע"ג דאמרינן לקמן דלא אמרינן מגו דחשיד גם התנא קמ"ל כן, וסותרו עצמם מיניה וביה מה קמ"ל הק"ו. **ועיין במהרש"א ובמהר"ם שיף** שפירשו כוונתם דאף דלקמן מסקינן מכל מקום מפרש התנא דאפילו אי

<sup>66</sup> ועיין בתוס' בכתובות דמדבריהם נראה דקושית התוס' היא דהרי כיון שאינו מעיז ע"כ שדובר אמת דא"א מעיז פניו ומאי אמרת דלמא מעיז הוא אם כן אית ליה מגו וזה מכיוון היטב גם בלשון התוס' דידן אלא דצ"ב מדוע הוצרכו התוס' לתוספת זו וצ"ע.

<sup>67</sup> **ויל"ע** אי חזקה א"א מעיז פוטרתו אם כן בשלמא בשבועת ע"א י"ל דאף במקום חזקה א"א מעיז נשבע דהעד מכחישו אבל בשבועת השומרים כשהמפקיד טוען ברי למה ישבע, **ואפשר** דאין החזקה פוטרת אלא מסלקת דהררא ושבועת השומרים לאו משום דררא היא אלא כדי להפיס דעתו של בעה"ב [כדאיתא לקמן דף לה ע"ב], ובעיקר דין זה נחלקו אחרונים דדעת הש"ך בסי' עב ס"ק קטודאין שבועת שומרים בטענת ברי אבל אין טעמו מחמת החזקה עיי"ש והנתיחה"מ חולק, עיי"ש]

נימא חשיד אשבועתא מכל מקום הכא י"ל משתמיט. אך בדברי רבה לעיל לא נחא להו לפרושי כן לפי שאין דרך האמורא להשמיענו דבר שאינו אליבא דהלכתא.

ובכל זה צ"ב היאך מברר לן הק"ו ענין משתמיט ואי באמת לא משתמיט לא ישבע ולא נימא ק"ו וכן קשה לרש"י ועיין בבב"ל לו' שהקשה כן [ובדעת רש"י כבר הקשו כן הראשונים] ובאמת לשון התוס' דגם התנא בא לאשמעין וכו' משמע דהתנא הוא שהשמיע זאת ולא התורה בדין קל וחומר וצ"ב, אך יעויין בתוס' רא"ש לעיל בע"א שביאר כוונת הגמ' מאי שלא תהא הודאת פיו היינו למה נקט התנא לישנא כזו והל"ל בפשיטות דאיכא ק"ו ואם כן הרי מובן היטב דהקושיא היתה על לשון התנא ולזה משני דהתנא בא לאשמעין אך רש"י לעיל משמע דהקושיא היא אדאורייתא אמאי בעינן לדין קל וחומר, וכן פירש הריטב"א, ולדידיה קשה קושיא זו היטב [וכן גם המשך דברי התוס' דניחא ליה למנקט וכו' הכל קאי אתנא אך לביאור רש"י בקושיא הגמ' אין מובן לכל המשך דבריהם ודוק היטב].

**וידוע לבאר בזה עור** דהק"ו הוי כאילו מפורש הדבר בתורה דק"ו מדה היא לומר דאם אמרה תורה הדין בקל ואין לנו פירכא בתורת דיני הפירכות הוי כאילו נכתב מפורש הדין גם בחמור ודוק.

**עיין ברמב"ן** שפירש 'האי בכוליה' וכו' דכוונת הגמ' דאם יש חזקה שאינו מעיז אם כן יהיה נאמן אף במוב"מ ומשני דאשתמוטי, וקאמר הגמ' אבל העדאת עדים דליכא למימר הכי אם כן יהיה נאמן מכח החזקה א"א מעיז פניו, ואף שכבר הוחזק ככפרן על החמשים שהעידוהו אלו והיאך נאמר שיש לו חזקה שאינו מעיז תירץ הרמב"ן דס"ד שמא משטה היה בו או מתוך שתבעו זה יתר על חובו אף הוא כפר בכל, וקמ"ל ק"ו דלית ליה חזקה ומעיז הוא, ואף לדבריו צ"ב היאך משמיענו הק"ו שכך המציאות ויש לפרשו כנ"ל דמדה היא בתורה וכו' או דנימא דכוונת הרמב"ן דמכח החזקה דא"א מעיז הרי החשש משקר רחוק הוא וקמ"ל ק"ו דגם על זה משביעים אך לשון הרמב"ן לא משמע כן.

**בגמ' ופיו אינו מחייבו ממון וכו' עיין בשיטמ"ק בשם מהר"י אבוהב** שהקשה דהרי מדין מודה במקצת עצמו מוכח שפיו מחייבו בממון ומאי בעינן לברייתא דהודאת בע"ד ועיי"ש מה שתירץ, והיה אפשר דס"ד דמודה במקצת חייב בלא שיהא נאמן מצד רגליים ועיין ברש"י בקידושין [דף סה עמוד ב] הודאת בעל דין כמאה עדים - דכתיב (שמות כב) אשר יאמר כי הוא זה הרי שסמך על מקצת הודאתו. עכ"ל הרי מבואר דמדין מוב"מ גופיה ילפינן לה ואם כן אמאי הביאה הגמ' להברייתא וצ"ע.

**בגמ' ומה פיו שאין מחייבו וכו' יש לעיין בכל המו"מ של הגמ' דתליא דין מוב"מ בכח הנאמנות של פיו ואם נפרש דטעם שבועת מוב"מ הוא משום דנתאמת חלק מהתביעה [וכך פשטות הראשונים וכן מפורש ברמב"ן בשבועות בדף מב] נחא דאימות זה מכח נאמנותו הוא בא, אבל לפירוש השני שהובא ברמב"ן כאן בשבועות ובגיטין [והוא פירושו של הר"י מיגאש וכן מבואר בר"ח לקמן בדף ד] דרבא בא ליתן טעם לעיקר החיוב וביאר דמשום דמחזי כמשתמט אם כן אף אם אין הודאתו נאמנת סו"ס מחזי כמשתמט ואם כן אין המחייב שייך כלל לנאמנותו מ"ש בזה ק"ו, וכן קשה לפי רש"י בב"ק [והמאירי בשבועות כתובות וגטין בדעת הרי"מ] שכופה"כ פטור משום חזקה וא"כ מוב"מ חייב לא מכח הנאמנות דפיו אלא מחמת עצם הטענה וכפירה כיון דליתא חזקה, וצל"ע.**

**מאי ממון קנס וכו' הש"ך** [בחו"מ סי' א] סובר דלדין דקיי"ל דמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור הגדר בזה דעי' הודאתו חל פטור מקנס אבל כ"ז הוא כשהודה בבי"ד ואם הודה שלא בבי"ד אפשר לחייבו אח"כ על פי הודאתו דאין הודאה חוץ לבי"ד פוטרת, ועיין בקצה"ח [שם סק"ו] שהקשה דאם כן אין שום עדיפות לעדים על פיו שהרי אף פיו מחייבו קנס כשהודה חוץ לבי"ד וכשהודה בבי"ד גם העדים אינם מועילים

אח"כ לחייבו משום דחל פטור ע"י הודאת פיו ומאי פריך הכר ומזה הוכיח דלא כהש"ך אלא דיש ב' דינים בדין מודה בקנס חדא דההודאה פוטרנו כנ"ל ועוד דאינו נאמן וזה אף חוץ לבי"ד.

מה לפיו שכן מחייב קרבן וכו' מקשים העולם אמאי לא פריך דבממון עצמו הודאת פיו עדיפא מעדים, וי"ל דלא חשיב פירכא דבאמת לא עדיף פיו המחייבו מעדים המחייבים דפיו מחייבו בממון נגד עדים ואף עדים מחייבים בממון נגד פיו, ותרודהו לחומרא.

מה לפיו שכן מחייבו קרבן וכו' נחלקו ראשונים בפשט הגמ': שיטת רש"י ותוס' דמיירי בהכחשה ופירשו התוס' דעדים שאין מחייבין אותו היינו במקום פיו דכשמכחישן פטור ואילו פיו נאמן לחייבו אף במקום עדים המכחישין אותו, ועיין בתוס' ר"פ שהקשה היאך נאמן במקום עדים להביא חולין לעזרה, ותירץ דאם באו כהנים להקריב על פיו אין מוחין בידם, ובשיטמ"ק איכא נוסח נוסף דאם בא הוא להקריב אין מוחים בידו, ועיין בקובץ הערות ביבמות [סי' כא אות יח] שביאר החילוק בין שתי הנוסחאות, דלנוסח הראשון בר"פ דין אדם נאמן על עצמו הוא דכלפי עצמו כל העולם מאמינים לו בדינים הנוגעים לעצמו ואף הכהנים מקריבים, ולנוסח השני דין על עצמו הוא דהוא נוהג כדבריו ואין מונעים אותו אבל אנו אין מאמינים לו. [ויש לעיין לנוסח השני דהרי זריקה בכהנים היא, וצ"ל דמיירי בכהן וסגי בזה לפירכא מה שמצינו שפיו מחייבו כה"ג]

שיטת הרמב"ן בפירוש הראשון עיין ברמב"ן [דברי הרמב"ן משובשים וצריך לתקנם עפ"י המובא ברשב"א והנוסח הנכון נמצא ברמב"ן במהדור' מערבא] וסובר בפירוש זה דלרבנן דנאמן להכחיש ולהפטר הוא הדין דנאמן לזכות [וכהתוס' שביארו דדין פיו מחייבו נמי תלוי במחלוקת רבנן ור"מ] והוסיף הרמב"ן דשמא אפילו לר"מ נאמן לחייב עצמו וצ"ת מה המקור לחיובו לרבנן ולר"מ וראה ברש"י שילף להא דפיו מחייבו מקרא דוהתוודה ולפי זה אינו תלוי ברבנן ור"מ שהם נחלקו בקרא דוהודע.

שיטת הרמב"ן בפירוש השני ובפירוש השני ביאר דפיו מחייבו רק כשאין עדים מכחישין אותו ומכל מקום עדיפא דעדים אין מחייבים במכחישם ופיו מחייבו בהודאה והדברים סתומים, וכפה"נ כוונתו להמבואר בר"ן דיעויין בר"ן שביאר עד"ז וכתב דעדים מחייבין אותו רק בסיוע פיו דשותק או מודה אבל פיו מחייב בלא סיוע וצריך עיון לפרש הדברים דהרי עדים נמי מחייבים אותו באומר איני יודע וא"צ לסיועו כלל. ועיין בריטב"א [שנראה שהבין דברי הרמב"ן דגם איני יודע חשיב כהודאה שהקשה דהרי קושטא דאינו יודע ואיזו הודאה יש כאן וצ"ע. ועיין ברמב"ן ביבמות דף פז ע"ב דמבואר מדבריו שם דבעדים משכח"ל חיובא רק מחמת הודאתו וזהו דילפינן מקרא דוהודע אליו וצ"ב דבאינו יודע לכאורה אי"צ להודאה שהרי אינו מכחישם ועיין בקובץ הערות סי' סג אות ב שעמד בדברי הרמב"ן וביאר דבריו דבקרבן נתחדש דבעינן ידיעה ידידה כדי להקריב ומה דמהני שני עדים הוא משום דעל ידי שני עדים חשיב כידעתו [שמצווה להאמין לעדים] ועיי"ש שביאר בזה מ"ט לא מהני ע"א באיסורים גבי קרבן וביאור זה דהקוה"ע נמצא רמז גם בברכ"ש כאן.

דיעויין בברכ"ש בס' ה [דהנה מבואר בגמ' ביבמות דמקרא דוהודע אליו ממעטין דאין עד אחד מחייבו קרבן אלאבאופן ששתק ומשום שתיקה כהודאה] וביאר הגרב"ד דבזה נחלקו הרמב"ן והתוס' דהתוס' סברי דהאי מיעוטא קא רק אע"א ולא על שני עדים וממילא בלא מכחישם הם מחייבים אותו אבל הרמב"ן סובר דגם שני עדים נתמעטו כאן ומהני רק מדין הודאה וכע"א ודוק וראה לשון התוס' בסוגיין בד"ה מה לפיו שמשמע מדבריהם דגם עד אחד אינו מדין שתיקה אלא מדין עדות ולא כהגר"ד ואמנם צ"ע מהסוגיא ביבמות בדף פז ע"ב דלא משמע כן, ועיין ברשב"א שם שהקשה סתירת הסוגיא מסוגיא דהתם לסוגיא דקידושין בדף סה ע"ב ורמז לזה הרשב"א גם בחידושיו כאן, ועיין ברשב"א ובריטב"א ביבמות שם.

**שיטת הרשב"א ויעויין ברשב"א** שכתב לפרש ג"כ דמיירי בלא הכחשה ובעדים לא חשיב דעדים מחייבים אותו דמה שהם מחייבים אף ע"א מחייב ואין זה מדין שני עדים נוקשה להבין דסו"ס מה מעליותא יש לפיו על עדים אטו משום דע"א מחייב עדים מגרע גרעי שנאמר דפיו מחייבו ועדים לא מחייבים וצ"ע]

**אמרו לו שנים אכלת חלב וכו' בשיטת רש"י בטעמייהו דרבנן** העולם מקשים סתירת דברי רש"י שבתחילת הסוגיא כתב דטעמייהו דרבנן מקרא ולהלן כתב משום מגו, **ועיין בחידושי רבי אריה לייב** בסי' פב שכתב בדברי רש"י דבקרא דוהודע לא נתחדש ענין נאמנות אלא דבעינן שיובא הקרבן על פי ידיעתו שלו ולא על פי ידיעת העדים, והנה במכחישם איכא שני חששות א' חשש שקר שמאמינים לעדים ולא לו ותלינן שמשקר. ב' איכא חשש טעות שמא טועה הוא בדבריו. וכלפי חשש טעות הביא רש"י הקרא דוהודע אליו דלהכי לא סמכינן על עדים אבל עדיין איכא חשש שקר ולזה מהני המגו ידידה ועיי"ש עוד בדבריו הנפלאים בזה בביאור פירכת הגמ' לתרי לישני נואמנם לא נתבאר שם כלל למה בעינן לתרצינן דיבוריה דהוא מפורש בסוגיא בכריתות שם דמשו"ה מהני המגו]

**שיטת התוס' בטעמייהו דרבנן** דעת התוס' דסוגיא דידן אזלא רק ללישנא דהוא מדין אדם נאמן ע"ע ולא ללישנא דמגו **ועיין שם בסוגיא דכריתות כל הסוגיא** נואמנם הגמ' שם דוחה הך לישנא מכח הברייתא ושם התוס' פירשו באופ"א מרש"י שם באופן דקאי למסקנא ועיין וללישנא זו נתחדש כאן ענין אדם נאמן על עצמו בין לחיוב ובין לפטור יותר ממאה עדים וצ"ת מדוע נשתנה דין הקרבן להאמינו בו לחיוב ולפטור יותר מעדים מה שלא מצינו בשום מקום וגם בדברי ר"מ שהזקק לק"ו לענין חיובו בעדים מ"ש מכה"ת וראה להלן בסוף הסוגיא עוד בזה.

**שיטת הרמב"ן בטעמייהו דרבנן** ועיין היטב ברמב"ן בסוגיין ודבריו באו סתומים וקשים, הקשה הרמב"ן ללישנא דמגו אמאי מהימן במגו נגד עדים ואף אם הוא מדין מתרצינן דיבוריה הרי לא מצינו בכ"מ דמהני מגו באופן דמתרצינן<sup>68</sup> ולזה ביאר דכיון דחייבי חטאות אין משכנים אותם אין לו עסק עם שום אדם ונאמן לעצמו והביא כאן פירוש רש"י דילפינן והודע והוסיף לבאר דאמנם אלמלי המגו יש לו לומר שמא טעה וקרינן ביה הודע אליו עיי"ש וצ"ב דאי לא ממשכנים אם כן למאי נ"מ בכל דיני הסוגיא ומה שייך בזה ענין נאמן וצ"ל דהנ"מ כלפי הוראת בי"ד באופן שלא יכפוהו אבל יורו לו דינו<sup>69</sup> וצ"ב מה שצירף סברא זו עם דברי רש"י דילפינן לה מקרא דוהודע,

ועוד צ"ב ופלא הוא מה שייך מגו בזה ואם יש לו לחוש שטעה ומחמת מורים לו לעשות כהעדים ומה יועיל שיש לו מגו נומלשון הרמב"ן שכתב דמכחישם בפירוש וכו' משמע דהמגו מועיל דמתרצינן שלא יהא מכחישם בפירוש ועדיין צ"ב ועיין היטב ברשב"א וצ"ע רב] ועוד קשה למה בעינן לתרוצי דיבוריה [ולמש"כ לעיל י"ל ודוק] **ועיין בחידושי רבי אריה לייב** מש"כ בדברי הרמב"ן.

<sup>68</sup> לשון הרמב"ן כאן משמע דלאו היינו דמתרצינן ממש אלא דאם יכול בפנינו לתרץ דיבורו בכל עת ממילא סמכינן אמגו ידידה וצ"ב ושם היינו בגדר בידו או דאין דיבורו חשיב כסותר העדים שיכול לתרץ עדיין דבריו וצ"ב ומיהו בשא"ר פירשו דמתרצינן ממש דיבורו

ודע דבב"ב בדף לא ע"א נחלקו אמוראי אי מהני מגו במקום עדים ודעת הרמב"ן ושאר שם דהמ"ד דמהני במקום עדים הוא משום דמתרצינן דיבוריה ובוזה פליגי והגר"נ וצ"ל שם תמה דאם כן אין מחלוקתם ענין כלל למגו במק"ע וביאר דלמ"ד מגו במקום עדים לא אמרינן היינו דאין אנו שומעים כלל דבריו ממילא גם לא נתרצם ולמ"ד דאמרינן היינו דשומעים דבריו וטענתו ואמנם אי אפשר לפסוק כוותיה במקום עדים דעדיפי ולהכי מתרצינן

<sup>69</sup> וברמב"ן במכות בדף ב גבי עדים זוממים שהעידו לחייב אדם קרבן כתב 'דכיון דאם רצה אינו מביא וממון שאין לו תובעין הוא פשיטא דלא משלם ממון ומילקא נמי לא לקו דלאו עדות הוא אלא הודעה בעלמא הוא דמודעי ליה עכ"ל

ובמש"כ הרמב"ן דאין ממשכנים כן מבואר גם בדבריו במכות בדף ב ע"ב [ראה לשונו שם בהערה לעיל] אבל **יעויין בתוס' בכריתות** בדף יב ע"א בסוד"ה שכתבו דהכא ממשכנים דהטעם דבעלמא אין ממשכנים הוא משום דכיון דידוע שחייב מסתמא יביא לבסוף אבל הכא שסבור להיות פטור ממשכנים דודאי לא יביא והרמב"ן כפה"נ חולק בזה, וצ"ע בדבריו דבסוגיא בב"ק בדף מ ע"א משמע להדיא כביאור התוס' נאפשר דמדיא גופא דאין ממשכנים מוכח דהוא דין דידה ודוק] **ועיין עוד בראשונים שפירשו על דרך דברי הרמב"ן ועיין בחי' רבי לייב.**

**ועיקר החילוק בין הרמב"ן להתוס' דלהרמב"ן סוגיא דהכא אזלא גם כלישנא דמגו ומשום דהמגו אינו טעם העומד בפני עצמו, ועל פירוש הזה קשה שלש קושיות עצומות: א. הקשה הריטב"א דבאומר לא אכלתי כלל דליכא מגו עדים נמי מחייבים אותו אם כן מאי פריך מה לפיו וכו' וכן קשה מאשם דלהלן דהתם ליכא מגו דאף במזיד חייב ועיין בתוס' רא"ש שהקשה בסגנון אחר מאשם וכע"ז הקשה בחידושי רבי לייב דהא במקום דליכא מגו כגון טומאה חדשה הרי עדים מחייבין אותו קרבן וא"כ מאי פרכין מה לפיו וכו' ב. הראשונים כתבו לעיל דפיו מחייבו רק שלא בהכחשה ומכל מקום עדיף מעדים דעדים מחייבים אותו רק מחמת שתיקה כהודאה - הרמב"ן בתי' אחד רשב"א ור"ן - וללישנא בתרא אינו כן דהא עדים מחייבים אותו במכחישם בלא מגו וע"כ לאו מדין שתיקה הוא ג. עיין בסוף הסוגיא בכריתות דבאשם נזיר ואשם שפחה חרופה מודה ר"מ כיון דהמגו מגו טוב ובשלמא לתוס' הרי לל"ק אינו כן וסוגיין כל"ק אבל להרמב"ן אם כן אף לר"מ נפרוך מה לפיו שכן מחייבו אשם נזיר וחרופה וכ"ז צע"ג].**

**תוד"ה וכו' דאינו רוצה להביא חולין לעזרה** וכע"ז בתוס' בכריתות וצ"ב כוונת דבריהם, בפשטות רגילים לפרש דרך לגבי לפסול עצמו אין אדם נאמן אבל כלפי דברים האחרים נאמן [וכ"נ שהבין השע"י ו יב] וצ"ע בלשונם, והקה"ע ביבמות כא א ביאר כוונתם דאינו עושה עצמו רשע שהרי עשה תשובה וג"ז דחוק בלשונם אמנם **יעויין היטב בתוס' רי"ד כאן** [ומדבריו נראה ביאור נפלא בעיני אמע"ר דאין כוונת המשפט הזה דאינו נאמן להשיע עצמו רשע אלא הכוונה דאין אדם מן הישוב עושה דבר משונה שכזה להשיע עצמו רשע ולכן בעלמא אינו נאמן אבל במקום שעושה כן לא כדי לפסול עצמו אלא כדי להציל עצמו מאיסור בזה משים ומשום וכיון דכך הוא נאמן ועיין ברמב"ם פ"ח מדסנהדין הלכה ו וברדב"ז שם מבואר דזהו טעמו של הדין דאמע"ר ונכון מאוד לפרש כן דברי התוס' כאן ובכריתות ועיין עוד ברמב"ן כאן ובתוס' ביבמות דף כה ע"ב]

**דברי הגר"א בדין אדם נאמן על עצמו עיין בהגהת הגר"א אבהע"ז סי' ג סקי"א**, שכתב שם בהא דאיתא אדם דשויה אנפשיה נאמן ולוקה דמקורו מהא דפיו מחייבו קרבן דכל להחמיר ע"ע נאמן וה"נ בא להחמיר ע"ע שאינו רוצה להביא חולין בעזרה. ודבריו צ"ב חדא מלישנא דמגו וכן לכו"ע מר"מ אטו לית להו שויה אנפשיה, ועוד דאם נאמן להחמיר ע"ע מאי ק"ו דר"מ, ובזה י"ל, עכ"פ מבואר מדברי הגר"א דדין אדם נאמן ע"ע הוא דין כללי בכה"ת דילפינן לה מהכא. **ועיין בהגהת הגר"א חו"מ סי' עט ס"ק ב** גבי הודאת לא לויתי דנאמן ע"ע יותר מעדים שציין להמשנה דכריתות, וע"ע בהגהת הגר"א חו"מ סי' כט סקט"ו וסי' לד ס"ק נד. [וכן באבהא"ז ריש סי' ג]

**תוד"ה רבי חייא בר"מ וכו'** מלשון התוס' 'וא"כ' וכו' משמע דרך לר"מ קשה וכבר רמז לזה הרש"ש וצ"ת. והנה באשם לא שייכי הני טעמי דרבנן דאף במזיד חייב ואם כן קשה אמאי פליגי בזה רבנן אר"מ, וצ"ע.

**ועיין ברמב"ן שהקשה דלר"מ נמי היאך יליף אשם מק"ו** [מעדים שאם הביאוהו לידי מיתה החמורה יביאוהו לידי אשם] הרי מהדבעינן הודאה באשם אינו כדי לברר הדבר בלחוד אלא הוא מתנאי החיוב, והוכיח כן הרמב"ן שהרי לרבנן עדים מהני לחייבו קרבן כשאינו מכחישם ואילו באשם לא מהני והיינו כנ"ל. **ותירץ הרמב"ן דר"מ עושה עדים יותר מפיו בכל מקום וצ"ע כוונתו בזה.** ועוד קשה דהרי טעמייהו

דרבנן דפליגי בחטאת הוא משום מגו או מקרא ואם כן היכא דליכא הנך טעמי לכאורה מודו לק"ו דר"מ ואף הם יחייבו קנס על פי עדותו. ונראה מדברי התוס' הנ"ל והרמב"ן דשורש פלוגתייהו דרבנן ור"מ הוא בק"ו דרבנן פליגי אהך ק"ו וצ"ע בזה.

בגמ' מה לפיו שכן אינו בהכחשה וכו' עיין בנמוקי יוסף בשם הראשונים שהקשו ע"ד הרמב"ם דהחזור מהודאה ואומר נזכרתי ובאו עדים כדבריו נאמנים, והקשו דסוגיין במאי מיירי אי בעומד בדבריו הרי מתנה נתן לו וע"כ דמיירי בחזר בו וא"כ מוכח דאינו יוכל לחזור בו ועיי"ש בנמו"י שהאריך לבאר דחלוק הדין אם חזר בו קודם שבאו עדים או לאחר מכן. ובאמרי בינה הלכות עדות סי' ב הקשה ע"ד הראשונים דנ"מ לגבי שבועה דאי מדין מתנה הוא אינו נשבע על החמישים השניים וממילא איכא למפרך מה לפיו וכו'. והחידושי הרי"מ הקשה דנ"מ בעמד בהודאתו ומת דהיורשים מפסידים מחמת הודאתו אף דליכא מתנה. ובגוף דברי הראשונים יש להבין מאי מתנה איכא ומה נאמר באופן שאינו רוצה לשלם או טפי קשה באופן שתופס בשביל חוב אחר דלית ליה ראייה עליו, וצריך עיון בכוונתם.<sup>70</sup> ועוד קשה טובא דהרי באומר לא לויתי גמ' ערוכה דאף בחזר ואמר פרעתי אינו נאמן ואיך שלא יהיה החילוק בין לא לויתי לדברי הרמב"ם הרי לן גמ' ערוכה דפיו אינו בהכחשה, ועוד דהרי הרמב"ם שכתב נזכרתי בודאי דבדוקא הוא ולא באומר שיקרתי ואף בזה פיו בהכחשה וצ"ע

בגמ' מה לפיו וכו' עיין בקצה"ח סי' לד ס"ק ד שהביא שיטת המהריב"ל דהודאת בע"ד מהני מדין התחייבות, והוכיח הקצות מסוגיין דהוא דין נאמנות וראיתו מפרכת הגמ' דאינו בהכחשה דאם התחייבות היא אי אפשר להכחיש. ולכאורה יש להוכיח בפשיטות מכל המו"מ בגמ' דאם ע"י הודאתו חלה התחייבות אם כן מה שייך לדון דפיו עדיף מעדים או עדים עדיפי מפיו, הרי אין לפיו כח הנאמנות שיש לעדים ואין לעדים כח להתחייב בממונו של זה]

בגמ' אלא אתיא מעד אחד וכו' משמע מהגמ' דניתן [להס"ד] ללמוד העדאת עדים מע"א בלחוד, וזה תמוה מאוד דאלמלי פרשת מודה במקצת האמורה בתורה מהיכי תיסק אדעתין ממה שחייבה תורה בע"א להכחישו שנחייב בשניים על מה שאינם מכחישם, ומה שייכות כלל איכא בין זל"ז והוא פלא. וראה בתוס' לעיל ד"ה ורבי חייא שרצו ללמוד מחיוב מיתה ואף זה צ"ב טובא וכנ"ל, ופירכת הגמ' דמה לע"א שכן על מה שמעיד הוא נשבע, ועיין בפנ"י שביאר דכוונת הגמ' דאין ללמוד כלל מע"א דאין שייכות כלל בין שבועת ע"א להעדאת עדים שאנו באים לחייבו על מה שלא הוכחש בו, ולפי דבריו הרי זו גופא תשובת הגמ' ואולם ראה ברש"י שכתב דפרכת הגמ' דאין לנו להחמיר כ"כ, ועיין בריטב"א שביאר דבריו דאינה פירכא דבדרכי הפירכא חשיב קולא ולא חומרא וכוונתו דאדרבה אם ע"א שאין בכחו לחייב שבועה אלא על מה שמעיד עכ"ז משביע ק"ו שני עדים] אלא הוי סברא בגדר דיו לבא מן הדין להיות כנידון שלא ישביעו על מה שלא העידו, ומכ"ז משמע דלא כהפנ"י, והדרא קשיא לדוכתא מאי ס"ד למילף מע"א, [ואפשר דאף הילפותא מע"א היא אחר שיש פרשת מוב"מ בתורה וחזינן תורת חיוב כזו, רק מהודאה גופא לא מצינו למילף ילפינן מע"א דיש לעדים כח לחייבו שבועה אף על מה שלא העידו וצ"ע]

בגמ' אלא אמר רב פפא בכאן צ"ב דמשמע דכוונת הגמ' לאשכוחי בע"א שנשבע על מה שאינו מעיד וכ"מ ברש"י וזה צ"ב דהרי גלגול שבועה אינו שייך כלל לדין עד אחד וכל שבועה דאורייתא מגלגלים הימנה ומה ילפותא שייך כאן דוקא מגלגול דע"א, ועוד דאם באת ללמוד העדאת עדים מע"א בגלגול אם כן כל

<sup>70</sup> וע"ע בספר התרומות שער יא א ג מחלוקת הר"י מיגאש והרמב"ם בדין זה ועיין שם בגידו"ת ובהגהות שם עיין במגיד משנה שם בפ"ז מטו"ט ה"ח תירוצו על קושית הראשונים מההיא דב"ב ומשם מבואר דפליג ע"ד הנמו"י בדעת הר"מ ועצם דבריו צ"ב עיי"ש



שנתחייב בבי"ד לשלם לו ע"י עדים יוכל התובע -אחר שנתחייב זה- לגלגל עליו שבועה על כל דברי שיחפוף, ועיין **בחיידושי הגרש"ר בסי'** ה שכתב ליסד דאיכא שני דינים בגלגול וגלגול דהכא הוא באופן שלכתחילה טענו טענה והעד מעיד על חלק ממנה וכה"ג גדר הגלגול דהשבועה עצמה שאותה נשבע מכח העד צריך להשבע על כל הממון ועי"ש בדבריו בכ"ז, ועיין ברא"ש כאן בענין אי בעינן בגלגול שיתבע התובע שישבע הנתבע וע"ע באו"ש פ"א מטוען הי"ב.

**בגמ' מה לעד אחד שכן על מה שהוא מעיד וכו' נחלקו ראשונים בגרסת הגמ' ופירושה, גרסת רש"י [וכפפה"נ גם תוס'] דמה לע"א שכן על מה שהוא מעיד הוא נשבע [כן למדו הראשונים מדברי רש"י בד"ה פיו יוכיח] ומבואר דהצד השווה הוא מפיו ושבועת עד אחד עצמה, **גרסת הראשונים** ברמב"ן ושאר מה לע"א שכן שבועה גוררת שבועה והיינו דילפינן משבועת גלגול דעד אחד, **ושורש מחלוקתם** בביאור הצה"ש שעל ידי טענה וכפירה, דהראשונים פירשו דטענה היינו מה שמוכח כהתובע וכפירה היינו מה שכפר ואין ראייה כנגדו וממילא בע"א איכא טענה אבל אין כפירה ואין כלל צה"ש בין השבועות שאינם ממין אחד, [והוא כעין 'הודאה וכפירה' אלא דכיון דאינה הודאה ממש נקטה הגמ' לשון טענה כ"כ הרמב"ן] אך רש"י סובר דטענה וכפירה היינו כפשוטו טענת תובע וכפירת נתבע. ומקו"ד הראשונים מלשון הגמ' לעיל 'שעל מה שכפר הוא נשבע' והיינו על מה שיש רק כפירה ולא הוכחה נגדו. ועיין **בראשונים מש"כ בכ"ז [ועיין בחידושי רבי ראובן סי' ב שביאר מחלוקת הראשונים ורש"י בגדרי השבועות וראה להלן בזה.****

#### דף ד ע"א

**תוד"ה ע"א יוכיח וכו' שבעדותו אין מחייבו ממון וכו' עיין בקצה"ח סי' לח סק"ה** שלמד מדברי התוס' דידן דעד המעיד ואין הנתבע יכול לישבע אם הוזם העד ישרם ממון, שהרי כתבו דמה שאינו משלם הוא מפני שלא חייב ממון אלמא כשמחייב ממון משלם, **והדברים צ"ע** דאם כן ה"ל להתוס' לשנויי בפשיטות דע"א ישנו בתורת הזמה בגוונא דמתוך, **וביותר** דהגמ' להלן פריך לרבי חייא דאינו בתורת הזמה ואמאי הרי ישנו בגוונא דמתוך, [וצ"ל דהגמ' פרכה כן למ"ד דלית ליה מתוך ולא אבתה לתרץ דר"ח אית ליה מתוך] והאחרונים דנו בדברי הרמב"ם פכ"א מעדות ה"ה שכתב דע"א בקינוי וסתירה שהוזם משלם כתובה וחילקו דהתם האמינתו תורה כשנים [ויש בזה גרסאות אחרות ברמב"ם] ועיין בר"ח להלן שפירש דאינו בתורת הזמה כי כשמחייב שבועה א"א לחייבו שבועה בדין כאש"ז, ומזה משמע דאם מחייב ממון אפשר לחייבו ושוב קשיא דאם כן הרי הוא בתורת הזמה וכנ"ל וצ"ע. [ושמא מה שאינו מחייב כאש"ז בעיקר דינו סגי בזה לפירכא וצ"ע] **ויעויין בחזו"א** שכתב דכיון שע"א עיקר דינו אינו לחייב ממון לא נתנה בו תורה כלל פרשת הזמה אף בגוונא דמתוך ומ"מ אין כאן פירכא דלא מתוך חומרא ידידיה בא לו דין זה.

**בגמ' הצד השווה שבהם וכו' צ"ב** דעד הנה באנו ללמוד כח העדים לחייבו שבועה מפיו ואם כן השתא דפרכינן ועבדינן צה"ש ה"ל להגמ' לומר צד השווה בין פיו לע"א ששניהם נאמנים בעלמא ונאמנים כאן, ומדוע הוסיפה הגמ' פרט נוסף שע"י טענה וכפירה הם באים, וי"ל, **אבל קשה עוד** דאם הילפותא היא מפיו וע"א עצמם לעדים אם כן מה הקשו הראשונים דנילף אף כופה"כ הרי אין כאן בכלל כח עדות ודררא עבור התובע [ולא מסתברא למילף שתועיל טענת התובע בתורת עדות כפיו וע"א] וע"כ דהשתא הצה"ש הוא דהמחייב הוא הטענה וכפירה עצמם ולא הפיו והע"א וצ"ע ודוק.

<sup>71</sup> ועיין בביה"ל ח"ג סי' לח שהוכיח דרבי חייא לא ס"ל מתוך, שהרי התוס' סברי לקמן דבגלגול שבועה לא אמרינן מתוך ואם כן להצד דילפינן לה מגלגול שבועה נמצא דגם בהעדאת עדים לא אמרינן מתוך ואם כן נמצא שפיו אלים טפי מהעדאת עדים ור"ח אמר שלא תהא הודאת פיו וכו', ומיהו למסקנא נחא להתוס' עצמם שסברי דלא ילפינן מגלגול אלא מע"א עצמו.

**רש"י ד"ה טענה וכו'** מש"כ רש"י הם באים לדין צ"ב כוונתו ונראה שבא לפרש לשון הגמ' דעל טענה וכפירה הם באים היינו לא דהשבועה באה אלא הבע"ד באים לדין. וצ"ב מה הצד השווה בזה, ואפשר דכוונתו דהכא הספק המתעורר ביניהם הוא על ידי טענה וכפירה. וראה להלן בשיטת התוס'.

**תוד"ה הצד השווה וכו'** ראה בגליון הש"ס שציין לתשובת פנים מאירות שהקשה על התוס' מגמ' בחולין דף קטו דאיתא התם דלא פרכינן יוכיח מעלמא על הצד השווה, נדהיינו שאפשר לפרוך על הצה"ש דמה להצד השווה שבהם שכן כך וכך, אבל אי אפשר לפרוך דפלוני יוכיח שאין בו הדין זה דפירכא כזו פרכינן רק על בנין אב [ממלמד אחד] או על ק"ו אבל לא על צד השווה וכלל זה מפורש בגמ' בחולין שם דאצה"ש מגופיה פרכינן ומעלמא לא פרכינן] **ועיין בביה"ל** [ח"ג סי' לט ד"ה אמנם] שכתב בשם בנו הגר"ח דקושית התוס' היא דהעדאת עדים הרי היא בכלל כופר הכל דבכך מיירי וחזינן מיניה וביה דטענה וכפירה דכופה"כ אינה מחייבת שבועה. [ולפי"ז לשונם 'יוכיח' אינו מדוקדק כ"כ] **וכע"ז כתב בספר זרע יצחק. ועיין בתוס' רא"ש כאן ובריטב"א** שהקשו דנילף מהכא כופה"כ ותירצו דגזיה"כ הוא דפטור ומבואר דפליג על תי' התוס' ולא סבירא ליה דהצה"ש הוא מטענה חשובה, **ולא הוסיפו להקשות** דכופה"כ יוכיח, וי"ל בפשיטות דהוא מה"ט דמעלמא לא פרכינן.

**וצ"ע בדברי התוס' מדבריהם לעיל בדף ג ע"א** שהקשו מנ"ל דכופה"כ פטור, ותירצו דגזיה"כ היא, ולדבריהם דהכא הל"ל בפשיטות דממוב"מ ליכא למילף משום דאיכא טענה חשובה. **וצע"ג.**

**ובדברי התוס' רא"ש קשה להיפך** דהכא כתב דהוא גזיה"כ ושם כתב בתי' השני דממוב"מ ליכא למילף שהוא כעין גלגול והרי בתירוץ זה לא הועיל כלום דעדיין איכא למילף מהצה"ש וע"כ דגזיה"כ היא וה"ל לתרוצי כן שם, **וצ"ע. ועיין בספר הזכרון להגר"ח שמואלביץ זצ"ל** מה שנדפס שם מהגר"נ זצ"ל בדברי התוס'.

**עיין ברמב"ן בשבועות דף מ ע"א ד"ה אבל**, שהביא בדין שבועת ע"א בטענת שמא, שהרי"ף סובר דנשבע בטענת שמא, ורבינו אפרים והר"י מיגאש נחלקו עליו, שע"י טענה וכפירה הם באים, אלמא בעינן טענה והיינו ברי דשמא אינה טענה לחייב, ודחו הרמב"ן ושא"ר שם ראיתו ופירשו דטענה לאו היינו טענת ברי אלא היינו תביעה ולדעתו דילפינן מגלגול היינו דאיכא הודאה או ע"א או עדים. **ונראה דהרמב"ן אזיל לשיטתו** דילפינן מגלגול וטענה היינו שטענתו מוכחת במקצת הממון ע"י הע"א או ההודאה וכן בהעדאת עדים. **אך לדעת רש"י** בסוגיין דנראה שסבר דטענה וכפירה היינו טענה בעלמא ולא טענה חשובה ואף לא דררא וכן סברו הראשונים שהקשו מכופה"כ ותירצו דהוא גזיה"כ, אם כן מוכח דבעינן טענת ברי דודאי לא מסתברא דטענת שמא מחייבת שבועה, והגע עצמך לקושית הראשונים דכופה"כ ישבע וכי ס"ד דגם בטוען שמא ישבע. **ולדעת התוס'** שפירשו דבעינן טענה חשובה נמי משמע דעיקר כח המחייב הוא הטענה ומסתברא דטענת שמא אינה מחייבת שבועה אף בע"א והתוס' באמת סברי כן לעיל בדף ג ע"א.

[**מדברי התוס' לכאורה נראה** דחיוב שבועת ע"א יסודו הוא בטענת התובע דהוי חשובה, ויש לעיין בזה טובא דמבואר בראשונים בכ"ד דשבועת עד אחד גדרה דהע"א נאמן כשנים עד שיכחישנו, **דכן כתבו הרשב"א והר"ן** בריש כל הנשבעים דמה"ט לא מהני מגו לאפטורי משבועת עד אחד ומשום דהע"א כשנים עד שיכחישנו והוי מגו במק"ע, **וכן איתא ברמב"ן ורשב"א בב"ב** בדף לד דע"א כשנים עד שיכחישנו. **ולכאורה כ"ז שלא כדברי התוס'** דידן דגדר השבועה דאיכא טענה חשובה **וכן ברא"ש לעיל** בענין עד המסייע שכתב בתוה"ד דק"ו יומה כשהעד מסייע למי שאין מוחזק זוקק את המוחזק לישבע וכו' ומשמע דגדר השבועה דהע"א מסייע טענת התובע וזה מתאים עם דברי התוס', **ואפש"ל דהראשונים אזלו לשיטתם** שסברי הכא דהצה"ש הוא מגלגול ולא מע"א עצמו, אך התוס' שפירשו דילפינן מע"א אם כן מפורש בגמ' דשורש חיוב ע"א הוא ע"י הטענה וכפירה, אבל עדיין קשה קצת שלא השיגו הראשונים מטעם זה על

גרסת רש"י ופירושו [ואף שהרמב"ן כתב דאין השבועות ממין אחד נ' כוונתו דליכא כפירה בעלמא הכא אלא כפירה שהעד סותרת והרשב"א לא השיג כלל מטעם זה] וצ"ע.

מה להצד השווה שכן הוחזק כפרן וכו' וברש"י שלשה ביאורים נשנו בזה בדברי הראשונים, עיין בריטב"א שפירש דלדברי רש"י לאו פירכא הוא אלא סברא דכה"ג לא יתחייב שבועה אלא תשלומין וכ"ה לשון רש"י ולא נאמינהו, וצ"ע דאם כן למה מקשינן מה לפיו וכו' הל"ל בפשיטות אמאי נשבע הרי הוחזק כפרן, ועיין במהר"ם ש"ף שהקשה כן על פירוש רש"י, עיין בר"ח שמדבריו מבואר דבתורת פירכא מקשינן לה שכתב דהודאת פיו לא משוי כפרן כגון שכפר והודה [דכללל הוא בכ"ד שאין אדם נעשה כפרן על ידי עצמו] ואמאי לא קאמר בפשיטות דהכא לא הוחזק כפרן ולכאורה נראה כוונתו דהודאת פיו בעלמא לא משוי כפרן וכן ע"א בעלמא לא משווי אדם לכפרן, ועדים משווי וקולא היא בפיו כלפי הודאת עדים, וקשה דאם כן מאי משני דהכא מלווה הוא הרי פירכא כדקאי קאי דסו"ס בפקדון פיו אינו משווה כפרן ועדים עושים אותו כפרן. ועיין בריטב"א שכפה"נ רמז לפירוש זה והקשה עליו כנ"ל, וצ"ע. ועיין בתוס' רא"ש שבתחילת דבריו נראה שלמד כפירוש הר"ח וכתב דבפקדון דאיכא למפרך שכן הוחזק כפרן לא מחייבין שבועה בע"א, ועיי"ש בשם הרמ"ה מה שהקשה מההוא רעיא ומה שתיירן, [והדברים צ"ב] ודחה התוס' רא"ש [בנוסחה השניה שם] דאם כן אף במלווה לא נלמוד דאיכא למפרך מה לעדים שכן הוחזק בהו כפרן בפקדון וכתב דלאו פירכא היא אלא סברא היא שלא להטיל עליו שבועה שמא ישבע לשקר וכתב דכך פירש רש"י, עיי"ש. ונמצא שנחלקו התוס' רא"ש והריטב"א בהבנת דברי רש"י, שהריטב"א למד שקושית הגמ' היא שישלם מאחר שהוא חשוד וכפרן והתוס' רא"ש למד שהכוונה דמחמת כן לא נטיל עליו שבועה. ודרך שלישית היא דרך הר"ח והרמ"ה שבתורת פירכא אתינן עלה.

וצ"ע לכל הפירושים, דאם בהס"ד לא ידעה הגמ' להא דהכופר במלווה כשר לעדות אמאי לא פריך בפשיטות היאך נשבע בהעדאת עדים הרי גזלן הוא.

בביאור כוונת הגמ' הוחזק כפרן ראה בריטב"א שכתב בתורה"ד דפרכת הגמ' שיהא נידון 'כחשוד או כהוחזק כפרן' ואפשר כוונתו דיש לדון בו בשני אופנים חדא דהוי גזלן ממנו אחר שכפר והוכחש בעדים ופסול לשבועה ועוד שיהא חשוד אממון ולא ישבע דחשיד אממונא חשיד אשבועתא [נא אף אם לא חשיד מ"מ פירכא הוי אך צד זה הוא לא לדרך הריטב"א דהפירכא שישלם] [ועיין בבעה"מ כאן ובשטמ"ק בשם גליון תוס' ומדבריו נראה דקושית הגמ' דיהא הוחזק כפרן לאו היינו בגדרי חשוד על השבועה אלא מדין הוחזק כפרן לאותו ממון דאינו נאמן עליו אף בטענה עיי"ש וזה הפירוש גם הבין במאור בתחילת דבריו ולא כן נראה מדברי שא"ר]

אלא דקאמר ותנא תונא וכו' יל"ע בקושית הגמ' דלכאורה נראה פשוט דהאנ"ס דחזקה משת"י אדם שלו אינה פוטרת אדם משבועת מוב"מ, כגון שתבעו שני כלים שבידו והוא משיב לו האחד שלי וקניתי ממך והשני שלך הוא, ודאי חייב לישבע אף דיש לו חזקה ואנ"ס באותו הכלי שטוען שקנאו,<sup>72</sup> ואם כן מאי פריך דכי היכי וכו', ופשוט דקושית הגמ' הכא היא משום דמה שחייבנוהו שבועה הוא מכח האנ"ס ולא מכח הודאה או עדים גמורים ולזה קאמר כי היכי וכו', אבל צ"ב מה הסברא לחלק בזה וממ"נ אי אנ"ס פוטר מן השבועה יפטר בכל גווני ואי לא לא.

ויש לדון בזה בשורש חיוב השבועה מכח האנ"ס. נתבאר לעיל [בתחילת סוגית מוב"מ] שהאחרונים פירשו דדין האנ"ס להשביע הוא מכח הפסק דין שחשוב כהעדאת עדים ואף עדיף מינה, ולפי זה מתפרש בפשיטות דאם מכח הפס"ד המזכה לתובע חציה אתה בא להשביעו הרי גם הפס"ד מזכה ללווה חצי

<sup>72</sup> ולכאורה מפורש כן בגמ' לקמן בדף ק ע"ב ודקטעה לידיה וכו'.

ובעלמא התביעה היא קודם הפס"ד ומונעת את הפס"ד אבל כאן ממ"נ קודם הפס"ד אין כאן עדות והפס"ד גופו מעיד לשני הצדדים בשווה, ואם ננקוט דהחזקה גופא כח הכרעתה חשוב כעדים אזי צ"ב מ"ש מכל שבועה דאורייתא שאין החזקה פוטרת וי"ל בזה בשני אופנים, א) דכיון שמכח החזקה הוי דתרווייהו הרי זה דומה שכת אחת של עדים העידה שני הפרטים ומכת זו אי אפשר להוציא דררא להשביעו דהיא שאמרה דחציה של התובע היא אמרה דחציה של הנתבע. ב) ועו"ל בזה דהיכא דכח הדררא לפטור שווה לכח הדררא המחייבת בזה ליכא שבועה והאנ"ס פוטר במקום שכח השבועה הוא מצד אנ"ס אבל היכא דהשבועה מצד עדות גמורה אין אנ"ס פוטר. ובהמשך הסוגיא יתבאר בזה מדברי הראשונים, עיין להלן בהערה 77.

דאילו הוה סהדי ללווה וכו' וברש"י פשטות לשון הגמ' משמע דמיירי באופן שהעדים מעידים שהלווה פטור מכלום, אך זה אי אפשר שאם כן הרי ליכא העדאת עדים כלל שהכת הפוטרת מכחישה את המחייבת לגמרי והוה תו"ת, ולכן פירש רש"י באופ"א, ולשון הגמ' צ"ע. והעמידה רש"י בכת אחת מעידה שחייב חמישים ופרע חמישים, וצריך ביאור דכה"ג פטור מן השבועה לא רק מצד סברת כי היכי אלא משום שהעדים פוטרים אותו מן השבועה דפשיטא דשני עדים פוטרים מן השבועה, ואי"ז דומה לאנ"ס שבעלמא אינו פוטר מן השבועה, ולכאורה צ"ל דכוונת הגמ' דאף בלא טעם זה שהעדים פוטרים אין כאן דררת חיוב ופשוט כן וה"ה באנ"ס. ולעיל ביארנו בשני אופנים או משום דאותה כת מחייבת ופוטרת או משום דכח הפוטרים שקול לכח המחייבים, וקצת יש לדקדק מלשון רש"י שהעמידה בכת אחת דכה"ג דווקא פטור מדין זה.

עיין ברשב"א שהקשה ע"ד רש"י היכי מיירי אם התובע תובעו הלויתי לך מנה והלה כופר ואומר לא לויתי מעולם והעדים מעידים שלוה מנה ופרע חמישים אם כן חייב לשלם הכל דהרי כל האומר לא לויתי כמודה שלא פרע ולא יועילו עדי הפרעון לפטרו, ועל כרחין דמיירי שהלווה טוען פרעתי הכל והעדים מעידים שפרע חמישים והשאר יודעים בבירור שלא פרע וקשה דאם כן הוי כפירת שעבוד קרקעות. נדבגוונא קמא שנתחייב מכח הודאתו דהאומר לא לויתי וכו' אין גובים מהלקוחות אבל אם העדים מעידים שלא פרעו הוי כפי"ש קרקעות ועיין ברשב"א בתחילת סוגיא דמוב"מ בכ"ז

והגר"נ וצ"ל תירץ דברי רש"י עפי"ד הרע"א שכתב דדין האומר לא לויתי וכו' נאמר דווקא כשבאו עדים שלווה ופרע דאז מאמינים אותם על ההלוואה ואין מאמינים אותם על הפירעון כיון שהוא מכחישם בהודאתו, אבל גוונא שאומר לא לויתי והעדים מעידים שפרע ואינם יודעים שלווה כלל אלא מכח מה שראו שפרע אזי פטור מלשלם דממ"נ אם אתה מאמין לעדים הרי פרע ואם לא מנא לך שלוה. וביאר הגר"נ דהכא בדקדוק כתב רש"י דמעידים שחמשים פרע והיינו שלא ראו המלוה אלא הפירעון וצ"ל דמיירי באופן שיודעים שהפירעון אינו עבור החמשים האחרים שיודעים שלווה אותם וכגון שהיה בשני זמנים שונים וכו"ב] וכה"ג ליכא לדין האומר לא לויתי ושפיר נאמנים העדים לפטרו מן השבועה.<sup>73</sup>

דאיתמר מנה לי בידך וכו' הילך חייב מאי טעמא וכו' קצת יש לדקדק אמאי קאמר מאי טעמא קודם שהזכיר סברת פטור הילך בשגם לא משני מידי לכאורה בתירוצו.

<sup>73</sup> ואולם עדיין צ"ב דסו"ס אינו פטור מלשלם אלא מכח הממ"נ אבל לסמוך על העדים שלא פרע זה אין לנו כיון שהוא פסלם בהודאתו ואם כן היאך עדים הללו פוטרים אותו מן השבועה וביאר בזה הגר"נ באופן נפלא דאד"נ בציור כזה אין העדים יכולים לפטרו מן השבועה בעצם עדותם אלא רק מכח סברת כי היכי דכיון דסו"ס כמו שיש כת המעידה שחייב חמישים כך יש כת האומרת שפרע השאר ליכא דררא לחייבו שבועה על פיהם אפילו כשהוא מכחישם ודוק.

בגמ' ותנא תנא מצינו בראשונים שתי שיטות עקרויות בביאור הראיה לדינו של רב חייא: שיטת רש"י [עכ"פ להס"ד דגמ'] והמאור דאף עתה מדמי לה הגמ' להעדאת עדים וכמו לעיל, ושיטת התוס' ושאר דהשתא סוברת הגמ' דשנים אוחזים בטלית יש בו הודאה ממש ואינו מדין העדאת עדים אלא מדין מוב"מ עצמו.

ובשיטת רש"י נתקשו התוס' והראשונים דאם כן מצי לאתויי ראיה לר"ח קמייטא ומדוע חזרה בה הגמ' כלל, וביאר הריטב"א דלהס"ד דגמ' אה"נ יש ראיה גם לרבי חייא קמייטא והתשובה דהראיה היא לר"ח בתרייתא אינה תשובה על שאלת הגמ' דלעיל, וכאילו תאמר לא היינו בבית המדרש כשדנחית ההיא דלעיל דלאו בהרדי איתמר וכו'.

אך עדיין קשה למסקנא שהגמ' מוכיחה דאית לרבנן לתקוני כעין דאורייתא אם כן יש ראיה לרבי חייא קמייטא, ועיין בספר המאור שביאר דלמסקנא באמת שבועת משנתנו אינה כלל מדין מוב"מ והעד"ע אלא תקנת חכמים [מטעם שלא יהא כ"א הולך ותוקף או מטעם אחר] וראית הגמ' היא דאם נימא דהילך בעלמא חייב שבועה נמצא שאף שהמעות עומדים לינתן לתובע עדיין חשוב הדבר שיש כאן דין ודברים ביניהם ולא חזינן להו כאילו כבר ניתנו, וה"ה במשנתנו אם הילך היה פטור היינו רואים את הטלית כמי שנחלקה כבר, ועיין ברשב"א ובריטב"א שפירשו שיטת בעה"מ.<sup>74</sup> וכתב הרמב"ן דרש"י סובר כהבעה"מ למסקנת הגמ' וניחא נמי לדידיה דלא מיייתנן ראיה לר"ח קמייטא. ודאיק לה הרמב"ן ממש"כ רש"י בד"ה אי אמרת וכו' כלומר גבי שבועה דאורייתא כגון בהודאה במקצת עכ"ל. ונראה כוונת הרמב"ן דאם היה עיקר השבועה במשנה מדין העדאת עדים או מוב"מ היה צריך רש"י לפרש דאי אמרת וכו' בגוונא דהוי דאורייתא הך שבועה עצמה [היינו באופן דלא שייך כי היכי] וממש"כ רש"י 'כגון' במוב"מ משמע דהך שבועה דהכא לא שייכא במוב"מ ובהעדאת עדים אלא תקנה בפ"ע היא אך אם הילך חייב באיזה שבועה דאורייתא [כגון מוב"מ] חזינן דלאו כמאן דנקיט לה ודוק.

אבל הריטב"א כתב דלרש"י למסקנא דמיא תפיסת שניהם כהודאה וכשיטת התוס' ושאר ולכן ליכא ראיה לר"ח קמייטא וראה להלן בביאור שיטה זו מדוע לא פרכינן כי היכי אהודאה נמי.

**שיטת התוס' והראשונים** דהשתא סברה הגמ' דהך תפיסה בטלית חשיבא כהודאה שכ"א מהם מודה לשני בחלקו, וכמה דרכים יש בפשט הסוגיא לדרך זו, (א) מדברי התוס' נראה דבאמת דמיא גם להעדאת עדים וגם להודאה במקצת והא דלא הוי שבועה דאורייתא הוא מכח סברת כי היכי ומה דלא מוכחינן מינה כר"ח קמייטא הוא משום דליכא בה מקור לדין העדאת עדים דסו"ס י"ל דאיכא כוונה בדאורייתא במוב"מ גופא. ונתקשו התוס' דלפי זה נמצא דמה דאינו ראיה לר"ח קמייטא הוא לא מכח דחית הגמ' דלעיל דכי

<sup>74</sup> וכתב הרשב"א דלפי זה לרבי חייא נשבעים רק על מה שביניהם אבל כ"א עד מקום שידו מגעת אינם נשבעים דבזה הרי ודאי דנקיט ליה בדידה, ואילו לרב ששת נשבעים גם על מה שתפוס בידו, וסוגיא דלקמן בדף ז' דנשבעים גם על מה שהם אדוקים בידם כרבי ששת דקיי"ל כוותיה. ולמדנו מדברי הרשב"א דסברת רב ששת למסקנא דאף דהילך כמאן דנקיט בדידה לא איכפת לן דאפילו במה דנקיט ממש בידו חייב שבועה מתקנת חכמים שאין מקור דומה לה בדינא דאורייתא. והביא הרשב"א דלהרמב"ם להלכה אין נשבעים על מה שתפוסים ולא פירש הרשב"א אם משום דחולק על הבנת המאור בסוגיין או משום דאף לרב ששת אין נשבעים על מה שתופס ממש בידו.

ולעיל בדף ב' וג' שיטת הרשב"א דמחלוקת הסוגיות אם אנו רואים הטלית כמי שנחלקה או לא, דסוגיין בדף ג ע"א סברה דלא כמי שנחלקה ולכן סברה הגמ' שהשבועה היא מחמת עצם דין חלוקה ודימתה דין משתנינו למנה שלישי וכו', אך אליבא דאמת כמי שנחלקה דמיא ולהכי חולקים בה ול"ד לארבא ומנה שלישי כלל ונשבעים משום דרבי יוחנן דשבועת רבי יוחנן שייכא גם אי כמי שנחלקה.

ולפי העולה מדבריו בסוגיין נמצא דכ"ז הוא לדעת רב ששת אבל לרבי חייא אי כמי שנחלקה אין טעם לשבועה אפילו מכח סברת רבי יוחנן ונמצא אם כן לדידיה בהכרח דלא כמי שנחלקה ולדידיה קשה ממנה שלישי ומארבא ובעינן לתרוצי כשיטת הגמ' לעיל, וקצ"ע שלא הזכיר הרשב"א לעיל דאי"ז סוגית הגמ' בלחוד אלא דכן דעת רבי חייא ודוק.

היכי [דעלמה משנינן דהוי כעין דאורייתא] **ועיקר הדברים סתומים** מה הסברא לדון תפיסתם כהודאה סו"ס ששניהם אינם מודים ומדוע ישבעו וצ"ע.

**(ב) התוס' רא"ש** [וכ"ה בשטמ"ק בשם תוס' שאנץ] פירש דהכא אינו הודאה שהרי אינם מודים זל"ז אבל מכל מקום חשיב כהילך כיון שכ"א נוטל את חציה בעל כרחו של חברו ולכן נשבע מדין מוב"מ אע"ג שאינו מודה, **וביאר** דהכא לא שייכא לדין העדאת עדים מכח סברת כי היכי, [ומה"ט לא הוי אפילו כעין דאורייתא וא"ש קושית התוס'<sup>75</sup>] אך בהילך המחייב שבועה א"א לומר כי היכי דהילך להאי הילך להאי. כיון שאינם מודים זה לזה. [וכוונתו דבהודאת בע"ד וכן בהעדאת עדים שהשבועה היא מכח הברור שבהודאה שייך לומר דהברור מברר גם הצד השני אבל בהילך אין החיוב אלא מכח המציאות מה שניתן חצי הטלית לאחד ובוזה אין סברא להפקיע השבועה מה שחציו השני ניתן לנתבע ודוק] **ובאו דברי הרא"ש סתומים מאוד** דממ"נ אם אין כאן הודאה מה איכפת לן דהילך הוא סו"ס שבועת מוב"מ ליכא הכא דלא מודו להדדי. **והגר"נ זצ"ל** למד מדברי התוס' רא"ש דכמו שהודאת בע"ד מחייבת שבועה ה"ה הילך לדעת רבי חייא הוי מחייב שבועה בפ"ע דמה שנותן לחברו הטלית אף שאינו מודה לו אף זה מחייב שבועה ומפרשת מוב"מ אף שאינו מודה לו. **וצריך ביאור** שהרי לא מצינו כזאת בדין מוב"מ גופא דהודאה בעינן [ומינה ידעינן דין הודאת בע"ד ככה"ת כמש"כ רש"י בקידושין] ולא מצאנו בראשונים דיש כאן ילפוטא חדשה ממוב"מ ומחייב נוסף של שבועה וצ"ע. וראה להלן בהערה 76.

**(ג) הרמב"ן ושאר** פירשו דהוי תפיסת שניהם בטלית כדודאה במקצת לפי שכפירתו במה שבידו של חברו אינה כלום **וכתב הריטב"א** 'וה"ז דומה כאילו כל אחד מהן תובע לחברו כל הטלית וחברו כופר במה שבידו כי הכפירה במה שביד חברו אינה כלום ומילי בעלמא ניהו לצערו והילך גמור חשיב' ואף **כאן הדברים צ"ב טובא** דסו"ס כופר הוא ואומר כולה שלי ועוד דאף אם הכפירה אינה כפירה אבל סו"ס אין כאן הודאה, **ועיי"ה בריטב"א וצ"ע**.<sup>76</sup>

**ופירש הרמב"ן ושאר** דלמסקנא יש כאן גם הודאה וגם העדאת עדים ומ"מ הוי כעין דאורייתא ההודאה ולא העדאת העדים, **ועיין בריטב"א שפירש** דגבי העדאת עדים הרי ממ"נ אם נסלק עדותנו כמי שאינה נמצא שאין כאן סיבה לחייבו שבועה ואם נדון על פי עדותינו הרי לכ"א מהם יש עדות בחציו ופטור מן

<sup>75</sup> וצ"ע בדברי הרא"ש שביאר דא"א לומר דהוא מדין העדאת עדים דאם כן כי היכי וכו' והוסיף דלכן צ"ל דלמסקנא האנ"ס אינו חשוב כלל כהעדאת עדים שהיא שלו דשמא שלא כדן תפס, ואינו מובן מדוע הוצרך לכל זה ולמה לא נימא דאף למסקנא יש כאן העדאת עדים לכ"א מהם ומה"ט גופא אינו נשבע, ושמע סבר הרא"ש דאם יש כאן עדים לכ"א אף משבועת מוב"מ יפטר והו"ה אף זה קשה מאוד דאם כן התובע את חברו בחפצים שבידו והלה מוב"מ לא ישבע מכח האנ"ס [עכ"פ להס"ד] וזה לא מסתבר כלל, וגם לכאורה נסתר מהגמ' בדף ק ע"ב גבי קטעה לידה - עיי"ש ודוק - וצ"ע. ומ"מ נראה להוכיח מדברי התוס' רא"ש דהמחייב שבועה באנ"ס אינו הפסק דין אלא ההוכחה עצמה הנוצרת מכח התפיסה שאל"כ אין תשובה כלל במה שכתב דשמא שלא כדן באה לידו דהרי סו"ס אנן פסקינן דהיא שלו ודוק.

<sup>76</sup> ואפשר לומר בכ"ז דיסוד דין מוב"מ בעלמא הוא שנתקיים תביעת התובע בחלקה, ובעלמא כאשר הנתבע אינו משיב החפץ מיד ליד הרי במה שמודה לו נתקיימה תביעת התובע אך כ"ז מדין הודאת בע"ד כמאה עדים, שאם לא היה נאמן בהודאתו והיה יכול לחזור בו אין כאן עדיין כלל קיום לתביעת התובע, וכן בהעדאת עדים חשיב כקיום תביעת התובע מחמת שיש כאן כח עדות להכריע הדין כמותו, אבל בהילך כשבפועל נותן לו חצי המעות או חצי הטלית אין צורך בטענתו כדי לקיים תביעת התובע דהתביעה מקויימת מצד עצמה שנותן לו ממנו, וזה שכתב הריטב"א דדמיא לאומר לחברו הריני נותן לך אע"פ שאיני חייב לך, והיינו דכה"ג אינו מועיל מצד דין הודאת בע"ד המחייבת דכה"ג יכול לחזור בו אימתי שירצה אבל כוונתו כה"ג שנותן לו המעות ואומר לו כן דאז חייב מדין מוב"מ אף שלא הודה כלל ומהטעם הנ"ל. ובוזה יתפרשו היטב דברי התוס' רא"ש דאע"פ שאינם מודים אבל מכח מה שנותנים זל"ז חשיב הילך לחייבו שבועה וכוונתו דהנתינה עצמה מחייבתו שבועה והם הם דברי הריטב"א בדעת הרמב"ן, ודוק.



השבועה אבל גבי הודאה מצינו למימר דאנו דנים כ"א מהם כאילו הוא נתבע בכולו ומודה במחצה ודמיא לשל תורה. ומשא"כ הבעדאה שא"א לסלק אחת מעדויותינו שהרי בבת אחת ראינום תפוסים. ונראה כוונתו דהאנ"ס שיש לכ"א חציה הוא מכח תפיסת כ"א מהם בכל הטלית אנו רואים אות בחזקת שניהם והיינו חצי לכ"א והוי ככת אחת של עדים שאי אפשר לחלק עדותה אבל הודאותם בחצי הטלית ותביעותיהם זה מזה הם שני נידונים נפרדים ואפשר לדון כ"א מהם בפ"ע.<sup>77</sup> **וכתב הריטב"א** דזהו פירוש המסקנא לדעת רש"י.

**ויעויין בר"ן** שפירש ע"ד הרמב"ן אך גבי סברת כי היכי ביאר דאף שכפירה במה שחברו תפוס אינה נחשבת כפירה אבל זה אינו סברא לפטרו מן השבועה דמה תאמר דכיון שהוא תובע חצי הטלית מה שביד חברו אינו תביעה לחייבו שבועה עליה זה אינו, שהרי כל תובע בעלמא תובע מה שאינו בידו, ורק כלפי כפירה אמרינן דמה שאינו בידו אינו חשוב כפירה לחייבו עליו שבועה ונמצא כ"א מהם תובע כולה וכופר במחציתה לחברו, ודוק. [וצ"ע בדעת שא"ר שלא פירשו כן]

**בטעם פטור הילך עיין במאירי** שכתב בזה שאותם חמשים הרי הן כמי שבאו ליד מלוה ואינם בכלל הטענה ונמצא שאין הטענה אלא בחמשים שכפר ונמצא שהוא כופר בכל הטענה. **וע"ע במאירי** טעם נוסף בדין הילך,<sup>78</sup> **ויעויין בתוס' רא"ש** שכתב בטעם הילך דכמאן דנקיט להו קודם שהודה וכמי שלא הודה שום דבר דמי **ומשמע מדבריו** דאין ההילך מסלק התביעה מהחמישים אלא דהודאתו אינה הודאה בחיוב כיון דדמי כאילו נתן המעות קודם שהודה וכח"ג לאו הודאה מקרי. [ושורש הנידון בזה נראה דלהתוס' רא"ש י"ל דהתביעה תלויה בשעת תביעה וכיון שבשעה שתבע קודם שהשיב זה הילך תבעו מנה חשיב תביעת מנה אבל הודאה אין כאן אבל להמאירי אף התביעה אם אינה קיימת בשעת תשובתו של זה אינה תביעה לחייב עליה שבועה]

**וכדברי המאירי** מבואר מדברי הבעה"מ בתשובה [נדפסה בתשובות הראב"ד סי' לח ובשטמ"ק לקמן בדף צו] שכתב בתו"ד דעל הפרה העומדת בעינה אין תביעה משום דהוי הילך ואין עליה דין ודברים. וכן יש לדקדק מדברי הרמב"ם שהביא דין הילך בפ"א מטוען וכללו בחדא מחתא בדין כופר הכל ולא עם שאר דיני מוב"מ בפ"ג וד'.

**ויעויין ברע"א** [בדרו"ח ח"ב בליקוטים לשבועות] **שנסתמך** בדין מוב"מ דקיי"ל דחייב שבועה רק אם תבעו שיעור שתי כסף והיכא שתבעו שתי כסף והודה לו בשתי פרוטות ואחת מהן היתה מזומנת בידו לפרוע דהוי הילך, האם מתחייב שבועה כח"ג [מכח הפרוטה השניה שבה לא אמר הילך] **וכתב הרע"א** דמהסברא

<sup>77</sup> ולעיל נסתפקנו בסברת 'כי היכי' אם נאמרה רק בכת אחת של עדים המעידה לזה ולזה או אף בשתי כתות [ולא היה הספק בעדות גמורה לומר דבשתי כיתות חייב שבועה דפשיטא שהעדים פוטרם אותו אלא הספק הוא בסברת 'כי היכי' ראה לעיל שם] ולכאורה היה נראה מדברי הריטב"א דדוקא בכת אחת אמרינן כי היכי ובשתי כיתות אפשר לנו לדון כ"א מהם בפ"ע.

אך יעויין ברמב"ן שכתב דטעמו של רב ששת דלא הוי כעין דאורייתא הוא משום דאף בהודאה י"ל כי היכי, ומשמע ברמב"ן להדיא דאף לרבי חייא מטעם כי היכי לא הוי שבועה דאורייתא אלא מכח הסברא שאנו דנים כ"א בפ"ע הוי כעין של תורה עייש"ה ודוק. ונמצא אם כן מפורש מדברי הראשונים להיפך דאף בשתי כיתות עדים שייך סברת כי היכי ודוק.

<sup>78</sup> שכתב דיש שפירשו דטעם מוב"מ הוא דחשדינן ליה במשתמטי מאחר שאין לו לפרוע והיכא שאומר הילך אינו חושש שלא יאריך לו התובע הזמן שהרי חלק מהחוב פורעו כעת וצ"ע לטעם זה דאם כן בכל מקרה של מוב"מ נשקול בפלס אם חשדינן ליה באשתמוטי ואם הנתבע הוא עשיר והלא תובעו בשתי פרוטות וכי לא ישבע, גם לשון הגמ' דכמאן דנקיט ליה מלוה קשה, עוד קשה דבשנים אוחזים לא שייך כלל טעם אשתמוטי ומ"מ ס"ד דנשבע שבועת התורה [אך שמא זו גופא ראית רבי חייא לדרך זו] גם הגמ' להלן סברה דשטר כהילך דמיא ואמאי שמא אין מעות בידו לפרוע השאר שאף אלו שני הזוהים אינו פורע וצ"ע]



נראה לפטרו דאם הילך פטור ע"כ אינו בכלל הטענה ואם כן אין כאן טענת שתי כסף, ועיי"ש שהוכיח דחייב שבועה כה"ג והניחה בצ"ע.<sup>79</sup> ולהאמור הוא תלוי במחלוקת הראשונים, דלטעמו של המאירי דהילך ככופה"כ וע"כ דמה שהודה אינו בכלל התביעה פטור כה"ג אך להתוס' רא"ש י"ל דחייב.

**ודרך נוספת בדין הילך יש בקצה"ח [סי' פז סק"ה] שפירש בדעת הרמב"ם הסובר דמודה בממון שאינו יכול לכפור בו פטור מהשבועה, וביאר הקצות דסברת הילך היא דבכל מקום שאין אנו צריכים להודאתו אין ההודאה מחייבת שבועה וה"נ כשנותן לתובע הממון איננו צריכים להודאתו. וצ"ב לשון הגמ' דכמאן דנקיט וכו' ועיי"ש בקצות בזה וצ"ע. ותתבאר שיטת הרמב"ם להלן בע"ב בע"ה.**

**ולכל הדרכים בדין הילך איכא לעיונא דפסקו הטוש"ע [בסי' פז סעיף ג] דאם אומר הילך ונראה לדיין שהוא מערים חייב לישבע שבועת התורה, וצ"ב דסו"ס אין כאן הודאה ואין כאן תביעה ומה יועיל לן מה שידעינן שמערים, וצ"ע.<sup>80</sup>**

**רש"י ד"ה והילך – לא הוצאתים והם שלך בכל מקום שהם בפשוטו משמע דמיירי רש"י במעות מלוה שלא הוציאם הלוה, ותמה על זה הרמב"ן דהרי מלוה להוצאה נתנה והמקדש במלוה אינה מקודשת דברשות לזה נינהו לחזרה ולאונסין ואם כן מדוע חשיב כהילך. ונחלקו ראשונים בדברי רש"י שהרשב"א והר"ן פירשו דמיירי בפקדון מכח קושית הרמב"ן [וכ"מ קצת ברמב"ן] אבל הריטב"א [החדשים] וכן האו"ז [בפסקי ב"מ סי' ח והובא בהג"א כאן] פירשו דברי רש"י במלוה דכל שהמעות הראשונות קיימות חשיב כהילך ודאי לא לה הריטב"א מלשון רש"י ולא הוצאתים, והגר"נ זצ"ל פירש בדעת רש"י שסובר דמעות המלוה עדיין של**

<sup>79</sup> וראית הרע"א היא עפ"י ד השטמ"ק שהקשה דכל מודה בפרוטה אחת יפטר במגו שהיה יכול לומר הילך, ונראה לפרש כוונתו דבעלמא ליכא לאקשווי שיאמר הילך דשמא אין לו מעות אבל פרוטה אחת מסתמא ודאי יש לו] ותירץ דאי"ז מגו דהילך ככופה"כ ואינו מעיז פניו לכפור הכל, והקשה הרע"א דאם כן בכל טענת שתי כסף והודאת שתי פרוטות יש לו מגו שיכול היה לומר באחת מהפרוטות הילך [וכה"ג לא הוי כופה"כ] ומזה הוכיח דכה"ג נמי חייב שבועה.

וידוע בעולם שהקשו להגר"ח בכל מוב"מ בפקדון דמבואר במשנה בשבועות כשאומר עד הזיז ועד החלון חייב ואם אומר טול מה שהנחת פטור דלא הודה בדבר שבמנין, וקשה דבאומר עד הזיז יש לו מגו דטול מה שהנחת, ואומרים שתירץ הגר"ח דזה אינו מגו דבמגו בעלמא הוא הוכחה שדובר אמת אבל כאן גם אם הוא דובר אמת מדוע לא עשה כן ויפטר מהשבועה שאין שקר בטענת טול מה שהנחת וע"כ דלא מחמת אמתית טענתו נמנע מלטעון כן אלא מחמת שלא ידע הדין וכי"ב ואין לו מגו. וכה"ג יש להעיר ע"ד השטמ"ק והרע"א דמגו זה אינו מגו כלל דאף אם הוא דובר אמת היה לו לעשות כן.

<sup>80</sup> ומקור דין זה בספה"ת שער ז ולמד כן מדאיתא בשבועות בדף מ ע"ב דטענו חטים וכפר והודה בשעורים ואח"כ תבעו הלה השעורים דפטור משום דקדמה הודאה לתביעה, אך אם נראה שמערים למהר להודות קודם שיגמור זה לתבעו חייב, אך קשה דהתם הטעם מבואר דכיון שמייהר להודות קודם התביעה חזינן ליה כמי שהודה אחר התביעה דסו"ס מחמת התביעה הודה אבל הכא סו"ס הרי כפר הכל [לדעת המאירי] או שילם קודם שהודה ואין כאן הודאה ול"ד להתם כלל.

ושמא יש ללמוד מזה לטעם הילך דהסברא היא דבמה שהוא נקיט בידו ומזומן לשלם לו אין צורך לדין ודברים כלל ואין תועלת בתביעת התובע ובכפירת הנתבע שהרי המעות מזומנים בידו לפרוע ואינו מעכבם, ולכן חשוב כופר הכל דבמה שהם דנים ומחולקים עליו וזקוקים לבי"ד הוא כופר הכל, אך במקום שנראה שמחמת התביעה משלם אם כן יש כאן תביעה ודו"ד שאלמלי תביעתו לא היה משלם לו, וצ"ע.

המלוה כל זמן שלא הוציאם הלואה ובמלוה לא קנה עם קבלת המעות אלא קיבל זכות להוציאם. ולהכי כשאומר לו לא הוצאתים וכו' הרי זה הילך.<sup>81</sup>

**בטעם מ"ד הילך חייב** נראה שנחלקו ראשונים בסברת רבי חייא, **דיעויין בבעה"מ** שכתב דפלוגתייהו אי חזינן למאי דאמר לו הילך אי הוי כמאן דנקיט לה בידיה, **ומשמע מדבריו** דבגוונא דודאי נקיט לה בידו פטור משבועה אף לדעת רבי חייא, ולפי זה סוגיין בדאמר ליה הילך אבל לא מיירי שנטלם התובע מידו מיד, **ועיין בפנ"י שנקט** בדעת רש"י דהיכא שהמעות או הפקדון כאן בבי"ד ונתנו לבי"ד לכו"ע פטור ולא נחלקו אלא כשאנים בבי"ד ואומר לו שלך הם בכ"מ שהם כמש"כ רש"י, והוא ע"ד הבעה"מ הנ"ל. [ובדעת רש"י בכ"ז יעויין להלן ב'הרחבת דברים'] **אך הקצה"ח** [שם בסי' פז סק"ה] נקט בתו"ד בפשיטות דמיירי באופן שנתנו לתובע והתובע נטל המעות,<sup>82</sup> [ואדרבה משמע מדבריו דדוקא כה"ג הוי הילך דאי"צ להודאה כיון שהתובע נטלם] ואי נימא דרב חייא פליג גם כה"ג צ"ל דלא חשיב ככופה"כ כיון שבשעת התביעה היה אף מנה דהילך בכללה ובתר שעת תביעה אזלינן וכן חשיב נמי הודאה מה"ט דבשעתה היה בכלל התביעה והודה בתביעתו של זה. **וכ"מ מלשון הר"י מלוניל.**<sup>83</sup>

**ועיין במאירי בסוגיין שלמד מדבריו הרמב"ם** דהיכא שתובעו במנה והלה משיבו לויתי ממך חמישים ופרעתיים לך שהוא פטור מדין הילך [עיין ברמב"ם בפ"א ה"ג וכפה"נ שדייק המאירי כן מסדר דבריו] והשיגו המאירי דראוי לכללו בדין כופה"כ, **וצ"ב בדעת הרמב"ם** דהרי הוא כופר הכל גמור ומאי שיאטיה לדין הילך, ושמא כיון שמכיר בתביעת התובע שיש לה עיקר אלא שטוען שפרעה אף זה בכלל מוב"מ ופטור מדין הילך, וצ"ע.

**[הרחבת דברים באלו אופנים חשיב הילך: מבואר מדבריו הראשונים שנחלקו על רש"י דרש"י סובר דמה שמעות אחרות מזומנות בידו לפרוע לא חשיב הילך ולכן העמידה במעות השייכים לתובע נבמלוה או בפקדון] ונחלקו בזה עליו הרמב"ם ושאר הסוברים דבכל גווני הוי הילך כיון שמעותיו בידו מזומנים לפרוע. וכ"ז כשאין המלוה בעין אבל בפקדון כשישנו בעין מהני אפילו עומדת באגם כיון שהוא מוכן לתתו לו והפרה שלו.**

<sup>81</sup> ויעויין ברש"י בקידושין דף מז שפירש דאינה מקודשת כיון דמלוה להוצאה ניתנה והוה לה 'כי דידה' ומשמע שאינו שלה לגמרי אלא זכות הוצאה יש לה בהן. ואינה מקודשת אף שהם שלה כיון שכבר יש לה הזכות להוציאן הוי כאילו הן שלה שאין לה בהן הנאה, והרמב"ם כתב גבי מקודשת במלוה דאינה מקודשת 'שכבר הוציאה אותו הדינר ועברה הנאתו' ומשמע מדבריו דאם לא הוציאה המעות אה"נ דמקודשת ומתפרש עה"ד הנ"ל. וע"ע ברמב"ם בפכ"ו ממלוה הי"ב, ועיין במדרכי פרק הגוזל אות קי דמוכח מדבריו להדיא דמעות מלוה קודם שהוציאם שייכים למלוה.

ומדקדוק לשון הרמב"ם בסוגיין שהקשה על רש"י נראה דאף הוא מעולם לא הקשה דמעות עצמן שייכים ללווה אלא קושיתו דכיון שקיבל בהם זכות שימוש להוציאם ואחריותן עליו אם כן נמצא שאין למלוה בהם שום זכות וענין ומה איזה מעליותא יש במעות המלוה עצמן כל זמן שזכותי הממון של הלווה עי"ה ברמב"ם ודוק.

<sup>82</sup> **ולשון הרמב"ם** שהודה במקצת ונתנו מיד ואמר אין לך בידי אלא זה והילך וכו', **ולכאורה משמע מלשוננו** דמיירי באופן כזה שנתנו בפועל לתובע וכמו שהבין הקצות אך לפי זה צ"ב המשך הדברים שאומר לו הילך אחר שנטלו התובע וע"כ דכוונת הרמב"ם דנתנו מיד היינו שרוצה ליתן ומעמיד לו המעות אך לא שנטלם התובע ועיין להלן ב'הרחבת דברים'.

<sup>83</sup> שכתב בטעמו של רבי חייא וז"ל ולא אמרינן הנך דקא מודה ליה בגוייהו ואיתנהו בעינייהו כמאן דנקיט להו בידיה דמלוה דמו ואישתכח דליכא הודאה במקצת כלל דאיהו קא תבע מיניה חמישים ואיהו לא מודה ליה מידי, קמ"ל דהילך נמי מודה מקצת הטענה הוא דכיון דבתחילת הדברים תבעו המלוה מנה ואיהו לא הודה לו אלא חמישים מודה מקצת הוי. עכ"ל.

ובדין זה דהילך בפקדון נחלקו ראשונים, יעויין בשטמ"ק לקמן [בדף צז] שהביא תשובות הבעה"מ והראב"ד שנחלקו בדין זה, דעת הבעה"מ דכל פיקדון שהוא בעין הילך בכל מקום שהוא וכדעת הראשונים בסוגיין, אבל הראב"ד שם נחלק עליו וסובר דפקדון אינו הילך אלא כשמומן ליתנו בבי"ד, וביאר הראב"ד שם טעמו וז"ל עוד אתה מחזיק לומר כי כל פקדון מאחר שמודה בו הילך הוא ואפילו עומד באגם וכו' דהא רב ששת דאמר הילך פטור מפרש טעמיה כיון דא"ל הילך כמאן דתפיס דמי ומאי דטעין ליה לא קא מודה ביה וכו' שכל זמן שהיא עומד באגם חשיב ככפירה וכו' [כוונתו לסוגיא ב"ק קה] והכי [נמי] לענין מודה במקצת כי קאי באגם אמאי חשבינן ליה כמאן דתפיס בידיה והא אפשר דמגניב מהתם או מת ביד השומר עד דלא אתי לידיה. עכ"ל, והבעה"מ השיבו על זה [שם בתשובה מ] כי כשאמרתי שאין על הפרה העומדת בעינה דין ודברים וכו' וכן אני [אומר] בכל דין הילך לדברי הפוסט ממשום דכמאן דתפיס ליה בידיה דמי מעתה אין בו שום דין ודברים. עכ"ל.

**הנה מחלוקתם** מבוארת דדעת המאור דכל שאין כאן דו"ד על הדבר והיינו כיון שאין הלה כופר בפרה וגם אין צריך גוביינא מנכסיו כיון שהפרה בעין נחשב הדבר שאין כאן תביעה כלל, ואילו הראב"ד סובר דכיון דעדיין לא נסתלק הנפקד מחיוב אחריות ידיה עדיין אינו הילך. ונראה מדבריו דדין הילך הוא רק כאשר משלם החוב בפועל ונסלק מחיוב אחריותו וזה משכח"ל רק כשמביא הפרה או המעות שחייב לו ומעמידם בפני התובע דאז נסתלק מחיובו וחשיב פירעון, [שאין צורך בפירעון בכמ שיכנס החפץ לרשות התובע בפועל אלא כל שמעמידו בפניו חשיב פירעון ופשוט]

**והראשונים בסוגיין וכן לקמן** שם בדף צז כולם סוברים כהמאור וכתבו דבין באופן שמומנים בידו בבי"ד ובין באופן שהפקדון קיים באגם בכולהו הוי בכלל הילך.

**אך לאחר העיון נראה** דאפשר שיש כאן שלש שיטות יסודיות, דהנה דעת בעה"מ דפלוגתייהו דר"ש ור"ח היא האם חשיב כמאן דנקיט ליה בידיה, ונמצא לפי דבריו דבאופן שמשלם באמת למלוה הוי לכו"ע הילך דאז באמת הרי נקיט לה בידיה ונשתלם חובו, ופלוגתייהו היא דוקא באופן זה דכמאן דנקיט ליה בידיה, ולכאורה יוצא לפי זה דבאופן שהמעות או הפיקדון בידו בבי"ד באופן שנפטר מאחריותו אזי לא הוי בכלל סוגיין כלל דבזה מודה רבי חייא לרב ששת וסוגיין דוקא בקיימא באגם, ולעומת זאת דעת הראב"ד להיפך דבקיימא באגם לא נחלקו כלל ולכו"ע אינו הילך ולא נחלקו אלא באופן שהמעות או הפקדון בידו בבי"ד בגוונא דבאמרו הילך נפטר מאחריותו, **והרמב"ם** הביא דין הילך בגוונא שנותן לו המעות ואומר לו הילך ומשמע סתימת דבריו דפקדון דקיימא באגם לאו הילך הוא וכדעת הראב"ד. **והראשונים שיטה שלישית להם** שכתבו להדיא דדין הילך הוא גם במזומנים בידו בבי"ד לפרוע וגם בקיימא באגם, ונמצא דלדידהו בשני האופנים הוי בכלל פלוגתא דר"ח ורב ששת.

**עוד צ"ע בדעת רש"י** שמדברי הראשונים נראה שסובר דבגוונא שמעות אחרים בידו מזומנים לפרוע סובר רש"י דלא הוי הילך, וצ"ע דהרי כשמעמידם לפני המלוה ואומר לו הילך וטול הרי בזה נפטר מאחריותו וכפרעון גמור חשיב ואיזה טעם יש בדבר לומר דלא הוי הילך. ויעויין בפנ"י שכתב דכה"ג שמעמידם בפני המלוה ואומר לו טול סובר רש"י דאף רבי חייא מודה דפטור בה ולכן העמידה דוקא באופן זה דהמעות הראשונות קיימות באגם, וזה כמו שפירשנו בדעת הבעה"מ, ולפי פירוש זה דברי רש"י מחוורים היטב, בשגם הרמב"ן פירש דעת רש"י לקמן גבי תנא תונא כדעת המאור ואם כן ודאי מסתברא דכה"ג דנקט בידיה לא פליג רבי חייא, ועיין במאירי שכתב בדעת רש"י שסובר דאפילו כשנמצא באגם הוי הילך ומשמע מדבריו ביסוד הדין כהפנ"י כשמשלם לו פשיטא טפי אף לרש"י דהוי הילך [אך לא כתב כהפנ"י דכה"ג מודה ר"ח] אך משמעות שאר הראשונים דלפי רש"י כה"ג שמעות אחרים בידו לא הוי הילך אפילו לרב ששת, וכן כתבו להדיא הריטב"א והג"א דבמעות אחרים לא הוי הילך לרש"י וזה צ"ב טובא בסברא

וכנ"ל, ובאמת שהריטב"א תמה על רש"י דאיפכא מסתברא דכל שנותן מעות בבי"ד הוי כאילו פרע ומשמע סברתו כנ"ל דהוי פירעון.

**עוד קשה** שהרמב"ן השווה ביאר דרש"י סובר כהמאור ולעומת זאת סתימת דבריו לעיל משמע דבמזומנים בידו לפרוע לא הוי הילך לפירוש רש"י וזה תמוה מאוד דאם סובר רש"י כבעה"מ הרי הסברא הפוכה דבמזומנים לפרוע אף רבי חייא מודה כמש"כ הפנ"י, **ושמא נאמר** דמה שכתבו הראשונים הילך במעותיו בידו מזומנים ליתן היינו כשאומר הילך אבל לא הוציאם עדיין מתחת ידו והרי הן באחריותו ובה מודה הבעה"מ דהוי בכלל פלוגתייהו, ואף מש"כ בדעת רש"י דמעות מזומנים בידו לפרוע לא הוי הילך היינו משום דלא מוציאם עדיין מתחת ידו וכה"ג הוא דלא הוי הילך, וצ"ע בזה.

**ושמא נפרש** שיטת רש"י ובעה"מ ע"ד הראשונים, ונאמר דסברת כמאן דנקיט ליה בידיה שכתב בעה"מ היא באופן דהוי בעין דאז אמרינן דכבר בשעת תביעה ולפני שהודה זה כבר הוי ברשותו של התובע והודאתו גלוי מילתא היא דלא היה כאן תביעה מעיקרא ולכן כ"ז שייך בחפץ בעין באגם אבל מה שעתה מביאו לבי"ד ונותנו לו אחר התביעה לא הועיל בזה כלום דסו"ס בשעת תביעה היה כאן תביעת מנה, ולכן אוקמה רש"י בפקדון בעין באגם או במלוה אי מעות ראשונות דמלוה נינהו. **ולדרך** זו יתפרש לן היטב דינו של בעה"ת דהילך כמערים חייב שבועה משום דכה"ג לא איגלאי מילתא שלא היה כאן תביעה אלא אדרבה מכח התביעה נתנם לו ודוק. ]

**הילך במשכון נחלקו הראשונים** במודה הלוח בחמישים ורוצה ליתן למלוה משכון עליהם אי חשיב כהילך, **וראה בריטב"א** שהביא שנחלקו בזה ראשונים וכתב הריטב"א דמסתברא דלא הוי הילך כיון שהמשכון מחוסר שומא וגוביינא. **ויעויין בר"ן** שהביא בשם הר"י מיגש שכתב דמשכון לא הוי הילך והוכיח כן מהא דהמקדש במשכון אינה מקודשת, **וביאר הר"ן כוונתו** דהמשכון שלא ניתן בשעת הלואה אינו נקנה למלוה אלא באופן שגבו בי"ד משכון אבל לא כשנותנו לו הלוח למלוה ולכן הכא לא הוי הילך כיון שלא קנה המלוה למשכון, עיי"ש בכ"ד. **וע"ע בר"ן בשבועות** [דף יח ע"א מדפי הרי"ף] שביאר סברת הר"י מיגאש כדבריו כאן והוסיף שם ביאור נוסף דאין המשכון ככסף ופירעון עיי"ש.

**ושורש המחלוקת** בספר העיטור [אות ע עיסקה ה' מלוה ע"פ] שהביא שם דעת הרי"מ ונחלק עליו העיטור וכתב דמשכון הוי הילך, **והוכיח העיטור** כדבריו מהא דשטר הוי הילך וכ"ש משכון, **וע"ע בריטב"א ובמאירי להלן בע"ב** בראית העיטור ודחייתה ואכ"מ.

**הילך בהעדאת עדים בסוגיין נתבאר** דהילך פוטר [לר"ש דקיי"ל כוותיה] משבועת מוב"מ, **ויש לעיין אי פוטר גם** בדין העדאת עדים, **ולדעת רש"י מפורש בגמ'** כן שהרי פירש דתנא תונא דר"ח בתרייתא נמי מתפרש אהעדאת עדים ומזה מוכחינן דהילך חייב. **ויעויין בביה"ל** [ח"ג סי' לט] שצידד לומר דהילך פוטר משום דהילך הוי העזה [כמש"כ התוס' בסוגיין] ופטור מכח חזקה א"א מעיז פניו. **וכתב דלפי זה** הילך בהעדאת עדים חייב דהרי קמן דמעיז ומעיז הוא שהרי כפר בכל אף בחלק שהעדים מכחישים אותו. **וכתב דלפי"ז** מה דאיתא בגמ' לקמן דשטר חשיב הילך היינו דוקא כשמודה בשנים שבשטר דאז יש לו החזקה אבל אם כופר מתחייב שבועה מדין העדאת עדים. **ועיקר טעם זה** לפטור הילך משום חזקה כבר כתב הביה"ל דהוא דחוק בלשון הגמ', **אך יעויין במאירי** שהביא דיש מפרשים דפטור הילך הוא משום דהכאל יכא לסברת אשתמוטי קא משתמיט ולפי"ז נמי הילך בהעדאת עדים חייב שהרי חיוב העדאת עדים לאו משום אשתמוטי דהודאה הוא.

**מיתבי סלעים דינרין וכו' משיב אבידה וכו' רש"י פירש** דפטור מחמת תקנת חכמים, **ואזיל לשיטתו** דמשיב אבידה לאו היינו מגו ועיין לעיל בריש סוגיא דמוב"מ במש"נ בזה, **ושא"ר כאן** פירשוה מטעם מגו.

תוד"ה וש"מ הילך פטור [לעיל בע"א] יש לעיין בדברי התוס' דהרי מה דהילך פטור הוא משום דכמאן דנקיט לה בדידה והיינו דליכא תביעה או משום דליכא הודאה - ראה לעיל בזה - ומנא להו לומר דהילך הוי נמי העזה ככופה"כ, וביותר דמבואר מדבריהם דלמ"ד הילך חייב לא הוי העזה לומר הילך, וכן כתבו להדיא להלן ד"ה לעולם [השני] ותמוה דאטו מציאות ההעזה בנפש האדם תלויה בגדרי פלוגתייהו בהילך אי חשיב תביעה והודאה או לא, רצ"ע.<sup>84</sup>

ויעויין בתוס' בב"ק דף קז ע"א [בסוד"ה עירוב] שהקשו דמודה במקצת יהיה נאמן במגו דהילך [עיי"ש הציור] ותירצו בתירוצ' אחד כתוס' דידן ועוד תירוצ' נוסף. ולמד הביה"ל [ח"ג סי' לט] דלהתי' השני של התוס' שם הילך לא הוי ככופה"כ לענין העזה ופליגי ב' התירוצים בסברת התוס' דידן.

בטעמו של ר"ע פירשו התוס' דחשיב משיב אבידה אע"ג דבעלמא הילך הוי העזה משום דהשטר מסייעו, וגם רש"י פירש דהוי משיב אבידה מדלא טען שתים אף דהשטר מסייעו ומסתמא הוצרך לזה מכח קושית התוס', וכ"כ הרמב"ן ושאר בטעמו של ר"ע. ובטעמו של רשב"א שסובר דל"ה משיב אבידה פירש רש"י [להלן ד"ה מודה מקצת הוי] משום דאיערומי קא מערים ודלא כהתוס' [שפירשו למ"ד הילך פטור דהוי העזה אף שהשטר מסייעו]

<sup>84</sup> עוד יש להעיר בדבריהם מדוע הוצרכו לזה הרי בלא"ה חזינן בגמ' דאף למ"ד הילך חייב משיב אבידה אף דלא הוי ככופה"כ, ונתקשו בזה התוס' עצמם לקמן ותירצו דכיון דהשטר מסייעו אינו טוען ברצון, ואם כן מדוע הוצרכו הכא לחדש דהוי מגו דהעזה מחמת דהוי ככופה"כ, אך נראה שהתוס' לא ראו בזה חידוש אלא סברא מוכרחת ולכן כתבו דהכא ניחא דהאמת הוא כן אך לקמן הוקשה להו ותירצו, וכן מוכח ממה שכתבו דלר"ע לא הוי עזות דמסייע ליה שטרא ולא כתבו בפשיטות דסובר דהוי מגו טוב ומשום דהסברא דהילך ככופה"כ נראית להם מוכרחת. וכ"ז מגדיל התימה בדבריהם דמנא להו דאף בסברת העזה פליגי אמוראי ותליא בפלוגתא דהילך רצ"ע.

## דף ד ע"ב

בגמ' והאי שטרא דקמורה ביה הילך הוא ראה ברש"י שפירש דמחמת שעבוד הקרקעות הכתוב בו הוי הילך, ויש להקשות דהנה נתבאר לעיל דעת רש"י דהילך הוי דוקא בפקדון או במעות ההלוואה כשהן בעין אבל מה שמזומן בידו לפרוע אינו הילך, וקשה מסוגיין דמבואר בגמ' דהשטר הוי הילך מחמת שע"ק אף דלא זה מה שהלוהו, ועיין בתוס' רא"ש לעיל בע"א שהביא השיטה דליכא הילך במלוה ותיירץ ד'דלמא שטר עדיף' וצ"ע היאך יהיה הקרקע המשועבדת בשטר הילך טפי ממעות שתופס בידו ליתנם מיד, וצ"ע. והאו"ז [בפסקי ב"מ סי' ח] עמד בשאלה זו לדרכו של רש"י וז"ל וא"ת מאי פריך גבי סילעין דינרין והא השטר כיון דמודה ביה כהילך דמי. לישיני ליה כגון שהוציא אותם סלעין שהלוהו ומחזיר לו אחריני דהשתא לאו הילך הוא. ההיא לא קשיא כדפירש רש"י וצ"ל הילך הוא שהרי הקרקעות משועבדות על כך הילכך הויא ליה הילך שבשעה שהלוהו וכתב לו השטר בההיא שעתא נשתעבדו לו נכסי לזה למלוה והוה ליה כאילו קרקע זו הלוהו והוי הילך. ונראה כוונת דבריו דכיון שחל ע"י ההלוואה קנין שעבוד על נכסי הלוה הוי כאילו קרקע זו עצמה שייכת למלוה וכיון שהיא מונחת לפניו דמיא לפקדון ששלו מוטל לפניו.

ויל"ע בדברי רש"י דכיון שהקרקעות משועבדות הוי הילך, וע"ע בתוס' ר"פ שהוסיף בזה ביאור דהקרקע אינה מחוסרת גוביינא, ויל"ע דאם כן אף כשאין הקרקעות משועבדות אלא שיש ללוה קרקעות הרי אינן מחסרות גוביינא ולימא דכל מודה שיש לו קרקע הוי הילך, וצ"ל דרק באופן שיש לו כבר עתה שעבוד ומקצת קנין חשיב הילך ע"י שעומדות לגוביינא אבל בעלמא לא, ועדיין קשה דלמ"ד שעבודא דאורייתא אף במלוה ע"פ משועבדות הקרקעות ואם כן כל מלוה לימא דהוי הילך בהודאתו, [ואף אי נימא דכיון שיכול למכרן קודם שיגבה המלוה - ואז כבר לא יוכל לגבותן מלקוחות - אינו הילך אכתי תקשי דמן התורה מלוה ע"פ גובה אף מלקוחות להך מ"ד דשעבודא דאורייתא ואם כן מדאורייתא לא משכח"ל מוב"מ בהלואה] ושמא רק בצירוף השטר שיש לו דעי"ז יכול לגבותן בכל שעה שירצה ואינו צריך לטרוח להשיג עדים על ההלוואה או עדים שהודה לו על חלקה כה"ג חשיב הילך אך סתימת לשון רש"י דעצמה שעבוד חשיב הילך וצ"ע.

ולדעת הרמב"ם פירשו ראשונים סברת הגמ' באופ"א ויבואר בס"ד להלן בהרחבה בשיטת הרמב"ם.

בגמ' ושאני הכא דמסייע ליה שטרא עיין ברמב"ן שכתב שאף לעיל ידעה הגמ' דמסייע ליה שטרא דהרי זהו טעמו של ר"ע דהוי משיב אבידה וביאר הרמב"ן בדברי רש"י דלעיל פירש טעמו של ר"ע משום סיוע השטר והכא פירש רש"י דהוי כעדים המעידים שלוה רק שתיים, ונתפרשו הדברים בריטב"א דבתחילת הסוגיא סברה הגמ' שיש כאן סיוע וראיה לטענת הלוה ולבסוף משני דהוי עדות גמורה. ולהלן הביא הרמב"ן שהביא די"א דפטור אפילו משבועת היסת מחמת סיוע השטר, וחולק עליהם הרמב"ן וסובר דאינו סיוע מעליא כ"כ ליפטר מהיסת. וצ"ב בדברי הרמב"ן שמתחילת דבריו נראה שהסכים עם רש"י דסיוע השטר הוי כעדים מעידים כדבריו ולבסוף כתב דאינו סיוע מעליא וצ"ב.

וראה ברא"ש לעיל בריש פרקין שהוכיח מסוגיין מדמהני מסייע ליה שטרא ליפטר משבועת מוב"מ דאורייתא כ"ש דעד המסייע מועיל ליפטר, וכן הובאה ראיה זו במאור שם. ומבואר מדבריהם דאינו אלא סיוע בעלמא ליפטר מהשבועה.<sup>85</sup>

ופירוש נוסף בגמ' יש בתוס' ר"פ שהשיג על פי' רש"י, [עיין שם משה"ק על רש"י וצ"ב] ופירש הר"פ דכוונת הגמ' דהוי ככופר הכל משום דעל השתים שמסייע השטר לא תבעו המלוה כיון שאינו יכול לכפור בהם

<sup>85</sup> ויעיין במלחמות שם שהשיג על הבעה"מ וכתב 'דלא דמיא דהתם כיון דלא כתבי אלא שנים והכל יודעין שיד בעל השטר על התחתונה ע"כ לא היו אלא שנים ויכול הוא להעזי פניו הואיל ומסייע ליה שטרא בתרי סהדי וכו' ואין דברי הרמב"ן מובנים כלל דמה בכך שיכול להעזי פניו סו"ס כשטוען שתים למה פטור הוא מהשבועה.

וחשיב כתבעו בשלש וכפר בהן כולן, וכן הובא בריטב"א פירוש זה בשם התוס'. וראה להלן בשיטת הרמב"ם בדין ממון שאינו יכול לכפור בו.

**ויש לדון נ"מ בין שני טעמי הגמ'** והיא בציור שיש בירושלמי [שהובאו דבריו בראשונים בריש פ"ב דכתובות] בשטר שהיה כתוב בו כמה סלעים לוזה ונמחק הסכום ועתה לפנינו סלעין דינרים ואין ידוע כמה ומלוה אומר חמש לוזה אומר שלש, ובציור זה ליכא לטעם דמסייע ליה שטרא אך טעם דהילך קיים גם באופן זה.

**בגמ' כפירת שעבוד קרקעות ראה היטב בתוס'** שנקטו דלמ"ד שעבודא דאורייתא אף מלוה ע"פ חשיב כפיש"ק ואינו חייב בדין מוב"מ אלא כשמחל לו השעבוד או בדלית ליה קרקע. והרא"ש בשבועות [שם בדף לו ע"ב] הביא שהרמב"ן נחלק עם התוס' וסובר דכל שעבוד קרקע שאינו גובה מהלקוחות לא חשיב כפירת שע"ק, ואף בטוען המלוה מלוה בשטר לי עליך ואבד שטרי והלה מודה במקצת לא חשיב כפירת שע"ק, והשיגו הרא"ש דלא בהא תליא דמה שאינו גובה מהלקוחות הוא משום דטענינן להו פרעתי אבל באמת חל שעבודו על הקרקעות והוי כפיש"ק.

**וביאר הנחל"ד בדעת הרמב"ן** דבאמת עיקר דינא דגמ' צ"ב שהרי סו"ס יש כאן גם כפירת מטלטלין וגם כפירת קרקע וכן בהודאה מודה בקרקע ובמטלטלי ומדוע פטור מהשבועה, ולכן סובר הרמב"ן דדוקא בשטר לפנינו חשיב כפיש"ק לפי שאז עיקר דעתו סומכת על הקרקעות המשועבדות שידוע שלא יוכל הלווה להעלימם ואף אם ימכרם יגבה מהם ואז חשיב הודאת וכפירת קרקע מחמת דזה עיקר תביעתו אבל במקום שאינו גובה מהלקוחות הוי כפירת והודאת מטלטלי נמי ונשבע. ויעויין ברמב"ן בשבועות שם.<sup>86</sup>

**ובדעת התוס' דידן צ"ב** מדוע באמת פטור בכפיש"ק הרי סו"ס איכא נמי מטלטלי דמודה בהו, ויעויין בנחל"ד שפירש בדעתם דעל מטלטלי ליכא שעבוד כלל וגביתו מכאן ולהבא ואילו קרקעות גובה מכח שעבודו שחל משעת הלואה ולכן חשוב עיקר ההודאה על הקרקע,<sup>87</sup> ובעיקר הדברים כבר כתב כן הרע"א [בדרו"ח מערכה יב אות יב] 'דהו"ל כפירת שע"ק אף דחוב נגבה גם ממטלטלי צ"ל וכו' או דמטלטלין דגובים רק מיניה ולא מיתמי וליכא שם שעבוד עליו מקרי ש"ק וכו' עכ"ל הצריך לן ואינו מובן כה"צ דסו"ס הא איכא נמי

<sup>86</sup> הרמב"ן שם הביא סברת הר"י מיגאש דבליכא שטר או עדים לפנינו לא חשיב כפירת שע"ק, והקשה הרמב"ן דהרי אפשר שיבוא עדים למחר, וכתב וז"ל ויש מי שאומר דבעדים אע"ג דאיכא שעבוד קרקעות איכא נמי שיעבוד מטלטלין ומיחייב אבל שטרא משום קרקעות הוא דכתבי לה אינשי דשטרא למטלטלי לא כתבי ועיקר שעבודיה אמקרקעי וכמאן דתפיס להו דמי הילכך כי קא תבע מקרקעי תבע אבל במלוה על פה לא דהא איכא נמי שעבוד מטלטלי ואין טעם זה מחזור אלא הטעם לפי שכל מה שארם טורף מן הלקוחות עיקר שעבודו עליו ועיקר טענתו אותו הוא תובע עכ"ל הנה קושית הנחל"ד דהא איכא מטלטלי כבר הובאה להדיא ברמב"ן ואף התירוץ נראה שזו כוונת הרמב"ן דכיון דעיקר תביעתו מן הקרקעות [כשיש שטר] לכן חשיב תביעת קרקע. אך צ"ע בזה דהרמב"ן לעיל שם הביא סברת הראשונים דאחר שהפקיעו חכמים שעבוד ממלוה ע"פ לא חשיב כפיש"ק, ודחה הרמב"ן דבריהם דזה אינו, ולא פירש הרמב"ן טעמו. ולדרך הרמב"ן עצמו אין הדברים מובנים דסו"ס עתה אין סמיכת דעתו על הקרקעות כיון שקנו חכמים שאינו גובה אותן, ואפשר שעיקר השגת הרמב"ן היא דאחר הפקעת השעבוד נמי השעבוד נשאר קיים אלא דתקנו שלא יגבה ממנו ובאמת אחר שכתב הרמב"ן לטעם דיליה דתליא בעיקר תביעתו ממילא פשוט דגם חזר בו ממש"כ לעיל דלא חשיב שע"ק ומודה דנשבע כה"ג כיון דתליא בעיקר תביעה ודוק. [ונ"מ בזה כשהעדים מעידים שלא פרעו]

<sup>87</sup> וכתב הנחל"ד דהתוס' אזלו לשיטתם בסוף ב"ב דבמטלטלי ליכא שעבוד מן התורה כלל אפילו מיניה ידידה אבל להרשב"ם הסובר דמטלטלי נמי משתעבדי מן התורה אין חילוק בין מטלטלי לקרקע, ופשוט.



מטלטלי, והרי אלמלי היה דין שעבוד כלל היה כאן כפירה והודאה מעליא ומדוע מה שיש כאן גם קרקע מגרע ושמא סברתם דעיקר תביעתו היא על השעבוד וצ"ע. **ועיין בחי' הגרש"ש שביאר באופ"א.**<sup>88</sup>

**שיטת הרמב"ם בסוגיין עיין ברמב"ם** [פ"ד מטוען הד-ה] **שכתב וז"ל** אין מודה במקצת חייב שבועה עד שיודה בדבר שאפשר לו לכפור בו כיצד מי שטען חבירו ואמר מאה דינרין יש לי אצלך חמשים שבשטר זה וחמשים בלא שטר אין לך בידי אלא חמשים שבשטר אין זה מודה במקצת שהשטר לא תועיל בו כפירתו והרי כל נכסיו משועבדין בו ואפילו כפר בו היה חייב לשלם לפיכך נשבע היסת על החמשים. **עכ"ל**. ועיי"ש בה"ה שהביא דין סלעים דינרים בהודה בשלשה. 'והרי הודה בסלע שאפשר לכפור בה וכו' ופטרו מדין משיב אבידה. הרי מבואר מדבריו דטעם הדין דפטור בהודה בשתיים הוא משום דהודה בממון שאינו יכול לכפור בו.

**ונתקשו ראשונים ואחרונים בדעת הרמב"ם, א)** מדוע לא פטרו הרמב"ם משבועה מדין הילך. **ב)** והרמב"ם כתב טעם חדש לפטור משום דאינו יכול לכפור ולכאורה מסוגיין מוכח שלא כדבריו שהרי הגמ' הקשתה מבריייתא דסלעים דינרין ותירצה באופנים אחרים. **ג)** גם צ"ב מדוע השמיט הרמב"ם לטעמים האחרים שנכתבו בגמ' דמסייע ליה שטרא ודהוי כפירת שע"ק. **ד)** ואי נימא דכללא הוא מאיזה טעם דמודה במה שאינו יכול לכפור אינה הודאה מדוע לא יתחייב משום העדאת עדים דסוף סוף עדי השטר מעידים עליו בשנים לכה"פ ויתחייב שבועה מדרכי חייא קמייתא.

**ושני מהלכים יסודיים יש בדעת הרמב"ם: א)** **שיטת הראשונים** הרשב"א והר"ן דדין יכול לכפור מפרשת הילך הוא. **ב)** **שיטת הב"י והקצות** דהוא דין בפ"ע דמודה במה שא"י לכפור לאו הודאה היא, ויתבאר להלן בשתי השיטות בע"ה.

**א) שיטת הראשונים בדעת הרמב"ם יעויין ברשב"א שכתב בדעת הרמב"ם יפרש הוא ז"ל כיון שאינו יכול לכפור בשנים הרי הוא כהילך, והא דדחינן הכא שאני התם דקא מסייע ליה שטרא א"צ דהוה ליה שעבוד קרקעות, דחויי בעלמא הוא דדחי ר' חייא דלא קי"ל כותיה, אבל לר' ששת דהלכתא כותיה לא מהני טעמי הוא ודלמא לא ס"ל הכין. **עכ"ל וכ"כ הר"ן**. הרי מבואר דעת הראשונים בשיטת הרמב"ם דדין אינו יכול לכפור מפרשתא דהילך הוא ולא פירשו טעמם מדוע דמיא להילך ואפשר דע"י מה שאינו יכול לכפור חשוב כמזומן ליתן וכאילו נתנו כבר. ובזה תורצו שתי השאלות הראשונות, ומה שלא הזכיר הרמב"ם לטעמי הגמ' האחרים נראה מלשון הרשב"א דאפשר שנכונים הם אלא שהרמב"ם נקט הטעם העיקרי, ואפשר שלהלכה אינם נכונים ואפשר שאינם אלא לדעת רבי חייא דלא קי"ל כוותיה.**

**ולדרך זו לא קשיא דיתחייב מדין העדאת עדים דכמו דהילך פוטר דין מוב"מ הוא הדין דפוטר בהעדאת עדים דחשיב כהילך** [וכמו שמוכח מדברי הראשונים לעיל שפירשו מתני' דשנים אוחזין בדין העדאת עדים וכמ"ד הילך חייב] **אלא דצ"ב לאידך גיסא** דאם כן כל העדאת עדים בעולם תחשבנה כהילך לפי שאי אפשר לכפור בהעדאתם אחר שהעידו, **ועוד** דהרי המודה במקצת נמי אחר הודאתו אינו יכול לכפור ומאי שנא מהעדאת עדים, **ויש לומר בזה בשלש דרכים:** **א)** דסברת אינו יכול לכפור לא נאמרה אלא בשטר הקיים ביד המלוה אבל בעדים שהעידו שימותו למחר ויתפזר הבי"ד לא חשיב כהילך, **ב)** דלא נאמר דין אינו יכול

<sup>88</sup> וכתב הגרש"ש דלו יצוייר שהיה אדם תובע את חברו שחייב ליתן לו אחד משני דברים ומתוך השנים האלו אחד אינו שווה ממון כה"ג פשיטא דלא הוי כפירה והודאה בממון דכשחייב ליתן לו אחד משנים הרי חובו הוא הפחות שבשניהם וה"נ הכא כיון דחייב ליתן מטלטלי או קרקע ויכול ליתן מה שירצה חשיב כחוב קרקע ואינו חייב שבועה. **וג"ז אינו מובן לן כה"צ**, חדא דקרקעות אינן פחותות ממטלטלי אלא גזיה"כ דאינן מחייבות שבועה ועוד דהרי עיקר החוב מטלטלי הוא אלא שהקרקעות נשתעבדו והרי בכל חוב בעלמא יכול לשלם בקרקע ומ"מ חשוב חוב ממון וה"נ הכא מאי איכפת לן בשעבוד הקרקע סו"ס עיקר חיוב הגוף להיכן אול והיאך יתכן שבשביל שנתוסף עליו שעבוד נחשב חובו לחוב פחות ממה שהיה קודם השעבוד, וצ"ע.

לכפור אלא כשיש שטר ונכסי הלווה משועבדים אף אם ימכרם, אבל במה שאינו יכול לכפור - אך יכול למכור נכסיו - בזה לא סגי להחשיבו כהילך [ונמצא שמודה הרמב"ם במקצת לשיטת רש"י דחשיב כהילך מחמת שעבוד הנכסים] **וכדרך זו משמע מאוד** בלשון הרמב"ם שכתב דאינו יכול לכפור בשטר 'זהרי כל נכסיו משועבדין בו' **וכן מבואר מדברי הגר"א** [סי' פח אות נז] ג' הש"ך [בסי' לא סק"ב] כתב דלדעת הרמב"ם רק היכא דמודה לדברי העדים חשיב כממון שאינו יכול לכפור בו, וכפה"נ דסברתו היא גם ע"ד צירוף דמה שיש כאן עדים שא"א להכחישם וגם הבע"ד מודה לדבריהם כה"ג חשוב כאילו כבר נתנו וצ"ע בזה.

**(ב) שיטת הב"י וקצה"ח בדעת הרמב"ם יעוין בקצה"ח** [בסי' פז סק"ה] שהביא בשם הב"י [שם בבד"ה ס"ה] שמבואר מדבריו דדינא דאינו יכול לכפור אינו מטעם הילך, **וביאר הקצה"ח בשיטת הרמב"ם** לדרך הב"י דשורש הטעם דהילך פטור הוא משום דכשנותן לו המעות נמצא שאין אנו צריכים להודאתו, ואהודאה שאינה צריכה אינה מחייבת שבועה, וביאר דבזה פליגי אמוראי בדין הילך אי חייב או פטור דלמ"ד הילך חייב אף הודאה שאינה צריכה מחייבת. **ולפי זה** דין ממון שאינו יכול לפכור אף שאינו מטעם הילך אבל מתלא תליא בדין הילך דבא"י לכפור נמי אין או צריכים להודאתו שהרי בלא"ה לא יוכל לכפור והגמ' דידן פירשה הטעם דבשתיים דפטור ודאי משום דא"י לכפור אך מזה גופא מוכח דין הילך.

**ולדרך זו נמי קשיא** מדוע לא יתחייב מדין העדאת עדים שבשטר, **ועמד בזה הקצה"ח שם** וכתב דכיון דילפינן העדאת עדים מפיו אף העדאת עדים אינה מחייבתו בדבר שאינו יכול לכפור,<sup>89</sup> **ובהגהת ברוך טעם תמה ע"ד** דאין לזה מובן כלל דבהודאה הטעם לפטור הוא משום שגם **אלמלי הודאתו חייב ואי"צ** להודאתו, ודכוותיה גבי עדים אם אין אנו צריכים להם י"ל דפטור דמהודאה למדנו, אבל הכא הרי אלמלי עדי השטר אין כאן כלום ונמצא שאנו צריכים להם והיאך יפטר משום דא"י לכפור ע"י הודאתם.

**ועיין בחי' הגר"ח** [סטנסיל כאן] **וכן בחי' רמ"ש עהש"ס** שכתבו לתרץ קושיא זו בטעם חדש, וביארו דכיון דהשטר נעשה כמי שנחקרה עדותו מיד כשנתחם נמצא שקדמה עדות השטר לתביעה ודמיא להודאה שקדמה לתביעה שאינה מחייבת שבועה וה"ה בהעדאת עדים דמהודאה ילפינן לה.

**בסתירת דברי הרמב"ם מדבריו בהל' עדות יעוין ברמב"ם** [בפכ"ב מעדות ה"ב] שכתב גבי שתי כתי עדים שהכחישו זו את זו ששתייהם כשרות לעדות אחרת וז"ל ראובן שהוציא על שמעון שני שטרות אחד במנה ואחד במאתים וכפר שמעון בשני השטרות ועדי שטר זה כת אחת מאותן השנים שהכחישו זו את זו ועדי השטר השני הכת השניה הרי שמעון משלם מנה שיד בעל השטר על התחתונה וישבע על השאר יראה לי ששבועה זו שישבע על השאר בנקיטת חפץ כדין מודה במקצת שהרי עליו שני עדים כשרים מעידין במקצת הממון שכפר בכולו וכו' **עכ"ל. ויעוין שם בהשגת הראב"ד** שהשיג כמה השגות על הרמב"ם והשלישית מהן ועוד כי הוא עצמו כתב בטוען את חבירו חמשים בשטר וחמשים בלא שטר והודה בשטר וכפר השאר פטור.

**וקושית הראב"ד מתפרשת בדרך ממ"נ**, דאי נימא דגבי העדאת עדים נמי שייך טעם דא"י לכפור [וזה להראשונים דא"י לכפור מטעם הילך וכן לפמ"ש הקצות לדרכו שלון] **אזי קשה טובא** מדוע חייבו התם הרמב"ם שבועה הרי אינו יכול לכפור. **ואי נימא איפכא** דבהעדאת עדים ליכא לטעמא דא"י לכפור א"ש התם **אבל קשה דברי הרמב"ם דידן** דפטור משבועה ומדוע לא יתחייב מדין העדאת עדים. **והש"ך כתב ליישב לדרכו** דדוקא הודאתו בצירוף העדאת עדים משוי לה א"י לכפור ולפי"ז א"ש היטב דברי הרמב"ם

<sup>89</sup> וכתב שם הקצות דהעדאת עדים בעלמא דחייב משכח"ל רק כשהעדים מעידים שלוה והוא אומר להד"ם דחייב מדין האומר לא לוייתי אבל אם מעידים שלוה ולא פרע אינו חייב מדין העדאת עדים דהוי ממון שא"י לכפור. והקשו עליו אחרונים דברמב"ם עצמו מפורש [סופ"ד מטוען] דמיירי כשהעדים מעידים שעדיין חייב לו חמישים וחייב שבועה. ובאופ"א יש לומר על דרך הקצות דדוקא בשטר חשיב א"י לכפור כמש"נ לעיל בפנים בדברי הראשונים.

דחייב שבועה שהרי מיירי כשכפר בכל. נויש לדון וליישב גם לדרך הגר"ח והגרמ"ש דהתם אין אנו מחייבים אותו מכח העדאת השטר דנימא דקדמה הודאה לתביעה שהרי הוטל ספק בשטרות ואף אחד מהם אינו יכול לחייבו בפ"ע אלא מכח הממ"נ דידעינן דכת אחת כשרה וכה"ג חשוב הדבר שנתחדשה העדאת העדים כעת כשדנו בי"ד בשני השטרות ודוק, ועיין בגר"ח שביאר באופ"א על פי דרכו] **ועיין בהגהת הגר"א** [סי' פח סקנ"ז] שכתב ליישב לדרכו דהרמב"ם פטר בא"י לכפור דוקא היכא דגובה ממשעבדי וביאר הגר"א דהכא בשני שטרות כיון שנפל הספק בשניהם אינם גובים ממשועבדים וממילא לא חשיב כממון שא"י לכפור [ועיין בש"ך שם בסי' לא סק"ב בנידון זה אי גובה ממשעבדי וכן בהגהת הגר"א בסי' פז סקט"ז]

**הרחבת דברים בשיטת הרמב"ם הראשונים** בסוגיין נראה מדבריהם בדעת הרמב"ם דא"י לכפור מטעם הילך הוא, **ואולם מצינו בכמה מקומות** שנראה שא"י לכפור והילך שני דינים שונים הם, **יעויין במאירי בסוגיין** שהביא דין א"י לכפור כדין העולה מהסוגיא דכל היכא שאינו יכול לכפור 'אינו קרוי הודאה' **וכן המאירי בשבועות** [סו"פ שבועת הדיינים] מנה תנאי שבועת מוב"מ, הילך הוא השני בהם וא"י לכפור השישי, ואף **בדברי הרמב"ם עצמו** מדויק כן היטב שהזכיר דין הילך בפ"א מטוען וכללו בדיני כופה"כ ואילו דין א"י לכפור מנאו בכלל דיני מוב"מ בפ"ד מטוען.

**ובספר משפטי השבועות לרב האי גאון** [ח"א שער א] מנה תנאי שבועת מוב"מ, החמישי שבהם דין הילך ומקורו שם מפלוגתא דרב חייא ור"ש, **והשישי** דין א"י לכפור ומקורו בפלוגתא דר"ע ורשב"א ולא הזכיר בענין זה כלל דהילך כלל. וכן הר"ח בסוגיין הביא כלל זה דא"י לכפור, **וכן בשיטמ"ק בשם הר"י מיגאש ובשם הר"מ מסרקסטה** ואף לא אחד מכל הראשונים הנ"ל לא הזכיר דין זה באיזה שייכות עם הילך. **ומדברי המאירי והר"מ מסרקסטה** משמע דטעם בפני עצמו דהמודה במה שאין צריך להודאתו אינו הודאה, והנה לדרך הקצות כ"ז ניחא דבאמת א"י לכפור דין בפ"ע הוא אלא דאף הוא כמו הילך תלוי בנידון דהודאה שאינה צריכה, אך הדברים סתומים בדברי הראשונים.

**ורבינו הגר"נ זצ"ל** ביאר מהלך חדש לגמרי בשיטת הרמב"ם, ושלשה חידושים ביאר בזה: **(א) טעמו של הרמב"ם** בדין ממון שאינו יכול לכפור, בזה ביאר הגר"נ עפי"ד הר"י מיגאש שהובאו לעיל בדף ג שנראה מדבריו דשורש המחייב במוב"מ הוא דע"י הודאתו יש רגלים לדבר מדהודה במקצת ש"מ משתמיט הוא, **ולפי זה** כשהודה במה שאינו יכול לכפור הרי אין שום רגלים בהודאתו כי לא היה יכול לכפור בזה וידענו כבר קודם הודאתו שיודה בדבר זה. **(ב) ועוד ביאר הגר"נ** ליישב סתירת הרמב"ם מפכ"ב מטוען, **וחידש** דדין העדאת עדים נאמר דוקא כשכפר בכולה והעדים מעידים אותו בחמישים, אבל המודה בחמישים ואף העדים מעידים באותם חמישים אינו מתחייב מדין העדאת עדים, **ובטעם הדבר** ביאר דהדררא דהעדאת עדים הוא שנתערעה כפירתו על ידי העדים שמכחשים אותה ואף זה רגלים לדבר ולכן כ"ז כשכפר אבל אם הודה במקצת וכפר במקצת הרי כפירתו שלו לא הוכחשה כלל ע"י העדים ועד כמה שלא יתחייב מדין מוב"מ אין כאן חיוב מדין העדאת עדים. **ולפי זה א"ש היטב** סתירת דברי הרמב"ם דכל דין א"י לכפור נאמר כמובן בהודאה ולא בהעדאת עדים ומאי אמרת דאם כן אף בסוגיין יתחייב מדין העדאת עדים זה אינו שהרי מודה בשנים שהעדים מעידים עליהם, ומשא"כ התם שכפר בכל, **ודברים אלו מדויקים להפליא** בדברי הרמב"ם הנ"ל בפכ"ב מעדות שכתב דחייב שבועה שהרי עליו שני עדים כשרים מעידין במקצת הממון שכפר כולו וכו' **הרי מבואר תירוץ הסתירה ברמב"ם עצמו** שחיובו לפי שכפר כולו.

**ועיין במאירי שכתב בשם גאוני ספרד** [והוא הר"י מיגאש] דמי שתבע את חברו במנה והעדים מעידים בחמישים ואף הוא מודה בחמישים פטור משבועה דהוי ממון שא"י לכפור בו. **והדברים תמוהים מאוד** דהרי זה דין העדאת עדים האמור בתורה והיאך יפטר משבועה, [ולדרך הש"ך שהובא לעיל ניחא ודוק]

ולחנ"ל מתפרש בפשיטות דבמודה ליכא לדין העדאת עדים ואי משום הודאה הרי א"י לכפור. נואמנם מדברי הרמב"ם עצמו הרי משמע דרק בשטר חשיב א"י לכפור וראה להלן בזה]

(ג) **ובישוב סוגיין לדעת הרמב"ם** ביאר הגר"נ מהלך מחודש ונפלא, והוא על פי דרכו שנתבאר לעיל בריש הסוגיא דטעמו של רבי חייא המחייב בהילך אינו מחמת ההודאה אלא משום דנתינת הממון עצמה מחייבת שבועה כמוב"מ, וההילך עצמו הוא המחייב וכדמשמע בדברי התוס' רא"ש לעיל בע"א עיין לעיל מש"נ בזה.

**ולפי זה ביאר** דמעולם היה פשיטא להגמ' דטעם הפטור בשנים הוא משום שא"י לכפור ולא מטעם הילך כלל, אך קושית הגמ' היא דבשלמא מדין מוב"מ פטור שהרי אינו יכול לכפור אבל לרבי חייא דהילך חייב סו"ס יתחייב מדין הילך, ומזה מוכחינן דלא כרבי חייא ומשנינן וכו' והשתא דקיי"ל דלא כרבי חייא הרי פטורו פשוט משום דא"י לכפור, ומה שאינו חייב מצד עצם נתינת המעות [נשטר חשיב כהילך וכפירוש רש"י] זה משום דהילך פטור אך כמובן שלא הוצרך הרמב"ם ושא"ר להזכיר דין זה כלל שכבר שנו לן דהילך פטור ולא קיי"ל כרבי חייא. **וביאר הגר"נ** דביאור זה מדוקדק בלשון הגמ' עצמה דפריך 'והא האי שטרא דקמודה ביה הילך הוא וכו' ולכאורה סגנון הקושיא היה צריך להיות להיפך 'אלמא שנים פטור ומאי טעמא לאו משום הילך וש"מ הילך פטור' ובגמ' פריך לה בלשון זה דהיאך שנים פטור הרי יש כאן הילך ומתפרש היטב להדרך הנ"ל דקושית הגמ' דהרי הוי הילך ויתחייב מדין הילך. **וכמה היטב מתפרש לפי זה** מה שהראשונים הנ"ל כולם ציינו למקור הדין דא"י לכפור לסוגיא דידן ולא הזכירו במאום דין הילך ומשום דהפטור הוא מטעם דא"י לכפור וכנ"ל.

[אך יש להעיר בעיקרי הדברים, א) ברמב"ם משמע דדין א"י לכפור הוא רק בשטר שנכסיו משועבדים בו ולטעם הגר"נ דליכא רגלים לדבר אין הפרש בין שטר למלוה ע"פ וכ"ש שאין טעם לחלק אם יש שעבוד נכסים או לא. ב) משמעות דברי המאירי והר"מ מסרקסטה וכן סתימת שא"ר שהובאו לעיל דהוא חסרון בעצם ההודאה המחייבת דהודאה במה שאינו יכול לכפור 'אינה הודאה' ולא משום דליכא להטעמא דקרא. ג) אף אי נימא דהילך הוא מחייב בפ"ע אבל הרי סו"ס טעם החיוב הוא מדין מוב"מ כיון דרגלים לדבר בקיום מקצת תביעת התובע ובאינו יכול לכפור הרי אין בזה שום חילוק, ואם כן לא קשיא מידי לרבי חייא.

ולכן י"ל בזה באופ"א: א) דטעם הדין דא"י לכפור לא הוי הודאה הוא דיסוד דין מוב"מ הוא דע"י הודאתו יש קיום במקצת לטענת התובע, וכשאינו יכול לכפור אין בהודאה קיום טפי שכבר היה לתובע ראייה טובה גם קודם לכן ובה נחלקו הרי"מ והרמב"ם דהרי"מ סובר כל בכל העדאת עדים והלרמב"ם דוקא בשטר שנכסיו משועבדים בו. אך לרבי חייא דהילך נמי מחייב שבועה ליכא למימר כן דנתינת הממון עצמה היא קיום טענת התובע [עיין לעיל בהערה 76 ודוק] וקיום זה הרי לא היה קודם שהודה ולכן בשטר פריך דכיון דקא מודה ביה הילך הוא [ועיין בר"ח שגרס 'כיוון' ודלא כרש"י] והיינו דבהודאה כזו הרי יכול התובע לגבות מיד וכגובי דמי ואם לא הועיל בהודאתו לברר הדין אבל הועיל שהקרקע מזומנת לגביה מיד ובהודאתו הוי הילך וקשיא לרבי חייא.

ב) ובדברי הרמב"ם בהל' עדות י"ל כהגר"נ אבל לא מטעמיה אלא דפרשיות שבועה נתחלקו להלכותיהן כמו חיובי ממון המזיק וכמו שא"א לחייב טמון באש מדין שור ובור בהצה"ש אי אפשר לחייב מוב"מ הפטור מצד א"י לכפור מדין העדאת עדים ולא נאמר דין העדאת עדים אלא בכופר הכל. וכהיסוד הזה מבואר מדברי הרשב"א בב"ק דף קז דבמודה פחות מש"פ אי אפשר לחייבו מדין כופה"כ אף להצד דכופה"כ חייב שבועה, וכן מיושב בזה קושיות רבות לדעת רש"י באופנים שונים דבמוב"מ אינו חייב מדין מוב"מ והקשו בזה לרש"י דכופה"כ פטור משום א"א מעיז יתחייב בהני גווני מדין כופה"כ [כגון בהודה בקרקעות וכיו"ב] ולהנ"ל ניחא.

ג) ויש להוסיף עוד ולומר דטעמו של מ"ד הילך פטור הוא נמי מה"ט דבהודאתו אינו מסייע ומקיים טענת התובע שהרי בלא"ה נותנו ומה לי בהודאתו וע"ד הקצות, אך מ"ד הילך חייב סובר דאה"נ אבל 'הילך נמי כמודה מקצת הטענה' וחייב מחמת נתינתו גופא וכנ"ל וכמש"כ הריטב"א דאף בכופר ומשלם חמישים חייב שבועה לרבי חייא, ולפי זה הדברים קרובים למהלך הקצות אך הסבר הקושיא לרבי חייא הוא ע"ד שביאר הגר"נ ושיטת הרמב"ם מחוורת מאודן

**בסתירת דברי הרמב"ם מדבריו בהל' אישות בפט"ז הכ"ה מאישות** כתב הרמב"ם גבי היא אומרת בתולה נישאתי והוא אומר לא כי אלא אלמנה נשאתיך שאם הבעל קיים נשבע שבועה דאורייתא מדין מוב"מ, והקשה המ"מ שם דהרי הוי ממון שאינו יכול לכפור דהרי בהכרח מיירי במקום שאין כותבים כתובה כמש"כ הר"מ עצמו בסוף ההלכה [שאל"כ אינה גובה בלא כתובה בידה] ואם כן הרי גטה בידה ככתובה ואינו נאמן לטעון פרעתי כטוען אחר מעשה ביי"ד וגם גובה ממשעבדי והוי ממש דומיא דשטר דסלעים דינרין והניח בקושיא. [ומדברי הגר"א בסי' פח סקנ"ז נראה שפירש בדברי הרמב"ם האלו שאינו גובה ממשעבדי ולכן לא חשיב א"י לכפור ואין הדברים מובנים]

**ועיין בירושלמי שם** דשם איתא דפטור משבועה 'כל עמא מודיי שהוא חייב לה מנה והיא כתובעת בידו מנה אחר והוא אינו מודה לה המע"ה' והנה דברי הירושלמי מקור לכלל שכתבו ראשונים דא"י לכפור בו פטור אך גם קשה טובא ע"ד הרמב"ם שלא פסק כהירושלמי וגם סותר דבריו בסוגיין וכנ"ל וצ"ע. [ובירושלמי משמע דא"י לכפור בו פטור מדין כופה"כ וזה שלא כמש"נ לעיל ממשמעות דברי הרמב"ם אלא כדרך התוס' ר"פ, ושם רק התם דהכל יודעים שהיו נשואים ואין דו"ד על זה כלל איתא להאי טעמא אך אין בזה שום יישוב על עצם שיטת הרמב"ם וצ"ע]

**ועיין בהגהת הרד"ע** [שם על הרמב"ם] שכתב דלא הוי ממון שא"י לכפור לפי שהאשה צריכה להביא עדים שהיתה אשתו והוי כעדים בע"פ על חמישים דל"ה א"י לכפור לדעת הרמב"ם, אך תמוה דהרי גיטה בידה ומדוע היא צריכה עדי נישואין, **ועיין באבהא"ז** [בפ"ד מטוען ה"ד] שביאר בפשיטות דהרמב"ם לשיטתו דאין כתובה לארוסה ונמצא שגיטה אינו מוכיח כלום שהיא נשואה ונמצא שהיא צריכה עדים על עיקר חיוב הבעל ול"ה ממון שא"י לכפור בו, וא"ש.

**בגמ' מתיב וכו' הודה בקרקעות וכו' בטעם הדין דהודאת קרקע פוטרת ראה ברש"י** שביאר דאין ההודאה מביאה לידי חיוב שבועה ומבואר דהפותר הוא מחמת שהודאה היא בקרקע, וראה לעיל ברש"י ד"ה א"נ וכו' שביאר דאין הודאת קרקע מביאה לידי שבועה כיון שהקרקעות נתמעטו מן השבועה [וראה להלן בגדר מיעוט קרקע משבועה] **ועיין ברמב"ן ובר"ן לקמן בדף טו ריש ע"א** שהקשה שם הרמב"ן דאי מעשה ביי"ד כמאן דנקיט שטרא אם כן כל מוב"מ הוי הודאה בקרקע [וכפה"נ דהבין דהודאה חשובה כפס"ד שאין אחריה כלום] ותירץ הרמב"ן – ונתבארו הדברים היטב בר"ן – דאה"נ דההודאה בקרקע היא אבל תביעת התובע אינה בקרקע ואזלינן בתר תביעה וזה שלא כדברי רש"י דידן<sup>90</sup> **ועיין בברכ"ש בב"ק סי' לב אות ב בשם הגר"ח** דהא דאין נשבעים על הקרקעות גדרו הוא דאין טענת ודרא דקרקע מחייבת שבועה והוכיח כן מהא דהודאת קרקע אינה מחייבת שבועה.

**בגדר הלימוד דאין נשבעים על הקרקעות ראה בברכ"ש הנ"ל** ומבואר שם בדברי הגר"ח דזהו כל הדין דאין נשבעים היינו שטענות ומו"מ דקרקע אינו מחייב שבועה ולשון פירוש המשנה בקידושין דף כח דבטענות

<sup>90</sup> ולדברי הרמב"ן מתבאר היטב הא דאיתא בירושלמי בריש פרק ב' דכתובות בטעם דאין נשבעים בשטר סלעים דנרים וביאר הרמב"ן שם כוונת הירושלמי דהוא משום כפי"ש קרקע אך בירושלמי מבואר דאין ההודאה ממין הטענה וצ"ב ולשיטתו נחא היטב דהחסרון בקרקע הוא רק בתביעה ואם כן סו"ס הרי ההודאה קימת ומה שאינה מחייבת שבועה הוא משום דאין דנים על תביעתה והוי כהודאה בלא טענה שזהו דין טענו חטים והודה לו בשעורים ודוק.

קרקע אין שבועה ועיין גם ברמב"ם בפרק ז' ה"א משבועות ודוק אך ראה ברש"י בב"ק בדף קה ריש ע"א שכתב דשבועת קרקע לאו שבועה היא וברא"ש בשבועות דף מ משמע דהוא דין בקרקע עצמה שאין חיוב שבועה על קרקע ולא תלוי בטענות עיי"ש וכ"ה בתשובת הרשב"א במיוחסות סי' צ.

רש"י ד"ה דומיא לכאורה משמע לשון רש"י שהכלים לפנינו בבי"ד וסותר מ"ש לעיל בדף ד ע"א דהילך היינו בכל מקום שהם, ועיין בריטב"א שהעיר בזה [אך ברש"י להלן בדף ה ע"א בד"ה לאו כתב נמי לשון כזה ושם מיירי באגם].

תור"ה למ"ד הילך פטור דברי התוס' לכאורה אינם מובנים דהרי השתא דס"ד דהמיעוט הוא בהודיה בקרקע ניחא היטב למ"ד הילך חייב וכן לדידיה למסקנא ואדרבה למ"ד הילך פטור דמשני בגמ' דמיירי בכפר בזה קשה דהרי ליכא אשתמוטי אך זה לק"מ דהתוס' נקטו דעתה לא ס"ד כלל דמיירי בכלים וקרקע כלל אלא בתבע קרקעות והודיה במקצת וכפר במקצת וע"ז מקשינן דהילך הוא ותמחו התוס' דאף למ"ד חייב לא ניחא שהרי ליכא אשתמוטי ודברים אלו שכתבנו הם ההקדמה להבין דברי הגליון תוס' ורע"א דיעוין היטב בגליון תוס' בשיטמ"ק שהקשה על התוס' דהרי מצינו למ"ד הילך חייב לאוקמה בכפר ועיין היטב בדבריו שם, ועיין היטב ברע"א מש"כ לתרץ קושית הגליון.

שם בתוס' וכן (פר"י) לקמן וכו' דבריהם אין מובנים ועיין במהרש"א שהגיה 'וכן פריך לקמן' עיי"ש מש"כ בזה, והמשך לשון התוס' הדרו לדבריהם בכאן לבאר קושיתם ומש"כ כופר במקצת קרקע כוונתם דלהס"ד מיירי בתבעו קרקע והודיה במקצת וכפר במקצת וכמש"כ לעיל ודוק והמהרש"ל הגיה 'פר"י' [ונדפס בש"ס לפי הגהתו] ואינו מובן<sup>91</sup> וע"ע בחכמת מנוח.

ומה שנקטו התוס' לפטרו משום חזקה לכאורה צ"ל דכוונתם דממילא אית ליה מגו דכופה"כ שהרי לעיל בדף ג ע"ב נקטו דהחזקה פוטרנו רק מחמת המגו וכן נקט הרע"א כן בתור"ד ולשונם דחוק וצ"ע.

בגמ' היכא דחפר בה בורות שיחין ומערות עיין בשיטמ"ק בשם הראב"ד שהקשה דהרי מה שחייב עתה לשלם דמי נזקו זה מטלטלין ולא קרקע ואם כן הקרקע שמודה בה הילך הוא והשאר שהזיק מטלטלין הם ולמה בעינן קרא ועיי"ש שתייר דמיירי כשתובעו לסתום הבורות שחפר ואינו תובעו שישלם וצ"ת אמאי יש תביעה לסתום ולא מצינו בחיובי נזיקין חיוב על מזיק לתקן נזקיו אלא לשלם. ועיין היטב ברמב"ם וראב"ד בפ"ה מטוען ה"ב שכתב הרמב"ם שם דהמזיק שדה חברו ונפל ביניהם מחלוקת כמה הזיק באופן שהיה מוב"מ הרי"ז פטור משבועה והראב"ד שם השיג וכתב דדווקא באופן שתבעו למלאת החפירה אבל אם תבעו דמים הרי"ז נשבע ודבריו לשיטתו מהמובא כאן בשיטמ"ק בשמו, ועיין במגיד משנה שביאר מחלוקת הרמב"ם והראב"ד דהרמב"ם ביאר כן סוגיין דמיירי כה"ג שהזיק שדה חברו וחשיב כה"ג תביעת קרקע לפי שיסוד התביעה הוא מחמת שחיסר קרקע שלו וכתב המ"מ דזה שלא כרש"י שביאר שתבעו קרקע והחזירה כשהיא מקולקלת וביאר דאף לרש"י יש להוכיח כדברי הרמב"ם שאל"כ הקרקע עצמה סו"ס הילך היא והדמים שתובעו מטלטלים הם ותמה המ"מ על הראב"ד דמה תביעה היא זו למלא החפירות הרי יכול לשלם לו דמים ואינו מחוייב למלא החפירות.

ועיין בתשובת הרשב"א ח"ב סי' שמג שחולק על הרמב"ם והראב"ד וסובר דכל כה"ג הוי מטלטלין שהרי עתה תובעו דמים ואינו יכול לתבעו למלאות החפירות וביאר דבסוגיין אה"נ דהוי הודאת מטלטלים ומה שפטור הוא משום שכפר בקרקע ונקטה הגמ' תרי גווני דהודיה במטלטלי וכפר בקרקע, ועיין בתוס' רא"ש שכתב כן בשם רבינו יונה.

<sup>91</sup> ובאמת תמדה מה שנקשו והגיהו דאפשר כוונתם בפשיטות 'וכן לקמן היינו דאף בתי' הגמ' יקשה כן למאי דמשני דמיירי בכפר.

**בשיטת הרמב"ם ועיין שם ברשב"א שהקשה על הרמב"ם ממתני' דענבים העומדות ליבצר שנחלקו ר"מ וחכמים בשבועות דף מב בטוען לחברו מסרתי לך עשר גפנים טעונות עומדות ליבצר והלה אומר לא היו אלא חמש דלדעת חכמים פטור משבועה דאף דעומדות ליבצר כקרקע הן והקשה הרשב"א דהרי בהכרח מיירי שכבר בצרן דאל"ה הילך הן ואם כן עתה אינו תובעו אלא מטלטלים ועיין בריטב"א בשבועות שם שעמד בקושיא זו ותיירץ דסובר הרמב"ם דלענין מודה במקצת אזלינן בתר שעת נתינה וע"ד המ"מ שהבאנו לעיל וע"ז איכא מיעוטא דקרא שאם תובעו מחמת שנתן לו קרקע פטור אף שעתה הוא דמים, ועיין בספר קונטרסי השיעורים שכתב לבאר בזה בשיטת הרמב"ם בענין כפירת שעבוד קרקעות דברים נחמדים <sup>92</sup> נויש להעיר בהא דדימו הראשונים ההיא דענבים להכא חזינן מילתא בדברי הרמב"ם דלכאורה היה מקום לומר דדווקא בדמים סובר הרמב"ם דהוי קרקע ומשום דתביעתו היא באמת שיחזיר לו הקרקע המקורית רק הדמים הוי כתשלום מחמת שאין עתה אותה הקרקע שנתקלקלה נוכמש"כ הרא"ש בפ"ק דב"ק דהשבת דמים בגזילה היא מדין מה לי הם מה לי דמיהם אבל התם הרי אותם הענבים עצמם שהפקיד מחזיר ותביעתו עתה על מה שהפקידו היא תביעת מטלטלין ואמאי ייחשב כקרקע וחזינן דהראשונים הבינו דסברת הרמב"ם היא דאזלינן בתר שעת נתינה ויסוד התביעה ולא איכפת לן כלל שעתה תביעתו היא מטלטלים וצ"ע]**

**ועוד השיג שם הראב"ד מחבלה** באומר שנים חבלת בי ועיין במ"מ שביאר השגתו ועיי"ש בלח"מ וברשב"א הנ"ל ובקצה"ח בסי' צה סק"ח, ועיין בחידושי רבנו חיים הלוי שם על הרמב"ם מש"כ בזה.

**בשיטת הראב"ד** הראשונים הקשו על דבריו דאינו חייב למלאות החפירות ומה לי שתובעו בכך וראה במל"מ שצידד לומר דאם העפר קיים יכול להכריחו לתקן הנזק ולמלא החפירות ולא לשלם דמים ועיין בש"ך בסי' צה סקי"ח שביאר כן בדברי הראב"ד ופסק כן להלכה ויש לעיין בזה דיעויין במחנ"א בהל' נזקי ממון סי' א שהוכיח מדברי הראב"ד הללו דמזיק משלם לפי מדה ולא לפי דמים היינו שחיובו להעמיד לבעלים החפץ כשהיה ולא דומה לגזולן שהיוקרא וזולא עליו וחיובו דמים הוא אך ידוע כבר דחידושו של המחנ"א הוא נגד תוספתא מפורשת בב"ק בפ"ד ה"ד דלהדיא דמשלם לפי דמים ואם כן קשה דאם חיובו דמים הוא אמאי חייב למלאות ועיין בחזו"א [ב"ק ו ג] שכתב דאזה"נ דאם הוזל אינו נפטר בתיקון וחייב דמים עיי"ש ודבריו צ"ב [ואפשר בדברי רבותינו בדרך אחר דכמו דגולן יש לו חיוב והשיב לשלם החפץ עצמו ורק בדליכא חיובו בדמים - וכשמחזיר החפץ מחזירו עם יוקרא ידידה - הוא הדין במזיק חיובו לתקן החפץ עצמו כמות שהוא ורק אם לא יכול משלם דמים כשעת הנזק וסמוכין לחיוב והשיב במזיק תמצא בדברי הנמו"י בשם רמ"ה בסוגיא דשמין ואכ"מ ולדברנו אם היה שווה בשעת הנזק ד ועתה זוז אם יכול מלאות ימלא ואם לא נפטר בזוז וכגולן ולא כן כתב בחזו"א]

<sup>92</sup> וביאר שם דאם להרמב"ם אזלינן בתר יסוד התביעה דדמים מחמת קרקע הוי קרקע אם כן ה"ה להיפך דתבובעו קרקע מחמת שנתן לו דמים הוי כמטלטלין דבתר נתינה אזלינן וכמש"כ הריטב"א ובוזה ביאר שיטת הרמב"ם בדין כפיש"ק דממה שכתב הרמב"ם דטעם הפטור בסלעים דנרים משום דאינו יכול לכפור מוכח דנשבעים על כפירת שע"ק וכן הרי גבי כתובה וגבי שני שטרות כתב הרמב"ם דנשבעים והקשו עליו דהוי כפיש"ק ומזה חזינן דנשבעים על כפיש"ק וביאר הטעם כנ"ל דהרי ההלואה שהיד יסוד החיוב היתה דמטלטלים שהרי דמים נתן לו אך קשה דהרי הרמב"ם עצמו פסק דהכופר בפקדון ונשבע פטור דהוי כפיש"ק ובוזה תירץ דהתם גבי פקדון המיעוט הוא בדבר שכפר בו דאם נשבע על כפירת קרקע פטור ובוזה אזלינן בתר התביעה בפועל וכדמבואר להדיא ברמב"ם בפ"ז משבועות ה"א דבקרע אין כפירתה בשבועה מחייבת משום דהקרקות בחזקת הבעלים הם ואם יודה אינה הודאה ולפיכך לא הוי כפירה עיי"ש ברמב"ם ולפי"ז בודאי אזלינן בתר כפירה עצמה ולא דמי למיעוט דמודה במקצת ודוק



דף ה ע"א

בגמ' ת"ש דתני רמי בר חמא עיין בשטמ"ק לקמן בדף צז מהבעה"מ והראב"ד שהמאור הוכיח מכאן דכל פקדון הילך הוא ואפילו קיימא באגם מדלא משני דקיימא באגם ומבואר בגמ' דדווקא במתה לא הוי הילך והראב"ד דחה דבריו ואמר דאה"נ דהוה מצי לשנויי כן, נויש להעיר בזה דכמו"כ יש להקשות דהמ"ל לאוקמי הגמ' בשלא הגיע זמן חזרת הפרה דלכאורה לא הוי הילך כיון שמעכבה מן הבעלים ואם אמנם גם הבעלים מודה שלא הגיע הזמן אפשר שאין כאן תביעה כלל אבל אם הבעלים אומר שהגיע הזמן והשוכר מכחש לכאורה לא הוי הילך ויש שאמרו דכיון דלדבריו אין כאן עיכוב של כלום מהבעלים הרי כלפי הזמן הי כופר וכלפי מה שמודה הוי הילך דוק בזה]

בגמ' ת"ש דתני רב אפטוריקי וכו' עיין בפ' הר"ח בשבועות בדף מא סוע"א שהקשה על דינא דר"ח קמייתא מתוספתא בשבועות פ"ה הלכה ג דאיתא התם היה טוענו מנה במעמד בית דין וכפר בו ובאו שנים והעידוהו שחייב לו חמשים וזו הרי זה משלם ופטור מן השבועה, והניח בקושיא, ועיין ברשב"א ור"ן בשבועות בדף לח ע"ב ד"ה תוספתא שכתב לתרץ דהתוספתא מיירי שהעדים מעידים שעדיין חייב לו דכה"ג הוי שעבוד קרקעות ואינו נשבע. וצ"ע מאי קשיא להר"ח מהתוספתא דהרי בלא"ה הוא מחלוקת דרבי חייא עם תנאים כדאיתא הכא ושמא לא ניחא ליה שיחלוק גם על תוספתא ויל"ע ואמנם תמוה מאוד דאם כן הל"ל להש"ס לאקשווי מהאי תוספתא [ואם נאמר דפליג גם על התוספתא היה ניחא דעדיפא לאקשווי מדרב אפטוריקי שמביא קרא אבל להר"ח צע"ג] ועיין בתוס' ד"ה רבי חייא שמבואר מדבריהם דאי גרסינן תני רבי חייא לא קשה כלל מהברייתא דאף הוא ברייתא קאמר והר"ח לעיל גריס תני ר"ח וצ"ע מאי קשיא ליה בשבועות.

ההוא רעיא וכו' עיין בשטמ"ק ובחי' הריטב"א שעמדו בדברי הגמ' מדוע האריכה הגמ' לומר דכל יומא מסרו ליה בסהדי וכו' דאין בזה לכאורה נ"מ.

השתא נמי וכו' עיין בפני יהושע שהקשה מ"ט לא פריך אביי עצמו תיכף דתיפו"ל דחייב היסת ואמאי נטר עד דקאמר שכנגדו וכו', ותירץ שם דלהס"ד פשיטא דאיכא נ"מ אי נשבע בנק"ח אבל למסקנא דשכנגדו הוא נשבע בנק"ח אף על היפוך היסת דכ"ש שהנתבע נאמן טפי שישבע התובע שבועה חמורה טפי, ועיין בהגהת הגר"א סי' פז סקמ"ו שהקשה כקושית הפנ"י, ודחה שם תי' הפנ"י דס"ל שם דבהיפוך דהיסת נשבע בלא נק"ח עיי"ש היטב, ופירש כל הגמ' באופן מחודש דהרעיא הזה כבר נשבע היסת קודם שבאו עדים שאכל הכל עיי"ש.

ומבואר דנחלקו הגר"א והפנ"י בגדר שבועת שכנגדו אם הוא תקנה בעלמא שישבע מי שכנגדו חשוד או דהפכו השבועה כמות שהיא והטילוה על התובע, ועיין בחזו"א סי' י סקט"ו שהאריך לבאר דאינו גדר היפוך שבועה אלא דתקנו חכמים שבועה על התובע מחשוד עיי"ש ולכאורה תליא בנדון הנ"ל,

ועיין בקצה"ח סי' פז סקי"ז שהביא שם דברי הש"ך שכתב להוכיח כהסוברים דבשבועת היסת בעינן נק"ח מסוגיין, דאם איתא דבהיסת אי"צ נקי"ח אם כן מאי פריך השתא נמי דליתא לדרבי חייא וכו' הרי נ"מ אם התובע נשבע שבועה חמורה דאם איתא לדר"ח הרי דין שכנגדו הוא בנק"ח ואם ליתא לדר"ח חייב רק שבועה קלה [להס"ד דשכנגדו בהיסת נשבע ונוטל], וכתב שם שכבר הובא ראייה זו בעיטור, ובקצה"ח דן בראית הש"ך עיי"ש, ועיין בשער משפט [בסי' פז סקי"ד] שתמה ע"ד הש"ך היאך יתכן דהתובע בהיסת יוקל דינו מאשר תובע במקום ש"ד וכקושית הפנ"י הנ"ל וכתב השע"מ בדעת הש"ך כנ"ל דגדר שבועת שכנגדו הוא היפוך שבועה דהשבועה המוטלת על הנתבע אותה נשבע התובע. ומבואר מהעיטור והש"ך והקצות דדין שבועת התובע כדין שבועת הנתבע והחזו"א הנ"ל השיג ע"ד הש"ך וכשיטתו שם דאינו היפוך. ויש להביא ראייה לזה מהתוס' לקמן [צח ע"א ד"ה ה"נ] שכתבו דאף דבשבועה דרבנן בעלמא לא אמרינן מתוך

מ"מ בשבועת שכנגדו אם אין התובע יכול לישבע אמרינן מתוך לפי שעיקרה מדאורייתא היא על הנתבע ולכן חשיבא גם בתובע דאורייתא. [והראיה היא כפולה: חדא מעצם סברת התוס' ועוד דהתם גם שייך הק"ו של הפנ"י ודוק] **וכן משמעות לשון הגמ' בשבועות** [דף מא ע"א] 'שכנגדו חשוד על השבועה אפכין ליה שבועה ושמו אידיך'. **ועיין עוד בתוס' רא"ש לעיל דף ד ע"א ד"ה מתקני ובתשובות מיימוניות סי' סא ובהגהת רע"א שם** [ברמב"ם הוצאת פרנקל].

**תוד"ה שכנגדו וכו' הקדמה לדברי התוס': ראה במשנה בשבועות בריש כל הנשבעים** דאיתא שם 'החשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל היו שניהם חשודים חזרה שבועה למקומה', ובגמ' שם בדף מז ע"א נחלקו אמוראי אי למקומה היינו שפקע החיוב שבועה מהחשוד או דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם ומחלוקת זו בפשט המשנה היא שורש המחלוקת הכללית בכל שבועה דאורייתא אי אמרינן מתושאי"ל משלם עיי"ש בסוגיא אך בכל האופנים שאינו יכול לישבע ליכא שבועת שכנגדו אלא הדין דכשאינן הנתבע יכול לישבע משלם למ"ד דאמרינן מתוך ורק בחשוד ליכא דין מתוך אלא באופן ששניהם חשודים, ולהלכה קיי"ל דמתשאי"ל משלם. והתוס' נתקשו כאן מה ההבדל בין חשוד שאינו יכול לישבע מחמת חשוד לבין שאר אינם יכולים שבהם לא תקנו שכנגדו אלא אמרינן דמשלם. **עוד צריך לידע** דדין שכנגדו דמתקנת חכמים הוא דמדאורייתא לא שייך שישבע התובע וכמש"כ רש"י כאן בע"ב ואילו דין מתוך דאורייתא הוא כדאיתא שם בסוגיא להדיא.

**ובביאור שני תירוצי התוס'** דנו האחרונים בכ"א מהם אם כוונתם לומר דמשו"ה ליכא מתוך כלל בחשוד [מדרבנן או אפילו מדאורייתא] או דכוונתם ליתן טעם דלמרות שיש מתוך מדאורייתא הוצרכו רבנן לתקן תקנת שכנגדו, **ועיין בבית הלוי ח"ג סי' לח אות ג** שביאר דשני תירוצי התוס' חלוקים אם יש דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם בחשוד או לא, דלהתירוץ הראשון איכא דין מתוך ורק דחכמים הפקיעו דין מתוך והטילו שבועה אשכנגדו דלא שבקת חיי וכו' ולהתירוץ השני הכא ליכא כלל מתוך דהוא ברצון ישבע והוא סברא דאורייתא, וכ"פ בדברי התוס' הב"ח בסי' צב וכ"מ מהקצות סי' עה סק"א. **ולפי"ז חלוקים שני תירוצי התוס' עוד** האם תקנת שכנגדו היתה לטובת הנתבע או לטובת התובע, דלתי' הראשון דאלמלי השכנגדו ישלם הוי התקנה לטובת החשוד, ולהתי' השני דליכא מתוך בחשוד התקנה לטובת התובע היא ויש לדון בזה הרבה בשני התירוצים וכדלהלן.

**שם בתוס' וי"ל וכו' ראה בבית הלוי הנ"ל שביאר דבריהם** דכוונתם דבאמת מדאורייתא איכא מתוך וחכמים תקנו שכנגדו לטובת החשוד משום לא שבקת וכו' **וכן כתב גם בקצה"ח בסי' עה סק"א** וכתב הביה"ל דכל זה הוא למ"ד דאמרינן מתוך אבל להנהיג תנאי ואמוראי דלית להו דין מתושאי"ל משלם ומדאורייתא פקעה השבועה הרי התקנה לטובת הנתבע. **וחקר הביה"ל לפי התירוץ הראשון** דהתקנה לטובת החשוד היאך יהיה הדין באופן דליכא מתוך אי תקנו שכנגדו גם באופן דהוא לחובתו של החשוד, והנ"מ בזה היא בשבועת גלגול להסוברים דאין מתוך בגלגול, וכתב דמסתברא דליכא תקנת שכנגדו דהרי לתי' זה תקנו שכנגדו לטובת החשוד מהיכי תיתי שיהיו שתי תקנות.

**והדברים תמוהים טובא א** דהרי בסוגיין מספקינן נמי בהיסת לומר שכנגדו ובהיסת ליכא מתוך דל"א מתוך בשבועה דרבנן מש"כ התוס' לעיל ג ע"ב ולקמן צח ע"א והוא פלא גדול. **ב** דאף אם יש מתוך בשבועה דרבנן אינו מובן תירוץ הגמ' דתקנתא לתקנתא לא עבדינן דענין תקנתא לתקנתא הוא כששניהם לנגד הנתבע דאז לא מחמרינן חומרא בתר חומרא [ועיין בראשונים בכתובות בדף פז דמבואר כן הגדר בתקנתא לתקנתא] אבל הכא הרי התקנה השניה היא לטובתו ובאה למעט בכח התקנה הראשונה דאילו התקנה השניה היה משלם ותקנו חכמים לטובתו שישבע התובע קודם שיטול ול"ש תקנתא לתקנתא **נוראה עוד** **בנדון זה להלן בגמ' דתקנתא לתקנתא** ג] וגוף החידוש שחידש דכשאינן מתוך אין שכנגדו נסתר מדברי

הראשונים דהראשונים בריש כל הנשבעים נקטו [כ"ה ברמב"ן רשב"א ור"ן שם דבחשוד איכא מתוך  
[שכתבו שם דהמשנה שם אינה מונה אלא אלו שאינם נוטלים מן הדין אלא מכח התקנה ונתקשו למה כתבה המשנה  
חשוד ותי' דמשום דלמ"ד דליכא מתוך הוי גם חשוד כן עיי"ש בר"ן ואם כן לדבריהם הרי באופן דליכא מתוך לא  
יהיה שכנגדו אבל אין הדבר כן, **דיעויין ברא"ש** בכתובות דף פח ע"א בשם הרי"ף והו"ד בכל הראשונים  
שם דבשבועת המשנה אמרינן תקנתא לתקנתא והיכא שהתובע פוגם שטרו והוא חשוד מפכין השבועה  
ונשבע הנתבע ושם כתוב מפורש דליכא מתוך בשבועה זו עיי"ש ואם כן הרי בהכרח דהתקנה פעמים  
לטובת התובע כגון בדאיכא מתוך ופעמים לטובת הנתבע כגון בשבועת המשנה, וכמובן דזה קשה מאוד  
בסברא וכמו שכתב הביה"ל וצ"ע. ועיין גם ברבינו יונה בב"ב בדף לד

**ודרך נוספת יש בדברי התוס' דיעויין בהגהת אשרי כאן** שהביא תירוצ' התוס' ומדבריו משמע דכ"ז הוא  
טעם לומר דליכא כלל דין מתוך בחשוד משום דלא שבקת חיי לכל בריה. וכ"ז הוא להנחה הפשוטה דתי'  
התוס' הוא טעם לתקנת שכנגדו **אך יעויין בהגהת אשרי כאן** שהביא לדברי התוס' ומדבריו משמע דהוא  
טעם לאפקועי דין מתוך לגמרי בחשוד **ועיין בהגהת הגר"א בסי' עה סקמ"ב** שיש שם כמה ליקוטים  
ומדבריו בליקוט השני מבואר שפירש כן בדברי התוס' דידן עיי"ש ודוק, [אך בליקוט הראשון משמע  
כהביה"ל עיי"ש ודוק] **ודרך זו מדוקדקת גם מסגנון השאלה** שהקשו התוס' דקושיתם אינה אמאי לא תקנו  
שכנגדו בחמשין ידענא ובנסכא אלא אמאי לא אמרינן מתוך בחשוד, והיינו דהיה פשוט להם דאם יש  
שכנגדו ליכא מתוך כי שכנגדו לעולם נתקן לטובת התובע ולזה הוקשה להו דהרי ראוי להיות כאן דין  
מתוך ואז לא נצטרך לתקנת שכנגדו, **ולזה תירצו** שהפקיעו חכמים דין מתוך בחשוד משום לא שבקת, ולכן  
הוצרכו לתקן שכנגדו ודוק.

**אך לדרך זו קשה דכ"ז** הוא נגד משנה ערוכה בשבועות דבשניהם חשודים חזרה שבועה למקומה ומפורש  
שם בגמ' דהיינו מתוך שאי"ל משלם [לרבי אבא] ואם הפקיעו בחשוד דין מתוך מהיכי תיתי שישלם  
בשניהם חשודים, ואם תאמר שהפקיעו מתוך רק במקום שיש שכנגדו הרי חזרנו לדרכו של הביה"ל  
שהתקנה לטובת הנתבע היא וזה קשה מכמה מקומות וכמש"נ לעיל, **וצ"ע**.

**שם בתוס' ועוד וכו' ראה בביה"ל** שהובא לעיל שפירש בכוונת התוס' דלהתירוצ' הזה ליכא מתוך כלל  
בחשוד מחמת האי טעמא דהוא ברצון וכו' וכן מבואר מדברי הנתיבות **דיעויין בנתיב"מ בסי' עב סקכ"ה**  
שלמד מדברי התוס' דידן דאילם שאינו יכול לישבע פטור דדמיא לחשוד ועדיפא מיניה,<sup>93</sup> ותי' התוס' צ"ע  
דהא מבואר בגמ' בשבועות להדיא דבשניהם חשודים אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם ואם כן  
מבואר להדיא דבחשוד איכא מתוך ואדרבה מקור ושורש המחלוקת אי אמרינן מתוך בכל שבועה הוא  
בדין דשניהם חשודים. **ועיין בקצה"ח סי' עה סקי"א** שגם מדבריו נראה דלהאי תי' של התוס' ליכא מתוך  
בחשוד וצ"ל דדין מתוך בשניהם חשודים הוא מדרבנן [ולפי"ז התוס' תי' דליכא מתוך מדאורייתא ולכן נשבע  
שכנגדו ושניהם חשודים תקנו חכמים מתוך] **אבל יעויין בחזו"א סי' י סקט"ו** שכתב להוכיח מהגמ' בשבועות  
דין מתוך בחשוד הוא דאורייתא וראיתו חזקה דכל המקור בגמ' שם דלרב ושמאל ליכא כלל דין מתוך  
הוא ממה שסוברים דליכא מתוך בשניהם חשודים ואם דין אחר ומדרבנן הוא מנא להש"ס דפליגי בעיקר  
דין מתוך **ולכן פירש החזו"א** בכוונת התוס' דהך סברא דהוא ישבע ברצון הוא טעם למה תקנו חכמים  
שכנגדו ולפי"ד שווים שני תירוצי התוס' דאיכא דין מתוך בחשוד.

<sup>93</sup> ושמענו מהגר"ר שמואלביץ שליט"א שביאר דברי התוס' עפי"ד הנתי' דדין אינו רוצה ואינו יכול מתרי קראי ילפינן  
ליה דהיכול לישבע ואינו רוצה לישבע משלם מדין שבע או שלים דילפינן לה מקרא דולא ישלם ואילו אינו יכול ילפינן  
לה מקרא דשבועת ה' [שבועות מז א] והאילם וכן החשוד הזה אינם בגדר אינו יכול שהרי יש לו השבועה בדין וגם לא  
הוי אינו רוצה דאנוס הוא שאנו לא מניחים אותו וממילא פטור לגמרי, עכ"ד.

וכ"מ בתשובת הרשב"א ח"ב סי' קי וז"ל שם וכדי להתלמד במקום אחר, אודיעך שמה שאמרו מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע משלם הרי הוא משלם בלא שבועה שכנגדו. שלא אמרו שכנגדו נשבע ונוטל אלא בחשוד. שהוא בא לישבע אלא שאתה פוסלו וכיון שכן אתה צריך להטיל שבועתו על שכנגדו. ואי נמי משום שאם אתה מחייבו בלי שישבע שכנגדו לא הנחת חיים לכל חשוד. אבל באומד איני יודע שהוא גרם לעצמו ואין לו חשש בעלמא וא"נ בעד דרבי אבא שהתורה חייבה לישבע או לשלם, שכנגדו נוטל שלא בשבועה כלל עכ"ל ועיין ברשב"א בריש כל הנשבעים ובתשו' ח"א סי' תתקכד ודוק ועיין בהגהת אשרי כאן.

ועיין בתוס' לקמן בדף צח ריש ע"א שנקטו בפשיטות דאיכא מתוך בחשוד והביה"ל כתב דקאי התם להתי' הראשון כאן אך להחזו"א ניהא בפשיטות, אלא דלפי זה חוזרות גם על התי' השני של תוס' כל הקושיות שהקשינו להתי' הראשון.

בגמ' ותקנתא לתקנתא לא עבדינן ראה ברש"י שפירש דהתקנה השניה היא שכנגדו וצ"ע בדברי רש"י שמשמע מדבריו דהא שכנגדו הוא מדרבנן הוא משום דמדאורייתא אין נשבעים ונוטלים וקשה דאף אם היה דין שבועת נוטלין מן התורה היכן מצינו דין שכנגדו מדאורייתא והא רבנן תקנוהו ומה הוצרך להא דמהתורה אין נשבעין ונוטלין וצ"ע ופירשו בזה דהא דאפכוהו רבנן אשכנגדו אינו חשיב לרש"י תקנתא לתקנתא דסברא הוא להפוך השבועה ועדיין צ"ע ועיין היטב בקצה"ח בסי' צב סק"י שפירש דהתקנתא לתקנתא הוא דחשוד עצמו דאינו נשבע הוא דרבנן ולא תקנו תקנה זו להפסידו בהיסת שהיא תקנה,<sup>94</sup> ועיין בקצה"ח בסי' עה סק"א שנתקשה שם לפירוש רש"י דהרי אינו תקנתא לתקנתא שהשכנגדו הוא לטובת החשוד וכנ"ל ולכן ביאר דדין מתוך בחשוד מדרבנן הוא ורק באופן דשניהם חשודים תקנו וראה להלן בדברי התוס' אופן נוסף בביאור דברי הגמ'.

<sup>94</sup> ואף דודאי דסו"ס אין החשוד נשבע אף בשבועה דרבנן מ"מ לא תקנו תקנה זו לגמרי להפסידו אבל תקנה שלא יושבע ודוק.

דף ה ע"ב

תודה ותקנתא וכו' כדפרישית באחרונים איכא שני פירושים בכוונת דבריהם כדפרישית דיש שפרשו דכוונתם על מה שכתבו לעיל בדף ג ע"ב דליכא מתוך בשבועה דרבנן [וכן נקטו גם לקמן בדף צח ע"א] ויש שפרשו שכוונתם אתירוצם דלעיל שכתבו דהוא ברצון וכו' דלהכי ליכא מתוך או אף דלהתי' הראשון כן הוא דליכא מתוך כלל בחשוד ומשום לא שבקת ותלוי בפירושים השונים בתוס' לעיל, **ועיין היטב בהגהות הגר"א בסי' עה סקמ"ב כמה ליקוטים מדברי הגר"א ויש שם שני הפירושים בדברי התוס' ודוק בדבריו. אך יעויין בתוס' רא"ש ור"פ ששם מפורשים הדברים שכתבו דליכא מתוך בשבועה דאורייתא והיינו דבריהם בדף ג ע"ב.**

**ואולם בעיקר פשט הסוגיא כאן יש דרך נוספת דיעויין היטב בקצה"ח בסי' צב סק"י** והביא שם בשם המהרש"ך שהבין בפשיטות דכוונתם אדבריהם בכאן והקשה על דבריהם אמאי לא תירצו בפשיטות דליכא מתוך בדרבנן והמהר"ש הלוי דחה דבריו דאה"נ וזה גופא כוונתם וכן נקט הקצה"ח שם, והמהרש"ך כתב בתוה"ד דהא דלא אמרינן מתוך בשבועה דרבנן הוא משום דתקנתא לתקנתא לא עבדינן וכמו שכתבו התוס' בדף ג והקצות תמה עליו דהרי דין מתוך דאורייתא הוא כדאיתא להדיא בשבועות ומ"ש בזה תקנתא לתקנתא אך באמת **יעויין בתוס' בגטין בדף נא ע"ב** שכתבו ככל דבריהם כאן בדף ג' דליכא מתוך בדרבנן ופרשו טעמם משום דתקנתא לתקנתא לא עבדינן כאמרינן גבי ההוא דעיא עכ"ד הרי להדיא כהמהרש"ך וברור שהמהרש"ך שפירש כן דברי התוס' בדף ג נסמך ע"ד התוס' בגטין, אך תמוה מאוד דהרי מתוך דאורייתא הוא וכמו שהקשה הקצות. וי"ל דמכל מקום מתוך הוי חומר נוסף בדין שבועה ובדרבנן לא החמירו עמו, **וראיה ברורה לזה מדברי התורה"ד דיעויין בתרומת הדשן בסי' שלד** שכתב שם דבשבועה דרבנן לא עבדינן מינה גלגול שבועה דתקנתא לתקנתא לא עבדינן, והרי ברור דגלגול דאורייתא הוא וע"כ כנ"ל.

**ומשמעות הדברים** דהתוס' בסוגיין והתוס' בגטין נחלקו בפשט הגמ' דהתוס' דידן הבינו דשייך מתוך גם בלא שכנגדו ולכן פירשו דכוונת הגמ' דתקנתא דשכנגדו לא עבדינן לתקנתא דהיסת אבל בדברי התוס' בגטין י"ל דסברי דעיקר דין שכנגדו הוא הגבלה וגדר במתוך כמו שנקטו אחרונים ולכן מתפרש לדבריהם כוונת הגמ' דתקנתא דמתוך לא עבדינן וממילא גם שבועת שכנגדו ליתא. ואפשר לדחות דהתוס' בגטין לא באו ללמוד גוף הדין מהסוגיא אלא רק כיון דבגמ' אמרינן דתקנתא לתקנתא לא אמרינן ממילא יש ללמוד מזה דגם מתוך אין דאף זה בכלל תקנתא לתקנתא.

**עיין בהגהת הגר"א סי' פז סקמ"ו** שפירש סוגיין כולה באופן מחודש וכן נדפס ביאור זה באורך במשניות זרעים חלק א בשנות אליהו שם בליקוטים וביאר הגר"א דמיירי שכבר נשבע הרעיא הסת קודם שבאו העדים ואח"כ כשבאו העדים סבר רבי זירא דמחוייב שוב לישבע ולא פטרתו שבועה ראשונה ומפכין שבועתו אשכנגדו, וכתב הגר"א להגיה גרסת הגמ' 'אמר להו להס"ם לסוף אתו סהדי' והיינו שכשאמר להד"ם עדיין לא באו עדים והשביעוהו ב"ד כדן ואח"כ לבסוף באו העדים.

והוציא הגר"א מסוגיין לפי פירושו מקור לשני דינים המבוארים בשו"ע ורמ"א בסי' פז שם א' דחשוד שנשבע אף בדיעבד אין שבועתו שבועה ב' דמי שנשבע היסת בלא נקיטת חפץ ואח"כ נתחייב שבועה דאורייתא אין ההיסת פוטרו כיון שהיה בלא נקי"ח וראית הגר"א לזה מדרצת רבי זירא להשביעו שנית אע"ג שכבר נשבע היסת עיי"ש.

ומפורסמת התמיה על הגר"א בזה דהיכי ס"ד שתועיל שבועתו הראשונה לפטרו הרי היתה שבועת שקר שהרי נשבע על כפירת הכל ושנים אנן ידעינן שאכל וזה פלא **ועיין בחידושי הגרש"ר בסי' ז אות ג** שעמד

בזה וכתב דנחלקו אחרונים בדין זה, **דיעויין בטור** בסי' פז שכתב דמי שנשבע היסת ואח"כ הודה מעצמו במקצת חייב לישבע כעת על השאר מדין מוב"מ, **וכתב שם הב"י** דבפועל אינו נשבע שכבר נפטר בשבועתו הראשונה, **והשיגו עליו הסמ"ע** [שם בסקפ"ח] **והמהרי"ט** [הו"ד בקצהיה שם בסקכ"ז] שהרי שבועתו הראשונה שבועת שקר היתה והיאך יפטר בה משבועה שנתחייב בה, **ועוד הקשה המהרי"ט** שהרי שבועתו הראשונה היתה היסת בלא נק"ח והיאך נפטר בה מחיוב שבועת מוב"מ. אך **יעויין בהגהת הגר"א שם** שדן בדברי הטור ולא השיגו בזה אלא מפני ששבועה ראשונה היתה היסת וכהשגה השניה של המהרי"ט אבל קושיא הראשונה לא הזכיר כלל, **ודברי הגר"א הם לשיטתו** שסובר גם כאן ששבועה ראשונה פוטרתו אף שהיתה שבועת שקר וכן מוכח מדברי הב"י הנ"ל שם.

**ועיין בשיעורי הגרש"ר שביאר** וחידש דבשבועת הדיינים שנשבע בבי"ד אין האיסור בעצם השבועה אלא בכפירת ממון שבשבועה ובכל פרוטה ופרוטה הוא דין ואיסור בפ"ע וממילא אף דהוי שקר בשנים שאכל עדיין איכא דין ואיסור שבועה בשאר ועל זה נאמן בשבועה אף שהוכחש בשנים אלו, אבל הקשה דאם כן הרי פסול לכה"פ מחמת שחשוד על השבועה שהרי מיניה וביה כלל שקר בשבועתו ולמה הוצרך אביי לפסול גולן ועיי"ש מש"כ בזה, והניח בקושיא.

**ומכ"ז נראה מוכח** דשבועה אינה באה בתורת בירור לאמת טענת הנתבע דסו"ס אם ממילא נשבע לשקר הרי לא יתכן שיש בירור בשבועתו כלל, אלא דחובת שבועה היא גזיה"כ דחייב לישבע כי היכי דלודי ואם קיים חובו ונשבע יצא בזה ידי חובתו.<sup>95</sup> [ומ"מ שבועת שקר אינה פוטרתו דלא קיי"ל כרב דפטור בשבועת שקר בב"ק דף קו ולכן צ"ל דסו"ס על ממון זה לא מוכח לן ששיקר אלא רק כלפי שנים שאכל]

**בגמ' ותיפוק ליה דהוי רועה וכו' עיין בשיטמ"ק** בשם הראשונים שהקשו דהרי קושית אביי עדיפא דהוי פסול דאורייתא ועיי"ש במה שתירצו והגר"א הנ"ל תירץ לשיטתו דהקושיא אינה על אביי אלא על מה שהשביעוהו בתחילה עיי"ש

**בגמ' דאמר וכו' שבועה שיש לי בה וכו' עיין ברי"ף** שפסק דנשבע שאין לי בה פחות מחציה **וכן פסק הרמב"ם בפ"ט מטוען ועיין ברמב"ן ובר"ן** שתמא על דבריהם דהא בגמרינן מסקינן שנשבע שיש לי בה ואין לי בה **ועיין בשיטמ"ק** שכתב דלדעת הרי"ף אין כוונת הגמ' שצריך הנשבע לומר כן דעל דעת בי"ד הוא נשבע **ועיין בבית יוסף** סי' קלח אות א שכתב דכוונת הגמ' לא שאומרים כן אלא שזה פירוש השבועה ויש להוסיף בזה דאף דהשו"ע לא פסק כהריף אלא כלישנא דגמרינן אבל אין הנשבע צריך שיאמר כולה שלי ולדבריהם אלא שבועתו שיש לי בה וכו' והיינו דמש"כ בגמ' לדבריהם היינו שכך מתפרשת השבועה ממילא ואמנם בדעת הרי"ף י"ל ברווחא **דיעויין בתוס' רי"ד כאן שגרס בגמ' דאמר הכי כולה שלי ולדבריהם** שבועה שאין לי בה פחות מחציה הרי דגרסתו בגמ' מתאמת עם פסק הרי"ף.

[וביאר שם התוס' רי"ד דאי"צ לדבריהם אלא ממילא מתפרש כן וכנ"ל ולפי זה יש לבאר היטב המו"מ בגמ' דמתחילה בסברה הגמ' דבעינן שיאמר שיש לי בה וכו' אבל אחר דאמרינן דהשבועה היא בגדר לדבריהם ביאור הדבר שמפרשינן השבועה לפי הטענה דכיון שטוען כולה ונשבע חציה אם כן שבועתו בגדר לדבריהם וממילא כשנשבע שאין לי בה

<sup>95</sup> ויל"ע בזה מדברי הגר"א עצמו, דביו"ד סי' א ס"ג פסק השו"ע דמומר לתיאבון ששחט אינו נאמן לומר ששחט כדין ואפילו אם נשבע, וכתב הגר"ע [בסק"י שם בליקוט] דמקורו מהא דחשוד פסול לישבע בשבועת הדיינים ואפילו בדיעבד אין שבועתו שבועה, וכוונתו להוכיח מהא דדיעבד נמי אין שבועתו כשרה אלמא אינו נאמן בשבועתו [ואם היה רק לכתחילה לא היה ראיה להתם כלל דהוא דין לכתחילה לא למסור לו שבועה ופשוט] ואם כן מפורש בדברי הגר"א שהשבועה צריכה נאמנות והיאך יהיה הנשבע שיצתה מקצת שבועתו לשקר נאמן בשאר השבועה, אך אפשר דגדר הדין דהשבועה היא חיוב כי היכי דלודי אך שייך לומר כן רק במי שירא מן השבועה אבל החשוד שאינו ירא פסול ואינו יכול להיות בדין שבע והפטר או שלים דלא נפטר בשבועה אלא הירא ממנה שמסתמא אינו נשבע לשקר, ודוק.

היינו שמאמת בזה טענתו שכולה שלי אם כן אין צריך כלל לומר שיש לי בה שהרי כבר טען כן והשבעה מתפרשת לפי טענתו ודוק.

בגמ' ונימא מגו דחשיד אממונא לעיל בדף ג ריש ע"ב פירש רש"י בקושית הגמ' התם והאי בכוליה בעי דלודי וכו' דכי תימא מגו דחשיד אממונא וכו' קמ"ל דמשתמיט וכן פירש דהעדאת עדים דליכא למימר וכו' ע"ד זו דנימא מגו דחשיד אממונא, ומבואר מרש"י וכן מבואר מהתוס' שם דסברת מגו דחשיד באה לפטרו לגמרי ולעקור ממנו חיוב השבועה. אבל הרמב"ן ושאר שם הקשו דאם בהעדאת עדים ליכא למימר הכי אם כן אדרבה ישלם כדין חשוד דמן התורה משלם מדין מתושאי"ל ומדרבנן נשבע שכנגדו, ולכאורה מוכח מדבריהם דסברת מגו דחשיד אינה מועילה לעקור חיוב השבועה אלא אדרבה ליתן לו דין חשוד ולחייבו בתשלום.

אך כבר כתבנו שם דאפשר לפרש דברי הרמב"ן עה"ד המבואר בריטב"א דכוונתו להקשות דבהעדאת עדים שהוכחש בכפירת החמישים על ידי העדים יש לו דין חשוד אבל לא בכל מקום דנימא מגו דחשיד אממונא נאמר שישלם בדין מתוך

והכא בסוגיין נראה פשוט שקושית הגמ' כאן היא שלא יתקנו חכמים עליהם שבועה, כי אם שניהם בדין חשוד על השבועה יתקנו עליהם שבועה שלא יוכלו לישבע ויהיו בדין מתוך מה טעם יש בדבר סו"ס יחזרו לחלק הטלית, גם בשבועה דרבנן ליכא מתוך ולכן ודאי יפטרו, ובפשוטו משמע דגם כל הקושיות שמקשה הגמ' בהמשך הן לפטרו מן השבועה ולא לחייבו ממון.

וכן מפורש בחי' הריטב"א [החדשים] בסוגיין שכתב חז"ל והיינו דפרכין ונימא מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, ולא נרמי עליה שבועה דהא איכא משום ולפני עור. ופרקין דלא אמרינן האי מיגו דאפשר דבעי למגזל ולא בעי למגזל ולאשתבועי בשקרא ומשום שבועה מודה. עכ"ל

ובעיקר הטעם שהחשוד אינו יכול לישבע יעויין בספר נחלק יצחק [סי' צב אות ג ענף ה-ו] שחקר האם עיקר הטעם הוא מפני שאינו נאמן בשבועתו או מפני שאין רשאים למסור לו שבועה מפני חילול השם

ולכאורה נראה דפלגי בה רבואתא דיעויין ברמב"ן ושאר לעיל [בדף ג ריש ע"ב] שכתבו דהטעם הוא משום 'שאין מוסרין שבועה לחשוד' ומקור הדברים בירושלמי [בפרקין סוף ה"א] גבי העדאת עדים עיי"ש.

ובחי' הריטב"א הנ"ל מפורש דהטעם שאין מוסרים לו שבועה הוא משום לפני עור, ובמרדכי בשבועות [פ"ז סי' תשסט] כתב דהטעם דחילול השם שמוסרים את השם למי שישבע עליו לשקר.

ולדרך זו י"ל דאין לחשוד חסרון נאמנות בשבועתו, [או מפני שעדיין הוא נאמן ובחזקת כשרות קצת או דלא בעינן כלל נאמנות בשבועה] וכן מוכח מדברי התוס' לעיל שכתבו דבחשוד אמרינן שכנגדו ולא מתוך כיון שהוא ברצון ישבע אם נניחנו ואם נאמר דאינו נאמן בשבועה מה יועיל לו מה שרצה לישבע סו"ס אין שבועתו שבועה כשרה, וע"כ דכל עיקר דינו הוא שלא למסור לו שבועה.

אך לשון הרמב"ם [בפ"ב מטוען ה"ג] דחשוד 'אין אנו מאמינים אותו שישבע' ומשמע מזה דשבועת החשוד אינה מועילה מפני שאינו נאמן בשבועה, וכ"מ לשון הגמ' בשבועות 'לא מהימן'.

ובמרדכי בשבועות [פו סי' תשסט] איתא חז"ל פסק ראב"ן וכן המיי" דאם אמר התובע לחשוד אישתבע לי לא משבעינן ליה מפני חילול השם וכן נראה לרבינו אבי העזרי ולרבי' ברוך אבל רשב"ט פליג ודאיה מחנוני על פנקסו דהלכתא כת"ק דבן ננס אע"ג דאיכא שבועת שוא ודאי והאריך. עכ"ל. וכתב בנחל יצחק דמדברי הרשב"ט שרשאי התובע לומר כן מוכח להדיא דדין חשוד הוא שאינו נאמן כי אם הוא הלכה שאין מוסרים לו שבועה אם



כן מה יועיל שמתרצה התובע להשביעו, <sup>96</sup> ואף **בדעת החולקים** ביאר הנחל יצחק דמלבד הדין שאינו נאמן יש סברא נוספת שלא למסור לו שבועה מפני חילול השם אבל אפשר דמודו דעיקר דינו הוא שאינו נאמן. **וכ"מ להדיא מדברי הראב"ן** [המובאים במרדכי עיין בראב"ן לב"מ דף קצו ע"ב ד"ה תנן וכו' ומכ"ד משמע דחשוד עיקר דינו הוא שאינו נאמן בשבועה וכו"ל, גם איתא שם דבשבועה דרבנן שהיא קלה באופנים מסויימים מקבלים טענת התובע]

**ולפי זה י"ל דפליגי רבואתא ביסוד דינו של חשוד**, דבראשונים לעיל בדף ג וכן בדבריהם בסוגיין וביותר בריטב"א משמע דכל עיקר הדין הוא דאין מוסרים לו שבועה, וכן סברי התוס' וכו"ל, אך הרמב"ם הראב"ן והרשב"ט סברו שעיקר דינו הוא שאינו נאמן ואפשר שיש בזה הלכה נוספת שלא למסור לו שבועה.

**ומצינו פלוגתא נוספת בדברי רבותינו בענין שבועת החשוד בדיעבד, ועיקר הדין אין בו פלוגתא** דאם נשבע אדם ואח"כ נתברר שהוא חשוד אין שבועתו שבועה, ונשבע שגגדו כדן שארי חשודים, כ"פ הרמב"ם [בפ"ב מטו"ה ה"ב] ובטוש"ע [סי' צב סי"ג ובסי' פז סי"ד ברמ"א] **אך נראה שיש פלוגתא בשורש הדין, דיעויין בהגהת מרדכי** [בסוף שבועות סי' תשסט] ששם כתב בשם תוס' חכמי איברא דין זה מתקנת הגאונים, אך **הגר"א** [שם בסי' פז וכן בשנות אליהו וה"ד לעיל בסוגיא דההוא רעיא באורן] למד לדין זה מסוגית הגמ' לעיל גבי ההוא רעיא אלמא מעיקר הדין הוא ולא מתקנת הגאונים בלחוד.

**ובפשוטו תליא בחקירה דלעיל: דלהצד דפסולו של חשוד** הוא משום דאין מוסרים שבועה לחשוד כ"ז הוא סברא לכתחילה אבל כשנשבע למה לא יאמן בשבועתו וי"ל דתקנת הגאונים הוא [או תקנת חכמים וכמושי"ת להלן דרך כזו בעת התוס' בסוגיין] **אך להצד שהחשוד אינו נאמן** בשבועתו וזה שורש פסולו לשבועה אם כן לא שניא לכתחילה או דיעבד אין שבועתו שבועה מעיקר הדין. <sup>97</sup> **ועיין בהגהת הגר"א ביו"ד** [סי' א ס"ג] שכתב שם מקור לזה שחשוד אינו נאמן להעיד ששחט כדן אפילו אם נשבע ממה שחשוד פסול לשבועה אף בדיעבד, ומבואר דפסולו בדיעבד הוא מחמת שאינו נאמן בשבועה ודברי הגר"א מתאימים לשיטתו שלמד כן מסוגית הגמ'. **ועיין עוד להלן בדברי התוס' במשי"ת בזה בס"ד.**

**תוד"ה דחשיד וכו' יל"ע לדבריהם** דסו"ס מדרבנן היכי נשבע חשיד אממונא אחר שחששו לפסול גזלן לשבועה ה"ה לחשוד על ממון, **ועיין בשטמ"ק בשם גליון** שכתב בזה דכיון שהפסול הוא מדרבנן פשוט לחלק בין גזלן לחשוד [וצ"ב כוונתו] ועוד כתב דרבנן החמירו עליו וקנסו לישבע כנגדו אבל הכא פריך גבי מתני' דלא שייך לומר שכנגדו דלגבי שניהם אמרינן מגו דחשיד ולפטרו בלי שבועה א"א שלא יהא חוטא נשכר, ועיין בקצה"ח [בסי' צב סק"א] שהביא דברי הגליון ומש"כ שם ליישב בשיטת רש"י להלן לפי"ז. **אך הדברים תמוהים מאוד** דהרי בגמ' מבואר דאי חשיד אממונא לא חשיד אשבועתא ניחא גם שבועת מוב"מ בעלמא וכן שבועת היסת, ואם איתא למה לא ישבע שכנגדו, ומה תאמר דאם אתה משביע שכנגדו שאינו תובע בשקר אף זה חשוד אממונא הוא ולכן ניחא שנשבע הנתבע אם כן אף בגזלן היאך נשבע שכנגדו הרי התבע אף הוא חשוד אממונא. **ועיין בתוס' בגטין** [דף נא ע"ב ד"ה וכו' וכו' וכו'] שכתבו ככל דבריהם כאן והוסיפו דלא גזרו רבנן אלא בגזלן שנודע פסולו שגנאי הוא להשביעו. ולפי זה דברי התוס' פשוטים ומבוארים.

<sup>96</sup> ויל"ע לדעת הרשב"ט, דאם כן חשוד בשבועה דרבנן מדוע לא ישבע, אטו ניחא ליה לתובע שיפטר החשוד בכדי הרי בודאי רוצה להשביעו וכלפי מה נאמרה הלכה שחשוד אינו נשבע, וכן בשבועה דאורייתא בשניהם חשודים לרב ושמאל מדוע פרח חיוב השבועה הרי ודאי עדיף ליה לתובע שישבע מאשר שיפטר בכדי, וצ"ע.

<sup>97</sup> ולפי זה דברי ההגהת מרדכי הנ"ל אינם מתאימים עם שיטת המרדכי שהובאה לעיל.

שם בתוס' ולעדות הוא דפסול וכו' צ"ב אמאי הוסיפו זאת התוס' דלכאורה נראה כשפת יתר דאחר שביארו הטעם דכשר לשבועה משום דשבועה חמירא אם כן מסברא פסול לעדות דעדות אינה חמורה כשבועה. ועיין בדבריהם בכתובות ששם כתבו כן בקושיא מאי שנא לעדות דפסול מקרא דאל תשת ואילו לשבועה כשר מן התורה, ותירצו דשבועה חמירא וכו', אבל סגנון דבריהם כאן צריך ביאור.

שם בתוס' וי"מ וכו' עיין בתוס' שאנץ בכתובות [דף יח ע"ב] ששם הביאו פירושו של רבי יהודה החסיד וכתבו שהר"י דחה פירוש זה מכח סוגיא דההוא רעיא, ובתוס' הנדפסים בכתובות כתבו כדבריהם הכא דההוא רעיא שאני לפי שמשלם בעל כרחו, וסברת הר"י דפליג נראה פשוט דסו"ס כיון שמשלם הרי תיקן לאו דגזל ואם כן לא ירצה לישבע לשקר ולגזול שנית אחר שכעת אינו גזלן, אך הר"י החסיד כפה"נ הבין דכיון שלא חזר בתשובה לגמרי על עוון גזל ידידה גם הוא חשוד לישבע לשקר.

מבואר מכ"ד התוס' דפסולו של חשוד על השבועה הוא מן התורה, ואך בגזלן תלוי הדבר בשני תירוצי התוס' אם מדאורייתא נידון כחשוד על השבועה או רק מדרבנן. וכן כתבו התוס' במקומות נוספים [בגטין דף נא ע"ב ובכתובות דף יח ע"ב ד"ה ובכולה] וכן מבואר מכ"ד הראשונים בסוגיין שהביאו לקושית התוס', וכ"ה להדיא בדברי כל הראשונים לעיל בדף ג שפירשו סוגית הגמ' דבעינן לק"ו בהעדאת עדים משום מגו דחשיד. וכן בטעם כופה"כ עיי"ש בכ"ד ומכל דברי הראשונים בסוגיא שם מבואר דחשוד על השבועה אינו נשבע מן התורה.

אך יעויין בתוס' בב"ק [דף קח ע"א ד"ה ותרין] דבסוגית הגמ' שם איתא ספק בדין טוט"ג אי שייך ב' פעמים כגון שטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים ושוב טען ט"ג ונשבע ובאו עדים, והקשו התוס' שם דהרי משבועה קמייתא איפסיל לה והיאך יתחייב על השניה, ותירצו התוס' דחשוד על השבועה מדרבנן הוא דמיפסל כדממוכח בשבועות דקתני ושכנגדו חשוד על השבועה ומשמע התם מדרבנן הוא וכיון דמדאורייתא שבועתו שבויה מחייב כפל' עכ"ל. ולכאורה מבוארת שיטתם דכל פסולו של החשוד אף חשוד על השבועה עצמה אינו מן התורה, ודבר תורה החשוד נשבע ונפטר ככל אדם.

ועיין בקצה"ח [בסי' צב סק"א] שהקשה לדעת התוס' בב"ק היכי פריך הכא דנימא מגו דחשיד אממונא וכו' ומוב"מ אמאי נשבע מן התורה הרי אפילו חשוד גמור על שבועה עצמה מן התורה נשבע. ורק חכמים פסלוהו. ותירץ הקצות דטעם הדבר שהחשוד כשר מן התורה הוא משום דשמא עשה תשובה אבל חשיד אממונא שאנו חושדים אותו שכעת מעכב הממון שלא כדין מן התורה הוא דפסול. אך נתקשה הקצות בסתירת דברי התוס' מדבריהם בסוגיין ושאר מקומות שכתבו דגזלן פסול מדרבנן וכו' ומשמע מכ"ד דפשוט דחשוד על השבועה עצמה פסול הוא מן התורה.

ועיין בחידושי הגרנ"ט שביאר דאף להתוס' בב"ק עיקר הדין דאין החשוד נשבע הוא דאורייתא לפי שאין מוסרין שבועה לחשוד, ומש"כ התוס' ששבועתו פסולה מדרבנן היינו דפסול השבועה בדיעבד כשכבר נשבע זה אינו אלא תקנת חכמים, והתם בהא מיירי שקושית התוס' היא דלא משכחת לה לישבע בשנית בטוט"ג, ולזה תירצו דמשכח"ל כשנשבע ששבועתו מחייבתו בכפל. וכ"כ החזו"א.

דף ו ע"א

תקפה אחד בפנינו רש"י ד"ה תקפה וכו' קודם שנשבעו עיין בקצה"ח סי' קלח סק"ב שעמד בדברי רש"י דמשמע מדבריו דאחר שנשבעו לא יועיל תקיפה אף בשתק בתחילה, וביאר הקצה"ח דבעלמא שתיקה לאו כהודאה כמ"ש בשו"ע בסי' פא והכא הוי ויתור על זכותו לישבע וכאומר איני נשבע ולהכי מהני רק קודם שבועה, ויש להעיר בזה דלשון רש"י והרי כולה בידו קודם שנשבעו משמע דעיקר הטעם שהוי מוחזק קודם פס"ד ולא מחמת שהיתה ההודאה קודם פס"ד, עוד יש להעיר דרש"י כתב כן בפירוש הבעיא עוד קודם

שהוזכר כלל בגמ' דמיירי בהודאה, ועיין ברש"י בע"ב ד"ה המוציא שכתב שם דההיא דתקפו כהן מיירי בשתק הישראל והדר צווח, וכבר תמה הפנ"י שם דשם לא שייך כלל הודאת בע"ד וביאר הפנ"י דכוונת רש"י דבשתק הישראל הוי התפיסה תפיסה ברשות, ויתבארו הדברים להלן באורך בס"ד, ולדרך זו הרי לא שייך כלל טעמו של הקצות, ולדרך הפנ"י צ"ל בדעת רש"י באופ"א, דהא דמהני ההודאה הוא לאשוויי לתפיסתו תפיסה ברשות, ואפשר דסובר רש"י דתפיסה ברשות מפסק חלוקה מהני דוקא קודם שנשבעו אבל אחר שבועה אף תפיסה ברשות לא מהניא.

בגמ' דשתיק מעיקרא ולבסוף צווח וכו' נחלקו ראשונים בשיעור 'מעיקרא' ו'לבסוף', עיין ברשב"א שכתב דמעיקרא היינו ששתק בפני בי"ד ולבתר דנפק מבי"ד הדר וצווח, ולזה אמרינן דכיון דשתק כל זמן שהיה בפני בי"ד אודויי אודי ליה ואינו יכול לומר הא קא חזו לי רבנן כיון שראה שהם שותקים, וכוונת הרשב"א דכל זמן שהוא בפני בי"ד עדיין סומך בדעתו שהדיינים יוציאו הטלית מהתוקף אבל אם יוצא מבי"ד ורואה שבשתיקתם הם עומדים הוי שתיקתו שלו ראייה. ועיין בריטב"א שכתב בשם הרא"ה, דמעיקרא היינו בתחילת התקיפה ולבסוף היינו בסוף התקיפה, ושניהם קודם קודם שהוציא הלה את הטלית לגמרי מידו, והריטב"א עצמו פירש דלבסוף היינו מיד אחר התקיפה. וראה בתוס' להלן גבי הקדש כתקיפה שכתבו דגבי הקדישה הלבסוף הוא כשבא הגזבר להוציאה מידו, ויש לכיון דבריהם לדרך הרשב"א דגדר לבסוף הוא כשרואה שמפסיד הממון ואין לו על מה לסמוך וגבי הקדש הוא כן בנטילת הגזבר ואף להריטב"א יש לפרש כן דכשהגזבר נוטל אז יצתה הטלית מתחת ידו והוי כסמוך לתקיפה. נאך מ"מ נראה שהתוס' לא סברי כהרא"ה]

בגמ' מאי מדאשתיק וכו' בפשטות ספק הגמ' הוא האם יש לתלות השתיקה בטעם זה או דסתמא דמילתא חזינן משתיקתו דמודה לו, וכן יש לדקדק מדברי הרא"ש שנראה שגרס בגמ' 'מדשתיק ודאי' אודויי אודי ליה. וכך סתימת הראשונים. ויעיין בר"ן שפירש דפשוט להגמ' דיש לתלות בזה ובזה והוי לכל היותר ספק הודאה, אלא ספק הגמ' אם פסק שנים אוחזים הוא גדרו שאנו רואים אותה כאילו היא ודאי של שניהם או דאנו רואים הדבר כספק רק כ"א מהם זוכה בחציה דמספק לא מפקינן מיניה ממונא, דלהצד דהוא ודאי אין ספק ההודאה מוציא מידי ודאי ולהצד דהוא פסק ספק מהני ספק הודאה להוציא מידי ספק, ואופן נוסף כתב הר"ן דלכו"ע פסק שנים אוחזים ספק הוא, וספק הגמ' הוא האם יש כאן ספק הודאה או דכיון דצווח אגלאי מילתא בודאי דמשום דקא חזו ליה רבנן הוא דשתק.

בגמ' האי דשתק קא סבר וכו' נחלקו הרמב"ן והרשב"א בתוקף חוץ לבי"ד, דעת הרמב"ן דדוקא בפני בי"ד מספקינן בגמ' אבל שלא בפני בי"ד פשיטא דבשתק מתחילה אודויי אודי ליה, וטעמו פשוט דהא שלא בפני בי"ד לא מצי למימר הא קא חזו לי רבנן. ואולם יעויין ברשב"א שכתב להיפך דדוקא בבי"ד שהוא מקום המשפט יש לו לצווח אבל שלא בפני בי"ד למה יצווח ואומר לנפשו שילך לבי"ד ושם יתבענו. נאפשר דשורש מחלוקתם בראיה מדלא צווח דלהרמב"ן הראיה היא מחמת שטבע האדם למחות על גזילו וכשאינו עושה כן אודויי אודי ליה<sup>98</sup>, ולהרשב"א הראיה דממה שלא צווח ש"מ שמסכים לתקיפת השני ממה שלא תבעו בדיינים, ויש נידון כע"ז בגדר המחאה בחזקת שלש שנים] וראה ברשב"א שהוכיח מדלא מוקמינן ברייתא בהכי כגון שתקפה בפני עדים ושתק ולבסוף צווח, והוסיף דדוחק לומר דכה"ג פשיטא, וש"מ דכה"ג ודאי לא מהני שתיקתו.

בגמ' ת"ש אלא שתקפה אחד בפנינו וכו' צ"ב מה ראית הגמ' הרי אפשר לאוקמה בשתק מתחילה ועד סוף, ובפשוטו צ"ל דהא פשיטא היא וא"צ למיתניה, אבל ראה בהגהת הגר"א שכתב 'וכה"ג דאי בשתיק לא מהני

<sup>98</sup> ועיין בחי' הריטב"א הישנים שהביא דברי הרמב"ן והוסיף 'שאינן לך אדם שותק ותוקפים טליתו מידו'.

ראיה ריטב"א וטור, וכוונת הגר"א לפרש ראית הגמ' דבשתק לגמרי לא מועיל ראיה דיש כאן הודאה גמורה ורק בשתק בתחילה מהניא ראיה. ומה שציין הגר"א לדברי הריטב"א כוונתו לחי' הריטב"א הישנים [המיוחסים לריטב"א, בד"ה אלא לאו וכו'] שפירש כן להדיא, ומה שציין הגר"א לדברי הטור כוונתו לטור בסי' קלח שכתב וז"ל היו שניהם אדוקין בה ותקפה וכו' שתק הרי הודה לו שהיה שלו ואבד זכותו ואפילו שתק תחילה ואח"כ צווח הויא כהודאה כיון ששתק תחילה והיה אומר א"א הרא"ש ז"ל שאפילו אם יביא עדים אח"כ שהיא שלו לא מהני ליה דהודאת בעל דין כק' עדים דמי עכ"ל, וכפה"נ שהגר"א פירש דמש"כ הרא"ש דלא מהניא עדים כוונתו לשתק מתחילה ועד סוף אבל בשתק בתחילה ולבסוף צווח ודאי מהני עדים.

וכבר נחלקו אחרונים בכוונת הטור, דהב"ח שם פירש כדברי הגר"א, אבל הש"ך [בסי' קלח סק"ח] פירש דהרא"ש מייירי גם בצווח לבסוף דלא מהני בזה עדים. ובהגהת הגר"א על השו"ע תמה ע"ד הש"ך דהרי מפורש בברייתא דהמע"ה אלמא עדים מהניא. ולכן פירש הגר"א כהב"ח וכשיטתו בהגה על הגמ' הנ"ל. ועיין ברש"ש שעמד בזה ופירש דראיה היינו שיביא עדים שהודה התוקף דאינה שלו דזה ודאי עדיף מהודאה שע"י שתיקה דהודאה מפורשת עדיפה מהודאה מכח הוכחה.<sup>99</sup>

והקצה"ח [סי' קלח סק"ב] כתב בדעת רש"י דאף בשתק מתחילה ועד סוף מהני עדים לאפוקי מיניה ואזיל שם לדרכו בדעת רש"י דאין ההודאה הודאה גמורה אלא כאומר איני נשבע. ואפשר שכך דעת הרשב"א שהוכיח מדלא מוקמי לה בשתק בפני עדים דלא חשיב שתיקה כלל, ועיין בריטב"א הישנים שהביא ראיתו ודחאה דא"א לאוקמי כה"ג דאז לא יועילו עדים [כיון דהוי כשתיקה גמורה דליכא למימר הא קא חזו לי] ואפשר שהרשב"א שהוכיח כן סבר דאף כה"ג מהני עדים [אך יש לדחות דהמ"ל כהרש"ש] וראה עוד להלן בשיטת הרמב"ם בזה.

והרמב"ם [בפ"ט הי"ב מט"ט] כתב דתקיפה כששתק מהני אפילו צווח לבסוף ואי חזר השני ותקפה אפילו בצוויחה מהניא תפיסתו, והראב"ד השיג עליו, ועיין במ"מ שפירש דכוונת הרמב"ם דדוקא בשתק ולבסוף צווח מהני תקיפת השני אבל לא בשתק מתחילה ועד סוף דהוי הודאה גמורה, וכ"כ הגר"א. אבל יעוין בטור שאף הוא השיג על הרמב"ם ולפי הבנת הגר"א דהטור סובר דבשתק ולבסוף צווח מהני עדים נמצא שהטור פירש כוונת הרמב"ם גם אשתק מתחילה ועד סוף - וכסתימת לשון הרמב"ם וכן כתב הב"ח בדעת הטור והראב"ד.

ונמצא שלש שיטות בדבר: א) שיטת הש"ך בדעת הטור והרא"ש דבכל גווני לא מהני עדים והוי הודאה גמורה. ב) שיטת הריטב"א וכן הגר"א בדעת הטור והרא"ש דבשתק ואח"כ צווח מהני עדים ולאפוקי בשתק מתחילה ועד סוף, וכן דעת המ"מ והגר"א בשיטת הרמב"ם. ג) שיטת הקצות בדעת רש"י דלעולם מהני עדים, ואפשר שכן דעת הרשב"א. וכן הבין הטור בדעת הרמב"ם.

וצ"ב טעם הדין דמהני עדים להסוברים כן, הרי סו"ס הודאת בע"ד עדיפה מעדים, וכן צ"ב בדעת הרמב"ם היאך מהני תפיסת השני הרי אודויי אודי ליה, ויעוין בש"ך [בסי' קלח סק"י] שביאר בדעת הרמב"ם דמהני תפיסת השני משום דשתק ולבסוף צווח הוי בעיא דלא אפישטא, וכ"נ מדברי הגר"א, והשיגו הקצה"ח דהא בגמ' מיבעיא את"ל אין מוציאין וכו' הקדישה וכו' ודרך הרמב"ם בכל מקום לפסוק כאת"ל, ולכן ביאר הקצות עפ"י הר"ן שהו"ד לעיל שביאר דאף להצד דמהני ההודאה אי"ז אלא ספק הודאה אלא דמהניא

<sup>99</sup> מבואר מדברי הרש"ש דהודאה גמורה בפנינו ועדי הודאה כנגדה חשיבא כהודאה נגד הודאה, אך ידוע דהגרש"ר הוכיח מדברי רבינו ירוחם בסוגיא דשטרות בכתובות דכאשר שני עדים מעידים על דבר ושנים אחרים מעידים שהבע"ד הודה שאינו כן הוי תרי ותרי, ולא נאמר דכיון שהם נאמנים שהוא הודה אם כן הודאתו עדיפה מעדות העדים האחרים.

ספק הודאה לאפוקי מפסק ספק ולאוקמה ביד התופס, ולפי זה מחמת הספק מהני גם תפיסת השני, וכתב הקצות דלפ"ז **ניחא נמי** הא דמהני עדים בצוות לבסוף, ומשום דהעדים כודאי חשיבי ולא אתי ספק הודאה ומוציא מידי ודאי עדים.

**אכן לכאורה נראה דפליגי הראשונים בגדר ההודאה** דאודויי אודי ליה, דהנה רש"י ביאר להלן בע"ב גבי תקפו כהן דמיירי בשתק ולבסוף צווח, ותמוה מאוד דהתם אין הכהן כמו גם הבעלים יודע אם הולד בכור הוא או לא ולא שייך כלל הודאת בע"ד, וביאר הפנ"י בדעת רש"י דגדר ההודאה הוא דהוי תפיסה ברשות, ולפי זה פשוט דמהני עדים ואף תפיסה אפשר דמהניא, ודרך נוספת בזה יש ללמוד מדברי הראשונים, דיעויין במאירי שכתב 'טלית זו וכו' ותקפה מיד האחד וכו' ואם שתק לו הרי הוא כמודה לו שהיא שלו וכשהוא חוזר ותובעו נעשה מוציא מחברו. עכ"ל, והדברים צ"ב דפתח בהודאה וסיים בהמוציא מחברו, ואפשר לפרש בכוונתו וכך ביאר הגר"נ בגדר ההודאה בסוגיין דבשתיקה בלחוד ליכא דין הודאת בע"ד גמורה דילפינן לה מכי הוא זה אבל כיון דבשתיקתו נראה שהוא מודה שהיא של חברו דיינינן השני כמחזק ע"י שתיקה זו והלה הוא המוציא. ולפי זה ניחא היטב שיטות הראשונים דבשתק ולבסוף צווח מהני עדים וכן שיטת הרמב"ם דמהני אף תפיסת השני, וגבי שתק מתחילה ועד סוף י"ל דבזה נחלקו הראשונים אם היא הודאה גמורה או דמהני ההוכחה רק להחזיק השני כמחזק.

ועיין ברשב"א לקמן [בע"ב סוד"ה ואינו מחזור] שכתב 'וטעמא דנסבינן בשתק ולבסוף צווח משום דאודויי אודי ליה הכי קאמר עכ"ג דבעלמא חשבינן ליה כגזלן ומפקינן מיניה ומוקי בחזקת קמא, לאו כגזלן חשבינן ליה אלא ידידיה שקיל דאי לאו דידידיה שקיל לא הוה שביק ליה האי וכו' עכ"ל. ומשמעות דברי הרשב"א נראה שפירש דאודויי אודי ליה הוי על דרך הוכחה שהיא שלו מדשתק [דומיא דחזקת שלש שנים וחזקת תשמישים ששתיקת הבעלים מוכיחה שמכר לו אך אינה בגדר הודאת בע"ד]

והרמב"ן כתב [להלן בד"ה הקדישה] דשתיקה בלא תקיפה לא מהני 'דלא אלימא ההיא הודאה לאפוקי ממונא ממאן דתפיס' ויש לפרש דבריו כפשוטו קרוב לדברי הר"ן שאין כאן הודאה גמורה אלא ספק הודאה ולכן א"א להוציא ממון, ואפשר לפרש דבריו עה"ד הנ"ל דאין כאן הודאה כלל אלא שתיקתו מוכחת על תפיסת השני ולשונו לא משמע כ"כ כן, והנכון בכוונת הרמב"ן דאינו ממש כהר"ן דהוי ספק הודאה אלא יש כאן הוכחה שהודה לו ממה ששתק אלא שאינה הוכחה גמורה להוציא ממון על ידה.

ונמצא לפי זה בגדר ההודאה בשתק ולבסוף צווח חמש דרכים: (א) הדרך הפשוטה שיש כאן הודאה גמורה וזה להסוברים דלא מהני עדים [להש"ך אף בצווח לבסוף] (ב) שיטת הר"ן דהוי ספק הודאה. (ג) שיטת הקצה"ח דהוא ויתור על זכות השבועה. (ד) מהלך הגר"נ בדעת רש"י דהוי כתפיסה ברשות. (ה) משמעות דברי הרשב"א דהוי הוכחה שאין הטלית שלו. וכל זה הוא בשתק ולבסוף צווח אבל בשתק מתחילה ועד סוף יש לדון לכל אחת מהדרכים הנ"ל אם גם שם נאמר כן או לא ודוק.

**בגמ' הכא במאי עסקינן וכו' יעויין בתומים** [ס"י קלח סק"ח] שנתקשה בדברי הגמ' הלמאי בעינן לטעם זה דעד השתא וכו' הרי כשבאו לפנינו כד תפיס לה חדא מינייהו והוא טוען לקוח יש לו בה חזקת מטלטלין כדין כל אדם האוחז בחפץ הידוע לחברו וטוען לקוח שהוא נאמן, ותירץ התומים בשני אופנים: (א) לדעת הראשונים הסוברים דאם אמר הלה חטפה ממני נאמן והשתא אית ליה להתובע שאומר שכרתיה ניהליה מגו דחטפה ולזה בעינן לטעם דעד השתא דלזה לא מהני ליה המגו. אבל נתקשה התומים לדעת הרמב"ם הסובר דאף בטענת חטפה ממני אינו נאמן, [ראה להלן מחלוקת הראשונים בזה] (ב) ולזה תירץ התומים דטלית דידן הוי דבר העשוי להשאיל ולהשכיר, וראה לקמן בגמ' [דף ] דרבא אפיק סרבלא דיתמי וכו' ומשמע דבגדים עשויים להשאיל ולהשכיר.

**וברמב"ן** מפורש כתירוץ השני של התומים שכתב דאינו נאמן לומר חטפה ממני 'והיינו דאיצטריך לן למימר האי טעמא דעד השתא וכו' כלומר דאע"ג דאיכא מגו לא מהימן. **עכ"ל אבל הריטב"א** כתב דאינו נאמן משום דהוי דברים העשויים להשאיל ולהשכיר [עיי' בדבריו ד"ה האי וד"ה יש ודוק] **וכן כתב בחי' המיוחסים לריטב"א** [הישנים] בשם מורו.

**ובעיקר דין חטפה ממני נחלקו ראשונים, דעת התוס' והרמב"ן והריטב"א** דהתובע נאמן לומר חטפה ממני, **אבל הרמב"ם כתב** דאינו נאמן לומר חטפה ממני וכ"כ הרמב"ן והרשב"א בשם י"א. **ושיטת הסוברים שהוא נאמן צ"ב** דמאי שנא משאר מטלטלי שהמוחזק בהם נאמן לטעון לקוח, **והריטב"א וכ"ה במיוחסים לריטב"א ביאר לדרכו** שסובר דהכא הוי דברים העשויים להשאיל ולהשכיר ואין למחזיק בהם חזקת מטלטלין. **אך לדעת הרמב"ן צ"ב** דהרי אדרבה כל מה דס"ד שהוא נאמן לטעון השכרתיה הוא משום מגו דחטפה והשתא חטפה עצמו אמאי נאמן בה. **ועוד צ"ב מיניה וביה** דאם בטענת חטפה ממני נאמן מן הדין ומאיזה טעם ליכא הכא חזקת מטלטלי אם כן גם בטענת השכרתיה נאמן מן הדין ואינו צריך למגור. **ועיי' ברא"ש** שכתב דבטענת חטפה נאמן 'כיון דעד השתא היו נידונים עליה' ונראה פשוט דכוונתו דכיון שנתעצמו עליה וכ"א טען שהיא שלו ליכא השתא חזקה שלא חטפה מחברו ובעלמא אחזוקי אנשי בגזלנותא לא מחזקינן אבל הכא שאני, ולפי זה בטענת השכרתיה ודאי מן הדין לא היה נאמן מכח חזקת מטלטלין אך בטענת חטיפה ראוי להאמינו והשתא היה נאמן בהשכרתיה מגו דחטיפה. **וראה ברמב"ן ורשב"א** בטעמם של הסוברים דאינו נאמן לומר חטפה דהוא משום דאמרינן ליה דעד השתא לא הצליח זה להתגבר עליו להוציאה מידו אף השתא מסתמא נתנו לו.

**אבל בדעת הרמב"ם אכתי צ"ב**, דהרמב"ם סובר דאף בחטפה אינו נאמן ואם כן בהכרח לדרכו בעינן לטעמא דעד השתא משום כלים העשויים להשאיל וכמש"כ התומים, **אבל ג"ז קשה** דשיטת הרמב"ם בכ"ד דכלים העשויים להשאיל ולהשכיר אלו הכלים שעשויים מתחילת ברייתם לכך וזה עיקר שימושם, ולפי זה סתם בגד ודאי אינו בכלל, **והרמב"ם הביא דין הסוגיא** [בפ"ט הי"ג] וז"ל זה טוען הודה ונסתלק ממנה וזה טוען שמכרתיו לו או נתגבר עלי וחטפה המוציא מחבירו עליו הראיה. **עכ"ל, וצ"ב: א)** דמיירי בסתם טלית דלהרמב"ם לשיטתו אינה בכלל כלים עשויים להשאיל ומדוע בעינן לטעמא דעד השתא. **ב)** **ועוד צ"ב** שהרמב"ם לא הזכיר כלל טעמא דעד השתא וכתב בפשיטות דהמע"ה ואם כי לשיטתו באמת אי"צ לטעם זה אבל השמיט טעם הגמ'. **ג)** שפסק דבחטפה ממני אינו נאמן ומשמע מסתימת דבריו דאף זה מטעם המע"ה, וצ"ע.<sup>100</sup>

**תוד"ה אוגרת יל"ע בקושית התוס'** שיהא נאמן במגו דהרי התוס' סברי בריש מכלתין דמגו להוציא לא אמרינן, וה"נ מגו להוציא הוא, **ועיי' במאירי** שבאמת תי' כן לקושית התוס'. וצ"ב בדעת התוס'. **ויעויין בקצה"ח** [סי' פב סק"ט] שהקשה כן ע"ד הרמ"א שם שפסק דבאומר השכרתיה בפני פלוני ופלוני והלכו למדינת הים נאמן במגו דחטפה ממני [דהשתא שטוען שהשכירה בפני עדים אינו מגו במק"ע דליכא אנ"ס] **והקשה הקצות** דמקור דברי הרמ"א הוא מהרמב"ן ועוד ראשונים שכתבו כן אך הרמב"ן י"ל דסבר דמהי מגו להוציא אבל אחר שנפסק להלכה דמגו להוציא לא אמרינן אם כן היאך מהני מגו זה. **ותירץ הקצה"ח**

<sup>100</sup> ואולי י"ל דבאמת סובר הרמב"ם דליתא לכל הנהו טעמי ויש להתופס בה חזקת מטלטלי גמורה אלא דבעלמא בחפץ של שני שותפים אפשר ומסתבר דלית להאחד כשתופס בה חזקת מטלטלי נגד האחר דעומד לחלוקת ימים ושישכירו זה לזה דאל"כ היאך ישתמשו, ולכן הכא ס"ד דיכול לומר השכרתיה ולזה אמרינן לטעמא דעד השתא וכו' והיינו דמחמת זה חפץ זה אינו עומד לזה אלא למכירה ולכן הדר דינא דהמע"ה ודינם כל שנים המתעצמים על ממון שהמוחזק נאמן ולכן לא הזכיר הרמב"ם לטעם דעד השתא שנאמר בגמ' כדי לשלול הך ס"ד אבל עיקר הטעם הוא דהמע"ה. ואפשר דלהרמב"ם אף בטוען השכרתי בעדים אינו נאמן דאין החפץ עומד לכך כשאר שותפים ובכל ממון שאפשר שהשכיר לו הרי פוסק הרמב"ם דהמע"ה והכא לא עדיף.

דמגו לא מהני להוציא רק נגד חזקת ממון גמורה אבל מהני מגו להוציא מתפוס והכא השני הוא תפוס בלבד. וע"ע בקצה"ח להלן שם [בסקי"א] שנחלק עם התומים בדין זה אי מהני מגו להוציא מתפוס.<sup>101</sup>

ודרך אחרת בזה יש ללמוד מדברי תלמידי רבינו יונה דיעוין בשיטמ"ק בשם תלמידי רבינו יונה ששם כתבו גרסה בגמ' 'בדמי אגרתיה ניהליה' והיינו שטוען שמכרה לו ולא קיבל דמים והקשו שם דהוי מגו להוציא, ועייש"ה שתירצו דלא חשיב כמגו להוציא דיש כאן הפה שאסר שקודם שטען היתה הטלית בחזקת גזולה אצלו ואף עתה כשטוען שמכרה ולא קיבל דמים הוי כמוחזק לענין דמי הטלית, והדברים צריכים ביאור.<sup>102</sup>

בגמ' ואי בעית אימא וכו' ואפילו לסומכוס וכו' ראה ברש"י שפירש שהחידוש הוא רק אליבא דסומכוס ומשום דמיקל בחלוקה וקמ"ל דסירכא אינו מספק, ויל"ע דמשמע דדוקא סירכא אינו מספק אבל מוחזקות גמורה ודאי מהני לתבוע חלוקה לסומכוס וצ"ב שהרי התוס' כתבו דטלית אינה דררא דממונא לפי שאין ספק בלא טענותיהם ואם כן מאי ס"ד דסירכא תהני, ובאמת דמדברי רש"י משמע דלא ס"ל כהתוס' בזה דיעוין בדבריו להלן [בדף ח ע"א ד"ה ממשנה] דשם משמע דאף בטלית שייך חלוקה מדין ממון המוטל בספק. אך לדעת התוס' עדיין קשה מדברי הגמ' דידן, וצ"ע. ועיין היטב בתוס' ר"פ בכ"ד בזה וצ"ע.

בגמ' אם תמצא לומר וכו' מוציאין וכו' תקפה וכו' מבואר בגמ' דלהצד דתקפה מוציאין מידו לא חל הקדשו כלל ופשיטא לה להגמ' דהוא כן, ויל"ע בזה דהרי אין אנו יודעים בבירו שהטלית של שניהם ואם כן למה לא נחוש להקדשו של זה הרי ספק איסור מעילה בהקדש יש כאן. ובנידון זה יש לדון בשלש דרכים: א) בפשוטו אין ההקדש חל מכיון שאין הטלית ברשותו וכדלקמן בגמ' דכל דבר שאינו ברשותו של אדם אינו יכול להקדיש ואף להצד שהטלית שלו הרי לא עדיף מנגזל גמור שאינו יכול להקדיש טלית שביד גזול. ב) לקמן בגמ' בסוף הסוגיא מסקינן שאין אדם יכול להקדיש ממון שאינו יכול להוציא בדיונים וכגון בקרקע אף שאין בה הדין דאינו ברשותו ויכול אדם להקדיש קרקע גזולה מ"מ אם אינה יוצאה בדיונים אינה קדושה. ובדין זה יש לנו לחקור אם הוא בגדר אינו ברשותו היינו דכה"ג שאינו יכול להוציא בדיונים הוי אינו ברשותו גמור [אף בקרקע] או דהוי כאינו שלו דממון שאין לו זכות עליו בבי"ד אין לו כח לפעול בו חלויות כלל, ויתבאר להלן, עכ"פ הכא הוי ממון שאינו יכול להוציא בדיונים. ג) יש לומר דאף אי נימא דכלפי שמיא חל הקדשו כיון שפסקנו שאין הטלית שלו אין אנו חוששים תו להקדשו דהפסק בי"ד כודאי הוא חשיב וכאילו אנו יודעים שהטלית של שניהם ואם כן אין הקדשו חל אלא על החצי שלו. וסברא זו נמצאת בחידושי הר"ן להלן בסוגיין.

<sup>101</sup> ויש להעיר בזה מדברי התורה"ד שהובאו לעיל בדף ב על התוס' שם שכתב התורה"ד דמהני רוב להכרי ספק דשנים אוחזים לפי שחזקת ממון ידידה קלישא ורק לגבי מגו דחינן למגו מכח חזקת ממון כזו אבל כלפי רוב לא חשיבא, ומשמע בפשוטו דבכל תפיסה מהני כדי לדחות המגו.

<sup>102</sup> ויש לפרש בדבריהם ולומר דכששתק קודם שטען אגרתיה או חטפה היתה הטלית בחזקתו לגמרי ותפיסתו של זה כמאן דליתא שאנו רואים הטלית בחזקתו ואת התופס כגזול ויש לדון דבחטף טלית מחברו בפני עדים וטוען שלי היא והלה משיבו בטענה גרועה לא הוי מגו להוציא דחטיפה בפני עדים אפילו דין תפוס בעלמא לית ליה דכללא דמגו להוציא תליא בדין המע"ה דכאשר מועלת תפיסתו לזכות בדין המע"ה לא מהני מגו נגדה אבל היכא שתפיסתו אינה כלום כי אם עלפי התובע בזה לא חשיב כמגו להוציא ואף שעל ידי טענתו הגרועה יש לנו להחזיק הטלית ביד התפוס הוי זה כהפה שאסר שאין כאן כלל חזקת ממון ותפיסה מעליא לתופס ודוק

אלא דבכל זה ניחא לגבי הטלית עצמה וכנידון התוס' והקצות אבל שם מבואר דאף כלפי דמי הטלית אינו מגו להוציא וזה קשה להבין דסו"ס הדמים שלו הם מעולם ובחזקתו הם והיאך תאמר דלא חשיב מגו להוציא וצ"ע.



**ויש לדון נ"מ בזה בקדושת הגוף** להסוברים דאדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו בקדוה"ג,<sup>103</sup> וכן בקונם,<sup>104</sup> דלהצד דההקדש כאן אינו חל משום אינו ברשותו אם כן בקדוה"ג יחול אך להצד שיש כאן הכרעה מכח הפס"ד שאינו שלו אם כן לא שנא קדוה"ג וקונם מקדושת דמים.

**וראה ברש"י** שפירש דהקדישה בלא תקפה, ופירש כן בדברי הגמ' באת"ל תקפה מוציאין מידו, **ותמה המהר"ם** **שיף בדבריו** דמאי שנא דוקא הקדישה בלא תקפה הרי אף אם תקפה והקדישה כיון שהדין הוא דמוציאין מידו לא חל הקדשו, **וביאר המהרמ"ש** שרש"י כתב כן כדי לפרש המשך הגמ' דבעי לן להצד דאין מוציאין מידו דבזה ספק הגמ' רק בהקדישה בלא תקפה אבל אי תקפה והקדישה פשיטא דחל ההקדש. **ואולם דברי המהרמ"ש תמוהים** שהרי הגמ' נקט בהך צד דמוציאין מידו 'הקדישה' ולהצד דאין מוציאין מידו מפורש בגמ' דהבעיא היא בהקדישה בלא תקפה ואם כן חדא אין לו לרש"י צורך לפרש כיון שהדבר מבואר בגמ' להדיא ועוד דהיה לו לפרש כן בסיפא אחר דבגמ' מדויק להדיא דברישא אף בתקפה לא חל ההקדש. **ובאמת יעויין בתורת חיים** שתפס דברי רש"י כפשוטם דבתקפה מהני ההקדש וכתב דלשון הגמ' לא משמע כן ודחה דברי רש"י.

**ויש לפרש בדעת רש"י** דבתקפה חל ההקדש, דהטעם דבעלמא לא חל הוא מכיון שאין הטלית ברשותו לא חל הקדשו אבל כשתקפה אף שבי"ד יוציאואו ממנו מ"מ חשיב ברשותו דומיא דגולן שהחפץ ברשותו אף שבי"ד יוציאואו ממנו לבסוף, וצ"ל דמטעם אינו שלו לית לן כיון שאין הפסק ודאי אלא המע"ה חיישינן אנן לספק איסור הקדש ולכן בתקפה חל ההקדש, **ועיין בשיעורי הגרש"ר** שכתב קרוב לזה.

**בגמ' את"ל תקפה וכו' ספק הגמ' סתום** מהו הדמיון בין הקדשה לתקיפה והיאך מיירי הכא. **ויש להקדים** שהראשונים כולם נתקשו בביאור סוגית הגמ' דהרי הא דמהני תקיפה הוא רק בצירוף השתיקה ואם כן לכאורה גם ההקדש מיירי בשתיקה, ואם כן היאך מדמי לה למסותא וביותר קשה היאך מדמי לה לספק בכורות דהתם לא שייך ענין שתיקה כלל שהקדושה חלה מאיליה. וסביב קושיא זו סובבים פירושי הראשונים. **ודע שיש כאן מחלוקת יסודית בין הראשונים: דעת התוס' והרמב"ן** לפרש ספק הגמ' בהקדש בשתק ולבסוף צווח והוי ההקדש דומיא דתקיפה ממש, **ודעת הרשב"א והר"ן** דמיירי בהקדש בלא שתיקה כלל, וסברת הגמ' היא לומר דדין הקדש בעלמא אף בלא שתיקה תלוי בהנידון בתקיפה בשתק ולבסוף צווח, ויתבאר שיטות הראשונים להלן.

**שיטת רש"י בדברי רש"י לא נתפרש מאומה בענין זה** האם מיירי ההקדש דוקא בשתיקה או לא ומהו דמיון הגמ' למסותא ולספק בכור.

[**אך יעויין בדברי רש"י בע"ב** [בד"ה המוציא וכו'] ששם נתבאר בדבריו דתקפו כהן דאין מוציאין מידו הוא בשתק ולבסוף צווח, וכבר תמהו אחרונים בדבריו דהתם לא שייך הודאה כלל שהרי שניהם בטענת שמא הם דאין אדם יודע אם הוא בכור או לא, ופירש הפנ"י בדברי רש"י דס"ל דע"י השתיקה הוי כתפיסה ברשות ותפיסה שלא ברשות לכו"ע לא מהני, והנה התם הרי ההקדש דגיזה ועבודה לא שייך בו ענין שתיקה כלל דמתי יצווח ולמי יצווח, **ולמדנו מזה** דההקדש מהני לרש"י אף בלא שתיקה ודוקא התקיפה צריכה עמה שתיקה, **ואף הטעם מתפרש היטב** לפי שכל מה

<sup>103</sup> כ"כ הריב"ש בסי' שנט והקצה"ח בסי' קיז סק"ב בדעת רש"י, אך התוס' בגטין דף מ פליגי בזה להדיא.

<sup>104</sup> קונם על עצמו ודאי יכול לאסור אף באינו ברשותו דלא גרע מאינו שלו אך הנידון כאן הוא בקונם על אחרים ובוה לכאורה תליא בפלוגתת הראשונים בקדושת הגוף, ובשער"י שער ה פרק יא נסתפק בקונם והוכיח מדברי התוס' במנחות דף מא שכתבו דמעשה דמסותא להלן בסוגיין מיירי שעשאו האחד לקונם, ומדקאמר עלה בגמ' דלא חל משום דאינו ברשותו מוכח דאף קונם אינו חל בדבר שאינו ברשותו, אך י"ל דהתוס' לשיטתם דאף קדוה"ג לא חל בדבר שאינו ברשותו

דבעינן שתיקה הוא דאל"כ הוי תפיסה שלא ברשות אבל גבי הקדש שתפיסתו מאיליה היא באה לפי שהקדש כמוחזק בכל מקום לא שייך כלל ענין דתפיסה שלא ברשות דפעולת ההקנאה להקדש ודאי שרשאי הוא לעשותה והמוחזקות מאיליה היא באה]

שיטת התוס' ראה בתוס' ד"ה וכו' ושיטתם מבוארת דהכא מיירי כששתק בשעת ההקדש, וספק הגמ' הוא האם שתיקה להקדש הוי כשתיקה לתקיפה או"ד אינו צריך לצוות כיון שלא תקף בפועל וההקדש אלמלי השתיקה הרי אינו חל שהרי אינו ברשותו של המקדיש, כן מבואר בתוס' רא"ש וע"ע בריטב"א החדשים. ובאמת צ"ע מהו הצד שצריך לצוות כיון שאין כאן אלא דיבור בעלמא ואין ההקדש חל בלעדי השתיקה למה זה יצווה על דבריו ועיין ברשב"א שנתקשה בזה] ועיין בקצה"ח [סי' ריא סק"ג] שנתקשה לפירוש התוס' בלשון הגמ' דאמרין דדלמא לא הוי כתקיפה ואמר רבי יוחנן וכו' ולפירוש התוס' אין צורך לכ"ז דכיון דההקדש אינו כתקיפה לענין שתיקתו ואין השתיקה כלום מדוע בעינן בזה לטעמא דרבי יוחנן הרי אף תקיפה גמורה אינה מועיל בלא שתיקה.

ויעיין בחי' הריטב"א החדשים שכתב דלא גרסינן לה בגמ', ואח"כ כתב דלהגורסים כן יש לפרש דכוונת הגמ' דכיון דלא מהני הקדש כשאינו ברשותו מדרבי יוחנן לכן אין השתיקה שתיקה כי לא היה צריך לצוות מאחר ואין ההקדש חל דאינו ברשותו, וכ"כ התוס' רא"ש.

וראית הגמ' ממסותא עיין במהרש"א שביאר דלדעת התוס' אין ספקם של החכמים דמסותא דומה להכא כלל ובספק אחר נסתפקו כמבואר בתוס' להלן. וראית הגמ' היא מכיון שהכריעו חכמים שם שההקדש אינו הקדש קשה דהתינח דההקדש מצד עצמו אינו ראוי לחול דאינה יוצאה בדיינים אבל סו"ס הלה שתק בשעה שהקדיש ואם כן מדוע לא חל ההקדש מצד השתיקה ומוכח מזה דשתיקה דהקדש אינה שתיקה. כך ביאר המהרש"א והוא מדוקדק מלשון התוס' בסו"ד שכתבו ומסקנא וכו' והיינו דראית הגמ' היא ממסקנת החכמים וכ"מ גם בתוס' רא"ש עיי"ש. וספק הגמ' במסותא פירשוהו התוס' לקמן והדברים קשים וסתומים ויתבאר להלן בהמשך הסוגיא בע"ה.<sup>105</sup> ובחי' הריטב"א החדשים פירש הסוגיא ע"ד התוס' ופירש דאף במסותא זה הוא נידון הגמ' ועיי"ש מה שפירש הראיה מספק בכור.<sup>106</sup>

ונתקשו התוס' היאך יכול להקדיש הרי הוי אינו ברשותו ותיצו דכיון דשתק הלה הוי כפקדון אצלו, וראה בתוס' רא"ש ובתוס' ר"פ דהוי כאילו נטלו וחזר והפקידו. ויעיין בקצה"ח [סי' ריג סק"ב] שהקשה דהנה נחלקו הבעה"מ והרמב"ן בב"ק [בריש שור שנגח את הפרה] בגולן שרוצה להשיב הגזילה לבעליה, דדעת הבעה"מ שיכול הבעלים להקדישו וחשיב ברשותו, והרמב"ן שם נחלק עליו וסובר דאינו יכול להקדיש, [וידוע לבאר דפליגי מהו המעכב דאינה ברשותו, האם הקניני גזילה דהגולן ולהכי כל זמן שלא החזיר ונפטר מבעליו עדיין אינו יכול להקדיש או"ד המציאות של העיכוב שמונע הגולן הממון מבעליו היא שעושה הדבר לאינו ברשותו]

<sup>105</sup> ויש להעיר בפשט הגמ' להתוס', חדא דמנא ידעה הגמ' דמסותא מיירי בשתק, ובשלמא אי במסותא היה ספק החכמים עצמם מחמת השתיקה הרי ממה שפירשו רבנן מהמסותא מוכח שכך היה מעשה אבל להתוס' אינו כן והם פירשו מטעם אחר ואם כן מנא לה להגמ' שכך היה מעשה וצריך לומר דקים להו דכך היה ודוחק שהגמ' לא הזכירה מזה כלום.

עוד יש להעיר, דלהתוס' ראית הגמ' היא מכל המו"מ במסותא עד המסקנא דלא הוי הקדש ומכ"ז מוכח דהשתיקה לא מועילה ואם כן הגמ' מביאה ראיה זו ואינה מקבלת אותה וגם לא דוחה אותה, ודרך הש"ס בכ"מ לדחות הראיה או לומר שמע מינה דכו"כ הוא.

<sup>106</sup> וכתב שם דלדומיא בעלמא נקטה דכמו דהתם דמהני תקיפה אף בציוחה מהני נמי ההקדש ה"ה הכא מהני הקדש בשתיקה כתקיפה בשתיקה, ונראה כוונתו דרב המנונא סובר דבדאי היה לו לצוות בשעת ההקדש דהא חזינן דבעלמא הקדש כתקיפה וה"ה הכא הוי כתקיפה והיה לו לצוות.

ולדעת הרמב"ן נתקשה הקצה"ח היאך כאן יכול להקדיש בהודאתו של זה. וכתב הקצה"ח דבאמת מוכח מהתוס' דס"ל כהבעה"מ ולהרמב"ן צריך לפרש הסוגיא באופ"א.

והאחרונים השיבו ע"ד הקצות, יעויין בדברי יחזקאל [סי' נד, וכ"ה בחי' הגרש"ש לב"ק סי' לד ובאמר"מ סי' לדאות ח] שכתב דבגמ' לקמן מבואר דשנים שהגביהו חפץ ביחד אין להם בו קנין כלל דכ"א אין הגביהו שלימה, והא דמהני הגביה שניהם במתני' הוא מדין המגיבה מציאה לחברו שכ"א מהם זוכה לשני, ואם כן כששותק זה ומודה לו שהוא הגביה תחילה הרי נמצא שהגביה השני היתה לאחר שהיתה הטלית ביד הראשון, והגביה כזו אינה עושה קניני גזילה ונמצא שאין לשותק קניני גזילה כלל, אלא דאם כן צ"ב איפכא דמה הוקשה להתוס' כלל דאינה ברשותו הרי ליכא הכא קניני גזילה, ולזה ביארו האחרונים דאף לדעת הרמב"ן דמשום קניני גזילה הוא דחשיב אינה ברשותו אבל מודה הרמב"ן דאף היכא דליכא ק"ג אך השולט בחפץ מעכבו מיד בעליו נמי הוי בכלל הדין דאינו ברשותו דתרווייהו איתנייהו בה. ועל זה תירצו התוס' דהוי כפקדון אצלו.

ובשם המהרי"ל דיסקין ידוע לבאר [עיין בספר ציץ הקודש סי' ו שהביאון שהכא שאני דתרווייהו אוחזים בה ואם כן כשמודה האחד לחברו ממילא זכה בה מיד דהיא בידו ואינה חסרה השבה. אך דרך זו צע"ק מלשון התוס' שכתבו דהוי כפקדון אצלו וביותר מבדברי התוס' ר"פ דהוי כאילו נטלו וכו' ולהנ"ל אי"צ לזה [אא"כ נבאר דטעמו של המהרי"ל דהוא להפקיע הקניני גזילה אך עדיין קשה מהעיכוב בפועל ולזה תירצו התוס' דהוי כפקדון וקרוב להדרך הראשונה שביארנו]

אלא שקושיא זו של הקצות מצאנוה בדברי הראשונים [והם נתקשו בזה לא לשיטת הרמב"ן בב"ק אלא לדרכם בסוגיא דמייירי בהקדש בלא שתיקה דאז אין מקום כלל לתי' התוס'] ולדרכם תירצו באופנים אחרים ולדבריהם א"ש היטב גם שיטת הרמב"ן וכמו שיתבאר להלן.

ובעיקר קושית התוס' יש להעיר דנימא דאה"נ ואין ההקדש חל וספק הגמ' הוא האם משום כך הודאה נוציא הטלית מיד השני ונעמידה ברשות המקדיש, וי"ל דלא ניחא להו לפרש דספק הגמ' אינו כלפי חלות ההקדש, ועי"ל דהתוס' מודו לסברת הרמב"ן דהך הודאה לא אלימא לאפוקי ממוחזק.

שיטת הרמב"ן יעויין היטב בדברי הרמב"ן הקצרים, ותורף שיטתו דהכא לכו"ע יש כאן הודאה אלא דהך הודאה לא אלימא אלא לאוקמיה ממונא ולא לאפוקי ולכן בעינן גם לתקיפה וספק הגמ' אי הקדש כתקיפה, ולדרך הרמב"ן מרווח מאוד המשך סוגית הגמ' דהראיה ממסותא ומספק בכורות פשוטה דהתם הרי מהני תקיפה בלי שתיקה ואם כן שם יועיל גם הקדש בלי שתיקה, כללו של דבר דדין ההקדש [להצד דהקדש כתקיפה] כדין התקיפה, והיכא דמהני תקיפה בלי שתיקה מהני הקדש בלי שתיקה והיכא דהתקיפה בעי שתיקה אף ההקדש כן ופשוט. ולא נתפרש ברמב"ן מדוע לא אלימא הודאה לאפוקי ממוחזק וכבר כתבנו בזה בסוגיא לעיל.

ובביאור הספק כתב הרמב"ן דזה ודאי דאם ההקדש חל הוי כתקיפה רק דהספק הוא אם ההקדש חל, וצריך ביאור מדוע הקדש שחל הוי כתקיפה וכמוחזק, ועיקר היסוד דההקדש הוי כמוחזק מבואר גם בתוס' בהמשך הסוגיא גבי מסותא ובעוד ראשונים, וידוע לפרשו עפ"י הגמ' בחולין [דף קלט ע"א] דאיתא שם מחלוקת אמוראים בתרנגולת של הקדש שמרדה, דאיכא למ"ד דפקעה קדושתה [ועי"ש בר"ן הטעם דהוי כאבודה ממנו ומכ"א וכתב הר"ן שם בשם התוס' דבהדיוט הוי הפקר כה"ג] ואיכא למ"ד דלא פקעה קדושתה דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא דכתיב לה' הארץ ומלואה, ומבואר מזה דהקדש כל

מקום בעולם חשוב כרשותו, ו**בזה מבואר** דהקדש חשיב נמי כמוחזק בכל מקום שהוא. ולכן אי חייל הוי כתקיפה.<sup>107</sup> **ועצם הספק** אי חייל לא נתפרש ברמב"ן הצדדים בזה וצ"ע.<sup>108</sup>

**ויל"ע לדעת הרמב"ן** מדוע בכל נגזל שהקדיש לא נאמר שההקדש כתקיפה, הרי ההקדש נחשב כמוחזק והחפץ ברשותו, ועכצ"ל דאף שההקדש נחשב כמוחזק להכריע דיני הספק מ"מ אינו נחשב ברשותו כלפי דין אינו ברשותו, אבל עדיין קשה דתרנגולת שמרדה הרי היא ברשות הקדש אף דאבודה ממנו ואם כן לכאורה ה"ה בגזילה הרי היא ברשות הקדש ומאי שנא, וצ"ע.

**עוד קשה לדעת הרמב"ן** דיהיה החילוק איך שיהיה סוף סוף הדין ברור דחפץ ביד גזלן אינו קדוש ומאי שנא הכא וכקושית התוס', והתוס' תירצו דכששתק וכו' אבל להרמב"ן לשיטתו לא נחא שהוא סובר דאף גזלן שנתרצה להחזיר אין ההקדש חל, **ועוד קשה מגיזה ועבודה** דשם חל להרמב"ן ההקדש אף בלא שתיקה כיון שגם התקיפה חלה בלא שתיקה והרי הוא אינו ברשותו אלא ביד הישראל.

**ומצינו בראשונים** שעמדו בשאלה זו מאי שנא הכא מגזל, **ושתי דרכים נאמרו בזה: יעוין ברשב"א** [בד"ה ואינו מחזור וכו'] שהקשה כן ותירץ דשאני הכא שהוא תפוס בה וכה"ג דמיא לקרקע שאין אחד מהם מוחזק בה ודינה כדא"ג. **וכוונתו** נראה דכיון ששניהם תפוסים אינה נחשבת ברשותו של השני טפי ממה שהיא ברשותו ידידה וכ"א מהם הטלית נחשבת אצלו כאינה ברשותו לגמרי וגרע מאם היתה כולה אצלו ועדיף מאם היתה ביד חברו. נאמנם תפיסתו הרי דין חלוקה יש בה ומצד זה ראוי שתחשב כאינה ברשותו לכה"פ לענין חצי ועל זה נסוב נידון הגמ' לפי השיטות השונות ודוק] **ולדרכו עדיין קשה** מגיזה ועבודה דהיא לגמרי ביד כהן ועיי"ש ברשב"א שכתב דלגבי זה ידעה הגמ' דקדושה הבאה מאליה שאני ודברי הרשב"א צ"ע.

**ויעוין בחי' הריטב"א** [החדשים] שרמזו אף הוא לקושיא זו [בד"ה וכי לא תקפן וכו'] וכתב 'ודוקא במילתא דספיקא ולאפוקי גזל ולא נתיאשו הבעלים שאם תקפו וגזל אין מוציאין מידו ואי אקדשיה לא קדיש לפי שאינו ברשותו כלל והלה תופס בו בתורת גזל גמור. **עכ"ל**. ומתפרש כוונתו דכיון דהמוחזק [היינו האחר בטלית והישראל בספק בכור] אינו מעכבה אלא מפני הספק והוא ציית דינא כה"ג מהני ההקדש ליחשב כתקיפה דמאחר

<sup>107</sup> ויעוין במאירי בקידושין דף כט ע"א שכתב שם בשם הירושלמי דזה הטעם דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, ופירש המאירי דכל העולם חשיב כחצר המשתמרת מדעתו כלפי הקדש ולכן באמירתו קני ההקדש מדין חצר, ואמנם קשה לפרש דבריו כפשוטם דאם כן נמצא שאין ההקדש קדוש מכח נדרו אלא מכח קנין הקדש בעצמו וזה נסתר מכ"ד וצ"ע ואכ"מ, ועכ"פ יסוד הדברים אחד הוא דההקדש רשותו הוא בכל מקום.

<sup>108</sup> לכאורה משמע דספק הגמ' דליחול ההקדש כדין באים כאחד היינו דעתה אינו ברשותו ואינו יכול להקדיש אך אם יחול ההקדש הרי כבר יהא ברשותו ואין חסרון. עוי"ל דהספק אם אינו ברשותו חסר בכח המקנה או בכח הקונה ובהקדש אין חסרון כח הקונה דאצלו הוא ברשותו אך יש לחלק דכל כמה שלא חל ההקדש בפועל אף אצל ההקדש הוי אינו ברשותו ובעינן בזה לבאים כאחד.

ובכל זה יש להעיר דהאב"מ חידש [בסי' כח סקי"ג] דנגזל יכול להקנות לגזלן דאצלו הוא ברשותו. ויש לבאר דחסרון אינו ברשותו הוא בקונה דאין המקנה יכול להקנות למי שלא יקבל בפועל את החפץ אבל לגזלן יכול להקנות, אך לפי זה יל"ע בהקדש מדוע לא יוכל להקדיש אם אצל ההקדש הוי החפץ ברשותו. ומצאתי בקוב"ש בקידושין [אות צג] שהרגיש בזה וכתב דממה שאינו יכול להקדיש אף דהקדש לעולם חשיב ברשותו כתרנגולת שמרדה מוכח דהחסרון הוא במקדיש וכן הוכיח מהא דאינו יכול להפקיר דמוכח דהחסרון הוא המקנה ולא בקונה.

ולאמור יש לדחות דשאני גזלן שכבר כעת הוא ברשותו מהקדש דבעינן בזה לבאים כאחד, ובדברי האב"מ יש הסבר נוסף כתבו בזכרון שמואל [סי' נ סק"ג] בשם הגרש"ר דהגזלן קונה בקנין ע"י הקונה וסגי בהסכמת הבעלים וזה שייך גם באינו ברשותו, ולדרך זו לא דמי להקדש כלל שודאי חל מכח המקדיש. וכן יש לדון עוד דבגזלן סגי במחילה ואי"צ הקנאה ממש ואכמ"ל.

דנפסק הדין שההקדש הוא המוחזק שוב אין הלה מעכבו מהקדש דלכתחילה עיכבו מחמת כחו כמוחזק אבל הגזלן הגמור מה שאין החפץ ברשות בעליו הוא מחמת שהוא מעכבו ביודעין מהבעלים וכה"ג אף ההקדש לא מהני, ודוק. **ולכאורה כ"ז** הוא שלא כדברי התוס' שהקשו מדברי יוחנן ותירצו דכששתק הוי כפקדון, ויש לדון בכ"ז, וצ"ע.

**שיטת הרשב"א** דברי הרשב"א סתומים ולא נתברר לן מאומה בכוונתו.

**שיטת הר"ן עיין היטב בכ"ד הר"ן** ויסוד דבריו הוא על פי מה שביאר לעיל דהצד דהשתיקה כהודאה אינו ודאי הודאה אלא לכל היותר ספק הודאה וספק הגמ' הוא אם פסק חלוקה הוי ודאי או ספק או דספק הגמ' האם הוי ספק או ודאי אינו הודאה עיין לעיל בכ"ז.

**ואיתא בר"ן שני טעמים** מדוע להצד דהקדישה מוציאין מידו לא חל ההקדש: חדא לפי שהפסק דשנים או חזין הוא פסק ודאי ולכן אין כאן הקדש, ומסתברא דכוונתו היא בתורת בירור היינו שהידיעה שיש לנו מכח הפסק דחלוקה מורה שלא לחוש שמא חל הקדשו. **וטעם נוסף** כתב הר"ן דכיון שאין בכחו לזכות בטלית זו על ידי שתיקת ספק נמצא שאין לו כח בטלית זו כלל אלא ככל טלית שידוע שאינו שלו שאינו זוכה בה אלא בהודאה גמורה ככל חפץ שאינו שלו ולכן אינו יכול להקדיש דאין לו בה כח.

**ומסתברא** שכתב הר"ן לשני טעמים אלו אליבא דשני פירושו לעיל, דלהפירוש שכתב לעיל דהטעם דלא מהני שתיקה הוא משום דהוי פסק ודאי כלפי זה איתא להטעם דאין ההקדש הקדש מחמת הפסק ודאי, וכלפי הצד דאין כאן ספק הודאה לזה ואף אם פסק החלוקה הוא ספק לזה הוצרך להוסיף טעם נוסף דאין לו כח בטלית דכיון שהשתיקה אינה אפילו ספק הודאה נמצא שאין לו כח בטלית בשום דבר.<sup>109</sup>

**ולהצד דמהני תקיפה בשתיקה** כתב הר"ן דהשתא ליתנייהו להנך תרי טעמי, דכיון שפסק הראשון היה ספק אין כאן ודאות שאינה שלו להקדישה, וכיון שיש לו בה כח לענין תקיפה בשתיקה הרי חל ההקדש מכחו.

**והשתא מפרש הר"ן** דספק הגמ' הוא לצד זה דמהני התקיפה האם חל ההקדש מספק לענין איסורא דהקדש כתקיפה או דלמא כיון שעדיין לא תקפה ואינה שלו לשום דבר אף לענין הקדש אינה מוקדשת מכחו.

**וכלפי הטעם הראשון** שכתב הר"ן דבפסק ודאי אין כאן הקדש אבל בפסק ספק חל ההקדש צריך ביאור, דהרי סו"ס הטלית אינה בידו ואם כן למה לא נימא המע"ה כלפי הקדש נמי ותשאר הטלית ביד המחזיק אותה, **ויש לדון בזה בשני אופנים:** (א) **ראה בר"ן** שכתב בתוה"ד דחל ההקדש מספק לענין איסורא, ולכאורה נראה כוונתו דבאמת כלפי כח הממון לא עדיף ההקדש מהדיוט אבל סו"ס יש כאן ספק איסור. והדברים צריכים ביאור שהרי השני המחזיק את הטלית אינו חושש לספק איסור זה שטענתו ברי שהטלית שלו, ואם כן צריך לפרש דכל ספק הגמ' הוא כלפי דידן שלא נוכל לקנות ממנו הטלית ובודאי שזה דוחק לפרש כן, גם אינו מובן אריכות לשון הר"ן דדוקא גבי הדיוט דמחוסר תקיפה וכו' ואם כוונתו לספק איסור בלחוד אינו צריך לכל זה עיי"ש ודוק.

**(ב) יש לפרש ע"ד הראשונים** דההקדש חשוב כתקיפה לפי שהוא מוחזק ולכן אם רק יחול ההקדש מכח המקדיש כיון דיש צד שהוא שלו וגם יש לו תפיסה וזכות בטלית לאיזה ענין ממילא הוי ההקדש מוחזק

<sup>109</sup> ואמנם קשה טובא בדברי הר"ן דהרי ביסוד הדברים נמצא דיכול לזכות בספק שתיקה [כיון דהפסק הראשון הוא ספק לכו"ע לפי הפירוש השני של הר"ן לעיל] אך דלא משכח"ל כיון דנקטינן דאין כאן הודאה, אבל סו"ס יש לו כח בטלית דאטו ספק זה דשתק ולבסוף צווח הוא הספק היחיד בעולם ובודאי יצויר ספיקות אחרים בשתיקה, כגון שיהיה ספק לבי"ד מחמת איזה מאורע אם שתק או לאו, או שיהיו תרי כתי עדים המכחישות אם הודה או לא וכהנה רבות, ובכל אלו יזכה בתקיפה כיון דפסק הראשון היה ספק, ואם כן עדיין יחול הקדשו, וצ"ע.

גמור וזוכה בה, אך גם בזה לא ניהא כלל שהרי הדין הוא דאפילו תקפה היכא דצווח הלה מוציאין מידו ואם כן אף אם נימא דההקדש מוחזק לא תועיל החזקתו דכבר נפסק דינה של הטלית ולא מהניא בה תפיסה, וצ"ע. גם לשון הר"ן שהוסיף דחייל לענין איסורא הוא כשפת יתר לדרך זו, ולא נתברר כוונת הר"ן בכ"ז וצ"ע.

**ויעוין עוד בחי' הר"ן לב"ב** [דף קנ"ג ע"ב] שיש שם ספק בגמ' בשכיב מרע שהקדיש ואח"כ הבריא אם בטל ההקדש או לא, וכתב הר"ן שם שהראשונים פסקו דהנכסים בחזקתו, וכתב שם הר"ן בשני אופנים: האחד דאף לענין איסור מעילה לא חיישינן דכיון שהממון בחזקת מרא קמא לא חיישינן כלל להקדש ופי' נוסף דעליו לפדות הנכסים בפרוטה מחמת איסורא דרביע עליהו, ולכאורה נראה שנסתפק שם הר"ן אם כלפי ספק הקדש מהני דין המע"ה או לא ומה"ט דהוי כספק איסור לחומרא.

**ובנידון השני בדברי הר"ן** דלהצד שהתקיפה אינה מועילה לא חל ההקדש כי אין לו זכות בממון יש לעיין מהי כוונתו, דאם נפרש דהכוונה היא שאין הטלית שלו אינו מובן דסו"ס הרי הוי הדבר ספק ולמה לא יחול ההקדש, אטו אם מכרה לאחר לא יעמוד האחר במקומו לתבוע זכותו, **ועכצ"ל דכוונת הר"ן** דכה"ג אין לו כח להקדיש דהוי כאינה ברשותו ואפשר דגרע טפי לפי שאין לו בדין שום זכות בה והוי כאינה יוצאה בדיינים וכ"ש שלא יוכל למכרה כה"ג.

**אך יש להבין** דאם כן מהו הצד דיועיל ההקדש מכח זכותו שאם יתקוף ויארע ספק יזכה, הרי סו"ס עתה אין לו שום דרך להוציא הטלית מיד חברו ואפילו בתקיפה, ורק אם יארע שהלה ישתוק בתחילה דאז יפול הספק אצל הדיינים יזכה בטלית, וכי מכח זה חשיב כברשותו. **וצ"ל** דדין אינו ברשותו דגולן ליכא הכא כמו שכתבנו לעיל בשם הראשונים טעמים בזה, אך הטעם דהוי אינו ברשותו הוא משום דאינו יכול להוציאה בדיינים ונמצא שאין לו בה שום זכות, וכשיש לו איזה זכות לענין מסויים בטלית הוי כברשותו וצ"ע.

**והסבר ספק הגמ' עצמו** שנתפרש בר"ן אף הוא סתום דמשמע מדברי הר"ן שהספק הוא אם כח זה שיש לו לענין תקיפה מועיל להחשיבו כבעלים מספיק כדי שיחול ההקדש מכחו ואז יהיה כאן ספק הקדש. ולכאורה צ"ב דאחר שהכרענו שהפסק של שנים אוחזים הוא פסק ספק למה לא יחול ההקדש מספק וצ"ל דהוי כאינה ברשותו ואף כאינו יכול להוציאה בדיינים דכיון שאין לו כח בדיני ממונות בטלית אף להקדיש אינו יכול אך כחו עמו לענין מצב של תקיפה ובוזה מספקא לן אם חשיב כבר כעת כברשותו קצת או לא וצ"ע ודוק.

**בגמ' ת"ש דההיא מסותא וכו' יש להבין ולפרש ראית הגמ' ממסותא לפי שיטות הראשונים: לרש"י:** להדרך שנתבארה לעיל יש לפרש בפשיטות דמסותא זו דמהני בה תקיפה בלא שתיקה ה"ה דמהני גם הקדש בלא שתיקה ובספק בכור שסובר רש"י דבעינן שתיקה בתקיפה מ"מ הקדש מהני לעולם בלא שתיקה דלרש"י ההקדש לעולם אינו צריך שתיקה. [גם יש לומר דלהס"ד הוי מסותא מטלטלי ודינה יחלוקו ומיירי שתקף בשתיקה] **לתוס': ראית הגמ'** היא ממסקנת הסוגיא שפסקו החכמים דלא חל ההקדש ותקשי דתיפוק לה שיחול מצד השתיקה ומוכח מזה דהשתיקה להקדש אינה שתיקה. **להרמב"ן:** הראיה דהקדש כתקיפה ובכל מקום לפי ענינו בשנים אוחזים דבעינן שתיקה עם התקיפה אף ההקדש צריך שתיקה ואילו במסותא ובכור דמהני תקיפה גמורה אף ההקדש חל בלא שתיקה שדין ההקדש כדין התקיפה. **להר"ן:** ספק הגמ' היה האם כח תקיפה מספיק כדי להחשיבו כבעלים לענין הקדש והוא הדין במסותא דהוי כח תקיפה בלא שתיקה שמא חשיב כברשותו מכח מה שיכול לתקוף ולכן יחול ההקדש, וכן בספק בכור חלה הקדושה מכח זכות הכהן לתקוף ועיין בר"ן שביאר בכ"ז [בד"ה ומייתי] והדברים צ"ת.

תורה והא וכו' כיון דמקרקעי וכו' **כוונתם לבאר** דהכא ספק הגמ' הוא שלא מחמת השתיקה נוראית הגמ' מהמסקנא כדמבואר בדבריהם לעיל ולכן הוקשה להו היאך מהני כלל ההקדש הרי אינה ברשותו וכמו שהקשו לעיל, ולזה פירשו דהוי בדין כדא"ג.<sup>110</sup> אך קשה עדיין בספק בכור דהתם הישראל הוא מוחזק ואם כן היאך חלה הקדושה להס"ד הרי הוי כגזל שלא חלה ההקדש דאינו ברשותו. ואפשר דכלפי הדין אינו ברשותו דגזל הבינה הגמ' דקדושה הבאה מאיליה חלה ורק מפני שאינו שלו כלל הוא דס"ד שלא תחול וראה להלן בהמשך דברי התוס' וצ"ע. ויעויין ברשב"א מש"כ בזה וצ"ע כוונתו.

**שם בתוס' וכיון דאם הקדישה מבואר מדבריהם** שהיה מקום לומר דפקעה הקדושה כשתקף השני ולזה חידשו דמסתמא לא פקע. ויש להבין מהו הס"ד דיפקע הקדושה הרי זכות הבעלות שלו העביר להקדש ואם תקף השני לכל היותר ייחשב כמוחזק נגד ההקדש אבל לא יפקע ההקדש דלמה יגרע כח ההקדש מכח מקדיש. וצ"ל דכיון שאין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו או אינו שלו בדיינים אף כשתקפה כח ההקדש מוגבל עד כמה שהיא שלו וברשותו אבל ליותר מזה אינו יכול להקדיש ולכן ס"ד דיפקע. והקמ"ל לכאורה יש לפרשו דכשתקפה הרי היא ברשותו לגמרי ואף שהיא נחשבת מעט ברשות השני לענין אם יקדיש הוא כדלהלן בדבריהם אבל כח הברשותו ידידה לא נגרע בשביל זה דכיון שהיא אצלו לגמרי חל כאן הקדש גמור.

אך יש לעיין מהו באמת הדין כשיתקוף השני האם נאמר דמדין המע"ה יוכל להשתמש בחפץ ויותר אף לאחרים נגד ההקדש, ויש לדון בזה בתרתי: חדא דהקדש הוי ספק איסור וספד"א לחומרא, וראה לעיל שהובא מדברי הר"ן בב"ב שני פירושים אם מהני דין המע"ה להתיר ספק הקדש. ועוד דההקדש חשיב כמוחזק בכ"מ שהוא כדמבואר סברא זו בר"ן בסוגיין וכיון שכן תקיפת השני אינה כלום.

**וכיון שכן הרי לנו דרך נוספת** בביאור הקמ"ל של התוס', די"ל דההקדש לא פקע כשתקף השני משום דאחר שחל ההקדש אין תקיפת השני תקיפה כלל כלפי הקדש דההקדש לעולם החפץ ברשותו ואין שייך תקיפה כנגדו, וצ"ע אם זו כוונת דבריהם. [גם יש לדון עוד דשמא הס"ד דפקע ההקדש לאו דוקא פקע אלא דלא חיישינן תו להקדשו כיון שיש כאן הכרעת המע"ה לטובת השני, ולזה קמ"ל דההקדש מוחזק אבל לשונם לא משמע כן]

**שם בתוס' או דלמא וכו' דברי התוס' סתומים מאוד** בפירוש ספק הגמ', וראה בדבריהם בע"ב ששם הוסיפו עוד דהצד שחל ההקדש הוא משום דאנו רואים כאילו גברה ידו ותקפה והקדישה.

**וכבר נודע בזה מכתבו של מרן בעל הקה"י זצ"ל** [ונדפס בספר אגרות ורשימות קה"י ח"ב עמ' מז] ונעתיק לשונו בזה.

מכתבו קבלתי ע"ד התוס' ב"מ ד"ו ד"ה והא אשר באמת התוס' הזה הוא מתוס' העמומים אשר קשה לעמוד על כוונתם הקדושה בבירור ואכתוב את אשר יראה לכאן לענ"ד. זה דבר פשוט ומוחלט להתוס' דכל היכא דאמר' כל דאלים ענינו הוא שהשני ג"כ יכול לתפוס מהראשון ולעולם הדבר עומד בדין כדא"ג דלא כדברי הרא"ש ז"ל בב"ב ונראה שהוא תקנת חכמים מעין פשרה שיש כח ביד חכמים להטיל הכרעה בממון שא"א לעמוד על אמיתתו וכדאשכחן בשו"א דדייני ועכ"פ כך הוא היסוד דגבי ממון שאין מוחזקין לפנינו בשעת הדין הבא לב"ד קבעו חז"ל שהדבר יהא לעולם בדין כל דא"ג ומ"מ בשעה שהוא ביד אחד נידון כבעלים לענין למעשה והקדשו הקדש לכאורה גם ממכרו ממכר שו"ר דכ"מ בהנתיבות סי' קל"ח שצ"י מעכ"ת

וגם פשוט להגמרא מסברא דהקדש כתקיפה דמי דאע"פ שבמציאות עדיין המסותא אינה תפוסה לו מ"מ בצירור הלב הוי כאילו מסורה כבר להקדש מכחו דאמל"ג כמסירה להדיוט וכאילו ההקדש מוחזק ותפיסת הקדש הוי כאילו הוא עצמו

<sup>110</sup> אלא שעדיין יש לדקדק מדוע כתבו דכיון דמקרקעי הוא הוי כדא"ג הרי גם במטלטלי היכא דאינם אוחזים הדין הוא כדא"ג.



תפיס ומוחזק שהרי ההקדש מוחזק מכחו ונראה דהא דהקדש מחשב מוחזק הוא מטעם דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא וכמבואר ר"פ ראשית הגז וכיון שמכח דבריו של זה רואין אנו כאילו מסרה להקדש ולכן הו"ל כאילו הקדש תפיס ממילא הו"ל כאילו הוא המקדיש תפיס שהרי תפיסת ההקדש מכוחו בא . ועכ"פ זה פשוט להגמ' ש"ל דהקדש כתפיסה

אך מכיון שבענין התפיסה קבעו חז"ל שלא יועיל על לעולם אלא השני יכול לחזור ולתפוס וזה יסוד מוסד שעל תפיסה לעולם אין לו כח ממילא נשאר הכא השאלה היכי לדיינו דהא הכא במקדיש א"א לומר שיהא מועיל אח"כ תפיסת השני וכמש"כ התוס' לעיל דאי הקדישה ודאי דתו לא פקעה וא"כ א"א כאן לדון אלא או שלא יועיל כלל או שיועיל לגמרי שחברו אינו יכול שוב לתפוס ומספק"ל אי א"א ע"י תפיסה לדון ככל דין תופס [שחבירו יכול לחזור ולתפוס] לא חל כלל או דממילא נגמר התפיסה לגמרי כעין פלוגתא דגמרי או פקעי בגיטין מ"ג שעניינו מאחר דא"א להיות על מצבו שתהא חצי מקודשת או מתבטל או מתפשט ואע"פ שבהקדישה אחר תפיסה כתבו התוס' דמהני לעולם היינו משום שכבר חל התפיסה לדון כדינו בכדא"ג שהשני יכול לחזור ולתפוס אלא דאח"כ ע"י ההקדש מתבטל כח השני אבל כיון שעיקר התפיסה באה ע"י ההקדש והיא לא תוכל לחול כדין כדא"ג באופן שגם שכנגדו יכול לתפוס בזה מספק"ל אי נגמר לגמרי או שאינו מועיל כלל כיון שהתפיסה לעולמית לא נתנו לו חכמים כח.

ופשיט לה מהא דספק בכורות דהוה ס"ד דהאיסור קשור ע"י זכות הממון של הכהן ואי אינו ממונא דכהן כלל אין לו קדושה ומדחזינן שהוא קדוש מספק אלמא דאע"פ שהישראל מוחזק בו מ"מ יש ג"כ להכהן זכות מספק ולכן חל הקדושה מספק ומה"ט באמת מועלת התפיסה משום דגם כשהוא ביד האחר עדיין אית לזה עד ספק בעלות וממילא גם בעובדא דמסותא אפי את"ל שלא נידון כתפיסה מ"מ מצד מפק איסורא לחומרא יהא אסור כנלע"ד לע"ע ביאור כוונת התוס' והשי"ת יאיר עיננו בתורה"ק. עכ"ל

**ויש לדון בדבריהם באופן אחר דמסדר דברי התוס' נראה דאלמלי שיש בידו כח לתקפה ודאי לא יחול כלל הקדש, אך מכיון שבידו לתקפה אפשר שיחול, אלא שכיון שכח התקיפה הוא מוגבל לזמן שהחפץ ברשותו אף כח ההקדש מוגבל כך ולכן ראוי שלא יחול ההקדש בכלל. – ובפרט זה יש להסתפק בכוונתם האם ראוי שלא יחול בגלל שההקדש אינו חשוב כתקיפה ולכן כיון שכעת אינו אוחז בחפץ לא אלים כח הקדש מכח מקדיש שאין כחו יפה בשעה שאינו אוחז בו, או י"ל דאף אם הקדש כתקיפה אבל ראוי שיחול ההקדש לזמן מוגבל כמו כח המקדיש ואי אפשר שיחול הקדש מוגבל. – והצד בגמ' שיחול ההקדש הוא מכיון שכאשר יתקוף הרי יכול להקדיש לעולם אף עתה חל ההקדש לעולם שאנו רואים אותו כאילו גברה ידו ותקפה והקדישה. ואולי יש לפרש כוונתם דיש לו הכח לתקוף ואז להקדיש וממילא חשוב הממון ברשותו לענין הקדש עולמי אף קודם התקיפה, וכ"ז הוא תחילת דברים בפירוש דבריהם וצ"ע ובידור.**

**ויעויין בתוס' רא"ש שפירש בדרך קרובה לדרכם של התוס' דידן, אך לדרכו הצד שלא חל ההקדש הוא משום דלא אלים כח הקדש מכח מקדיש וכיון שכחו הוא רק אם יתקוף בפועל ואילו אם יתקוף חברו אין לו כח אף עתה כשמקדישו לא חל ההקדש, והצד שחל ההקדש הוא דכיון שאם יתקפנו יחול ההקדש אף עתה חזינן כאילו גברה ידו ותקפה. והדברים אף כאן צריכים ביאור ופירוש.**

**ויעויין בהגהת הגר"א בשו"ע [ריש סי' קלט] שהובאה שם בשו"ע שיטת הרא"ש דבכדא"ג כשתפס האחד אין חברו יכול לתפוס ממנו, וחולק בזה על דעת התוס' דידן דסברי שכ"א יכול לתפוס מחברו. וכתב הגר"א שם וז"ל מ"מ בב"מ ו' א' את"ל תקפה כו' כיון דאמר מר כו' ואם איתא הלא גם בתקפה כיון דהוא חזר ותקפה אין תקיפת הראשון כלום ולא חייל ההקדש כלל דלא כתוס' שם שדחקו עצמן וס"ל דלא כהרא"ש ושו"ע כאן עיי"ש ד"ה והא. עכ"ל. ולמדנו מדבריו שהפשטות היא דכיון שלכשיתקוף אין השני יכול לתקוף ממנו לכן יש לו גם את הכח להקדיש עולמית ואילו יהיה הדין שכשיתקוף יכול השני לתקוף אם כן סברא שלא יחול ההקדש כלל ולא יהיה בזה אלים כח ההקדש מכח המקדיש, והתוס' דידן מחמת דפליגי בזה הוסיפו היסוד דכיון שאם תקף**

ואח"כ הקדיש חל ההקדש אנו רואים אותו כבר כעת כאילו תקף וגם הקדיש וזה נראה להגר"א דוחק. **וברור שדברי התוס' רא"ש כאן** הם לשיטת הרא"ש עצמו שאין השני יכול לתקוף ולכן פירש ספק הגמ' בלא התוספת הזו של התוס' שכתבו דכיון שאם תקף והקדיש לא פקע וכו' ותואמים יחדיו דברי התוס' רא"ש עם דברי הגר"א.

**שם בתוס' וי"ל במכירי כהונה נחלקו ראשונים** בדין זה של מכירי כהונה, **שיטת רש"י** [בגטין דף ל ע"א ד"ה מכיר] דבמכירי כהונה מתייחסים כל שאר הכהנים וממילא זוכים המכירים במתנה, **אבל התוס' [ב"ב דף כג ע"ב]** כתבו דבאמת אין המתנות של הכהן כלל אלא שהישראל אסור לחזור בו מפני שהוא כמתנה מועטת דאסור לחזור בו. [והיינו דכלפי ישראל הוי מתנה מועטת אף ששווי הממון רב כיון שממילא חייב ליתנו לאחד הכהנים] **ויעויין בקצה"ח** [בסי' רע"ח סקט"ו] שהקשה ע"ד התוס' דידן דלשיטתם שמכירי כהונה אינו אלא איסור היאך תועיל תפיסת הכהן הרי אינם דוקא של כהן זה. **והביא שם הקצות** מדברי המהרי"ל בתשובה שבאמת הוכיח מדברי התוס' דידן דאינו איסור בלחוד אלא דמדינא אינו יכול לחזור בו, אך לדברי התוס' בב"ב קשה, **ותירץ הקצות** דאה"נ קודם התקיפה הוי רק איסור לחזור בו אבל כשתקף הכהן קנה דכיון שאסור להישראל לחזור בו הוי הבטחה זו כאילו אמר ליה לך חזק וקני.

**ויל"ע בדבריו בתרתי: חדא** דהכא כיון שאם לא יתקפם הכהן ישארו ביד הישראל מספק אם כן לא הוי מתנה מועטת כלל ומן הדין יוכל לחזור בו. **ועוד** דודאי אין הישראל רוצה בתקיפת הכהן ומעכב השה לעצמו ואומדנא דמוכח הוא שאינו רוצה להקנותו לכהן כדי שלא יתפוס ממנו והיאך נאמר דיש כאן אמירת לך חזק וקני, הגע עצמך שתפס הכהן בפניו והוא עומד וצווח אטו לך חזק וקני יש כאן וזה פלא רב.

**ומכ"ד הקצות מבואר** דנקט לפשוט דקושית התוס' היתה שלא תועיל התפיסה כלל, והיינו דתפיסת הכהן אינה תפיסה כלל כיון שלו עצמו אין זכות במתנות, אך לשון התוס' דהבעלים יאמרו ליתן לכהן אחר הוא שפת יתר לפי זה וגם בתירוצם השני כתבו התוס' דאינו יכול לתבעו משמע דעיקר הקושיא היה שהבעלים יתבענו בחזרה מהכהן.

**ואפשר לפרש** שקושיתם היתה היאך ישאר השה ביד הכהן הרי בזה מתבטל זכות הבעלים לטוה"נ ולכן חייב הכהן להחזיר השה לבעלים אבל באמת תפיסתו בעיקרה תפיסה היא וחל כח השבט נגד הבעלים אלא דכיון דסו"ס צריך לחזור לבעלים לקיום טוה"נ דידיה נמצא שיכול הבעלים לכופו לבטל התפיסה. ולפי זה פשוט תירוצם דבמכירי כהונה כיון דאסור לחזור בו ישאר השה ביד כהן.

[אך עדיין קשה דהכא אינה מתנה מועטת וכנ"ל, ואפשר שהכהן זכאי לעכב כנגד הבעלים ואם ירצה הבעלים ליתן לכהן אחר יתנו זה לאותו כהן אבל לא יוכל הבעלים לכופו להחזיר לו כי זה אינו בכלל דין טוה"נ. וקושית התוס' היא רק כלפי סתימת הגמ' דמשמע שהשה נשאר ביד הכהן וארווחנא לדרך זו דלכאורה יש להעיר עוד דלפי תירוצ' התוס' דמכירי כהונה נמצא שדין הבריייתא דאסורים בגיזה ובעבודה מיירי באוקימתא דמכירי כהונה אבל סתם בכור אינו אסור וזה דוחק גדול, אמנם בתוס' רא"ש משמע דהאוקימתא היא באמת בגוף דין הבריייתא עיי"ש]

**ויעויין בשערי יושר** [ש"ה פ"ז ד"ה ובזה] שכתב לתרץ קושית התוס' וביאר דהכא ליכא כלל דין טובת הנאה כיון דליכא להבעלים מצות נתינה דבספק ממון לא חלה מצות נתינה עיי"ש בכ"ד בזה.

**שם בתוס' א"נ אינו יכול לתובעו וכו' ומפרק הזרוע וכו'** לפנינו בש"ס אין גמרא בנוסח הזה, **ועיין במהר"ץ חיות** שהביא בשם הפר"ח שהגיה ופירש בדברי התוס' דכוונתם להמבואר בחולין דף קלג דהאי כהנא דחטיף מתנתא חיובי מצוה הוא או זלזולי מצוה, והוקשה להתוס' דעכ"פ ישלם שווי הטוה"נ ולזה תירצו דמיירי באכלם. **ופירוש זה תמוה בתרתי: חדא דאם** כן אין זה נוגע לתירוצם הב' דלשני התירוצים קשה דודאי

שאם טוה"נ ממון צריך להחזיר לבעלים הממון עצמו או שווי הטוה"נ, ועוד קשה דאם כן לתירוצם דמיירי באכל מבואר דעכ"פ לכתחילה איסור גמור הוא וחייב להחזיר וזה פלא דבגמ' שם איתא דאביי עצמו מריש הוה חטיף וכו' ומשמע דליכא בזה איסור כלל אלא אדרבה חיוב מצוה [להך צד בגמ' דחיוב מצוה הוא]

**ועיין בחת"ס** [בחולין דף קלא] שפירש דכוונת התוס' להגמ' בדף קלא ע"א ההוא ליורא דהוה חטף מתנתא וכו' והוה משמע להו להתוס' שאין הלוי צריך להחזיר המתנות לכהנים, וגם פירוש זה אינו ברור כלל דמה הראיה כלל ממה שפטור מלשלם לכהנים לפטור נמי מהבעלים ומה שייך זל"ז כלל, וצ"ע. ועיי"ש בחת"ס שפירש דבאמת גם נידון הגמ' שם הוא כלפי הבעלים ואכ"מ. ובלא"ה קשה בהמשך דבריהם שנסתייעו מדין מזיק מתנו"כ ואכלם אינו מובן מה שייך זה להנידון אם משלם לבעלים עבור טוה"נ, וצ"ע. וע"ע בקה"י [סי' ט] ובחי' רבי ראובן [סי' ז]

**שם בתוס' מבואר מחלוקת שני התירוצים** דלהת' הראשון יכול לתבעו להחזיר לו השה [או ליתנו לכהן אחר] אך לתי' זה כח הבעלים בטוה"נ הוא הטוה"נ עצמה וכשנטל הכהן וזכה בה אינו חייב לבעלים אלא ממון לפי ערך טוה"נ. **ועיין בתוס' רא"ש** שכתב דסוגיין מיירי במכירי כהונה אבל בלא מכירי למ"ד טוה"נ ממון אם הוא בעין יכול להוציא מידו ואם אכלו יכול לתבעו כפי טוה"נ. **עכ"ל ולמדנו מדבריו** שסובר כהת' הראשון דכשהוא בעין מוציאו מידו אך משמע מדבריו דכ"ז הוא רק למ"ד טוה"נ ממון ואילו מדברי התוס' משמע דלא תליא בהא מדהקשו בסתמא ולא פירשו, ורק לתירוצם השני דצריך לשלם שווי הטוה"נ חילקו. **ועיין בתוס' בחולין** [דף קלא ע"א ד"ה יש בו] שכתבו דאם חטף העני מהבעה"ב מוציאין ממנו ומחזירין לבעה"ב משום טוה"נ ואף זה כהת' הראשון.

**עוד מבואר** מדברי התוס' רא"ש דאף להך צד שיכול להוציאו כולו מידו מ"מ אם אכלו משלם רק שווי הטוה"נ דאין הישראל בעלים גמור על המתנו"כ ומ"מ כשהוא בעין רשאי להוציאו לגמרי מידו והטעם לזה נראה פשוט דסו"ס רוצה הוא את ממונו בעין וכמו שגזלן בעלמא אינו יכול לשלם דמים ה"נ הכא חייב להחזיר הטוה"נ בעין והדרך לעשות זאת היא להחזיר המתנו"כ לבעלים ורק אם אכלו משלם דמים, **וסברת התוס' בתירוצם השני** באמת צ"ע מדוע יכול ליפטר בדמים ואינו מחזיר המתנו"כ בעין.

**יעיין בגמ' בקידושין** [דף נח ע"א] דאיתא התם דהגונב טבלו של חברו משלם דמי טבלו למ"ד טוה"נ ממון. **ויעיין בריטב"א שם** שכתב וז"ל ואפשר דלמ"ד טובת הנאה ממון דמי טבלו דנקט היינו דמי חולין לגמרי ודמי טובת הנאה של תרומת ומעשרות. א"נ דלמ"ד טובת הנאה ממון חשוב הוא כאלו כלו שלו לגמרי משו' ההיא טובת הנאה דאית ליה בגויה וכו' וכן עיקר. **עכ"ל**. ולכאורה נראה דמחלוקת זו היא היא מחלוקתם של שני תירוצי התוס' דידן, והפירוש השני בריטב"א הוא שיטת התוס' דידן, אך אין לזה הכרח כלל דאפשר דאף להתוס' אם אכלו משלם דמי טוה"נ ורק כשהמתנו"כ בעין סברי התוס' שמחזירם לו, וכמו שמפורש להדיא בתוס' רא"ש.<sup>111</sup> **ועיין עוד בחי' רבי ראובן בסי' ז** שהאריך הרבה בענין טוה"נ עיי"ש.

<sup>111</sup> **ועיין בקצה"ח** [סי' ערה סק"א] שכתב דמדברי הריטב"א מוכח שחולק ע"ד התוס' בתירוצם השני, וכתב דלדבריו קשה קושית התוס', וכבר העיר שם בהגהת ברוך טעם שדברי הקצות תמוהים שהריטב"א יכול לתרץ כהת' הראשון של התוס' דמיירי במכירי כהונה.

ובעיקר הדמיון מדברי הריטב"א לדברי התוס' יש להעיר טובא שהריטב"א דיבר בטבל וי"ל דהטבל באמת הוי ממון בעלים לגמרי מחמת הטוה"נ אבל התרומה אחר שהופרשה אינה ממון בעלים ואפשר דתליא בפלוגתא אי מתנות כהונה כמי שהורמו וצ"ע ואכ"מ.

## דף ו ע"ב

בגמ' וכי לא תקפו אסורים בגיזה ובעבודה יל"ע דאיסור גיזה ועבודה הוא מחמת היות הבכור תם קרבן ולכן אסור בגיזה ועבודה ומה תלוי זה בכח זכות הכהן בשה הרי מן הדין כל בכור תם חלה עליו קדושת קרבן ובספק בכור הוי ספד"א לחומרא, ועיין בשערי יושר שער ה פ"ו שעמד בזה וכתב דמדברי הגמ' והראשונים בסוגיין מוכרח ומבואר 'שידעו חז"ל דקדושת בכור סבתה העיקרית הוא זכות הממוני שנתנה תורה לשבט הכהנים' ועיי"ש שכתב לדמותו לתרומה דגם שם דיני האיסורים דתרומה חלים בתולדה ממה שהיא ממון השבט, ואף למסקנת הסוגיא דידן כן הוא שלא חזרה בה הגמ' מעיקר ההנחה הנ"ל אלא רק דקדושה הבאה מאיליה שאני, וצל"ע בזה.<sup>112</sup>

ועוד ביאר בברכ"ש בס' ז דאיסור גיזה ועבודה מדין הקדש הוא עיי"ש, ונ' כוונתו דיסוד האיסור דהוי הבהמה עדיין ממון גבוה לענין גיזה ועבודה ודין ממון גבוה שבה שרשו הוא מחמת הדין נתינה לכהן דהקרבת הוי קרבן דכהן<sup>113</sup>. ויל"ע מהי חזרת הגמ' למסקנא, ועיין בשערי יושר ש"ה פ"ו שביאר דקדושה הבאה מאליה אין חלותה תלויה בהכרעת דין המע"ה, וראה מה שנתבאר לעיל בשיטות הראשונים ועיין ברשב"א ובסו"ד הר"ן וראה ברש"י ד"ה לעולם וכו' אלא הכא משום איסור ספק גיזת קדשים וכו' וכוונתו צ"ב וכי עד השתא לא באיסור גיזת קדשים עסקנו ומה כוונתו בזה ויל"ע.

## תקפו כהן

בגמ' ואי ס"ד וכו' דברי הגמרא צריכים ביאור מה השייכות בין דין תקפו כהן להא דפוטר ממונו בממונו של כהן, ומצינו בזה שתי דרכים יסודיות בדברי הראשונים והאחרונים: (א) עיין בקונטרס הספיקות כלל א אות ו שביאר בשם אחיו שספק הגמ' האם דין חזקת מרא קמא דהבעלים הוי מדין מע"ה בעלמא דאז לא הוי הכרעה בספק כלל וממילא נמצא פוטר ממונו בממון כהן דשמא הוא של הכהן או דדין חזקת מר"ק הוי הכרעה ופסק ודאי דהוי של הישראל וממילא תו לא הוי ממון כהן עיי"ש בדבריו .

וקרוב לזה איתא בקובץ הערות סי' עא שביאר ספק הגמ' אי מוחזק הוי דין ודאי או דין ספק ובזה תלוי אי ת"כ מוציאין מידו וגם דין מעשר בהמה תלוי בזה ומבואר מדבריו דנקט דדין הישראל אחר תקיפת הכהן דין מוחזק הוא ולא דין מר"ק ודלא כהקוה"נ ודוק. אך נתקשה הקוה"ע מה הצד דהמע"ה הוי דין ודאי הרי מקור דין המע"ה הוא מסברא דמאן דכאיב ליה וכו' וזה הוי רק הנהגה בספק. וע"כ כתב דסוגיא דידן סברא דילפינן לדין המע"ה מקרא. והדוחק בזה מבואר מאליו ויל"ע. ועיין בשערי יושר שער ה שהאריך שם לבאר דעל ידי דין מאן דכאיב ליה נפעל דין ודאי וראה להלן.

<sup>112</sup> דהנה מבואר בגמ' בכ"ד דבכור מצוה להקדישו לקרבן אף שהוא קדוש מאליו משעה שנולד, ואם נאמר שקדושת הבכור היא בתולדה מהיותו ממון כהן אם כן כשנולד כבר ממון כהן הוא שהקדושה שחלה עליו בלידה היא בתולדה מהיותו ממון כהן והיאך יקדישנו הבעלים לקרבן וכבר אינו שלו אלא של הכהן. ויעיין בחי' רבנו חיים הלוי בהל' ערכין וחרמים שכתב שם להיפך מהמבואר בפנים וביאר שקדושת הקרבן אינה קשורה כלל לדין מתנו"כ דבכור, [ועיי"ש שהוכיח כן מהגמ' בתמורה דף יב ע"ב, ועיי"ש בכל הסוגיא, וכן יש להוכיח מהמבואר בסוגיא שם דכהן אינו ממיר בבכור בזמן הבית ויש לדון בזה ודוק, וע"ע ברמב"ם בפ"ט מתרומות ה"ט ושם מוכח דהוי ממון כהן גמור גם בבית בעלים ועיי"ש בס' המפתח]

<sup>113</sup> והברכ"ש שם תמך יסודותיו מהתוס' במעילה בדף יב ע"ב עיי"ש. ועיין עוד בתוס' בב"ק דף יב ע"ב ד"ה ואם, שכתבו להדיא דמחמת דאסור בגיזה ועבודה חשיב ממון גבוה וע"ע בדבריהם בדף נג ריש ע"ב וי"ל .

ולדרך זו מבואר דשייכות הדין דמוציאין מידו לדין פוטר ממונו אינה בתורת 'סיבה' אלא בתורת 'סימן' דהיינו דמהא דמוציאין מידו מוכח דהחזקה ודאית וממילא לא ידון הממון כממון כהן ומוזה נולד הדין דתקפו כהן מוציאין מידו. וכדרך זו משמע להדיא בחי' הריטב"א הישנים בדף ז ריש ע"א עיי"ש.

(ב) ודרך אחרת נתבארה בשערי יושר [ש"ה פ"ז ד"ה והנה] דדין הספיקות הוא בתולדה מדין תקפו כהן, דאם תקפו כהן אין מוציאין מידו נמצא שבפועל יש לכהן זכות וכח בממון לענין תקיפה וזכות זו גופא היא המפקעת ממנו שם עשירי ודאי דהוי כעין שותפות של הכהן בשה, אך אם תקפו כהן מוציאין מידו נמצא שאין לכהן שום כח וצד בממון והוי ממון ישראל גמור.

וכהדרך הזו משמע טפי בדברי רבותינו הראשונים, ראה ברש"י ד"ה ואי ס"ד וכו' יש לכהן צד זכיה וכו' ומשמע דתלוי לא בגדר דין המע"ה אלא דאם בפועל יכול הכהן לתפוס חסר בבעלותו של הישראל, ועיין היטב בריטב"א שגרס בגמ' 'זאע"פ שלא תקפו כמאן דתקפו דמי' וביאר כנ"ל דעל ידי שיכול הכהן לתקוף אית ליה דררא דממונא עייש"ה, ולגרסתו ופירושו מבואר דעצם מה שהכהן יכול לתקוף מחמת זה גופא חשיב קצת ממון כהן והיינו בתורת 'סיבה' ודלא כדברי האחרונים בזה דלדידהו אין לומר דאע"ג דלא תקפה כמאן דתקפה דלא בתקיפת הכהן עסקינן כלל אלא מחמת דהוי ספק לא חייל המעשר בהמה ודוק.<sup>114</sup>

אלא שהדברים צריכים ביאור ופירוש דמדוע תליא זה במה שהכהן יכול או אינו יכול לתפוס בפועל הרי לכאורה נידון המעשר בהמה תלוי בשאלה מיהו הבעלים האמיתי כלפי שמיא, וביאר בזה הגרש"ש דדין הבעלים הקובע כלפי חיובי מעשר בהמה אינו תלוי במציאות האמיתית אלא בזכות שיש לישראל בפועל בשה שאם יש לו זכות גמור והוי בעלים ואם יש לכהן כח לתקוף לא הוי לגמרי שלו ולכן אף אם המע"ה פסק ספק המעשר הוא ודאי.

ולדברי הגרש"ש מתבאר כאן חידוש גדול דגם להצד שהוא כלפי שמיא של הכהן מ"מ חייב חיוב גמור במעשר וכ"כ הגרש"ש להדיא בתו"ד וזה נראה מחודש מאוד, ואמנם מצאנו שיסוד זה מבואר גם בגבורת ארי לענין בעלות להפרשת תרומה, דיעויין בגבורת ארי ביומא [דף ט] שהקשה קושיא עצומה דבכל פירות דמאי דדינו דהמעשר נשאר ביד הישראל מדין המע"ה היאך מפריש הישראל התרומת מעשר - לדעת הראשונים בגטין דף ל דאין ישראל יכול להפריש תרו"מ ממעשר ראשון אלא הלוי לבדו - הרי ממ"נ, אי שלו הוא הרי אינו חייב כלל בתרו"מ, ואי חייב בתרו"מ על כרחך של הלוי הוא ואין הפרשת הישראל כלום, ותיריך הגבול"א דכיון דזכה בהם הישראל מדין המע"ה אף להצד כלפי שמיא דשייך ללוי יכול להפריש, וביאור הדבר דדין בעלים הנאמר בקרא ד'אתם' תלוי בבעלים בפועל.

אלא שקשה להלום את הדברים בסוגיין, דבגמ' להלן מבואר דבדלית ליה אלא תשעה והוא מפריש ממ"נ דאי בר חיובא וכו', וזה להצד דתקפו כהן אין מוציאין מידו, הרי מבואר להדיא דלהצד כלפי שמיא שהשה שלו אף דאין מוציאין מיד כהן חייב במעשר ומתעשר שפיר, אלמא אין הדבר תלוי אלא בדין הבעלות כלפי שמיא, ועכצ"ל דבתרתי תליא דלהצד שהוא של הישראל חייב במעשר אף אם אין מוציאין מידו, ואך

<sup>114</sup> וכך גם נראה מבואר בשיטת הרא"ש, הסובר דתפיסה בטענת ברי מועילה, ומכ"ד משמע דהנידון בסוגיין הוא בתפיסת ספק אם היא תפיסה או לא, ואין הספק בגדר חזקת מרא קמא, ולהלן [בסי' כ] אף דן הרא"ש אי מהני תפיסת ספק ליחשב מוחזק אף במקום דליכא מוחזק אחר. ואם כן א"א לפרש לדידיה שספק הגמ' בת"כ הוא האם המע"ה הוי ודאי או ספק.

ויותר מזה מבואר מדברי הגר"א ביו"ד בסי' שטו שהאריך שם להוכיח כשיטת הרמב"ם דקיי"ל דא"מ מידו, ומכ"ד הגר"א שם מבואר דאף במקום דליכא מרא קמא שייך נידון דת"כ והספק הוא האם תפיסה מחשיבה את התופס למוחזק או לא ואף לדרכו אי אפשר שיהיה הספק אם המע"ה דין ודאי או ספק. וכיון שכן בהכרח יש לנו לפרש את תלית הגמ' ע"ד הגרש"ש וכפי שמבואר להדיא בריטב"א וכמש"נ בפנים.

להצד דהוא באמת של הכהן בזה הוא מתחלק דאם מוציאין מידו עדיין מתעשר שפיר ואי אין מוציאין מידו אינו מתעשר, ובקצרה דזכות הכהן מעכבת בהצטרף שני התנאים: חדא דהוא באמת שלו ועוד דיש לו כח תקיפה בפועל, וזה מוקשה הבנה כי אם כח הישראל לעשר תלוי רק בבעלות בפועל אם כן ראוי שגם כח הכהן לעכב יהיה תלוי בבעלות בפועל, וצ"ע, ודוק.

**עלה בדינו** שתי דרכים יסודיות בהבנת ראית הגמ': או דדין תקפו כהן ודין המעשר תלויים שניהם בגדר הפסק דהמע"ה. [כדרך הקוה"ס או כדרך הקוה"ע] או דדין המעשר הוא בתולדה מדין התקיפה ודין המע"ה לדרך זו הוי ספק לדעת הגרש"ש ולהפ"י השני שכתבנו הוי ודאי.

**ולכאורה יש נ"מ לדינא** בין שתי הדרכים הללו, בשה שנוולד בו ספק ממון בברי וברי, דלדעת הרא"ש מהני בזה תפיסה לדינא, דכל מה דקיי"ל דת"כ מוציאין מידו ס"ל להרא"ש דהוא דוקא בטענת שמא. והשתא נחזי אנן: **לדרך הגרש"ש** הרי כאן יש לתובע כח תפיסה בממון כיון שטענתו טענת ברי ונמצא שכה"ג לא יוכל הספק הזה ליכנס לדין להתעשר, אבל **לדרך הקוה"ס** כיון דקיי"ל דמוציאין מידו בטענת שמא ע"כ דפסק המע"ה פסק ודאי הוא ומה דמהני ברי בהכרח אינו סתירה לזה ואין נ"מ בין ספק בכור בעלמא לספק בטענות ברי ודוק.

**ובדין המע"ה** אם הוא ודאי או ספק כלפי דיני האיסורים הבאים בתולדה, הנה לדרך הקוה"ע זה גופא ספק הגמ' כאן ותליא בדין דת"כ, הגרש"ש לדרכו נקט דהוי ספק.

**והאחרונים דנו בכמה מקומות** אם דין המע"ה נחשב כודאי או ספק לגבי כמה נ"מ וכמו שיתבאר. **ויש להקדים לדברים** שמאחר ונתבאר שיש כאן שני מהלכים שונים בשרשם בביאור סוגית הגמ' ממילא אף הנידון בפסק המע"ה בכ"ד אם הוי ודאי מתחלק לשני נידונים נפרדים, **האחד בגדר ההנהגה** אשר לדעת הקוה"ס הוא ספק הגמ' אם הוי הנהגה בודאי ולהדרך השניה תלוי בפירוש הגמ' כמש"כ לעיל. **ונידון נוסף** ביסוד המתבאר בסוגיא לדרך הגרש"ש שדין הבעלות תלוי בכח הבעלות בפועל דלפי זה כל מוחזק יש לומר דהוי ודאי בעלים לא מחמת הנהגה אלא שכך היא המציאות, ואף הראיות שהובאו בענין זה מתחלקות לשני הנושאים הנ"ל.

**ונפרש תחילה** הנידון הראשון האם המע"ה הוי הנהגת ודאי: **עיין בקוה"ס כלל א אות ח** שנסתפק בממון שזכה בו אדם מדין המע"ה אם יכול מי שמחזיק עתה הממון לקדש בו אשה, ותלה הדבר אם מועיל תפיסה, דבאופן שלא מועיל תפיסה הוי הכרעת ודאי ויכול לקדש בתורת ודאי ואם מועילה תפיסה אזי הוי קידושי ספק.

**ועיין בחמדת שלמה** [בשו"ת חלק או"ח סי' א] שהקשה מהגמ' בב"ב דף פא דהקונה שתי אילנות מביא ואינו קורא ומשום דהוי ספק אם זכה בקרקע ואם זה בקרקע חייב בביכורים ולהכי מספק מביא ואינו קורא והתם הקרקע גופה נשאת אצל המוכר מדין המע"ה ואמאי מביא הרי מדין המע"ה נפסק והוכרע דהקרקע של המוכר וכמו דבסוגיין מהני לענין מעשר בהמה ונקטינן דהוי ודאי שלו לענין מעשר נימא ה"ה לגבי ביכורים.

**וכמה תירוצים נאמרו בזה בספרי האחרונים: יעויין בחמד"ש שם** שדן בזה להסוברים דבספיקא דדינא לא אזלינן בתר חזקה וממילא גם חזקת המוחזק לא הוי פסק ודאי. [וזה ניחא רק להסוברים דבספיקא דדינא באמת מהני תפיסה]

**ובספר מאיר לעולם הו"ד בקובץ הערות סי' עא** הקשה מהא דגיטין דף מב דולד כהנת וולד שפחה שנתערבו אוכל כ"א מהם בתרומה מדין ממ"נ דאו דהוא כהן או קנין כספו דכהן וקשה דהרי מדין המע"ה נפקע דין עבדותו ולהצד שנוולד עבד הרי עתה תו אינו עבד יותר שהרי הוא מוחזק בעצמו אכן זה קשה רק אם נאמר דדין המע"ה הוא חלות הפקעה בממון אבל אם הנהגה הוא לק"מ דהכא הוי ממ"נ ודוק עיין

בקוה"ע הנ"ל ועיין בשערי יושר שער ה פרק ח, ועיין בשיעורי רבי שמואל כאן, ויסד השע"י דבהמע"ה הרי כלפי שמיא הבעלים הוא הבעלים האמיתי ובזה הוי ספק בעלים אבל הבעלים בפועל שיש לו ההשתמשות הוא מי שזכה בדין וממילא תלוי בכל דין בעלות הנצרך לאיזה ענין מה דרשה תורה אם את הבעלים דכלפי שמיא או את מי שיש לו דיני ההשתמשות ובזה ביאר כל הסוגיות עיי"ש באורך.

**ועיין בתשובת רע"א תניינא סי' נה ד"ה עוד שהקשה דבכל קידושי ספק לכאורה צריכה להחזיר המעות** דהרי הם ספק ותפיסה בספק לא מהני ואם כן הרי נמצא שלא קבלה כסף ודן לומר דמהני מדין תפיסה ברשות עיי"ש, **ועיין בחזו"א ע"ס ה"ה כאן ומקורו אה"ע לט ג**, שכתב דלא קשה דהרי יש לה לאשה דין בעלות מספק וכמו גבי ביכורים ואף שמוציאין מידה מכל מקום היא ספק בעלים ולהצד דהוי קידושין זכתה במעות וביאר שם דאף דכלפי המוחזק חשיב כודאי שלו אבל גם זה שמוציאין ממנו הוי ספק בעלים וכלפיו נידון הדבר כספק הדברים מתפרשים אם חזקת ממון יסודה בדין חזקה –ראה להלן– דאז כלפי הנדון שעליו הכריעה החזקה הוי הנהגת ודאי אבל כלפי מי שלא נידון בחזקה נשאר ספק ודוק היטב ובזה תירץ החזו"א גם קושית החמדת שלמה אמאי מביא הלקוח ביכורים, וביאר דכלפי הבעלים שזכה בקרקע הוי ודאי קרקע ידידה אבל כלפי לקוח שלא זכה בקרקע אמנם נשאר ספק בעלים עיי"ש בחזו"א ונ' דלדברי החזו"א אם יגדל בה הבעלים זרעים תחת האילנות יביא ויקרא, אמנם יש להעיר בעיקר דבריו דלכאורה לא היתה קושית רע"א כלל דאין כאן קנין אלא דאין כאן קבלה וביאר קושיתו דאף אם כלפי שמיא קנתה הוי ככסף דלית ביה הנאה דבכסף בעינן קבלה ולא קנין בלחוד ודוק ולפי"ז עדיין קשה ויל"ע.

**תוד"ה פוטר וכו' תימה דבפרק השואל וכו' והא מסיק הכא וכו' עיין היטב בסוגיא לקמן בדף ק וברש"י שם, עיין בפנ"י** שתמה אדבריהם דקא מקשו משמואל אדרבה לסתייעו מרבי נחמן דפליג התם ולהדיא בגמ' בדף קי דהלכתא כוותיה דרב נחמן בהא ותירץ הפנ"י דהתוס' הקשו אליבא דשמואל מברייתא דהכא ולשון התוס' דחוק דמשמע דהקושיא היא ממסקנת ההלכה, **ועיין בתוס' ב"ב דף קו ע"א** ששם משמע להדיא דהקושיא היא סתירת הסוגיות ותמוה כנ"ל דהרי הלכתא כר"נ וצ"ל דס"ל להתוס' דלטעמיה דרב נחמן דקרקע בחזקת בעליה עומדת אין תפיסתו בשימוש ובמעות חשובה תפיסה כלל וכ"נ מבואר להדיא בביאור הגר"א, **דיעויין בהגהת הגר"א יו"ד ריש סי' שטו** שהביא מקור לדעת הרמב"ם דתקפו כהן א"מ מידו מהא דשמואל דהתם וכתב דאף רב נחמן לא פליג אלא מטעם דקרקע בחזקת בעליה עומדת ולהדיא דלא כהפנ"י. **ועיין בתוס' לקמן בדף קג ע"א ד"ה פרידיסי** ששם מבואר דטעמו של רב נחמן דבקרקע לא שייך תפיסה דאי אפשר להצניעה ולשמטה ומבואר כנ"ל דטעמו של ר"נ משום דקרקע היא ולהכי כתבו שם התוס' דבספק כה"ג במטלטלין מודה ר"נ ואמנם צ"ב בדבריהם דהרי השוכר תפוס בתשמישים שהוציא מן הקרקע ובהו איכא תפיסה דל"ש בזה טעם שכתבו התוס' וכן הרי תפוס במעות שנתבע לשלם וצ"ל דסוברים דלר"נ נופל הספק על הקרקע ואי אפשר למעבד תפיסה אלא בגוף הדבר שאנו דנים עליו ואם בו ליכא תפיסה והוכרע הדין שבחזקת בעליו הוא ממילא המשתמש בה חייב לשלם, והנה באופן שתופס דבר אחר לגמרי שאין לו שייכות לנידון שעליו תופס בזה כבר יסד הקונה"ס דלא מהני **דיעויין בקונטרס הספיקות בכלל ט** שכתב ליסוד זה דלעולם לא מהני תפיסה אלא בעיקר הדבר שעליו דנים ואולם הכא שאני דסו"ס עתה הרי ממון נתבע לשלם ובממון הוא מוחזק ואמנם י"ל גם כאן דכיון דהוכרע הספק בגוף הקרקע תו לא תהני לו תפיסה ודוק בזה היטב. **ועיין שם בקונה"ס באות ג** שנראה מדבריו שהבין שם סברת התוס' באופ"א וסברתו צ"ב וכשהנידון בחוב אז מועיל תפיסה בכל דבר ועיין שם באות ג מש"כ בשם הש"ך וצ"ע בטעמו. **ועיין בחי' רע"א במועתק מתשובה וצ"ע**

**ואולם נראה דנחלקו הרא"ש והתוס' אם לרב נחמן שייכא בסוגיא דידן דיעויין ברא"ש כאן** שכתב דלמסקנא מוציאין מידו וכן מוכח מההיא דרב נחמן ומוכח מהרא"ש דסובר דאף דקרקע בחזקת בעליה



עומדת שייך תפיסה ונמצא שמחלוקתם של הגר"א והפנ"י מחלוקת רא"ש ותוס' היא וצריך ביאור פלוגתתם בזה וראה להלן בהרחבה בשיטת הרא"ש

שם וי"ל דהתם נכנס בהיתר צ"ב כוונתם דמי התיר לו ליכנס, ואם כוונתם דבתחילת החודש הראשון נכנס בהיתר הרי מכוח זה לא נחשב תפוס דאם כן אף בבאו לידון בתחילת החודש ייחשב תפוס והרי הדין מפורש שם בסוגיא דבתחילת החודש כולו למשכיר ודוק. ועיין בריטב"א בדף קב שכתב שם דהחודש השלש עשרה הוא בהיתר שהניחו לדור, והנה ז"פ דלכתחילה לא נתחייב לו על שלש עשרה חודש דא"כ אין הנידון אלא על הדמים והלוקח מוחזק ואין מקום למחלוקת האמוראים בזה, אלא כוונתם דלא היה איכפת לו שידור שם בחודש הנוסף רק דתובע על זה עוד דמים לפי שחודש זה לא היה בכלל קציצה הראשונה, נמצא שהספק הוא האם יש לו זכות בדירת הקרקע אך בפועל אין מונע ממנו לדור וברשות הוא דר, והנ"מ היא לגבי התשלום ופשוט. וכן משמע בחי' המיוחסים לריטב"א בסוגיין שמטעם זה חשיב תפיסה בהיתר. אך יעויין בתוס' ישנים הנדמ"ח בב"ב בפרק בית כור דשם משמע דחשיב תפיסה בהיתר משום דמתחילה כשירד למרחץ בהיתר ירד. וזה אינו מובן דהרי בתחילת החודש הי"ג אינו חשוב כתפוס וכולו למשכיר וע"כ דכשירד בכל חודש הוי כתפיסה חדשה לפי שהקרקע בחזקת בעליה ותפיסה זו אין לה היתר מכח הירידה הראשונה וצ"ע.

ועיקר סברת התוס' דתפיסה בהיתר מהני צריכה ביאור, דמה בכך שתפס בהיתר. ויעויין בקונט"ס בריש כלל ז' שמבואר מדבריו שנקט בפשיטות דכוונת התוס' דמהני מדין תפיסה ברשות ודין זה דתפיסה ברשות נמצא בב"ד בראשונים ראה שם בקוה"ס מקורותיו ואולם עיין ברא"ש שהקשה ממרחץ ולא תירץ דנכנס בהיתר וידוע ביאורו של הגר"נ זצ"ל בזה דנחלקו בזה התוס' והרא"ש דלדעת התוס' מהני תפיסה בהיתר אבל להרא"ש בעינן תפיסה ברשות ותפיסה ברשות הוא רק באופן שהתפוס בתורת בעלים אבל הכא במרחץ לא שייך לומר כן שהרי הורידו בתורת שכירות ע"מ שישלם לו ולכאורה נראה לפרש כן כוונת התרה"ד בסי' שכא בבאור דברי הרא"ש דיעויין בתרומת הדשן סי' שכא וזה לשונו הצריך לן אמנם באשירי פ"ק דבי"מ כתב בהדיא בהחייא שמעתא דתקפה כהן, דכל התופש מספק שלא יכול לטעון ברי מפקין מיניה ומוקמינן לה בחזקת מרא קמא, ורוצה לומר על כרחך אפי' אם תפיש קודם שנולד הספק, מדמייתי ראייה מחדש העיבור דלמשכיר הוא אליבא דרב נחמן, ואע"ג דהשוכר תפוש מקודם ובהיתר. וצריך להתיישב בהא דכתב אשירי סוף פ"ק דבכורות בשם הרמב"ן, דכל היכא דתפוש ברשות מהני תפיסה אפילו בדבר ספק, כההיא דשה נרמה פדה בו פטר המור ונתנו לכהן, וכו', ויש לחלק דהנהו כולו הבעלים הראשונים התפישו מדעתם לאותם שהן מוחזקין ותופשים עתה והתפישו להם אדעתא דהכי דיהא שלהם, משא"כ לתופש דבר שבירו בתורת שאלה או פקדון או אפי' אם בא בידו מאליו, הואיל ולא התפישו הבעלים אדעתא דיהא שלו, אותה תפיסה לא מהני בספיקא דדינא, כך נראה דעת (הרמב"ם) [הרמב"ן] באשירי בבכורות. עכ"ל הרי למדנו מדבריו כביאור הגר"נ דחלוק דין תפיסה בהיתר מתפיסה ברשות.

והוסיף הגר"נ לבאר בזה מחלוקת התוס' והרא"ש ביסוד דין תקפו כהן דלדעת התוס' הא דלא מהני תפיסה בתקפו כהן הוא משום דהוי תפיסת גזילה ולהכי כל שהיתה התפיסה בהיתר מהניא אבל להרא"ש הגדר דלא מהני תפיסה לאפוקי מחזקת מרא קמא ולהכי לא שנא בהיתר או באיסור אלא דבתפיסה ברשות הוי מוחזק ממש וכן משמע בלשון הרא"ש והרמב"ן בבכורות עיי"ש וכן מבואר כמעט להדיא בכל דברי הרא"ש בסוגיין וביותר מבואר כן ברא"ש לקמן בפרקין בסי' כד שכתב דתפיסת ספק לא מהניא נגד מר"ק אבל אם תפס מהפקר בספק מהניא תפיסתו נגד מי שיבוא אחריו והתם הרי אין לך היתר גדול מזה לתפוס מהפקר ובכ"ז הוצרך הרא"ש לטעם דליכא מרא קמא לפניו וחזינן דלא מהניא תפיסה בהיתר וגם דהטעם דלא מהני תפיסה הוא משום חזקת מרא קמא וכמו שביאר הגר"נ

שיטת הרא"ש עיין היטב ברא"ש בסוגיין, בגמ' להלן דף קב ע"ב ודף קי ע"א, ברא"ש לקמן בדף קב ובפלפולא חריפתא שם, וברא"ש שם סו"פ השואל סי' ל. שיטת הרא"ש לכאורה דטעמיה דר"נ התם משום דתקפו כהן מוציאין מידו וטעמו של שמואל שמועיל תפיסה במרחץ הוא משום דהודה לו המשכיר בשתיקתו ושיטה זו תמוה מאוד הן מהגמ' והן מדברי הרא"ש להלן וקושיות רבות הקשו עליה האחרונים **א. קושית התומים בקיצור ת"כ באות מד מה – דף לח ע"ב בדפי הספר היכי מפרש דטעמא דשמואל משום אודיי הרי להדיא בגמ' דטעמיה משום דתפיס ב.** קושית הפלפול"ח שם בדף קב עוד קשה דבגמ' מדמינן לה להא דכור בשלושים ואמרין דחד טעמא אית להו והתם לא שייך הודאה דהרי ודאי היה דעתו למכור הכל אלא שחזר בו ורק הספק אם נעשה בקנין אחד ג. אם טעמיה דשמואל משום אודיי אם כן מאי שנא באמצע החודש ממ"נ אי איכא הודאה אם כן כולו לשוכר ואם לאו כולו למשכיר ועיין בזה בתוס' בב"ב דף קה ע"א ובמהרש"א שם ב. קושית הש"ך בת"כ סי' מד ואם הטעם משום דאודיי אם כן על כרחך רב נחמן פליג בזה וסבר דלא אמרינן אודיי ובגמ' מבואר טעמיה דר"נ משום קרקע בחז' בעליה ועיין גם בגמ' בדף קי דמשמע להדיא דהמחלוקת אי אזלינן בתר קרקע או הפירות ה. עוד הקשה הש"ך שם סתירת דברי הרא"ש בדף קב כתב דבמטלטלי מודה רב נחמן דכולו לשוכר וקשה דהרי תפיסה לא מהניא אפילו לשמואל אי לאו טעמא דהודאה ואם כן אמאי במטלטלי מודה ובפשיטות קשה דאמאי מודה במטלטלין הרי תקפו כהן מוציאין מידו ו. וברא"ש לקמן בדף קב ולהדיא בסו"פ השואל מבואר להדיא דטעמו דרב נחמן משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת ואם כן ע"כ דאין מחלוקתם באודיי ז. עוד הקשה הש"ך שם קושיא עצומה דעת הרא"ש דתפיסה בברי מהניא ואם כן ע"כ טעמו דר"נ משום דתפיס בשמא וכ"מ בתוס' רא"ש לעיל ב ע"ב וכ"כ להדיא הרא"ש בכתובות בדף כ דטעמא דר"נ משום תפיסת ספק וצע"ג דהרי להדיא בגמ' בדף קי בענין משכנתא דלר"נ התם קרקע בחזקת בעליה עומדת אף דהתם מיירי בטוען ברי עיין שם בסוגיא והוא פלא גדול ועיין בש"ך שם מה שתירץ בזה ודבריו צריכין ביאור רב.

**והעולם רגילים לבאר** דברי הרא"ש דהאי אודיי אינו בגדר הודאת בעל דין אלא דעל ידי דחוינן דהודה לו הוי הלה מוחזק ובוזה מיושב הקושיות: א' וכן הקושיא ב' והא דבאמת מהני בהדיא דכור בשלושים הוא כמו שביאר הרא"ש בבכורות דהוי תפיסה ברשות ולהכי חשיב מוחזק ודמיא לאודיי דהוי מוחזק וקושיא ג' וכן יש לדון בשאר הקושיות ודוק לבד מהקושיא הז' מהגמ' בדף קי

ובביאור המחלוקת דר"נ ושמואל **עיין היטב ברש"י שם ובריטב"א** ועיין שם גם בתוס' ר"פ וכבר רמזנו לעיל דמחלוקת התוס' ורא"ש בסוגיין אי לר"נ דקרקע בחזקת בעליה עומדת חשיב כאילו אין כאן תפיסה כלל תוס' או דמחמת זה לא מהני סברת אודיי להחשיבו כמוחזק גמור והוי עתה תפיסה בעלמא ותליא בדין תקפו כהן וא"ש ודוק **ועיין בתוס' בב"ב בדף סא ע"ב** ביאור אחר במחלוקת שמואל ור"נ והוא הביאור שדחו אותו התוס' דידן בדף קג ד"ה פרדיסי עיי"ש וצ"ב בדברי התוס' בב"ב

**שם בתוס' שתפס קודם שנולד הספק בגדר תפיסה קודם שנולד הספק עיין היטב בקונטרס הספיקות כלל ג** אות ו שחקר בדין דמהני תפיסה קודם שנולד הספק דדין זה נאמר כאן באופן שקודם שנולד הספק היה רשאי לתפוס והספק נולד לגריעותיה דהתופס כגון בשטר מקיים שאח"כ הגיעו עדים לפסלו וכשתפס היה השטר בחזקתו וחקר היאך הדין בתפס קודם הספק אבל בשעת התפיסה היה הפשיטות שקודם לידת הספק נגד התפיסה שלו וכגון ניזק שתפס קודם הנזק ועיי"ש וכתב הקונה"ס דמדברי הש"ך וש"פ בכמה מקומות משמע דאף כה"ג מהני ודעתו הוא דלא מהני וביאר מחלוקתו עמם ביסוד הטעם דמהני קודם לידת הספק דהם סברי דהעיקר שבשעת נפילת הספק יהא הוא המוחזק ולדבריו העיקר הוא שתהא כאן הכרעה קודם לידת הספק ואם תפס כדין הרי הוכרע לו הממון קודם הספק והוסיף הקוה"נ דלא מצינו

סברת קודם שנולד הספק בראשונים אלא במקרה זה של שטר שהוא כה"ג שבשעת תפיסה היה כדין ועוד יש לצדד בזה דלהטעם דלא מהני תפיסה משום דהיא תפיסת גזילה כל שכן דלא יהני הכא

**ועיין בשיטמ"ק בכתובות דף כ בשם תלמידי רבינו יונה** שכתבו שם דמהני תפיסה קודם שנולד הספק משום דכשתפס כדין תפס ומשמע כדברי הקונה"ס ודלא כהש"ך ואולם בלשונם משמע דהטעם הוא משום דאז היתה התפיסה בהיתר **ועיין בתרה"ד בסו' שכא עייש"ה** ומדבריו משמע דסברת קודם שנולד הספק הוא משום דהוי בהיתר ואפשר שכוונתו לדמות זה לסברת התוס' דתפיסה בהיתר ודבריו שם צ"ע ועיין בזה בתו' ב"ב דף ב ע"א דמשמע דמחמת הכרעת הדין לא מהני התפיסה **ועיין בתוס' ר"פ בסו"פ המניח עייש"ה** שדן בגוונא דהקונה"ס בניזק שתפס קודם הנזק ושם מבואר דקודם הנק ל"ש אלא קודם שבאו לבי"ד וחשיב נמי קודם לידת הספק ומשם לכאורה מוכח דלא כהקונה"ס **ועיין בתוס' ר"פ לקמן בדף קב ע"ב ד"ה התם** שגם שם מבואר דלא כהקונה"ס וכתב שם דההיא דמרחץ חשיב קודם לידת הספק כיון דהיה קודם שבאו לבי"ד ולשונו שם הוא ממש כהביאור שכתב הקונה"ס בדעת הש"ך אמנם שא"ר לא מצינו שתירצו כן דהתם הוי קודם לידת הספק **ועיין היטב בכ"ד הרשב"א בב"ב בדף ד** דמבואר שם מדבריו דיסוד הדין דלא מהני תפיסה לאחר שנוה"ס הוא משום דכבר הוכרע הדין ולא ישתנה על ידי תפיסתו אבל אם בא לידו קודם לידת הספק זוכה ומכל מקום אם בא לידו ממוחזק ידוע חשיב כאילו הוכרע הדין וזו דרך נוספת בענין זה ודוק

**עיין בתוס' בכתובות בדף כ ע"א ד"ה ואוקי וכו'** שהקשו מסוגיא דהתם להכא וכקושייתם כאן ותירצו דתפיסה בטענת ברי מועילה וכדעת הרא"ש בסוגיין **ומהא דלא משנו התוס' דידן** דהתם טוען ברי וכמו שתירצו בכתובות מבואר דלא מהני לדעתם תפיסת ברי וביאר הגר"י דלשיטתם אזלו דהא מוציאין מידו הוא משום דהוי התפיסה תפיסת גזלה וראה להלן בסתירת דברי התוס' בזה.

**עיין בסוגיא להלן בדף ק ע"א ולחזי ברשותא דמאן קיימא וכו'** ומבואר בגמ' שם דאם יהיה הולד ברשות לוקח יועיל תפיסתו בולד נגד חזקת מרא קמא דהמוכר ותימא דהרי הלכתא דתקפו כהן מוציאין מידו ומאי שנא **ועיין בתוס' רא"ש לעיל בדף ב ע"ב ד"ה** שהקשה קושיא זו ותירץ דהתם הוי תפיסה בברי ולכאורה לשיטתו אזיל דבסוגיין סובר הרא"ש דמהני תפיסת ברי ולהכי לא קשה ליה מהתם דמוקי לה בברי אך לדעת התוס' דידן ושא"א דסברי דלא מהני תפיסת ברי מדקא מקשו מתרי ותרי קשה מסוגיא זו.

**ועיין היטב בתוס' שם ד"ה ולחזי וכו' בכל דבריהם** והדברים תמוהים מאוד שסותרים התוס' שם דבריהם בכאן בכמה אנפי וכבר עמדו האחרונים בכמה מהקושיות א. **קושית התומים בקיצור ת"כ** כתבו שם דתפיסה בשמא סברא הוא דלא מהני וקשה דלא סברא בלחוד הוא אלא גמ' ערוכה בסוגיין ולמה לא הזכירוה כלל. ב. שכתבו התם דמהניא תפיסה בברי והוא נגד דבריהם הכא שהקשו משטר ולא תירצו כן. ג. שתפיסה דהתם בשמא לא מהני וקשה דלכאורה תפיסה בהיתר היא דלדבריו שקנאה וילדה אצלו תפיסה בהיתר היא וספק תפיסה בהיתר לכאורה דינה כתפיסה בהיתר דהמע"ה ואין כאן לפנינו תפיסה שלא ברשות ודוק. ד. שהקשו אדבריהם מההיא דשנים שהפקידו והתם ודאי תפיסה בהיתר היא. ה. ועוד מאי קא מקשו מההיא דשנים שהפקידו דהתם ליכא כלל מרא קמא נגד בעה"ב ופשיטא דמהני תפיסתו. ו. ומשמע מדבריהם דאף במוכר לא ברירא להוא דלא מהני תפיסת שמא וכ"ה להדיא בתוס' שאנץ בשיטמ"ק דבמוכר **אפשר** דמהני תפיסתו וצ"ב דמרא קמא בשמא פשיטא דמהני וכמו בישראל גופא דהכהן עליו הראיה. ז. ויותר וביותר שלא הזכירוה התם בדבריהם ברמיזה כלל סוגיא דת"כ וסוגיא דמרחץ ודשטרות ובכ"מ בש"ס הזכירוה הנך תלת סוגיות ולא הזכירו כלל מחליף פרה בחמור ולא ההיא דהפקיד טלה אצל בעה"ב **ועיין בתוס' רא"ש** שם שדימה העניינים ול"ז להדיא וכתב דהתם ל"ד לתקפו כהן דהכהן שמא וכן בתוס' רא"ש בדף ב הוכיח מהתם דמהניא תפיסה בברי. ועצם סברת התוס' שם במפקיד טלה צ"ב דהרי הספק עתה הוא על טלה זה של מי הוא ומה מהני לו מוחזקותו בטלה שלו.

ועיין היטב בתוס' בב"ב בדף ב ע"א ד"ה לפיכך וכו' ובדף קה ע"א ד"ה אבל וכו' ובדף ב כשדנו אי מועילה תפיסה באבני הכותל הביאו הגמ' דמחליף פרה בחמור וכן ההיא דבית ועליה שנפלו ולא הזכירו סוגיא דידן ושאר סוגיות, ובדף קה דנו במרחץ תקפו כהן ותפיסה בתו"ת ולא הזכירו כותל בית ועליה ומחליף פרה בחמור והלא דבר הוא .

וברור דהתוס' בדף ק וכן התוס' בב"ב בדף ב דנו בתפיסה מחלוקת דררד"מ ובוזה מיאנו להביא כל הנך סוגיות דמייתו הכא ואילו התוס' דידן והתוס' בב"ב דף קה כשדנו בתפיסה ממרא קמא לא הביאו הני סוגיות<sup>115</sup>, אך אמנם אכתי צ"ע דסו"ס חזינן במחליף פרה בחמור דמהני תפיסה נגד מרא קמא וכן לכאורה תקפו כהן הוי דררא דממונא, ועיין בתוס' רא"ש בדף ב שכתב להדיא כן דהוי דררא דממונא ואם כן ממניעת דין יחלוקו בסוגיין בתקף הכהן היה להם להוכיח דמהני תפיסה כנגד יחלוקו ובוזה יש לדחות דכשהיה השה אצל הישראל כבר פקע דין חלוקה אך התוס' שאנץ בדף ק שכתב להא דמרא קמא מהני תפיסתו מספק והיינו לאפוקי מחלוקה וכתבה בלשון אפשר קשה דהיה לו להוכיח מהכא וצ"ע ובירור בכ"ז

עוד בדברי התוס' בדף ק ובשא"ד בקושית התוס' שם התומים קיצור ת"כ אות טו טז והגרש"ש בשע"י ש"ה פט"ו נתחבטו בביאור קושית התוס' דהרי מדין תפיסה אייתנין עלה שם ואמנם בקונטרס הספיקות כלל ב אות ז ביאר דבריהם בשופי דהבינו התוס' דהלוקח זוכה בטענת מוחזק וטוען שמהיות הולד אצלו מוכח שקנאו דאי לאו מאי בעי גביה ודברי האחרונים צריך עיון ועיין בריטב"א שם ובר"ן שהקשו בקושית התוס' ותירוצם צריך ביאור, וראה בזה בדף הבא בע"ה בדברי הרשב"א בתשובה ח"א תתקעב. עיין בתוס' בכתובות דף עו סוע"א ודוק בדבריהם שם דגם התם לא הזכירו עניני תפיסה כלל וחקרו אי מרא קמא עדיף או מוחזק עדיף ורק בסוף דבריהם בשם הריב"א שם הזכיר ענין תקפו כהן וצריך ביאור ובהאי ענינא דמ"ק במקום מוחזק ע"ע במהרש"א ובמהרש"ל בדף ק סוע"א ודוק ויתבאר עוד להלן בע"ה בענין מוחזק ומרא קמא. ועיין בתוס' בכתובות דף כ ע"א ובב"ב דף קה שהקשו דאם מהני תפיסה אם כן היינו המע"ה היינו כדא"ג והקשו על הגמ' דפריך ממחליף פרה בחמור על ארבא וקושייתם צע"ג דהרי התם במחליף אמרו רבנן הטעם דהמע"ה ולא כל דאלים, ועיין בר"י מיגאש ב"ב שכתב דדין כל דאלים היינו דמי שיתפוס ראשון יהיה השני בגדר המוציא מחברו וכ"ה ברמב"ם פט"ו מטוען ה"ד וז"ל שנים שהיו עוררין על השדה וכו' וכל המתגבר ירד בה ויהיה האחר מוציא מידו ועליו הראיה עכ"ל והנה לדעת הרא"ש דתפיסת ברי מהניא ואילו בכדא"ג לא מהני תפיסה ודאי חלוקים הם בדינם ועיין בתשובת הרשב"א ח"א סי' שיא שכתב דפסק דתקפו כהן א"מ מידו היינו כדא"ג.

שיטת הרמב"ן עיין ברמב"ן בסוגיין ותורף שיטתו דמיאן בכל תירוצי וסברות התוס' והרא"ש כתפיסה בהיתר ותפיסת ברי ותפיסה קודם לידת הספק, ודעתו דשום תפיסה לא מהני והרמב"ן למד עיקר הדין מהא דתקפה אחד בפנינו וכשיטתו בסוה"ד דהתם לא מהני תפיסה מדין מוחזק דאילו מחמת הפסק

<sup>115</sup> ויש לבאר בזה עוד דהיה פשוט להתוס' דתפיסה בעלמא אינה מונעת דין חלוקה וכן מוכח מהרשב"א בתשובה ח"א סי' שיא שביאר בשיטת הרמב"ם דבספק בכור לית להישראל חזקת מרא קמא כלל והוסיף הרשב"א וז"ל והוה ליה כעין ההיא דהמחליף פרה בחמור וילדה. אלא דהתם אית ליה דררא דממונא למר ולמר והכא ליכא דררא לחד מיניהו והילכך כל דאלים גבר. עכ"ל וברור כוונתו לבאר אמאי לא עבדינן חלוקה וביאר דהכא ליכא דררא דממונא ולשיטתו דדררא דממונא היינו שייכות ממון ועיין שם לעיל בסוף תשובה שי ודוק ומבואר מדברי הרשב"א דאע"ג דהישראל תפוס היה ראוי למעבד חלוקה אם היה דררא דממונא וחזינן דאין התפיסה מעכבת חלוקה אלא חזקת ממון ממש היא מעכבת חלוקה וממילא י"ל דעל זה נסבו כל דברי התוס' בדף ק לבאר אמאי אית ליה להמוחזק התם חזקה ממש ולפי זה למדנו מדבריהם דהתופס בברי חשיב מוחזק ממש ודוק ונ"מ שלא תועיל תפיסה ממנו אם שכנגדו שמא, ולפי זה קשה טפי מה מקשו הכא מתרי ותרי דהוי תפיסה בברי וכמו שהקשינו בפנים אבל י"ל דהתם במחליף פרה בחמור לא חשיב כתפיסה לפי שלדבריו בא לידו בתורת מקח ולא תפסם ואף שליכא חזקה משתי"א מועלת טענתו במקום ספק ודוק ויל"ע.

דיחלוקו בלחוד מהני תפיסה ולהרא"ש בהכרח אינו כן דהא תפיסה מהני בברי והתם ברי הוא ולדעת הרמב"ן לא מני תפיסה אלא במילתא דעבידא לאגלווי או בתו"ת במטלטלין.

הרמב"ן העמיד דבריו על הא דתקפה אחד בפנינו ומשמע דזה תלוי בפלוגתא דת"כ ותימה דקאמר פשיטא אף דהוא שנוי במחלוקת אמוראי, ועיין ברמב"ן וברשב"א בכתובות דף טז וגם שם תמכו יתדם מהא דתקפה אחד בפנינו וממה שלא הזכירו כלל הנדון מה ההלכה בת"כ עצמו משמע קצת דגם מ"ד אין מוציאין הוא סברא מיוחדת לדין ת"כ אבל הא דבעלמא לא מהני תפיסה הוא דין פשוט בכ"מ ויבואר לפי"ד הרשב"א בתשו' שיא יובא להלן ובעצם דברי הראשונים שם עייש"ה דיש כמה הערות בדבריהם, והרשב"א בסו"ד שהוכיח מהא דלא שבקת חיי תמוה דהכא בספק לפנינו שמא מהני תפיסה אבל בלא ספק מהיכי תיתי דיועיל ועיין ברשב"א בב"ב דף ד בענין כותל חצר שנפל ודבריו שם צע"ג דהיאך על ידי הנפילה נהיה למ"ק עד שהנוטל ממנו הוא כגולן והרי הוא ספק גמור לפנינו ועיין.

במש"כ הרמב"ן לחלק בתפיסה במילתא דעבידא לאגלווי, עיין בחידושים המיוחדים לריטב"א שכתב שם דבתפיסה שלא ברשות כלל לא מהני אף בעבידא לאגלווי ורק ברשות קצת מהני בעבידא לאגלווי ואילו ברשות גמור מהני כמו דעת הרמב"ן עצמו, והדברים צריכים ביאור, ושמענו לבאר בזה היטב על פי דברי הגר"נ בדעת התוס' דהא דלא מהני תפיסה הוא מדין תפיסת גזילה ויש לומר דסובר הריטב"א דבתפיסת גזילה שאינה תפיסה כלל לא יועיל אף בעבידא לאגלווי שהרי גזילה היא לפנינו ומחויבים הבי"ד להוציא מיד הגולן אף בעבידא לאגלווי אבל במקום שתפס בהיתר דליכא להסברא דתפיסת גזילה הוי תפיסה אלא דבזה חלוק הריטב"א על התוס' וסובר דאף דהוי תפיסה מכל מקום חזקת מרא קמא עדיף וכמו שכתב שם הריטב"א להדיא דטעמו דמ"ד מוציאין מידו הוא משום דחזקת ממון עדיפא מתפיסה וראה להלן בכ"ז בטעם הדין דמוציאין מידו ואמנם בזה יש לומר דכיון דתפיסתו מצד עצמה תפיסה ראויה היא אין בית דין נזקקין להכריע הדין מכח חזקת מרא קמא והיכי דעבידא לאגלווי והיכא דקיימא ליקום ודוק והוא מקור גדול לדברי הגר"נ הנ"ל ודוק.

**במש"כ הרמב"ן** דתו"ת ספיקא דאורייתא ומהני תפיסה במטלטלין וכ"ה ברשב"א דסוגיא דכתובות סברה דספיקא דאורייתא הוא ומכל מקום בקרקע לא מהני תפיסה דלאו שמה תפיסה כלל ועיין ברשב"א ח"א סי' תתקעב בסוף התשובה ודוק. ועיין שם ברע"א בכתובות שדעתו דאם ספיקא דאורייתא הוא עבדינן יחלוקו ואין מועלת התפיסה אבל לא משום דאין תפיסה בקרקע אלא משום דאף תפיסה אינה מועלת במקום תו"ת עיי"ש ודוק ואם כן באו דבריו שלא כדברי הרמב"ן והרשב"א דבמטלטלי מיהת מועיל תפיסה בתו"ת]

**במש"כ הרמב"ן** בסו"ד דהא דלא מהני תפיסה מיחלוקו הוא מחמת דכ"א מוחזק יותר מחברו במחצה לא כן הוא שיטת הרא"ש דלדידיה תפיסה בברי מועילה וע"כ דמדין תפיסה מיחלוקו אייתנין עלה ולפי"ז הסברות הפוכות לדעת הרא"ש דתפיסה מיחלוקו גריעא דלא מהני אף בברי ולדעת הרמב"ן תפיסה מיחלוקו עדיפא דמהני אפילו בשמא ואף התוס' לא ציינו בשום מקום הא דתקפה אחד כמקור לדין תפיסה וכהרא"ש ויש לומר עוד דאחר פסק בי"ד גריעא אף מתפיסה מיחלוקו כמש"כ הרשב"א סברא זו בכתובות דף טז, אך צ"ע לומר דלהרא"ש הטעם הוא משום דהוי תפיסה מפסק דהרי הרא"ש בריש מכילתין כתב דהטעם דעבדינן חלוקה ולא כדא"ג דאין לנו להניח שיגזול האחד את חברו ואם נאמר דמהני תפיסה אלמלי הפסק דיחלוקו למה אין לנו להניח לכ"א מהם לתפוס והרי הם טוענים ברי וצ"ע ודימהו הרא"ש שם לנסכא וצ"ע דהרי להרא"ש מועיל תפיסה בטענת ברי ובהכרח דהטעם בנסכא הוא משום דליכא ספק ואם כן היכי מדמי לה לשנים אוחזים וצ"ל דסובר דאף שנים אוחזים חשיב כאילו לית בה ספק אך אם כן קשה מאי ס"ד כלל למעבד כדא"ג וצ"ע.

**בטעם הדין דתקפו כהן מוציאין מידו לשיטות הראשונים שיטת התוס' בכל הש"ס** לבד מהתוס' דידן ושיטת הרא"ש דתפיסת ברי מועילה וכן תפיסה קודם שנולד הספק בדעת הרא"ש דנו בזה אחרונים ותפיסה מספק הוא דלא מהניא ועיין ברא"ש להלן בפרקין בסי' כד שביאר שם דמהני תפיסת ספק מהפקר כשאין טענה

נגדו והא דלא מהני הוא נגד מרא קמא עייש"ה ומבואר מדבריו דעיקר החידוש בסוגיא דתקפו כהן הוא דתפיסת ספק לא מהניא וכ"מ ברא"ש כאן ובתוס' רא"ש בדף ב ולפי זה עולה דמעיקרא דדינא יסוד הדין דתפיסה מהניא בכ"ד אלא דתפיסת ספק היינו בשמא ל"ה תפיסה ועיין בתוס' בב"ב דף ב קה ובכתובות דף כ. שיטת התוס' דידן דמהניא קודם לידת הספק וכן בהיתר ולא בברי וביאר הגר"נ דלדרכם עיקר הטעם הוא מחמת שהתפיסה באיסור ולכן בהיותה בהיתר מועלת ואף לדבריהם עיקרא דדינא דמהניא תפיסה אלא דתפיסה באיסור לא שמא תפיסה. שיטת הרמב"ן ודעימיה הרמב"ן מיאן בכל סברות הראשונים ולדידה לא מהניא תפיסה בברי וכן בהיתר ובפשטות אף לא קודם שנולד הספק ורק תפיסה ברשות מהניא, ועיין בריטב"א הישנים בסוגיין שביאר הטעם דתקפו כהן מוציאים מידו וכתב להדיא דהטעם משום דאוקי ממונא בחקת מריה ויש להישראל חזקת ממון ומשמע מדבריו דהדין פשוט בעיקרו דלא מהני תפיסה נגד חזקת ממון דהחזקת ממון מכרעת וממילא מובן דלא שייך בזה שום חילוקים לבד מתפיסה ברשות דזה מבואר ברמב"ן בבכורות דמהני והטעם דהוי חזקת ממון ממש. ועיין ברשב"א בב"ב בדף ד באורך ואפשר שמבואר שם טעם נוסף דהוי דין דסוף דינא כתחילת דינא ולהכי לא מהני תפיסה כיון דאין משנים הדין ויל"ע בכ"ד הרשב"א שם ובכתובות בדף טז ובתוה"ב בית שני ריש שער שלישי במשמרת הבית שם ובסוגיין בענין הקדישה בסו"ד וצריך תלמוד.

שיטת הרמב"ם: עיין ברמב"ם בפ"ב מבכורות הלכה ו שפסק דת"כ אין מוציאין מידו ותמוה שהרי מסקנת הסוגיא נראה דמוציאין מידו וכדמוכחין מברייטא, ועיין שם בכס"מ שביאר דסובר הרמב"ם דסייעתא דרב חנניא לאו סייעתא היא דאף אם א"מ מידו מכל מקום יכול לעשרם דעתה ממונו של ישראל הם והרשב"א עמד בדברי הרמב"ם בתשובה בח"א סי' שיא וז"ל שם:

כתבת עוד ותמה אני על מה שכתב הרמב"ם ז"ל גבי ספק בכורות ואם תפס אותו הכהן אין מוציאין מידו ואוכל במומו. ולפום שמעתין משמע דקמה לה מילתא דרבה דאי תקפו כהן מוציאין אותו מידו. ואין דעתי נוחה בדברי הרב הנ"ל ע"כ. תשובה באמת גם לי נראה פשיטותה של הלכה כן. אלא דבעינא למשכוני נפשין אדרב ז"ל לחזור אחר זכותו. ואני אומר כי הרב ז"ל סמך על דברי רב המנונא. ומשום דסתמא הכין מכרעא מדקתני המוציא מחברו עליו הראיה. ואי קרינן לעולם מוציא מאן פסקה וכדאמרינן בפרק המדיר גבי מחט שנמצאת בעובי בית הכסות לא הוגלד פי המכה המוציא מחברו עליו הראיה. ואוקימנא דטבח הוא המוציא. ואקשינן ומאן פסקה ואצטריכי לפרוקי משום דסתמא דמילתא בעל הבית לא יחייב זיבונא עד דיהבי זוזי. אלמא כל היכא דתנינן המוציא מחברו סתמא דוקא כל שמוציא עד דמפרש טעמא בגמרא.

ורבה נמי דאמר ליה לרב המנונא לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאין אותו מידו דחייב בעלמא היא. ודיקא נמי דקאמר לעולם אימא לך ולא קאמר התם תקפו כהן מוציאין מידו. אלא דדחייב בעלמא היא. והכי קאמר ההיא לאו בהא תליא. כלומר דמשום דתקפו כהן אסור בגיזה ועבודה דאפילו תימא תקפו כהן מוציאין מידו אפילו הכי מדינא אסור בגיזה ועבודה דקדושה הבאה מאליה שאני. ואף על גב דרב חננא ודאי הכין סבירא ליה דתקפו כהן מוציאין מידו. אפילו הכי קיימא לן כרב המנונא. חדא דמתניתין מכרעא כותיה כדאמרן. ועוד דכל היכא דפליגי תרי אמוראי ולא איפסיקא הלכתא כחד מיניהו מספקא לא מפקינן ממונא ממאן דתפיס אלא ממונא היכא דקאי ליקום.

ואף על גב דמסתיעא רב חננא מבריתא הספקות. אמר לך רב המנונא דלא דמי דשאני בכור דקדושה הבאה מאליה היא. דאף על גב דצריך להקדישו למצוה מכל מקום אי לא אקדשיה קדוש. והלכך הא ספק בכור ספק גמור הוא ולא איתחזק ביה ישראל יותר מכהן ולא כהן יותר מישראל. דאף על גב דאיתחזק ישראל באם בולד מיהא לא איתחזק. והוה ליה כעין ההיא דהמחליף פרה בחמור וילדה. אלא דהתם אית ליה דררא דממונא למר ולמר והכא ליכא דררא לחד מיניהו והילכך כל דאלים גבר. אבל הספקות ישראל איתחזק בהו לגמרי. דבגופו של פטר חמור ממש ליכא דזכי ביה דאי לא פריק ליה למיתה אויל. ועוד כל דפריק ליה הוה ליה לבעלים ונכנס שם תחתיו בספק. ושה ודאי הא איתחזק

ביד בעלים וספק פדיון פטר חמור הוא ספק אינו פדיון. והילכך דינא הוא דאפילו תקפו כהן מוציאין אותו מידו. וממאי דאמר אביי אי מהא לא תסייעה למר וממאי דהדר אמר לאו מילתא היא. דאמרי ליכא סיעתא לרב המנונא ולא קושיא. והילכך קיימא לן כרב המנונא כדאמרן. כן נראה לי לישב הדבר לפי פסק הרב ז"ל. והשם יתברך יראנו נפלאות מתורתו. עכ"ל.

**ונחלקו האחרונים בעיקר הבנת דברי הרשב"א**, דדעת הפנ"י והש"ש נראה שהבינו דכוונת הרשב"א לומר דבאמת בכל ספק ממון לא מהני תפיסה וספק בכור בהמה טהורה הוא דשאני משאר ספיקי ומה שפסק הרמב"ם בספיקא דדינא דמהני תפיסה לדבריהם אינו שייך כלל לסוגיין ואילו דעת הגר"א וכפה"נ גם הש"ך היא דבכה"ת מהני תפיסה וספק פדיון פט"ח הוא דשאני מכל ספיקי דבו לא מועלת תפיסה ולדרך זו הרמב"ם בספיקא דדינא לשיטתו דבכה"ת מהני תפיסה ונבאר השיטות.

**דיעויין בפנ"י בסוגיין שכתב בתו"ד בשם הרשב"א** בתשו' דידן שבספק בכור אין לישראל חזקת מרא קמא אלא תפיסה בלחוד ולהכי מהני תפיסת הכהן ונקיט הפנ"י בפשיטות דהא דבעלמא לא מהני תפיסה הוא רק באופן דאיכא חזקת ממון ולא באופן דתפיסה בלחוד **ועיין גם בש"ש** שדן בענין זה דליכא חזקת מרא קמא מעובר לולד וציין לדברי הפנ"י בשם הרשב"א.

**ואולם יעויין היטב בהגהת הגר"א ביו"ד ריש סי' שטו**, שביאר שם שיטת הרמב"ם דבכה"ת כולה מהניא תפיסה והביא ראיות רבות מן הש"ס לדעת הרמב"ם והכריע כוותיה ובתוה"ד הביא שם דברי הרשב"א לחלק בין ספק בכור לספק פט"ח ומכל דבריו מבואר להדיא דההיא דספק פט"ח שאני אבל בכל ספק בעולם מועילה תפיסה, ונראה מדבריו שהבין דכן כוונת הרשב"א בתשובה הנ"ל. **ועיין גם בספק תקפו כהן בסי' א ובסי' קב** עייש"ה שנראה שגם הש"ך פירש דברי הרמב"ם עד"ז דשיטת הרמב"ם היא דמהני תפיסה בכה"ת לבד מפט"ח וצריך עיון מאי שנא ספק שה מכל הספיקות דבכ"מ איתחזק המוחזק קודם לידת הספק ומאי שנא הכא וצ"ת. **ועיין שם בהגהת הגר"א וכ"ה בהגהת הגר"א הנדפסת על הגמ'** דבפטר חמור לא זכי כהן ובשה אתחזק הבעלים וצ"ע מה כוונתו דלא זכי הכהן הרי הגמ' מיירי בשה דהספיקות נכנסים לדיר מיירי על השה ואין ראיה מהגמ' דלא מהני תפיסה בחמור ומה הוצרך להוסיף דלא זכי ביה כהן **וכן באמת מפורשים הדברים ברשב"א עצמו בתשובה** שכתב דבחמור ליכא דזכי בה דאי לא פריק ליה למיתה אזיל וכו' ותימה מה הוצרך לזה הרי סו"ס לו יהיה דיש לכהן דין ממון בחמור הרי לא תפס החמור ולא עליו אנו דנים אלא על השה ובשה יש לישראל חזקת ממון וספק זכיה לכהן והוי ככל ספק ממון, ועוד צ"ת לדרך זו מה שביאר הרשב"א דהוחזק באם ולא בולד וכן הדמיון למחליף פרה בחמור הרי לא הוצרכנו לבאר דין ספק בכור שהוא ספק בעלמא ככל ספיקי דמהני בהו תפיסה אלא דין פט"ח ואמנם לדעת הפנ"י צ"ב לאידך גיסא כל אריכות דברי הרשב"א בדין פט"ח וצריך עיון ובירור בדברי הגר"א.

ועייש"ה בהגהת הגר"א במוסגר שם ועיין בליקוטים מהגר"א על הרמב"ם וכוונת הגר"א להרכיב פשט הרשב"א עם דברי הש"ך דלהמבואר ברשב"א עצמו הרי אביי לא נחת לחלק בין שה לפדיון פט"ח ורק דהרמב"ם סובר דלא ראיה היא אבל הש"ך כתב בספר תקפו כהן סי' א דאביי ס"ד דמיירי בספק בכור ולא בפדיון ולהכי הביא ראיה אבל כשחידש רב אידי דמיירי בספק פדיון פט"ח ממילא אדחי ראיה דאביי ולפי"ז אדרבה הרי מסקנת הסוגיא כהרמב"ם ועיין שם בש"ך שתירץ דברי הרמב"ם באופ"א מכל מקום מבוארים דבריו היטב גם לתירוץ הרשב"א ועיין שם בש"ך בהגהה מבן הש"ך.

**ובעצם סברת הרשב"א גבי בכור בהמה טהורה, עיין בש"ש הנ"ל בש"ד פרק ה שביאר דלא עבדינן חזקה מעובר לולד וכמו דנחשב הולד לדבר שלבל"ע ה"ה דליכא נמי חזקת ממון מעובר לולד והאחרונים הקשו מהגמ' לקמן בדף ק דמפורש דמוקמינן לה אחזקת מרא קמא מעובר לולד, ועיין בקה"י כאן מש"כ לתרץ בזה, ושמענו בשם הגר"ר שלמה ברמן זצ"ל שביאר דחלוק הנידון דהכא מהתם דהתם הרי אין טענת הלוקח**



שקנה הולד אלא שקנה שפחה מעוברת ונמצא שאין לו תביעה על הולד גופו שמעולם לא מכר לו המוכר ולד וכל תביעתו היא שקנה פרה מעוברת ועל העובר אנו דנים ובזה ודאי יש למוכר חזקת מרא קמא לומר שמעולם לא נמכר עובר זה ולא יצא מרשותו ול"ד להכא שזה אין מועיל לו שהכהן יש לו צד זכיה בולד משנולד ומה יועיל לו מה שהוחזק בעובר.<sup>116</sup>

**והמשך דברי הרשב"א** דדמיה למוכר פרה אלא דהתם אית ליה וכו' דבריו צריכים ביאור, ותמוה מאי מיייתי מהתם, ואמנם **עיינ בחידושי הרשב"א לקמן בדף לג ע"ב** שפוסק שם להדיא כסומכוס דהמחליף פרה בחמור יחלוקו ושיטתו לקמן בדף ק דלא אמר סומכוס אלא במקום חזקת מרא קמא ולא במקום מוחזק גמור ושם וכן בחידושו בריש הפרה משמע דיסוד מחלוקתם הוא אם על ידי חזקת מרא קמא חשוב שכנגדו כמוציא ודוק<sup>117</sup> וממילא כוונתו הכא מבוארת דהכא לא פסקינן חזקת ממון כלל ודמיה למחליף פרה בחמור לסומכוס וממילא היה ראוי לפסוק חלוקה רק דהכא ליכא דררא דממונא ולהכי עבדינן כדא"ג ולפי"ז מבואר ברשב"א להדיא דבמקום תפיסה מודו רבנן דיחלוקו שהרי סו"ס הישראל תפוס.

ומש"כ הרשב"א דליכא דררד"מ בספק בכור, **עיינ בתוס' רא"ש לעיל בדף ב סוע"ב** שכתב דבספק בכור איכא דררא דממונא, אכן פשוט דלשיטתייהו אזלי דדעת הרשב"א לעיל דף ב דדררא דממונא היינו שייכות ממון אלא דבריו שם צ"ת אמאי ניזק חשיב דררא דממונא וגם קשה מ"ש ניזק מכהן וצ"ב ואילו הרא"ש סובר דדררא דממונא היינו ספק בלא טענותיהם וזה איכא גם בספק בכור ולפי"ד הרא"ש בספק בכור לסומכוס יחלוקו. **ועיינ ברשב"א בתשובה הקודמת לתשובה זו בסי' שי** שכתב שם הטעם דמוציאין מידו משום דלישראל אית ליה בה דררא דממונא ולכהן לית לו דררד"מ ולכאורה דבריו סותרים זא"ז, ובפשטות צ"ל דבהא גופא פליגי והתם ביאר דעת המ"ד דמוציאין והכא ביאר המ"ד דא"מ ופשוט או דכוונתו התם לגדר אחר **ועיינ ברשב"א בתוה"ב בית שלישי שער שני במשמרת הבית שם** שפסק שם כהרמב"ם וקרוב לדבריו בתשובה אלא דבתשובה דעתו נוטה שלא כהרמב"ם והתם נראה דנוטה לפסוק כהרמב"ם.

**ובריש דברי הרשב"א שם** נסתייע מדיוקא דרב המנונא מדקתני המוציא **וקשה טובא** דהרי בברייתא מפורש להדיא 'אחד בכור אדם אחד בכור בהמה בין טמאים בין טהורים' וטמאים היינו פדיון פטר חמור והרי בזה מודה הרמב"ם דלא מהני תפיסה והיכי קאמר המוציא בסתמא וצ"ע, **עוד יש להקשות** לדעת הפנ"י דלהרשב"א בדעת הרמב"ם ל"מ תפיסה בספיקות בעלמא אם כן במתני' סוף המניח דקתני המוציא מחברו הרי איכא נמי להאי דיוקא דסתמא קתני והתם הרי לא מהני תפיסה שהמזיק מוחזק גמור הוא וצ"ל ע.

<sup>116</sup> ועיינ בתשובת הרשב"א ח"ב סי' רכט שכתב שם בדין שהיה מכירה ודאית לפנינו ואח"כ נפל בה ספק אם היה תנאי דבזה אזלינן בתר מוחזק ולא מרא קמא וכתב לחלק בין דין זה למחליף פרה בחמור וז"ל ואין אומרינן בכיוצא בזה ואוקי בחזקת מרה קמא, כמו שאמרו במוכר שפחה וילדה. דהתם הוחזק המוכר בשפחה מעוברת, והלוקח לא נתברר שהוחזק בה, בעודה מעוברת, ובולד, שנחלקו בו לא הוחזק עכ"ל ונראה כוונתו עה"ד הנ"ל וכיון שהלוקח אית ליה חזקה דהשתא שהוא עתה בעלים על הפרה אם כן נאמר שאף בעיבורה היתה שלו וכדין חזקה דהשתא בכ"מ וכמו שי למוכר חזקה דמעיקרא ולזה חילק דהלוקח אין לו חזקה במעוברת משא"כ המוכר שהוחזק בה בעיבורה ודוק

<sup>117</sup> ואף שבאחרונים כמעט לא הובא שיטה כזו לפסוק כסומכוס לבר הרשב"ם בב"ב אמנם בקונה"ס הביא בשם הג"א שהרי"ף פסק כסומכוס וכתב דלא מצאו ופירש שהכוונה לרי"ף בעל השערים אבל באמת נראה שהרבה ראשונים פסקו כסומכוס דבסוגיא דהתם בדף לג מוכח דפסק הרי"ף כסומכוס עיינ ברשב"א הנ"ל וברי"ף שם וכן בסוגיא בב"ב בדף סג כתב הרמב"ן דהרי"ף פסק כסומכוס וכתב דהפורש ממנו כפורש מן החיים הרי דגם דעת הרמב"ן כן ובתשב"ץ בח"ב סי' רעב כתב שגם הר"ח ורב האי גאון פסקו כסומכוס ועיינ גם ברשב"א בב"ב דף סג שסתימת דבריו כסומכוס וכמו שכתב להדיא בב"מ דף לג הנ"ל.

**תירוצים נוספים בדעת הרמב"ם** עיין בספר תקפו כהן סי' א ובהגהה מבין המחבר, עיין בנתיב"מ בסי' כה בריש כללי תפיסה שחידש בפשט הגמ' דלא מייתי ראיה דתקפו כהן מוציאין מידו ומה שאמר רב חנניא תניא דמסייע לך היינו דמסייע לרבה שקדושה הבאה מאליה שאני וביאור זה מדוקדק דהרי רבה מעולם לא אמר בהחלט דמוציאין מידו אלא דאפילו תימא מוציאין וכו' ועיקר חידושו הוא דקדושה הבאה מאליה שאני אלא דצ"ב מה הראיה לזה מהך ברייתא ועיין שם בנתיב"מ מש"כ בזה **ועיין בשערי יושר שער ה סופ"ו באופ"א עד"ז ואמנם אם נימא כהש"ך דלהס"ד מיירי בבכור שה ונפרש הגמ' על דרך הנתיבות דהראיה היא שקדושה באה מאליה שאני אזי נוכל לפרש בפשיטות מאוד דבאמת מה שיכול הכהן לתקוף אינו כלום אבל אם גיזה ועבודה חשיב כאילו כבר תקפה הרי זה ממש פוטר ממנו בממונו של כהן ואף גרסת הריטב"א שגרס בגמ' 'ואע"פ שלא תקפה כמאן דתקפה' מדוקדקת להפליא דכוונת הגמ' דכמאן דתקפה משום דהקדש כתקיפה ודוק בזה.**

**תוד"ה קפ"ז וכו'** בעיקר קושית התוס' צריך לברר דהנה באחרונים דנו בדין ביטול ברוב אם ישיג המתבטל מעלת המבטל ודנו בזה בכמה ענינים, **עיין בשו"ת עונג יו"ט סי' ד** שחקר בדין חוטי ציצית העשויים שלא לשמה שנתבטלו בעשויים לשמה וכתב שם דלא בטלי ולא הביא מתוס' דידן, **ועיין בסוגיא דזבחים דף עט ע"א מחלוקת רש"י ותוס' שם אם מצטרף המתבטל לשיעור כזית ללקות, ודעת התוס' שם דאינו מצטרף, ולכאורה כ"ש הכא ואף לדעת רש"י אפשר דרק בכזית דהוא שיעור חשיבות מצטרף לו המתבטל אבל לא בדין ממש דסברא הוא דביטול ברוב מבטל הדינים המיוחדים למיעוט כגון דין איסור ידיה אבל לא שייחשב על ידי זה כמחויב והוא אינו, **ועיין עוד באור שמח בפט"ו ממאכ"א, ועוד אריכות גדולה יש בענין זה בראשונים ואחרונים ואכמ"ל.****

ולפי כ"ז צע"ג קושית התוס', וטפי נראה דהכא מגרע גרע מכולהו דסו"ס אין לך עשר אלא תשע, והר"ן בנדרים הו"ד באו"ש הנ"ל כתב דאם נתבטל חולין בטבל אם בא לעשר עליהם ממקום אחר מעשר לפי שיעור הטבל ולא לפי גודל התערובת ובה נראה דכולהו מודו והכא דמיא להתם, **ועיין בספר קונטרסי שיעורים כאן, שכתב לתרץ דברי התוס' דהכא הרי לא נתעשר עדיין אותו שקפץ אלא דכיון דכבר עבר חייל עליו דין פטור וכיון דמתבטל מסתלק מעליו דין הפטור המחודש דשכבר עבר וממילא יכול לעשרו, ועיין שם עוד שהאריך בפרטי הסוגיא.**

**שם וקבוע נמי לא שייך וכו'** מבואר מדברי התוס' דקבוע שייך נמי בביטול ברוב דדבר קבוע אינו בטל וצ"ב מנא להו, דדין קבוע מקורו הוא כלפי דין הלך אחר הרוב ולא בדין ביטול, **ועיין בר"ן בחולין דף צו דף לג ע"ב בדפי הרי"ף סוד"ה ובנמצא, שכתב שם דכיון דבטל ברוב ל"ש למימר קבוע דאדרבה מתבטל הוא ואינו קבוע.**

**שם ובריה נמי לא הוי כדפרישית וכו'** כפה"נ דכוונתם למה שכתבו בחולין דף צו ע"א ד"ה מאי.

**עיין בתוס' רא"ש ובריטב"א** שתירצו קושית התוס' דכיון דעשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק הכא לא מקרי ודאי על ידי דין רוב, ודע דבתוס' רא"ש משמע שתירץ כן על הקושיא השניה שהקשה שם דניזיל בתר רובא וראה להלן מדברי האחרונים בזה, **אבל בריטב"א** תירץ כן להדיא אף על ביטול וצ"ב דכיון דעל ידי דין ביטול הוי חתיכה דהתירא ממש אם כן למה חשיב כספק. ולשון התוס' רא"ש צ"ב שהרכיב דין ביטול על דין כל דפריש ועשאם לאחד עייש"ה **וכבר עמד בזה בפמ"ג** בשפתי דעת יו"ד סי' קי סקל"ז ד"ה שאלה עיין שם בדבריו בדברי הרא"ש. **ועיין בחידושי רע"א כאן** הועתק מתשובה, שהקשה כמה קושיות ודן בדברי הרא"ש, ובד' רע"א ע"ע בחי' הגר"ח הנדמ"ח בסי' יב ואף הרע"א הבין שבא לתרץ הקושיא דנכבשינהו דהיינו דניזיל בתר רובא, **ועיין בקובץ שיעורים בקובץ שמועות על חולין** אות מג בשם הגר"ח

דהתוס' רא"ש לא חש לקושית התוס' משום דהתר לא בטיל ולהכי הוקשה לו רק מהלך אחר הרוב וע"ז תירץ דלא הוי עשירי ודאי אכן בריטב"א מבואר להדיא דאף אביטול משני כן וכנ"ל.

**ועיין בחידושי רבי מאיר שמחה** בסנהדרין בדף סט שביאר שם יסוד גדול בדין רוב, והוא דכל דין הלך אחר הרוב הוא מגדר ביטול דכלפי הפרישה חשובים כולם כמעורבים, ועיין כעין זה בחזו"א באהלות סי' כא, ועומק הסברא דהחתיכות שלפני הספק היו ידועות ועתה אין ידוע איזו מהם פרשה נמצא שהחתיכות הידועות מעורבות הם בדעתנו וכמו כל תערובת שהרי עתה ניכרות וידועות רק דאינך יודע איזו מאלו שהוכרו אתמול ככשרות הינן עתה הכשרות וכך אף שלא זוה ממקומה אלא אחת הרי סו"ס כלפי הידיעה דאתמול מעורבות הן כולן ודוק. ולפי זה מבואר לשון התוס' רא"ש.

**עיין בחידושי הגר"ח על ב"מ הנדמ"ח** בסי' יא שחקר בדין מעשר בהמה אם הוא חיוב על כל בהמה ובהמה או דהחפצא של עשר בהמות מחייב וכתב שם דאם המחייב הוא עשר בהמות אי אפשר לדון כלל ביטול ברוב דהרי על זה גופא הוי ספק אם יש כאן חפצא דהמחייב אך יש לדון דסו"ס סיבת המחייב הוא דין בכל בהמה שכשתצטרף תתחייב ובזה גופא שייך ביטול ודוק ועיי"ש באורך במה שכתב בדברי התוס' והתוס' רא"ש.

**תור"ה לפטרו וכו' יש להקדים לדבריהם** דלכאורה הגמ' עצמה אינה מובנת דבשלמא אם יצא הפטור בעשירי הרי נפטרו אלו שלפניו במנין הראוי אבל אם יצא רביעי או חמישי הרי אלו שלאחריו לא יפטרו כלל דאין מנינו מעתה מנין, אך צ"ל זה לא הוקשה להתוס' כלל דאף שטועה כשקורא לשישי שם שישי שבאמת הוא חמישי כי החמישי היה פטור מכל מקום יש כאן שם מנין והוי עשירי ידידה תשיעי וקדוש שכך הדין שאם קרא לתשיעי עשירי הוא קדוש וגם העשירי יהיה קדוש שהוא עשירי אמיתי, אך הוקשה להו דאם כן למה יפסיק מלמנות כשיצאו עשר הרי מספק יש לו לקדש גם האחת עשרה וכנ"ל. **ועיין בתוס' רא"ש בשם רבינו מאיר שתי'** קושית התוס' דאם יצא זה בחמישי נתבטל המנין לגמרי והוי השישי ראשון וצ"ב בטעמו, וגם צ"ע דאם כן דכשיצא המנוי בחמישי המנין מתחיל מהשישי א"כ החמישה עשר יהיה קדוש ונמצא שכולם מעשירי ואילך קדושים מספק וצ"ע, **ועיין עוד** בראשונים בזה.

#### דף ז ע"א

**בגמ' שאינו יכול להוציאו בדיינים וכו' עיין בזכר יצחק סי' ל חקירה מהגר"ז סנדר** בדין אינו יכול להוציאו בדיינים אם הוא מדין אינו שלו או מדין אינו ברשותו, **ולשון הגמ' כאן** דקרקע כי יכול להוציאה בדיינים ברשותו קיימא ומשמע דהוא חסרון דאינו ברשותו, **ועיין בשיטמ"ק בשם הרמ"ך** שהיה פשוט לו דגולן אלימא דלא ציית דינא חשוב אינו יכול להוציאו בדיינים וכה"ג ודאי לא מסתברא דהוי אינו שלו, **ועיין בריטב"א** שכתב דהוא גזיה"כ ומשמע דהוא גזיה"כ שאינו יכול להקדישו ולא בגדר אינו שלו דאינו שלו סברא הוא ולא גזיה"כ.

**עיין ברע"א בגליון הש"ס** במה שהקשה שם, והיה פשוט להרע"א דדין אינו ברשותו הוא מחמת הקניני גזילה, ולכאורה הוא מחלוקת הרמב"ן ובעה"מ בריש הפרה עיי"ש, ולדעת הרמב"ן אמנם קשה, וידוע לתרץ דגם להרמב"ן הגדר הוא דמה שאינו בשליטתו הוי אינו ברשותו אלא דהרמב"ן מוסיף לומר דגם בקניני גזילה בלא עיכוב נמי הוי אינו ברשותו **ועיין בזה בקוב"ש בב"ק אות ט ובדברי יחזקאל סי' לח**.

**בגמ' מחוי רבי אבהו וכו' ובתוס' עיין ברמב"ם בסופ"ט מטוען** שפסק דנשבעין רק על השאר ודלא כתוס' וכפה"נ שגרס והשאר בשבועה וכהגרסא שהביאו התוס' **ועיין ברשב"א** שנחלק על הרמב"ם וכתב דכיון דהשבועה היא מדברי יוחנן אין לחלק בזה **ועיין בחידושי רבי אריה לייב סי' פד** שביאר מחלוקתם אי שבועת שנים או חזים הוי שבועת הנוטלים ולהכי אין נשבע על מה שידו מגעת וכהרמב"ם או שבועת הנפטרים ולהכי נשבע גם על מה שבידו וכהתוס' אמנם קשה בזה מדברי הגר"א שמבואר מדבריו שנקט

בדברי התוס' לעיל בדף ב ע"ב דהוי שבועת נוטלים ועוד קשה דברשב"א מבואר להדיא לעיל דהוי שבועת נוטלין עיי"ש בסוגיא ומש"כ שם דכן מבואר בכמה ראשונים ואמנם בדברי הרשב"א יש סתירה בזה ואכמ"ל ומוכח דלא זהו המחלוקת אבל אין הכרח לכ"ז דהגדר הוא שבועה כדי לזכות בחלקו וממילא במה שעדיין לא נטל הוי שבועת נוטלים ובמה שנטל הוי שבועת נפטרים ופשוט אבל באמת בעיקר דבריו אינו מובן כלל דנקט דנוטלים ונפטרים הוי שני חפצא דשבועה דבמקום שתקנו זה לא הוי סיבה לתיקון זה וכו' ובפשיטות דין שבועה אחד הוא וכשחל חיוב שבועה לאדם על ממון אזי אם בהאי ממון אינו מוחזק דין השבועה כדין שבועת נוטלים לכל פרטיה ואם מוחזק הוא בממון הרי אותה שבועה עצמה דין נפטרים לה והגע עצמך וכי שייך לומר שבנוטלים יהיה דין שבועת נפטרים ובנפטר ישבע נוטלים ובדאי שהמציאות קובעת גדר השבועה ולא דהוי שני גדרי תקנה נפרדים וכ"ד תמוהים בזה ודוק.

והנה בתוס' מבואר דלדעת הרמב"ם ניחא טפי הראיה דכמאן דפסיק ומשום דלדבריהם יש לומר דאף דהוא מוחזק במה שידו מגעת אין הכרח דכמאן דפסיק וצ"ב **ועיין בהגהת הגר"א סי' קלח אות יב** שהוכיח את שיטת הרמב"ם דאל"כ היאך הוכיח הגמ' דכמאן דפסיק וצ"ב כנ"ל וצ"ל דאף אם הוא פסק חלוקה ודנים על כל הטלית דין חלוקה ראוי שיטול מה שידו מגעת שהרי הוא מוחזק יותר מחברו אבל מזה אין ראיה דכמאן דפסיק אך אם אין נשבע מוכח דאין כאן דין חלוקה כלל ופשוט

**ועיין ברא"ש** שהקשה לגרסת הרמב"ם דפשיטא ומאי קמ"ל רבי אבהו ולכאורה י"ל דקמ"ל דדווקא השאר בשבועה ולא ניחא ליה להרא"ש לומר כן דלא הוי לרבי אבהו למנקט האי לישנא וי"ל לדעת הרמב"ם דרבי אבהו מחוי ליה לרב תחליפא לתקן לשון הבריייתא שאמר התנא והשאר חולקין "בשווה" ואמר ליה ר"א דצ"ל והשאר חולקין בשבועה וגרסת רב האי בדברי רבי אבהו "והשאר חולקין בשבועה" הובא במ"מ שם אכן הרמב"ם כתב תרומתו דהשאר חולקין בשווה אחר שנשבעין ובאמת צ"ת מה החידוש דחולקין בשווה וצ"ל דס"ד דחולקין הנשאר באופן יחסי למה שזוכין עד מקום שידם מגעת או דס"ד דחולקין בין הכל שווה ובמה שידו מגעת מקבל אף אם היא מוזהבת ודוק

**בגמ' אמר רב משרשיא וכו'** מבואר בגמ' דאלמלי דכמאן דפסיק לא היה קונה אף מה שבידו וכ"ה לקמן בגמ' ח ע"א תעשה זו כמי שמונחת ע"ג קרקע וצ"ב למה לא קני לכה"פ מה שבידו, **ועיין בנתיב"מ סי' קצה סק"ב** שביאר הגדר בזה דמה שאוחז בידו אגיד ומחובר עם מה שאינו אוחז בידו ולהכי לא קני דאגיד ביה רשות אחרת והנה התם מיירי בדין הגבהה והכא בקנין יד דלדעת התוס' בב"ק אינו מדין הגבהה ומבואר דאף בקנין יד לא קנה כה"ג ויש לדון בזה בגדר הדין ודוק.

**בגמ' דכמאן דפסיק דמי וכו' וברש"י ודוקא נקט שלש וכו'** מבואר מדברי רש"י דחשיב כמאן דפסיק אף בכל שהוא ולגבי חליפין בלחוד בעינן שלש מדין חליפין **ועיין ברא"ש כאן** שכתב דבאוחז בכרכשתא אין כאן דבר חשוב לומר שיטלנו קודם חלוקה **ועיין בש"ך סי' קלח סק"ד** שביאר כוונת הרא"ש שאם רוצה ליטלו קודם חלוקה יכול ועיין שם בהגהת הרע"א שהביא דברי הפרישה שחולק על הש"ך וסובר דכוונת הרא"ש דבדליכא גע"ג אינו נוטל עד מקום שידו מגעת דליכא כמאן דפסיק ולפי"ז פליג הרא"ש ע"ד רש"י וע"ע בשו"ע או"ח סי' תרנח ס"ו הגהת הגר"א שם דמשמע כהפרישה

**ועיין ברמב"ם בפ"ט מטו"נ ה"ז** שמשמע שם דבאוחזין בכלי אף באופן דאוחזין בגוף הכלי ליכא דין כמאן דפסיק ולא נאמר אלא באוחזין בטלית בלבד **ועיין שם במ"מ** שדייק כן וביאר דבכלי ליכא כמאן דפסיק **ועיין שם בלח"מ** שתמה מאי שנא כלי מטלית ולכאורה צ"ל דבכלי ל"ש כמאן דפסיק שאינו דבר חשוב מה שנוטל בידו וכסברת הפרישה אכן בטלית גופה לא חילק הרמב"ם בין גע"ג או פחות מכאן ועיין באו"ש שביאר ע"ד זה.

וראה בתוס' לעיל דף ב סוע"א שהקשו דבאומר כולה שלי וז"א חציה שלי נימא אין ספק מוציא מידי ודאי, ויש להעיר על דבריהם דאף זה ודאי הוא בכרכשתא והוי ודאי וודאי ולדברי הפרישה נחא היטב.

בגמ' ומאי שנא מדרב חסדא וכו' וברש"י אינה מגורשת, אלמא לאו נתינה היא וכו'. מצינו באחרונים שני ביאורים בקושיית הגמ', דיעויין בפרישה סי' קצה סק"ה שהקשה מנא לה להגמ' דרב משרשיא איירי בגוונא דיכול לנתקו וכתב משום דסתמא דמילתא כן הוא ומבואר מדבריו דקושיית הגמ' דלא יהני לקנות מה שכמאן דפסיק משום דיכול לנתקו מבטל הקנין אף דכמאן דפסיק וע"ז הקשה מנ"ל דמיירי ביכול לנתקו, ועיין בחידושי הגרש"ר סי' יא אות ו בשם היונת אלם לבאר קושיית הגמ' להיפך דהוקשה להגמ' דאם סברת כמאן דפסיק נכונה אם כן בגט אמאי לא קנה הרי כמאן דפסיק הוא ומאי איכפת לן ביכול לנתקו ולפי"ז אין מקום לקושיית הפרישה אך לפי זה מבואר להיפך דאם אינו יכול לנתקו הרי זוכה במה שבידו אף בלא כמאן דפסיק שאם לא כן הרי יקשה להס"ד דגמ' למה קאמר רב חסדא דווקא ביכול לנתקו ושמא דווקא התם שעיקר הגט בידה ואצלו רק החוט תלוי ביכול לנתקו אבל בטלית בעלמא כיון דלא כמאן דפסיק הרי אינו אוחו הטלית ועוד יש להעיר לדרך זו דהקושיא אינה דווקא ארב משרשיא אלא אגוף דינא דברייתא דזה נוטל עד מקום שידו מגעת דמזה חזינן דכמאן דפסיק וי"ל.

עיין ברמב"ם פ"ה ממכירה ה"ז שכתב דבמחזיק סודר בידו כדי להקנות בק"ס ויכול לנתקו קונה כל הסודר אף באופן דלית במה שבידו גע"ג ועיין ברשב"א בסוגיין שכתב דהרמב"ם למד דין זה מהא בגט אינה מגורשת וכ"כ המ"מ על אתר והקשה עליו דהא דחינן דמשום כריתות הוא ועיין בחידושי הגרש"ר בסי' יא באורך בשיטת הרמב"ם בזה ועיין שם באות ו' ביאור דברי הגמ' להרמב"ם

בגמ' אמר רבא אם היתה טלית מוזהבת חולקין וכו' עיין במהרש"א שכתב דהכא לא נקט חולקין בשבועה משום דמיירי אף בתרווייהו מודים ומבואר מדבריו דחידושו דרבא הוא בהלכות קנינים ולא בהלכות מוחזקות וס"ד דכשהגביהו הם יחדיו קונה כ"א חציו הקרוב אליו ועיין בתרוה"ד בסי' שלז שלמד מהגמ' לחלוקת כותל שותפין ומוכח שם כמהרש"א ועיין שם בתשובה בהמשך דבריו בדין ברירה וצ"ע כוונתו שם אכן זה ברור דגם בחלוקת שנים אוחזים בעינן לדינא דרבא וכדמפורש להלן בסוגיא דשטרות דס"ד דהקרוב לתורף נוטלו ולהדיא מיירי בדיני מוחזק ובאמת דהא בהא תליא ופשוט

ולשון הגמ' דמאי חזית וכו' ופירש רש"י פלוג לאורכה משמע דבאמת יש כאן נדון היאך לחלק הטלית וצ"ע דלמה כלל יחלקוה כך או כך לכתחילה החלוקה צריכה להיות לפי שוויות ובמאירי שם בסוגיא דשטרות כתב דמאי חזית וכו' וחולקין אות לאורכה בענין שיהיה התורף לשניהם וצ"ב וע"ע בסוגיא לקמן בדף קז ע"א ובתרה"ד הנ"ל וצ"ע בזה

ובקוב"ש ח"ב סו"ס ט הקשה להסוברים דבשנים אוחזין כ"א מוחזק על חציה למה באמת לא מקבל החצי הקרוב אליו ומ"ט דרבא אך הקושיא לפלא דודאי דאף אם מוחזקין בחציה היינו מחתמת דבמוחזקות עצמה יד שניהם שווה ולא משום דכ"א מוחזק בהקרוב אליו

ת"ר שנים אדוקין וכו' 118 טענת המלוה היא בתרתי דממנו נפל והוא מצאה וכן טענת הלוח [אף שלא הוזכר בגמ' בהדיא] כן היא דממנו נפל והוא מצאה, שאלמלי יטען אחד מהם שמהשני נפל הרי השטר בחזקתו של זה שממנו נפל, ואם יטען ממני נפל ואתה מצאתה נמי לא יועיל לו כי המוצאה הוא המוחזק לטעון ממנו נפל, טענתו אני מצאתיה ובחזקתי היא ונאמן אני לומר דממני נפל ולא פרעתי [או ממני נפל ופרעתיך] ואמנם יש לדון שאם יטען ממני נפל ואתה מצאתיה וחטפתי ממך או להיפך אני מצאתיה וממך נפל ומ"מ פרעתיך יהיה נאמן במגו [ויש לדון בזה] אך הברייתא עיקר הדין נקטה.

<sup>118</sup> המ"מ בסוגיא זו באו קצרים וחסרים.

בגמ' וכי לית ליה לרבי וכו' עיין בפנ"י שתמה בסגנון קושית הגמ' דאם נימא דפליג רבי אמתני' אכתי מי ניחא ומדוע יגבה המלוה כולו וכי אלמלי המשנה יש סיבה להעדיף המלוה על הלוח. ותירץ הפנ"י דהכא כשטוען הלוח פרעתין וממני נפל טענתו היא נגד חזקת מרא קמא שהיה השטר בודאי ביד מלוה קודם הפירעון, ולכן יש מקום לומר שיגבה המלוה הכל שנעמיד השטר בחזקת בעליו הידוע כנגד תפיסת שניהם, אך מתני' דקתני ז"א כולה שלי ודאי סתמא קתני אף אם אומר קניתיה ממך דאיכא מרא קמא ולכן קושית הגמ' וכי לית ליה וכו'.<sup>119</sup>

**ועוד תמה הפנ"י** דהא בסיפא פליגי ת"ק ורבי יוסי באדם אחר שמצא שטר ודעת רבי יוסי שיחזיר השטר למלוה ויגבה בו דלא חיישינן לפירעון ונהטעם נתבאר ברש"י להלן בע"ב דהלוח זהיר בו לקרעו מיד כשמקבלו מיד המלוה] ואם כן מה קושית הגמ' וכי לית ליה וכו' הרי יל"פ דרבי יוסי ולכן גובה כולו. ותירץ הפנ"י דלהלן מיירי בשטר שיש בו הנפק ואין הלוח יכול לטעון אלא פרעתי ובוזה אינו נאמן אבל הכא דמיירי בשטר שאינו מקויים הרי יכול לטעון כתבתי ללוות ולא לויתי וממני נפל ולכן אף כשטוען פרעתי הרי נאמן במגו.

**ויש לדון בעיקר הדברים** דמה דרבי יוסי לא חייש לפירעון הוא בשטר ביד אחר שאינו יודע למי להחזיר השטר בזה רשאי להחזירו למלוה ויגבה בו אבל הלוח אם הוא מחזיק את השטר ודאי דלעולם לא יגבה המלוה בלא שהשטר בידו ואנן לא ניפוק לשטר מיד לוח מכח דלא חיישינן לפירעון דסו"ס הוא המוחזק. ואילו לדברי הפנ"י בכל שטר שיש בו הנפק לית ליה לרבי יוסי יחלוק בשטר אף ששניהם אוחזים, וזה תימא אטו כשהלווה לבדו אוחזו ואומר ממני נפל והמלוה אומר ממני נפל נימא דנפיק מידיה דלוח משום דמסתמא זהיר בו לקרעו, וצ"ע.

**ועיין במהר"ם שיף** שביאר זה גופא הטעם שהקשתה הגמ' מהמשנה דאלמלי משנתנו היה מקום לומר דלרבי יוסי יגבה הכל דלא חיישינן לפירעון אבל ממשנתנו למדנו דשניהם חשובים מוחזקים כשתפסי תרווייהו אם כן ודאי אי אפשר לומר אף לרבי יוסי שנוציא השטר מיד הלוח. ונמצא ששתי קושיות הפנ"י מתורצות זו בזו.

**ואולם יעויין בתוס' בב"ב** [דף לד ע"ב] שהביאו את שיטת הריב"א הסובר דבאינם אוחזים חולקים רק בדליכא ודאי רמאי אבל באוחזין חולקין אפילו בודאי רמאי, וראית הריב"א היא מדין השטר שחולקים אותו אף דאיכא ודאי קמאי וע"כ דבאוחזים אף בודאי רמאי חולקים. והתוס' הקשו עליו דא"כ 'מאי פריך' התם ולית ליה לרבי מתני' דשנים אוחזין הא ע"כ יש חילוק בין דין שטר לדין טלית דבטלית אפי' אין אוחזין יחלוקו ובשטר כי אין אוחזין הוי דין כדא"ג' וצ"ב כוונתם להדרכים שנתבארו לעיל דהרי סו"ס עדיין היטב קשה ממתני' דכיון שהלוח אוחז בשטר ולא חיישינן לרבי יוסי וכן חזינן דלא חיישינן לחזקת מרא קמא אם כן אי אפשר שיגבה המלוה כולו וקשיא לרבי ואמנם אפשר שכיון דבשטר איכא ודאי רמאי יהיה דינו בכדא"ג אבל זה לא מועיל לתרץ הקושיא במאום דרבי אמר דגובה כולו ולא כדא"ג, וצ"ע.

**ובחי' הריטב"א החדשים כתב וז"ל** ולית ליה לרבי שנים אוחזין וכו'. כלומר נהי דרבי לא חייש לפירעון כי מקיים ליה מ"מ אמאי לא זכי ליה בחצי השטר ושעבודו מדין מציאה, דאע"ג דאינש בעלמא לא זכי בשטר אלא בכתיבה ובמסירה היינו משום דלא שייך ביה, אבל לוח דשייך ביה לדידיה הוי גופיה ממון. עכ"ל. ומתחילת דבריו מבואר כהמהרמ"ש דהגמ' הבינה דטעמו של רבי משום דלא חייש לפירעון וממתני' מקשינן עלה אלא דלא נתבאר כוונת דברי הריטב"א בהמשך דזכי לה מדין מציאה, ומה דין מציאה שייך כאן אי לא חייש רבי לפירעון כיצד יזכה בו הלוח.

<sup>119</sup> ונקט הפנ"י בפשיטות דשנים אוחזים בטלית חולקים גם במקום חזקת מ"ק, ועיין בש"ש [שער ד פי"ג ופי"ד] שכתב כן בשם הש"ך, והקוה"ס שם נחלק עליו וסובר דבמקום דאיכא חזקת מרא קמא אזלינן בתרה, ויל"ע מסוגיין.

ולכאורה היה נראה כוונתו דהמלוה נתייאש מהשטר וזוכה בשטר ובשעבודו מדין מציאה וכדברי הקצה"ח [בסי' סו סק"א] בשם התוס' וסמ"ג דמהני זכיה בשטר אחר יאוש לזכות בחוב.<sup>120</sup> אך קשה דאם כן מנא לה להגמ' להקשות ממתני' על רבי דלמא הכא מיירי בלא יאוש. נולמה יתייאש המלוה מהשטר ששמו כתוב עליו ואם ימצאנו אחר יחזירנו לו דרבי לא חייש לפירעון]

**בעיקר הדין דחלוקת שטר מקשים העולם**, דהנה בעלמא מה שנוטל המלוה בשטר ואין הלווה נאמן לטעון פרוע היינו משום דשטרך בידי מאי בעי.<sup>121</sup> ובפשוטו טעם זה הוא ראיה דאם הלוה באמת פרע היה לו ליטול השטר וממה שהשאיירו ביד המלוה מוכח שלא פרע, וקשה דהכא לא שייך טעם זה כלל שהרי אין מחלוקת ביניהם דהשטר נפל ונמצא על ידם ורק דחולקים מי מצאו קודם וגם ממי נפל וסו"ס טענת שטרך בידי מאי בעי ליכא הכא. וכבר עמד בקושיא גדולה זו בחי' הרי"מ כאן.

**וידועים דברי הגר"ח** [בחי' סטנסיל סי' קטן] שכתב שמה שאין אדם נאמן לטעון פרוע נגד שטר אינו מחמת הראיה שהשאייר שטרו ביד המלוה אלא דכך הוא דינה של מלוה בשטר שהמלוה את חברו בשטר צריך הלוה לפרעו בעדים וחובת הראיה עליו שפרע. וכעת נדפס מכת"י בחי' הגר"ח לב"מ בסוגיין דברי הגר"ח בזה בהרחבה עיין שם. ועיין בקובץ שיעורים לב"ב אות תרה ואות תרו שכתב לבאר הגמ' על פי היסוד הנ"ל וכתב שם להוכיח מדברי כמה ראשונים שהוא בגדר ראיה ולפי"ז הקשה מסוגיין

ואמנם הגר"ח עצמו לא הביא ראיה מסוגיין, ובאמת נראה בדברי הגר"ח אין לכאורה ישוב על הקושיא כלל, דהגע עצמך הרי שידענו שנפל מהלווה פשוט דיכול לטעון פרעתי אף אם מצאו המלווה דלא האמינו כשהשטר בידו אלא כשהוא בידו מחמת שנמסר לו מהלווה, ואם על זה גופא הויכוח מה יושיענו השטר סו"ס הלוה טוען פרוע והוא מוחזק ומה שטוען המלוה שיש לו שטר שקבלו מיד הלוה ולכן אין הלוה נאמן לטעון פרוע הרי בזה הוא צריך להוכיח שהאמת היא כן ומה שהוא תפוס בשטר מחמת שמצאו אינו כלום, ולכאורה אף אם השטר לגמרי ביד המלוה אלא שיש עדים שמצאו ראוי להאמין הלוה בטענת פירעון ואף לדברי הגר"ח, ודוק.<sup>122</sup> ועיין ברשב"א להלן בדף יב ע"ב שכתב שם דאחר נפילה יכול לטעון פרוע אף בלא ריעותא דנפילה ומשום דליכא לטענת שטרך בידי וצע"ג דאם כן מה מועיל אם מצאו המלווה ועיין בחזו"א [חוי"מ ליקוטים ה' ז'] שעמד בשאלה זו דהרי ליכא הכא שטרך בידי ועייש"ה מש"כ בזה וצ"ב.<sup>123</sup>

<sup>120</sup> אלא שהקצות שם כתב כן בכל מוצא שטר שזוכה בחוב ועיי"ש הטעם כיצד זוכה בלא כתיבה ומסירה, ואילו בריטב"א מפורש דרק הלוה יכול לזכות בלא כתיבה ומסירה משום דכלפיו הוי השטר גופו ממון, אמנם צ"ב כוונתו בזה דסו"ס גם כלפי הלווה אין הממון מונח בגופו של שטר.

<sup>121</sup> בגמ' לא הוזכר טעם זה מפורש אלא בסוגיא בב"ב דף ע סע"א ושם הוזכר כן כלפי הטוען פרוע במגו שנסתפקה הגמ' לומר דלא מועיל המגו משום דשטרך בידי מאי בעי אך אין ראיה משם דבלא מגו צריכין להאי טעמא. אך ראה בתוס' שם [ד"ה אמר ליה] שמפורש בדבריהם דגם בלא מגו זהו הטעם שאין אדם נאמן לומר פרעתי נגד שטר וכ"ה בראשונים במקומות רבים [רמב"ן שבועות דף מה ע"א ד"ה ומה שאמר, רשב"א בב"מ דף טו ע"א ד"ה כשעמד בדין וכן גם בגטין דף יד ע"א ד"ה הנהו, וכן משמעות התוס' בכתובות דף כא ע"א ד"ה הוציא שדנו שם לגבי שטר בכתב ידו, ועוד הרבה]

<sup>122</sup> ובעצם הענין עיין בתשובת הרשב"א מיוחסות סי' עז שכתב שם לשני הטעמים בכתב ידו חדא מחמת שאינו שטר וחדא מחמת שאינו חושש ומוכח דכדי דלא יוכל לטעון פרוע בעינן לתרוויהו וצ"ב.

<sup>123</sup> בענין ריעותא דנפילה עיין בתוס' להלן יג ע"ב שהוכיחו מסוגיין דאם מצאו המלווה גובה בו וברשב"א שם בדף יב ע"ב מש"כ בדברי הרמב"ם וברשב"א בתשובה ח"ב סי' מ ומפורסמת הקושיא בדברי הרשב"א שדייק מהגמ' בדף יב דלא כהרמב"ם והרי מיניה וביה קשה גם לשיטתו שמצאו קודם לידת הספק גובה בו וגו' קשה מהגמ' הנ"ל כהרמב"ם עצמו וזו תמיה עצומה ודוק ועיין בתוס' שם והמתבונן יראה דנחלקו הרשב"א והתוס' בגדר חזר ליד המלווה דלהרשב"א הסברא שחזר קודם לידת הריעותא ואם חזר אח"כ אף אם חזר בהיתר לכאורה לא יועיל ולהתוס' אינו כן



**עוד יש לדון בעיקר דין חלוקת שטר:** יעויין בחידושי הרי"מ [ח"מ סי' פב] שהקשה אמאי חולקים הרי הלווה מוחזק במעות ומה מהני למלווה מה שהוא מוחזק במחצית השטר. ותירץ שם עפ"י דהרשב"א בתשו' [מיוחסות סי' ק] דמגו דתובע בשטר לא חשיב מגו להוציא דבעל השטר מוחזק, ולפי זה גם כאן כיון שהמלווה מחזיק למחצה בשטר נחשב כמוחזק למחצה בחוב. ואמנם לכאורה צ"ע דהרשב"א שם מיירי דווקא בספק שובר והשטר ודאי כשר אבל בספק גמור בשטר עצמו אם פרע או לא לכאורה המע"ה ועיין ברשב"א בגטין בדף עח דבספק פרעון ספק קרוב לו ספק קרוב לה יחלוקו מחמת חזקת חיוב נגד חזקת ממון, וחידוש גדול לומר דכה"ג בשטר יגבה כולו ועיין בחזו"א הנ"ל מש"כ בזה.

**עוד יש לדון בדין חלוקת השטר** לפי דברי התוס' לעיל ב ע"א דחולקין משום דאנ"ס דאי ידידה הוא מאי שייך הכא אנן סהדי וכי משום דהוא מצאו הוי השטר שלו בודאי וצ"ע.

**בגמ' מאי טעמא וכו' עיין בבית הלוי** [ח"ג סי' מב אות ג] שדקדק אמא קא מפרש הכא הטעם דמ"ד צריך לקיימו ולא בכל הש"ס. ותירץ בשם הגר"ח דמגו דהכא מגו גריעא הוא שהרי אם יטען מזויף ויתקיים השטר יגבה המלווה הכל ומשא"כ בטענת פרוע דבכל מקרה לא יגבה יותר מחצי אף אחר קיום, ולכן עדיף לו ללווה לטעון פרוע ואין כאן מגו, וע"ז קאמר הש"ס דהכא הפה שאסר הוא עיי"ש. ובעיקר דבריו כבר נמצא כן בפסקי הרי"ד על אתר שהקשה דמגו גרוע הוא דעדיף לו לטעון פרוע, ותירץ דהוי הפה שאסר, עיי"ש.

**ומלשון הגמ' מבואר דפרוע מגו דמזויף הפה שאסר הוא** [ולדברי הביה"ל הוא גם מוכרח מעיקר הדין וכן מפורש בפסקי הרי"ד דבהכרח הוה הפה שאסר] והקושיא עתיקה ע"ד התוס' בגיטין ולקמן יג ע"ב שנסתפקו אי טענינן ליתמי מזויף ומדבעינן טענה ש"מ לאו הפה שאסר הוא וכן הרמב"ן והרשב"א בגיטין דף ט דנו בזה בארוכה וגם ידוע הקושיא בזה בסתירת דברי הראשונים כי ברמב"ן ורשב"א בב"ב דף ע מבואר להדיא דהוה הפה שאסר וצ"ל"ע ואכמ"ל.

**עיין בנתיב"מ** [סי' סה סקכ"ג] שכתב דמלשון הרמב"ם והשו"ע משמע דהכא לא ממתנינן למלווה שיקיים השטר כבכל טענת פרוע דהמלווה צריך לקיימו אלא אם אין לו קיום קורעים השטר מיד וצ"ב בטעמו של דבר ועיי"ש מש"כ בזה, ועיין בחידושי רבי לייב ואמנם במאירי בסוגיין כתב דמניחין אותו עד שיתקיים ולשון הרמב"ם אינו מוכרח דקורעים ועיין שם במאירי בשם רבותיו וצ"ב בפלוגתייהו מאי נ"מ היכן השטר ועיין

---

אלא חזרה בהיתר היא הסברא לגבות בו ומשום דחזרה באיסור אינה חזרה המועלת ויתכן דלשיטתייהו בדין ת"כ דלהתוס' מהני תפיסה בהיתר ודוק.

## דף ז ע"ב

רש"י ד"ה ולא יוציא וכו' ממי נפל עיין בסוגיא לקמן דף טז ע"ב דמבואר שם בגמ' דלא חיישינן לנפילה מיד לווה כלל דאם איתא דפרעיה וכו' אלא לנפל מיד מלווה הוא דחיישינן לדעת רבא, ולשמואל אף לזה לא חיישינן. וצריך עיון טובא מכמה אנפי: חדא מהמבואר ברש"י דידן דהחשש לרבנן דרבי יוסי הוא דנפל מהלווה ולא מהמלווה, וקשה חדא דהתם מבואר דלא חיישינן לנפל מלווה ועוד דהתם חיישינן לנפל ממלווה והכא לא חיישינן. ועוד קשה בסתירת ההלכה עצמה דבשטר חלטתא לא חיישינן בנפילה כדאיתא בסוגיא דהתם והיינו ע"כ משום דלא חיישינן לנפילה מלווה ואילו בשטר מלווה אם יש למלווה סימנים זוכה בו והיינו דלא חיישינן אלא לנפילה מלווה. עוד קשה דבכל סוגיא דהתם מוזכר מחלוקת שמואל ושאר אמוראי אי חיישינן לפרעון או לא ולא תלינן לה כלל במחלוקת רבי יוסי ורבנן דהכא, ועיין בקצה"ח סי' סה סק"ט שעמד בענין זה ועיין שם בנתיב"מ והדברים צריכים עיון

בגמ' לדידכו אודו לי מיהת בעודה תחת בעלה וכו' עיין בראשונים כאן שהוכיחו מכאן דחיישינן בעלמא לפרעון אפילו תוך זמנו ועד כאן לא קאמר רבי יוסי אלא בכתובה שלא נתנה כלל ליגבות מחיים אבל תוך זמנו לא וביארו הטעם משום ריעותא דנפילה ועיין ברמב"ם בפרק יד ממלווה ולווה הי"ג מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בחשש נפילה תוך זמנו ודעת הרמב"ם דתו"ז חיישינן לפירעון וכתב שם דכיון שאין שטר אין כאן חזקה וכוונתו מבוארת דהעדר השטר עושה ריעותא בחזקה והראב"ד השיג עליו וכתב דבשבועה מיהו יטול וצ"ע בדעת הראב"ד דהרי בסוגיין משמע דדווקא בכתובה הוא דלא חיישינן מדלא ניתנה ליגבות מחיים ועיין בש"ך בסי' מא סק"ט שכתב דהראב"ד למד דדווקא לענין חזרת השטר חיישינן אבל התם מיירי שהעדים לפנינו ויש כאן עדות הלוואה על פה ולהכי גובים ובקצה"ח שם הקשה עליו דהרי אף בשטר שנפל והוא לפנינו יש כאן עדות שהשטר קמן ורק משום חשש פירעון לא יהיבין למלווה ועיי"ש שכתב ליישב דבכתובה דווקא בעינן לטעם דלא ניתנה כתובה משום חשש צררי דאיכא אפילו תו"ז אבל במלווה לא חיישינן לה עיי"ש ועיין בחי' רבי שמואל באורך בדעת הראב"ד.

בגמ' אמר רבי אלעזר וכו' יש לעיין כששניהם אחוזים ביד מקצת תורף ומקצת טופס למה לא נימא שכ"א יקבל מה שידו מגעת ולחתוך השטר לא חותכים משום דיש בזה הפסד וכמו שביארו הראשונים להלן אבל יקבל כ"א בחובו כפי חלקו ותפיסתו בשטר<sup>124</sup> ואפשר בזה בתרי גווני חדא דהא ברמב"ם מבואר דבשנים שאוחזים בכלי אין נוטל עד מקום שידו מגעת וביארו האחרונים דכה"ג לאו כמאן דפסיק דמי ועוד דבשטר אין נפק" כמה ממילות השטר אוחז כ"א בידו שאין ערך כלום לכ"א בלא חברו ואין גוף השטר ממון ואף בצירוף חלקיו יש לו שווי ודוק

בגמ' ורבי יוחנן אמר והתניא וכו' א"ל ר"א מדפתי לפירוש הראשונים למסקנא ליכא כלל מחלוקת ור"י מיירי בקאי תורף וכו' ולשון הגמ' בקושית ר"א מדפתי 'לרבי אלעזר וכו' לאו דווקא ועיין ברמב"ם בסופי"ב מטוען שהשמיט סוגיין לגמרי וכן הוא בר"ף וביאר המ"מ שסובר הרמב"ם דרבי יוחנן פליג והלכתא כוותיה וצ"ע לפרש קושית ותי' הגמ' וכתב המ"מ דאפשר שהיתה לו גרסא אחרת בגמ'

בגמ' א"ל רב אחא וכו' וכי לצור על פי צלוחיתו וכו' נחלקו ראשונים בגרסת הגמ' ופירושה: עיין ברמב"ן שגרס בגמ' טופס למה לי וכי לצור וכו' וביאר הרמב"ן דסבר ר"א מדפתי דלר"א גובה המלווה כולו בתורף שבידו אם הוא מחזיק התורף וכלפי הלווה פריך דאם כן מה מהני לו הטופס כלל הרי המלווה גובה חובו משלם ומשמע ברמב"ן דאם המלווה אוחז הטופס אז מהני הטופס למלווה לגבות חובו מבנ"ח וכן ללווה אהני התורף שאין

<sup>124</sup> ואף בטלית נראה דגם באחיות מקום שידו מגעת אין חותכים הטלית [ולא מצאתי דין זה מפורש בראשונים אבל כך משמע להדיא לשון השו"ע] אלא כשמוכרים מקבל חלק היחסי לפי בעלותו ואם כן ה"ה בשטר נימא כן ודוק

המלווה גובה ממשועבדים וכה"ג לא קשה וכן פרשו שא"ר אך יעויין בתוס' רא"ש שהקשה לפירוש זה דאם כן מה מועיל תי' הגמ' הרי הזמן אצל התורף וכוונתו דעיקר התי' דחולקים חצי הדמים ואינו גובה הכל חסר מן הספר ולכן פירש התוס' רא"ש וכ"ה בתוס' ר"פ ובריטב"א בשם תוס' דלא גרסינן טופס למה לי אלא דר"א מדפתי הבין דכוונת רב אלעזר שחותכים הנייר ומקבל כ"א מהם חצי הנייר ולזה הקשה למה לי וביאר התוס' רא"ש דארישא לא פריך דיחלוקן משמע שפיר לדמי עייש"ה ויש להקשות טובא היכי ס"ד דכשיש לכ"א מהם חצי טופס וחצי תורף גובה המלווה מחצה וכשיש שטר שלם בידו דמחזיק התורף לא יגבה כלום אלא יקרעו השטר ויפסל וזה תימה וצ"ע ובריטב"א פירש ע"ד זו והקושיא היא אף על היחלוקן ואכולה מילתא פריך

ולדעת הרמב"ן ודעימיה הרי להס"ד גובה המלווה בטופס שבידו מנכסים בנ"ח ובתורף גובה אף מממשועבדים ויל"ע אם הוא מדין חלוקה או מדין ידו מגעת והנ"מ אי צריך שבועה להסוברים דבידו מגעת אי"צ שבועה ואף להסוברים דצריך שבועה נראה דנ"מ אם אינו רוצה לישבע אי דינו כנוטל או כנפטר ודוק ויעיין ברמב"ן במהדור' החדשות<sup>125</sup> בד"ה והא דאמר אי לא תימא הכי וכו' שביאר להדיא דהוא מדין ידו מגעת וכיון שאוחז לגמרי התורף או טופס דין הוא שיגבה לגמרי ודוק וראה להלן אם אף למסקנא הוא כן

בגמ' אלא לדמי הכא נמי לדמי בספר שיעורי הגרב"ד על נדרים בסו"ס טז כתב בשם הגר"ח זצ"ל דבשניים אוחזים בטלית ל"ש דין גוד או איגוד והקשה שם מדברי מהרשב"א בסוגיין וכתב דשאני הכא דלכתחילה נפסקה החלוקה באופן כזה והדברים צ"ע ודברי מהרש"א עצמם צ"ב ואולם יעויין בתוס' רא"ש בסוגיין שכתב להדיא דבשניים אוחזים עבדינן גוד או איגוד וכתב כן גם גבי מקח דהתם לדעת המהרש"א ליכא גו"א ודוק ועוד יל"ע בדין זה נוטל עד מקום שידו מגעת וכי יכול לדרוש שיחתכו החצי שתפוס בידו אף באופן שמפסידה ולכאורה מוכח מסוגיא לעיל בדין שטר דאף כה"ג אינו רשאי להפסידה ודוק וכן משמע להדיא לשון השו"ע בסי' קלח ס"ד דאף בידו מגעת הוא כן וצ"ב הטעם כי הרי אינם שותפים כלל ולמה לא יאמר בתוך שלי אני חותך ודוק.

<sup>125</sup> בכמה מהדורות של הרמב"ן הדברים מעורבבים שהועתק קטע שלם מחידושי הריטב"א וחסר כל הקטע המוזכר בפנים ותוקן הדבר במהדור' מערבא ובמהדור' זכרון יעקב

דף ח ע"א

בגמ' זאת אומרת וכו' בטעם הדין למ"ד דלא קנה ביאר רש"י להלן בד"ה לעולם דהוא משום תופס לבע"ח וכפשטות הסוגיא בדף י. ובטעם הדין תופס לבע"ח לא קנה עיין ברש"י לקמן בדף י ע"א ד"ה לא קנה שכתב דלאו כל כמיניה להיות חב לאחרים ועיקרי הדברים שייך בסוגיא דלהלן בדף ט ע"ב. וטעם המ"ד דמגביה מציאה קנה מבואר בסוגיא לקמן דהוא משם מגו דאי בעי זכי לנפשיה ואינו כמגו דרבא בסוגיא דהוא מגו דזכי היינו שזוכה בפועל ואילו מ"ד מגביה מציאה קנה שנחלק עליו רבא הוא מדין מגו דאי בעי זכי, וזה בא רמב"ח להוכיח ממתני' וענין המגו הזה צריך ביאור ועיקרו שייך בסוגיא דלקמן דף ט ע"ב, והכא בסוגיא עסקינן במגו דזכי ממש וענינו מבואר בדברי רבותינו בהמשך הסוגיא.

רש"י ד"ה זאת אומרת וכו' לדעת שיקנה בה וכו' כוונתו מבוארת דזה פשוט דאם כל אחד מתכוון רק לעצמו לא יקנה לא זה ולא זה ועל כרחין אמדינן דעתייהו שכ"א מתכוין להקנות גם לחברו מחצית בידעו שבלא זה אף הוא לא יקנה כלום וזה מוכרח בפשט המשנה ומהא דמהני הקנאתם זל"ז מוכח דהמגביה מציאה וכו' וכ"פ הסמ"ע בכוונת דברי רש"י ועיין בחי' הריטב"א הישנים כאן שביאר באופ"א מרש"י וביאר באורך דהכא אין צריך שיתכוין כל אחד להקנות לחברו כשמגביהים ביחד וראית הגמ' דאי בעלמא מגביה מציאה לחברו קנה כשמתכוין הכא כשמגביהים ביחד קנו תרווייהו אף שלא נתכוונו והדברים סתומים וצ"ב.

בגמ' דאי סלקא דעתך לא קנה וכו' נחלקו ראשונים בהבנת קושית הגמ' דתיעשה זו וכו' דיעויין ברשב"א שהביא שיטת הראב"ד שביאר הגמ' דמיירי בטלית ארוכה שבלא הגבהת חברו אכן היא מונחת על גבי קרקע וס"ל להראב"ד דדווקא באופן כזה שבלא הגבהת חברו היתה באמת מונחת על גבי קרקע בזה אמרינן דלא תועיל לו הגבהת חברו והגבהה ידידה אינה כלום שאינה ראויה להגביה כולה ואולם באופן דאלמלי חברו היה מגביה כולה מועיל אף להס"ד והרשב"א שם השיג עליו דאין כוונת הגמ' כן אלא בכל גווני חשיב כקרקע וכטלית שמונחת על עמוד וראה בגמ' להלן בדף ט ע"א ת"ש וכו' בשלמא רכוב וכו' ראה שם הגמ' והיא מקור דברי הרשב"א וסברת הראב"ד צ"ע דמאי שנא לדידיה יד חברו מעמוד ועיין בתוס' רא"ש כאן בשם תוספי תוס' להרא"ש שאף הם נחלקו על הראב"ד ואולם הפרש גדול יש בין דברי הרשב"א לדברי התוס' רא"ש שהרשב"א חלק על עיקר דבריו ואולם התוס' רא"ש הסכימו ליסוד דברי הראב"ד רק דבפשט הגמ' לא ניחא להו לאוקמי כן וביארו דקנין חברו מבטל קנינו באופן שמכוין הלה לקנות עיין היטב בדברי הרא"ש ואין כוונתו מחמת חלות הקנין שהרי נאמר זה גם בחרש ופקח אלא מחמת שמכוין לקנות והיינו שמעכב לעצמו ואף עיכוב של אינו בן דעת סגי בו לבטל קנין חברו ומחלוקת זו היא יסודית ועיקרית לכל המשך הסוגיא וראה להלן בסוף ע"א מדברי הקצה"ח והראשונים בשנים רוכבים אי בעינן לדין המגביה מציאה

בגמ' תעשה זו כמי שמונחת ע"ג קרקע ובגוף הדין דכשמונחת ע"ג לא קנה יל"ע דהרי סו"ס הגביה מקצתה ולמה לא יקנה ועיין בנתיב"מ סי' קצה סק"ב שביאר דהא דלא מהני הגבהתו אינו משום דלא חשיב הגבהה כלל אלא משום דרשות הפקר אגיד גביה עיי"ש ויש להסתפק אם הכוונה לרשות הממונית או למציאות החפץ ונ"מ כשהגביה חצי חפץ וחציו ע"ג קרקע ואותו החצי שע"ג קרקע שלו הוא כבר קודם לכן ודוק

בגמ' תדע דאילו וכו' קושית הגמ' דמחמת שליחות ל"מ דאשלד"ע ועל כרחין מדין מגו דזכי ועיין בחי' רע"א לקמן בדף י ע"ב שהקשה דמאי משני ואיך מועיל מגו דזכי היכא דהוא שליחות לדבר עבירה וכי במקום שאין דיני שליחות כגון בשליח של קטן יהני מגו דזכי והניח בצ"ע ועיין בחי' רע"א בכתובות דף יא ע"א בשם הגר"ש איגר שלמד מסוגיא דמגו דזכי אינו מדין שליחות מדמהני בדב"ע והוציא מזה דאף לקטן מהני מגו דזכי וראה להלן בדברי האחרונים בזה במחלוקת רש"י ותוס'

במחלוקת רש"י ותוס' וראה בתוס' מה שהשיגו ע"ד רש"י ובדברי התוס' לא הוזכר שהקשו על רש"י לדינא אלא דרך העמידו הדין באופן אחר ועיין בהגהות אהל משה להגראז"מ במהדו' עוז והדר שפירש כן בדברי התוס' ואולם עיין בתוס' רא"ש דמבואר כוונת התוס' דכה"ג שאחד מושך לשניהם לא מהני דאשלד"ע ועיין בריטב"א דמפורש דהקושיא על רש"י היא דליכא לאוקמה באחד מגביה לשנים ומשום דאין שליח לדבר עבירה וכן הבינו האחרונים בדברי התוס' ודברי הראשונים באו סתומים מאוד דממ"נ אי סבירא להו דמגו דזכי אינו מדין שליחות אם כן לק"מ על רש"י ואם במגו דזכי בעינן לדיני שליחות אם כן מה מועיל שהגביה ביחד ועיין בקצה"ח סי' שמח סק"ג שעמד בזה והקשה על דברי התוס' דהרי גם לדבריהם דמיירי בשותפים על כרחך דבעינן בה לדיני שליחות והא אשלד"ע וע"כ דמחמת מגו דזכי מהני ואם כן יש לומר נמי במשך אחד כן וכדברי רש"י

והרבה דרכים נאמרו באחרונים ליישב דברי התוס' עיין ברכת שמואל בסי' ח ותורף תירוצו דהיכא דהוא מדין מגו דזכי אינו מחמת דין שליחות גמור ולהכי מהני בה אף בדבר עבירה והא דהוקשה להתוס' על רש"י הוא משום דבגניבה לבד הזכיה עצמה בעינן גם מעשה גניבה וכמו שהוכיחו האחרונים מרש"י להלן בדף י ע"ב דבגניבה איכא דין שיהא מעשה גניבה וע"ז הוקשה להתוס' לרש"י דבמשך אחד התינח דזכיה איכא בממון אבל מעשה גניבה ליכא אבל לדבריהם ניחא שהרי כ"א עושה מעשה בעצמו עיין שם ודוק ועיין עוד באמרי משה בסי' לג

ועיין דרך נוספת בנתיב"מ סי' קה סק"ג שביאר באופן מחודש ויסד שם דלא נאמר מגו דזכי אלא באופן שעושים ביחד אבל אחד לשניים לא מהני מדין מגו דזכי כיון שיכול לזכות בעצמו בלא שיזכה לחברו עיין שם בהסבר הדברים אמנם בריטב"א שצויין לעיל מפורש דקושית התוס' היתה מדין שלד"ע ולא כפי שהבין הנתיב"מ מחמת דליכא מגו דזכי וכן משמעות הראשונים

והנה עוד יש לדקדק בדברי התוס' דנראה מסגנון דבריהם דאם קרא דשליח לד"ע היה מיירי בגניבה ניחא להו שיטת רש"י וזה פלא דהרי אז יקשה טפי דמה מוכח מינה כלל לדין מגו דזכי וצ"ל לדברי הברכ"ש דאז היינו מפרשים דהקרא מיירי רק לענין המעשה גניבה ולא לענין הזכיה ויל"ע.

וביאר התוס' לדרכו של הברכ"ש מיוסד על ההנחה דמגו דזכי אינו מדין שליחות וכדעת הגרש"א שהובא לעיל ולא כהרע"א והקצות וכ"כ הברכ"ש אלא שכתב דאינו שליחות גמור ויל"ע דהתוס' בסנהדרין טרחו טובא למצוא אופן שאיכא זכיה לקטן ואמאי לא תרצו דאיכא באופן שהגדול זוכה לעצמו ומדין מגו דזכי וראה להלן בענין מגו דזכי בחרש עוד בחקירה זו

והגר"נ זצ"ל ביאר בדברי התוס' באופן אחר והוא דהיכא דהאחד מגביה עבור שניהם אז מגו דזכי תורת שליחות בו אבל היכא דשניהם מגביהים ביחד אז מהני מדין מגו דזכי אף בלא תורת שליחות ובזה מבואר בפשיטות קושית התוס' על רש"י וגם ניחא הקושיא מסנהדרין הנ"ל ואולם צריך ביאור טובא החילוק בזה וראה לעיל שציינו דברי הריטב"א בישנים שחולק על רש"י וסובר דהכא בטלית אינם מתכוונים כלל לזכות אחד לחברו ועיין בר"ן להלן בסוע"א שגם בדבריו משמע כן להדיא ועיין ברמב"ן שם וכפה"נ דזו גם כוונת הרמב"ן ולדידהו צ"ע טובא היאך מהני אם אינו מתכוין ועכ"פ חזינן להדיא חילוק בין היכא דתרווייהו אנגבהו יחד להיכא דהגביה אחד לחברו דאז ודאי בעינן כוונה ואפשר דבשניים שהגביהו אינו מטעם שליחות ואחד שהגביה מטעם שליחות הוא וכדברי הגר"נ וצ"ע ובירור בכל זה. נואמנם אין להשוות דברי הריטב"א עם ביאור זה לגמרי שהרי הריטב"א אף במגביה מציאה כתב כן דלא בעינן בה לשליחות ואם כן להתוס' דעסקינן בשנים שהגביהו היאך מוכחינן מהכא דמועיל מגו דילמא הוי מדין מגביה מציאה וכדרכב"ח ודוק

בגמ' בשלמא חרש וכו' בדין זכיה לחרש, עיין בקצה"ח סי' רמג סק"ו שהביא דעת הרמב"ם בפ"ד מזכיה ה"ז דס"ל דלחרש אית ליה זכיה לכה"פ מדרבנן כמו לקטן שדינו כקטן בכ"מ והביא שם הקצה"ח דברי הרא"ש שחולק דיעויין ברא"ש בכתובות פ"ב סי' יד שכתב דלבר שטיא איכא זכיה כקטן משום דעתים חלים והוי כקטן דבא לכלל זכיה וכוונתו מבוארת עפי"ד הגמ' בב"מ דף ע ע"ב דמבואר בגמ' דקטן דאתי לכלל שליחות תקנו לו זכיה אבל לנכרי לא תקנו זכיה דלא אתי לכלל שליחות והבין הרא"ש דחרש הוי כנכרי כיון דלא אתי לכלל שליחות ועיין שם בסי' רמג בהגהת הגר"א בסקכ"ח שהוכיח כדברי הרמב"ם מסוגיין דמפורש בגמ' דזכין לחרש ולכאורה הוא פלא גדול על שיטת הרא"ש ומוכרח מזה דהרא"ש סובר דמגו דזכי אינו מטעם שליחות וכדעת הגר"ש איגר הנ"ל לעיל ועיין עוד באבנ"מ סי' מג סוף סק"ב

**מגו דזכי אי מהני רק בקנינים** עיין בקצה"ח בסי' שמח סק"ג שכתב דדין מגו דזכי נאמר רק לגבי קנינים אבל לגבי חיוב טביחה לא שייך לחייב מחמת מגו דזכי דהוא סברא רק בקנינים ועיין ברש"ש כאן שהקשה דבשנים שחפרו בור דאמרינן דאשד"ע יהני מדין מגו דזכי ודלא כהקצה"ח וכ"ה בשער משפט סי' קעו והרי יסוד קושית התוס' על רש"י הוא דכלפי מעשה גניבה לא שייך מגו דזכי – לפי ביאור הברכ"ש ובמהרי"ק בסי' נב ביאר דהא דמהני שליחות בפסח באית ליה שותפות בגויה הוא מדין מגו דזכי והתם מיירי בשחיטה ולא בקנינים וחזינן דאף בזה שייך מגו דזכי

**מגו דזכי במקום שאינו יכול לזכות לעצמו הכל** עיין בש"ך סי' קה סק"ב ובנתייה"מ שם סקב ובקצה"ח שם סק"ג ונחלקו האחרונים שם בדין מגו דאי בעי זכי היכא שיכול לזכות לעצמו קצת אם יכול לזכות לחברו הכל והוכיח שם הש"ך דיכול מהא דבסוגיין במגו דזכי אף שאינו יכול לזכות בטלית אלא חציה יכול לזכות לחברו החצי השני ודימה בזה הש"ך דין מגו דזכי למגו דאי בעי זכי ועיין שם בקצה"ח שנחלק עליו וכתב דל"ד כלל דמגו דזכי אינו מדין שליחות כלל מדמהני לד"ע וכדברי רש"י ואין מזה כלל ראיה למגו דאי בעי זכי שהוא מדין שליחות ועיין בנתייה"מ שם באורך בזה.

**בגדר מגו דזכי בש"ך סי' קה סק"ב** כתב שם דבסוגיין כ"א מהם עושה זכיה לחברו בכל הטלית וראה לעיל עוד בעיקר דברי הש"ך ועיין ברע"א בכתב וחותם ח"ב סי' נא שהשיג על דברי הש"ך וכתב שם דכ"א אינו זוכה לחברו בחצי השני אלא דבחצי שזוכה לעצמו בזה יש לו זכיה לחברו שיהיה לו מעשה הגבהה בכולה ואפשר שיש כאן מחלוקת עמוקה בחסרון דמונחת ע"ג קרקע דלש"ך אף ההגבהה בחצי אינה הגבהה כלל ורק ע"י שנצרף שני המעשי הגבהה שכ"א עושה בכל הטלית יקנו ואילו להרע"א הוי מעשה הגבהה טוב בחצי הטלית רק דאינו קונה כל זמן שלא עשה הגבהה בכולה וחברו מיחס לו מעשה הגבהה בחצי השני ואז זוכה בחצי שלו וציין הרע"א לדברי הסמ"ע בסי' רסט סק"ג שכתב כן להדיא<sup>126</sup>

ובאמת שיש להעיר בעיקר הסוגיא דכיון דהגבהה כ"א מהם אינה כלום דכמונחת ע"ג קרקע מה יועיל מה שכ"א מייחס לשני הרי שני המעשים אינם כלום, ולדעת הסמ"ע ניחא טפי שמצרף המעשה עצמו להתייחס לחברו כן מבואר בסמ"ע הנ"ל אך עדיין קשה דהרי זה תלוי בסברת הקצה"ח דמגו דזכי שייך קנינים ולא במעשים ודוק. ולדעת הש"ך קשה טפי ועיין בחי' הגרש"ש.

<sup>126</sup> ואולם דברי הרע"א צ"ע דנראה מבואר מכל דבריו דבהחצי שמרים הוא הוא החצי שזוכה בו להיות בעלים עליו ואם כן הרי יוצא דבטלית מוזהבת יזכה בחצי מסויים הקרוב אליו ולמה יחלוקו בשווה וראה לעיל שהבאנו בשם המהרש"א דאף בשניהם מודים חולקים בשווה וכן מוכח לכאורה דאל"כ הרי אין חלוקתם יכולה להיות אמת בטלית מוזהבת ואמנם עיקר סברת הרע"א מבוארת בסמ"ע דכ"א מייחס ההגבהה בחצי שמרים גם לחברו אבל זכית כ"א אינה דווקא בחצי הזה אלא בכל הטלית ואם כן ראית הש"ך נכונה כיון דיחס לחברו בחצי ידידה ההגבהה ובהאי חצי אינו קונה אלא רבע ודוק וצ"ע

בשנים שמשכו יחד אם בעינן לדין מגביה מציאה עיין בקצה"ח בסי' רסט סק"ב שנסתפק בזה בשנים רוכבים ואחד מהם חרש אי קנו או לא וביאר ספקו אם גם בקנין משיכה בעינן להמגביה מציאה לחברו, והוכיח הקצה"ח לפשוט ספקו מהגמ' **ראה להלן בגמ' וכו' אלא מהא היו שנים רוכבין וכו'** ולכאורה מבואר בגמ' דגם בשנים רוכבים שהוא קנין משיכה בעינן שיזכה כ"א לחברו, וביאר הקצה"ח **דהוא מחלוקת ראשונים דיעויין בריטב"א החדשים** שביאר דבאמת בשנים רוכבים אין צורך כלל לדין מגביה מציאה שקנינו של כ"א קנין גמור הוא ודיוקא דמשנה יתירה הוא דממשנה דשנים רוכבים ש"מ דכי היכי דברוכבים קונים יחדיו ה"ה בהגביהו ודייק הקצה"ח דמדברי רש"י לא משמע כן ועיי"ש מה שתלה בזה מחלוקת רש"י ותוס' בסוגיא דלהלן.

**ועיין בחי' הגרנ"ט שביאר דתלוי הדבר בשיטות הראשונים שנתבארו לעיל**, דיעויין לעיל שלש שיטות בחסרון ההגבהה במתני', ולדעת הראב"ד דבעינן לדין מגביה מציאה רק באופן שאין בהגבהתו כדי לקנות הכל בלא הגבהת חברו אם כן במשיכה לא שייך כלל וקונה בלא מגביה מציאה וכן לדעת הרשב"א דיד חברו כקרקע נמי לא שייכא סברא זו במשיכה אך לדעת התוס' רא"ש דהגבהת כל אחד מבטלת הגבהת חברו אם כן ה"ה במשיכה ועיי"ש עוד בחי' הגרנ"ט בכ"ז.<sup>127</sup>

**ועיין בחי' הרמב"ן בב"ב בדף נג ע"א בד"ה תשלום וכו'** ומבואר מדבריו שם דכל שהאחד עושה מעשה שלם זוכים שניהם ובגדר כ"א חצי גדר אז אין מעשה כ"א מהם כלום ולא קנו, ויל"ע אי כה"ג מהני נמי שיהיו זוכים זל"ז וראה לעיל שהערנו מה מועיל הצירוף של שניהם ודוק הרי למדנו מכ"ז דדעת הריטב"א מפורש דבמשיכה קנה וכן יוצא דעת הרשב"א והראב"ד וכן מבואר ברמב"ן בב"ב, ואילו דעת הרא"ש דלא קנה וכן ביאר הקצות בדעת רש"י.

**ואחרונים הקשו בזה קושיא עצומה על שיטת הריטב"א** ודעימיה, דהרי בשנים שגנבו מיירי במשיכה והיאך מוכיחה הגמ' מזה לדין מגו דזכי הרי במשיכה אי"צ למגו ובשלמא לדעת רש"י התם דמיירי שאחד משך עבור שניהם אתי שפיר אבל הריטב"א עצמו כתב דמיירי בשנים שמשכו וכהתוס' ולהדיא שם דמיירי במשיכה וצע"ג.

**בגמ' מגו דשני חרשים צריך ביאור מהו האי מגו דהרי האי מ"ד נקט דלא אמרינן מגו דאי בעי זכי אלא רק** מגו דזכי והכא סו"ס אין הפיקח זוכה לעצמו, **וראה בתוס' ד"ה ומאי וכו'** שהקשו דמנא לן דקנה דילמא לא אמרינן תרי מגו דהרי אף שני חרשים הוא מדין מגו, ודבריהם צריכים ביאור דהנידון אי אמרינן תרי מגו הוא לקמן בדף ט ע"ב כלפי מגו דאי בעי זכי דאמרינן התם דאף אי מהני מגו אבל תרי מגו לא אמרינן אבל הכא לא שייך כן כלל דהרי אזלינן להצד דלא מהני מגו דאי בעי זכי, **ועיין בריטב"א החדשים** שמבואר מדבריו שכוונת הגמ' מגו דשני חרשים אינו ענין מגו כלל אלא דתקינו רבנן בחרש ופיקח כמו שתקנו בשני חרשים.

**בגמ' אמר ליה רב אחא וכו' התם האי קאמר כולה שלי וכו' עיין בראשונים** שתמחו דהרי אלמלי דין מגביה מציאה הרי אין החלוקה יכולה להיות אמת ואם כן שפיר מוכח ממתני' עיין בזה ברמב"ן ובריטב"א החדשים.

<sup>127</sup> והוסיף שם הגרנ"ט דאף לדעת הרא"ש אין מקום לספקו של הקצות בחרש ופיקח ומשום דרק באופן שקונה האחד מהם מבטל קנינו של חברו אבל בחרש שאינו קונה אינו מבטל ולעיל שם ביאר כן בשיטת הרא"ש דקנינו של כל אחד מהם מבטל קנין חברו ונתקשה בזה בכמה קושיות אך לשון הרא"ש אינו משמע כן כלל אלא דכל שהאחד רוצה לקנות מבטל קנין חברו והטעם בזה מבואר דכשמעמיד הדבר לעצמו אף שלא זכה יש כאן סתירה למציאות ההכנסה לרשות של חברו ודוק



**בגמ' אלא ממשנה יתירה וראה ברש"י** ומבואר מדברי רש"י דבדליכא משנה יתירה הרי פשט משנתנו הוא מדין ממון המוטל בספק והשבועה מדרבני יוחנן ומה שתלה רש"י טעם השבועה בזה הוא צ"ב דאף אם החלוקה משום דתלינן שהגביהו יחד שבועה זו למה היא וצ"ע ולפי"ז למסקנא דליכא משנה יתירה בענין החלוקה הרי החלוקה הדין מדין ממון המוטל בספק ואף דליכא ספק בלא טענותיהם אזיל בזה רש"י לשיטתו לעיל בדף דלא תליא בספק בלא טענותיהם אלא בשור שחוט ושנים אוחזים חשיב שור שחוט עיי"ש ברש"י וברש"י לעיל בדף ב ע"ב ואכמ"ל.

**בגמ' ליהוי כמשיב אבירה** משונה מגו זה מכל מגו דהכא אף בטענתו שהיה יכול לטעון לא היה נפטר מהשבועה אלא דעדיף לו מחמת שהיה מקבל טפי ממון והכא לא שייך ענין כח הטענה כלל **ועיין בקובץ שיעורים ח"ב בקובץ שמועות** על ב"מ שכתב דמכאן מוכח דמגו לפטור משבועה הוא על ידי כח הברור שבמגו ולא ע"י כח הטענה וכמו שכתב שם בח"ב סי' ג החילוק בין מגו בממון למגו בשבועה, אבל **עיין בתוס' רא"ש כאן** שכתב דאין זה מגו גמור דאף בטענת כולה שלי לא מפטר אלא דסברא כל דהו היא לפטרו משבועה דרבנן **ועיין בריטב"א החדשים** כתב טפי דהכא ודאי אינו בחשש הולך ותוקף מדלא אמר כולה שלי ועיי"ש מש"כ לחלק ממוב"מ וצ"ב וראה בתוס' לעיל בדף ד ע"ב ד"ה לעולם ובמהר"ם שיש שם ודוק.

**רש"י ד"ה דרכוב קני וכו'** ומבואר ברש"י דקנין רכוב הוא אף כשלא זזה ממקומה כלל ודלא כהתוס' להלן **ועיין ברש"ש** שרצה להגיה ולפרש שאינו זזה ממקומה והיינו שהרכוב אינו מזיז אבל מעצמה זזה והוא דחוק ולהלן בע"ב יבואר עוד.

#### דף ח ע"ב

**רש"י אי נמא וכו'** משמע פשטות לשון רש"י דרכוב היינו בלא שזזה כלל מקומה ודלא כתוס' ושא"א שפירשו באזלא מחמתיה ומצינו **לריצב"ש בשיטמ"ק** בד"ה וז"ל הריצב"ש אלא וכו' שפירש כן דרכוב קונה אף בלא שזזה ממקומה וראה **ברש"י לעיל בע"א** שכתב שם דאינה זזה ממקומה וראה **להלן ברש"י ד"ה או דילמא מנהיג עדיף וכו'** והיא הגדולה בקנין וטפי מבואר להגרסא במהדור' עוז והדר 'והויא משיכה והיא הגדולה בקנין' והיינו דרכוב אינו משיכה ולשיטתו דאינה זזה ממקומה **וכן פירש בדעת רש"י באמרי בינה בקונטרס הקנינים סי' כה. ואולם צ"ע בזה** דהרי בגמ' מוכחינן מכלאים ואם אינה זזה ממקומה מחמת היושב אם כן למה יתחייב ארבעים והא לא עשה ולא כלום וצע"ג.

**בגמ' אלא רכוב במקום מנהיג ראה ברש"י** שכתב שניהם באים לפנינו לדין, ונחלקו אחרונים בהבנת דברי רש"י, **עיין בקצה"ח בסי' רסט סק"ב** שדייק דמשמע מלשוננו של רש"י דהספק הוא מי חשוב מוחזק אבל אין הספק לגבי קנין, וביאר הקצות דרש"י לשיטתו דאף במשיכה שניהם מבטלים זא"ז ואם מחמת דתפיס הרי התפיסה במוסירה לעצמה אינה כלום ואם כן כיון אף דהוא עדיף אבל אם המנהיג אינו קונה אם כן הוי מנהיג כחרש ואינו מזכה לרכוב ולא יקנה שמיכה אין לו בלא זיכוי והמוסירה לבדה אינה כלום, **ועיין בנחל"ד** שפירש כן ברש"י והקשה דאם כן מאי מספקא לן הרי מפורש במתני' דשניהם שוים דקתני יחלוקו ותני' דמתני' לא מיירי בדתפיס בה. **ואולם יעויין בחזו"א** שדקדק מסו"ד רש"י דמשמע הספק הוא גבי קנין ולא גבי מוחזקות, וכדבריו יש לדקדק היטב גם מלשון רש"י להלן 'והיא הגדולה בקנין ותני' קושית הקצות דהכא ל"ד לחרש ופקח דכיון דקנין כ"א לחודיה הוי קנין שלם אם כן היכא דלא קנה המנהיג תו לא מבטל לקנין הפיקח ויש להעיר דבתוס' רא"ש לעיל בע"א משמע דעצם מה שמתכוין לקנין סגי בזה לבטל קנינו ושמא היכא דאחיזתו קלישא אז אינו מבטל וראה **לעיל** שהבאנו האמרי בינה פירש דלרש"י רכוב מיירי בלא זזה ממקומה ואינו משיכה כלל ולפי זה ניחא היטב דהכא אין הקנינים מבטלים זה את זה כיון שאינם ממין אחד אלא

הקנין האלים טפי מבטל את חברו ועיין ברמב"ן בב"ב בדף נג ע"ב שנחלק שם עם הי"מ אם קנינים שאינם ממין אחד מבטלים זא"ז ודוק.

בגמ' אלא רכוב במקום מנהיג וכו' יל"ע דאי רכוב לחודיה קני אמאי לא יקנה במקום מנהיג וראה ברש"י שכתב והיא הגדולה בקנין, וראה במהדו' עוז והדר שהגרסא שם מכת"י 'והוא משיכה והיא הגדולה בקנין' ומבואר היטב ברש"י לשיטתו דרכוב אינו משיכה כלל וכמש"כ לעיל שאינה זוה ממקומה ועכ"פ חזינן מרש"י דהיא סברת עדיפות לענין קנין אבל לא דמעשה ההנהגה מתייחס למנהיג טפי מלרכוב, וראה בתוס' שפירשו דעדיפות דמנהיג מחמת דאזלא מחמתיה לגמרי ודרכוב משום דתפיס בה ואף זה נראה דהוא סברא לגבי קנין דקנין ידידיה אלים, ואולם יעויין ברשב"א שנתקשה בזה היאך מבטל קנין אחד את חברו וביאר דהטעם דרכוב עדיף הוא משום דזוה מחמתו אף אלמלי ההנהגה וכיון שכן זכה כיון דתפיס בה ומשמע מדבריו דאף מחמת המנהיג זוה והוי זה יכול זוה יכול וצ"ב אם כן למה עדיף התופס ומה תי' קושיתו וסברת מנהיג עדיף משום דספק אי אזלא מחמת הרכוב. ויש לדון בזה בדברי האחרונים גבי כלאיים וכמו שנבאר להלן בס"ד.

אמר רב יהודה נחוי אנן וכו' ש"מ רכוב לחודה לא קני עיין במהרש"א במהדו"ב שתמה דמנא לן למפשט דרכוב לחודיה לא קנה הרי התם מיירי במקום מנהיג ושם תי' דמשמע לשון הברייתא דמיירי אף בליכא מנהיג ואולם יעויין בחזו"א כאן ומקורו מליקוטים סי' כ שביאר דדווקא לגבי קנין שייך הסברא דהמנהיג מבטל הרכוב אבל לגבי כלאיים לא שניא ואם רכוב לחודיה חייב ה"ה במקום מנהיג כיון שנשתתפו בהנהגה ולהלן יבואר בזה מענין זה יכול זוה יכול, הרי דנחלקו המהדו"ב והחזו"א אם סברת העדיפות היא ליחס מעשה ההנהגה כולו אל המנהיג ואף לגבי דיני האיסורים או דהוא העדיף לגבי קנין ויש לדון בזה מדברי הראשונים דיעויין בתוס' רא"ש לקמן ד"ה אילימא שמוכיחה הגמ' ממתני' דרכוב ומנהיג שקונה רכוב ואמרינן דאי ר"מ פשיטא היא והקשה התוס' רא"ש בשם ריב"ן וכן הקשו הראשונים דמאי ראייה דילמא ר"מ היא וקמ"ל דאפילו במקום מנהיג הוא קונה ותיירץ דשמעין לה ממתני' דקתני ששניהם סופגים את הארבעים וחזינן שלוקה אף במקום מנהיג ודברי התוס' רא"ש צע"ג דאם כן היכי אמרינן הכא דלרבנן אף לחודיה לא קני ומאי ראייה ונסתר הן תי' החזו"א והן תי' המהדו"ב וצ"ע ועכ"פ למדנו מדבריו דסברת מנהיג עדיף אף כלפי איסורים היא ודוק ועיין ברמב"ן ושאר שם שתי' באופ"א. ואמנם יש לדון דלסברת רש"י שפי' והיא הגדולה בקנין היינו דלגבי קנין עדיף המנהיג כיון שמשך אם כן לגבי כלאים אין שום נ"מ אי איכא מנהיג וכסברת החזו"א אבל לסברת הרשב"א דבמקום מנהיג הוי הרכוב ספק אי זוה מחמתיה אם כן לכאורה אינו לוקה מספק הרי דתליא מחלוקת החזו"א ומהדו"ב ברש"י ורשב"א ולדעת התוס' יל"ע וצ"ע בכ"ז.

#### דף ט ע"ב

מתני' היה רוכב ע"ג בהמה רש"י ד"ה לא אמר כלום וכו' לכאורה כוונת רש"י דספק הוא לנו אם נתכוין לזכות לעצמו או לחברו ועל הצד שנתכוין לזכות לעצמו למה לא אמר כלום ועל זה תירץ דממ"נ אף אם הוא כדבריו הרי קנה חברו כשנתנה לו וכו' אלא דיל"ע דתיפו"ל דהשני מוחזק. וצ"ל דהוי תפיסה ברשות שהלה נתנו לו. אבל קשה דאם כן אף למ"ד קנה חברו הל"ל רש"י לפרושי כן. ובאור זרוע העתיק לשון רש"י וגרסתו שם 'אי קניא קמא בלא מתכוין' והיינו דקונה אף בלא כוונה ורש"י כתב להסתפק אם כשאינו מתכוין לקנות לעצמו קונה או לאו וכתב דממ"נ אף אם קנה הרי הקנה לו כשנתנה לו. ועיין בנמו"י שגם הוא הבין כוונת רש"י שקונה לעצמו בלא כוונה ודלא כגרסא דידן ואף בגרסא דידן יש לדחוק ועיין במהרש"א לקמן בדף י שהקשה סתירת דברי רש"י ושם יבואר

רש"י ד"ה מי שליכת את הפאה וכו' **עיין בתוס' רא"ש ובריטב"א** שהקשו ע"ד רש"י דהא אית ליה מגו דאי בעי מפקר נכסיו ומפורש בגמ' דמה"ט זוכה לעני ואם כן הרי גם השדה הזו יפקיר וגם על זה אית ליה מגו. **ותירצו ראשונים ואחרונים בארבעה דרכים** בשיטת רש"י בזה: א) התוס' רא"ש כתב דאיה"נ אלא דמקושת הגמ' ולימא מר מעני לעני מחלוקת הוא דהוקשה לרש"י דהתם הרי ס"ל דלא אמרינן תרי מגו ובהכרח דלא מיירי מתני' בבעל השדה.

**(ב) עיין בריטב"א** שכתב לפי המבואר בברייתא [בב"ק כח ע"א חולין קלד ע"ב ועוד] המפקיר כרמו והשכים לשחר ובצרו חייב בפאה וילפינן לה מקרא דתעזוב דהפקיר חייב בפאה **וביאר הריטב"א מחלוקת רש"י ותוס'** [שלפנינו בתוס' הרא"ש] **שהתוס' שהקשו ס"ל** דדווקא כשזכה שנית בכרם אז נתחייב בפאה אבל בעודו הפקר אין לו איסור ליטלו וביאר הריטב"א דרש"י חולק בזה גופא וסובר שאף בעודו הפקר חייב בפאה ולהכי לית ליה **מגו ועיין עוד בתוס' בתמורה** [דף ו ע"א] שכתבו להדיא דרק כשזוכה בקרקע נתחייב שוב בפאה וכשיטת התוס' המובא בריטב"א.

**(ג) ויעויין בחי' הרע"א** [ומקורו מהגהות רע"א בפאה פ"ד מ"ט] שכתב בפשיטות דכל הנידון אי מהני ההפקר לפטרו כל זמן שלא זכה בשנית הוא באופן שהפקיר לפני שקצר דלא חל עליו הלאו דלא תלקט אבל היכא שכשקצר היה בעלים וחלה עליו אזהרה דלא תלקט לא יועיל לו מה שהפקיר השדה אח"כ דכל שבעת קצירה היתה שלו זה נאסר בלאו דלא תלקט. ועיין בתוס' יו"ט בפ"ה שעליו נסבו דברי הרע"א.

**(ד) עיין בחידושי הגר"ח בסטנסיל ובחידושי הגר"ח החדשים** שביאר שיטת רש"י דמה שמועיל מגו דאי בעי מפקר בעלמא הוא היכא דאין לו כח לזכות מחמת שהוא עשיר לזה מהני המגו אבל היכא שנמנעת ממנו הזכיה מכח איסור שחל עליו הלאו דלא תלקט על זה לא מועיל המגו. שענין המגו הוא דעל ידי שיכול לעשות כן כבר נחשב שיש לו זכות וכח בדבר [ובחי' הנדמ"ח כתוב שם שהיו כעין 'אי שתקת' בב"ק דף ח] אבל כלפי איסור בעלמא דלא תלקט לא יועיל המגו להפקיע האיסור. **ודבריו צ"ע** דמחמת האיסור לכאורה נראה דכלל אינו מפקע כח הזכיה שלו עד שנצטרך למגו דהסברא שאינו יכול לזכות עבור העני הוא משום שאין לו זכות להפסיד לעניים האחרים אבל איסור לא תלקט למה ימנענו מלזכות לעני בדין זכיה. ומש"כ רש"י דהוא מוזהר על שלו כוונתו למבואר בתמורה דף ו ע"א דאינו יכול לזכות בו או משום דאי עביד לא מהני או דילפינן לה מקרא דאינו זוכה.<sup>128</sup>

**ועיין ברש"י בסוגיא דגיטין דף יא סוע"ב** שכתב דמיירי בב"ה עשיר, ומש"כ רש"י ב"ה משמע דהיינו נמי בעל השדה, **ואם כן סתרי דברי רש"י אהדדי. ועיין בבניה"ל** [ח"ג סי' מד אות ד] שכתב לבאר דכל מה שכתב רש"י דפליגי באדם אחר הוא לפי המבואר בסוגיין דפליגי במגו דלבע"ב ליכא מגו אבל רב חסדא בגטין העמיד מחלוקתם בדין התופס לבע"ח דלרבי אליעזר קנה אף שחב לאחרים ואף בלא מגו ואם כן ודאי דאף בעל השדה יכול לזכות, ועיי"ש שיישב בזה קושיית הר"ש בפאה על רש"י מהירושלמי שם. וע"ע בזה בחידושי אנשי שם בפ"ה מפאה מ"ב.

**בגמ' ולימא מעני לעני מחלוקת וכו'** **עיין בקצה"ח בסי' ריב** שהקשה דאם כן למה יתננה לעני הנמצא ראשון הרי יכול לזכות בה לעצמו ועיי"ש שתירץ דהוא מדין נדר **ועיין בפאה פ"ד מ"ב** דעני שמנע האחרים מלזכות בה כגון פירס טליתו עליה אינו יכול לזכות בה משום קנס ועיין בתוי"ט שפירש דיכול ליתנה הכא לעני ראשון דהך עני לא עבד מידי ומבואר דלעצמו פשיטא דאינו יכול לזכות משום קנס

<sup>128</sup> וע"ע בר"ש במשנה בפאה פ"ד מ"ט שהקשה על רש"י ממתני' דהתם בפ"ה ועיין בחידושי הגר"ח הנ"ל מש"כ ליישב על פי דרכו ועיין בחידושי הגר"ח הנדמ"ח שהעתיקו שם בהערה בשם האבי עזרי מה שהקשה ויש לדון בזה.

רש"י ד"ה ולימא מר דאפילו מעני לעני וכו' משמע ממש"כ דאפילו מעני לעני מחלוקת והיינו דגם בעשיר פליגי ולכאורה נראה שגרס כן בגמ', אך בריטב"א נראה דאין זו גרסא בגמ' אלא אחר התיבות 'ולימא מר' הוא מפירוש רש"י. ועיין בבית הלוי [ח"ג סי' מד אות ד] שתמה דמהיכי תיתי לפרש כן ואפוי פלוגתא למה לן ועיין שם שתירץ דהוקשה לרש"י למה יתננה לעני הנמצא ראשון ומזה הכריח דמיירי אף בעשיר ועל אופן זה איתא במשנה דיתננה לעני.

תוד"ה ולימא וכו' עיין בסוגיא דגיטין שם בדף יא ע"ב ועיין בפני יהושע כאן שתמה ע"ד התוס' מי הכריחם לומר דר"נ ור"ח בחדא שיטה אזלי בדעת ר"א דלמא ר"נ דהכא פירש כרב פפא דהתם דפליגי בטעם מגו והניח דבריהם בצ"ע. ועיין בתוס' רא"ש, וצ"ע.

בגדר דין מגו דזכי עיקר הענין דמהני מגו וכן פלוגתא דר"א ורבנן בתרי מגו סתום וצריך פירוש כיצד מהני האי מגו. ועיין בחידושי רבי ראובן שהביא בשם המשאת בנימין לבאר הגדר דלא הוי חב לאחרים דכשיכול לזכות לעצמו ממילא לא הוי חוב לאחרים כיון שבלא"ה יכול ליטול ואמנם צ"ע לפי"ז במקום דיכול להפקיר נכסיו דהרי שמא לא יעשה כן עיין בגמ' בנדרים דף פד דמרתת לעשות כן ועיין הגהת מצפה איתן. ודרך נוספת נתבארה שם בחי' הגר"ר דכיון שיש לו כח לזכות לעצמו הרי הוא עושה מעשה קנין עבור עצמו אך בכחו לקבוע שיועיל הקנין כדי שיזכה בה האחר ועיי"ש שלמד כן מדברי הראשונים להלן על הסוגיא בביצה ויתבאר במקומו. אך למהלך זה אין ביאור כלל בענין תרי מגו דעתה הרי אינו יכול לזכות כלל בפיאה. גם נסתר זה מהמבואר בראשונים בסוף הסוגיא דכאשר התופס לבע"ח הוא בעצמו נושה בלזה יכול לתפוס עבור אחר מדין מגו דזכי והתם ודאי אי אפשר לומר שזוכה לעצמו ומזכה לחברו דאם כן נמצא היה שחובו שלו פרוע וחוב האחר שעבורו תפס לא נפרע וזה כמובן אי אפשר כלל.<sup>129</sup>

והריטב"א והר"ן כאן הביאו בשם הירושלמי לפרש דאף בבעה"ב אמר רבי אליעזר שזכה בו דאיכא מגו שיכול לזכות בפיאה בשדה אחרת, ומגו זה אי אפשר לבארו לשתי הדרכים דלעיל, וצ"ע.

<sup>129</sup> גם לדרך המשא"ב קשה דהתם הרי חב לאחרים כי אם היה תופס לעצמו היה חובו נפרע ועתה כשתופס לאחר נמצא שהממון איננו וחובו שלו עדיין קיים ויוכל כעת לתפוס גם לעצמו והאחרים לא ישאר להם מאומה, וצ"ע. ושמא חוב שאינו מחמת הפסד בממון הזה עצמו אלא בעקיפין שיוכל לתפוס ממון נוסף אינו חשוב כחוב לענין דין חב לאחרים, וצ"ע.

אבל יעויין במאירי בגטין שהביא שם שיטת ראשונים שכתבו דכאשר תופס עבור אחר עדיין הלזה חייב באחריות כי סו"ס המלוה לא מינהו שליח ולכן כתבו לחלוק ע"ד התוס' בגוונא שהתופס נושה בעצמו וכתבו דלא יועיל כאן מגו דזכי כי אם היה זוכה לעצמו היה הלזה נפטר ועכשיו כשזוכה עבור האחר אין הלזה נפטר, ואין הדברים מובנים דמאי איכפת לן בזה סו"ס הרי יכול לזכות לעצמו, ולדרך המשא"ב מבוארת כוונתם בפשיטות דעדיין הוא חב בתפיסה שהרי אם יאבד ישאר החוב משא"כ אם יתפוס לעצמו.

דף י ע"א

בגמ' ר"נ ורב חסדא וכו' ובתוס' ד"ה ר"נ וכו' עיין בסוגיא בביצה בדף לט ע"א בסוף העמוד איתמר מילא מים ונתן לחברו עד איתביה רבא לר"נ וכו' ושם בסוע"ב אלא דכולי עלמא בירא דהפקירא הוא וכו'

דיני שביתה הנוגעים לסוגיין: (א) כשם שאדם רשאי לילך בשבת רק עד אלפיים אמה ממקום שביתתו בבין השמשות כמו כן כל כליו של אדם קונים שביתה כרגליו דהיינו שאסור להוליכם למקום שהוא אסור ללכת. (ב) זכה אדם בשבת בחפץ מן ההפקר קונה החפץ שביתה כרגליו. (ג) זכה אדם בשבת בחפץ מחברו הרי החפץ כרגליו של ראשון ולא כרגליו של שני. (ד) נידון הגמ' הוא לגבי בור מים השייך לרבים שמילא בו אדם מים לחברו אם קנו המים שביתה כרגלי הממלא או כרגלי מי שנתמלאו לו.

שם בתוס' ורש"י גרס וכו' עיין ברש"י בביצה שם בדף לט סוע"א, ולדרכו מחלוקת ר"נ ורב ששת היא האם זוכה לעצמו בלא כוונה. ועיין בתוס' רא"ש שהקשה מעודר בנכסי הגר וסבור שהם שלו דלא קנה ומ"ש הכא דקנה לדעת רב ששת. ועיין ברמב"ן וברשב"א שהקשו על רש"י היאך אדם זוכה בעל כרחו ולכאורה כוונתם ע"ד התוס' רא"ש אך הלשון 'בעל כרחו' משמע קצת דמאה לא הוקשה להו אלא דמאחר שקנה לחברו ש"מ אינו רוצה לקנות לעצמו ולכן קשה מדוע יקנה, וצ"ע. ועיין בר"ן שכתב בדעת רש"י דאמדינן דעתו שרוצה לקנות לעצמו להקנות לחברו ולכן קנה הוא כיון דחברו לא קנה ממנו. וע"ע להלן בסוגיא דד' אמות בענין קנין בלא כוונה אי מהני.

שם בתוס' ור"ת פי' וכו' צריך עיון לפי' ר"ת אמאי הוי כרגלי הממלא סוף סוף הזוכה הוא הבעלים ולמה יקנו שביתה כרגלי הממלא, ולשון התוס' דידן ובביצה דכיון דבא מכוחו הרי הם כמותו וצ"ב. ועיין ברשב"א בסוגיין שהקשה על ר"ת דלפי"ז צריך להיות כרגלי שניהם לחומרא. וצ"ב כוונתו שנראה שהובן לו סברת התוס' דכיון דבא מכוחו הרי הוא כמותו אך הוקשה לו דסו"ס הרי הוא קנה המים ולא המגביה ואם כן הרי חלה שביתה ידידה נמי על המים ויהיו כרגלי שניהם לחומרא.

ועיין שם שפירש דברי ר"ת באופ"א דעשו הראשון כזוכה בעצמו והשני כזוכה ממנו וכן משמע גם באו"ז כביאור זה והקשה הרשב"א דאם כן בעשיר לעני א"א לומר כן.<sup>130</sup> ועיין ברשב"א בביצה מה שהקשה דאם כן ליהוי כהפקר ודבריו סתומים וצ"ע. ועיין עוד בחידושי רבי לייב בסי' פד בכל זה וצ"ע.

יעיין בסוגיא בביצה שם דלהס"ד נקטה הגמ' דמחלוקתם של ר"נ ור"ש אם כרגלי הממלא או כרגלי מי שנתמלאו היא האם הבור מים הוי בור השייך בשותפות לכל העולי רגלים או שדינו כהפקר. וחילוק הגמ' צ"ב דמאי שנא אם הוי הפקר או בירא דשותפי סו"ס חב לאחרים הוא. ועיין ברש"י שם ומדבריו מבואר דהטעם הוא משום דאי הוי בירא דשותפי הרי עשאו הלה שליח ואינו כמגביה מציאה. וכוונתו מבוארת דאזיל לשיטתו דבעשאו שליח ליכא דין תופס לבע"ח דלא קנה, וסובר רש"י שאף שהם כולם שותפים חשיב חב לאחרני כי כך דין השותפות שכל הקודם זכה כמו בפאה. אך קשה דא"כ אף בבירא דהפקירא נימא כן וביאר הגר"נ זצ"ל דבבירא דהפקירא לא מהני שליחות דאינו שלוחו של בעל הממון, וע"ע בשיעורי הגר"נ.

ולדעת שאר ראשונים דסברי בעלמא דבמקום חב לאחרים לא מהני שליחות צ"ב חילוק הגמ' שם דא"א להם לפרש כפי' רש"י וצ"ע. ולכאורה נראה שחילוק הגמ' בין בירא דשותפי ודהפקירא הוא דבשותפות

<sup>130</sup> וכן יש להעיר מתופס לבע"ח במקום דאיכא מגו כגון שחייב לתופס ושם ג"כ אי אפשר באופן כזה שאם כן יפרע חוב התופס דבלא לפרוע חובו אי אפשר שיזכה ודוק, אלא שדין זה אינו מפורש בגמ' דמהני מגו כה"ג אלא חידשוהו התוס' בסוף הסוגיא ובאמת הרמב"ן שם פליג ע"ד התוס' ולכן לא הקשה הרשב"א משם.

אינו חב לאחרים כלל אלא בא לזכות בשלו אך צ"ע בזה דבפיאה נמי אפשר דהוי ממון של כל העניים<sup>131</sup> ומ"מ חשיב כחב לאחרים לפי שכך דין השותפות שכל הקודם זכה ואם כן אף בבור כן הוא הדבר. ובאמת שע"כ חלוק דין השותפות דהתם מדין ממון פיאה שהגמ' שם להלן תולה הנידון דר"נ ור"ש להצד דהוי שותפות בדין ברירה דאם יש ברירה נמצא כ"א ממלא משלו, ואילו בפיאה וכן גבי ממון השבט לא מצינו בשום מקום שנאמר שהכהן הזוכה מועלת זכותו מדין ברירה.<sup>132</sup>

**ועיין בתוס' בביצה שם** ויש להעיר בדבריהם לפירוש הרשב"ם לכאורה לא תירצו הקושיא שהקשו על רש"י מן הסברא ועיין במהר"ם שיף שרמז לזה שלא באו התוס' בפירוש זה אלא ליישב הגרסא בלבד. וצריך עיון לפירוש רשב"ם דלא הוי חב לאחרים אם כן במאי פליג רב ששת וגם הרי מבואר לכאורה בגמ' דפליגי במגביה מציאה **וביאר הגר"נ זצ"ל** דפליגי בדין שלוחו של בעל הממון דלרב ששת לא מהני מגביה מציאה דאינו שליח בעה"מ ולר"נ מהני משום מגו בגוונא דאינו חב לאחרים. **אך י"ל בפשיטות** דלהרשב"ם נקטינן שדעתו של הזוכה שאם לא זכה חברו יזכה הוא או דלכו"ע קונה בלא כוונה כרש"י ולכן אם המגביה מציאה לחברו לא קנה חברו הווי כרגלי הממלא ובזה פליגי.

**רש"י ד"ה סיפא וכו' עיין מהרש"א** שהקשה סתירת דברי רש"י ממתני' ועיין שם מה שתירץ ותירצו נראה לכאורה דוחק אבל עיין לעיל הגרסא ברש"י מהאו"ז ואף גירסה דידן צריך לדחוק כוונת רש"י כן והממ"נ שכתב רש"י במתני' הוא מחלוקת ר"נ ורב ששת בביצה ובא לבאר לשתי השיטות ובזה נראה פשוט דאף אם קונה בלא מתכוין היינו דאמדינן דעתו שרוצה לקנות כל זה הוא כדי להביא למשלח כדחזינן שמביא לו ורק דרוצה לקנות כדי שלא יחטפנו אחר ובזה ניחא היטב דברי המהרש"א ודוק

**רש"י בד"ה הוי תופס לבעל חוב שיטת רש"י בסוגיין** דדווקא בלא עשאו שליח הוי תופס לבע"ח אבל עשאו שליח מהני תפיסתו **ועיין בתוס' כאן ובגיטין** מה שהקשו על רש"י **ועיין ברא"ש** שהקשה על רש"י ממשנתנו **ועיין בש"ך בריש סי' קה** מה שתירץ בזה **ועיין בפנ"י** שכתב דמאחר שלא ידע יימר בר חשו דאיכא עוד בעלי חובות לא עשאו שליח לזכות אלא להביאו אצלו בעלמא. **ועיין בנתיב"מ סי' קה סק"ב** מה שכתב לבאר שיטת רש"י ויבואר בדבריו להלן בדין שלוחו של בעה"מ ועיי"ש בסוה"ד הסבר נוסף בשיטת רש"י. **עיין בקצה"ח סי' קה סק"א** שהקשה על רש"י דזכיה מטעם שליחות היא ואם כן אף בלא עשאו שליח הוי כעשאו ותירץ שם דזכיה אינה שליחות גמורה אלא שליחות מגזיה"כ עיין שם

**תוד"ה רבי יוחנן וכו' עיין בתוס' רא"ש ברמב"ן ובר"ן. ודברי התוס' וראשונים הם פלא עצום** דהרי הגמ' ערוכה ומבוארת לעיל דהטעם דמהני מגביה מציאה הוא משום מגו ופליגי אי אמרינן חד מגו או תרי מגו ורק ר"נ דסבר מגביה ל"ק פליג אעולא בזה ומה הוקשה להם כלל ארבי יוחנן ומהיכי תיתי דיחלוק על סברת מגו. **ועיין בתוס' רא"ש** שהוסיף בקושית התוס' דהרי תופס לבע"ח ל"ק ובכולה סוגיין מבואר דתליין זב"ז ותימא דהרי בכולא סוגיין מבואר להיפך דאחר הנידון אי תופס לבע"ח קנה איכא סברת מגו לחלק ביניהם וע"ז קאי כל השקלא וטריא בסוגיין.

<sup>131</sup> עיין בחי' הג"ר ראובן בסוגיין שהוכיח כן בגדר דין פיאה מכמה מקומות.

<sup>132</sup> והטעם לזה נראה פשוט דאם יבואו כמה עולי רגלים יחד אל הבור אין לומר דכל הקודם זכה אלא יצטרכו לחלק המים ביניהם ולכן הוי שותפות גמורה ומשא"כ בממון עניים או בממון השבט שכ"א יכול ליטול הכל לעצמו ועל כרחין דהוי גדר אחר של שותפות. ולפי זה ניחא גם מהלך הגר"נ בדעת רש"י דמהני עשאו שליח אף דבפיאה לא מהני עשאו שליח דאף אם פיאה הוי ממון עניים לא חשיב אף אחד מהם כבעל הממון אבל גבי בירא דשותפי הרי הוא בעל הממון.

ומ"מ כל זמן שלא באו עולי רגלים אחרים יכול ליטול לעצמו כמה מים שצריך שאל"כ לא היה שייך כאן כלל נידון דחב לאחרים וצ"ל דעל דעת כן נשתתפו שיטול כל אחד כמה שצריך ולא יחוש להבאים אחריו ודוק.

וביותר תימנה על דברי הרמב"ן שסובר דלדינא לא מועיל מגו לרבי יוחנן ורק סובר ר"י דמגביה מציאה ל"ה חב לאחרים מי הכריחו ליכנס בזה ומהיכי תיתי דחולק רבי יוחנן אעולא ועוד קשה וכבר עמד בזה בחידושי רבי ראובן היאך יפרנס רבי יוחנן מתני' דפאה ועיין שם שתירץ דפאה הוי ממון עניים והוי חב לאחרים אף להרמב"ן.

ואנהרינהו לעינין הגר"נ זצ"ל שאמר ביאור נפלא בכל מהלך הסוגיא והוא דמבואר מדברי הראשונים דלעולא מעולם לא ס"ד דטעמו משום תופס לבע"ח אלא הטעם לעולא דלא קנה הוא משום דליכא שלוחו של בעל הממון ועל זה מהני מגו וכל הסוגיא לעיל בע"ב דנה אך מטעם זה דשלוחו של בעה"מ נובגר דין זה ומקורותיו ראה להלן] ובזה ליכא חולק בסוגיין דמהני מגו ונחלקו חכמים ור"א בתרי מגו לדידיה ובהמשך הגמ' דקאמר ר"נ ור"ח דאמרי תרווייהו וכו' בזה באו לחדש טעם חדש שלמרות שיש מגו לא קנה ומאי טעמא משום דאיכא חסרון אחר דתופס לבע"ח דעל זה הרי לא מועיל מגו וסובר הרמב"ן דאין צד שיועיל מגו לדין תופס לבע"ח דלא איתמר אלא על דין שלוחו של בעל הממון וכמובן דלפי זה לא קשה מידי מפאה ובאמת במפרשי המשנה על פאה לא הוזכר כלל דהטעם משום תופס לבע"ח עיין שם בר"ש ובר"מ וכן ברמב"ם פ"ב ממתנו"ע הי"ט לא הוזכר כלל דהטעם דתופס לבע"ח ולא כתבו בזה שום טעם דהיה פשוט להם בסברא דמי שאינו בעלים אינו עושה שליח וכן רש"י בריש סוגיין שתק מזה ועיין להלן עוד בזה

ועיין היטב בסוגיא בגיטין דף יא ע"ב וסוגיא דהתם הוא סתירה לכל הנ"ל דמבואר דגם לדין תופס לבע"ח קאמר ר"פ דמועיל מגו והדרא קשיא לדוכתא מנ"ל להרמב"ן להמציא שיטה חדשה בדעת רבי יוחנן אחר דסברת התוס' מבוארת בגמ' בר"פ, אבל באמת ממקום הפירכא משם סייעתא כי אנו רואים שהרמב"ן מיאן בחילוק זה אף שהוא מפורש בגמ' שם וכנ"ל ואף התוס' שכתבו דמהני מגו דזכי לענין תופס לבע"ח לא נסתייעו כלל מר"פ ואף התוס' בגיטין שהקשו ותירצו כנ"ל לא הביאו מר"פ, רצע"ג.

וראיה גדולה ליסודו של הגר"נ - עיין בתוס' רא"ש שם בגיטין שהקשה כקושיית התוס' דלרבנן נילף מהכא לדין תופס לבע"ח ותירץ דאסמכתא הוא ועיקר טעמייהו דרבנן משום דתרי מגו לא אמרינן וצע"ג למאי בעינן לתרי מגו כלל אחר דקיימינן התם להצד דתופס לבע"ח קנה - ועל הצד הזה הוקשה להתוס' - ומבואר ומפורש כדברי הגר"נ זצ"ל דהכא מדין שלוחו של בעל הממון אייתנין עלה ולא מדין תופס לבע"ח ועיין גם בתוס' שם ד"ה דילמא ומכ"ז נראה ברור שהראשונים הבינו ר"פ כעולא דלר"א טעמו משום מגו ותופס לבע"ח קנה דכ"ה בפשטות לעולא מדקא מקשו התוס' והרמב"ן רק לרבי יוחנן ולהרמב"ן הוא מוכרח ולשון הגמ' דעד כאן לא קאמר ר"א צ"ע ועיין בכ"ז

הרחבת דברים בדין שלוחו של בעה"מ מדברי הראשונים בכמה מקומות מבואר יסוד דמי שאינו בעל הממון אינו יכול לשלוח שליח לפעול בממון זה, ומצאנו ענין זה מבואר בשלשה מקומות: (א) יעויין בתוס' לקמן [דף ע ע"ב ד"ה בשלמא, עייש"ה] שכתבו דכאשר אדם שולח שליח לקבל פרעון חוב מהלוח לא מהני השליחות אלא אם כן גם הלוח ממנהו לשליח ולכן כאשר הלוח הוא גוי אי אפשר לו למלוח לשלוח שליח לקבל את החוב מאחר ובעינן לשליחות הלוח ואין שליחות לנכרי. וביארו אחרונים בדברי התוס' [ראה מחנ"א זכיה ומתנה סי' לג נתיב"מ סי' קה סק"ב ועוד] שטעמם של התוס' בזה מפני שהמלוח אינו בעל הממון ולכן אינו יכול למנות שליח. (ב) איתא בירושלמי [בריש פ"ו בגיטין] ד' זעירא בעי קומי ד' מנא אף לענין מתנה כן אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו, א"ל תמן התורה זיכתה אותה בגיטה והיא עושה שליח לקבל דבר שהוא שלה אית לך מימר במתנה אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו. עכ"ל. ואף כאן ביארו האחרונים דמה"ט אין אדם



עושה שליח לקבלת מתנה לפי שאינו בעל הממון.<sup>133</sup> ג) והמקור העיקרי והמפורש לענין זה הוא בדברי הר"ן והנמו"י להלן [בדף י ע"ב] שכתב הר"ן דחצר אף שקונה בעלמא מטעם שליחות כל זה הוא כאשר יש דעת אחרת מקנה אבל מהפקר אין החצר יכולה לקנות מתורת שליחות דכיון דמתורת שליחות אתינן לה לחצר אין שליחות מועיל אלא במקום שדעת אחרת מקנה שהרי אתה רואה שנתלקו למעלה במגביה מציאה לחבירו אי קנה חבירו אי לא קנה ואפי' כשעשאו חבירו שליח להגביהה כאותה ששינו במשנתנו ראה את המציאה ואמר לחבירו תנה לי דאפי' בכה"ג איכא מ"ד לא קנה אע"פ שהכל מודים דהיכא דדעת אחרת מקנה זכין לו לאדם ע"י אחר, ואפי' מ"ד נמי דמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו לאו מטעם שליחות הוא אומר כן אלא דוקא היכא דאיכא למימר מגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' דהא תלמוד מעשיר לעני דליכא מגו קי"ל כרבנן דאמרי יתננה לעני הנמצא ראשון, וטעמא דמלתא לפי שא"א לזכות לחבירו מתורת שליחות אא"כ נעשה שלוחו של בעל הממון והיכא דליכא דעת אחרת מקנה אין כאן בעל הממון שיהא זה שלוחו הלכך במציאה חצר א"א לה לקנות מתורת שליחות ולא משום מגו דלא שייך בה כלל. עב"ל והובאו דברי הר"ן בקיצור בנמו"י על אתר ובאחרונים הנ"ל וכאן בא הענין ברור ומפורש דשליחות אינה מועלת אא"כ נעשתה על ידי בעל הממון.

**וראית הר"ן מסוגיא דידן צריכה פירוש** שהרי הטעם בסוגיין דלא מהני מגביה מציאה הוא משום תופס לבע"ח ולא מדין שלוחו של בעה"מ, והיכן מצא הר"ן מקור לדין שלוחו של בעה"מ.<sup>134</sup> ועיי"ה בנתיה"מ [בסי' קה סק"ב] מש"כ לבאר בדברי הר"ן, ודע כי בעל הנתבות לא היו לפניו דברי הר"ן בחידושו אלא ראם בדברי הנמו"י ולדרכו אין ראיה כלל מסוגיין, אך בדברי הר"ן שלפנינו מפורש שראיתו היא מסוגיא דידן וצ"ב.

**והגר"נ ביאר דברי הר"ן לדרכו** במהלך הסוגיא דבתחילת הסוגיא העמידה הגמ' פלוגתיהו דר"א וחכמים בדין שלוחו של בעה"מ ועל זה מהני מגו דזכי ורק רבי יוחנן חדית לטעמא דתופס לבע"ח. ואם כן נמצא שמבואר בסוגיא דאלמלי מגו דזכי לא מהני זכיה משום דליכא שלוחו של בעה"מ, אך הדברים דחוקים בדברי הר"ן שהרי כתב מפורש שראיתו היא מהמ"ד דמגביה מציאה לא קנה, ומ"ד זה הרי טעמו מפורש בגמ' משום תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים וצ"ע.

[והנראה מבואר מדברי הר"ן דאלמלי שהיה צריך לשליחות בעה"מ אף תופס לבע"ח היה מועיל אף שחב לאחרים והיה מהני עכ"פ בעשאו שליח ואפשר שאף מדין זכיה כי בעל הממון בכחו לחוב לאחרים ורק משום דליכא שליחות של בעה"מ צריך הזוכה לבוא לזכות לו בעלמא ולחוב לאחרים וזה אי אפשר לו, ובאמת שהדבר נראה מוכרח שאף שכתבו ראשונים דלא מהני שליחות לחוב לאחרים [ופליגי על רש"י בזה] אבל הרי הדין פשוט דבעל הממון יכול לשלוח שליח לחוב לאחרים כמו שהבעל יכול לשלוח שליח לגירושין אף שחב לאשה וכן לשחרר עבד למ"ד דחוב הוא לעבד, וכן הלווה שולח שליח לפרוע ולהקנות ממון אף שחב להמלוים האחרים וכן הרבה, והטעם לזה לפי שבעל הממון יש לו כח לחוב לאחרים וזכות יש לו בגוף הממון לעשות כן אף שלוחו כמותו ורק במלוה שכל כחו לחוב לאחרים הוא מפני קדימתו אינו יכול למנות שליח לקדימה זו מפני שאינו בעל הממון שיחשב שלוחו כמותו לענין קדימה זו ולתפוס בקדימתו הוא עבור המשלח לא מהני דלאו כל כמיניה לחוב לאחרים, ולכן מוכח ענין בעה"מ מגוף

<sup>133</sup> אך להמבואר בתוס' לעיל אפשר שיעשה אדם שליח לקבלת מתנה אם אף המקנה ימנהו שליח דומיא דלוה ישראל דמהני שליחות גביה, וכן מבואר גם מדברי הר"ן שיבואו להלן גבי מתנה גופא, וצ"ע שמדירושלמי משמע דבכל גווני אינו מועיל. ועיין באו"ש בפ"ג מגירושין ה"ט' שביאר דכוונת הירושלמי היא באופן שאין המקנה מצטרף למינוי המקבל וכן ביאר כוונת הירושלמי גבי גירושין כה"ג עיי"ש. וביאור חילוק הירושלמי בין גט למתנה ע"ע בברכ"ש בקידושין סי' יא.

<sup>134</sup> ומדברי הרע"א בתשובה קמא סי' קלג נראה שהבין דזה גופא כוונת הר"ן דמה"ט לא מהני שליחות שאינה של בעה"מ משום שחב לאחרים, וצ"ע שמדברי הר"ן נראה דזהו טעם בפ"ע.

הדין תתפס לבע"ח ודוק היטב, וע"ע בקצה"ח סי' קה סק"ג במשה"ק שם בשיטת הרמב"ם, ולהנ"ל הדברים מבוארים בפשיטות.

ויעויין בנתיב"מ בסי' קה סק"ג שהאריך ליישב שיטת רש"י בתופס' לבע"ח מקושיות הראשונים ולהנ"ל יש ליישב על פי דרכו בפשיטות, דסובר רש"י שהמלוה נחשב לבעל הממון ולכן מהני שליחות ידידה, אבל במציאה לא מהני שליחות, וכן בגביה מיתומים אינו נחשב לבעל הממון כיון דליכא שעבוד על היתומים כלפיו ודוק]

**בדין תופס לבע"ח היכא דחב לתופס עיין בקצה"ח סי' קה סק"ב** מחלוקת האחרונים באופן שתופס יותר מכפי חובו ודע דלהרמב"ן דמגו דאי בעי זכי לא מהני כלל בתופס לבע"ח ורק מגו דזכי ואם כן טפי מסתברא דהוא גדר אחר כלל ואך ברש"י בסוע"ב משמע קצת דתרוויהו שורשם אחד אמנם הרי בדבר עבירה פשיטא דליכא מגו דאי בעי זכי ועיין

**יד פועל כיד בעה"ב עיין במחנה אפרים פי"א משלוחין ושותפין** שחידש מכח סוגיין דפועל מהני אף בגוי אף דאין שליחות לעכו"ם משום דיד פועל כיד בעה"ב ועיין שם שכתב דהפועל זוכה לבעה"ב אף שלא מדעתו כיון דגופו קנוי לו ונראה מדבריו דזכית פועל היא ממש כזכית עבד כנעני דגופו קנוי לאדון וכתב שם שכן מוכח מהתשובות החדשות להרשב"א והרשב"א דיבר בדין זה בכמה תשובות **עיין תשובת הרשב"א ח"ב סי' פז** שכתב דאף דפועל יכול לחזור בו באמצע היום מכל מקום אם אמר חזרתי אינו נאמן אף שהחפץ בידו ולא דמי למגביה מציאה שנאמן לומר אני זכיתי תחילה ומבואר מזה בפשטות דקונה לבעה"ב אף בלא כוונה דאל"כ מאי שנא **ועיין בתשובת הרשב"א ח"א אלף נז** ששם משמע דהטעם משום דסתם שכיר לצורך משכיר מגביה ויש לדחות דכוונתו דמסתמא לא חזר בו ועיין בתשובת הרשב"א ח"ה סי' קפו ששם משמע להדיא כהמחנ"א וע"ע בח"ב בסט ובח"ג קלד

**וצ"ע בגדר הדין** דהרי סו"ס אינו עבדו שנימא בו יד עבד כיד רבו וכי רשותו קנויה לו לרבו ולכאורה אין כאן אלא שעבוד בגופו למלאכת ליקוט מציאות אבל מה שייך לקנות על ידי זה שלא מדעתו של הפועל **וצ"ע ועיין בחידושי הגר"ח הנדמ"ח על ב"מ** שעמד בזה וביאר דהוי כשובר של בעה"ב דכמו דמעשי ידיו של הפועל שייכים לבעה"ב כן גם מה שזוכה שייך לבעה"ב דקנוי לו לענין זה ועדיין לא נתברר דאטו אם לא יכוין הפועל לקנות כלל וכי יקנה בעה"ב והכא הרי כיון לעצמו וא"ת דמכח זכיתו לעצמו זוכה הבעה"ב מה שייך זה לדין פועל שמשועבד לעבוד ועשייתו גופה שייכת לבעה"ב **וצ"ע**

**מתני' ראה את המציאה וכו' עיין ברע"א** שהקשה אמאי קתני ובא אחר והחזיק בה הל"ל דהאחר קנאה בקנין ד"א וכתב די"ל דאף דזה אינו רוצה לקנותה בד"א כדאיתא בגמ' אבל רוצה שמחמת שהיא בד"א שלו לא יזכה בה חברו [והדברים צריכים ביאור היאך בכחו לעשות כן ותלוי בגדר ד"א ובגדר הגלי דעתיה דלא ניחא ליה דלקני ויבואר כ"ז בגמ' בע"ה]

**שם במשנה ראה לעיל בתוס' דף ב סוע"א ועיין כאן בשיטמ"ק**

**בגמ' ד' אמות של אדם קונות לו וכו' חקרו אחרונים בגדר קנין ד"א** אם הוא בגדר חצר דהד"א הוו כחצר וחצרו של אדם קונה לו או דהוי קנין חדש מדרבנן **עיין באבני מילואים** [סי' ל סק"ה] שתלה נידון זה במחלוקת הרמב"ן והר"ן **דיעויין בר"ן בגטין** [דף עח] שהקשה כיון דקנין ד"א מדרבנן הוא היאך היא מתגרשת בו גרושין דאורייתא ותירץ דכיון דחכמים הקנו לה החצר הרי הגיע גט לחצר דידה והיא מגורשת דאורייתא [ועיי"ש באבנ"מ בסו"ד שביאר דאף אי קניני דרבנן לא מועילים לדאורייתא חצר תליא במה שהוא ברשותה וברשותה חשיב אף אי לא הוי שלה מדאורייתא] הרי למדנו מדברי הר"ן דגדר קנין ד"א הוא קנין חצר וכל ענינה של תקנת חכמים כאן הוא שהחכמים הקנו לה החצר, אבל אחר שהד"א הן שלה הרי עצם הקנין קנין חצר בעלמא הוא. **וכן כתב הריטב"א שם בגטין וכן בחי' הריטב"א החדשים להלן בע"ב.**

ואולם יעויין ברמב"ן שם בגטין שהקשה קושיא זו ותירץ דהוי מדין אפקעינהו רבנן לקידושין וביאר האבנ"מ דלדעת הרמב"ן אין כאן חצר אלא קנין מחודש דד"א. ואף שבכח חכמים להקנות הגט מדאורייתא מדין הפקר ב"ד אבל ס"ס אין כאן נתינה שהרמב"ן סובר דאין מועיל קנינים בגט דבעינן ונתן בידה. והוסיף לבאר בה דהרי אי אפשר לומר דהקנו חכמים הד"א לאשה שאחר רגע כבר אינם שלה ועוד דאם יש זרק הבעל בד"א שטר קנן לאחד וגט לזו וקידושין לאחרת יקנו כ"א את שלו ואי אשר שתהא הקרקע שייכת לשלשתם כאחד ולכן סובר הרמב"ן דאין כאן חצר כלל ולהלן יתבאר מדברי רע"א בנקודה זו]

**וביאר האבנ"מ** דנ"מ בין הרמב"ן להר"ן היא גבי קידושין, דבקדושי כסף יש לומר דלכו"ע מהני מדאורייתא דאף להרמב"ן ס"ס מכח דין הפקר ב"ד זכתה בכסף דאורייתא ומתקדשת, אבל בקידושי שטר דבעינן נתינה יש נ"מ דהכא לא שייך לומר אפקעינהו ואינה אלא מקודשת מדרבנן ואם קדשה אחר צריכה גט משניהם אבל להר"ן מקודשת מן התורה.<sup>135</sup>

**ואולם בעיקר ההנחה** דלהרמב"ן קנין ד"א אינו מדין חצר איכא לעיונא **דיעויין ברמב"ן בסוגיין** שהשיג על הסוברים שד"א קונות רק במציאה וכתב דקונה אף במתנה דכחצרו שוויהו רבנן הרי מבואר מדבריו דד"א מדין קנין חצר הן **ועוד קשה דלכאורה מפורש בגמ'** **דמדין חצר הוא** דלהלן איתא בגמ' דקטנה יש לה חצר ויש לה ד"א ולמ"ד דאין לה חצר אף ד"א אין לה ואם קנין מחודש הוא מה שייכות יש לו עם דין חצר דקטנה. **וכן בסוגיין בתי' הגמ'** דבשדה דבעה"ב לא תקנו ליה למהוי חצרו, אלמא מדין חצרו הוא דקונה בד' אמות.

**והעולם מבארים בזה** דאף דלדעת הרמב"ן אין ד"א חצר דאורייתא מדרבנן שוויהו כחצר דמאורייתא רק רשות ידידה ממש הוי חצר ומדרבנן אף ד"א שהם מקום תשמישו של אדם חשובים כחצר מדרבנן והוי חפצא חדש של חצר מתקנת חכמים וממילא הוי גט דרבנן.

**וידוע לבאר בזה טפי** דענין ד"א של אדם מצינו שיש לו שורש מן התורה בשני מקומות, חדא דמבואר במשנה בעירובין [דף מה] גבי מי שנמצא חוץ לעיר ולא קנה שביתה דאין לו אלא ד' אמות ואינו יכול לצאת מהן משום איסור תחומין ועיי"ש בגמ' [בדף מח ע"א] דילפינן לה מקרא. **ועיין בבעה"מ בשבת דף צו** שכתב דטעם איסור טלטול ד"א ברה"ר מדאורייתא וז"ל וכולהו תולדות דרה"י לרה"ר נינהו שד"א של אדם בכל מקום קונות לו וכרשותו דמין וכשמוציא חוצה להן וכו' כמוציא מרה"י לרה"ר דמיא עכ"ל והובאו הדברים גם ברשב"א ובמהרש"א שם ותמוה מאוד דאיסור ד"א דאורייתא הוא וקנין ד"א דרבנן כדאיתא להדיא בסוגיין אבל צ"ל דעיקר דינם דאורייתא הוא דחשיבי כרשותו של אדם ורבנן תקנו דליקנו **ועיין עוד להלן בתוד"ה רבי יוחנן** שיתבאר שכ"נ גם מדברי התוס' **ועיין בדברי יחזקאל סי' נו מש"כ בזה**.

**ועוד כתב האב"מ** דאף אי נימא דלא מהני הפקר ב"ד כדי לקנות מדאורייתא החצר יש לפרש דתהא החצר קונה לה את הגט דבר תורה לפי שעיקר דין חצר אינו תלוי בבעלות עצמה אלא ברשות השימוש וכיון שבכח ב"ד להקנות לה והחצר שלה לתשמיש מגורשת עיי"ש.

<sup>135</sup> **ובעיקר דברי האב"מ בשיטת הרמב"ן עיין בשיעורי רבי שמואל** שהעיר דאין הכרח כלל דלדעת הרמב"ן לא הקנו לה החצר ואפשר שסובר שהפקר ב"ד לא מהני להיות שלה מן התורה [וכשיטת הסוברים דבכח ב"ד מן התורה הוא רק להפקיר ולא להקנות] – עיין ברבינו יונה בב"ב דף ק' [אך כוונת האב"מ מבוארת בדבריו שם] דהרי בקידושין ודאי משמע דמהני מן התורה [דאל"כ אין נ"מ בין ספק לודאי עיי"ש באב"מ] והיינו משום דקנינו בכסף מהני מדין הפקר ב"ד להיות שלו לגמרי וע"כ דרק בגט לא מהני משום דהוי כטלי גט כיון שסובר הרמב"ן שלא הקנו החצר עצמה אלא הגט ודוק.

ויש לעיין לשיטת הריטב"א והר"ן דאם כן נמצא שאין כלל קנין מחודש של ד"א אלא דיש חצר שחכמים הקנו לו לאדם אבל קנין החפץ קנין חצר גמור הוא. ויל"ע בזה מכמה מקומות: א) מנידון הגמ' דקטנה יש לה חצר ויש לה ד"א וקטן אין לו וכו' והשתא מה הנידון אם בקטן וקטנה יש ד"א הרי אין טעם לומר שלא יקנו לו חכמים הד"א וכל הנידון הוא רק אם קונה בקנין חצר או לא. ב) הראשונים והריטב"א והר"ן בסוגיין מכללם הביאו מהירושלמי שכתב דאם במציאה קונה ד"א כ"ש במתנה שדעת אחרת מקנה, והשתא אי קנין ד"א קנין מחודש הוא וקלוש טפי מחצר יש מקום לק"ו אבל אי נימא דאחר שהקנו לו החצר קונה דבר תורה אם כן נמצא שכל הנידון במתנה הוא האם הקנו לו חכמים ד"א גם לזכות במתנות או לא ומאי שנא לגבי זה דעת אחרת מקנה הרי חכמים הם המקנים לו את החצר ברצונם יקנו וברצונם לא יקנו ואין שום נ"מ לדעת המוכר שאח"כ מקנה לו החפץ וזו קושיא גדולה. ג) הר"ן בסוגיין כתב דדוקא בד"א לא קני כשנפל לפי שבקנין דרבנן אמרינן דלא מהני כשאינו רוצה מדין א"א בתקנת חכמים וקשה שהרי הקנין עצמו הוא דאורייתא, ובקושיא זו עמד הגר"ש אייגר [בתשובת רע"א קמא סי' רכא] בדברי הנמו"י בסוגיין וכתב דכוונתו דמכח אי אפשרי אינו זוכה בד"א עצמן אך זה ניחא בדברי הנמו"י אך לשון הר"ן עצמו בסוגיין לא משמע כן כלל.

בגמ' בד"א לא ניחא ליה דליקני נחלקו ראשונים בדברי הגמ' דיעויין בנמוקי יוסף [ומקורו מהר"ן ורשב"א] שכתב דהטעם הוא משום דאי אפשרי בתקנת חכמים שומעים לו ומבואר בר"ן דטעם זה שייך רק בקנין ד"א שהוא מדרבנן אבל בקנינים דאורייתא אי רצה לקנות בקנין אחד ממילא חייל מחמת הקנין האחר ואולם הר"ן בשם הרשב"א כתב דאף בקנינים דאורייתא כן הוא חדא שאין אדם קונה בעל כרחו ועוד שהעודר בנכסי הגר וסבור שהם שלו לא קנה [ושני הדברים צ"ע דמה שאין אדם קונה בע"כ הרי הכא רוצה לקנות רק דרוצה בקנין אחר [ועיין בזה להלן מדברי רע"א] ומה שדימה לנכסי הגר תמוה דהתם ליכא דעת קנין כלל שסבור שהם שלו אבל הכא רוצה לקנות ועיין ברשב"א בב"ב דף מא שכתב דעודר בנכסי חברו וסבור שהם שלו ואיכא דעת אחרת מקנה קונה וכל שכן הכא דאיכא דעת ידידה ודברי הרשב"א צ"ע]

בשיטת הנמו"י עיין בחי' רע"א במועתק מתשובה [בד"ה על קושיית רומ"פ והוא מתשובה תניינא סי' צו] שכתב לבאר בשם הגרש"א דלדעת הר"ן עצמו דהקנין חצר דד"א דאורייתא הוא אם כן קאי האי אפשרי לא על גוף הקניה אלא על עצם היות לו ד"א דזו התקנה"ח וכשאומר אי אפשרי תו לית לי כלל הד"א ועיין באמרי בינה בקונטרס הקנינים בסי' יד שכתב כהרע"א והביא שכך מפורש בתשובת הר"י מייגאש סימן קו שכתב וז"ל לפי שהטעם שם שלא קנו ליה ד"א לפי שמכיון שגלה בדעתו דלא ניחא ליה דליקני ליה ד"א ידידה איגלאי מילת' דהני ד"א לאו חצרו הן כלל כדי שתקנה לו לפי שלא תקנו שד"א של אדם קונות לו בכל מקום אלא א"כ היתה כונת אותו אדם שיהיו לו אותם ד"א כחצרו אבל אם אינו מתכוון לזה ואינו מתרצה בו הנה חזרו להיות ד"א הללו שאין לו בהם זכות כלל והם לגביה כמו שהם לגבי שאר בני אדם שאינם עומדים בהם וע"כ היה מן הדין שלא יקנו לו. תדע שכן הגע עצמך אם היתה המציאה בחצרו ונפל עליה האם היינו אומרים שמכיון שנפל גלי ארעתיא דלא ניחא דתקנה לו חצרו אין ספק שלא נאמר שחצרו קנתה לו על כל פנים להיותה חצרו והנפילה שנפל עליה הוא דבר נוסף. עכ"ל

אך יעויין בחי' רע"א לעיל במתני' הו"ד לעיל שצידד לומר דהכא הראשון אף שאינו רוצה לזכות בד"א מונע בד"א ידידה את השני מלזכות בד"א וזה שלא כדבריו כאן בשם הגר"ש דלדידיה לא שייך לומר כן כיון דלית ליה כלל ד"א. וכל דברי רע"א הנ"ל הם אליבא דהר"ן בגטין שקנינו קנין חצר גמור הוא אך להרמב"ן אי"צ לכ"ז דעצם הקנין דרבנן הוא וכ"מ לשון הר"ן בסוגיין דעצם הקנין דרבנן הוא ואינו רוצה בקנין וצ"ע.

ובגוף דברי הנמו"י צ"ב היאך יקנה בעל כרחו ואם אינו רוצה שקנין זה יקנה לו פשיטא דאינו קונה בעל כרחו ומ"ט בקנינים דאורייתא כעין זה קנה ועמד בזה הרע"א בתשובה הנ"ל בד"ה ומה"ט וכו' וביאר דזה

פשוט דאם אינו רוצה לקנות אינו קונה אבל כשרוצה לקנות ואיכא מעשה קנין מעליא בזה אם רוצה בקנין אחר קנה נוכחותו דאי"צ דעת על גוף המעשה קנין רק על קביעת הבעלות וכשרוצה להיות בעלים אם החפץ ברשותו קונוהו ולא נמסרו גדרי הקנינים לדעת בני אדם ודוק, אבל עדיין צ"ב בכ"ד הנמו"י שהבין פשט הגמ' דאינו רוצה כלל בד"א ומנא לן דלמא אינו יודע מקנין זה וכמו שטעה בדין לענין נפלה טעה לענין ד"א או דעדיפא ליה למעבד גם נפילה ומאיזה טעם יש לנו לחשוב שירצה האי גברא לזכות דווקא בקנין שאינו קנין ולא בד"א עד שנאמר שיש כאן גדר אי אפשי בתקנ"ח וצל"ע] **וכעי"ז כתב רע"א שם לעיל** [בתשובה המתחילה גם מ"ש רומעכ"ת ומקורה בח"א סי' לז] וכתב שם דזהו טעמם של הפוסקים דזכה בד"א אף דגלי דעתיה דניחא ליה בנפילה ומשום דסו"ס רצה לקנות נולא ס"ל לסברת אי אפשי] וכתב דלביאור זה כל זה הוא בשעת נפילה אבל אם קדם אחר זוכה קודם נפילה השני זכה דבאותה שעה של קודם נפילה הרי אינו רוצה לקנותו כלל ורק בשעת נפילה דרוצה לקנות לכה"פ ע"י נפילה אז קונה בד"א

**כתב הרמ"א בסי' רס"ח סעיף א** שנים שבאו אחד בתוך ד"א או שעומדים שניהם ונפלה המציאה לתוך ד' אמותיהן קנו שניהם עכ"ד והאחרונים נתקשו בדברי הרמ"א **דעיין בקצה"ח שם** שהקשה מדברי הגמ' בגטין **דיעויין בגמ' בגטין בדף עח סו"ע** א שמבואר שם דאם זרק לה גט ובתוך ד"א של שניהם תליא הדבר הי מינייהו קדים והקודם לד"א זוכה בהם ולפי זה קשה מהוא הציור השני שכתב ברמ"א דזכו שניהם הרי תלוי הדבר מי הגיע קודם ועייש"ה בקצה"ח

**ועיין שם בנתיב"מ** שתירץ דברי הרמ"א על פי הבית שמואל **דיעויין בב"ש באהע"ז סי' קלט סקכ"ה** שכתב דאם בא אחד לד"א קודם האשה ואח"כ באה האשה אינה זוכה בד"א שכבר זכה בהם הפלוני לפניו ולפי זה כתב הנתיבות בכוונת הרמ"א דמיירי שבא אחד קודם שניהם ואז הלך לו ונמצאו שניהם זוכים בד"א כאחד נומקור הדין דהבית שמואל מהא דאיתא בגמ' בגטין בדף עח סו"ע דאם קדם הבעל בד"א לפני האשה לא זכתה בגט שהושלך לשם והיינו משום שכבר זכה הבעל בד"א אלו ואמנם פירוש זה דחוק בדברי הרמ"א דסתם בלשונו וצל"ע

**ואולם הרע"א חולק על יסודו של הבית שמואל דיעויין בחי' הרע"א** [בתשובה המתחלת על קושיית רומ"פ והוא מתניינא סי' צו] שכתב להשיג על הבית שמואל והקשה דבגמ' שם מבואר דלא משכחת לה שיהיו הבעל והאשה כאחד בד"א דאי אשר שלצמצם והקשה רע"א דלדברי הבי"ש משכח"ל כגון שהיה שם אחד קודם לשניהם והלך לו ולכן השיג הרע"א על כל דברי הבי"ש ותורף דבריו דמי שאינו יכול לקנות הדבר לא הווי הד"א כחצר שלו שלא הקנו חכמים הד"א אלא לכ"א לפי ענינו **דיעויין באבנ"מ סי' ל סק"ה** שהו"ד לעיל שהקשה דכשזרק הבעל לזו גט לזה שטר מתנה ולזו קידושין היאך יקנו שלשתם יחדיו **ועל זה ביאר הרע"א** דכל אחד זוכה בד"א לפרטים לקנות כפי ענינו ולפי זה כתב שאחר אינו יכול להפריע כלל קנין האשה בגט נאמנם אי"ז סתירה לתירוצו של הנתיבות דהרי בבעל קדם מפורש בגמ' דמועיל וביאר הרע"א משום דשייך ביה בגט ולפי זה במציאה ה"נ האחר שייך בה ומעכב שניהם וכשהלך זכו שניהם וכעי"ז בתורת גטין שם בדף עח ועיי"ש עוד ברע"א שנתקשה דהרי הבעל מגלה דעתו כשזרק הגט שאין רוצה לקנות הד"א ולמה לא תקנה היא ותירץ דלא תקנו חז"ל שיקנה אדם בד"א של מוכר וצל"ע ולא נצרך הרע"א לזה אלא לפי דרכו להלן שהאי אפשי הוא בגוף הד"א אבל אם האי אפשי הוא בקנין הרי הוי עדיין חצר שלו ודוק ויל"ע בכ"ז]

**תוד"ה ארבע אמות עיין כאן בראשונים מחלוקת בזה וראה ברמב"ן ובריטב"א החדשים ובתוס' רא"ש ועיין בתוס' רי"ד** שדעתו דבגט הוי דאורייתא שקבלו כן חכמים מסיני וולחכי מהני ביה מאה אמה ורק במציאה הוי דרבנן ולדבריו ניחא טפי דברי הבעה"מ בשבת שהבאנו לעיל

דף י"ע"ב

**תוד"ה רבי יוחנן וכו' צ"ב כוונתם בקושיא, ועיין בגהש"ס ומדברי רע"א נראה שפירש שכוונתם להקשות** מדוע בגט מהני מאה אמה ואילו במציאה מהני רק ד' אמות, ולכן נתקשה רע"א בדבריהם דאין זה תימה כלל דכיון שהכל תקנת חכמים ראו לנכון לתקן גבי גט מאה ובמציאה ד' ולא באנו ללמוד מציאה מגט אלא כלפי עיקר קנין חצר ולא כלפי פרטי תקנת ד"א.<sup>136</sup>

**ולדרך הרע"א נמצא שלתי' התוס' אף במציאה כל שהוא יכול לשמרה קונה אפילו במאה אמה, וצ"ע שלא** הוזכר חידוש זה בשום מקום, **וצ"ע. ולשון התוס' משמע דקושיתם היא דלא שייך כלל קנין ד"א בגט, וצ"ע בתוס' רא"ש כאן ובגטין, וצ"ע.**

**ויעויין בדברי יחזקאל** [סי' נו אות ג] שביאר קושית התוס' התוס' עפ"י ד הרע"א בתשובה [בסי' רכב] שכתב שם דאף להר"ן דקנין ד"א בגט הוא דאורייתא מ"מ מודה דמאה אמה מהני רק מדין אפקעינהו דבשלמא ד"א יש לומר שהקנוהו רבנן לאשה לכל מילי והוי חזרה ממש אבל במאה אמה לא מסתברא לומר כן דכל שיכול אדם לשמרו הקנו לו לכל דבר ולכן מהני רק מתקנ"ח דמתגרשת בכך ואפקעינהו רבנן לקידושין. **ולפי זה קושיתם מתפרשת** דהרי בגט אין מקור כלל לדין ד"א דבלא"ה מתגרשת כל שיכולה לשמרה ובגמ' משמע דילפינן גם חצר וגם ד"א מגט. ולזה תירצו דגם בגט יש קנין ד"א והנ"מ בו במקום שגם הוא יכול לשמרו דאז בד"א קונה משום דהוי חצרה גמורה דידה. **ולפי דרך זו** אין מקום כלל לקושית הרע"א בגהש"ס.<sup>137</sup>

**בנמ' מר סבר חצר מטעם יד וכו' מבואר מהגמ' דידו של אדם ודאי קונה רק הנידון הוא אם חצר הוא בכלל יד, ויל"ע מנ"ל דיד קונה, וצ"ל דילפינן לה מגט. ועיין בתוס' בכתובות דף לא ע"ב ד"ה שכתבו דידו של** אדם קונה לו כדכתיב ונתן בידה, ואמנם התוס' השיגו על רש"י שם, ועיי"ש ברש"י, ונחלקו אחרונים בכונת דבריו, **דיעויין בקצה"ח בסי' רסח סק"ב** שכתב דלדעת רש"י שם בכתובות אין ידו קונה אלא מטעם הגבהה, וכדעת הקצה"ח כתב גם הרע"א בתשובה תניינא סי' צב דלדעת רש"י ליכא כלל קנין יד, **אבל בנתי"מ שם** כתב דרש"י לא נחלק על התוס' אלא במה שאינו בידו ממש אלא שאוחזו אבל מה שבתוך ידו ודאי קונה מדין יד ודלא כהקצות,

**ותמהו אחרונים ראה בדבר אברהם סי' כא אות כב** על דברי הקצות דהרי מפורש בסוגיין דחצרו קונה לו מטעם יד אף דליכא הגבהה והיאך תגרע ידו מחצרו, וראה להלן שם באות כג שהקשה עוד מדברי רש"י בסנהדרין דף עב ע"א שכתב דידו חשובה לו כד' על כ' והרי היא לו כחצרו ואע"פ שאין כאן הגבהה עכ"ל. ואולם **יעויין ברש"י לעיל** בדף ט ע"א ד"ה מה שתפוס בידו וכו' דשם משמע להדיא דאינו מדין יד אף במה

<sup>136</sup> **ולדרך הרמב"ן** יש ליישב קצת קושית הרע"א דלדרכו לא הקנו לה חכמים חצר אלא הוסיפו בגדר חצר שאף ד אמותיו של אדם הם בכלל חצרו ולזה נתקשו התוס' דאם גבי גט הוגדר הדבר שכל שיכולה לשמרו הוי כבר חצרה מדרבנן נימא דה"ה גבי מציאה. אך לפי"ז לתירוצם מהני מאה אמות במציאה וזה תימה לומר כן ועיין בהערה הבאה.

<sup>137</sup> ואמנם יש להעיר בעיקר דבריהם מנ"ל להתוס' דד"א במציאה ילפינן מגט דלמא עיקר פלוגתייהו בחצר וד"א אגב חצר נקטה וי"ל. אך באמת קשה טפי למהלך זה דלפי זה נמצא שהתוס' סברי כהר"ן ולא כהרמב"ן, אך אכתי לא ניחא דלדרך הר"ן אין חידוש כלל בקנין ד"א זולת מה שחכמים הקנו לקונה את הקרקע עצמה ואם כן מה יש ללמוד במציאה מגט, הרי קונה האשה את הגט מאותה סיבה שקונה אדם את המציאה ואין כאן דין אחד קודם לחברו, אך לדרך הרמב"ן א"ש דבריהם ועה"ד שנתבארה בהערה הקודמת ומתפרש הדברים כך דאם מצינו שתקנו בגט דכל שיכולה לשמרו הוי חצרה אין לנו מקור שתקנו שד"א של אדם חשבות כאילו הם חצר לענין קנין ומנא לן למילף מציאה, ולזה תירצו דשתי תקנות יש האחת דכל שיכולה לשמרו הוי חצר לענין גט וזה לא תקנו אלא בגט ותקנה נוספת בד"א וזה תקנו בכל מקום. [וצ"ל דהראשונה משום עיגונא ולכן תקנה רק בגט אבל תקנת ד"א לא נצרכה משום עיגונא לרבי יוחנן ולכן יש ללמדה לכל מקום וצ"ע]

שמונח בידו ממש וצ"ע ואף להבנת הדב"א ברש"י ושכן משמע בשטמ"ק שם דהוא מדין יד עדיין קשה קושיית התוס', דלפירוש רש"י בסוגיא שם מה דמהני יד הוא מחמת דידו של אדם חשובה לו כד' ע"ד לענין שבת וה"ה לקנינים וכ"כ רש"י בסנהדרין הנ"ל ותמוה מה צורך לזה אחר דאדרבה מקור הדין דרשותו-היינו חצר- קונה לו הוא מיד עצמה וצ"ע. וראה להלן בהערה בזה] **ועיין בתוס' רי"ד בריש המוכר את הספינה שכתב להוכיח דידו קניא דהא חצרו מידו ילפינן**

**בגמ' ומר סבר חצר משום שליחות אתרבאי וכו'** דברי הגמ' צריכים פירוש דהרי אף שליח צריך לעשות מעשה קנין ואף אם החצר שליח הקונה היא אבל באיזה קנין זכתה לו, **ועיין בחי' הגר"ח [סטנסיל]** בגיטין דף כ, שביאר בזה דהקנין דחצר הוי ודאי קנין יד ולכו"ע ורק דנחלקו ביחס היד אל הקונה דמ"ד משום יד סבר דהוי יד ידידה ומ"ד משום שליחות סבר דלא הוי יד ידידה אלא דהוי יד בפ"ע מועיל לו מדין שליחות. **וע"ע בדב"א סי' כא אות כג** שביאר כן [ואולם להסוברים דלרש"י יד אינה קונה הדרא קשיא לדוכתא גם למ"ד משום שליחות דסו"ס באיזה קנין קונה לו החצר, וצ"ל עד"ז להיות החפץ בחצר הוא קנין גמור אף ביד אינו קנין אלא דאין מועיל זה לבעל החצר בלא דין שליחות וצ"ע].

**רש"י ד"ה משום ידה וכו' עיין בפנ"י** שתמה ע"ד רש"י דהא לקמן מבואר בגמ' דילפינן לה לחצר מדין יד מיתורא דקרא ולא ממשמעות הפסוקים, וביאר הפנ"י דרש"י כתב כן להס"ד דגמ' קודם שידעה הגמ' הבריייתא והוכרח רש"י לומר דלא ידעה הבריייתא מכח קושית הגמ' לקמן דמי איכא למ"ד משום שליחות בגט והא הרי בגט עסקינן להס"ד עיי"ש בפנ"י, ויל"ע. **ומקו"ד רש"י** שהביא קרא זה דויקח את כל ארצו מהסוגיא לקמן בדף נו ע"ב עיי"ש.<sup>138</sup>

**בגמ' וכי היכי דשליחות ליה לה וכו' עיין בחי' רע"א בכתובות דף י ע"א** שכתב לבאר הטעם דקטן אית ליה זכיה אף דלית ליה שליחות משום דהחסרון הוא במינוי דהיכא דבעינן דעתו דהקטן לשליחות לית ליה דעת, **ועיין שם בהערה מהגרש"א** שהקשה על זה מהכא, דהרי בחצר אי"צ מינוי ולא דעת ומכל מקום ליכא שליחות לקטן. ובאמת דבפשיטות קשה דכיון דזכיה אית ליה לקטן, ולדעת רש"י ותוס' זכיה מדין שליחות למה לא יועיל בחצר מדין זכיה, וביותר דמפורש לקמן בגמ' דחצר שלא מדעתו הוא מדין זכין.

**ועיין בקצה"ח בסי' רמג סקי"א שעמד בזה**, וכתב דבאמת במקום דאיכא דעת אחרת מקנה חצר מהני מטעם שליחות אף לקטן ומדין זכין ומשום דהא דזכין לקטן דאורייתא הוא רק בדעת אחרת מקנה, וביאר בזה דברי התוס', **דראה בתוס' להלן בריש ע"א ד"ה ילפינן**, שכתבו דהא דילפינן מציאה מגט הוא דרבנן דמדאורייתא אין יד לקטן למציאה, ותמה הקצות דהרי אפשר דילפינן מדאורייתא לענין מתנה דאיכא דעת אחרת מקנה דאז יש יד לקטן מן התורה, וכתב ליישב לדבריו דבמתנה אף למ"ד משום שליחות מהני, ועל כרחק לא בזה פליגי דאף למ"ד שליחות מהני מדין זכין.

**ועיין בחידושי הגרש"ש סי' כג בד"ה והנה דברי וכו' שתמה על דברי הקצות**, דאם נימא דשייך בחצר זכיה למה בעינן בזה דעת אחרת מקנה ויהני כמו בגדול דמהני לו חצרו שלא מדעתו, וכתב שם באופ"א ליישב

<sup>138</sup> ומשמעות הגמ' שם דאחר קרא דהמצא בגניבה וקרא דונתן בגט הרי מתפרש באמת ידו ברשותו בהני ולפי"ז י"ל דברי רש"י דידן ואפשר דבגט ובגניבה מתפרש ידה בתרי אנפי ולקנינים לא ילפינן אלא רשות ולא יד וא"ש דברי רש"י בכתובות וסנהדרין הנ"ל ודוק. אך באמת נראה בזה טפי דיעיין היטב בתוס' רי"ד הנ"ל בריש המוכר את הספינה שמפרש דהגבהה קונה משום יד עיי"ש ונראה פירוש הדברים דיסוד קנין יד הוא שיהא החפץ מונח בידו ואולם כאשר היד בתוך ג"ט לקרקע חשיב כארעא סמיכת וכאילו בטלה ידו לקרקע ולזה מצרכינן שיגביה ג"ט ואז באשר החפץ אחוז בידו ונעקר מרשות הקרקע הוי קנין יד וביאר רש"י בכתובות דכשהחפץ כולו בתוך ידו או ידו של אדם שחשובה לו כדע"ד קונה אף בפחות מג"ט



קושיית הקצות וכתב דעיקר דין זכיה לא שייך כלל בחצר דזכיה היינו שעושה המזכיה עבור הזוכה אבל בחצר לא שייך זה דלאו בר קנין היא אלא דפעולתה מתיחסת למשלח וזה רק מהני בדין שליחות. [אך זה תלוי בגדר דין זכיה מטעם שליחות ועיין ועיי"ש עוד בזה.

רש"י ד"ה משום שליחות וכו' משמע ברש"י דאי חצר מטעם שליחות לא בעינן קרא על זה, וכן מפורש להדיא ברש"י להלן ד"ה תלמוד לומר, אבל התוס' לא סברי כן ונחלקו בפשט במהלך הסוגיא כדמבואר בתוס', ויל"ע לדעת רש"י דהרי אף קטן וגוי אינם יכולים להעשות שליח והיאך החצר שאינה כלום תיעשה שליח בסברא בלא קרא על זה, ועיין בתוס' ר"פ ובתוס' חיצוניות בשיטמ"ק שהקשו על רש"י מטעם זה, וראה עוד להלן.

בגמ' ואין שליח לדבר עבירה וכו' בטעם הדין דאשד"ע ובביאור המחלוקת בין הלישני בפשטות נראה דנחלקו כאן רש"י ותוס' בדין אשד"ע, דרש"י כתב הסברא דדברי הרב וכו' והתוס' כתבו דילפינן לה מקרא, ובסוגיא בקידושין איתא בגמ' האי סברא ובסוף הסוגיא איכא ילפותא משחוטי חוץ אך רש"י שם ביאר דהילפותא היא רק דלא נילף מטביחה ושליחות יד ומסברא אין שלד"ע ולשיטתו בסוגיין ובכ"ד שהביא טעם דדברי הרב, אכן גם להתוס' נראה דפתיך ביה סברא דדברי הרב, דיעויין בתוס' שאנץ בשיטמ"ק שכתב דילפינן לה משחוטי חוץ ולהלן בדבריו שם מבואר דהוי משום דברי הרב, ועיין בריטב"א בקידושין שכתב דדינא דאורייתא הוא מקרא וטעמא אמרינן בה על הרוב.

בסברת דברי הרב נחלקו אחרונים בביאור האי סברא דדברי הרב, דיעויין בסמ"ע בסי' קפב סק"ב שכתב דהטעם הוא מחמת שסבור היה המשלח שלא ישמע לו השליח ולהכי פטור, ועיין ברע"א כאן שכתב שם באופ"א 'שהיה לו לשמוע לדברי הרב והוי שליחות באיסור וכו' דאינו יכול להעשות שליח לזה דיותר צריך לשמוע לדברי הרב וכו', והקשה על הסמ"ע דלדבריו בישראל מומר איכא שליחות ותמה ע"ז משותפים שגנבו עיי"ש ברע"א.<sup>139</sup>

המקורות בראשונים לשתי הסברות הנ"ל ראה לשון רש"י בסוגיין, בקידושין, ובב"ק בדף נא ע"א וכ"ז משמע דהגדר ע"ד הרע"א דמעשה השליח אינו מתייחס למשלח כשהיה לו לשליח שלא יעשה,<sup>140</sup> אבל יעויין היטב בתוס' בב"ק בדף עט ע"א שכתבו דפטור דאשד"ע הוא דווקא היכא דסבור שלא ישמע לו השליח ומשמע להדיא כהסמ"ע. ועיין עוד גם בתוס' בב"ק דף נו ע"א דגם שם מבואר כהסמ"ע [עיי"ש בגמ' ובתוס' ודוק] ועיין בתוס' רא"ש כאן וכן בשיטמ"ק בשם תוס' שאנץ דמפורש טעמו של הסמ"ע, ועיין יד רמ"ה בסנהדרין דף כט ונראה מדבריו שם שפירש כהסמ"ע, [ויש בזה כמה נידונים בנ"מ העולים בין הטעמים וכן אי קאי הני טעמי אליבא דהלכתא ויבואר כ"ז בדברי התוס' להלן].

<sup>139</sup> ודברי הרע"א פלא דהך חידוש דין שהוציא מהסמ"ע הרי מפורש להדיא בדברי הרמ"א דייעויין ברמ"א בסי' שפח סעיף טו שכתב שם דהשולח שליח למסור ממון למלכות אינו חייב לשלם מדין מסור דאשד"ע אבל אם השליח מוחזק בכך שימסור חייב, הרי להדיא דבמומר איכא שלד"ע ויש שביארו דהרע"א הבין כוונת הרמ"א שם דאינו מדין שליחות אלא בהא גופא שמוסר לשליח הוי מסירה דהרי ממילא חיובו מדין גרמי והכל בכלל גרמי אכן יעויין שם בהגהת הגר"א ע"ד הרמ"א הנ"ל דמבואר מדבריו דנקט דהוא מדין שליחות לד"ע [ועיין שם לדברי התוס' בב"ק דף עט – ראה להלן בפנים] [ובאמת יעויין שם בש"ך שהביא בשם התשב"ץ [שהוא מקור דברי הרמ"א והוא בח"א סי' קנו ושם מפורש שני הטעמים חדא דכה"ג איכא שליחות לד"ע ועוד דזה גופא חשיב מסירה [וצ"ע שם בש"ך ועיין שם בהגהת חת"ס ודוק]

<sup>140</sup> ואמנם יש להעיר דע"ד הרמ"א הנ"ל דבמומר איכא שלד"ע ציין הגר"א לדברי התוס' בב"ק דמבואר מדבריהם דאם יודע שהשליח ישמע לו איכא שליחות וגם ציין שם לדברי רש"י בב"ק דף נא וכתב דבמומר ל"ש האי טעמא ולכאורה הרי משמע מדבריו דפירש כוונת רש"י ע"ד התוס' וצ"ע

אי פליגי בזה תרי לישני בגמ' ויל"ע דרש"י פירש בטעם הלישנא דבר חיובא משום סברת דברי הרב וללישנא דאי בעי עביד לא פירש כלום, ועיין היטב בתוס' בב"ק ויל"ע בכוונת דבריהם דאמנם כתבו שם דלתרי לישני אלו בשוגג חייב המשלח ומשום דודאי יעשה השליח אך לשונם משמע דטעם דברי הרב הוא רק ללישנא דבר חיובא עיי"ש וכ"מ בהגהת הגר"א בסי' שפח סעיף טו עיי"ש ובאמת שנחלקו בזה בעלי התוס' בסוגיין וראה להלן עוד בזה.

בגמ' אלא מעתה האומר לאשה ועבד וכו' עיין ברע"א שנתקשה בדברי הגמ' דהרי אשה ועבד אף מוזהרים בלא תגנוב ולא נפטרו אלא מן התשלומים, ועיין בספר כתב וחותם לרע"א תניינא בסופו בחי' על ב"מ מכת"י מתלמיד ששם ביאר דבאמת כלפי העבירה לא חלה השליחות והיא עברה אבל בתשלומין כיון דכלפיהם אינה בת חיובא כלפי זה יחול שליחות ויתחייב המשלח [ותי' הראשון של תו' דחילו הקידושין ראה להלן] ועיין בתשובת נוב"י [קמא אהע"ז סי' עה] ששם נקט כשיטתו דבשליחות לד"ע נתבטל הכל, וביאר הגמ' להיפך דכיון דהיא אינה בת חיובא לגמרי שאינה משלמת ממילא לא חשיבא בת חיובא וחיל שליחות לגמרי אף על העבירה, ולכאורה ב' מהלכים אלו תלויים בשני תירוצי התוס' ראה להלן.

תוד"ה אשה ועבד וכו' בפשטות כוונתם להכלל בעלמא דחש"ו לאו בני שליחות אך יעויין בתוס' רא"ש שכתב דלאו בני שליחות נינהו וכאילו מעצמם עושים וצ"ב כוונתו בזה, ועיין היטב בתוס' ר"פ וצ"ע. ועיין בריטב"א שהקשה לקושית התוס' ותי' דהתם מיירי שלא אמר להם להזיק אלא נתן להם האש ומנפשייהו עבדי ודבריו צריכים ביאור דהרי סו"ס חש"ו לאו בני שליחות נינהו.

ועיין בזה בנתיב"מ בסי' קפב סק"א שכתב בזה דענין שליח לד"ע להתחייב שולחו אינו שייך כלל לדין הכללי דשליחות הנלמד מתרומה דהתם ילפינן רק לענין קיום המעשה ולא לענין עונש המשלח ומקור דין שליחות לד"ע מקראי דחצר הוא [ומה דבעינן קראי בעלמא דאשד"ע הוא לאפוקי מקרא דחצר] וכל דדמיא לחצר דלא הוי בר חיובא או דעביד בעל כרחיה למר כדאית ליה ילפינן מחצר לאחיובי וזה שייך גם בלאו ברי שליחות, וביאר הנתיב"מ דדין זה שנוי במחלוקת ראשונים דהריטב"א בסוגיין וכן הנמו"י והתוס' בשבועות בדף ג סברי כולחו דאף בלא בר שליחות חייב, והתוס' דידן פליגי ועיי"ש בזה [ובהגהת אמרי ברוך הקשה על הנתיב"מ דהא שליחות מעילה ילפינן מתרומה אף דהוי לענין חיוב השולח. [אולם יש לבאר דברי התוס' בשבועות והריטב"א באופ"א, דיעויין בתוס' בגטין בדף סד ע"ב שכתבו דמיעוטא דקרא דאין הקטן יכול להיות שליח הוא רק במידי דליתיה ביה אבל במידי דאיתיה יכול להעשות שליח, [ובמהרש"א שם כתב להלן שם בדף סה דקטן מופלא הסמוך לאיש יכול להיות שליח לתרום] ולפי זה אפשר דכל המיעוט לא שייך כלל בעבירה דהמיעוט הוא בכח עשיה ידיה ובעבירה שהיא מעשה בעלמא להתחייב שולחו לא נתמעט קטן ודוק.

בגמ' היכא דשליח בר חיובא וכו' רש"י פירש דבעינן בר חיובא משום דביה שייך הסברא דדברי הרב וכו', ויל"ע דהרי בפשטות בשליחות לד"ע השליח פטור לדעת רש"י<sup>141</sup> ואם כן הרי ממילא לא שייך ביה דברי הרב, ולכאורה היה נראה דכיון דסו"ס אתעביד עבירה למשלח לא היה לו לעשות ואם כן מאי שנא אי בר חיובא הוא באותה עבירה וצ"ע. ואולם באו"ש בפ"ג מאישות סוף ה"ז נקט בפשיטות דבעונשי עבירה שניהם חייבים אף למ"ד דאיכא שליחות לד"ע, ואמנם בתוס' ר"פ בסוע"א מפורש דאי איכא שליח לד"ע אין השליח עובר.

<sup>141</sup> שנחלקו רש"י והתוס' רי"ד אי איכא שליחות לדב"ע מי משלם דרש"י נקט דהדין שליחות מחייב המשלח ופוטרי השליח ואילו התוס' רי"ד כתב דהשליח ודאי משלם והמשלח משלם בדלית ליה להשליח ולכאורה כמו שסובר רש"י שפטור השליח מעונשי ממון כן הוא כלפי איסורים

תוד"ה אי בעי וכו' ענין בסוגיא בב"ק ובתוס' שם, והדברים צריכים ביאור דמה שליחות שייך שם בנתנו לשומר או לבעל חובו הרי הלה לא עשה בשליחותו כלל שסבור דשל גנב הוא, ומבואר כאן חידוש גדול דכל שעושה מחמת ציוויו של זה ומכחו ומושך אליו בתורת פרעון חובו של גנב מציוויו הגנב אף זה שליחות הוא. וענין כאן ברמב"ן שהקשה על פירוש זה דאף למ"ד המגביה מציאה לחברו קנה חברו הני מילי היכא שמתכוין לזכות לחברו אבל הכא לא, וקושיית הרמב"ן צ"ב שלא הקשה בפשיטות כמש"נ אלא מחמת דליכא כוונת קנין, וצ"ע דהרי בגנב לא בעינן כוונת קנין וכי גנב שיגנוב ויאמר איני קונה יהיה פטור מאונסין וצ"ע.<sup>142</sup>

שם וי"ל וכו' כוונת התוס' לומר דבשוגג איכא שליח לד"ע דדמיא לחצר, וענין היטב בתוס' בב"ק שביארו הטעם משום דלא שייך בזה סברת דברי הרב, אך מלשון התוס' בב"ק מדוקדק היטב שלא כתבו כן אלא למאן דסבר דתליא בבר חיובא אבל לרב סמא לא כתבו משום דברי הרב, וצ"ב דאם כן שוגג למה אינו שליח, וצ"ל דאף דאינה סברת דברי הרב ממש, הוא כעין זה דכיון דיודע השליח שהוא עבירה מוטל אחריות העבירה עליו ודוק. ובתוס' דידן יש להעיר דלכתחילה הקשו כן רק לרב סמא ולא לרבינא כלל, ושמא לרבינא היה פשוט להם דטעם דדברי הרב לא שייך שם ולא באו לחדש אלא לרב סמא. ולפי"ז מבואר מהתוס' דידן דאף שלעיל כתבו דמקור דין אשלד"ע הוא מקרא מכל מקום הוא בגדר דברי הרב וכמש"כ לעיל, וראה עוד בזה להלן בתוד"ה דאמר.

תוד"ה דאמר וכו' וי"ל דכהן מקרי בר חיובא וכו' הדברים מקושי הבנה דמה בכך הרי ממילא אינו מקדשה לעצמו והאיסור איסורו של משלח הוא אי איכא דין שליחות, ומה נ"מ בדין אי מקדשה לעצמו וצ"ע. וענין בתוס' רא"ש שביאר דכהן כיון דחמיר ליה הלאו שהאף הוא מוזהר בו מסתמא לא יעשה השליח לשליחותו אבל ישראל ודאי יעשה עייש"ה. וקשה דהיאך אפשר לומר דודאי יעשה הרי סו"ס עובר אלאו דלפני עוור וצ"ע. נואפשר דמה שלא יעשה מחמת לפני עוור בזה לא איכפת לן דסברת סבור הייתי אינה אלא לפטור מהך עבירה גופא אבל כשיש שתי עבירות אינו פוטר האחת את השניה ואמנם זה לכאורה רק להתיי הראשון של התוס' לקמן דחיילו הקידושין אך יש לחלק דבזה כו"ע מודו דהתם עצם החלות הוי עבירה ולכך לא חיילי ודוק] אך אמנם בתוס' דידן וכן בתוס' שאנץ בשטמ"ק לא משמע כלל כהתוס' רא"ש אלא דהוי סברא בעצם נואפשר דלשיטתם דילפינן לה מקראי כמש"כ לעיל והתוס' רא"ש אפשר דסבירא ליה דסברא דדברי הרב הוא וכשיטת רש"י]

וענין בראשונים שחלקו על התוס' וכתבו דהמ"ל כהן שאמר לכהן כיון שאין הכהן עובר במה שמקדשה לזולתו שאין הוא מוזהר בקידושין דאחרים נאך גם בדבריהם יל"ע דסו"ס אי איכא שלד"ע אם כן בלא"ה אין השליח עובר ומה דחשיב עבירה בהכרח בגלל עבירת המשלח הוא ואם כן מאי שנא שאין השליח בר חיובא וצ"ע

שם אבל ישראל אע"ג דעובר בלפני עוור יעניין בחי' רע"א כאן במה שהקשה בתוס' ובמועתק מתשובות, והבין הרע"א דכוונת התוס' מה שהקשו אישראל דאיכא לפני"ע היינו שמכשיל את האשה המתקדשת, ודחו התוס' דלא מקרי בר חיובא לפי שאם היה מקדשה לעצמו לא היה עובר אף אלפני עוור ונהבנת הדברים מאוד צ"ע] ובזה הקשה סתירת דברי התוס' דראה בתוס' לקמן בד"ה אקפי שכתבו דהמ"ל אקפי לי גדול והקשה רע"א הרי עוברת בזה אלפני עוור ובזה גם אם היתה מקפת בלא שליחות היה כאן לפני"ע שסו"ס מכשלת הגדול, ובאו בדברי רע"א שתי דרכים ליישב קושיא זו הא' היא בתשובה [המועתקת מח"א

<sup>142</sup> עוד יש לתמוה בדברי רמב"ן שכתב דאפילו למ"ד המגביה מציאה וכו' וטעמו של מ"ד לא קנה הוא משום תופס לבע"ח והכא למאן הוא חב ואם לנגנב הרי אדרבה קנינו של גנב לטובת הנגנב הוא שהקנתה תורה הגניבה לגנב להתחייב עליה באונסין ואם לא תחול קנינו של זה יפסיד הנגנב במיתת השור

תשובה קטן] ששם כתב דאין כוונת התוס' דידן לומר דאינו בר חיובא משום שאם היה מקדשה לעצמו לא היה עובר אלפנ"ע אלא מחמת שבעיקר הלאו אין הישראל מוזהר לא חשיב בר חיובא, ולפי"ז שם נמי בעיקר הלאו אינה מוזהרת וא"ש סתירת דבריהם, **ובתשובה אחרת** [המועתקת מח"א סי' קצד] **כתב רע"א** באופן אחר דבתוס' להלן מיירי באופן שיכול הגדול להקיף עצמו דאז לא הוי תרי עברי דנהרא וליכא לפ"ע [ועיי"ש שביאר מדוע בתוס' דידן לא הוי חד עברא דנהרא]. **ושם באותה תשובה מועתק דברי הגרש"א** שכתב דרך שלישית בזה עיי"ש **וע"ע בכתו"ח תניינא** בסוף הספר מכת"י תלמיד.

**הרי למדנו שני דרכים** בפשט דברי התוס' האחד דכיון דאינו בר חיובא מן העבירה תו לא איכפת לן בלפני עוור, והשני דכיון דאם היה מקדשה לעצמו לא היה לפנ"ע לא מקרי בר חיובא. ולדרך הא' קשה טובא דהרי מצד לפני עוור מוזהרת ואטו השולח חברו להניח מכשול בדרך עוור חלה בזה שליחות, ואף הדרך השניה אינו מובן כלל דכלפי לאו דלפ"ע מה איכפת לן שאם היה מקדשה לעצמו לא היה עובר ולמה בזה נמדד הדבר, סוף סוף מעשה קידושין לכהן מכשול הוא והוא שלחו להניח מכשול בדרכה ואין שלד"ע. **ומפורסם בזה יסודו של הגר"י כהנמן** שביאר הדברים וחדש דלאו דלפני עוור אינו איסור בפ"ע אלא הוי חלק מאיסור הלאו דכמו שאסור לעבור על איסור מכלל האיסור עצמו הוא גם שלא להכשיל אחרים אבל מי שאינו מוזהר בגוף האזהרה ליכא ביה נמי לאו דלפני עוור ולמד יסוד זה מדברי שו"ת אמונת שמואל דמי דלדידיה שרי איסור אין לו גם לפנ"ע להכשיל לחברו והאריכו בזה המחברים]

**ודרך שלישית נתבארה בזה ברע"א בכתב וחותם** [בחלק תניינא בסוף הספר מכת"י תלמיד ודרך זו רמזה הרע"א בתשו' קט ודחאה שם] והוא דאף לקמן דאיכא לפני עוור בהקפת הקטן אבל מחמת זה לא יתבטל השליחות כלפי לאו דהקפה אלא כלפי הלאו דלפני עוור בו באמת יעבור השליח אבל כלפי לאו דהקפה איכא שליחות אך כתב הרע"א דכל זה רק להתי' הראשון של תוס' דחיילו הקידושין [ובתשו' דחה מהלך זה וכתב דשני התיירוצים לא פליגי] אך באמת יש ליישב מהלך זה לשני התיירוצים של התוס' [דמבארים העולם בזה דמש"כ התוס' דהקידושין לא חיילו היינו משום דעצם החלות היא העבירה ואם אין שליח לד"ע זו סברא שאין לו רשות לעשות עבירה וממילא לא חייל אבל היכא שהעבירה היא במעשה שנהיה בלא"ה בזה רק כלפי העבירה ליכא שליחות אבל כלפי עבירה אחרת איכא שליחות]

**ועיין היטב בתוס' ר"פ ובשיטמ"ק בשם תוס' שאנץ ובתוס' רא"ש**, ומכ"ז מבואר כהדרך הראשונה שכתב רע"א דמשום לאו דלפני עוור לא איכפת לן כלל אף אם היה עובר בו כשמקדשה לעצמה דבעינן בר חיובא מגוף העבירה ולא משום לפני עוור כלל. ובתוס' ר"פ ביאר דבהא גופא פליגי רבינא ורב חמא אי בעינן שיהא בר חיובא או דסגי בעבירת לפני עוור, והתוס' שאנץ תמה מאי שנא וביאר דהכל גזיה"כ וסברת דברי הרב היא גדר בגזיה"כ הוא<sup>143</sup> ועיין היטב בדבריהם וכ"ד של בעלי התוס' בסוגיין מוקשים מאוד, וצ"ע.

**שם וי"ל וכו' א"נ וכו' בענין אי חיילו הקידושין כששלח שליח לקידושי עבירה נפלה מחלוקת גדולה בין חכמי ישראל בדיון אשלד"ע** אי בטלה השליחות לגמרי או רק כלפי העבירה וכגון ששלח לקדש לו אשה באיסור אי רק האיסור גופו חל על השליח או דכיון דאשלד"ע ליכא קידושין כלל. וידועה מחלוקתם של הנוב"י והגר"י מהמבורג בזה **עיין בתשובת נוב"י** מהדו"ק אהע"ז סי' עד בזה [ושם עוד כמה תשובות בענין זה בסימנים עד-פ וכן במהדו"ב אהע"ז סי' פב ונקט הנוב"י לפשוט דכיון דאשלד"ע בטלה השליחות לגמרי דמדלא הוזכר חילוק כזה בשו"מ משמע דאין שליח לדב"ע כלל].

<sup>143</sup> ומשמע לשונו דלמסקנא אף בשוגג איכא שלד"ע וצ"ע אם כן אם אפשר להשוותו לדברי התוס' שלא נקטו כן ומיהו אף התוס' כתבו להדיא דמקרא ילפינן לה, ואיכא דבר פלא בתוס' שאנץ שהקשה להס"ד בקידושין שהוא משום דברי הרב אם כן בשוגג ליכא דין אשלד"ע ומה מקשי הגמ' ממעילה ותיקן דנ"מ בנוכר שליח וזה פלא גדול דהרי סברת דברי הרב היא שסבור שלא ישמע לו – כן מפורש בתוס' שאנץ עצמו – ואם כן הרי סו"ס בעה"ב שוגג הוא וסבור שישמע לו ומה איכפת לן שהשלח מזיד ועוד ד הרי בשעת מינוי עדיין לא נזכר שליח נמי באותה שעה ודאי ישמע לו וצ"ע

ולכאורה בזה פליגי שני התירוצים דהתוס' דידן דדעת התי' הראשון דחיילו והנ"מ בדין אשלד"ע הוא רק כלפי החיוב ואילו בתי' השני מפורש דלא חיילו, אך יעויין בתשובת נוב"י הנ"ל שר"ל דלפי שני התירוצים בטלו הקידושין ולא נחלק בדין על התי' השני, וכן דעת הרע"א בתשובה סי' קכט וביאר היטב דהתוס' בתי' הראשון לא ניחא להו לתרץ דלא חיילו הקידושין משום דבגמ' משמע דהנ"מ היא לענין מלקות עצמם, והקשה הנוב"י ע"ע מדברי השיטמ"ק דיעויין בתוס' שאנץ [בשיטמ"ק] ובתוס' רא"ש ובתוס' ר"פ דבכולהו איתא להדיא דלתי' הראשון חיילו הקידושין אף דאשלד"ע, וביאר בזה הנוב"י דדווקא הכא שהרי בקידושין עצמם ליכא עבירה עד שיבעול ואז הוי עבירה למפרע בזה ס"ל דחיילו הקידושין, אבל במקום שהעבירה בשעת שליחות היא בזה לא נחלק אדם מעולם דלא חיילו. ועיין בקה"י כאן שתמא על זה דהרי סו"ס אף דעתה ליכא לאו נקט התוס' לפשוט דהוי בכלל אשלד"ע ואם כן אמאי חיילו הקידושין ואי לא חשיב ד"ע אף האיסור יתיחס אל המשלח. נואמנם מדברי הנוב"י נראה שנקט דכשבעל הוי למפרע עבירה וחייל עלה דין שלד"ע למפרע אבל לא בטל כלמפרע כלפי הקידושין וצ"ע ועוד דאף התוס' לא הקשו כלל אמאי הוי ד"ע אלא למאי נ"מ ומוכח דחשיב שליחות לד"ע לכו"ע אף אי ליכא מלקות כלל ודוק] ועיין בקהילות יעקב כאן באריכות כל שיטות האחרונים והמו"מ בענין זה.

בגמ' כגון איש שאמר לאשה אקפי לי קטן וכו' עיין בתשובת חת"ס או"ח סי' רא שכתב דישראל האומר לכה לאכול תרומה פשיטא דאינו עובר איסור בזה דאיסור הוא אכילת זר וכאן אף דמתייחס להזר אכילת הכהן אבל סו"ס הוי חפצא דאכילת כהן אך יעויין בנוב"י [קמא אהע"ז סי' פ סקי"ח] שכתב דטמא שאמר לטהור אכול קדשים הוי ממש כאיש שאומר לאשה אקפי לי קטן שאף שהאשה אינה עושה שום איסור מכל מקום אם בשליחות האיש היא עושה מתחייב השליח לרבינא ולפי זה אף בכה"ג חייב אי לאו משום סברת זה נהנה וזה מתחייב עכ"ד ולכאורה דבר תימא גדול הוא לומר כן ואמנם קשה דברי הגמ' דידן דהרי האשה עושה מעשה היתר ולמה בשליחות יתחייב האיש רק לכאורה החילוק פשוט דהכא אין החפצא דהמעשה מעשה היתר אלא דהיא אינה מוזהרת על מעשה כזה אבל לו יעשה איש מעשה שכזה שאשה מקפת יתחייב ומשא"כ התם ודברי הנוב"י בזה תמוהים.

#### דף יא ע"א

רש"י ד"ה ומר סבר וכו' יל"ע במש"כ רש"י דבעינן קרא בשליחות בגניבה משום דאשלד"ע הרי לדעת רש"י דין אשלד"ע סברא הוא ומשום דברי הרב ובחצר ל"ש סברא זו ולמאי בעינן קרא [וכן יש להעיר מאי ס"ד דהמקשן לעיל] וצ"ע.

תוד"ה ילפינן וכו' עיין בחי' רע"א (כתב וחותם) שהקשה דהרי במתנה מהני קנינו של קטן מדאורייתא בדעת אחרת מקנה אותו [כדאיתא בתוס' בסנהדרין דף סח ועוד מקומות] ואם כן אמאי לא קאמר הגמ' דילפינן קטן ומקטנה דאורייתא לגבי מתנה [ולא הקשה רע"א על גוף דברי התוס' שכתבו דהוא דרבנן דסו"ס הרי בגמ' מבואר דהילפותא כלפי מציאה היא ובמציאה הוי דרבנן אך הוקשה לו על גוף דברי הגמ' ]

ובדברי הקצה"ח מבואר תירוץ לקושיית רע"א, דיעויין בקצה"ח בסי' רמג סקי"א שהקשה דהרי התוס' סברי בחד תירוצא [כתובות יא א] דאית ליה זכיה לקטן מן התורה מדין זכין אף דלית ליה שליחות ואם כן אמאי נקטינן לעיל דאי לית ליה שליחות לית ליה חצר יועיל לו החצר מדין זכין, ובנה הקצות דייק מדברי הראב"ד דיעויין בראב"ד בפכ"ט ממכירה הי"א שכתב דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה מהני חצר של קטן מדין זכין ולא אמרו דלא מועיל חצר קטן אלא במציאה בדליכא דעת אחרת מקנה וביאר הקצות דעל פי דברי הראב"ד ניחא הגמ' דמשום שליחות לא יועיל כלל אף מדין זכין ומשום דליכא דעת אחרת מקנה ולא נאמר דין זכין לקטן אלא בדעת אחרת מקנה והוסיף הקצות דהיכא דהזוכה לקטן הוא בן דעת אזי מהני זכיה גם במציאה דהא איכא דעת זוכה אבל חצר לא מהני אלא במתנה וסוף דבר לדברי הקצות בזכיה

בעינן או דהזוכה יהיה גדול או שליחו או המקנה אבל שיזכה קטן שאינו בן דעת במציאה בחצר שאין לה דעת זה אי אפשר.

**ועיין שם בקצות שהביא ראיה לדבריו והיא היא קושית רע"א** אמאי לא נקט לה במתנה והוי הילפותא דאורייתא ולזה תי' הקצות דאי במתנה אף משום שליחות היא [והדברים צ"ב דאי בעינן איזו דעת אם כן היאך מהני חצר לגדול מציאה סו"ס ליכא דעת דהגדול ואי משום אנ"ס אם כן גם בקטן הרי איכא אנ"ס להסוברים דזכיה מדין שליחות ומ"מ איכא זכיה בקטן וצ"ל דזכיה בגדול מהני דהאנ"ס שלו חשיב כדעת אבל האנ"ס דקטן אינו חשיב כדעת ומכל מקום זכין לקטן בדעת אחרת מקנה ודוק ועיין בחי' הגרש"ש בסי' כג מה שדן בדברי הקצות]

**שם בתוס' ולענין יד כו"ע לא פליגי וכו'** לכאורה מתפרשת כוונתם לדון אם קטן קונה בקנין יד עכ"פ מדרבנן ולזה כתוב דילפינן לכו"ע ומבואר לפי זה דקנין יד נלמד מגט נוכ"מ התוס' בכתובות שהקשו על רש"י שכתב שם דאף בידו בעינן הגבה והקשו התוס' דקרא כתיב ונתן בידה[ן] אך יל"ע אם זו כוונתם וגם במש"כ לעיל דקושיתם ממציאה היא דליכא היכי תמצי לדין חצר דאורייתא צ"ע טובא אם אכן זו כוונתם וכמו שיתבאר, דהנה

**יש לעיין בפשט הגמ' לדרך התוס'** אם הילפותא הוא לעיקר דין יד בממון ואף לגדול או רק כלפי קטנה דלכאורה סדר המו"מ בגמ' הוא בענין יד וחצר בממונות ובגט ולהס"ד אף בגדול באנו ללמוד אלא דהנ"מ בזה אם מדין יד או שליחות הוא בקטן וכן מוכח להדיא מדפרכינן מגניבה וגניבה בגדול מיירי וכד מוכח הגמ' דבגט חצר משום יד הרי עתה הנידון הוא כלפי ממון אם חצר מדין יד ואף יד גופא מגטין ילפינן לה ואולם לפי זה אין הבנה לדברי התוס' דידן שכתבו דיד לכו"ע ילפינן ומשמע דמגט ילפינן ואמאי הרי מקרא מלא דיבר הכתוב בגנב ואף אי בחצר מדין שליחות היא אבל יד ודאי כתיבא להדיא בקרא ומזה מוכח לכאורה דלהתוס' עיקר הנידון למסקנת הגמ' **בקטן וקטנה** דווקא דזה אי אפשר ללמוד מגניבה דמיירי בגדול, **ועיין בנחל"ד כאן** שעמד בזה וביאר כן דלהתוס' עיקר הנידון הוא בקטן וקטנה אם תקנו להם חכמים יד וחצר. **וכ"ז צ"ע** דמה הנידון אם תקנו להם חצר אחר דגדול אית ליה חצר וחסרון הקטן אינו בקנינים אלא בדעת אטו אם תקנו זכיה נאמר דלא תקנו בו משיכה או סודר וכיו"ב וכל שתקנו שחשיב דעתו דעת לקנות ממילא אית ליה כל הקנינים וצ"ע דוק היטב וגם דהנחל"ד בדרך זו הלך שהכל מדרבנן והנידון הוא בגדלי לא פלוג אם הוצרכו לתקן גם בקטן וכו' וזה ניחא להתוס' שהנידון הוא דרבנן אבל בדברי הר"ן קשה טובא בזה דהנידון הוא דאורייתא.

**דיעויין היטב בחידושי הר"ן**, שהקשה לקושית התוס' ותי' דהשתא ס"ד דקטן היודע לשמור קונה מן התורה במציאה ומה שקטן הוי דרבנן הוא רק בדאינו יודע לשמור ודכוותה בקטנה שאינה יודעת לשמור אינה מגורשת מן התורה עייש"ה, וכתב דלמסקנא לקטנה אית לה יד וחצר דאורייתא וקטן לית ליה, והא דזוכה בדעת אחרת מקנה הוא מרבנן ותקון לו יד אבל לא חצר. **ויל"ע טובא בדברי הר"ן**, דמבואר בר"ן דהנידון אם קטן זוכה מדאורייתא או דרבנן הוא הנידון הגמ' דידן, ומבואר להדיא דאין הנידון כאן כלל בקנין יד [דאם כן הרי אפשר לקטן לזכות בקנינים אחרים ואין להקשות מדין קטן זוכה בדעת אחרת מקנה וכו'] אלא הנידון לדעת הר"ן הוא אם לקטן יש יד דהיינו כח זכיה בממון וזהו שלמדנו מגט, **ועיין בחי' רע"א** [במועתק מתשו' סי' קצד] שכתב כן להדיא דלהר"ן הנידון הוא בקטן וקטנה דווקא אם יש להם יד וחצר.

אך זה צריך עיון טובא מכמה אנפי א היכן רמוז כל זה בגמ' שהגמ' חזרה מכל מה שנתבאר לעיל דהרי לעיל הנידון היה בגדר הקנינים ולא בגדלי כח זכיה ודעת ב והיאך אפשר ללמוד דבר זה מגט כלל הרי בגט אין הקטנה צריכה דעת כלל שהרי בעל כרחא מתגרשת ומהו ענין יד שמצאנו בגט וכן מה הוסיף הר"ן ודכוותה בקטנה וכו' שנראה כוונתו דלא תקשי לך דאף קטן כזה יהיה קנינו דאורייתא דנילף מקטנה ולזה תי' קטנה נמי כה"ג אינה מגורשת וקשה טובא דהיאך אפשר ללמוד מקטנה הרי מה שמתגרשת בקטנותה הוא משם דלגט לא בעינן דעת אבל קטן שאין בו דעת כלל היאך יקנה ג ועוד דאם כן לא משני כלום במה שאינה מגורשת דהרי זה מצד חסרון אחר דמשלחה ואינה חוזרת אבל לא מצינו שאין לה יד וצ"ע ד ועוד דאם זהו הנידון אם כן למה לא יהא לקטן וקטנה חצר הרי לא שנא מגדול אלא

במה שאין להם דעת קנין וכמו דפשיטא לן דאם יש להם יד אף במשיכה וכיו"ב קונים ה"ה בחצר אחר דהגריעותא אינה אלא בדעת שהרי לגדול יש חצר ומאי שנא קטן מגדול לענין זה ומהו כלל הצירוף הכא בין יד לחצר וכל זה מאוד צריך עיון

**ועיין ברי"ף כאן** שפסק להלכה בסוגיין דחצר דגברא משום שליחות ודאיתתא משום יד ומבואר מדבריו א) דהנידון הוא גם לגבי גדול ב) דהנידון הוא בעיקר דין קנין חצר ולא בדין קטן ביד כהר"ן וקטן בחצר כהתוס' **עלה בידינו** דדעת התוס' והר"ן דהנידון הוא דווקא בקטן וקטנה ודלא כהס"ד דגמ' ולהתוס' הנידון דווקא בחצר ומדרבנן ולהר"ן אף ביד ומדאורייתא ואילו להרי"ף הנידון הוא כדלעיל אי חצר מטעם שליחות או מטעם יד בממונות **ודעת רש"י** מבוארת להדיא כדעת הרי"ף שהרי כתב דחצר דגניבה מטעם שליחות היא ואם איתא דהשתא בקטן לחוד עסקינן אינו שייך כלל לחצר דגניבה דמיירי בגדול ופשוט

**בסתירת הסוגיות מהכא לסוגיא בגטין: עיין בגמ' בגטין בדף עז ע"א** דמייתינן בגמ' שם הני תרי ברייתות דחצר וגט ועביד הש"ס צריכותא דבעינן תרי קראי דאי כתיב בגט לא ילפינן גניבה משום דגט בעל כרחיה ואי כתיב בגניבה משום דקנסיה רחמנא והאחרונים הקשו לדעת רש"י והרי"ף דסותר סוגיא דהתם לדוגיא דידן דאי חצר דגדול מטעם שליחות היא אם כן אין מקום להקשות אמאי בעינן תרי קראי וכדמפורש ברש"י דידן ועוד דהאי מ"ד סובר דלא ילפינן מאיסורא לממון ולזה גופא בעינן קרא ואף אי נדחוק דסוגיא דהתם כמ"ד דילפינן מציאה מגט ואף לאיש נמי קשה דלמה בעינן למילף מציאה מגט נילף לה מגניבה ואם גניבה שליחות היא ל"ש צריכותא וכנ"ל **ועיין במהר"ב למהרש"א מש"כ בזה ועיין בנתיב"מ בפתיחה לסי' ר ובנחל"ד**

**בסתירת הסוגיות מהכא לסוגיא לקמן דף יב ע"א יתבאר בע"ה לקמן במקומו**

**עיין ברמב"ם בפכ"ט ממכירה הלכה י** שכתב שם הרמב"ם דקטן קונה במשיכה משום שיש לו יד אבל אינו קונה בסודר ובחצר משום שאין הקטן קונה בדרכי הקניות של הגדולים ולמד הרמב"ם שם ד"ז ממה שאין לו חצר עיין שם ואילו הקטנה קונה אף בסודר כיון שיש לה חצר דחצר דידה מטעם יד עיי"ש והדברים סתומים עד מאוד **ועיין בש"ך שתמה על זה** דמה ענין חצר אצל יד וכי בשביל שיש לקטנה חצר מטעם יד תוכל לקנות גם בסודר **ועיין בסמ"ע שביאר בזה** דכוונת הרמב"ם דכיון דקטנה אית לה חצר דאורייתא אף חכמים תקנו לה שאר הקניות עיי"ש וע"ע בנתיב"מ שם אכן לשון הרמב"ם דחוק מאוד לפירוש זה **ועיין באבהא"ז** שם שעמד בדברי הרמב"ם ועיין שם מה שביאר וצריך עיון רב.

**מתני' ראה אותם וכו' תוד"ה וכו'** מבואר דעת התוס' דאין צריך אמירה בחצר שאינה משתמרת ויש לעיין בכוונתם אם הא דלא בעינן אמירה היינו דלא בעינן דעת כלל ואף שלא מדעתו קונה לו חצר שאינה משתמרת [היכא דעומד בצד] או דווקא אמירה ממש לא צריך אבל דעתו צריך **ועיין בקה"י בבכורות בסי' יד** שנסתפק בזה בכוונת התוס' אכן יש לפשוט הספק מדברי התוס' להלן בע"ב ד"ה שכתבו שם דסוגיא דלקמן קב מיירי בחצר שאינה משתמרת ובעומד בצד שדהו וקונה שלא מדעתו הרי דדעתם דאף שלא מדעתו קונה והחילוק בין משתמרת לאינה הוא רק לגבי דין עומד ולדעת המהר"ם שיש בפשט התוס' דידן הוא מבואר אף בגוף דברי התוס' דידן ראה להלן

**שם בתוס' וכו' עיין במהרש"א** שהקשה דהרי רבי יוסי בר"ח מיירי בחצר משתמרת ודברי התוס' בכאן נסובו על אינה משתמרת ומאי ראייה מייתו וביאר המהרש"א דראית התוס' היא להס"ד שהקשתה הגמ' מריב"ח אדשמואל ולא על גוף דין המשנה ומשמע דמתני' לא קשיא עיי"ש **ועיין ברשב"א** שכתב ראייה זו כהמהרש"א **ואולם יעויין במהר"ם שיש וביאור שם** וביאר המהר"ם דאין צורך לביאור המהרש"א לפי שעומד בצדה הוי כמשתמרת לכל דבר וכיון שמשתמרת מועיל שלא לדעתו אף עומד בצדו כן



ועיין ברמב"ם שחולק על דברי התוס' וסובר הרמב"ם דבחצר שאינה משתמרת ועומד בצד בעינן אמירה וחלוק בזה דינה מחצר המשתמרת וכן דעת הראב"ד לקמן בסוגיין וכן דעת הר"י מלוניל יתבאר דבריו להלן בתוס'. ולדידהו צ"ב מאי שנא מחצר המשתמרת ועוד קשה דמאי פריך מדר"י בר חנינא הרי על כרחין חלוק דין משתמרת מאינה משתמרת ודין דר"י בר חנינא ממשנתנו גופא מוכח דאינו בחצר שאינה משתמרת

**וביאר הגר"נ זצ"ל** שנחלקו התוס' והרמב"ם ביסוד דין עומד בצדו דהתוס' סברי דחשיב כמשתמרת ממש [וכמש"כ המהרמ"ש] ואילו הרמב"ם שסובר שצריך אמירה סובר דאף בעומד בצדה אינו חשיב משתמר כיון דהחפצא דהחצר אינה משתמרת אלא הוא המשמר, **ודקדק הגר"נ** לשון הגמ' בקושיא ותקני ליה שדהו וכו' והרי עד השתא נמי בקנין חצר עסקינן וביאר דעומד בצד שדהו חלוק משדה המשתמרת דבשדה המשתמרת שקונה שלא מדעתו הרי החצר היא המחזיקה החפץ והיא עושה הקנין אבל בעומד בצד שדהו השדה אינה קונה אלא הוא קונה על ידי השדה ובה בעינן אמירה ככל מעשה קנין דבעינן דעת חיובית לקנין ודווקא בחצר שהיא הקונה מהני שלא מדעתו וכ"ז הוא בדעת הרמב"ם אבל התוס' סברי דעל ידי העומד בצדו הוי משתמר.

**האופנים דבעינן אמירה אף להתוס' ראה להלן בתוס' ד"ה זכור** דמשמע מדבריהם דבפאה בעינן אמירה **ועיין ברא"ש לקמן בדף קב** גבי הא דאיתא שם דביצא לה שם מציאה בעיר קונה שלא מדעתו ואיתא בגמ' דכיון דבדילי אנשי מינה חשיב כמשתמרת וכתב שם הרא"ש דבעינן אמירה כדמשמע לישנא דברייתא ומשום דלא הוי משתמרת ממש [ועיין ברע"א כאן שהקשה על הא דסבר להלן רבי אבא להקשות לעולא ולהוכיח דחצר שאינה משתמרת קונה אף בלא עומד בצדה והקשה הרע"א דאמאי כל אדם מותרים בה יזכה בעה"ב על ידי חצרו ולרבי אבא זוכה אף שאינה משתמרת והגר"נ זצ"ל תירץ בזה דאף להתוס' בעינן אמירה בחצר שאינה משתמרת ומה שנחלקו עם הרמב"ם הוא דווקא בעומד בצדה ודוק]

**בגדר דין אמירה: עיין בר"ן** שסובר שצריך אמירה ועיין שם בדבריו שמבואר דטעם האמירה הוא משום שימור דבהכי קובע דעתו לשמרו **וכע"ז בריטב"א הישנים** ואולם **יעויין בראב"ד בשיטמ"ק** להלן בענין שכחה שכתב דבשכחה לא בעינן אמירה משום דזוכה בשלו ומשמע דהאמירה בעין משום דעת זכיה וכן משמע בספדה"ת בשם הר"ח **דיעויין בספר התרומות שער מט חלק יח אות ב** שכתב שם בשם הר"ח עיי"ש ועולה מדבריו דהא דבעינן אמירה הוא כדי שיהיה דעת קנין ולא נאמר שנתייחס מלקנותה מדשתיק.

**תוד"ה ה"מ וכו' עיין היטב בסוגיא בב"ק ובתוס' שם מה שפרשו וכ"ה ברא"ש כאן** ונבאר תחילה דעת התוס' בב"ק והרא"ש שפירשו דסוגיא דהתם מיירי בחצר שאינה משתמרת ואז תירוצו הגמ' מתפרש בפשיטות דבדליתיה היינו בעל החצר ולבסוף קאמר התם והלכתא דליתיה בחצרו וזה נמי קאי אבעל משכון וכלומר דשינויא דשנינן לעיל שינויא הוא וואמנם לפירוש זה של התוס' צ"ב לשון הגמ' שמפרשת דדוקא בעומד בצדו קנה משום דכל היכא דאיתא לדידיה דאי בעי מקני מצי קנה קניא ליה נמי חצרו וכו' ולשון זה צריך ביאור טובא דמה דבעינן עומד בצדו הוא בפשיטות כדי שיהא משתמר [או מדין ידה בסמוכה] ושם מבואר לכאורה טעם חדש וצ"ע.<sup>144</sup> ולפי פירוש זה הא דמיייתנן התם לדרכי יוסי בר"ח הוא בעיקר חידושו

<sup>144</sup> ועל פי דרכו של הגר"נ דעומד בצדו גדר אחר הוא דהוא קונה עם החצר וב' מיני חצר איכא אולי אפשר לבאר הגמ' דהתם הרי נקיט בפשיטות דקונה שלא מדעתו שאינו יודע וזה בהכרח מחמת שהחצר קונה והעומד בצדו מהני רק לאשוויי למשתמרת ואפשר שהמקשן סבר דכשהחצר קונה לא בעינן שימור כלל ורק כשהגברא קונה בעינן שימור ולזה קאמר דלא עדיאפ החצר מיניה וזה דחוק ורחוק וצ"ע ועוד דברא"ש בגטין דף עט וכן בתוס' רא"ש לעיל בדף ט לכאורה נראה איפכא דבידו לא בעינן כלל משתמר אלא דווקא בחצר דאם אינה משתמרת אינה חשובה יד שאינו רוצה לשים שם חפציו וצ"ע

שקני בלא יודע דאם בא להוכיח שקונה בלא עומד בצדו הרי לא תירץ קלום והל"ל להגמ' למימר כדהכא דהני מילי במשתמרת אלא ראית הגמ' שקונה שלא מדעתו ועל זה משני דהני מילי [באינה משתמרת] בעומד בצדה

**ודעת התוס' דידן** דמיירי במשתמרת ומשום דהבינו דראית הגמ' מדרבי יוסי בר חנינא הוא לעיקר קנין חצר בממון<sup>145</sup> [כן מוכח להדיא מדבריהם שכתבו ומיהו זה נוכל לתרץ וכו'] והיינו דבפשיטות לא נקטו כן ודוק היטב] ולהכי תמהו אמאי לא מייתי מתני' **וכתבו דזה נוכל לתרץ וכו'** [וצ"ע דאם נחתו לפרש כן דראית הגמ' למה שקונה שלא מדעתו כבר תו אין ראיה דמיירי במשתמרת דהרי אף באינה משתמרת קונה שלא מדעתו בעומד בצדו כמו שכתבו התוס' בהדיא להלן בע"ב ד"ה וכי בצד וכו' וצ"ל בדוחק דסמכו על ראיתם השניה דסתם בית משתמר וי"ל דה"פ דליתיה למשכון בחצר וכו' ודברי התוס' בזה סתומים עד מאוד דלהדיא מבואר כוונתם על מה שדאיתא שם בגמ' בתי' הראשון דהב"ע בדליתיה ממש"כ דהמקשן נמי ידע וכו' וזה פלא דאם נפרש דליתיה היינו המשכון מה כל לשון הגמ' דכל היכא דאיהו מצי קני חצרו קונה וכו' וצ"ע ג' ושמא התוס' לא גרסו כן בגמ' שם ושור' בשנו"ס מהדו' פרנקל שצינו בשם החוות יאיר בסי' ה שכתב כן דהתוס' דידן לא גרסו כן בגמ' **ועיין עוד במהר"ם שיף כאן**

**שם בתוס' וי"ל דדווקא נבי גט וכו'** דברי התוס' תמוהים שקושייתם קושית הגמ' לקמן היא ותי' זה דאיתא בעל כרחיה הרי לא קאי שם לקמן בשמעתין **ועיין בגליון תוס' בשיטמ"ק כאן ובנחל"ד מש"כ בזה וצ"ע** **בגמ' דתניא וכו'** בסוגיא זו **נשנו בראשונים שני פירושים עקריים: דעת התוס' ושא"ר דלבסוף שכוח היינו שכחת בעה"ב לאחר שכחת הפועלים. ודעת הסמ"ע אליבא דהר"ש בפאה וכפה"נ שכך פירש רש"י בסוגיין דהיינו שכחת פועלים גופא, ויתבאר להלן תחילה פירוש התוס' ושא"ר.**

**תוד"ה זכור וכו' שיטת התוס' נתבאר בדברי הראשונים** עיין שם ועולה מדבריהם דשכחה מורכבת משני חלקים היינו שכחת הבעה"ב ושכחת הפועלים וענין זה מקורו במשנה בפאה **דיעויין במשנה בפאה פ"ה מ"ז** 'העומר ששכחוהו פועלים ולא שכחו בעל הבית שכחו בעל הבית ולא שכחוהו פועלים וכו' הרי זה אינו שכחה' ועיי"ש בר"ש דבירושלמי מפיק לה מקראי דבעינן שכחת שניהם, וצ"ב ענינו מה מהני שכחת פועלים כלל הרי אינו שלהם, ונראה דשכחה בנוי על המציאות שכששכח יצא קצת מרשותו בזה והיה ס"ד דאף בשכחת פועליו המוקדים לשמור כבר הוי קצת שכחה וחדשה תורה דבעינן שכחת שניהם **וראה בראשונים** שביארו כדברי התוס' כששכחו פועלים ואז נזכר הפקיע ההפקר אבל לא מהני מה שזכר קודם תחילת השכחה שעדיין אינו הפקר אבל כשיצא קצת מרשותו על ידי שכחת הפועלים וחזר וזכה בזכירתו אז מפקיע בזה תו שם שכחה ואף דבודאי לא חל בזה דין הפקר כלל צ"ל בכוונת דבריהם דדין שכחה בנוי על המציאות של היציאה מרשותו היינו משליטתו וכמש"כ וכשחזר והכניסו בזה כבר ליכא תו דין שכחה ודוק **ועיין בתורת זרעים מה שכתב בדברי הראשונים.**

**ועיין ברמב"ן** שכתב דבשכחה בעינן אמירה אבל בלא אמירה אינו קונה אף בעומד בצדו [ומשמע מדבריו דבעלמא בעומד בצדו הוי משתמרת ולא בעינן אמירה ודווקא הכא] דבעינן ידיעה וכוונה וכתב דרש"י שכתב 'שמא שכחוהו פועלים' לא סבר כן [לפנינו ברש"י ליתא תיבת 'שמא' ובמהדו' עוז והדר הביאו נוסח זה] ולפי"ד נראה שהוא הדין בעומד בעיר ושדהו היא שדה המשתמרת לא יקנה דבעינן כוונה וצ"ב בטעם הדבר **וראה בלשון התוס'** שכתבו שכ"א יאמר וכו' ומשמע ג"כ דבשכחה בעינן אמירה [ואפשר דסברת הראשונים דכדי להפקיע שם שכחה בעינן שימור בפועל על ידי דעת האדם ולא על ידי שנשמר לו ממילא דכל שאין הוא עצמו שומרו

<sup>145</sup> וצ"ע מה הראיה ובאמת כבר עמד בזה בחי' רע"א מכת"י תלמיד הנדפס בסוף כו"ח בגמ' דידן מה הראיה מדר"י ב"ח דלא בעינן עומד בצדה וצ"ל דבפשוטו שלא מדעתו היינו בלא עומד בצדה נמי

או פועליו הרי זה דגופא שכחה האמורה בתורה ודוק] **ואולם יעויין בר"ן** שהקשה היכי משכחת לה שכוח מעיקרא בשדה הרי עומד בצדה והוי כמשתמר ומכאן הוכיח דבעלמא באינה משתמרת ועומד בצדה בעינן אמירה ואינו קונה בלא אמירה ומדבריו משמע להדיא דבחצר המשתמרת ממש באמת זוכה בה מיד כששכח ותו ליכא דין שכחה כשישכחו הפועלים ונמצאנו למדים דאיכא לכאורה מחלוקת הרמב"ן והר"ן אי שייך שכחה בשדה המשתמרת ועיין. ואף בדין אמירה נחלקו שהר"ן השווה דין אמירה בשכחה למציאה והרמב"ן [וכ"מ מהתוס'] דברי דאף דבעלמא לא בעינן אמירה בשכחה מיהא בעינן **ושיטה שלישית היא שיטת הראב"ד** המובא בשיטמ"ק ועיי"ש בפירוש השני שסובר ממש להיפך דבעלמא בעינן אמירה ואילו בשכחה לא בעינן אמירה לפי שזוכה בשלו<sup>146</sup> וראה לעיל במש"כ בגדר אמירה ומסתברא מילתא דלהראב"ד בעינן אמירה בשביל דעת לחלות קנין וזה ליכא בשכחה שלו היא ועיין.

**שיטת הר"ש עיין בפאה פ"ה מ"ז בר"ש** שפירש דבעומד בעיר לא בעינן שישכחו שניהם אלא סגי בשכחת פועלים בלבד ומה ששנינו במשנתנו דבעינן גם שכחת פועלים וגם שכחת בעה"ב הוא משום דמתני' מיירי בעומד בשדה וסיים הר"ש דהכי מוכח בהדיא בסוגיין ולכאורה נראה פשטות לשונו שהר"ש פירש מהלך הגמ' דזכור ולבסוף שכוח היינו שהפועלים שכחו זה נקרא לבסוף ושכוח מעיקרו היינו שגם הוא שכח ובשדה בעינן גם שכחה ידידה משום דמשמרה ובעומד בעיר לא בעינן שכחה ידידה משום דלא חשיב משמר במה שאינו בצדו ובעינן שכחת המשמרה בפועל **ואולם יעויין ברע"ב שהעתיק פירוש הר"ש ונחלקו אחרונים בהבנת דבריו דיעויין שם בהגהת הרע"א** שהביא שהסמ"ע פירש דלא בעינן שכחת בעלים ותמה עליו הרע"א מסוגיין וממה שכתבו כן כל מפרשים בסוגיין וכל הפוסקים ולכן פירש דברי הרע"ב על דרך הראשונים עיי"ש **ובשנות אליהו** הקצר שם משמע נמי כהר"ש ע"ד הסמ"ע

**ויל"ע בדעת רש"י בסוגיין בזה** דבתחילת הסוגיא פירש ששכחו בעה"ב לבסוף ומזה נראה שסובר כהראשונים בסוגיין אבל בהמשך דבריו פירש דלבסוף היינו שכחת פועלים וצ"ב למה פירש כן אם בעינן שכחת בעה"ב לבסוף ומזה משמע כפירוש הר"ש **ועיין בשיטמ"ק** בשם מהר"י אבוהב שפירש בדברי רש"י ע"ד הראשונים ולשון רש"י דחוק ועיין היטב בכ"ד רש"י וצ"ע רב **וע"ע באבי עזרי** מזהדו' רביעאה הלכות מתנו"ע בזה.

<sup>146</sup> ובגוף דברי הראב"ד יש להעיר שכתב להוכיח דבעומד בצדו אינו קונה שלא מדעתו מדצריך במתני' אמירה ותיכף כתב דבשכחה לא בעינן אמירה ופלא רב דאם כן הדרא קשיא לדוכתא שיקנה שלא מדעתו ומה בא ללמוד ממתני' אחר דבפאה אין הדין כן ונראה מכאן סייעתא גדולה לדרכו של הגר"נ במחלוקת תוס' והרמב"ם דלפי זה מתבאר דהראב"ד הוכיח מדבעינן אמירה ש"מ לאו משתמרת בעצם היא אלא דשימור ידידה הוי כח קניה אחר על ידי שמשמר ולהכי בעינן אמירה ובשכחה אמירה לא בעינן כיון שאי"צ לקנות ממש אבל השימור הוי על ידי שהוא משמר ולא על ידי החצר וממילא אי אפשר שיועיל שלא מדעתו דאין זה שימור ידידה כלל נומשא"כ לדעת התוס' דהוי שתמר ממש על ידו אם כן הוי כשומר בעלמא שמונע מאנשים ליכנס לחצר ואין נ"מ אם יודע מהמציאה או לא ולהכי כתבו בע"ב דבעומד בצדו קונה אפילו באינו יודע ודוק היטב בזה

דף יא ע"ב

בגמ' טובת הנאה ממון וכו' בדין טובת הנאה אי ממון הוא או לא נחלקו אמוראי במסכת קידושין ובשא"ד ונחלקו ראשונים בביאור סוגית הגמ' אי שייכא לנידון הכללי דטובת הנאה ממון היא או דהוי הכא נידון בפ"ע עיין בריטב"א [החדשים] בסוגיין שנקט בפשיטות דכוונת הגמ' הכא לדין טובת הנאה ממון וכ"מ במרדכי כאן בסי' רמא ואולם יעויין בשיטמ"ק שביאר דנידון דהכא הוא נידון בפ"ע אי טובת הנאה חשיב ממון ליקנות בחליפין ולא שייך לנידון הכללי בטוה"נ ויתבאר דברי הגמ' לפי שתי השיטות להלן בע"ה

בגמ' אלא טובת הנאה אינה ממון ליקנות וכו' מבואר בגמ' טוה"נ אינה נקנית בחליפין וגם לא באגב וראה ברש"י שגבי חליפין כתב דאינו ממון לחול עליו חליפין וצ"ב ומשמע דהחסרון הוא בחפצא דהממון אך להלן גבי אגב כתב דאינו מקנה אלא אפקורי מפקר ומזה משמע דהחסרון הוא דהבעלים איז חשוב מקנה כלפי הקונה ואי אפשר לקנות בקנין זה בלא מקנה ולכאורה סתרי דבריו אהדדי וצ"ע [ואפשר שכוונתו דגוף הממון ודאי קונה הכהן מעצמו ורק דאם הטוה"נ גופה חשוב ממון ממילא אית להישראל דין מקנה להקנות המתנות כהונה וצ"ע]

ויל"ע בדברי הגמ' דהרי אינו קונה הטוה"נ אלא גוף המתנו"כ הוא שקונה הכהן ובהנהו אין הישראל בעלים כלל, והנה נחלקו ראשונים בדין טובת הנאה ממון אי הגונב מתנו"כ משלם כפי ערך הטוה"נ או דמשלם כל הממון להישראל עיין שתי השיטות בריטב"א בקידושין דף נח ועיין לעיל בתוס' בדף ו ע"ב דבפשטות נחלקו בזה שני תירוצי התוס' שם והנה להשיטה דמשלם רק כפי ערך הטוה"נ קשה הכא טובא דאם כן היאך מהני מה שטוה"נ ממון להקנות כל המתנו"כ ואף להסוברים דמשלם כולו אכתי יל"ע דהרי הכא סו"ס לא הטוה"נ ידידיה מקנה לכהן אלא גוף המתנות [ובקצה"ח בסי' ערה סק"א ד"ה אמנם אכתי הקשה כזה לדברי התוס' דמשלם רק ערך הטוה"נ אם כן מה משני דמהינ מדין קנין חצר ובדעת אחרת מקנה הרי אין הישראל חשוב מקנה רק כפי ערך הטוה"נ ידידיה עיין שם וראה עוד להלן] ויל"ע בזה [ואפשר דהישראל חשוב על המתנו"כ לענין הקנאה ואין גדר הדין שיש לו זכות חיצונה ליתנם למי שירצה אלא הוי בעלים לענין הקנאה ומחלוקת הראשונים בדין תשלומים היאך לשום הדבר אם חייב להחזיר לו שיהיה לו ממון כזה או רק ערך הדבר אבל לכו"ע בעלים הוא על הממון ויל"ע לתי' התוס' השני לעיל בדף ו דאם חטף הכהן חטף דאם כן מוכרח דאינו בעלות וצ"ע ואכ"מ]

ועיין בשיטמ"ק שכתב דענין טוה"נ דהכא אינו שייך לסוגיא דטובת הנאה ממון אלא נידון בפ"ע הוא ובין למ"ד טוה"נ ממון או אינה ממון בעלמא הכא נידון סוגיא אי ממון היא ליקנות בקנין גרוע כחליפין עיי"ש וצ"ע רב דהרי אינו מקנה הטובת הנאה שיש לו במתנו"כ אלא גוף המתנות הוא שמקנה וצ"ע

ועיין היטב בקצה"ח בסי' ערה סק"א שדן באורך בסוגיין אי מהני אגב בהפקר וביאר באורך בכל הסוגיא עי"ש.

תוד"ה מקומו מושכר וכו' צ"ת בטעמם של דברים אמאי שאלה ושכירות אינם נקנים בחליפין [והיה מקום לומר דלא שייך החלפה בדבר שאינו מקח גמור אבל מדברי התוס' מוכרח דגם באגב אינו נקנה שאל"כ לא תרצו כלום] וצ"ע ועיין בתוס' בערכין בדף ל ע"א סוד"ה ולא, שכתבו שם דאינו נקנה בחליפין משום דאינו ממון ליקנות בחליפין וכמו טובת הנאה וצ"ע ועוד מבואר שם בתוס' דאף מתנה על מנת להחזיר וכל דבר שחוזר לבעלים אינו נקנה בחליפין ומדברי התוס' אלו הוכיח בקצה"ח בסי' רמא סק"ד ד"ה וכן נראה, דמתנה ע"מ להחזיר אינה בגדר תנאי בעלמא אלא דהוי הגבלה בגוף המתנה ומקנה לו לזמן שאל"כ ודאי נקנית בחליפין ועיי"ש במילואי חשן שהקשה דאם כן מה הועילו התוס' בתירוצם אכתי קשה שיקנה לו מתנה גמורה בתנאי וצ"ע ושמא סברת התוס' דבכל הנהו קנינים שחוזרים לבעלים בעינן קנין בגוף הדבר ואם לא כן ליכא

גמירות דעת דאימתי שייך גמירות דעת על ידי קנין חיצוני כאשר נותן לו גוף הדבר לגמרי אבל אם חוזר הדבר אליו אזי חסר בגמיר'ד ובעינין קנין בגוף הדבר הנקנה שבזה מקיים בפועל המקח והא דמהני כסף הוא משום דאף הוא בגוף הדבר שבנתינת הכסף יש כאן נתינה אמיתית של הכסף וממילא נקנה שכנגדו ודוק

תוד"ה וכי בצד וכו' שלא היה הפסק וכו' העירו להקשות בדבריהם בזה דהרי התוס' פרשו קודם לכן שהיה כבר התבואה מופרש ואם כן ממה נפשך אם ידעו מזה בני ביתו של ר"ג [נומסתמא כן הוא שהודיעם קודם לכן] הרי בדילי אינהו מינה שידעו שתרומות ומעשרות הן והוי כההיא דלקמן בדף קב דביצא שם מציאה בעיר קונה אפילו בלא עומד בצידה ואי נימא שלא ידעו שהפריש אם כן ממילא בדילי שבחזקת טבל הוא אצלם שלא יצא לימים רבים ודוק וצ"ע ועיין בתוס' ר"פ ששם כתב לתרץ קושית התוס' דלא הוי משתמר לדעתם של זקנים ולכאורה אפשר לומר בכוננתו דלא היה המפתח אצלם ומה שבני ביתו של רשב"ג משמרים אינם משמרים לדעתם ואולם עיין בתוס' רא"ש ששם בא התירוץ כדברי התוס' וסיים דלא הוי משתמר לדעתם וצ"ע

שם ומקרי עומד וכו' עולה מדברי התוס' דעומד בצדה קונה אפילו באינו יודע וכבר הערנו לעיל דהראב"ד לעיל בסוגיא דשכחה חולק בזה והרע"א בחידושים מכת"י תלמיד לעיל הקשה מה קושית הגמ' לעיל מדר"י ב"ר חנינא דלמא מיירי בעומד בצדו, ומשום דנקט לפשוט כן דקונה בעומד בלא דעתו וכהתוס' דידן, ואין סתירה לזה מהתוס' לעיל ד"ה ה"מ, עיין במש"כ שם ודוק

בגמ' רב פפא אמר דעת אחרת וכו' ראה ברש"י שביאר טעמו של רב פפא משום דנוחה מתנה ליקנות ובפשטות כוונתו דאף דבאמת הוי קבלה גריעא בחצר מכל מקום מהני קנין גרוע כזה בדעת אחרת ואולם יעויין בתוס' ר"פ כאן שביאר באופן אחר ונהר"פ ביאר כן בדברי רב אשי ואולם פשטות דבריו דאף לר"פ מהאי טעמא הוא] דבמתנה אין הבדל במשתמרת לשאינה דכיון דשייכת היא לנותן אין אדם יכול לקנותה בלא דעתו ונמצא שהיא משתמרת משאר בני אדם ועיין בקצה"ח בסי' ר סק"א שביאר כן והביא שם דברי הר"פ וכתב לדמותו לההיא דדף קב בדילי אינשי מינה<sup>147</sup> והאחרונים דנו בדעת הרא"ש בחילוק בין מתנה למציאה ואולם כ"ז בדברי רב אשי אך אין הכרח שהרא"ש פירש כן גם בר"פ ויעויין עוד לקמן בביאור דברי הרא"ש

בגמ' ומנא תימרא וכו' משמע מדברי הגמ' דהאי דינא דרץ אחריהן לאו היינו מדין משתמרת אלא דרך מוכחנין מינה דאיכא חילוק בין היכא דדעת אחרת מקנה וכו' וכן מוכח להדיא מהרמב"ם ורי"ף שפסקו דלא כרב פפא ולהלכה בעינן משתמר אף במתנה ומכל מקום פסקו לדינא דבמתנה מהני אף ברץ אחריהם ואין מגיעם ואולם יעויין בתוס' ר"פ שביאר דהטעם דבמתנה לא בעינן רץ אחריהם ומגיעם הוא משום דלא בעינן משתמרת ומבואר דחד דינא הוא ועיין ברע"א להלן בדף יב ע"א שתמה לדעת הרמב"ם אי בעינן משתמרת איך מהני באינו מגיעם הרי אינו משתמר וחילק הרע"א דדין משתמרת היינו שהחצר מצד עצמה משתמרת לחפצים ואף של חפץ זה אינו משתמרת והנידון ברץ אחריהם ומגיעם הוא אם בעינן משתמרת

<sup>147</sup> ומבואר מדברי הר"פ וכך גם מוכח מהגמ' הנ"ל דבעינן משתמרת מפני הזוכים דכדי שיזכה בה צריך דלא יוכל למנוע מאחרים לזכות אבל מה שיכולים ליטול שלא כדין אינו כלום וכן יש לעיין בדין עומד בצד שדהו דמשמע במשנה שזכה אף אם האחרים יכולים להגיע למציאה לפניו דלא מוקמין לה בשוהא הקרוב ביותר למציאה וצ"ב מה מועיל מה שעומד בצד דאם בלא עמידתו לא חשיב משתמר ומחמת שיכולים לזכות ממילא אינו זוכה מה מועיל שעומד הרי רשאים הם עדיין לזכות ומה נשתנה באמירתו וביותר יש לתמוה בגמ' בדף קב מה מהני יצא לה שם מציאה הרי כל הרואה דבר בשדה יודע שמציאה היא ואם חושב ששל בעל השדה היא הרי כל שכן בדילי מינה ומהו ענין יצא לה שם מציאה בעיר וזה תימה וצ"ע ועוד יש להקשות דבפאה כל זמן שלא נגמר השכחה דהיינו שהיה רק שכחת פועלים הרי אין שום אדם יכול ליטלה ולמאי בעינן משתמרת וצ"ע ועוד יש לעיין בזה.

לגוף החפץ [ועולה מזה חידוש גדול לדינא דחצר המשתמרת אף שיש בה חפץ שכלפיו אינה משתמרת אין בזה גריעותא ולולי דברי הרע"א היה מקום לומר דהחילוק הוא דדין משתמרת נאמר כלפי בנ"א אחרים הרוצים לזכות דענינו של חצר הוא להפריש וליחד לו החפץ משאר בנ"א אבל באופן שהצבי עצמו בורח זה אינו גריעותא בחצר כלל דמשתמרת מאחרים ומה שהצבי עצמו בורח אינו חסרון בקנין ונ"מ בחפץ שאפשר ליטלו מחצר המשומרת כגון שגבוה יותר מכתלי החצר דלדברי הרע"א תקנה החצר כיון שמשתמרת לחפצרים אחרים אך להנ"ל לא יקנה ודוק]

רש"י ד"ה והוא שרץ וכו' קודם שיצאו משדהו מבואר מרש"י דמהני רץ אחריהם ומגיעם קודם שיצאו משדהו אבל בלא זה לא קנה **ובתוס' חכמי אנגליה** כתב דבמתנה הא דקנה אף שאינו מגיעם הוא באופן שמגיעם חוץ לשדהו אבל אם אינו מגיעם כלל לא קנה אף במתנה

בגמ' אמר ליה רב שימי וכו' עיין בראשונים שהקשו דהרי דינא דעומד בצדה דגט איתאמר אפילו במשתמרת **ותירץ הרמב"ן** בשני אופנים חדא דרב שימי סבר דדעת אחרת מקנה גריעא דבעינן קניה אלימתא נדהיינו עומד בצדה אף במשתמרת] ועוד דהמ"ל ולטעמיה עיי"ש וצ"ע בתירוצי השני דמה שייך בזה לומר וליטעמך הרי דינו דעולא דהכא הוא דבעינן שימור או בעומד בצדה או משתמרת וגט על כרחך דין אחר הוא משום ידה בסמוכה לה ואם קשה על דינו של עולא בגט ממחיא דר"ג וזקנים מה נוגע זה לתירוצו של רב פפא על דין עולא דהכא **ומבואר מזה** וכן מוכח מתירוצו הראשון של הרמב"ן דאף דין עומד בצדה במשתמרת מדין שימור הוא וכמש"כ הרמב"ן דהוי קניה אלימתא ויש לבאר בזה הגמ' בגטין דעולא סבר מה ידה בסמוכה היינו דבמה שהוא דמוך לו הוי טפי ידה דמשתמר אצלו ממש והקשה לו רב אושעיא דא"כ נימא דבוקה אלא מה ידה משתמרת לדעתה והיינו דעיקר היחס של החצר להיות ידה הוא במה ששימור החצר כפוף לדעתה בזה הוי כידה ודוק.

בגמ' שאני גט וכו' מתקיף לה וכו' בפשטות המו"מ בזה מאחר ובדעת אחרת מקנה איכא קושי טפי בקנין שבא להוציא מרשות אחר ולעומת זאת איכא דעת אחרת המסייעת לו וקילא קנינו ולדעת התוס' ר"פ איכא שימור הנותן לקולא **ועיין בריטב"א החדשים** שביאר קושיית הגמ' דמדקונה בגט אע"פ שהוא בעל כרחא אלמא דאלים כח המקנה טפי, **והנה ידוע דברי הקצה"ח בסי' ר סק"ה** שכתב דבגט לא בעינן קנינים סגי בנתינה בעלמא ולפי זה צ"ב מה מדמי כלל ענין גט לקנינים<sup>148</sup>

בגמ' אלא אמר רב אשי וכו' ראה היטב בדברי רש"י ובמהרש"א שביאר דלישנא קמא שברש"י אינה מדברי רש"י ואזלא האי שיטה כדעת התוס' דבעינן קרא לשליחות לעיל ולהכי הא דלא גרע משליחות הוא כיון דאתרבאי מיד ואילו לפירוש השני ברש"י הוא לאחר דאתרבאי מיד. **וראה במהדו' עוז והדר** שציינו דבכת"י איכא הלישנא קמא ברש"י ולא הלישנא בתרא ובדקנו בחמשה כתבי יד המצויים כיום ובכולם מופיעה הלישנא קמא ולא הלישנא בתרא ואף בהם יש שינויים שונים [הובא חלקם במהדו' עוז והדר בגליון<sup>149</sup>]

148 אכן כבר ידוע לבאר דגם להקצות בעינן נתינה הראויה לקנין אבל הכא צ"ע טובא דהרי לא שייך כאן כלל סברא דבעל כרחא אלים או גריעא כיון שאין צריכה לקנות הגט ובהסבר הריטב"א מוכרח להדיא דקונה הגט וצ"ע וביותר שיעקר טעמו של הקצות שכתב כן הוא משום דלא שייך זכיה בעל כרחא והרי כאן מפורש בגמ' דהזכיה היא בעל כרחא [וכפה"נ דהקצות סובר דכוונת הגמ' כאן על חלות הגירושין וצ"ע] והגרש"ש כתב בגטין דאמנם קונה האשה את הגט אך לא בדרכי הקנינים ואף זה צ"ע ולעומת זאת צ"ע אם נימא דבעינן זכיה בגט ככל ממון שזוכה בו אם כן מאי טעמא לא ילפינן לעיל חצר מגט הרי אין זה דין חצר לגט אלא חצר לזכית שטרות ומה שייך בזה לומר דלא ילפינן ממוןא מאיסורא אחר דזוכה בגט גם בדיני הממון ושלה הוא וצ"ע בכל זה ואפשר שאין כוונת הגמ' כאן לזכיה ממנית היינו שיחול דין בעלות אלא שיהא מוגדר כנמצא ברשותה ובוה נמי שייכי סברות הגמ' וצ"ע רב

149 ובכת"י בריטיש מוזיאום מופיע הלישנא בתרא בצד הגליון, והנה דע דגם כל הדיבור בריש ע"א שבו מבאר רש"י מדוע במציאה ליכא דין שליחות אף הוא אינו בכל כתבי היד ובתוס' חכמי אנגליה מועתק הלישנא בתרא והדיבור

**בביאור הל"ק ברש"י עיין במהרש"א** שכתב דלהא לישנא הא דלא גרע משליחות הוא רק לאחר דאתרבאי מידה שאל"כ א"א מסברא ללמוד משליחות וכ"נ מדברי התוס' כאן וצ"ע דסוף סוף אף אחר שנתרבה מיד אין לך בו אלא יד ומה הסברא דלא גרע משליחות ועיין היטב בתוס' בגטין בדף כא ע"א ד"ה אטו שביאר דהא דאמרינן לא גרע משליחות הוא לענין לזכות שלא בפניו אבל לענין שאר דברים כמו חצר מהלכת בעינן דומיא דידה והדברים צ"ב ועיין שם בתוס' רא"ש שנראה מבואר מדבריו דאף דחצר לא גרע משליחות אבל עיקר דינה יד הוא ולהכי לגבי שלא בפניו מלתא דמסתברא היא דאף על גב דילפינן מידה קונה שלא בפניו אבל לעיקר דיני יד בעינן דומיא דידה ולא יהבינן לה דין שליחות עיי"ש ונמשמע מלשונו דעיקר הטעם לחלק הוא דשלא בפניו אין סברא שלא יקנה אלא דביד לא מצינו כזה וכיון דמצינו בשליחות אמרינן דאף יד לא גרע משליחות עיי"ש ודוק]

**בביאור הל"ב ברש"י עיין במהרש"א** שכתב דלהאי לישנא הא דלא גרע משליחות פירושו דאיכא ביד שני דינים ויש לה דין שליחות גמור אף בלא הילפותא מיד וכמש"כ רש"י לעיל דשליחות סברא היא וכ"ה שיטת הרא"ש עיין לעיל בתוס' רא"ש ועיין בתוס' רא"ש לעיל בדף ט וכ"ה ברא"ש בגטין דף עט שהקשה כקושית התוס' דכיון דלא גרע משליחות אם כן ליהני חצר מהלכת ותירץ שם דכיון דאפקה רחמנא לדין חצר בפרשת יד ילפינן מינה דאף מדין שליחות בעינן דומיא דידה בהא ות' זה שונה מתירוץ התוס' כפי שנתבאר בתוס' רא"ש בדף כ ולשיטתם אולו [והתוס' רא"ש בדף כ' אזיל בשיטת התוס' וכדרכו בתוספותיו]

---

הנ"ל בשם מ"ר, ואמנם גם הראשונים לא היה להם כן ברש"י שהר"ן הביא פירוש רש"י וכתב שרבים הקשו דבמציאה יועיל מדין שליחות ולפנינו היא קושית רש"י עצמו ואמנם בפסקי הריא"ז היה לו דברי רש"י שלפנינו וכפה"נ דאף זו הוספה מאוחרת של רש"י עצמו

ובמועתק במהדו' עוז והדר מבואר דבגט לא בעינן סמוכה אלא בשאינה משתמרת אבל במשתמרת לא ודלא כהסוגיא בגטין אך ציינו שם דבשטמ"ק כתב שהוא טעות אכן בכת"י שכטר מבואר שם בדברי רש"י להדיא כן וגם כתב שם דבמציאה קונה במשתמרת משום דדומיא דסמוכה היא ועיין בתוס' ר"פ שכתב דרש"י חזר והגיה בפירושו להתאים סוגיין עם הגמ' בגטין וכפי הנראה דבמהדו"ק סבר רש"י דסוגיא דהכא אולא דלא כהסוגיא בגטין ומכח קושית הראשונים על רב שימי ראה לעיל ואח"כ חזר בו



דף יב ע"א

רש"י ד"ה גבי מתנה הנה בדברי רש"י איכא שלש תמיהות עצומות: (א) מה מהני חצר המשתמרת במציאה הרי ליכא דעת שולח ושלוח. (ב) מה מהני דעת אחרת מקנה באינה סמוכה סו"ס ליכא דעת שולח ושלוח. (ג) לדברי רש"י היכא דאינו עומד בצדה אבל יודע הוא שנפלה מציאה בחצרו ורוצה לזכות בה לכאורה יקנה והקשו בזה דהוא נגד גמ' ערוכה דהרי תנן במתני' להדיא ראה אותן רצים וכו' ואמר וכו' ועלה קאמר שמואל דבעינן עומד בצד חצרו. בקושיא הא' עיין במהדו"ב להמהרש"א שכתב שם המהרש"א [מסגנון הדברים נראה שהוא מדברי מהרש"א עצמו ולא מחתנון] חידוש גדול לדברי רש"י אין מועיל במציאה בחצר המשתמרת ובעינן עומד בצדו ודברי ריב"ח דחצרו של אדם וכו' הינם במתנה בלחוד ותמוה מאוד דבכל מקום שהובא בש"ס ריב"ח הובא לגבי מציאה וצ"ע<sup>150</sup> ועיין היטב בפסקי הריא"ז בקונטרס הראיות שהביא דברי רש"י והוסיף וביאר ועולה מדבריו דבחצר המשתמרת חשיב הדבר שיש כאן דעת שולח דדעתו של אדם על חפצים המונחים בחצרו המשתמרת [וכעין סברת הרא"ש ואפשר לדון גם על פי דברי התוס' בב"ב בדף נד עיי"ש ודוק] ועיין גם בגליון בשיטמ"ק כע"ז. ובקושיא הב' ידוע לומר בזה דבדעת אחרת מקנה הוי החצר שליח על ידי דעת המקנה וכעין שכתבו התוס' לקמן בדף ע' ע"ב דבמקום שבעינן שלוחו של בעל הממון יכול אדם ליעשות שליח לקונה בדעת המקנה וצ"ע בזה וגם יל"ע אם שייך לומר כן בחצר שאינה שלו ודוק וצ"ע ועיין בפסקי הריא"ז בחלק הפסקים שכתב שם דמהני חצר לקטן בדעת אחרת מקנה אף בלא עומד בצדו מבואר מדבריו דהיינו משום דהמקנה עושה החצר לשליח של הקטן. ובקושיא הג' יש לדון דאם נפרש בדברי רש"י דהדעת לאו היינו דעת קנין אלא דעת לשמר החפצים כהרא"ש ולהכי בחצר משתמרת חשיב שיש דעת מחמת שמשמר שם חפציו אם כן יש לומר דבחצר דאינה משתמרת חשיב דליכא דעת אף שרוצה לקנות כמו שחזינן כן בדברי הרא"ש וצ"ע רב בכל זה.

שיטת הרא"ש עיין היטב ברא"ש יש לעיין בדברי הרא"ש דשכתב דאנן סהדי דאין אדם רוצה וכו' הרי חפץ זה שהוא מציאה נמצא כעת בחצרו שאינה משתמרת ובודאי דאדרבה אנן סהדי דרוצה לקנות החפץ דמה יפסיד בזה שיקנהו וחזינן מהרא"ש דבעינן שתהא החצר מקום הנחה שרוצה לשמור בה חפציו ובלא זה לא תועיל לקניה ודוק

ולכאורה בפשטות נראה מהרא"ש ממה שכתב הלכך ידה בעינן דביד אין צריך שתהא משתמרת כלל וכן נראה לכאורה שהבין הרע"א דיעוין בכוח בחי' רע"א מכת"י תלמיד שהקשה שם להרא"ש אמאי לא מהני בעבד ניעור וכפות בעומדת בצדה הרי ביד אי"צ משתמר אכן יעוין ברא"ש בגטין דף עט וכ"ה בתוס' רא"ש לעיל בדף ט שכתב לבאר דין עבד ניעור וכתב האי סברא גופא שכתב כאן בדין שליחות כתב שם לגבי דין יד דאין אדם רוצה שיהיו חפציו במקום שאינו משתמר לכך לא הוי יד וראה להלן בזה. וצ"ע בהסבר הדברים.

ויל"ע במש"כ הרא"ש דהלכך מטעם יד הוא קונה למה הוצרך לזה הרי בעומד בצדה הוא משמרה ועתה תקנה לו מדין שליחות [וביותר קשה דהרי גם ביד גופא איכא האי חסרון וכמ"ש הרא"ש בגטין ראה לעיל ואם כן מה אולמא ליה הכא יד משליחות] ועיין בנתיב"מ בסי' ר סק"ד שהקשה ע"ד הרמ"א שם שהעתיק הסוברים

<sup>150</sup> הנה דברי ריב"ח הובאו בש"ס בדף קב גבי מציאה ובבב"ק דף מט ואף התם מיירי במציאה ובחולין דף קמא ואף התם מיירי במציאה וצ"ע ג' אמנם התוס' כתבו דבביתו [תוח לחצר חשיב כעומד בצד שדהו ולפי זה ניחא דבכל הני מצינו לאוקמי כן וצ"ע

ודע עוד דבכתבי היד מפורש בדברי רש"י לעיל בע"ב דלא כהמהרש"א [הועתק חלקו במהד' עוז והדר] אך אין להוכיח מזה כיון שבמהדורות אלו גם ליכא כל הד"ה דידן ואפשר שחזר בו רש"י בזה.

דבעינן עומד בתוכה ממש ולא סגי בעומד בצדה והקשה הנתיבות דהרי משתמרת היא על ידו וביאר הנתיבות דכל שהחצר מצ"ע אינה משתמרת לא מועיל שימור אחר ולכן בעינן עומד בתוכה נהוסיף הנתיבות דמכל מקום בשדה גדולה שאינו יכול לשמר לא קנה אף בעומד בתוכה דגם ביד בעינן משתמר ויסוד זה דביד בעינן משתמר הבאנוהו לעיל בשם הרא"ש וכתב הנתיבות לעיל שם בסק"ב דלפי זה לאמ ועיל גם עמידת המוכר בצדה אבל משתמר לדעת נותן סגי בזה דזה חשוב שהשדה עצמה משתמרת וצ"ע הסברא בזה ולפי דברי הנתיבות מיושב דברי הרא"ש אבל צריך להוסיף בזה דכ"ז הוא מדין שליחות אבל בדין יד מועיל שימור הנותן דהסברא דשימור שאינו מגוף החצר אלא מהעומד בצדה אינו מועיל לתקן החצר להיותה שליה דהיא עצמה איה מקום הנחה אבל בתורת יד תקנה דכלפי יד מהני שימור ידידה ליחשב כידו אך עדיין קשה דהרי שימור המקנה מהני אף בחצר שאינה משתמרת ומדין שליחות שהרי אינה סמוכה לו ומאי גרע שימור ידידה משימור המקנה ודוק ובוזה חזינן מהנתיבות דמשתמרת מצ"ע לדעת נותן עדיף משימור חיצוני וצ"ע וכנ"ל ובסתירת הסוגיות וקושית הרע"א על הרא"ש ראה להלן.

**עיין בבית יוסף בריש סי' ר** שכתב דלדברי הרא"ש הא מהני משתמרת בדעת אחרת מקנה הוא רק באופן דמשתמר להנותן וכעומד בצדה או בחצר שלו שהשכיר למקבל כההיא דר"ג אבל אי לא לא קניא ועיין שם בקצה"ח בסי' ר סק"ב שהביא סברת רבינו פרץ דאיתא בשטמ"ק דיעויין ברבינו פרץ שביאר הסוגיא וכתב הר"פ בדעת אחרת מקנה הוי כמשומר אף בלא שישמור הנותן בפועל דהרי אין אחר יכול לזכות בו וכתב הקצות דאפשר שזו כוונת הרא"ש ועיין שם בנתיבה"מ סק"ב

שיטת הר"ן עיין בר"ן שכתב שרבים הקשו על פירוש רש"י אמאי אינו קונה במציאה מדין שליחות נולפנינו היא קושית רש"י צמו וראה לעיל בהערה דבכל כתבי היד ליתא בפירוש רש"י אמנם הרא"ז הביאו ולהר"ן כפה"נ לא היה לו כן ברש"י לפניו ויסד הר"ן דבחצר במציאה לא שייך שליחות דליכא שלוחו של בעל הממון והא דמהני במשתמרת הוא משום דהוי ידא אריכתא או תקנת חכמים ובמתנה מהני מדין שליחות דעושה שליחותו של בעל הממון והאחרונים האריכו בביאור דברי הר"ן בדין שלוחו של בעה"מ וראה מש"כ בזה לעיל בדף י ע"א

**ונמצא שיטות הראשונים** בשאלה למה ליכא דין שליחות במציאה באינה משתמרת שתי שיטות עקריות, רש"י אליבא דהרא"ז וקרוב לזה שיטת הרא"ש והר"פ ולכולהו חצר המשתמרת מטעם שליחות היא ודעת הר"ן דליכא שליחות כלל בחצר ובמשתמרת הר"ן לשיטתו פירש מטעם יד או תקנה ויש לתמוה טובא מה הוקשה להראשונים כלל מאי שנא מציאה ממתנה הרי על זה קאי תירוצו דרב פפא דלעיל ולמה הוצרך רש"י לבארו וכן שהר"ן כתב דרבים הקשו הרי תירוצו של רב פפא לא נסתר אלא מגט ועתה כשתורץ הקושיא מגט למה לא ישאר התיורץ כשהיה וצ"ל דכשנתחדש ענין שליחות בזה תו ליכא חילוק בסברא אי איכא דעת אחרת מקנה וצ"ע.

בסתירת הסוגיות מהכא לסוגיא דלעיל: האחרונים הקשו דסתרי הסוגיות לפירושי הראשונים עיין בנתיבה"מ בפתיחה לסי' ר ובנחל"ד לעיל ובחידושי הגרש"ש וע"ע בגרנ"ט ובקונטרסי השיעורים בזה. ותורף הקושיות: (א) קושית הרע"א על דברי הרא"ש שכתב הרא"ש דחצר שאינה משתמרת מועילה מדין יד והרי הכריע הרא"ש לעיל דחצר דגברא מטעם שליחות היא. (ב) סתימת דברי רש"י בסוגיין משמע נמי דחצר במציאה מדין יד נמי מהניא וקשה כנ"ל דהרי ברש"י לעיל מבואר דגם למסקנא איירינן נמי בגדול ואמרינן דחצר ידידה מטעם שליחות ומיהו לרש"י לא קשה כ"כ דאפשר דהכא למסקנא חזרה בה הגמ' וחצר דממון מהני מטעם יד ופסק רב אשי במחלוקת וכלישנא דפליגי בקטן וכן כתב להדיא הריטב"א החדשים. (ג) קושית הש"ך בסי' ר סקי"ב דברמב"ם ובטוש"ע משמע דבקטנה בממון קונה לה חצרה במתנה אף בלא עומדת בצדה מדלא חלקו וקשה דהרי קטנה לית לה שליחות. (ד) הרע"א כתב דלדעת הר"ן לא קשה סתירת

הסוגיות דהא לדידיה כל הנידון לעיל הוא דווקא בקטן אבל גדול ודאי יש לו חצר מטעם יד אף בממון אבל קשה דהרי להר"ן ליכא כלל שליחות בחצר דליכא שלוחו של בעל הממון ומה סברה הגמ' להס"ד דחצר מטעם שליחות ושקלינן וטרינן בה הרי ליכא שלוחו דבעה"מ

**ורבותינו ראשי הישיבות** כתבו כולם בסגנון אחד דהסוגיות חלוקות ונידון דחצר מטעם שליחות דהכא אינו שייך לנידון לעיל והתם מיירי בהתיחסות העשייה דהחצר וכאן מיירי בשם יד דהחצר גופא אם הוא יד ידידה או דשלוחה עיין בדבריהם **וקשה** על זה חדא מסתימת הדברים דהוא דוחק עצום שלא הזכירו הראשונים כלום ועוד דרש"י [בל"ב] כתב להדיא דחצר משום יד אתרבאי כדאמרינן לעיל עכ"ל וגם הריטב"א השווה הסוגיות להדיא וכן קשה מדברי הרא"ש עצמו **דיעויין בתוס' רא"ש לעיל בדף ט וכן ברא"ש בגטין בדף עט** שהקשה דהא לקמן מסקינן דחצר מטעם שליחות ואם כן אמאי לא מהני חצר מהלכת ואם איתא הרי עיקר חצר מטעם יד הוא כדמסקינן הכא ורק בהתיחסות המעשה דין שליחות לה ומה קשה לו כלל ומכל זה חזינן דסוגיא אחת היא וצע"ג

**ועיין היטב בריטב"א החדשים** שהביא מחלוקת בנידן קטנה אם בעינן עומדת בצד [קושיא ג' לעיל] וביאר השיטות דלא בעינן עומדת בצדה [ונראה דהרא"ה סובר כן ולא הזכירו הריטב"א בשמו כדרך הראשונים כשחולקים על רבותיהם וכ"מ בריצב"ש בשטמ"ק דזו שיטת הרא"ה] וביאר בזה דמדין יד ילפינן חצר לקטנה שתועיל בה בשני דינים ביד ובשליחות וזה פלא **וראה לעיל בריטב"א** שנקט בסברא דבגט אף ברוצה לא מועיל באין עומדת בצדה ומשום דלא אתרבאי בה כלל חצר מטעם שליחות כיון שחוב הוא לה [והרשב"א בגטין חולק בזה עיי"ש] וקשה טובא דמה בעינן ריבוי מיוחד לזה הרי חצר מטעם שליחות היא ומאי שנא גט [ומכל זה חזינן דחצר אינה שליח וגם לא יד אלא חצר היא חצר והנידון הוא רק מנין ללמוד שחצרו של אדם קונה ולמה לדמותה ולעיל הנידון הוא במקור הדין וממילא נ"מ בקטן דלא מצינו שמועיל לו מעשה שלוחו לא מועיל לו מעשה חצרו וכאן הנידון הוא בגופם למה דמי ואינו מוכרח שיהיה תלוי זה בזה דאף שבקטנה בעינן מקור מיד דאי אפשר ללמוד משליחות אבל אחר שנתרבתה חצר להדיא מסתברא לדמותה לשליח שאינו צריך להיות עומד בצד ודוק היטב ורה להלן בשיטת הרמב"ם ודוק ואין בזה להשיב בסתירת דברי הרא"ש דלעיל אמרינן דאי משום שליחות הא אשולד"ע וחזינן דגדרי שליחות לגמרי יהבינן לה והיאך אפשר דבעינן סמוכה לה אם משליחות למדנו וצ"ע ודוק היטב בכ"ז]

**שיטת הרמב"ם בסוגיין עיין ברמב"ם בפ"ה מגירושין ה"ב** שכתב שם 'הזורק גט לאשתו לתוך חצרה, אם היתה עומדת שם בצד חצרה נתגרשה, ואם לאו לא נתגרשה עד שתעמוד בצד חצרה ואף על פי שהיא חצר שישתמר הגט בתוכה שחובה היא לה הגירושין ואין חבין לאדם אלא בפניו' עכ"ל ולכאורה משמע מזה דפסק כעיקר דברי רב אשי דבזכות קונה שלא בסמוכה ובגט קונה רק בסמוכה וכ"כ בהלכות זכיה ומתנה דזוכה אף שלא בסמוכה בממון ואולם יל"ע בסתימת לשונו שכתב הטעם דאין חבין ולא הזכיר שזה הטעם בא לשלול דין שליחות וקצת משמע מזה כפירוש הש"ך בסוגיין ראה לעיל, **ועיין ברמב"ם בפרק ו מגירושין הלכה ט** שכתב שם וז"ל קטנה אינה עושה שליח לקבלה, אע"פ שחצרה קונה לה גיטה כגדולה, מפני ששליח קבלה צריך עדים ואין מעידין על הקטן שאינו בן דעת גמורה. עכ"ל ותמוה דהרי בעלמא ליכא כלל שליחות לקטן ולמה הוצרך כאן לטעם זה וכבר השיגו בראב"ד דהטעם הוא מאתם גם אתם **ועיין היטב במגיד משנה על אתר** שביאר דווקא בקטנה הוצרך הרמב"ם לזה וכמו שכתב הרמב"ם להדיא דאע"פ שחצרה קונה לה וביאר המ"מ כוונתו שכבר נתבאר בפ"ה דחצר מטעם שליחות היא ומדחזינן דאית לה לקטנה חצר אע"פ שהיא מטעם שליחות ש"מ אית לה שליחות לקטנה בקבלת הגט ולהכי פירש הרמב"ם טעם זה ודברי המ"מ תמוהים טובא דהרי אדרבה התם נתבאר דחצר מטעם יד היא בגט ממה שכתב הרמב"ם להלכה דבעינן סמוכה וכידה וזהו ממש דברי ר"א בגמרינן דחצר מטעם ידה אתרבאי [והגר"נ צ"ל ביאר בשיטת הרמב"ם והמ"מ שפירשו דברי רב

אשי דחצר עצמה מטעם יד היא אבל המעשה קבלה מתייחס לבעל החצר מדין שליחות נועל הדרך שביארנו לעיל מדברי האחרונים בסתירת הסוגיות] וזו כוונת הגמ' דלא גרע משליחות היינו דבעינן בה דיני שליחות אבל לפי זה צ"ע אמאי מתגרשת בפניה בעל כרחא וצ"ל דהתורה גזרה שהחצר תהא שלוחה אך קשה לפי זה מאי נ"מ אי הוי בפניה או לא ודוק היטב ובלא"ה תמהו בזה כבר בשיטת הש"ך ודוק]

**ועיין ברמב"ם בפכ"ט ממכירה ה"י** עיין שם היטב שנתבאר ברמב"ם שהקטן קונה במשיכה משום שיש לו יד אבל אינו קונה בסודר ובחצר משום שאין הקטן קונה בדרכי הקניות של הגדולים ולמד הרמב"ם שם ד"ז ממה שאין לו חצר עיין שם ואילו הקטנה קונה אף בסודר כיון שיש לה חצר דחצר דידה מטעם יד עיי"ש והדברים סתומים עד מאוד וביותר תמוה דאדרבה אם חצר דקטנה מטעם יד ודאי אין לנו מקור לשאר דרכי הקניות ומבואר כנ"ל דאף דהחצר מקראי דיה דאתרבאי פתיך בה נמי חידוש דין נוסף והו שכתב המ"מ דהוי מדין שליחות ומינה למדנו לכל קנין וצ"ע רב

**עיין ברשב"א לקמן בדף עא** שכתב להוכיח דקטן יש לו זכיה מן התורה דהא אית ליה חצר וחצר מטעם זכיה היא והביא שלש ראיות שחצר מטעם זכיה והשלישית מסוגיין דאמר רב אשי וכו' וצ"ע דהרי בקטן אף למ"ד דאית ליה חצר הרי מטעם יד היא ולא מטעם שליחות ודוק בזה לדברי הרמב"ם הנ"ל

**עיין בתוס' בכתובות בדף יא ע"א** ששם הוכיחו שזכיה מטעם שליחות מסוגיין ויל"ע מה הראיה נואפשר דאי משום זכיה היא לא שייך זכיה בחצר שבזכיה בעינן דעת זוכה להועיל המעשה לבעלים וזה לא שייך בחצר ורק בשליחות שפועל עם דעת משלח שייך]

## פרק המפקיד

דף לג ע"ב

מתני' שילם ולא רצה לישבע וכו' דין המשנה שכאשר שילם השומר לבעלים שייך הכפל לשומר, ומבואר בגמ' דדבר זה אינו מעיקר הדין, אלא מאחר ששילם השומר לבעלים מרצונו ולא אטרחיה בדינא מקנה הבעלים מלכתחילה את הכפל לשומר לכה"ג שישלם.

**ויש לעיין בזה** דלכאורה היה נראה מן הסברא שכאשר שילם השומר לבעלים זכה בפרה מן הדין שהרי שילם תמורתה. **ובסוגיא דכיפי** [לקמן דף לה ע"א] יתבאר בע"ה שנחלקו בזה רבותינו הראשונים שם, ודעת הר"ח והמיוחס להריטב"א שקונה את החפץ מדאורייתא כשמשלם, והרמב"ן שם כפה"נ דפליג ויתבאר בזה במקומו. **ולחשוברים שקונה את הפרה מעיקר הדין צ"ב** דאם כן אף הכפל שלו מעיקר הדין ומדוע בעינן להקנות הבעלים, **ובפשוטו לק"מ** דכיון שקונה את הפרה בשעת תשלום וזה לאחר שנגנבה אין קונה את חיוב הכפל שחל בשעת גניבה. **אך יעויין בתוס' רי"ד בב"ק** [דף קח ע"א] שנתקשה בקושיא זו דליהוי הכפל של השומר מעיקר הדין, ותירץ דאם היה הבעלים יודע שתמצא פרתו ביד גנב ודאי לא היה מקנה אותה לשומר. **וצ"ע.**<sup>151</sup>

**ועיין ברשב"א** [להלן דף לד ע"ב ד"ה שילם וכו'] שכתב דאף היכא שהבעלים לא אסיק אדעתיה בשעת שאלה להקנות לשואל לב ב"ד מתנה עליהם לפי שירדו חכמים לסוף דעתם של הבריות שנוח לו למפקיד באופן זה. **וכוונתו** דהוי תקנת חכמים [כך מוכח מדבריו בב"ק – ראה להלן] **וכ"כ הפנ"י שם** שהוא תקנת חכמים. **אך בחידושי לב"ק** [דף קב ע"ב ד"ה הא דא"ר] נקט הרשב"א דאינו משום לב ב"ד אלא אומדנא גמורה מדאורייתא. וכך נראה לכאורה סתימת הראשונים שלא פירשו בזה. **ולכאורה צ"ב טובא** דהרי כל זמן שלא אסיק המפקיד אדעתיה לכלל זה הוי כיאוש שלא מדעת, ואף למ"ד דיאוש שלא מדעת הוי יאוש ודאי אינו מועיל להקנות דאטו אם יש איזה חפץ בעולם שאנ"ס שניחא ליה להמוכר להקנותו וכי יחול קנין מאליו.

<sup>151</sup> **דברי התור"ד תמוהים בתרתי:** **חדא** דהתיינח כשנמצאה בעין אבל אם מתה ביד גנב מדוע יתבטל הקנין, וצ"ל שמפני הכפל אינו רוצה להקנות, ולהצד שימצא הגנב ויגבו ממנו לא נתרצה לקבל התשלום אך מסברא אינו מובן כלל דאי אפשר שיגבה אדם תשלום עבור פרתו ויתנה שאם יהיה אחר כך רווח אינו רוצה התשלום דלמה יתחייב השומר לשלם לו תשלום שספק אם הוא שלו הרי להצד שימצא הגנב אינו רוצה בתשלום, ויאמר לו השומר שמא באמת ימצא ואיני חייב לך כלום וצ"ע.

**ועוד קשה** דלכאורה הסברא פשוטה דכאשר קנה אדם חפץ אחר הגניבה [ומשכח"ל במכירה לצנועין דאדם מקנה דבר שאינו ברשותו] הכפל שייך לבעלים כי חל חיובו אשעת גניבה ואף דהוא קנס וחל בשעת העמ"ב אבל המחייב הוא המעשה גניבה מהבעלים ולמה יקנה השומר את הכפל עם הפרה, וכן נקט בפשיטות הרע"א בסוגיין [ע"ד המהרש"א בתוד"ה המפקיד] דמשלם כפל לבעלים, וצ"ע.

ובאמת היה נראה דאם מכר פרה אחר שנגנבה [לצנועין] וטבח הגנב אחר המכירה יהיה הכפל לבעלים וב' ג' ללוקח ששלו טבח, ודו"ה ללוקח, וכ"כ הרע"א [שם] ויש לדון בזה במתני' דפרק מרובה גנב ואח"כ הקדיש ואכ"מ ועיין באמר"מ סי' מ ס"י.

ובתוספתא כאן [פ"ג הלכה א] דשואל שקידם ושילם משלם הגנב כפל לשואל ודו"ה לשני ונתקשו מפרשי התוספתא בפירושה, ונדצ"ל משלם כפל 'לראשון' והיינו משום דשואל אינו מקנה לו הכפל כמ"ד דס"ל כן בגמ' אך דו"ה שלו מפני שכששילם קנה לגמרי וכשטבח הגנב את שלו טבח.

וי"ל בדעת התור"ד דהכא שניא דכשהוא משלם לבעלים משלם לפי שווי הפרה בשעת גניבה בין הוחלה אח"כ או הוקרה ובאחריותו היא ואפילו מתה כדרכה ביד גנב משלם לבעלים ולא יוכל לטעון שבלאו הגניבה נמי היתה מתה ואם כן יש סברא גדולה שכל פירות שמשעת גניבה שלו הם מששילם כי עבור פרה כפי שהיא בשעת גניבה שילם וזכאי לתבוע תמורת התשלום את כל מה שהיה אז כלול בפרה, ודוק.

**ויעויין בנתיב"מ** [סי' קצ"ד סק"ד] שעמד בזה וביאר דבאומדנא גמורה מהני אף בלא דעת כלל ואפילו למ"ד יאוש שלא מדעת ל"ה יאוש דכ"ז הוא ביאוש שבעל כרחו אבל אומדנא דניחא ליה מהני. והדברים צ"ע.

**ובשיעורי הגרש"ר** [להלן דף לד ע"א אות רסז] ביאר דכיון דהאומדנא הוא בזמן מסירת הפרה ואז יש ביניהם עסק השמירה וקבלת אחריות בזה מהני האומדנא להכליל הקנאה זו בתוך מה שנעשה ביניהם, דכשאדם מוסר הפרה לשומר דעתו להכניס הפרה לשומר וליתן לו כל הזכויות וכח של שומר, ואם הדעת נותנת שניחא ליה לבעלים שיקנה השומר את הפרה או כפלה על ידי מסירה זו אף זה כלול בהקנאה ומסירה ידידה ודוק. אלא שלהלן בסוגיא יתבאר דיש הסוברים דאף שלא בשעת מסירה איכא אומדנא דניחא ליה להקנות, ולדרכם אינו מתפרש ע"ד הגרש"ר, וצ"ע בכ"ז.

**ונחלקו ראשונים במשנתנו** באלו אופנים מקנה הבעלים את הכפל לשומר: **יעויין ברמב"ן** שכתב **שהכלל הוא** דכל מקום שהיה יכול לפטור עצמו בשבועה ושילם ולא נשבע קונה את הכפל, נכגון שו"ח יכול לישבע שנגנבה, ש"ש יכול לישבע שנאנסה, ושואל שמתה מחמת מלאכה] **אבל במקום שאינו יכול ליפטר בשבועה** כגון שו"ח שיש עדים שפשע בה ונגנבה בפשיעתו וכל כיו"ב אינו קונה את הכפל, שלא הקנה לו הבעלים את הכפל אלא במקום שיכול היה לפטור עצמו ואינו עושה כן.

**ומבואר ברמב"ן** שאין חילוק אם היה יכול לפטור עצמו בטענת שקר או טענת אמת, וכגון בשו"ח שהבהמה לדבריו נגנבה והוא פטור אם ישבע והוא אינו רוצה לישבע, או שמודה שפשע אלא שהיה יכול לשקר ולומר שנגנבה בכל מקרה קונה את הכפל, וכתב הרמב"ן דכה"ג שפוטור עצמו בטענת אמת [לדבריו] כ"ש הוא שמקנה לו הבעלים את הכפל שהשומר משלם ואינו רוצה לישבע אף על טענת אמת. **וכן כתב הריטב"א והוסף** דאף כשיש עדים שנגנבה או אבדה ושילם השו"ח קונה את הכפל.

**אבל הרשב"א חולק בכל זה** וסובר דכל מפקיד מקנה לשומר בכל גוונא שמשלם כיון דלא אטרחיה לבי דינא אלא משלם מעצמו מקנה לו הבעלים את הכפל. ולא אסיק הבעלים אדעתיה לחלק בין הציורים השונים אם יש עדים או לא אלא בכל גוונא מקנה לו. **ונסתיע הרשב"א מדבריו הירושלמי** שכתב דאף כשיש עדים שנגנבה בפשיעה משלם הכפל לשומר.<sup>152</sup> **ועוד למד הרשב"א מהירושלמי** דהיכא שיש עדים שהוא פטור והוא שילם מעצמו אינו מקנה לו את הכפל, וביאר הרשב"א לפי שזה אינו תשלום כלל שהרי אינו חייב לו אלא הוא כמוכר לו קנסיו ולאופן כזה לא הקנה לו הבעלים את הכפל.

**ועיין בריטב"א** שסובר כהרמב"ן וכתב שהבבלי והירושלמי חלוקים בזה ואין להוכיח מהירושלמי, **וביאר** דיש כאן פלוגתא בסברות הפוכות, **שלהבבלי** במקום עדי חיוב אינו מקנה לו הכפל ובמקום עדי פטור מקנה לו, **ולהירושלמי הוא להיפך** דבמקום עדי פטור אינו מקנה ובמקום עדי חיוב מקנה. וצ"ב שורש פלוגתיהו וצ"ע.

**ויעויין באבהא"ז** [פ"ח מפקדון ה"א] שביאר בדעת הירושלמי דהנה בירושלמי שם איתא וז"ל המפקיד אצל חברו כו' מנן תיתי ליה אם המצא תמצא בידו הגניבה וכי אין אנו יודעין שאם ימצא הגנב ישלם שנים ומה תלמוד לומר שנים ישלם אם אינו עניין לו תניהו עניין לשלפניו רבי עאל לפירקא דרבי יודן אמר קומיה דאמר ליה אמור דבתרה נשבע ולא רצה לשלם נמצא הגנב משלם תשלומי כפל טבח ומכר משלם תשלומי ארבעה וחמשה למי משלם לבעל הפקדון וישלם למי שהפקדון אצלו רבי נסה בשם רבי יונה חיים שנים ישלם למקום שהקדון מהלך שם הכפל מהלך.

<sup>152</sup> דין זה הוא ספק בירושלמי למי משלם אי לבעלים או לשומר או לשניהם, כך העתיקו הרשב"א וכן הגירסא לפנינו, ולפי זה לא נפשט הספק, וגם אינו מובן מה הצד שישלם לשניהם, ואולי צריך להגיה בירושלמי והמסקנא היא שמשלם לשניהם מחמת דהוי בעיא דלא איפשטא ויחלוק. אך מהרשב"א נראה שנקט דלהירושלמי משלם לשומר, וע"ע בשיעורי הגרש"ר.

**עב"ל** הרי מבואר דהירושלמי יליף לדינא דמתני' מקרא, וביאר האבהא"ז ועוד אחרונים דלהירושלמי אינו כלל מחמת הקנאת הנפקד ואומדנא אלא דינא דאורייתא הוא. ולכן לדרך זו היכא שיש עדי חיוב קונה הכפל לפי שקנין הכפל אינו מחמת שלא רצה לישבע אלא כיון ששילם ולכן חולק על הבבלי לשיטתו, **וכן אינכא** בעדי פטור כיון שאינו חייב לשלם הרי התשלום כמתנה בעלמא ואינו קונה את הכפל, ולהבבלי קונה כה"ג, דכיון שקנינו הוא משום אומדנא כ"ש דכה"ג מקנה לו, אבל להירושלמי הוא להיפך ופשוט.

**אלא דמ"מ מדברי הראשונים נראה** שלא פירשו כן מדהביאו דברי הירושלמי ולמדו ממנו לדינא. **ועיין ברא"ש בסוף שבועות** [בסי' האחרון] שמדבריו ומדברי הרי"ף שם מבואר להדיא דדעת הירושלמי כהבבלי, אך **צ"ע בזה** דסו"ס מפורש בירושלמי דילפינן לה מקרא, וצ"ע.

**ובעיקר דברי הירושלמי צ"ב** דזוכה השומר בכפל משום דלמקום שהקן הולך לשם הכפל הולך, וצ"ב מדוע הולך הקן לשומר הרי של הבעלים היא. **ועמד בזה באבהא"ז שם** וביאר על פי מה שלמד מדברי הר"ח והרשב"א בסוגיא דכיפי [לקמן לה ע"א] דאחר ששילם השומר לבעלים קנה השומר מדינא את החפץ האבוד [ואף באופן שלא רצה מתחילה לשלם ומעיקר הדין הוא] ותמה היאך קנה הרי אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו, ועוד יש להוסיף דהרי מעות אינן קונות ובאיזה קנין קנה את החפץ, **ועכצ"ל** דחדשה תורה שכששלם השומר את דמי החפץ קונהו והרי הוא שלו, שזה אי אפשר שגם הפקדון וגם דמיו יהיו של הבעלים ולכן התשלום ממילא מקנה לו את החפץ,<sup>153</sup> **ולפי זה** ודאי שהגנב משלם הקן לשומר ואתא קרא לאשמעינן שלמקום שהקן הולך אף הכפל הולך דאלמלי קרא – וכן להבבלי אליבא דאמת – אינו כן דכיון שמהבעלים גנב נשאר חיוב הכפל לבעלים אף שעתה חיוב הקן לשומר אבל הקרא מלמדנו שאף הכפל לשומר וזה דלא כהבבלי.

וכ"ז ביאר האבהא"ז לדרכו אבל כבר הערנו לעיל שהראשונים השוו שיטות שני התלמודים. **ובעיקר ביאור האבהא"ז קשה** שבירושלמי מפורש דבאמר השומר הריני משלם זכה בכפל, וקשה דהרי עדיין לא שילם ואין הקן עדיין שלו והיאך זכה בכפל וצ"ע.<sup>154</sup>

**במשנה למי משלם לבעל הפקדון מבואר ממשנתנו** דאלמלי שמשלם השומר לבעלים יש דין כפל לבעלים, **ועיין בתוס' בב"ק** [דף ע ע"א ד"ה לא כתבינן] שכתבו דמכאן מוכח דפקדון חשיב 'ברשותו' ויכול להקנותו שהרי גונב מבית גנב אינו משלם כפל לבעלים לפי שאינו ברשותו והכא מבית שומר משלם אלמא ברשותו הוא. **והנה** הא דאינו משלם כפל גונב מבית גנב הוא משום דממעטין מקרא 'מבית האיש' ולא מבית גנב ומבואר בתוס' דבית שומר חשיב כבית האיש משום דהוי ברשותו.

**ויעויין בראב"ד** [בשטמ"ק להלן ריש ע"א] שהקשה וז"ל מיהו קשיא לן הכא, מדאמרינן דבעל הבהמה מקני ליה כפילא לשומר, אלמא לשומר לא קרינן ביה מבית האיש, אם כן לבעלים אמאי משלם, והא הוה ליה כגונב אחר הגנב

<sup>153</sup> ומצינו כזאת בסוגיא בב"ק דף י ע"ב גבי נבלה דלחס"ד דהמזיק משלם הכל ממילא וזכה בנבלה אי מפרשינן קרא דוהמת יהיה לו למזיק, ומשמע בסוגיא שם דמסברא קונה את הנבלה כיון ששילם דמיה.

<sup>154</sup> ויש לפרש הירושלמי ע"ד הראשונים, ונראה שהיה פשוט להם שגם להירושלמי קנין הכפל מחמת אומדנא שהרי כך משמעות לשון המשנה שילם ולא 'רצה' לישבע הרי תלוי הדבר במה שנתרצה השומר לשלם.

וקושיית הירושלמי מנא לן וכו' נראה לפרשה שקושייתו היתה על עיקר דין כפל כשגנב מבית שומר דס"ד לפטור דומיא דגונב מהגנב, כיון שלא גנב מהבעלים אלא ממקום אחר, ולזה ילפינן מקרא דיש כפל, ופרכינן דאם כן נפרש הדין דהכפל הולך לשומר שממנו גנב ולא מהבעלים, [וקיצרנו בכ"ז ודוק] ודרשינן מקרא דחיים שנים דלמקום שהקן מהלך הכפל מהלך וזה בין אם שילם השומר או נשבע דהקן של הבעלים היא לעולם. ומה שהשומר זוכה בקרן בשילם ע"ז לא דיבר הירושלמי כלל שהטעם כבר מרומז במשנה וכו"ל לפי שנתרצה לשלם מקנה לו הכפל, ולדרך זו סרו כל הקושיות ע"ד הראשונים, ודוק.



דלא משלם לא לבעלים כפל ולא לגנב. וניחא לן, שאני אומר, דפקדון דכל היכא דאיתיה ברשותא דמריה איתיה, ומבית הבעלים קרינן ביה. עכ"ל ונראה שכיוון להקשות דכמו דגונב מהגנב פטור מכפל דדרשין וגונב מבית האיש ולא מבית גנב כך גם גונב מבית שומר יפטור מכפל מאותו הטעם ולזה תירץ דקרינן ביה מבית האיש דכל היכא דאיתא וכו' וזה כדברי התוס' הנ"ל, אך אינו מובן מה שהוסיף דמדמקני לה בעלים לשומר וכו' אלמא לשומר לא קרינן וכו', וכפה"נ שראיתו ממה דאינו משלם כפל לשומר מעיקר הדין היינו משום דבית שומר אינו בית האיש ואם כן לבעלים נמי לא ישלם, וצ"ב מדוע ס"ד דישלם כפל לשומר הרי הבהמה כלל אינה שלו, וגם דאם כן מה הועיל הראב"ד בתירוצו דאם חשיב כבית האיש אם כן הדרק"ל דישלם לשומר, וצ"ע.<sup>155</sup>

**ועיין באו"ש** [פ"א ה"ז מגניבה] שכתב דבית גנב לא חשיב כבית האיש לפי שאין החפץ אמור להיות שם וכל אדם מצווה ליטלו מהגנב להשיבו לבעליו ומשא"כ בית שומר שנמצא שם החפץ בדין חשיב כבית האיש.

**ועוד הקשה הראב"ד וז"ל** והשתא קשיא לי, לרבי שמעון דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי, כיון דשומר חייב באחריותה ליחשביה כבעלים. ואיכא למימר, דלא דמי חיוב שמירה לאחריותה דבהמה, משום דבשמירה איכא אנפי דלא מיחייב ואחריות בכל אנפי מיחייב עלה. עכ"ל. וצ"ב דמשמע מדבריו דקושיא זו מישך שייכא בתירוצו אקושיא דלעיל וצ"ע.

**תוד"ה המפקיד וכו' עיין במהרש"א** שכתב דמשכח"ל כפל בטוט"ג באבידה, ונראה כוונתו כגון שאיבד השומר ומצאה אדם ולא החזירה וטען שנגנבה ממנו ונמצא שהוא הגנב דמשלם כפל ואם שילם השומר הראשון לבעלים משלם הלה כפל לשומר.<sup>156</sup> **ועיין ברע"א** במה שדן בקושיית המהרש"א.

**בגמ' משום דנפיש טירחא רש"י להלן** [בד"ה נעשה] כתב דהבעלים מקנה לגנב כי ניחא ליה להיות בטוח בקרן ויהיה ספק כפל העתיד לבוא לשומר ואם כן מאי נ"מ אי טרח או לא וצ"ל דעכ"פ להס"ד הוא בצירוף מה שטרח השומר וגם רוצה הבעלים להיות בטוח בקרן ע"כ מקנה לו. **ויעיין בחי' הרי"מ** [ד"ה ועוד י"ל] שהקשה דאם כן שומר שכר הוא שמחמת טירחת שמירתו מקנה לו הכפל.

**בגמ' והא אין אדם מקנה דשלב"ל וכו' עבידי דאתו וכו' נראה שנחלקו רבותינו** בטעם הדין דאין אדם מקנה דשלב"ל, האם הוא משום שאי אפשר שיחול הקנין באין החפץ בעולם או משום דלא סמכה דעתו של מקנה כאשר אין החפץ בעולם, ראה בהערה המקורות לזה.<sup>157</sup>

<sup>155</sup> ועיין בקונטרסי השיעורים שהקשה מהירושלמי בשבועות שדן דגונב מבית שומר פטור מכפל משום דל"ה בית האיש וזה תימה שבמשנתנו מפורש להיפך ועיי"ש שכתב לחלק בדעת הירושלמי בין שו"ח לשומר שכר.

<sup>156</sup> ולא העמידה המהרש"א בפשיטות כגון שאבדה ומצאה אדם ונטלה ע"מ לגנבה, וכפה"נ דנקט דכה"ג פטור מכפל שלא גנבה מבית בעלים דיעיין בנתיב"מ ריש סי' רנט דאבידה חשיב כאינה ברשותו, [וע"ע במילואי חותם שם] ולפי"ז י"ל דליכא כפל ואכמ"ל. ומשא"כ כשמצאה שומר אבידה והחזיקה עבור הבעלים הוי שוב ברשותו, אך קשה דה"ל להמהרש"א לאוקמה כגון שמצאה שומר אבידה שהגונב ממנו משלם כפל לשומר הראשון כששילם לבעלים וע"ז לא יועיל תירוצי המהרש"א וצ"ע.

<sup>157</sup> **ויעיין בגמ' לקמן** [דף לו ע"ב בדפי הרי"ף בד"ה אמר וכו'] שכתב בתו"ד הטעם דאינו מקנה משום דלא סמכה דעתיה, **ויעיין בגמ' בב"ב** [דף קמב ע"ב] גבי דינא דאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם דמבואר שם בגמ' דאף דהמזכה לעובר לא קנה דהעובר לא בא לעולם מ"מ מזכה לבנו קנה דאדם דעתו קרובה אצל בנו, **וכתב התוס' רא"ש שם וז"ל** מכאן נראה טעמא דאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם משום דלא גמר ומקני עכ"ל. [ובפשוטו דין דבר שלב"ל ולדבר שלב"ע אחד הם שהראשונים השווים בכל מקום ובכללם בראשונים בסוגיין ראה להלן בפנים דכל מקור דברי ר"מ הוא ממה שאינו מקנה לדבר שלא בא לעולם] **אך מדברי הנתיב"מ** [סי' רז סקי"ח] מבואר דאי אפשר שיחול

**ולחשוב** דענינו מפני סמיכות דעת מתפרש טעם הגמ' לר"מ בפשיטות דלר"מ סמכה דעתו בדשלב"ל אבל רק בדבר דעביד דאתי ואי לא מודה ר"מ דלא סמכה דעתיה, **אך לדעת הסוברים** שטעמם של רבנן דא"א להקנותו ור"מ סובר שאפשר שיחול קנין צ"ב מאי שנא אי עבידי דאתו או לא, וצ"ע. **ואפשר** דדבר שעתיד ועומד להיות חשוב כאילו הוא כבר בעולם כדי שיחול שם מעשה קנין על מכירתו וצ"ע. נכך נראה שהבין הגרא"ו בקובץ שמועות כפי שיתבאר להלן]

**ויעוין בקובץ שמועות** [בקוב"ש ח"ב] שנתקשה להצד דמה דאינו מקנה הוא משום דאין לקנין על מה לחול, **דיעוין בתוס' שהקשו** דאם מקנה לו הכפל במעות ששילם [כפי שנקטו להס"ד] אם כן נמצא שמקנה לו הכפל אחר גניבת הפרה ומה קאמר בגמ' מי יימר דמיגנבה הל"ל מי יימר דנגנבה [בלשון עבר] **ומבואר מדברי התוס'** דעכ"פ מי יימר דנגנבה מצי פריך שפיר דמחמת זה אינו עבידי דאתו והקשה הקו"ש דהרי סו"ס עתה כבר נגנבה או אבדה אלא שאנו איננו יודעים מה היה ובודאי מחמת ספק ידיעה על ההווה לא ייחשב כדבר שלא בא לעולם, ובשלמא להצד דהוא חסרון בסמיכות דעת י"ל דדבר שהוא בעצמו לא בא לעולם כל ספק בקנין [אף שאין הספק על דבר העתיד] מצטרף לחסרון סמיכות דעת בקנינו, ולכאורה זו ראייה ברורה מדברי התוס' להחקירה הנ"ל.

**ושמא יש לומר** דאף שר"מ ורבנן נחלקו האם יש בכח הקנין לחול בדשלב"ל מ"מ מלבד זה גם יש חסרון בסמיכות דעת בין לרבנן בין לר"מ וענין זה תלוי בעבידי דאתו דהיכא דלא עבידי דאתו לא סמכה דעתיה ואין מועיל הקנין בין לר"מ בין לרבנן ואילו היכא דעבידי דאתו לכו"ע יש סמיכות דעת אלא דסברי רבנן דלא חל קנינו כי אין לו על מה שיחול.

[ודע דאף שביארנו הצד דאין לקנין על מה לחול אין הכוונה שאין לה ליכות הבעלות על מה שתחול כי אף לר"מ דאדם מקנה דשלב"ל מפורש בגמ' להלן דף סה ע"ב דעד שלא באו לעולם יכול לחזור בו ומה שמהני לר"מ הוא רק דהיכא דלא חזר בו חל קנינו מיד כשבא לעולם בלא מעשה קנין נוסף ושוב אינו יכול לחזור בו וכמקנה לאחר ל' וטעמם של רבנן הוא שאין למעשה הקנין על מה שיחול דאין כאן מעשה הקנאה במה שנותן לו דבר שאינו קיים בעולם כלל ודוק]

**ודע** שעיקר מחלוקתם של רבי מאיר ורבנן לא נשנתה כלל בפירות דקל, אלא בברייתא בקידושין [דף סב ע"ב] דהאומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שאשתחרר מקודשת לר"מ, וכמש"כ רש"י בסוגיין דמשם למדנו דעת ר"מ. **והקשו התוס'** [ב"ב דף עט ע"ב ד"ה אימור] דהתם הרי לא עבידי דאתו דמאן יימר שישחררו רבו, ותירצו דמיירי התם בעבידי דאתו [שהבטיחו רבו לשחררו] או דכאשר הגוף קיים בעולם מהני אף בלא עבידי דאתו, ורק היכא שאינו בעולם כלל ל"מ אלא בעבידי דאתו. **ועיין בראשונים בסוגיין** שהאריכו בתירוצי התוס'. [וראינו מי שהקשה דבסוגיין דמקנה לו הכפל הרי המעות שאותן ישלם הגנב לבסוף שמא ישנן בעולם כעת ואם כן מהני אף בלא עבידי דאתו אך פשוט דלק"מ שכל דבר שאינו שלו חשוב לגביו כדבר שלא בא לעולם שאין הדבר תלוי במציאות החפץ בעולם אלא במציאותו אצלו, והדבר פשוט כן בכל מקום]

---

קנין על דבר שאינו בעולם ואין הטעם משום חוסר גמירות דעת, וכ"כ הנוב"י [אהע"ז תניינא סי' נד אות יב] וכן כתב התשב"ץ [טור המשולש טור ב סי' יג]

והקובץ שיעורים [בב"ב אות רעו] תלאה במחלוקת הסוגיות דבב"מ דף טז משמע דהוא משום דליכא סמיכות דעת ואילו בגמ' בכתובות איתא גבי קונמות דמתוך שאדם אוסר פירות חברו עליו אף הוא מקדיש דשלב"ל, וממה שדמתה הגמ' נדר לקנין מוכח דהוא חסרון בחלות ולא בסמיכות דעת, וכתב לתלות בזה מחלוקת הראשונים אי מהני סיטומתא בדשלב"ל עיי"ש באורך בכ"ז. ובאחרונים הובאו ראיות רבות שהטעם הוא משום סמיכות דעת וכ"ה פשטות דברי הראשונים בהרבה מקומות.

תורה כגון בתחילת דבריהם נקטו התוס' כפשטות משמעות הגמ' דלהס"ד מקנה לו הכפל עצמו, וכך משמע ברש"י שנקט כן [בד"ה דמקני וכו' ובע"א בד"ה מי יימר] אלא שהיה פשוט להתוס' דאין דרך להקנות הכפל עצמו אלא במעות ששילם ולזה הוקשה להו דמעות אינם קונות, ואולם מדברי רש"י משמע דקונה הכפל במשיכת הפרה [שם] וזה צ"ב היאך מהני משיכת הפרה לקנות הכפל אחר שאינו מקנה לו מאומה בגוף הפרה. ויעויין בתוס' רא"ש שעמד בדברי רש"י, והקשה בדרך ממ"נ דאי מקנה לו פרה לכפילה אם כן אין זה דשלב"ל כלל, ואף רבנן מודו כמו בדקל לפירותיו. ואי מקנה לו הכפל בלחוד אם כן היאך תועיל משיכת הפרה לקנותו. נומשמע מדברי התוס' רא"ש דבדברי רש"י יש מקום לפרש דמקנה לו גוף הפרה לכפילה, ותיירצו – שתיירץ כהתוס' – נראה מדבריו שיש לפרשו גם בדעת רש"י עיי"ש [ודעת הרשב"א בגטין מפורשת דהכא אינו מקנה פרה לכפילה אלא את הכפל עצמו ויתבאר בע"ה בסו"ד התוס'.

ואף התוס' רא"ש שנתקשה בדברי רש"י כתב דבפירות דקל לר"מ מהני קנין הפירות על ידי משיכת הדקל, ורק הכא בכפל סובר התוס' רא"ש דלא מהני הקנין בפרה לענין כפילה, וביאר הטעם דפירות דקל שאני דשייכי בתר דקל ומחוברין ומועיל לפירות מה שמחזיק בדקל אבל כפל לא שייך לגוף הבהמה. וצ"ב דסו"ס הרי אינו עושה מעשה קנין בפירות ומה תועיל חזקה בדקל לענין פירותיו, וצ"ע.<sup>158</sup>

ויעויין בשיעורי הגר"ד פוברסקי שהקשה ע"ד רש"י והתוס' רא"ש היאך מהני חזקת הדקל ומשיכת הפרה לקנות הכפל עצמו הרי כבר כלתה קנינו,<sup>159</sup> ותיירץ דצ"ל דמקנה לו הכפל מעכשיו דכה"ג ליכא חסרון דכלתה קנינו אף בדשלב"ל כמש"כ התוס' לעיל [דף טז ע"א ד"ה קנייה] עיי"ש.<sup>160</sup>

ודרך שלישית בכ"ז מבוארת בתוס' שאנץ שמקנה לו הכפל עצמו ולא פרה לכפילה, אבל לא במשיכה קונה אותו ולא במעות, אלא בההיא הנאה כדאמרין בעלמא דבההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה.

שם בתוס' והלא מעות וכו' יש לעיין מהו הכפל שקונה במעות ששילם, דבפשוטו קונה את הכפל עצמו שמשלם הגנב לבעלים, והוא הדבר שלא בא לעולם. אך יעויין בשיעורי הגרש"ר שהקשה חדא דהרי אפשר שהגנב ישלם לו במעות, ואף להצד דמעות קונות בעלמא אבל מעות אינן קונות מעות כלל. ועוד הקשה דהרי הגנב לעולם לא ישלם לבעלים כדאיתא במתני' דנמצא הגנב משלם לשומר ואם כן היאך יקנה השומר, ביאור הקושיא: דהרי הקנין של השומר חל כשמגיע הכסף ליד הבעלים דאז חל עליו שם כפל והוא נקנה לשומר מכח הקנין שנעשה בזמנו, אך כאשר לדינא מבואר דאין הגנב משלם לבעלים כלל היאך יקנה השומר.<sup>161</sup>

<sup>158</sup> ויש להעיר עוד בדברי התוס' רא"ש שמסגנון דבריו שדין זה שאפשר להקנות הפירות במשיכת הדקל היה פשוט לו מאיזה מקום עד שמוזה היה נראה לו להוכיח דאף משיכת הפרה מהני לכפילה ולכן כתב לחלק ביניהם, וצ"ב דמנא ליה הא דלמא לר"מ בפירות דקל נמי לא מהני אלא בסודר וכיו"ב, וצ"ע.

<sup>159</sup> גבי משיכה פשוט דכלתה קנינו שכשנגנבה הרי יצאה מרשותו לרשות גנב ובעומדת ברה"ר לאחר ל' לא קנה, וגבי חזקה דדקל עיין בר"ן בנדרים [דף כח ע"ב ד"ה וכתב הרשב"א] שכתב דכל חזקה לא מהני לאחר ל' שכבר כלתה קנינו דבמשיכה מהני היכא דהוא ברשותו עדיין אבל בחזקה ל"ש ענין זה. וכ"כ התוס' רא"ש עצמו לעיל בדף טז ע"א.

<sup>160</sup> אך עדיין קשה לדעת הרמב"ן [בקידושין דף סג והו"ד ברשב"א שם] וכך דעת הריטב"א [בב"מ שם] דלא מהני מעכשיו בדשלב"ל לענין כלתה קנינו, וצ"ע.

<sup>161</sup> ויש להקשות בפשיטות טפי דהרי אם מבואר במשנה שהגנב משלם לשומר פירושו הוא שהשומר תובע את הגנב על הכפל ואם זכית השומר היא לאחר התשלום היאך תובע כלל את הגנב יאמר לו לאו בע"ד דידי את. אך אפשר דאדא"נ ותביעת הכפל של הבעלים היא והוא מחוייב ליתנו לשומר ומה דתני במתני' דמשלם לשומר הוא משום אפוכי מטראתא, אך לפי זה אודא לה גם קושית הגרש"ר דהשומר מקבל מעות הכפל לבעלים וזוכה עבורו מדעתו ממילא קונה אותם מיד.

ולכן ביאר הגרש"ר דהשומר קונה מהבעלים את חוב הכפל, וחוב זה אין דינו כמעות ונקנה בכסף ולכן הגב משלם לשומר ולא לבעלים כי קנה השומר את החוב. אך קשה שדעת כמה ראשונים והתוס' מכללם שאי אפשר להקנות חוב בשום קנין לפי שאינו בעין,<sup>162</sup> ועיי"ש בשיעורי הגרש"ר שיישב קושיא זו בדרך דחוקה, וצ"ע.<sup>163</sup> וע"ע בפנ"י ורש"ש.

אך יעויין בחי' הרע"א [בד"ה ובוזה נלענ"ד] שכתב על קושית התוס' דידן 'זהיינו ע"כ דכוונתם דאילו היו מעות קונות אף דפשיטא דאין שייך להקנות תשלומי כפל במעות מכל מקום היה אפשר לומר דבשעה ששילם מקנה ליה הפרה לכפילא. עכ"ל, הרי שהיה פשוט להרע"א דלא כב' הפירושים דלעיל, דא"א לקנות מעות, במעות וחוב אינו נקנה, ולכן פשיטא ליה דכוונתם הוא דהיה קונה פרה לכפילא במעות ששילם, אך הקשה על זה הרע"א דהרי בשעת ההקנאה כבר נגנבה הפרה [אם קונה במעות] ואם כן היאך תועיל קניית הפרה לקנות הכפל. ועיי"ש שתירץ דמקנה לו הפרה והכפל וזה מהני דאפשר ע"י מעות לקנות מעות ומטלטלי יחדיו, ומקנה לו הפרה לשבח יוקרא ואת הכפל. ואמנם פירוש הרע"א צ"ע דהרי לכאורה כל מה שדחק את התוס' להעמיד דהמעות קונות הוא משום דלא מצאו דרך להקנות הכפל במשיכה, ולא עלה עדיין על דעתם שמקנה פרה לכפילה כי סברו שזה הוי דבר שבא לעולם ואין מקום לקושית הגמ', ולכן נקטו בפשיטות שמקנה הכפל עצמו, ועל זה הוקשה להו דמעות אינן קונות והוצרכו לומר דמקנה פרה לכפילה וכו' וכן מוכח להדיא בתוס' רא"ש, אבל לדעת הרע"א דמקנה פרה לכפילה כבר להס"ד מדוע עלה על דעתם כלל דמקנה במעות עד שהקשו ותירצו דמקנה במשיכה, וגם כל לשון התוס' משמע להדיא כן דרך בתירוצם חידשו דמקנה פרה לכפילה, וכן בתוס' רא"ש, וצ"ע.

עוד מקשים העולם היאך ס"ד שיקנה הכפל במעות ששילם הרי כסף זה שמשלם הוא פרעון חובו שחייב עבור הפרה ובפרעון חוב היאך יקנה דבר נוסף והרי אינו כסף החוזר, ואף אלמלי ענין כסף החוזר מסתברא שכסף שניתן בלא"ה ושלא בשביל הקנין אינו חשוב כלל למעשה קנין, וצ"ע.

שם בתוס' ויש לומר דהמקשה סבר וכו' דברי התוס' באו סתומים וחתומים, שהרי מה דמהני הקנאת דקל לפירותיו לרבנן דר"מ היינו משום דחשיב כדבר שכבר בא לעולם, שקונה את גוף הדקל עצמו לגבי פירות והפירות ממילא שלו הם ואי מהני הקנאת פרה לכפילה כדקל לפירותיו אם כן אף בלא עבידי דאתו מהני שהרי קונה הדקל עצמו לענין פירות ומאי איכפת לן אי עבידי הפירות דאתו, ועוד קשה טובא שהרי מפורש בגמ' כאן דהוי דשלב"ל ולא מהני לרבנן, ומוסיפה הגמ' להקשות דאפילו לר"מ וכו' ואם נאמר שמקנה לו הפרה עצמה לכפילה הרי היא דבר שבא לעולם ומה מקשה הגמ' לרבנן. ועוד קשה בסברא בדקל אפשר להקנותו לפירותיו שקנין הבעלים בדקל הוא לענין כמה פרטים כמו פירות וכלי הגוף

<sup>162</sup> לבד ממכירת שטרות דרבנן בכתיבה ומסירה או מעמד שלשתם דהוי הלכתא בלא טעמא, כ"כ התוס' בכתובות דף נה ע"ב, וכן כתב הר"ף ביבמות דף ל, ועיי' שם ברמב"ן במלחמות שאינו יכול להקנות החוב שאינו בעין, ואם בא להקנות לו המעות שאותם יקבל הוי דבר שלא בא לעולם.

<sup>163</sup> ולהצד שמקנה לו את חוב הכפל הרי מבואר מדברי התוס' דאף אחר הגניבה עדיין דבר שלא בא לעולם הוא שהרי סלקא אדעתיהו שמקנה לו כששילם והיינו אחר הגניבה ועלה פריך דא"א מקנה דשלב"ל, והטעם לזה נראה פשוט שחוב הכפל הוא קנס ועדיין לא חל עד להעמדה בדין וכדאיתא בגמ' מי יימר דמשתכח וכו', אך יעויין בתורי"ד כאן שהקשה על קושית הגמ' דנימא דמקנה לו בשעה ששילם, -ולכאורה כוונתו דאז כבר חשוב כבא לעולם - ותירץ התורי"ד דהכפל אינו ברשותו ואין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו כדן גול שאינו יכול להקנות, וצ"ע בשורש פלוגתיהו. ומיהו אם נפרש דלהתוס' מקנה המעות שגיבה אז גם אחר שחל החוב הוי המעות דשלב"ל וכעיי"ז יש ברמב"ן במלחמות בב"ק ריש הפרה דא"א להקנות חוב דאינו ברשותו ואי אפשר להקנות את המעות שישלם לו הלווה כי הוי דשלב"ל.

וכדומה ומוכרו לענין זכויות מסוימות, אבל בפרה אין הכפל זכות בעלות מסוימת אלא להיפך דאם אדם הוא בעלים על פרה לכמה ענינים ונגנבה ממנו חייבה התורה את הגנב כפל לבעלים אבל היאך אפשר להיות בעלים לענין כפל לבד.

**ויעוין בסוגיא בגטין** [דף מב סוע"ב] שמסתפקת הגמ' במוכר עבדו לקנס אי מוכר או לא, והספק הוא אם אף לרבי מאיר אינו מוכר דלא עבידי דאתו [דמי יימר שיוזק וכו'] או אף לרבנן דר"מ מהני דהא קאי עבד והא קאי קנס, **ויעוין שם בתוס' שפירשו** דודאי לא מיירי במקנה הקנס עצמו דזה ודאי לא מהני לרבנן ואף לר"מ ל"מ דלא עבידי דאתו, אלא ספק הגמ' הוא כשמקנה לו העבד עצמו לענין קנס כדקל לפירותיו דבזה דנה הגמ' אי מהני אף לרבנן או דאף לר"מ לא מהני. **ומבואר מדבריהם שם כדבריהם דהכא** דאף במקנה פרה לכפילה ועבד לקנסו יש החסרון דעבידי דאתו. **וזה קשה כנ"ל וצ"ע.**

**ולשון התוס' שם צ"ב** שכתבו לחלק בין דקל לפירותיו לבין עבד לקנס, דדקל לפירות יוצאים הפירות מגוף הדקל ועבידי דאתו ומשא"כ בקנס שאינו יוצא מגופו ולא עבידי דאתו. ואינו מובן כוונתם בצירוף הסברות, דאם העיקר תלוי בעבידי דאתו למה הוסיפו דבדקל הפירות יוצאים מגופו הרי בלא"ה מהני דעבידי דאתו, ואם עיקר הסברא משום דקנס אינו יוצא מגופו למה כתבו דפירות דקל עבידי דאתו הרי בלא"ה קנה משום דיוצאים מגופו.

**והתוס' דידן שהקשו מסוגיא דהתם** מתפרש כוונתם כפי דבריהם שם דאף הסוגיא דהתם מיירי במוכר עבד לקנס ועל זה גופא ספק הגמ' ולכן פירשו דקושיית הגמ' כאן היא ע"ד את"ל, ופשוט.

**ויעוין בחי' הרע"א** שדן כיצד לפרש בדברי התוס' ובמסקנת דבריו כתב דצריך לדחוק ולפרש בדבר שאינו יוצא מגופו אם בעצמו הוא בר הקנאה אפשר להקנות גם בלא מעשה קנין המיוחד לו על ידי הקנאת הגוף [הדקל והפרה] ולכן לרבי מאיר שאדם מקנה דשלב"ל אם היה יכול להקנות הכפל נהיינו אם היה מהני בלא עבידי דאתו] היה יכול להקנותו על ידי משיכת הפרה כדקל לפירותיו, אבל אם אינו יכול להקנות הכפל והקנס בעצמו אף על ידי הקנאת הפרה והדקל לא יועיל, וקושיית הגמ' כך היא, דלרבנן אין אדם מקנה דשלב"ל ואם כן נמצא שאינו יכול להקנות הכפל בעצמו והיאך יהני קנין פרה לכפילה, ואפילו לרבי מאיר דאדם מקנה דשלב"ל ונמצא לכאורה שיכול להקנות הכפל ומעתה יוכל להקנותו בקנין גוף הפרה אבל הרי סו"ס לא עבידי דאתו ובאמת אינו יכול להקנות הכפל והיאך יהני בקנין הפרה. **וכל זה** הוא בדבר שאינו יוצא מגופו אבל בפירות דקל היוצאים מגופו ודאי מהני הקנאת גוף לפירות גם אי לא עבידי דאתו, **ומתפרש דברי התוס' בגטין** דבפירות דקל מהני משני טעמים: (א) משום דיוצאים מגופו, (ב) משום דעבידי דאתו. אבל הכא שאינם יוצאים מגופו וגם לא עבידי דאתו אינו קונה.

**ואולם בסברא צ"ב טובא**, דלכאורה ההבנה הפשוטה בקנין דקל לפירותיו היא שקונה את הדקל עצמו לענין הפירות דהוי קנין בגוף כלפי שימוש ופרט מסויים, ואם כן או שיתכן דבר זה בפרה לכפילה או שלא אבל מאיזה טעם יהיה תלוי הדבר אם הכפל הוא בר הקנאה או לא, וצ"ע. **ומלשון הרע"א משמע** דקנין פרה לכפילה אינו זכות בפרה לקבל כפל אלא דהמעשה קנין בפרה מועיל לענין קניית הכפל וצ"ע.

**ויש לעיין בכל זה** שהרע"א חתר להשוות דברי התוס' דידן והתוס' בגטין, **ואולם לכאורה נראה שיש הבדל יסודי** בין שיטות התוס' דידן והתוס' בגטין, שהתוס' דידן תלו הדבר בעבידי דאתו בלחוד ומשמע דהיכא דעבידי דאתו מהני אף כשאינו יוצא מגופו, [וגם כתבו לחלק בין סוגיא דהתם להכא דהתם שכיח טפי וחשיב טפי עבידי דאתו ומהני אף שאינו יוצא מגופו] **ואולם התוס' בגטין** תלו הדבר בשניהם שכתבו דפירות דקל עבידי דאתו ויוצאים מגופו ומשא"כ בקנס דלא עבידי דאתו ואינם יוצאים מגופו, **והיינו** דביוצא מגופו מהני דקל לפירותיו גם בלא עבידי דאתו וכן בעבידי דאתו מהני היכא דלא יוצא מגופו.

**ויעוין בתוס' רא"ש בגטין** ששם מבואר שתלוי הענין רק ביוצא מגופו וספק הגמ' גבי קנס הוא האם כשאינו יוצא מגופו מהני קנין דקל לפירותיו לרבנן או אף לר"מ לא מהני.<sup>164</sup> ונראה לכאורה ששלש דרכים הם: התוס' דידן סברי דתלוי בעבידי דאתו בלחוד, התוס' בגטין סברי דמהני יוצא מגופו או עבידי דאתו, והתוס' רא"ש סובר דתליא רק ביוצא מגופו. [ולהלן בהערה יתבאר בדברי התוס' בגטין באופן אחר]

**ולפי זה** אפשר לפרש דבריהם כאן בפשיטות טפי דדקל לפירותיו נמי חשיב כדשלב"ל קצת ולכן מהני רק היכא דעבידי דאתו לרבנן דכל מה דמודו רבנן בדקל לפירותיו הוא בעבידי דאתו אבל בלא עבידי דאתו חשיב כדשלב"ל דסו"ס הפירות אינם בעולם.<sup>165</sup> ובדברי התוס' בגטין יש לפרש באופן א' ראה בהערה.<sup>166</sup>

**ויל"ע בדברי התוס'** מהו תירוץ הגמ', דבסוגיין משני דמקנה לו הפרה עצמה, והיינו דאף אי כדקל לפירותיו א"א להקנות פרה לכפילה אבל היכא דמקנה לו הפרה לגמרי מהני, אך **ויעוין בחי' הרע"א** [על תחילת דברי התוס'] שהקשה דכיון דאומר חוץ מגיזותיה וולדותיה הרי נמצא שלא הקנה לו כלום בגוף הפרה אלא כפילה וסו"ס נשאר בגדר פרה לכפילה, והיה פשוט להרע"א בסברא דכשאומר חוץ מגיזותיה וולדותיה כ"ש דהוא חוץ מגופה בעצמה שאם תימצא בעין תחזור לבעליה ולא לרשות שומר ולכן נמצא שגופה לבעלים וגיזותיה נמי שלו ומה איפוא יש להשומר רק פרה לכפילה וזה הרי לא מהני וכקושית הגמ'. **וחיזוק הרע"א לקושיתו מדברי התוס' בגטין** [שם מג ע"א ד"ה מין דאם יש לאדם עבד שאינו שווה מאומה ומכור כולו אינו מכור דאין כאן אלא מכירה לקנס והקנס הוי דשלב"ל וכ"ש הכא דהוי מכירת פרה לכפילה בלחוד, והביא הרע"א שדעת הש"ך היא דבאמת קנה השומר גוף הפרה ואף אם תמצא ביד הגנב בעין לא תחזור לבעליה אלא תשאר ביד שומר ואך הגיזות והולדות של הבעלים הם, והניח הרע"א דברי הש"ך בצ"ע.

**ויעוין בחי' הגר"ח** [על הרמב"ם] שאף הוא נקט כדברי הש"ך דלדעת התוס' קונה הפרה בקנין גמור למסקנא וגופה שלו הוא. **וכן מפורש בחי' הריטב"א** [החדשים] לקמן בסוגיא דכיפי שכתב שהבעלים מקנה

<sup>164</sup> ויש תימה בדברי התוס' רא"ש שם שהקשה על פירוש זה מלשון הגמ' דקאמר טעמא דלא מהני לר"מ משום דלא עבידי דאתו, דמשמע דבזה תליא מילתא ולא במה שאינו יוצא מגופו, וקושיתו אינה מובנת דמה דלא דמי לדקל לפירותיו הוא משום דאינו יוצא מגופו אבל סו"ס לרבי מאיר לא גרע מכל דבר שלא בא לעולם שיכול להקנות ולזה הוצרכה הגמ' לבאר דאף לר"מ לא מהני אפילו כפירות דקל משום דלא עבידי דאתו, וצ"ע. וראה בהערה להלן.

<sup>165</sup> ואמנם בסברא צ"ע דלפום פשוטו הקנאת דקל לפירות הוא קנין בגוף הדקל שהוא שלו לענין זכות פירות [וכ"נ מדברי הגר"ח בדין מוכר עבד לקנס יובא להלן בסוגיין בע"ה] ואם כן הוי דבר שבא לעולם גמור ומה שייך לומר דבלא עבידי דאתו לא מהני. ויעוין להלן ב"הרחבת דברים בגדר דין דקל לפירותיו" שיתבאר גדר אחר בדין הקנאת דקל לפירותיו, ולפי הדברים שם יצדקו דברינו כאן.

<sup>166</sup> דהנה כל מש"כ בפנים לחלק בין דברי התוס' רא"ש בגטין לדברי התוס' שם וההסבר דלהתוס' תליא בשני הדברים הוא לדרכו של הרע"א, אבל באמת אפשר לפרש בדבריהם באופן פשוט, דמה שכתבו דלר"מ לא מהני דאינו יוצא מגופו וגם לא עבידי דאתו כוונתם דאם היה יוצא מגופו היה מהני מדין דקל לפירותיו ואם היה עבידי דאתו היה מהני לרבי מאיר משום דאדם מקנה דשלב"ל אבל עתה שאינו יוצא מגופו ולכן אינו בדין דקל לפירותיו, וגם לא עבידי דאתו, לא מהני לרבי מאיר [ולרבנן באמת אין צורך לשני הטעמים, ולהדיא כתבו התוס' שם כן בדעת רבי מאיר]

והרע"א עצמו הציע דרך זו ודחאה מסוגיין דאם כן היאך ס"ד דמקנה הכפל במשיכת הפרה דאי משום דקל לפירותיו בלא"ה לא מהני דאינו יוצא מגופו באיזה קנין יקנה הכפל להס"ד הרי מעות אינן קונות וכקושית התוס', אך באמת בדברי הראשונים בגטין מפורש שלא פירשו סוגיין מדין פרה לכפילה ועל כרחין דסברי או דמהני משיכת הפרה לקנות הכפל או דסברי דהכא מעות קונות מאיזה טעם או דמהני משום דמקנה לו בהדיא הנאה כמש"כ התוס' שאנך, ועכ"פ אין הכרח בדברי התוס' בגטין להשוותם לדברי התוס' דידן דסוגיא דהכא משום פרה לכפילה פריך, ולפי זה דברי התוס' בגטין ודברי התוס' רא"ש שם מתאימים היטב אלא שקושית התוס' רא"ש אינה מובנת כלל וכמש"כ לעיל

גוף הפרה לשומר שתישאר אצלו. **וכן מוכח** מדברי כמה ראשונים שנקטו דלמסקנא מקנה לו אף שבח דמגופא הבא אחר הגניבה וכ"ש שבא אחר התשלום ובודאי מסתברא דלדידהו אף גוף עצמו מקנה לו לכה"פ אחר הגניבה.

**יעויין בחי' הרמב"ן והרשב"א בגטין**, שפירש הרמב"ן שם ספק הגמ' ופירושו סתום מאוד, שכתב דהצד דלא מהני אף לרבי מאיר הוא משום דלא אמר ר"מ בדבר שלא בא לעולם כלל דקני אלא בכעין פלוגתא דרב נחמן ורב הונא דפליגי בפירות דקל, ולא דמי לאומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שתתגרשי לאחר שתשתחררי דהתם הגוף בעולם ואע"ג דלא עבד דאתי קנה, אלא דמי לדבר שאינו בעולם כלל דלאו פירות דגופיה קא מזבין דליקני במשיכה דגופיה וכו' או דילמא מהני אף לרבנן כדקל לפירותיו. **ומש"כ** דדמי לדבר שאינו בעולם כלל כוונתו להחילוק שכתבו ראשונים בדבר שישנו בעולם אלא שאינו שלו מהני אף בלא עבידי דאתו, שהרי רבי מאיר אמר עיקר דינו בלאחר שאשתחרר ואין זה עבידי דאתו, ומה דבעינן עבידי דאתו הוא באינו בעולם כלל. **ולזה ביאר** דהכא אין הקנס בעולם וגם לא עבידי דאתו. אבל צ"ב מה שהוסיף הרמב"ן דלאו פירות דגופיה הם דליקני במשיכה דגופיה, שהרי אף אם היו פירות דגופיה סוף סוף לא עבידי דאתו. **וראה בחי' הר"ן** שמבואר שם שדברים אלו שכתב הרמב"ן הם הסבר מדוע לא מהני עבד לקנס כמו דקל לפירותיו.

**ויעויין בחי' הרשב"א שם** שגם מדבריו מבואר דטעם זה שכתב הרמב"ן הוא טעם לחלק בין קנס לדקל לפירותיו דכיון שאין הקנס יוצא מגופו אינו נקנה במשיכת הדקל, שהרשב"א שם העתיק פירושו של הרמב"ן וכתב דיש לזה סייעתא מסוגיין, שהגמ' בסוגיין מקשה היאך מקנה הכפל ומשני שהקנה לו הפרה מעכשיו, **והקשה הרשב"א** מדוע לא תירצה הגמ' דמיירי במקנה לו פרה לכפילה, נהרשב"א הבין דלהס"ד דגמ' מקנה לו הכפל בעצמו ודלא כהתוס' דידן **ותירץ הרשב"א** עפ"י הרמב"ן דאי אפשר להקנות פרה לכפילה שאין הכפל נקנה במשיכת הפרה.

**והדברים צ"ב טובא** שהרי בודאי אין הבעיה בהקנאת פרה לכפילה ועבד לקנס **במעשה המשיכה והחזקה** שאם תאמר כן הרי יכול להקנות עבד לקנסו בסודר או בקנין אחר, ופשיטא שאין ספק הגמ' אם משיכת העבד מועילה לגבי הקנס אלא אם אפשר בכלל להקנות עבד לקנסו, **וצ"ע**. **ועוד קשה טובא** שהרי אינו קונה כלל את הקנס והכפל במשיכה וחזקה, אלא אדרבה כל ענין פרה לכפילה ועבד לקנסו הוא שקונה את העבד עצמו לענין זכות קנס ידידה ואת הפרה עצמה לענין כפל ידידה, ואדרבה הקנס והכפל הרי לא באו לעולם וע"כ מה דמהני הוא משום דקונה את העבד עצמו והפרה עצמה, ולאילו ודאי מועילה המשיכה והחזקה, **וצ"ע**. **וכבר הערנו לעיל** דמדברי הרע"א משמע דגדר דקל לפירותיו הוא שמקנה הפירות על ידי הקנין בדקל, **וצ"ע**.

**ובהמשך הדברים שם** נתקשה הרשב"א בסברא זו מהמוכר חורבה לאוירה שאף שם אין האויר מחלקי החורבה, והיאך נקנית לו החורבה לאוירה בקנין החורבה עצמה. **ונראה מדברי הרשב"א** דגדר קנין חורבה לתשמיש אויר הוא כקנין דקל לפירותיו וכיון שאין האויר נולד מהחורבה הרי מאותו הטעם שא"א לקנות פרה לכפילה אי אפשר לקנות חורבה לאוירה, ותי' שם דאפשר שהאויר הוא מחלקי החורבה וצ"ע לדבריו בכתובות. וראה להלן ב'הרחבת דברים' בכ"ז.

**שיטת הרמב"ם הרמב"ם פסק** [בפ"ח משאלה ה"א] לדינא דאם נמצאה הפרה ביד הגנב חוזרת בעינה לבעלים, **ומבואר מדבריו** דלמסקנת הגמ' מקנה לו פרה לכפילה, **ולדידה מתפרש בהכרח** דבקושיא נקטה הגמ' דמקנה לו הכפל עצמו ולאחת מהדרכים שנתבארו לעיל בקושית התוס'.



ובחי' הגר"ח עהרמב"ם הקשה דגבי עבד לקנס פסק הרמב"ם דא"א להקנותו והכא מבואר מדבריו דמהני פרה לכפילה, וכתב שם לחלק ביסוד הדין בין חיוב קנס לחיוב כפל וממילא בגדר עבד לקנס ופרה לכפילה. עיין בכ"ד בזה. ועיין במשי"ת בסמוך בדברי הגמ' להלן.

הרחבת דברים בגדר הקנאת דקל לפירותיו לפום פשטא גדר הקנאת דקל לפירותיו הוא שהזכות לבעלות על הפירות היא מזכויות הבעלות של בעל הדקל והוא מוכר לו 'בעלות לפרט' היינו שזכות זו בדקל היא של הלוקח וכשגדלו הפירות אצל לוקח גדלו שלכך הדקל הוא שלו.

ואמנם נראה שיש בזה מחלוקת יסודית באחרונים בגדר דקל לפירותיו. דיעויין בחי' הרע"א להלן נבדף לד ע"ב] שהביא בשם הכס"מ שכתב דאם נגנבה הפרה ואח"כ מת הנפקד אי אפשר שיזכו בני השומר בכפל אף שזכה בו השומר עצמו כי אין אדם מוריש קנס לבניו. ותמה עליו הרע"א וז"ל דלכאורה כל עיקר פרה לכפילה או דקל לפירותיו דמהני, ולא הוי דבר שלב"ל היינו שקונה הדקל לענין זה שיהיו הפירות גדילים על דקל שלו, וכן פרה לכפילה, דלענין כפל הפרה שלך שהגנב גנב פרה שלו, אבל פשיטא אם נימא שהגנב נתחייב לבעלים רק שהוא קנה הפרה לענין זה הזכות שיבוא להבעלים ממנה דהיינו שיגבו הכפל יהיה הזכות שלו דמה שייכות זה להפרה שיקנה הוא המעות מהבעלים, וגם הי' בעי' שיגבו הבעלים תחלה הכפל, ואף אם הבעלים מתו מקודם הגבי' לא היה קונה הפירות דקל וקנס דפרה, אע"כ הפשוט דעיקר מעלה דדקל לפירותיו וכיוצא, דלענין זה הזכות הדקל שלו שהפירות גדילים באילן שלו, וביותר מבואר כן בהרשב"א בסוגיא דכתובות (דף נ"ח) בסוגיא דהמקדיש מע"י אשתו וכו' שהקשה מה מהני יקדשו ידיך לעושיהם מה שייכות יש מע"י לידים, בשלמא דקל לפירותיו היינו שיהא הדקל לענין זה הקדש שיהא הפירות הקדש כאלו הקדיש כל הדקל ע"ש שמבואר כנ"ל, וא"כ גם בשלמו בנים יקשה א"א מוריש קנס לבניו דהא כל הזכיי' רק שיהיה הפרה שלו והגנב גנב מהשומר, וא"כ לגבי בניו הוי א"א מוריש קנס דהא מכח אביהן זכו, ומדברי הכ"מ נראה דמכח המפקיד זכו, וצ"ע. עכ"ל.

מבואר דנקט הרע"א לפשוט בדקל לפירותיו אינו מקנה את הפירות אלא את הדקל והפירות ממילא שלו הם כי גדלו אצלו ולמד כן מדברי הרשב"א בכתובות, וכ"נ מכ"ד הגר"ח בשיטת הרמב"ם גבי פרה לכפילה שהבין כן בגדר דין דקל לפירותיו. [ויש להעיר בזה מדברי הרע"א בסוגיין בהסבר דברי התוס' ראה לעיל]

אבל מפורש בדברי הרע"א שהכס"מ הבין בגדר דקל לפירותיו באופן אחר דעיקר תביעת הכפל עדיין היא של הבעלים, והשומר זוכה מכח תביעת הבעלים כיון שקנינו שעשה בפרה מהני לו לזכות הכפל. וכדברי הכס"מ כתב גם האו"ש [פ"ח מפקדון ה"ה] שהסכים עם דברי הכס"מ שם וכתב להדיא דהשומר זוכה הכפל מכח תביעת הבעלים. ואמנם גדר זה צ"ב טובא דממ"נ אם הדקל אינו שלו היאך יקנה הפירות והם דבר שלא בא לעולם

ואולם מצאנו בס"ד כמה מקורות גדולים בדברי הראשונים להבנה זו בדין דקל לפירותיו. דהנה לדעת רבי יוסי אין מעילה בגידולי הקדש אלא במה שהקדיש אדם בקדושת פה אבל גידולי הקדש שגדלו מדקל של הקדש אין מועלים בהם, ומעתה במקנה דקל לפירותיו נחזי אנן: אם מקנה לו הדקל להיות שלו לענין פירות ואלו אצלו גדלו אם כן דינם כגידולי הקדש ואם נימא שמקנה הפירות עצמם דינן כהקדש גמור למעול בהם. וזו נ"מ ברורה בין שני הצדדים שהובאו לעיל.

ויעויין ברבינו יונה בב"ב [דף עט ע"א] שכתב להדיא דפירות הללו אין דינם כגידולי הקדש אלא חשיבי כהקדש פה ומועלים בהם לדעת רבי יוסי, וכן מבואר מדברי הרשב"א בכתובות [דף נט ע"א בהשמטות שם בתחילת דבריו ולהדיא אליבא דרבי יוסי עיי"ש] ומוכח מדבריהם דהקנאת דקל לפירותיו היא הקנאת הפירות עצמם.

**ועוד ראיה מדברי רבינו יונה בב"ב** [דף קכד ע"א] דאיתא התם בגמ' דפירות שלא היו בעולם בשעת מיתת האב אין הבכור יורש בהם פי שנים דדרשינן מקרא דמתנה קריה רחמנא. ופירש הרשב"ם שהאב לא היה יכול ליתנם במתנה כי לא היו בעולם בשעת מיתתו. **ועיי"ש ברבינו יונה שהקשה** שהרי היה יכול ליתנם על ידי הקנאת דקל לפירותיו, ותירץ דמ"מ לא היה יכול ליתנם שלא ע"י הקנאת דבר נוסף [היינו הדקל] וכל הרוואה יתמה על קושיתו דאי הא קשיא ליה היה יכול להקשות בפשיטות שהאב היה יכול להקנות הדקל עצמו וממילא הפירות של המקבל, ופשיטא דל"מ כי הפירות לא היו נקנים להמקבל בשום צד אלא הדקל נקנה ופירות ממילא היו שלו ולא של האב כלל והיאך תאמר שמוריש מה שאינו יכול להקנות אלא לגרום שלא יהיו שלו עצמו. **ומבואר מזה כנ"ל** דגדר הקנאת דקל לפירותיו הוא דע"י הקנאת הדקל יכול להקנות הפירות כמש"כ הכס"מ והאו"ש.

**עוד בה שלישיה מדברי התוס'** בב"ב [דף קמח ע"א ד"ה איתיה בבריא] שכתבו גבי הא דאיתא התם דמתנת שכיב מרע מהני באמירה רק בדבר שבריא יכול להקנותו בקנין, ולכן פירות שלא באו לעולם אינו יכול להקנות במתנת שכ"מ. **והקשו שם התוס'** שהרי איתא לה בבריא על ידי הקנאת דקל לפירותיו, וג"ז תימה גדולה וכנ"ל שהרי אין זו דרך להקנות הפירות אלא הדקל הוא שמקנה לו והפירות ממילא שלו, [ואם אי אתה אומר כן גם כאן יש לנו לשאול שהיה יכול להקנות הדקל עצמו] **ומוכח להדיא כנ"ל**.

**ואמנם כ"ז צ"ב טובא** דממ"נ אם מקנה לו הפירות עצמם ולא הדקל מה מועיל הקנאת הדקל כלל הרי סו"ס הקנה לו דבר שלא בא לעולם, **ועוד** דבודאי חלה לו זכות גמורה בדקל לקבל הפירות ואינו רק היכי תמצוי למעשה קנין שהרי לרבי מאיר שאדם מקנה דשלב"ל יכול המקנה לחזור בו עד שלא באו לעולם ואילו במקנה דקל לפירותיו לכו"ע אינו יכול לחזור בו וחל הקנין לגמרי, וצ"ע.

**והרע"א הוכיח** כדבריו ממש"כ הרשב"א בכתובות דבדקל לפירותיו 'תפיס הקדש בגוף האילן להיות הפירות כפירות דקל של הקדש וכו' **עכ"ל**. **ומזה למד הרע"א** בגדר דקל לפירותיו דקונה הדקל לענין זה שיהיו הפירות פירות דקל שלו. **ולפי זה ברור** שדין הפירות הללו כדין גידולי הקדש דאין מועלים בהם לרבי יוסי וכמש"כ הרשב"א שהם פירות אילן של הקדש. **אך צ"ע בזה** שהרשב"א שם נתקשה היאך מהני הקדש ידיים למעשיהם וכן הקנאת חורבה לאוירה ולהלן שם כתב לבאר בזה וז"ל ואולי נאמר בזה דלקנות לשעה כדי לקנות דבר אחד כגון דקל לפירותיו וחצר לאוירה וידיים למעשיהן שאין עיקר דעת ההקנאה לקנות גוף הדבר שהוא בעולם אלא כדי לקנות על ידיהן דבר שאינו בעולם או האויר שאינו גוף, בכל דהוא סגי ואע"פ שאינו יוצא מגופו לגמרי כפירות הדקל דהא אפי' פירות דקל אין יוצאין מן הדקל שלו שאין הדקל קנוי לו ממש, והילכך כל שבאין ממנו קצת כגון המלאכה שהיא באה מן הידים בטרחה ותנועתן וכן האויר שנראה כאלו הוא חלק מן החצר קנה, אבל מצודתי למה [שתעלה] שאין הדגים נאחזים במצודה בטרחה המצודה אלא שהן נכנסין במצודה מאליהן, וכן קנס שעל ידי נזקי אחרים שהזיקו את העבד או שגנבו את הפרה שאין הקנסות מגופן כלל ואינן באין בסיבת עצמן כלל אינן נמכרים על ידיהן, והיא עצמה איבעיא לן שם בפ' השולח ולא איפשיטא וכו' **עכ"ל**.

**הרי מפורש מדבריו גדר אחר בזה** ולהדיא שההקנאה היא דרך להקנות את הדשלב"ל על ידי הקנאת הדבר שבעולם אלא שצריך שייחשבו כדבר אחד כדי שהקנין שחל בדקל יועיל לפירות, וזה אמנם סותר את משמעות דברי הרשב"א שהובאו לעיל, ושמא בתירוצו חזר בו הרשב"א וצ"ע.

**וכדברים האלו** כתב הרשב"א כ"פ בתשובותיו, **יעויין בדבריו בתשובה** [ח"ב סי' עב] שדן שם באשה שהקנתה גופה לחלבה אי מהני או שהוי בכלל הדין שא"א לקנות ישראל לעבדות דעבדי הם ולא עבדים לעבדים, וכתב הרשב"א דמהני לכשתמצא לומר, שאין כאן קניית גופה קנין גמור, אלא קנין כל דהו כדי שיוכל לקנות ע"י כן החלב שלא בא לעולם, כענין דקל לפירותיו. **עכ"ל**.

**וכעניי' בתשובה אחרת** [ח"ג סי' קנא] גבי אדם שיש לו קרקע והיושב בה מעלה לו מס כל שנה ומכר בעל הקרקע זכותו בקרקע [ולא נתברר בדברי הרשב"א שם מהו גדר הזכות למס, ואכ"מ] ודן הרשב"א אם יש בזה משום דינא דבר מצרא לומר ששוכר הקרקע יהיה קודם לכל אדם לזכות המס וכתב דאינו כן לפי שאין כאן מכר גמור בגופו של קרקע אלא כעין מכר, כדי שיתקיים מכר הפירות, ומנה המס עכ"ל. וכ"ז צ"ב טובא וכנ"ל.

[ויש לנו לפרש שהדקל והפירות כשיגדלו בו הוא חפצא אחד לגבי מעשה קנין ולו יצויר שירצה אז לקנות הפירות והם עדיין חלק מהדקל ודאי יעשה קנין בכולו כדי שיקנה מקצתו, וה"ה כשלא באו הפירות לעולם אנו אומרים שרוצה לקנות חפץ זה שלפנינו [הדקל] שיהיה מקצתו שעדיין לא צמח [הפירות] שלו והדרך לעשות זאת היא לקנות הדקל שיהיה הוא בעלים בדקל לענין המקצת שלא צמח אבל לא בתורת זכות בדקל להיות הפירות גודלים מדקל שלו אלא כיון שהדקל והפירות חפץ אחד הם כשיצמחו והדקל דהיום עתיד לצמח פירות אלו אפשר שיהיה אדם בעלים על הדקל היום לענין הפירות שהם חלק מהדקל ודוק. ועיין היטב בדברי הרשב"א המובאים לעיל ודוק.

ולעיל [בהערה 158] נתחבטנו בדברי התוס' רא"ש שנראה מדבריו שהיה פשוט לו דקל לפירותיו מהני בקנין הדקל ותמנהו הא מנא ליה, וכן הקשינו לעיל בדברי הראשונים שנראה מהם שהנידון אם מהני פרה לכפילה תלוי בנידון אם קנין משיכה להפרה הוי קנין לגבי הכפל, ולהאמור הדברים מתפרשים כי הנידון בשניהם אחד הוא האם הוי הפרה וכפילה חפצא אחד לגבי מעשה קנין שנאמר שכאשר משך הפרה הוי כגוף אחד עם הכפל והוי משיכה גם לגבי הכפל ואז חלה גם זכותו באופן זה שהפרה שלו לענין חלק הכפל שבה ואי לא מהני אזי אין כאן מעשה קנין ולא תפיסת קנין ודוק. ועיין עוד בהגהת מרדכי בפרק איזהו נשך [סי' תלב בסוגיא דההולך לחלוב עזין]

### דף לד ע"א

**בגמ' אלא אמר רבי זירא וכו' חוץ וכו' בפשטות משמע בגמ' דדווקא הגיזות והוולדות אינו מקנה לו אך גוף הפרה הוא של השומר, ונחלקו בנידון זה אחרונים כמו שיתבאר.**<sup>167</sup>

**דיעויין ברמב"ם** [בפ"ח ה"א משאלה ופקדון] שכתב דאם נמצאה הגניבה חוזרת הפרה בעינה לבעליה עם גיזותיה וולדותיה, **וכן כתב התורי"ד בסוגיין ועיי"ש** שהוכיח כן ממשמעות הסוגיא בב"ק דף קח וכן הובאה ראייה זו בכס"מ בשם תלמידי הרשב"א עיי"ש. **ועיניין בש"ך** [בסי' רצה סקי"א] שכתב דמדברי התוס' בסוגיין מוכח דמקנה לו גוף הפרה ודלא כהרמב"ם, **וכוונתו** שהרי התוס' כתבו דהכא אי מקנה פרה לכפילה הוי דשלב"ל דלא עבידי דאתו, ואם כן מה מהני תי' הגמ' שמקנה לו הפרה מעכשיו הרי סו"ס אם משייר גיזותיה וגם גופה נמצא שלא הקנה לו אלא פרה לכפילה וזה הרי לא מהני. **ועיין בחי' הרע"א** לעיל על התוס' שהוסיף לחזק הראיה, דבתוס' בגטין מבואר דאם יש עבד שאינו שווה מאומה ומכרו בעליו מכירה

<sup>167</sup> **ויש להקדים לכל זה** דבכל מקום שאבדה הפרה או נגנבה ושילם השומר ואח"כ נמצאה האבידה או הוכר הגנב נראה שנחלקו ראשונים בעיקר הדין אם חוזרת הגניבה והאבידה בעין לבעלים [ואפילו באופן ששילם בעל כרחו שאין הבעלים מקנה לגנב כלום ונידון דידן הוא מעיקר הדין פרה למי] **דיעויין ברמב"ן בסוגיא דכיפי** [להלן לה סוע"א] שכתב דבמקום שנמצאה האבידה חוזרת האבידה לבעליה והדמים חוזרים לשומר ששילם. **וכן מבואר מדברי הרמב"ם והטוש"ע** [בריש פ"ח מפקדון] שכתב בסוגיין דכשנמצא הגנב חוזרת הפרה לבעליה וכ"ש היכא שלא הקנה לו הבעלים. **ואולם בחי' המיוחסים לריטב"א** שם בסוגיא דכיפי מוכח דהפרה נקנית לשומר לעולם על ידי ששילם וכן מוכח בר"ח שם ויתבאר בע"ה במקומו.

ונידון דידן הוא לדעת הסוברים דבעלמא חוזרת הפרה לבעליה האם גם כאשר שילם השומר ולא רצה לישבע אם הדין הוא כן, דאילו לדעת הר"ח והריטב"א בלא"ה הפרה אינה חוזרת ומיהו יש לחקור לדידהו בגדר הקנאת הבעלים לשומר והנ"מ בזה היכא דאמר הריני משלם ועדיין לא שילם והוכר הגנב דבזה גם לדידהו איכא לספקי אם קנה השומר לגוף הפרה ופשוט.

גמורה גם זה לא מהני דכיון שגופו אינו שווה כלום נמצא שלא מכר אלא עבד לקנס ועבד לקנס לא מהני [לצד אחד באיבעיא בגמ' בגטין שם]

**וכתב הש"ך** דאפשר דלישנא בעלמא נקט הרמב"ם דהיכא שאין השומר מקפיד לרצות גוף הפרה לעצמו חוזרת היא עם גיזותיה. ואולם בתורי"ד מפורש הדין כפשטות דברי הרמב"ם דפרה עצמה חוזרת.

**ויעויין בחי' הרע"א על התוס' לעיל וכן כתב הקצה"ח** [רצה סק"ד] **בדעת הרמב"ם** דכל מש"כ התוס' דאי אפשר להקנות פרה לכפילא הוא כאשר מקנה אותה לכפל בלחוד, אבל למסקנת הסוגיא מקנה לו כל שבח דאתי מעלמא ואף שבח דיוקרא מקנה לו [כמו שמוכח מהסוגיא להלן בדף לה ע"א ויתבאר להלן] וכה"ג הוי קנין בגוף הפרה ומהני ולא חשיב כדשלב"ל. **ולפי זה הוא להיפך מדברי הש"ך** שהש"ך מכח קושיתו נקט דבין להרמב"ם בין להתוס' אין הפרה חוזרת, אבל הרע"א והקצות נקטו להיפך דבין להתוס' בין להרמב"ם חוזרת.

**ודע שכל דברי האחרונים הנ"ל בזה** באו מתוך שהניחו כהנחה פשוטה כמו שפירשו התוס' דלהס"ד מקנה לו פרה לכפילה, ואם כן למסקנת הגמ' על כרחין שמקנה לו גוף הפרה, ומזה באה להם התמיה על דברי הרמב"ם. **אך יעויין בחי' הגר"ח על הרמב"ם** שכתב דבאמת נחלקו הרמב"ם והתוס' בהבנת הה"א והמסקנא בסוגיין: **דלהתוס'** להס"ד מקנה לו פרה לכפילה ולמסקנא מקנה גופה. **אבל הרמב"ם** סובר כהריטב"א [כוונתו להמיוחס להריטב"א הנדפס בחי' הריטב"א הישנים] שלהס"ד מקנה לו הכפל עצמו ולמסקנא מקנה לו פרה לכפילה.<sup>168</sup> **ונמצא לפי זה** שנחלקו הראשונים לדינא בדין הפרה עצמה: דלהתוס' אינה חוזרת וכהש"ך, ולהרמב"ם חוזרת שלא הקנה לו אלא פרה לכפילה.

**ולפי כ"ז נמצא** ששלש דרכים יש בביאור הה"א והמסקנא בסוגיין: **(א) להתוס'** להס"ד מקנה פרה לכפילה ולמסקנא מקנה פרה עצמה. **(ב) להרמב"ם** להס"ד מקנה הכפל ולמסקנא פרה לכפילה. **(ג) להרשב"א בגטין** [שהו"ד לעיל] מבואר דלהס"ד מקנה הכפל עצמו ולמסקנא מקנה הפרה. [ועיי"ש שהקשה מדוע לא משני הגמ' דהקנה לו פרה לכפילה ותירץ] ופשטות לשון רש"י בסוגיין נוטה כהרשב"א.

**שם בגמ' יעויין בגמ' לקמן** [דף לה סוע"א] דאיתא התם מעשה באדם שהפקיד כיפי אצל חברו ואבדו ונתייקרו ופריך הגמ' התם דיהא היוקרא של שומר שהרי שילם ומשני דהתם אטרחיה לבי דינא. **ומבואר מדברי הגמ'** דאלמלי שהיה מטריחו לבי"ד הבעלים מקנה גם שבח דיוקרא. **ויעויין בתוס' שם בסוגיא וכן בחי' הריטב"א** [החדשים] בסוגיין שהקשו דהרי יוקרא שבח דאתי מגופא הוא, **והתוס' תירצו** דחשיב שבח הבא מעלמא כיון שאינו ניכר בגוף, **והריטב"א תירץ** שאין העיקר תלוי אם הוא בא מגופו אלא דשבח שאינו שכיח כ"כ כמו יוקרא וכפל הוא מקנה אבל שבח העומד לבוא כגזיות וולדות אינו מקנה, ועכ"פ דעת התוס' והריטב"א שווה דיוקרא חשיב שבח הבא מעלמא ודינו כדין הכפל.

**ואולם יעויין בחי' המיוחסים להריטב"א** [הישנים] לקמן בסוגיא שם שעמד בקושיא זו ותירץ בג' אופנים: **האחד** דאה"נ והתם עדיפא מינה קא פריך [שהטריחו לבי"ד]. **ועוד** דחשיב שבח דאתי מעלמא וכהריטב"א בסוגיין. **והתי' השלישי והוא העיקר** דמה דאיתא בגמ' דאינו מקנה לו שבח הבא מגופה הוא שבח הבא קודם ששילם שהוא קודם גמר הקנין אבל שבח הבא לאחר ששילם ודאי מקנה לו אף דאתי מגופה.

**וצ"ב בסברא** מדוע אחר ששילם מקנה לו גם שבח זה אך באמת הדבר פשוט דהגע עצמך להסוברים דהפרה בעינה אינה חוזרת אטו אחר שנמצא הגנב והושבה הפרה לשומר וכי כל ימיו יתן גזיות לבעלים

<sup>168</sup> וכ"ה בתוס' שאנץ בשיטמ"ק, וכבר נתבאר לעיל שכך מפורש ברשב"א בגטין וכ"ה משמעות דברי רש"י בסוגיין.

הרי ודאי אחר ששילם הפרה שלו היא לגמרי.<sup>169</sup> ועולה מכ"ז שהוא מחלוקת הראשונים אם יוקרא חשיב כשבח הבא מגופו כדעת המיוחס להריטב"א או כשבח דאתי מעלמא וכדעת התוס' והריטב"א.

**ויעויין ברמב"ם** [פ"ח מפקדון ה"ג] שכתב דהשומר מקבל היוקרא, **והשיג הראב"ד שם** דדוקא יוקרא הבאה אחר ששילם או שאמר הריני משלם שייכת לשומר. **ותמה עליו המ"מ שם** דנחלקו בגמ' אם זוכה בשבח משעת גניבה או משעת משיכה אבל שבח שאחר הגניבה לכו"ע כבר זכה ומה טעם אינו מקבל שבח שעד שעת תשלום.

**ויעויין בש"ך** [סי' רצה סק"ז] שכתב ביאור מחודש בדעת הראב"ד, והוא דהרי השומר זוכה בשבח רק אחר שמשלם או אומר הריני משלם את כל תביעת הבעלים ממנו, והנה כשנתייקרה הפרה הרי הבעלים תובע ממנו אף היוקרא, ורק אם משלם השומר התביעה כולה לרבות היוקרא זוכה בפרה למפרע,<sup>170</sup> נמצא שהיוקרא לעולם אינו שלו כי אמנם זוכה בו כשמשלם אבל רק אם שילם עליו קודם לכן, ולכן אין בידו מאום. **והקשה הש"ך** דאם כן גם גבי גיזות וולדות נימא כן דהבעלים תובע ממנו הפרה כולה עם גיזותיה ורק אחר שמשלם כולה זוכה בגיזות, ואם כן מאי פריך הגמ' שיזכה נמי בגיזות וולדות, **וחידש הש"ך** דאח"כ לא ס"ד מעולם שיזכה ברווח הממון הבא מגיזות וולדות רק קושית הגמ' שאם ירצה השומר להחזיק בגיזות וולדות אחר ששילם דמיהם יוכל לעשות כן, והגמ' שואלת מהברייתא דתניא חוץ מגיזותיה דמשמע שאף בגופן אינו זוכה.

**ויעויין בקצה"ח שתמה ע"ד הש"ך** דאדרבה פשיטא דגוף הגיזות והולדות שלו הם אף אליבא דאמת, וכמו הפרה עצמה שאינה חוזרת בעינה לדעת הש"ך עצמו [הו"ד לעיל בגמ'] משום ששילם עבודה, ואם כן גיזות וולדות נמי ששילם עבורם פשיטא שזוכה בהם דלא גרעי מפרה. אלא בהכרח נידון הגמ' הוא היכא שלא שילם עבורם אלא רק על הפרה אם מקנה לו אותם בתורת שבח, **וכן הקשה גם הרע"א, ודברי הש"ך צע"ג.**<sup>171</sup>

<sup>169</sup> וראה בהערה לעיל שנתבאר דלדעת רוב ראשונים היכא דשילם בעל כרחו חוזרת הפרה לבעלים, ואף היוקרא דידה חוזר. אכן באופן שהבעלים מקנה לו הגוף ואין המקח חוזר בעל כרחין מאותה שעה מקנה לו גם כל מיני שבח, שאל"כ לקתה מדת הדין ששילם עבור הבהמה ואינה שלו לגמרי וזה אי אפשר, ופשוט. אך צריך להוסיף בזה ביאור, דלפי זה נמצא לכאורה שרק כששילם ממש זוכה בגופה לגמרי ולא באמר הריני משלם, ומדברי המיוחס להריטב"א מוכח להדיא דגם באמר זוכה לגמרי שהביא סייעתא לדבריו מדברי הראב"ד גבי יוקרא [וכפי שיתבאר להלן] והראב"ד ברור מללו גם באמר הריני משלם, אך צ"ל דכיון שמבין הבעלים שמגיע לשומר גם את הגוף לאחר תשלום כבר מקנה לו אותו לגמרי משעת אמירה.

<sup>170</sup> שדינו של שומר שמשלם כשעת פשיעה ולא כשעת קבלת השמירה וחלוק בזה מגזלן שמשלם כשעת גזילה, אכן מ"מ עדיין קשה דהרי משלם כשעת פשיעה ולא כשעת תשלום ממש, וביאר בזה הש"ך דכשהשומר משלם ואינו נשבע לעולם אין אנו יודעים מתי פשע, ולכן אם הוקרה עוד עד שעת תשלום היוקר על השומר, שאינו נאמן עליו בלא שבועה לומר שפשע קודם לכן, וכתב הש"ך דלפי זה אם יש עדים שנגנבה רק דאינם יודעים אם היה בפשיעה משלם גם להראב"ד כשעת גניבה והיוקרא דלאחר הגניבה זוכה השומר, ועיין בקצה"ח וברע"א שהשיגו על הש"ך דאין השומר צריך לישבע אימת היה הפשיעה דזה אינו בכלל דין שבועת השומרים אלא טענות בעלמא ביניהם והוא ברי ומוחזק.

<sup>171</sup> אמנם איכא לעיונא באיזה קנין קונה את הגיזות וולדות, שהרי כשמסר לו הפרה עדיין לא באו לעולם ובעלמא מקנה לו גופה בשעת משיכה אבל כאן בהכרח אינו יכול להקנות גופן אלא על ידי הקנאת גוף הפרה, וצ"ל דבשעת משיכה רוצה להקנות לו גוף הולדות אם ישלם עבורם ולכן מקנה לו הפרה לגיזותיה וולדותיה לענין גופם אם ישלם עבורם, ומה דאיתא בגמ' דנעשה כאומר חוץ היינו דמה שמקנה לו הפרה כי משלם עבודה בזה מקנה לו בחוץ, אבל במה שמקנה לו עבור התשלום בזה מקנה לו גם בגיזות וולדות לענין גופם.

ולכן ביאר הקצות בדעת הראב"ד עפ"י המיוחס להריטב"א שהו"ד לעיל שכתב דאחר ששילם מקנה לו הבעלים את גוף הפרה לגמרי לכל דבר, ויעויין שם במיוחס להריטב"א שהביא בעצמו סייעתא לדבריו מדברי הראב"ד. אך עדיין צ"ע דנמצא שלפי זה שסובר הראב"ד דיוקרא הוי שבחא מגופה ודינו כדין גיזות וולדות ומה שזוכה אחר ששילם הוא משום דגם בגיזות שאחר תשלום נמי זוכה, ואם כן היה לו להראב"ד להשיג לעיל ע"ד הרמב"ם שכתב שהפרה חוזרת בעינה עם גיזותיה וולדותיה, והל"ל דגיזות שאחר התשלום אינם חוזרים, וצ"ע.

בגמ' איכא בינייהו קושיא דרבי זירא מבואר בגמ' דללישנא בתרא לא קשיא קושית רבי זירא מהברייתא דקתני חוץ מגיזותיה, ובפשוטו היינו משום דאיכא לאוקמא הך ברייתא בגיזות וולדות שקודם הגניבה. ונראה מדברי רבותינו שלש דרכים בביאור סוגית הגמ': מדברי הש"ך מבואר [בסי' רצה סק"ה] דבאמת פליגי הני לישני לדינא בדין גיזות וולדות שלאחר הגניבה דל"ק שבהכרח צ"ל דנעשה כאומר חוץ אם כן גם בגיזות וולדות שלאחר הגניבה כאומר חוץ ולא קנה אבל ללישנא בתרא קנה דלא נעשה כאומר חוץ, וכן כתב הרע"א בסוגיין והוכיח כן מדברי הריטב"א [הישנים לקמן בסוגיא דכיפין] שכתב בתו"ד דללישנא בתרא אין צורך לחלק כלל בין שבח דמגופא לשבח דעלמא והכל מקנה לו ומבואר להדיא דפליגי לדינא עיי"ש.

ויש להעיר לדרך זו מלשון הגמ' דקאמר דאיכא בינייהו קושיא דרבי זירא והל"ל למימר בפשיטות דאיכא בינייהו גיזות שלאחר הגניבה ולדינא, והרע"א הרגיש בזה וכתב דצ"ל דזה גופא כוונת הגמ' דאיכא בינייהו קושיא דרבי זירא היינו גיזות וולדות דלאחר הגניבה.

ואולם מדברי המ"מ נראה שהבין באופ"א וכמו שיתבאר. דיעויין ברמב"ם [פ"ח משאלה ה"א] שפסק שאם נמצא הגנב חוזרת היא וגיזותיה וולדותיה, ומבואר דאף גיזות וולדות שלאחר הגניבה חוזרות, והש"ך הסיק מזה שהרמב"ם פוסק כלישנא קמא, ואולם המ"מ נתקשה מאוד בדברי הרמב"ם וכתב שהמפרשים לא פירשו כן אלא דנקטו דלשתי הלשונות אין הגיזות דלאחר הגניבה חוזרות. וכוונתו דמדחזינן דלישנא בתרא מקנה שבחא דגופא שלאחר הגניבה אין סברא כלל לומר דל"ק חולקת בזה ובהכרח דנעשה כאומר חוץ רק על מה שקודם הגניבה.

וביאר המ"מ שלהרמב"ם הוא להיפך, דלשתי הלשונות מקנה לו הפרה חוץ מגיזותיה אף אלו שלאחר הגניבה, ומה דאיתא בגמ' דאיכא בינייהו וכו' היינו דללישנא בתרא אין הכרח לפרש דנעשה כאומר חוץ דאת הקושיא מהברייתא היה אפשר לתרץ ולחלק בין קודם הגניבה לאחר הגניבה, אבל אליבא דאמת רבי זירא אמר דנעשה כאומר חוץ לכו"ע ועל כל הגיזות.

הרי למדנו שלש שיטות: א) לדעת הש"ך פליגי לישני בדין גיזות דלאחר הגניבה. ב) לדעת המפרשים המובאים במ"מ לכו"ע קנה גיזות דלאחר הגניבה. ג) לדעת הרמב"ם אליבא דהמ"מ לשתי הלשונות אינו קונה גיזות אלו.

ודוק בדברי המ"מ שמכל דבריו נראה דהונח אצלו לפשוט דלא פליגי הנך לישני לדינא [שאל"כ דברי הרמב"ם פשוטים מאוד ואין מקום קושיא כלל וכהש"ך] ואפשר דלא ניהא ליה מסברא לומר דפליגי באומדנא זו, או י"ל דמלשון הגמ' דאיכא בינייהו קושיא דרבי זירא משמע להדיא דלא פליגי לדינא מדלא קאמר כן וכמש"כ לעיל.

---

וכ"ז להסוברים דהגוף אינו חוזר אבל להרמב"ם שהגוף חוזר אין צורך לכל זה, אבל יש בזה נ"מ גם להרמב"ם לענין כפל דגיזות וולדות דלכאורה מסתברא דזוכה השומר, וגם בזה צ"ב באיזה קנין זכה. וצ"ל דכשמקנה לו פרה מקנה אותה לגיזותיה נמי לענין כפלם [והוי כדקל לפירות לענין פירות הפירות היינו שמקנה לבדקל זכות בפירות שיהיה לו בהם קנין פירות]

ובאמת יעויין בש"ך שם שכתב דכל הפוסקים מודים לפסק הרמב"ם דכל גיזות חוזרות, משום דקיי"ל כלישנא קמא.<sup>172</sup> וראה עוד להלן אי לכו"ע קיי"ל כלישנא קמא.

**ויעויין בקצה"ח** [סק"ג] שכתב דלפי"ד הריטב"א שהובאו לעיל דאחר ששילם קנה קנין גמור אם כן וודאי גיזות וולדות הבאות אחר התשלום לכו"ע לשומר הן, ואי"ז תלוי בשני הפירושים במ"מ דלעיל, דאחר ששילם ודאי הפרה שלו היא לגמרי.

נויש עמנו בזה הערה גדולה דהנה הרי השומר משלם לפי שווי הפרה בשעת הגניבה ואם הוולח או כחשה אחר הגניבה או הוקרה והשביחה משלם כשעת גניבה – אא"כ תחזור הפרה בעינה לבעליה – ואם כן היאך יתכן שגיזות וולדות שאחר הגניבה יהיו לבעלים, הגע עצמך הרי שנגנבה בת שתי שנים ושוויה עשרים זוז וכי יטול הבעלים מהשומר עשרים זוז וגם יטול כל מה שחלבה ונגזזה ביד גנב שנים רבות (בגוונא שלא נתייאש דלא קנה הגנב גיזות וולדות כמש"כ הרמב"ם פ"ב ה"ז מגו"א) ולקתה מדת הדין ובודאי שאם משלם השומר עבור הפרה כפי ערכה בשעת גניבה הרי מגיע לו כל מה שיארע עם הפרה אחר הגניבה לרבות גיזות וולדות ויוקרא וזולא, אכן אם הפרה חוזרת בעין כשיטת הרמב"ם הרי ניחא דכה"ג אינו זוכה בגיזות וולדות שתשלום שלו בטל למפרע אך לדעת התוס' אי נימא דפרה אינה חוזרת בעין נראה הדבר מוכרח דגיזות וולדות שלאחר הגניבה שייכים לשומר ודוק. וכל דברינו אלו אינם מוכרחים אלא בשילם ממש ומעיקר הדין אבל לא באמר הריני משלם ופשוט. ומ"מ מסתברא דגם באמר הריני משלם כיון דאם שילם זכאי מדינא בפרה גיזותיה וולדותיה משעת גניבה אף בהריני משלם מקנה לו הבעלים באופן כזה]

**לעיל בגמ' נעשה כאומר רש"י פירש** דנעשה כאומר לו בשעת משיכה שיקנה בשעה הסמוכה לגניבה, **ועיין במהרש"א שהעיר** דאין צורך לזה די"ל דנעשה באותה שעה הסמוכה לגניבה כאומר לו תקנה עכשיו, וכדברי המהרש"א משמע מלשון הרא"ש המובא בשטמ"ק עיי"ש. ולכאורה יש נ"מ בזה כלפי המבואר בגמ' דללישנא בתרא לא קנה בעומדת באגם אלא בעומדת בחצרו, דלרש"י הביאור בזה הוא משום דכלתה קנינו, אך להמהרש"א הוא משום דאין כאן כלל קנין חצר כי אינה בחצר, ויש לדון בזה נ"מ בחצר שאינה משתמרת דאי מצד כלתה קנינו י"ל דשמא גם חצר שאינה משתמרת מהני ליחשב המשיכה קיימת עדיין אך להמהרש"א ודאי לא יקנה. ולפי זה י"ל דמודה רש"י לסברת המהרש"א אלא חידש רש"י שכבר עכשיו הוא מקנה לו במשיכה ולכן יקנה בכל גוונא שהיא בחצר שלו. ועוד יש נ"מ איפכא לפי מה שיתבאר להלן שנחלקו ראשונים היכא שהיתה בחצרו ויצאה וחזרה לחצר וביום השלושים היא בחצר אי חשיב כלתה קנינו, דלהסוברים דחשיב ככלתה קנינו כה"ג לרש"י לא יועיל ולהמהרש"א יהני, ואולי מודה המהרש"א גם לסברת רש"י שמקנה אף במשיכה, וצ"ע.

**ויעויין בפנ"י** שתמה על סברת המהרש"א, **ונתבארה קושייתו בהרחבה בשיעורי הגרש"ר**, דהנה בעיקר האומדנא דנעשה כאומר לו כך או כך יש לתמוה דסו"ס הרי המפקיד לא חשב מאום מכל זה והיאך מהני ולא עדיף מיאוש שלא מדעת שאינו מועיל להחיל קנין, ועכצ"ל דבשעת מסירה כשעושים ביניהם עסק השמירה והאחריות אנו אומדים דעתם שעל מנת כן מסר לו וכ"ז כלול בקניני השומר ומסירת הבעלים לו, אבל בשעה הסמוכה לגניבה כשהמפקיד עסוק בביתו במלאכתו והשומר בשלו ולא חשבו שניהם מאום מכל זה היאך יחול הקנין מחמת אומדנא בלחוד. ועיין בריש פרקין מש"כ בזה שדעת הרשב"א להלן שדין זה תקנת חכמים הוא ולפי זה לק"מ..

**בגמ' איכא בינייהו דקיימא באגם בסוגיא בכתובות** [דף פו ע"ב] נחלקו לדינא התוס' והר"ן: דעת התוס' שם דהמקנה מעכשיו ולאחר ל' קנה בעומדת באגם, אבל לא בעומדת ברה"ר. [והיינו דגם במקנה מעכשיו יש

<sup>172</sup> והש"ך כתב דקיי"ל כלישנא קמא משום דרבי זירא עצמו סובר כן שאמר דנעשה כאומר חוץ, אך לדעת המ"מ זה אינו שהרי אף ללישנא בתרא אמר כן רבי זירא אע"פ שאין לו הכרח מהברייתא.



דין דכלתה קנינו אלא דבזה סגי במה שהיא באגם שלא ייחשב לכלתה] ובמקנה לו לאחר ל' ולא אמר מעכשיו לא קנה אלא כשעומדת בחצרו ממש אבל באגם לא קנה. אבל הר"ן שם סובר דאף במקנה לאחר ל' קנה בעומדת באגם ורק בעומדת ברה"ר לא קנה.

**ויעוין בקצה"ח** [סי' קצו סק"ג] שהקשה מסוגיין ע"ד הר"ן דמפורש כאן בגמ' דאיכא בינייהו דקיימא באגם דללישנא בתרא לא קנה ואילו לדעת הר"ן הרי הוא קונה כה"ג. ותיירץ הקצות דהנה נחלקו ראשונים באומר מעכשיו והיתה באגם ויצאה מהאגם לרה"ר וחזרה לאגם וביום השלושים היתה באגם, **דיעוין בשטמ"ק בסוגיין** שעמד בקושיית התוס' דנימא דנעשה כאומר מעכשיו דאז קונה גם בקיימא באגם, ותיירץ השטמ"ק דבודאי במשך הזמן יצאה הפרה לרה"ר וחזרה וכה"ג אינו קונה אף כשבסוף הל' יום חזרה לאגם. ו**אולם בתוס' ביבמות** [דף צג ע"א ד"ה קנויה] שכתבו דאפילו אם יצאה מהאגם וחזרה מהני דנעשה האגם כרשותו. [וצ"ב דסו"ס משיכה הראשונה כלתה ומטעם משיכה הוא בא לקנות ומה מהני שהאגם רשותו]

**וביאר הקצות** דלדעת השטמ"ק אפשר ליישב שיטת הר"ן דמהא דאיתא בגמ' דבקיימא באגם לא קנה אף דבעלמא מהני הוא משום דאי אפשר שלא תצא כל אותם הימים לרה"ר כסברת השטמ"ק. **ועוד תירץ הקצות** שהר"ן סובר כהמהרש"א שהו"ד לעיל דלא בשעת משיכה נעשה כאומר לו אלא בשעה הסמוכה לגניבה אז אומר לו תקנה הפרה ואם כן מהני רק בעומדת בחצרו ולא בעומדת באגם כלל.<sup>173</sup>

**ויעוין בחי' הגר"ח החדשים על ב"מ** שתירץ דיסוד הדין דמהני משיכה בקיימא באגם ולא חשיב ככלתה קנינו הוא משום דהאגם כמו סימטא מושאל למי שמשתמש בו ומי שהניח חפציו באגם חשיב האגם כרשותו ולא כלה קנינו, וכתב הגר"ח דכ"ז שייך במי שמושך חפץ כדי לקנותו לגמרי לאחר ל' נמצא שהמקום מושאל לו אבל השומר המניח הפרה באגם ואינו מכיין לקנותה לעצמו שכבר כתב הרשב"ם בב"ב [דף פה ד"ה המופקדין] שכל שומר מקנה למפקיד את מקום החפץ וכ"ש הכא במקום הפקר שקנוי למפקיד ואם כן לא חשיב האגם כרשות השומר ושוב כלתה קנינו.

**תוד"ה כגון וכו' בדאמר רבי יוחנן וכו' מבואר מדברי התוס'** שמסברא לא היה מוחלט להם הדבר שאינו זוכה בגיזות וולדות במקנה מעכשיו ולאחר ל' ולכן הוכיחו זאת מדברי יוחנן דקידושי כולם תופסים. **וצ"ב טובא** הן בספק התוס' אם קונה הגיזות והולדות וביותר בראיה מדברי רבי יוחנן, דמה השייכות בין מה שתופסים קידושי אחר באותם הימים לבין הנידון אם זוכה בגיזות וולדות הרי לא מיירי כשמכר בינתיים הגיזות לאדם אחר. **ומתירץ התוס' נראה** שראיתם לענין הגיזות לא היתה מעצם מה שהקידושין של אחרים תופסים בה אלא ממה שאינם פוקעים לאחר ל' יום, שאל"כ מהו שתירצו דקידושין אלימי ולא פקעי, סו"ס היאך הם חלים ומוזה מבואר דמעיקר חלות הקידושין לא קשיא וכנ"ל וכ"ז צ"ת. **והתוס' בתירוצם** כתבו דמהני קנינו לגיזות וולדות לכל הפחות אלו שהיו בשעת מסירה ומשמע דעל אלו שלא היו בשעת מסיקרה מספקא להו להתוס' אם אפשר לומר כן וג"ז צ"ת.

<sup>173</sup> **ויש להעיר בדברי הקצות דהנה עיקר דברי השטמ"ק** אינם מובנים כלל דאם זו הסברא אם כן מה משני לישנא בתרא כלל דבגמ' משמע דבעומדת בחצרו אז מהני ללישנא בתרא ומתני' בכה"ג מיירי והרי סו"ס אי אפשר שכל אותם הימים לא תצא לרה"ר ואם כן היאך יועיל כשעומדת בחצרו, **ועל כרחין צ"ל** דסובר השטמ"ק שקונה אותה השומר בקנין חצר בסוף השלושים יום ולא מכח משיכה הראשונה וכדברי המהרש"א. ואם כן שני תירוצי הקצות אחד הם שאף התי' הראשון נזקק לדברי מהרש"א, ובאמת שכן הוא דמקו"ד השטמ"ק הוא מהתוס' ר"פ שמפורש בדבריו שקונה אותה בשעה הסמוכה לגניבה כהמהרש"א, ועל זה הקשה דנימא דקונה אותה על ידי משיכה הראשונה דמהני אף באגם [ובקושיתו סובר כהר"ן] ותיירץ דבלא מעכשיו לא מהני עומדת באגם וחזר והקשה דנימא דנעשה כאומר מעכשיו וכו' ותיירץ דא"א שלא תצא וכו' עיי"ש.

**ותירוץ של התוס'** אף הוא בא סתום עד מאוד מה כוונתם לחלק בין הכא להתם ומהי כוונת דבריהם שקונה למפרע. **ויעויין בברכ"ש כאן** במש"כ בזה ודבריו מקושי הבנה, ונראה שכוונתו לומר דגדר מכאן ולאחר שלושים להתוס' הוא שכשמגיע יום השלושים חל הקנין מכאן ולהבא למפרע [היינו דלא שנתברר עכשיו דמעיקרא חל אלא עכשיו חל למפרע] וממילא זוכה בגיזות וולדות נמי ובקידושין היה ראוי שיפקעו קידושין שקדשוה אחרים כי קידושי הראשון חלים למפרע ואמורים לעקור את קידושי האחרים אך כיון דקידושין של אחרים חלו בשעתם אלימי שלא לפקוע ומשא"כ גיזות וולדות זוכה בהם למפרע.

**ועדיין לא נתבאר בזה ספק התוס'** וגם מה הצד שלא יזכה בהם למפרע, ואפשר דכח הזכיה שלו לאחר ל הוא בפרה עצמה ואם גזו גיזותיה וילדה הרי הבעלים יש לו כח זכיה בוולד פרתו שהרי עתה שלו היא זוכה בוולד ואם אמנם לאחר ל זכה השומר למפרע ואם כן ראוי שיזכה גם בפירות שיצאו במשך כל הל' יום אבל הרי חזינן דקידושין שחלו בשעתו לא פקעי ואם כן ה"ה הכא זכית הבעלים בפירות היוצאים לא תפקע על ידי קנין השומר **ולזה תירצו** דדוקא קידושין אלימי ולא פקעי. אבל בגיזות וולדות חל קנינו של השומר כעת למפרע ומפקיע כח הבעלים. וכתבו התוס' דכ"ז הוא בגיזות שהיו בשעת מסירה שבהם עצמם נעשה הקנין ויש לו כח לחול למפרע לעקור כח הבעלים אבל בגיזות שאז לא היו בעולם אפשר שאין כח לקנינו בפרה לעקור כח הבעלים בגיזות שאז לא היו בעולם ואי אפשר שיחול ארעאי אשבח למפרע לגמרי ועדיין צ"ת.

**ועוד צ"ב** מדוע לא מהני היכא דעומדת ברה"ר הרי חל הקנין כעת למפרע, ונראה מדברי הברכ"ש דכדי שיחול כעת למפרע בעינן שיהיה עדיין המעשה קנין קיים כי סיבת הקנין פועלת כעת החלות למפרע ודוק. **אלא שצ"ב בדרך זו בסברא** מדוע נימא דגדר מעכשיו ולאחר ל' הוא שחל מכאן ולהבא למפרע מה טעם יש בדבר, וביותר דאם ע"ז באמת זוכה הקונה בפירות מה באמת רצון וכוונת המקנה באמרו לו תקנה מעכשיו ולאחר ל' ומה יתן לו ומה יוסיף לו מה שאומר שיהיה מעכשיו ולאחר ל', וצ"ע.

**ודרך נוספת בדברי התוס'** נתבארה בחידושי הגרש"ש ולא הובן לן כוונתו עיי"ש.

**ויעויין בקה"י שביאר** בדעת התוס' דגדר מעכשיו ולאחר ל' הוא שיויר בקנינו היינו שהכל חל עכשיו אלא שמשיר הבעלות לזמן של השלושים יום לעצמו אבל כבר מתחילה חל כחו של הלוקח כלפי זמן שלאחר ל' יום. ולכן כל הגיזות והוולדות שנתווספו באותם ל' יום שייכים למקנה דכיון שהיתה שלו לאותו זמן ארעא ידיה אשבח אבל היא עצמה וכל גיזות וולדות שהיו בה בשעת מעשה הקנין שייכם ללוקח [אף שגדלו ונתווספו טובא מ"מ חל הקנין בחפצא דידהו וכשזכה הלוקח בעובר לזמן שלאחר ל' ונהיה אותו העובר לשור הרי הוא שלון] **ולא נתבאר לדרכו** מה הס"ד דהתוס' וראיתם מקידושין, וכן דקדוק לשון התוס' שכתבו 'לכל הפחות' דמשמע מזה שגם גיזות וולדות שלא היו באותה שעה אפשר שזוכה בהם הלוקח, וצ"ע.

**ויעויין שם בהגה בקה"י** שכתב שהעירו חכ"א דלפי זה דברי התוס' דידן אינם מתאימים כלל לדברי התוס' ביבמות [צג ע"א] ובכתובות [פב ע"א] שכתבו לבאר דאף במעכשיו בעינן עומדת לאגם משום דלרבי יוחנן המעשה קיים כל הזמן והחלות באה מכחו כל השלושים יום ואילו להסבר הנ"ל אינו כן אלא חל הכל בתחילה. **וכתב דצ"ל דהתוס'** דידן פליגי. **אך זה קשה** כי אם כן מהו הטעם דבעינן קיימא באגם להתוס' דידן הרי הכל חל מתחילה, וצ"ע. וראה להלן ב'הרחבת דברים בדין מעכשיו בדשל"ב'.

**בגמ' איכא בינייהו דקיימא באגם יעויין ברמב"ם** [פ"א ה"א ממכירה] שכתב דיש דברים שאינם צריכים קנין ואין לקנין בהם טעם וביניהם המוחל לחברו חוב או פקדון שיש לו אצלו. וכן בהל' מתנה [פ"ג מזכיה ומתנה ה"ב] כתב דהמוחל חוב לחברו או נותן לו פקדון שיש לו אצלו אין צריך קנין. **ודברי הרמב"ם צ"ב** מדוע לא

יצטרך השומר קנין, ויעויין באבהא"ז [שם בהל' זכיה ומתנה] שביאר בזה חידוש גדול דהחפץ נמצא 'ברשותו' של שומר ואף כשהוא ברה"ר חשיב 'ברשותו' [כמו גזלן דהוא ברשותו אלא דבגזלן מכח זה אינו ברשות הבעלים ובשומר אף שהוא ברשות שומר אבל מ"מ עי"ז הוי נמי ברשות בעלים כמש"כ הראב"ד בריש סוגיין] וכל ענינו של קנין בעלמא הוא להכניס החפץ לרשותו אבל כשהוא כבר ברשותו מהני בלא קנין אחר אפילו אם הוא מונח ברה"ר.

**ויעויין שם באבהא"ז בהשמטות שהשיבוהו מגמ' ערוכה בסוגיין** שאיכא בינייהו דקיימא באגם הרי מפורש הדין שאי אפשר להקנות לשומר את הפרה בלתי אם היא בחצרו. ובאמת **שהיא תמיה עצומה** על שיטת הרמב"ם ששומר זוכה בלא קנין. וכתב שם **ביאור נפלא בזה עפי"ד הר"ח, דיעויין בפ"י הר"ח כאן** שכתב לפרש באופן הפוך מדברי רש"י וכתב דבקיימא באגם ללישנא קמא לא קנה דהא ליתא ברשותיה שיקנה במשיכה אבל ללישנא בתרא 'אע"ג דהוות באגמר קני לא קנה דהא ברשותיה קיימא מעידנא דאפקיד מרה לשומר דהא מייחייב בשמירתו ומגו דאייחייב בשמירתה כל היכא דאיתא ברשותיה קיימא וכו' עכ"ל הרי זכינו לג' דברים: חדא דכבר אין קושיא על הרמב"ם מסוגיין ולא זו בלבד אלא שמקור דברי הרמב"ם הוא מסוגיא דידן כי לפי הר"ח מפורש בגמ' דבקיימא באגם קונה השומר בלא שום מעשה קנין נוסף, ועוד בה שלישיה דמפורש טעמו של הרמב"ם כפי שביאר האבהא"ז לפי שהפרה ברשותו של השומר בכל מקום שהיא.

**ולא נתפרש עדיין דברי הר"ח מדוע ללישנא קמא לא קנה** בקיימא באגם הרי מעיקרא קנאה במעכשיו גמור ומה איכפת לן היכא קיימא כעת בשעת גניבה, וצ"ע. אך העירונו בזה דמדברי הר"ח נראה שפירש הנ"מ בגמ' באופן אחר והוא דהלשונות חולקות בזה גופא דללישנא קמא לא קנה כיון דכלתה קנינו ומה שהיא ברשות שומר לא מהני בלא קנין נוסף ולכן בהכרח צריך לפרש שמקנה לו הפרה מעכשיו אך ללישנא בתרא קנה בלא מעשה קנין ואפשר לפרש שמקנה לו סמוך לגניבתה.

**ועמד הגרא"ז עוד בדעת הרמב"ם שהרמב"ם השמיט הנ"מ דקיימא באגם, ומעתה לפי הפשט הפשוט בגמ' דלל"ב ל"ק בעומדת באגם אם כן משמע דפסק כלישנא קמא, וכן כתב המ"מ. ויש להעיר דבכל מקום דרך הרי"ף והרמב"ם לפסוק כאיכא דאמרי.<sup>174</sup> אך לדרך הר"ח פסק הרמב"ם כלישנא בתרא [שהרי פסק בעלמא דאין שומר צריך קנין וזה כלישנא בתרא דסוגיין] וכדרכו לפסוק כן בכ"ד.**

**בגמ' הריני משלם דע שנחלקו ראשונים בטעם הדין דמקנה לו באמירה, הרא"ש סובר** שמקנה לו כיון שבאמירה זו נתחייב לו ואינו יכול לחזור בו. [להלן בסי' ב] **אבל התוס'** [להלן בע"ב] ס"ל דיכול לחזור בו ומ"מ מקנה לו הכפל, וכתב הרע"א בטעמם דכיון דכשאומר הריני משלם מן הסתם יעמוד כדיבורו מקנה לו כבר כעת הכפל. [ועצם הנידון האם ומדוע אינו יכול לחזור בו יתבאר להלן בע"ב בע"ה]

**ויעויין ברמ"א** [בסי' רצה ס"ג] שהעתיק דין המשנה דשילם ולא רצה לישבע והשמיט דין אמר הריני משלם. **והעיר בנתיה"מ על הרמ"א** שהשמיט דין זה. **ויעויין בחי' הר"מ שכתב בזה חידוש נפלא** שהרי נחלקו הראשונים בטעם הדין אם הוא דוקא מפני שאינו יכול לחזור בו או לא, ולדינא לא הוכרע הדבר אם יכול לחזור בו [והובאו שתי הדיעות להלכה בשו"ע בסי' כז] ואם כן מספק יכול השומר לחזור בו שהוא המוחזק והרי כה"ג שיכול לחזור בו לדעת הרא"ש אינו מקנה לו כפל, ואם כן נמצא שכיון שלדינא יכול לחזור בו אם כן בזמננו שהוכרע הדבר לספיקא דדינא אין הבעלים מקנה כפל לשומר עד שישלם.

**תוד"ה אלא מהא וכו' בטעם הדין דאחר שנשבע לא סגי באמירת הריני משלם יעויין ברע"א שכתב בטעם דין זה דלהסוברים דבעלמא מקנה לו רק מפני שאינו יכול לחזור בו הכא ודאי אינו מקנה לו שהרי יכול**

<sup>174</sup> ועיין בש"ך שכתב דהרמב"ם פסק כל"ק משום דרבי זירא עצמו קאי כוותה שאמר חוץ. אכן לדברי המ"מ שהובאו לעיל דאין פלוגתא לדינא בין הלשונות הרי דברי רבי זירא מתאימים לשתי הלשונות.

לחזור בו דבעלמא אינו יכול לחזור בו משום שקיבל עליו הדין לשלם ולא לישבע אבל היכא שנשבע ונפטר הרי דבריו שמשלם כמתנה בעלמא ויכול לחזור בו. **ולאסובריים** דאף כשיכול לחזור בו מקנה נויש להעיר שכן מוכח מהתוס' עצמם בע"ב שהרי נסתפקו בדין זה אם יכול לחזור בו ולא הוכיחו מגוף דין הגמ' ביאר הרע"א דבעלמא מקנה לו כיון שסומך שמן הסתם לא יחזור אבל הכא שכבר נשבע אין המקנה סומך בדעתו על אמירתו של יחזור בו דאחר שנשבע אפשר ואפשר שיחזור בו.

**ולפי זה חידש הרע"א** דהיכא שאחר השבועה מודה השומר שפשע – דאז פשיטא דלא יכול לחזור בו כלל מהודאת בע"ד – מקנה לו הכפל באמירה אף אחר שנשבע.

**ואולם יעויין בתוס' רא"ש** ששם נתבאר טעמם של התוס' בדרך אחרת, דבענין זה לא מקני ליה כפילא עד דמשלם כיון דאטרחיה בשבועה. וכפה"נ כוונתו דכיון שכבר אטרחיה אינו מקנה לו באמירה בעלמא אמנם בתשלום ממש מקנה לו אף שהטריחו. **ולביאור זה** נראה שאין נ"מ בין הריני משלם להודאה שפשע.

**ובעיקר מה שנקט הרע"א** דבנשבע ואח"כ אמר הריני משלם יכול לחזור בו איכא לעיונא, **דיעויין ברא"ש על המשנה** שמשמע להדיא מדבריו דאחר שבועה מהני אמירת הריני משלם ודלא כהתוס', **ולעומת זאת** הרא"ש עצמו סובר דהטעם דמהני אמירה הוא משום שאינו יכול לחזור בו ואם כן סתרי דברי הרא"ש אהדדי.

**ויעויין בשער משפט** [סי' רצה סק"א] שעמד בזה וכתב דע"כ צ"ל דהרא"ש במתני' מיירי כשהודה ואמר שפשע דכה"ג אף אחר שנשבע אינו יכול לחזור בו וכמש"כ הרע"א. אמנם זה דחוק למאוד בלשון הרא"ש במשנה שסתם הדין דכל שרצה לשלם מקנה לו כפל, ובפשטות מוכח מהרא"ש דאף אחר שבועה אם אמר הריני משלם אינו יכול לחזור בו, וצ"ע.

**שם בגמ'** עיקר דין דשילם ולא רצה לישבע משכח"ל בתרי אופנים: האחד הוא כשאומר השומר שבאמת מן הדין הוא פטור אלא שאינו רוצה לישבע אף על אמת ולכן מקנה לו כפל או שמודה השומר שהוא מחוייב ואינו רוצה לישבע לשקר ואף כה"ג מקנה לו כפל. ובציור הראשון הדין פשוט דבאמירת הריני משלם הוא דמקנה לו כפל. **אבל באופן השני** שהשומר מודה **יעויין בב"ח** [סי' רצה סק"ג] שכתב דאף בזה בעינן שיאמר הריני משלם ולא סגי בהודאה בלחוד. **ועיין בקצה"ח** [שם סק"א] שחולק ויל"ע בטעם פלוגתייהו ואפשר דתליא בסברות הראשונים אם מקנה לו הכפל משום דלא אטרחיה לבי דינא או משום שמחייב עצמו לשלם במקום שיכול ליפטר, **ראה לעיל במשנה** שהובאה שם מחלוקת הראשונים בזה דלהרשב"א עיקר הקנאת הכפל הוא משום דלא אטרחיה לבי דינא ואף באופן שאינו יכול ליפטר כגון שיש עדי חיוב מקנה לו הכפל והרמב"ן והריטב"א שם חולקים וסוברים דעיקר הקנאה משום דמחייב עצמו כשיכול ליפטר. והשתא יש לדון דלהצד שהוא משום דלא אטרחיה אם כן בהודה עדיין אפשר שיטריחנו לגבות ממנו הכפל דלא עדיף הודאה ידידה מעדי חיוב, אבל להצד דמקנה לו הכפל משום דמחייב עצמו אם כן בהודאה ודאי מקנה לו.

**בגמ' אמר רב פפא דע** דבעיקר הדין דמקנה הבעלים לשואל נחלקו ראשונים במתני' לעיל בשרשו. ויש להקדים לפלוגתייהו דבגמ' כאן מפורש דמקנה לו משום שהיה יכול לפטור עצמו מן התשלום ומ"מ משלם דלהכי איכא למ"ד דלשואל אינו מקנה כלל. **אך יעויין בגמ' להלן** [דף לה סו"ע"א] בסוגיא דכיפי דשם איתא דאם שילם לו בבי"ד אינו מקנה לו כיון דאטרחיה לבי דינא ומבואר שתלוי הדבר במה ששילם בלא שהטריחו. **ונחלקו ראשונים בדבר: דעת הרמב"ן והריטב"א שם** דעיקר ההקנאה הוא משום שהשומר יכול לפטור עצמו מהממון בשבועה ואינו עושה כן [אף בגוונא שהיה יכול לפטור עצמו רק בשבועת שקר] **ולפי זה כתבו** דהיכא דאיכא עדי חיוב כגון שראו שפשע בה אינו קונה כפל. ולדבריהם צ"ל דטעם דלא אטרחיה

אינו סיבה להקנות אלא להיפך דהיכא שהטריחו לבי"ד אזי גם במקום שהיה יכול ליפטר שוב אינו מקנה לו כלל.

**ודעת הרשב"א** דעיקר הטעם שמקנה לו כפל הוא משום דלא אטרחיה לבי דינא אלא דבגוונא שאינו יכול ליפטר כלל כלל כגון בשואל לדעת רב פפא לא אסיק אדעתיה להקנות לו כפל אבל בסוג שומר שיכול ליפטר בבי"ד מקנה לו בכל גווני גם באופן מסויים שאינו יכול ליפטר כגון דאיכא עדי חיוב ומשום דלא אטרחיה לבי דינא. ולכן אף כשיש עדי חיוב מקנה לו הכפל.

**שם בגמ' שואל וכו' לא מקני ליה כפילא ללישנא קמא דר"פ** דבשואל אינו מקנה נחלקו ראשונים: רש"י כתב דדוקא באמר הריני משלם לא מקנה לו כיון דלא שכיחא אבל התוס' כתבו בשם הר"ח דאף בשילם ממשי אינו מקנה לו כפל. **ולדעת רש"י צ"ב** דממ"נ אי לא ניהא ליה למפטר נפשיה בטענה דלא שכיחא אם כן אף בשילם אמאי מקנה לו הכפל. **ועיין בריטב"א** שכתב דדוקא באמר הריני משלם לא מקנה לו דאיכא תרתי לריעותא היינו שעדיין לא שילם ורק אמר וגם דלא שכיחא וצ"ל דכיון דמ"מ עביר ליה מעט נייח נפשיה במה שלא טען מתה מחמת מלאכה מקנה לו כששילם ממשי.

**ולדעת הר"ח** אינו מקנה כפל כלל ללישנא קמא דרב פפא לכאורה לשיטתו הדברים פשוטים דל"ק משום דלא שכיח לא מקנה כלל אבל לל"ב מקנה בכל גווני כיון דמ"מ מצי פטר נפשיה.

**ואולם יעויין בגוף פירוש הר"ח** ששם נתבאר טעם אחר בלישנא קמא דלא מצי טעין שמתה מחמת מלאכה דהא ליתא גביה, נראה כוונתו שאם יאמר השומר מתה מחמת מלאכה ישאלוהו איה היא הנבלה [והוא אינו יכול להראותה שהאמת שנגנבה ממנו] **ואינו מובן** היאך מתפרש טעם זה בלשון הגמ' דמתה מחמת מלאכה לא שכיח, וצ"ע. ושמא גירסא אחרת היתה לו בגמ' או שפירש דלא שכיחא גביה היינו שאין הנבלה אצלו, ומיהו התוס' וכל הראשונים הביאו בשם הר"ח דמשלם משום דלא שכיח וצ"ע.

**ובאמת דיש להתבונן** מה יענו הראשונים על טענת הר"ח דהיאך היה יכול כלל לפטור עצמו במתה מחמת מלאכה, וצ"ל שהיה אומר דמכר הנבלה מיד כדי שלא תיפסד, ולפי זה בכלים ליתא לדין הקנאת כפל בשואל<sup>175</sup> ול"מ כעת מי שנתעורר בזה. **ואף בביאור המחלוקת בין הלשונות יל"ע** לפי הר"ח דאם אינו יכול לפטור עצמו במתה מחמת מלאכה מטעם הנ"ל מדוע לל"ב מהני, וראה היטב משלון הר"ח דמדבריו משמע שהלשונות חולקות בעיקר הדין אם מקנה לו גם במקום שאינו יכול לפטור עצמו משום דלא אטרחיה לבי דינא, **ויוצא מכ"ז דבר חדש לדעת הר"ח** מחלוקת הרשב"א ושאר פלוגתא דאמוראי היא [אלא דלהצד דמשום דאטרחיה הוא מקנה לו אף בשואל ודלא כהרשב"א שסובר דלא אסיק אדעתיה] וקיי"ל כלישנא בתרא דל"ק איתותב כמש"כ הר"ח. וכ"ש בעדי חיוב בשאר שומרים שמקנה לו הכפל וכהרשב"א.

**שם בגמ' עיין בשטמ"ק בשם הרשב"א** שהקשה דאף שואל מצי למפטר נפשיה בטענת להד"מ או בטענת החזרת, **ותירץ** דדוקא היכא דמצי למפטר נפשיה בטענת השומרים מקני ליה. וצ"ב הטעם בזה, ושמא כוונתו דאין המפקיד חושש שיכחישנו השומר דהוא העזה אלא חושש שיכפור בו בגוונא שהוא אינו יודע. ועיין ברש"ש שהקשה דמצי פטר נפשיה בטענת שמירה בבעלים ולהנ"ל א"ש. וקרוב לזה כתב הרש"ש.

<sup>175</sup> ויש לדקדק כן דבמתני' איתא המפקיד אצל חברו בהמה או כלים ואילו גבי שואל בברייתא קתני השואל פרה וכו'.

דף לד ע"ב

תוד"ה וחזר וכו' התוס' הוכיחו מסוגיין שיכול לחזור בו מדקאמר מהדר הדר ביה, ובסו"ד דחו ראיתם, ועיין בתוס' בשבועות שכתבו כדבריהם כאן והוסיפו דאדרבה מסוגיין ראייה דאינו יכול לחזור בו דאל"כ אמאי נימא דלדחויי קא מיכוין והוא עומד ואומר שאינו רוצה לשלם ובידו לעשות כן. והרא"ש בסוגיין אף הוא הוכיח מסוגיין דאינו יכול לחזור בו ומטעם אחר דאל"כ אינו קנה לו הכפל בעד אמירה בעלמא.

ובעיקר גדר הדין מדוע לא יוכל לחזור בו, מבואר מדברי התוס' והראשונים שהוא שייך לסוגיא דהישבע וטול בב"ב ועוד סוגיות שהצד השווה בהן שהאדם קובע לעצמו את הדין לחובתו.

ושורש הענין בסוגיא בסנהדרין דף כז ע"א דאדם יכול לומר נאמן עלי אבא ובזה ממנה פסול דיינות עליו להכריע הדין וכן היכא שחייב לו חברו שבועה ואמר לו השבע אתה ונחלקו בזה שם ר"מ וחכמים, דלכו"ע קודם שנגמר הדין יכול לחזור ולאחר גמר דין לר"מ חוזר בו ולרבנן אינו חוזר בו. ודין זה דרצונך הישבע וטול וכן באמר איני נשבע בסוגיין דימום הראשונים להך דינא ונחלקו הראשונים בסוגיין אימתי דומה הדבר הכא לגמר דין דהתם.

ועיקר הדבר צ"ב מהו גדר הדין דלכאורה היה נראה שהוא הקנאת זכות בממון, וכך נראה לכאורה מהא דמציינו שם בסוגיא דהיכא דעשו קנין מהני אף קודם גמר דין, ויעויין בתוס' לקמן [דף עד ע"א ד"ה הכא] שהוכיחו מהך דינא דנאמן עלי אבא דמהני בלא קנין דיש דברים שאינם צריכים קנין וסגי בהו בגמירות דעת בעלמא וביארו התוס' הטעם 'התם דין הוא שיועיל כיון שיש להם תביעה זה על זה והם קבלו עליהם כך את הדין' וכ"כ הרא"ש שם.

אך צ"ב הקנאה זו מה טיבה וכי מקנה לו הממון על תנאי שאם יפסקו כו"כ או ישבע הלה הרי הוא שלו, ובודאי דלא מסתברא כלל לפרש כן גם דאם כן אינו מובן מה מועיל שיש להם תביעה זע"ז סו"ס הקנאה גמורה יש כאן והיאך מהני בלא מעשה קנין.

ויעויין ברשב"ם בב"ב [דף קכח ע"א ד"ה אינו] שכתב גבי השבע וטול דאינו יכול לחזור 'דהא הימניה בשבועה וכמאן דאודי ליה דמי' ויעויין בנמו"י שם בסוגיא שכתב דאינו יכול לחזור בו דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. ומכ"ז נראה שהוא מפרשת נאמנות והודאת בע"ד אלא שאף זה צ"ב וכי מודה הוא על הצד שזה ישבע או להצד שיפסקו ב"ד את הדין, וענין הימניה מצאנוהו בפוסקים כאשר אדם מאמין עליו את בעל דינו או אדם אחר אף כלפי מאורעות שיקרו בעתיד כגון שבשעת הלוואה מאמינו לתובע שיהיה נאמן לטעון שלא נפרע והיאך שייך הודאת בע"ד על העתיד שלא אירע והוא אינו יודע מה יקרה.

וידוע לבאר בזה דמכלל פרשת הודאת בע"ד הוא שהאדם יכול לקבוע צורת וגדרי הדין על עצמו כל זמן שהוא לחובתו ואם שפסלה התורה דיין קרוב יכול לקבל על עצמו שיהיה לאותו דיין כח לפסוק וכן להאמין לתובע ולשלול נאמנות עצמו בטענה או בשבועה ולפסול עדים או להכשיר פסולים וכ"ז אין גדרו שמודה שהממון של זולתו וגם אינו הקנאת הממון אלא כח האדם לקבוע הנהגת הדין על פי הודאתו.

אלא שמצינו בזה שאינו דומה להודאה בעלמא ובעינן גמירות דעת גמורה כמו בהקנאה ולכן קודם גמר דין יכול לחזור בו אבל אם קנו מידו אינו יכול לחזור בו ולאחר גמר דין מהני גמירות דעתו שלא יוכל לחזור בו כמש"כ התוס' דכיון שיש להם תביעה וקבל עליו הדין אינו יכול לחזור בו [והסברא בזה מדוע בלא קנין מהני הגמיי"ד רק לאחר גמר דין צ"ב] ומחלוקת הראשונים בסוגיין הוא האם חשיב גמר דין במה שאמר לו איני נשבע או לא וצ"ב שורש הנידון בראשונים בזה.

**ויעויין בספר שירת דוד** [להגר"ד הקשר זצ"ל] בסוגיין שהאריך והרחיב הרבה בענין זה ושם כמה מקורות לדבר.<sup>176</sup>

תוד"ה הרני משלם ומת וכו' עיין במהרש"א שנתקשה דמאי קשיא להו דלמא אה"נ וספק הגמ' אם הקנה לו הפרה ואז אין תובע לכפל או דכה"ג שאמרו אין אנו משלמים לא הקנה ויוכל המפקיד לתבוע מהגנב, ו**ותירץ** דפשיטא דכה"ג שהנפקד בלא"ה לא יוכל לתבוע אין טעם לומר שמקנה לו את הפרה דמה תועלת יש בדבר ובודאי אינו רוצה שישאר הכפל ביד הגנב.

בגמ' שלמו בנים וכו' בבעיא זו משמע מדברי רש"י דמייירי באופן שנגנבה בחיי האב, ועיין בפנ"י שביאר בפשיטות דאם אינו כן הרי אין הבנים הללו שומרים כלל ולמא יקנה להם הכפל, ואף אם הם משלמים לו מתנה בעלמא היא ולמד בכ"ש מדברי הרשב"א בריש פרקין דבמקום עדי פטור אינו מקנה לו והכא פשיטא טובא דכסתם אינשי מעלמא דמו גביה. ואמנם משכחת לה בשואל ומת אשר דעת התוס' בכ"ד דיורשיו דין שומר שכר להם וכה"ג איכא לספוקי בנגנבה גביהו אך כתב הפנ"י דרש"י רצה להעמידה באופן דמשכחת לה בכולהו שומרים ולא רק בשואל.

**ויש מקום לדון בגוף הדברים** בשואל כה"ג שנגנבה אחר מיתת האב אי מקנה כפל, ונחזי אנן ללישנא בתרא דלעיל דמקנה לו סמוך לגניבתה במשיכה שנעשתה בשעת מסירה אם כן היאך יקנה ליורשים על ידי משיכת אביהם ואם לאביהם הקנה הרי בשעת גניבתה כבר אינו בעולם לקנות, וראה עוד להלן.

**ובגזונא המוזכר בגמ' צ"ב** שהרי אם נגנבה בחיי האב על כרחין לאב הקנה, וללישנא קמא דמקנה לו בשעת מסירה מעכשיו ודאי מקנה לאב, ואף ללישנא בתרא שהרי נגנבה בחייו ואחר גניבה אינו יכול להקנות דגרע מקיימא באגם וכ"ש הכא שנגנבה ואינה ברשותו להקנות כלל. וצ"ב מה טעם יקנה לאב אם משלמים בניו, ואפשר אמנם שמקנה לו לצורך בניו שרוצה להקנות להם והדרך לעשות זאת היא ע"י הקנאה לאביהם כדי שיירשו בניו אם הם משלמים, וכן משמעות הגמ' דעיקר הנידון הוא אם רוצה ליתן ליורשים, וע"כ צ"ל דעושה כן על ידי שנותן לאב כדי שיירשו הם.

בגמ' שילם לבנים כאן העמידה רש"י באופן שנגנבה לאחר מיתת האב ולא בחייו. וצ"ב הטעם, **ושתי דרכים נאמרו בזה בדעת רש"י: יעויין היטב במהרש"א להלן** [בד"ה שאל מן האשה וכו'] שמדבריו מתבאר כוונת רש"י בהקדם קושיא אחת: דהנה ספק הגמ' הוא האם **הבנים מקנים** כפל או לא כיון ששילם להם, ולכאורה צ"ב בעיקר הדבר מדוע בעינן להקנות הבנים נימא **דאביהם עצמו** הקנה כפל כיון שמשלם. **ונחזי אנן:** ללישנא בתרא דלעיל שחל הקנין בשעת גניבה אם נגנבה בחיי האב אה"נ ודאי דמקנה לו, אבל אם נגנבה לאחר מיתת האב תו לא מצי לאקנויי דבשעה הסמוכה לגניבה כבר מת ופשיטא דהמקנה לאחר

<sup>176</sup> והובאה שם תשובת הרשב"א בח"א סי' תשכט שכתב שם הרשב"א על קהל שתקנו שיהיה הסופר נאמן לחתום על שטרות במקום העדים אם מתו העדים וז"ל מה שתקנו הקהל הרשות בידם. דכל דבר שבאמון יכולין הקהל להקל על עצמם ולהחמיר. שהרי בפרק זה בורר (דף כ"ד) אמר לו נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך רבי מאיר אומר יכול לחזור בו וחכמים אומרים אינו יכול. היה חייב לחבירו שבועה ואמר לו דור לי בחיי ראשך רבי מאיר אומר יכול לחזור בו וחכמים אומרים אינו יכול לחזור. ועד כאן לא פליגי אלא באם יכול לחזור או אם אינו יכול לחזור. לא חזר בו עד לאחר גמר דין כולי עלמא מודו דדבריו קיימין. וכ"ש קהל שקבלו ועשו תקנה כמה שיראה בעיניהם שהוא מקובל להם. וכל ציבור וציבור במקומן כגאונים וכל ישראל שתקנו כמה תקנות לכל וקיימות לכל ישראל. כמטלטלי דיתמי דמדינא לא משתעבדי והם תקנו לגבות מהם וכמה תקנות אחרות. ועוד תדע דאם יחיד שקבל עליו בעל דינו כבתרי אינו יכול לחזור בו. דגרסינן בפרק שבועת הדיינין (דף מ"ב) ההוא דאמר ליה לחבריה מהימנא עלי כבתרי. כל אימת דאמר פרענא ופרעי' שלא אפילו בתרי פטור דהא הימניה. ואפילו לרבי מאיר דאמר מתנה על מה שכתב בתורה תנאו בטל ותו על פי שנים עדים יקום דבר בהא מודה כדתנן בההיא דלעיל. עכ"ל.



שלושים ומת באמצע בטלה הקנאתו. ולכן ניחא לפרש הבעיא רק באופן שנגנבה לאחר מיתת האב. וספק הגמ' הוא האם הבנים עצמם מקנים הכפל בשעה הסמוכה לגניבה.

**וללישנא קמא דלעיל** שמקנה לו בשעת מסירה מעכשיו אין הבדל אימתי נגנבה ואין מקום לספק אם הבנים מקנים או לא אך יש להסתפק בספק אחר האם האב מקנה לו מחמת שמשלם לבנים שלו או דלמא דוקא אם משלם לו אז מקנה לו.<sup>177</sup>

**ודברי המהרש"א צ"ב** דסו"ס ללישנא בתרא אימת מקנים לו הבנים דלעיל הקנה לו בשעת מסירה לאותה שעה שסמוכה לגניבה כהנאה לאחר שלושים אבל כאן בשעת מסירה הרי אינה שלהם, ועכצ"ל דמקנים בשעה הסמוכה לגניבה עצמה ובקנין חצר. נולפי זה מהניא דוקא אם הבהמה בחצר המשתמרת בשעה הסמוכה לגניבה<sup>178</sup> [ועיווין בסוגיא לעיל בע"א שרש"י שם פירש דנעשה כאומר בשעת מסירה שתיקנה לו בשעה הסמוכה לגניבה, והמהרש"א שם השיג על רש"י שאין צורך לכל זה שהרי מסוגיא דידן מוכח דאף בשעה הסמוכה לגניבה עצמה יש אומדן דעת שמקנה לו בחצר כמו שנתפרש לעיל. אך מעתה צ"ע שרש"י שנמנע לפרש לעיל כהמהרש"א וע"כ דסובר דהאומדנא היא רק בשעת מסירה אם כן היאך הקנו הבנים רצ"ע.

**ויעיווין ברע"א** שביאר דהכלל הוא דבשעת תחילת השמירה אז האומדנא שמקנה לו ולכן באב עצמו מקנה בשעת מסירה ובבנים מקנים בשעה שירשו הפרה מאביהם דאז מתחלת השמירה כלפיהם. ואף שלא היה להם עסק עם השומר מ"מ שייך האומדנא. וכתב רע"א לדון אם אף בשומר אבידה מקנה לו הבעלים הכפל אף שלא נתעסקו זה עם זה כלל כיון דכך הוא האומדנא או נימא דכיון דההקנאה היא גם מחמת הניחותא דעבד ליה כדמבואר בכל הסוגיא אם כן בשומר אבידה ליתא לטעם זה.

**ודרך אחרת נתפרשה בפנ"י**, יעווי"ש שנתקשה בדברי המהרש"א וכתב דאין סברא לומר דאמדינן דעתם שהקנו בשעה הסמוכה לגניבה דהאומדנא הוא רק בשעת מסירת הפרה. ולכן פירש דבעיין ללישנא בתרא היא דבדודאי האב הקנה לו בשעת מסירה לשעה שתיגנב וכיון שכשנגנבה היא של הבנים הספק הוא אם ניחא להו בהקנאת אביהם או לא. ואילו ללישנא קמא אין מקום לספק זה כי בעל כרחם חל הקנין שכבר מעכשיו בשעה שמסר האב רק יש מקום להסתפק באב עצמו אם רוצה להקנות עבור תשלום לבניו.

**ודברי הפנ"י מופלאים מאוד** דנראה מדבריו שהמקנה לאחר שלושים יום ומת ויורשיו ניחא להם בהקנאתו חל קנינו וזה תימא שהרי המקנה הקנה דבר שאין שלו והיורשים אף דניחא לו הרי לא נעשה עמם כלל מעשה קנין והיאך יחול הקנין, רצ"ע.

**ויעיווין ברשב"א שהביא דעת הראב"ד** שחולק על רש"י וסובר דמיירי שנגנבה בחיי האב וטעמו דאל"כ האב לא הקנה כלום שלא נגנבה בחייו [וצ"ל דכוונתו ללישנא בתרא וכנ"ל] והבנים לא הקנו לו כלום. נראה כוונתו שסובר דהאומדנא היא רק בשעת מסירה ולכן אי אפשר שהבנים הקנו שבשעת מסירה לא היתה שלהם. ולכן להראב"ד מתפרש הבעיא בין ללישנא קמא ובתרא בהקנאת האב אם מקנה תמורת שישלם לבניו. נוקצ"ע טעם הספק דאמנם יש מקום לומר שאינו רוצה ליתן הכפל כיון שלא הוא עצמו מקבל התשלום אבל סו"ס מ"מ עד כמה שבניו יקבלו התשלום כי ימות אף הכפל שהוא מקנה רק הבנים יפסידו אותו ולא הוא דלעולם

<sup>177</sup> המהרש"א סתם קצת דבריו, דאי ללישנא קמא על כרחין מתפרש כך הספק אם כן ללישנא בתרא נמי נפרש כן ובנגנבה בחייו, וכפה"נ כוונתו דכיון דמשמעות לשון הגמ' הוא דהספק אם הבנים מקנים על כרחין סוגיין אזלא כלישנא בתרא, אך הספק קיים גם ללישנא קמא בדעת האב וכמו שמוכח מהתוס' להלן גבי שאל מן האשה, וצל"ע.

<sup>178</sup> ואם הגנב נכנס לחצר ועומד לגנוב כבר אינה משתמרת מפניו וצ"ל דמקנה לו בשעה האחרונה שבה החצר משתמרת.

הכפל בא אחר התשלום, וצ"ע. ועוד תמוה לשון הגמ' להראב"ד דבגמ' משמע להדיא דהספק הוא על הבנים אי ניהא להו או לא]

**והרשב"א הכריע כרש"י וביאר** דאין קושיא היאך הקנו הבנים שהרי אף באב עצמו אין אנו אומרים שהקנה לו ממש 'אלא דנעשה כאומר לו אמרו, לומר דלכ' ב"ד מתנה בכך משום דירדו חכמים לסוף דעתן של בריות דכל דאית ליה בהמה או כלים ביד שומר ניהא ליה דלא נטרה בבי"ד דינא וליקנו שומרים כפל דאתי מעלמא הלכך אף בנים איכא למימר דניהא להו וכו'. ועיי"ש מש"כ הרשב"א דללישנא קמא ודאי הקנה האב, ולכאורה נראה כוונתו דללישנא קמא אין מקום לספק הגמ' ובודאי הקנה לו, ודלא כמשמעות התוס' להלן גבי אשה. **ועיין בחי' הריטב"א** שגם מדבריו משמע דללישנא קמא אין מקום לספק. **ועיקר ביאור הרשב"א** דלכ' ב"ד מתנה צ"ב היאך מהני, **ועיין בדבריו בב"ק** [דף קב ע"ב ד"ה הא דא"ר] שמבואר שם דכוונתו לתקנת חכמים ואמנם שם כתב דבסוגיין אינו משום לב ב"ד מתנה אלא אומדנא גמורה ונראה שסותר דבריו כאן, עיי"ש ודוק. ועיין במה שכתבנו לעיל בענין זה בריש פרקין וצ"ע.

**ולמדנו מדבריו הרשב"א: א)** כהמהרש"א דאם הקנה לו האב לאחר ל' ומת אין הקנאת האב מועלת לזכות מהבנים [ובודאי משמע דאף באופן דניהא להו] ודלא כהפנ"י. **ב)** דאין האומדנא בשעת מסירה עצמה שמקנה לו, אלא אף בבנים שייך הק' אומדנא [כהמהרש"א והרע"א] ונתבאר הטעם משום לב ב"ד. **ג)** דללישנא קמא אין מקום לספק הגמ' כלל ודלא כהתוס' ומהרש"א.

**ודרך נוספת נתבארה בדעת רש"י בתוס' רא"ש ובריטב"א, עיי"ש שכתבו** שטעמו של רש"י דאם נגנבה בחי' האב הרי אין אדם מוריש קנס לבניו ואין הכפל שלהם כלל. **ובאו דברי רבותינו כספר החתום** דהרי האב הקנה לו הכפל אף ללישנא בתרא שהרי נגנבה בחייו וכל שכן ללישנא קמא שהקנה בשעת מסירה וכמו שמבואר להדיא מדברי הרשב"א ושאר שהו"ד לעיל ואם כן מה איכפת לן שאינו מוריש קנס לבניו. **ואפשר לומר בדוחק** שכוונת הקושיא היא דודאי ניהא לבנים להקנות הכפל דאם לא כן הרי לא ישאר בידם מאומה כי בלא"ה הם לא יוכלו לגבות, וצ"ע בסתימת דברי הראשונים.

**ועוד קשה טובא** דכיון דברי הנך רבוואתא דגם בכפל אין אדם מורישו לבניו אם כן תקשי איפכא בשלמו בנים דמשמע ברש"י להדיא שנגנבה בחי' השומר והשתא אם כן זכה השומר בכפל מחיים והיאך הוא מורישו לבניו, והן אמנם התוס' כבר הקשו כזאת גבי אמר הריני משלם ומת, אך הריטב"א והתוס' רא"ש לא הזכירו כלל קושיא זו, ופלא הוא שביארו הקושיא במקום שבו לכאורה אין לה מקום כלל ובמקומה לא קשיא להו כלל.

**ועיין היטב בכס"מ** [פ"ח ה"ה משאלה] במה שתמה ע"ד הרשב"א בסוגיין ובחי' הרע"א שהקשה עליו דהכפל של השומר כיון שהפרה שלו לענין הכפל ולא שייך כאן אין אדם מוריש קנס לבניו וכמו שהקשינו לעיל.<sup>179</sup> **בגמ' שילם מחצה וכו' שאל שתי פרות וכו' רש"י פירש** בבעיא דשילם מחצה באמר הריני משלם מחצה ולא יותר וכן בשאל שתי פרות כשאמר הריני משלם אחת, **ויש לדקדק בדבריו** מדוע לא העמידה כפשוטה כששילם מחצה, **וביותר קשה** בבעיא דשתי פרות דלהדיא בגמ' 'שאל שתי פרות' והרי בשאלה לא מהני

<sup>179</sup> **ולכאורה נראה מוכרח מזה** דגדר הקנאת הכפל אינה אשר חוב הכפל הוא לגנב כמש"כ הגר"ח לעיל אלא דודאי חוב הכפל הוא לבעלים שממנו נגנבה והוא מקנה רק הזכות בפרה לכפילה לגוביינא שיוכל הלוקח לגבות במקומו הכפל ולכן דוקא בחיי האב שחייב לו הכפל יכול הלוקח לתבוע אבל במת האב אי אפשר שיתבע הלוקח דמכח הבנים אינו יכול לבוא שאין חיוב כפל ליורשים. אך ג"ז ניהא רק להצד דמקנה פרה לכפילה אך לדעת הש"ך בדברי התוס' דאינו כן לא הועלנו כלום, וכן ללישנא בתרא להסוברים דליכא בזה חוץ ואף גיזות וולדות שלו נמי לא יועיל תירוץ זה דבודאי אינו רק פרה לכפילה אלא קנין גמור, וצ"ע.

אמירת הריני משלם. ויעויין בר"ח שפירש 'שילם מחצה ולא הספיק להשלים הנשאר עד שנמצא הגנב' ואפשר שסובר רש"י דכה"ג ודאי מקנה לו לכה"פ החצי ששילם וספק הגמ' הוא דוקא כשאמר להדיא שמשלם רק חצי. ובבעיא דשתי פרות צ"ל לפי"ז שאמר וגם שילם וכוונת רש"י כנ"ל. ובספר עשרת מונים פירש בדברי רש"י גבי שתי פרות דאי לא אמר כן לא נחשב ששילם אחת מהפרות אלא הדמים עבור מחצת כל פרה. וצ"ל דגם שילם וכן"ל.

בגמ' שאל מן השותפין וכו' ראה ברש"י שפירש דמיירי ששילם לשותף מחצה, וכן בבעיא דלהלן פירש ששילם השותף את חלקו, ולפי זה צ"ל דספק הגמ' הוא ע"ד את"ל, דאת"ל דשילם מחצה בעלמא לא מהני הכא עדיפא ששילם לשותף את כל חלקו, וכן בבעיא השניה שילם האי שותף את המוטל עליו, אבל להצד דשילם מחצה בעלמא קנה מחצה כ"ש הכא דקנה בתרוויהו. וכן מבואר מדברי הריטב"א [בד"ה שאל מן השותפין ובד"ה שותפין ששאלו, עיי"ש ודוק]

ויעויין בחי' הרע"א שהקשה דסו"ס לעולם לא עדיף משילם מחצה לפי שכל פרוטה שמשלם לאחד מהשותפין זוכה בה הלה חצי בשבילו וחצי בשביל חברו ונמצא שכששילם לאחד מהם לא חלקו שילם לו אלא חצי מחלקו וחצי מחלק חברו וכ"א מהשותפים קיבל מחצית חלקו,

והוכיח הרע"א יסוד זה ששותף שגבה מחצה זוכה שותפו בחלקו מדברי הרא"ש, דיעויין ברא"ש בכתובות [פרק מי שהיה נשוי סי' יב] שכתב בשם הרמב"ם דשותף שתבע אדם לדין יכול הנתבע לומר לו לא אדון עמך אלא על חלקך וכשיבוא חברך אדון עמו על חלקו, והרא"ש חולק על הרמב"ם וכתב דמצי אמר ליה שותף אם אדון עמך על חלקי ואגבנו ממך הרי החצי ממנו שייך לשותפי דיאמר לי מאן פלג לך. ולפי זה אף הכא אם גבה השותף מחצה יזכו שניהם באותו חצי דמאן פלג לך.

וכתב הרע"א לחלק בשני אופנים: א) דהתם מיירי כאשר הם שותפים 'בשאר ענינים' ולכן ממון החוב הולך לשותפות אבל כאן מיירי שהיו שותפים בשור זה וכשמת השור ונשאר ממון בלבד הרי בטלה נמי שותפותם וכ"א יש לו מחצה בממון. ב) דהתם מיירי כשמסרו השותפים ממוןם לאדם וכה"ג נשתעבד המקבל לשותפות וזה גופא דין חיובו לשלם לשותפות של שניהם, אבל כאן שחייב מדין מזיק הרי לכתחילה חל חיובו כלפי כל אחד מהם לפי שווי חלקו בשותפות.<sup>180</sup>

ואולם יעויין בחי' המינוחסים להריטב"א [חי' הריטב"א הישנים] שכתב וז"ל מי אמרינן הרי שילם לו כל חלקו כל מה ששאל ממנו ומקני ליה או דילמא כיון דהשותף האחר יוכל לתבוע חלקו (כמה) [במה] שפרע לו זה דלשניהם יש חלק כמה ששלם לו וה"ל כשילם מחצה ולא אקני ליה כפילא עכ"ל. הרי מפורש בדבריו עכ"פ להצד דלא מקנה

<sup>180</sup> ויל"ע בתירוצי הרע"א, דהנה עיקר סברת הרא"ש דמאן פלג לך צריכה ביאור שדין זה שרשו בגמ' לקמן דף סט סוע"א והתם מבואר להדיא דכ"ז הוא בחפצים הצריכים שומא אבל במעות יכול כל שותף לחלוק שלא מדעת חברו, ואם כן הכא למה לא יחלוק לעצמו, אך באמת אין יכול לחלוק מעות שגבה כנגד מעות שיגבה חברו כי אלו שנגבו כבר עדיפי מאלו שיגבו ושמא ישלם לו סובין, ועוד דמאן יימר שיהיה לו לשלם כלל כשיבוא חברו לתבוע. ועדיין צ"ב מדוע לא יחלוק החוב בעצמו בעודנו חוב, וצ"ל שא"א לחלק חוב כי החוב אינו ממון כמו שא"א להקנותו אלא זכות שניהם לקבל ממון אצל זה.

אך לפי זה אין לנו הבנה בתירוצו הראשון של הרע"א דמא איכפת לן שנשתתפו בשור בלבד סו"ס החוב חל כלפי שניהם וא"א לחלקו ולחלק המעות שגבה נמי אי אפשר, וצ"ע. ובתירוצו השני של רע"א יל"ע, שיש מקום גדול לומר דיסוד חיובו של שואל בתשלומין הוא מחמת לקיחתו הראשונה שנתחייב בהשבת החפץ או דמיו אם יאנס וניסוד זה מוכח בכ"מ, ובעיקר בשיטת הראשונים הסוברים דכשאבדה הבהמה באופן שיש ספק אם השואל חייב או פטור הוי כא"י אם פרעתין ואם כן אף בזה נשתעבד לשותפות ממנה נטל כמו דאם החפץ בעין מחזיר לשותפות ממנה נטל, וצ"ע.

לו כפל שבאמת אף הכא זכו שני השותפים בחצי ששילם, אך משמע היטב מלשונו דדין זה פשוט הוא ואעפ"כ יש צד בגמ' דמקנה לו הכפל אף שמה ששילם שייך לשניהם נובהכרח אף להצד דשילם מחצה בעלמא לא מהנין וצ"ב בסברא מה טעם מקנה לו כפל הרי סו"ס לא שילם לו כל חלקו שהרי מה שבידו חציו שייך לשותף השני, וצ"ע.<sup>181</sup>

**ויעוין במאירי** שכפה"נ שנתקשה בקושית רע"א ופירש דמיירי הכא שתבעוהו שני השותפים לדין והוא מוכן לישבע ליפטר משניהם אלא שנותן לאחד מהם שלא יפסיד חלקו וכה"ג אין לשותף השני כלום בחלקו של זה. והוסיף המאירי וז"ל ויראה מכאן שבעל טוב שנתחייב לשני שותפין ופטר עצמו מן הדין ואומר לאחד הריני פורע חלקך שאין הלה יכול לתבוע חלק בה. **עכ"ל**. ויש להתבונן בטעמו של דין זה דסו"ס כשמשלם הרי ממון שניהם הוא דמאן פלג ליה להך שותף, ולא נראה שכוונתו כמתנה בעלמא אלא באמת יש כאן שם תשלום ומ"מ יכול לשלם חלקו זל זה בלחוד כיון שיכול לפטור עצמו בדין, וצ"ע.

**בגמ' שותפים ששאלו וכו' ראה ברש"י** שפירש ששילם המוטל עליו, ולכאורה משמע מרש"י ששותפים ששאלו חפץ ונגנב כל אחד מהם חייב לשלם מחצית, **ויעוין בראשונים** שהביאו דבירושלמי בשבועות פ"ה מפורש דשניהם חייבים לשלם, ולכן פירשו הרמב"ן והרא"ש ושאר בכונת רש"י ששילם המוטל עליו מעיקרו ושמא גם חברו ישלם חלקו ולכן מקנה לו כעת הכפל.

**וכתב הרמב"ן** דבשורש הדין כל אחד מהם חייב מחצה ומדין ערב הוא דחייב לכולה, ולפי זה כתב דלכתחילה צריך לתבוע מכל אחד חצי ורק אם אין לו לשלם הולך אצל הערב, **והביא ראייה לזה** מספ' הגמ' לקמן בדף צו גבי שותפים ששאלו ונשאל לאחד מהם האם הוי שאלה בבעלים כלפי האי פלגא, ואי נימא דכ"א מהם שותף על הכלא מאי הוי שאלה בבעלים ואי סגי בחצי בעלים אם כן אף מהכל יפטר מדין שאלה בבעלים ומאי שנא מחצה דנקט, **ומזה הוכיח** דכל אחד מהם חייבו על חצי והשאר מדין ערב הוא משלם. **ועיין בחי' הר"ן** שהוסיף לפרש עפ"י ספק הגמ' אליבא דרש"י דכיון ששילם כל המוטל עליו מעיקר הדין שמא מקנה לו חלקו אף שלא שילם מה שמוטל עליו מדין ערבות. **וע"ע בפ"י** הר"ן עהרי"ף בשבועות [דף יז ע"א]

**בגמ' שאל מן האשה ראה ברש"י** שפירש ששאל פרה מן האשה והחזירה לבעל, **ונתקשו התוס'** דכששאל מהאשה כאילו שאל מהבעל וכשהחזיר לו הרי החזיר גם לאשה, וכוונתם דכשמחזיר פרה לבעל פשיטא שהאשה זוכה בגוף והבעל בפירות כמו שהיה ואם כן החזיר לשניהם, **ופירשו התוס' אליבא דרש"י** שהחזיר לבעל שווי חלקו בפרה דהיינו הפירות ולא החזיר הגוף כלל. **ואף כאן קשה קושית הרע"א** דלכאורה ודאי שכאשר ישלם לבעל חלקו יזכו הבעל והאשה שניהם כ"א כפי חלקו דמאן שם ליה לבעל חלקו, וראה במש"כ לעיל בזה.

**ויש לעיין בזה** דהכא קשה טפי דלכאורה פשיטא דבעל בעלמא שיבוא לחלק עם אשתו בנכסי מלוג שלה ויאמר לה שלא יאכל פירות מעתה אלא יטול בקרקע חלק כפי שווי פירותיו לא נשמע ליה שזכותו זכות אכילת פירות היא ולא זכות לכלות קרן, ואם כן גם כשבא השואל לשלם דמי הפרה היאך יחלוק הבעל בעל כרחו של האשה ויטול חלק מן הקרן וודאי מסבירא דצריך לשלם שור תחת השור והיה השור

<sup>181</sup> ויש לעיין עוד דהרי ודאי בשילם מחצה ספק הגמ' הוא אם מקנה לו חצי הכפל כמש"כ רש"י להדיא, אבל אין סברא לומר שיקנה לו הכל, ואם כן הכא הרי הנידון הוא האם שותף זה מקנה לו חלקו בכפל והגע עצמך הרי סו"ס שילם לו רבע שהוא חצי חלקו ורבע שילם לשותף השני, ולמה יקנה לו יותר מחצי הכפל ידידה, וצ"ל דספק הגמ' אף כאן הוא על חצי מחלק הכפל של השותף אבל לשון הריטב"א להדיא לא משמע כן, וצ"ע.

לאשה והבעל יאכל פירות. ושמה שאני הכא שכבר הוזקו הנכסי מלוג שלה ואינם בעולם והשואל דמים הוא משלם, ורשאי הבעל לתבוע דמי זכות פירות שהיה לו לעצמו, והאשה תקבל שווי חלקה, ויל"ע בזה.

בגמ' אמר רב הונא משביעין וכו' שמא עיניו וכו' בגמ' לעיל [דף ו ע"א] מובאת מימרא דרב ששת דשלש שבועות נשבע כל שומר שלא פשע בה ושלא שלח בה יד ושאינה ברשותו. ומימרא דרב הונא כאן באה להוסיף דין אחר דהתם מיירי כאשר אין השומר רוצה לשלם וצריך לישבע כדי ליפטר ואנו חוששים שלש חששות שמא הוא ברשותו ושמא פשע ושמא שלח בה יד, אבל כאן מיירי כשהוא משלם ורק דהחשש שמא נתן בה עיניו ורוצה לשלם בעדה וחידש רב הונא דגם בזה נשבע.

**ויש לברר הדין בשבועת אינה ברשותו** אם היא דאורייתא או דרבנן, ושאלה זו נחלקת לשתיים: (א) בעיקר דין שבועת אינה ברשותו כשאינו משלם אם היא דאורייתא. (ב) בגוונא דהכא דמשלם אם היא דאורייתא.

**יעויין ברא"ש בשבועות** [בסוף כל הנשבעין סי' יט] שכתב דשבועה דידן תקנת חכמים היא ואע"כ דא"ר ששת שלש שבועות וכו' דמשמע דמדאורייתא היא התם כיון שנשבע שלא פשע ולא שלח יד אגבן נמי נשבע שאינו ברשותו. ובפשוטו כוונתו דנשבע שאינה ברשותו על ידי גלגול. **וכן כתב בחי' המיוחסים להריטב"א** בסוגיין דעיקר שבועת אינו ברשותו הוא 'כעין גלגול' וכוונתו שאין לומר שהוא גלגול ממש דבגלגול אף דמגלגלין בטענת שמא אבל התובע צריך לכה"פ לתבוע השבועה והכא אין צריך אלא ב"ד מחייבין אותו לישבע. וצ"ב הגדר בזה.

**ואולם הרמב"ם** [בפ"ד מפקדון ה"א] כתב דשומר נשבע ונפטר ומגלגלין עליו בתוך השבועה שלא פשע בה ולא שלח בה יד. **וביאר המ"מ שם** דלהרמב"ם הוא להיפך דעיקר שבועת התורה היא שבועה שאינה ברשותו ושאר שבועות הן על ידי גלגול.<sup>182</sup> וכ"כ הש"ך [בסי' סו סקכ"ד] בדעת הראב"ד. וע"ע בקצה"ח [סי' סו סקמ"ד וסקמ"ה]

**וגבי שבועה דאינה ברשותו היכא דמשלם** שזה הדין שנתחדש בסוגיין וכנ"ל **יעויין ברמב"ם** [בפ"ו ה"א] משאלה שכתב דשבועה זו תקנת חכמים היא. **וכ"כ הר"ן בשבועות** [דף כג ע"ב מדפי הרי"ף ד"ה גמ'] **והרא"ש בשבועות הנ"ל**. **והתומים דייק מלשון ספה"ת** [שער מט ח"א והובא בתומים סי' עב סקמ"ו] שמשמע שהיא שבועת התורה. **ובחי' המיוחסים להריטב"א בסוגיין** הובאו שתי שיטות בזה אם הוא מדאורייתא או מתקנה, ולהלן שם כתב דאם הוא דאורייתא הטעם הוא משום גלגול ואף היכא דמשלם ואינו נשבע מ"מ נשארה

<sup>182</sup> ותימה גדולה בדברי המ"מ שבפ"ה ה"ו מטוען סתר משנתו וכתב דשבועה שאינה ברשותו להרמב"ם היא על ידי גלגול. וזה להיפך מדבריו הנ"ל והמשמעות הפשוטה של דברי הרמב"ם בהל' שאלה. ותמהו בזה הלח"מ בהל' שאלה שם והש"ך בסי' סו סקכ"ד עיי"ש וצ"ע.

ומלשון הטור בריש סי' רצד נראה שפירש גם בדעת הרא"ש והתוס' בב"מ דף ו כהרמב"ם דעיקר שבועה היא שאינה ברשותו וצ"ע מדברי הרא"ש שהובאו בפנים וגם מה שהביא מהר"י צ"ע דלכאורה כוונתו למש"כ התוס' דבמקום עדי גניבה אינו צריך לישבע שלא שלח בה יד ששבועה זו היא על ידי גלגול אבל בפשוטו כוונת התוס' דהוא גלגול על שבועה שלא פשע בה ולא על שבועה שאינו ברשותו. ועיי"ש בב"י וצ"ע. ומדברי הטור עצמו בסי' שה משמע להיפך דשבועה שלא פשע בה היא העיקרית ואינה ברשותו היא גלגול ועמד בסתירה זו בלח"מ [פ"ד משאלה ה"א] עיי"ש מש"כ בזה.

ומשמעות דברי הר"ן בשבועות [דף כג ע"ב מדפי הרי"ף בס"ה כמ' וכו'] שאף במקום שאינו משלם נשבע מתקנת חכמים וזו דרך שלישית שממש"כ בפנים עולה דבין להרא"ש בין להרמב"ם הוי דאורייתא רק דנחלקו אם מעיקר השבועה היא או על ידי גלגול, ואילו להר"ן משמע דתקנת חכמים היא, אך נראה דאין זו סתירה דהר"ן מיירי שם בציור שאין שבועות אחרות וכה"ג ס"ל שהיא תקנת חכמים דלא עדיף כשאינו משלם מאשר כשמשלם, ודוק.

עליו שבועה שאינה ברשותו. וע"ע בחי' הגר"ח החדשים בסוגיין [סי' לו וסי' לח] מש"כ בשיטות הריטב"א והרמב"ם.

**ויעוין במאירי שהביא שנחלקו בזה ראשונים** ומדבריו נראה שהשווה דין השבועה היכא דמשלם להיכא שאינו משלם ולא נחת לחלק בזה וצ"ע.<sup>183</sup>

**עלה בדינו: עיקר שבועת אינה ברשותו** להרמב"ם כפי שפירש המ"מ בהל' שאלה הוא דאורייתא גמור ועיקר שבועה, להרא"ש בשבועות ולהמיוחס להריטב"א בסוגיין הוא דאורייתא ומדין גלגול, לשיטה אחת במאירי הוא תקנת חכמים. **ושבועה היכא דמשלם** כתבו הרמב"ם הרא"ש והר"ן שהיא תקנת חכמים, המיוחס להריטב"א כתב שהיא שבועת גלגול, ושיטה אחת במאירי סוברת שהיא דאורייתא ומעיקר הדין כמו כשאינו משלם.

**ויעוין בתומים** [סי' עב סקמ"ו] שהקשה בסתירת דברי הרמב"ם במק"א שמוכח שהוא מן התורה אף במשלם. **ועיין בחי' הגר"ח הנ"ל** מש"כ בזה.

**ויש לעיין בשיטת הרמב"ם ודעימיה** דאם כשאינו משלם הוא מן התורה למה נאמר שכשהוא משלם אינו אלא מדרבנן, ושבועת התורה להיכן הלכה. **ובפשוטו היה נראה** דשבועת התורה אינה אלא על חשש חמדת הממון עצמו שמא אינו רוצה לשלם אבל במקום שמשלם והחשש שמא עיניו נתן בה על זה לא מצינו שהטילה תורה שבועה. **ועוד יש לפרש** דכאשר משלם וכל הנידון הוא על גוף הממון אין זה חשוב כלל כתביעת ממון שהרי משלם את הממון אלא דחיישינן שמא מעכבו אצלו והרי סו"ס אין בזה הפסד ממון למפקיד אלא הפסד דבר החביב עליו והוא כמו פחות מש"פ וגריעא מיניה. **אך יעוין בקצה"ח** [בסי' עג סק"ב] שכתב סברא זו ושלל אותה והביא בזה ראיה נפלאה מדברי התוס' לעיל [דף ב ע"ב] גבי מוכר שקיבל מעות משתי לוקחים והנידון מי זכה בחפץ שהקשו שם התוס' שיהיה המוכר כעד אחד וישבע המוכחש על ידו שבועה דאורייתא והתם נמי אין נידון על הכסף אלא על הבעין של החפץ. וחזינן דכה"ג הוי ממון לישבע עליו.

**ולכן ביאר הקצות** באופן אחר דעיקר שבועת התורה היא כדי שירדו לנכסיו אם לא ישבע והכא אם לא ישבע אי אפשר לירד לנכסיו שהרי בלא"ה משלם והנידון הוא על גוף החפץ ובזה לא שייך ירידה לנכסיו, אבל שבועה דרבנן אינה כדי לירד לנכסיו שהרי הכלל דברבנן לא נחתין לנכסיה אלא משמתנין ליה וזה שייך גם בשבועה זו שאינה ברשותו, וצ"ב מש"כ שהשבועה היא כדי לירד לנכסיו דהשבועה היא כדי להרחיק חשש שקר או כדאיתא בגמ' לקמן להפסיק דעת בעה"ב ומאי נ"מ אם יש ירידה לנכסים או לא, **ואולי כוונתו** דגדר השבועה הוא שבע או שלים וזה אי אפשר שיהיה בשבועת אינה ברשותו היכא דמשלם, וצ"ע.

<sup>183</sup> עיי"ש שהביא שהרמב"ם כתב שהיא תקנ"ח, וזה קאי בהכרח אהיכא דשילם, וכתב די"א שהיא מן התורה ואף שאין לה מקור מפורש בפסוק מסברא ודאי נשבע גם על זה עיי"ש ומבואר דקאי על עיקר הדין וכן ממ"ש להלן שם שהנ"מ אי נחתין לנכסיה וזה ודאי מיירי כשאינו משלם דבמשלם לא יועיל ירידה לנכסיו כלום, ומכ"ז מבואר שהשווה הדין היכא דמשלם או לא, וצ"ע מש"כ בדעת הרמב"ם שהוא תקנה ומשמע דאף באינו משלם וכו"ל מדברי הרמב"ם שהבאנו בפנים בפ"ה.



## דף לה ע"א

ההוא גברא דאפקיד כיפי וכו' לא ידענא פשיעותא וכו' עיין בחי' הריטב"א [החדשים] שדקדק מתיבת כל דאפילו אם אומר השומר שבודאי הניחו במקום המשתמר וכעת אינו יודע היכן הניחו חייב שהיה לו להניחו במקום שיוכל ליתנו כשיתבענו ממנו. ויעויין במאירי לקמן [דף מב ע"א] שהביא שיטה החולקת וסוברת שכל שברי לו שהניחם במקום המשתמר פטור דאבידה היא.

ומדברי שניהם למדנו שגם אם החפץ מונח במקום המשתמר מ"מ כיון שאין השומר יכול להשיבו לבעליו הרי זה חסרון המחייב בתשלומים אלא דלהריטב"א חשיב פשיעה והי"מ במאירי סברי דהפשיעה היא רק באופן שאין ידוע לו היכן הניח.

אך להלן בגמ' גבי שומא בטעות פירש רש"י דסבור היה שאבדו והרי לא אבדו, ומשמע מדבריו שאם היינו יודעים שהוא בביתו לא היה חייב כלל לשלם ולא נתחייב בדין אלא מפני שהיו סבורים שאבדו. וכ"מ בר"ח. ולדרכם לכאורה צריך לפרש דכשאמר לא ידענא לא ידע כלל אם הם בביתו אבל כשברור לו שהניחם במקום המשתמר פטור ודלא כהריטב"א, וקצ"ע כי הריטב"א עצמו הביא להלן לרש"י והר"ח והשיגם שם מטעם אחר, ולא בעיקר סברתם, ואין הדברים מחוורים וצ"ע.

עוד למדנו מדברי הריטב"א דהפשיעה אינה במה ששכח אלא במה שהניחם במקום כזה שאינו יכול למצאו כשצריך לו.<sup>184</sup> והנה העולם מקשים אסוגיין מדברי הנמו"י בב"ק דאיתא שם בגמ' [דף כו ע"ב] דמי שהיתה לו אבן בחיקו ושכח וקם ונפלה והזיקה פטור מד' דברים, וכתב הנמו"י שם דמה שהניח האבן בחיקו לא היה פשיעה כי היתה שמורה והשכחה עצמה גם לא חשובה כפשיעה ומה למד דמי שלא התפלל בעוד היום גדול ואח"כ שכח חשוב כאונס. והקשו מסוגיין דמבואר דהשכחה חשובה כפשיעה. ולדברי הריטב"א אין כאן מקום קושיא דבאמת לא השכחה הפשיעה אלא ההנחה במקום שהניח. אכן מדברי כמה ראשונים נראה שהבינו הגמ' כפשוטה דעצם השכחה ואי הידיעה של מי שמוטל עליו לדעת הוי פשיעה.<sup>185</sup>

יעויין בנתיה"מ [בסי' רצא סקי"ד] שחידש שחיובו לא בלבד משום פשיעה בשמירה אלא חשיב כמזיק בידים שאם הולך אדם לבית חברו ונוטל חפצו ומטמינו ברשותו במקום שא"א למצאו חשיב כמזיק בידים וה"ה הכא כשהטמין השומר את החפץ ואח"כ אינו מוצאו הוי מזיק בידים, וכתב נ"מ בזה דאף היכא שהיה שמירה בבעלים דקיי"ל דפטור בפשיעה כה"ג חייב לשלם מדין מזיק. וייל"ע בזה דהתינח במטמין שלא ברשות ושלא בידיעת הבעלים הרי כשטמין הוא מזיק בידים כי אין ידוע לבעלים מקומו אבל הכא שהוא שומר והטמין לרצון הבעלים ודאי בשעת מעשה לא היה מעשה מזיק ומה ששכח אח"כ אינו אלא פשיעה, וייל"ע בשומר שמת ואין בניו מוצאים את החפץ דלדעת הנתיבות הרי השומר מזיק בידים ויורשיו חייבים לשלם וצ"ע [והוכיח כן הנתיה"מ שאם לא כן נפקד האומר איני יודע אם החזרתי דקיי"ל דחייב לשלם אם יהיה באופן שמסר לו השמירה בבעלים יהיה פטור וזה לא שמענו. וראה בהערה בביאור הראיה.<sup>186</sup> ואמנם לכאורה הפרש גדול יש בין נכנס לבית חברו ומטמין לדחא שכן הרי בשעה שהטמין ידע היכן הוא מטמין ואין כאן מעשה מזיק כלל והתם

<sup>184</sup> וייל"ע דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע ואם לא יזכור היכן קברם היאך ימצאם וצ"ע.

<sup>185</sup> ראה ברשב"א לקמן דף לו ע"א גבי שנים שהפקידו בכרך אחד שהנפקד פשע הואיל ועליו רמיא למידע וכל לא ידענא פשיעותא היא, וע"ע בתשב"ץ ח"א סי' קנו ושו"ת רדב"ז ח"א סי' קכט.

<sup>186</sup> הדין פשוט דנפקד שאמר א"י אם החזרתי חייב לשלם. והנה אי נימא דכאשר החפץ אצלו ולא חזר חיובו מצד פשיעה בלחוד נמצא דכל חיובו של השומר הוא מחמת דין פשיעה המחייבו לשלם, והשתא היכא דמסר לו בבעלים דקיי"ל דפשיעה בבעלים פטור לא ישלם. וזה לא מסתברא ליה להנתיבות.



אמנם הוא יודע אבל בידיעתו ידידה אין החפץ חשוב שמור לבעליו אבל כאן שהוא השומר והוא יודע אין כאן כלל נזק, אך אפשר דמצטרף הטמנתו כעת עם שכחתו למחר לחייבו כמזיק בידים, וצל"ע.

**ולפי** מה שלמדנו לעיל מדברי רש"י דאם אנו יודעים שהכיפי בבית השומר אינו חייב לשלם כלל מבואר להיפך מסברת הנתיחה"מ ולא רק מזיק בידים לא הוי אלא אין כאן חיוב כלל אף בדיני השומרים, וצל"ע.

**בגמ' לימא וכו' שומא הדרא וכו' דע כי בקושי הגמ' כאן נחלקו רבותינו הראשונים במחלוקת עמוקה בשורש הסוגיא כמו שיתבאר להלן, וגם הבנת תי' הגמ' תלויה במחלוקת זו כמושי"ת בע"ה. ומחמת שהענין עמוק וסתום הוצרכנו להרחיב ולפרש יותר מדרכנו בחיבור זה.**

**להס"ד נקטה הגמ' דאלמלי דין שומא הדרא נשאר הכיפי ביד שומר והאפדנא ביד בעלים** נובסמוך יתבאר דבתי' הגמ' נחלקו ראשונים אך להס"ד הוא כן לכו"ע **שהרי דין שומא הדרא** אינו מעיקר דינא אלא משום ועשית הישר והטוב, כדלהלן בגמ'. ולכן הבינה הגמ' דמה שהאפדנא והכיפי חוזרים לבעליהם הוא מדין שומא הדרא. **ולכאורה בפשוטו** כיון שהאפדנא מן הדין נשארת אצל הבעלים והכיפי אצל השומר אם כן מרויח השומר את היוקרא דכיפי שהרי הם נשארים ברשותו וזכה בהם אחר ששילם דמיהם. ורק דמדין שומא הדרא כשחוזרים הכיפי לבעליהם אז מפסיד השומר את היוקרא. וכך נקטו הראשונים למושכל ראשון.

**ונתקשו רבותינו הראשונים כולם** שדין שומא הדרא בעלמא נאמר כאשר הלווה ששילם שדהו רוצה אותה בחזרה ונותן מעות אבל כאן הרי בודאי השומר אינו רוצה כלל בחזרת האפדנא כי השתא כשלא חוזרת יש לו היוקרא וכנ"ל אבל אם תחזור אליו האפדנא יפסיד היוקרא ובודאי שאינו חפץ בדבר ואינו תובע האפדנא שלו כלל אלא להיפך הבעלים הם שרוצים הכיפי והשומר מסרב ליתן להם.

**ויעויין ברמב"ן ברשב"א ובריטב"א** שהביאו שיש שתירצו בדברך את"ל קאמר היינו דכוונת הגמ' דאי נימא דבעלמא שומא הדרא אז אפשר לחדש דגם שלא ברצון הלווה חוזרת וכדבר נחמן אבל אי שומא אפילו ברצון הלווה אינה חוזרת ודאי קשיא מילתא דרב נחמן.<sup>187</sup> **והרמב"ן עצמו וכן שא"ר תירצו** דהכא אף אלמלי דין שומא הדרא היה היוקרא חוזר לבעלים כי לא הקנה לו את היוקרא כיון דאטרחיה לבי דינא. ואם היה השומר רוצה לעכב הכיפי אצלו צריך לשלם את היוקרא ידידו לבעלים ולכן השומר תובע האפדנא שלו.

**ותירוצ זה מופיע בראשונים בשני סגנונות:** דהא כיון דאמרינן דלא מקני ליה רווחא משום דאטרחיה בבי דינא ועל כרחך כיפי הדרא א"נ רווחא דאיקור דהא לא מקני ליה מידי מודנפשיה, ניחא ליה לנפקד דתיהדר ליה אפדניה, ואי לא בעי ליהדריה לפקדון ויהיב ליה היאך דמי אפדניה כדשמו ליה מעיקרא. **עכ"ל** הנה נראה מדבריו שמסתפק בדבר זה אם נאמר דהכיפי עצמם ודאי חוזרים כיון שלא הקנה לו כלום ואף אלמלי דין שומא הדרא - וכגון שאין השומר רוצה האפדנא - היו הכיפי חוזרים אלא שהאפדנא לא היתה חוזרת והיה הבעלים מקבל הכיפי שלא הקנה אותם והאפדנא שזכה בה כדין ומשלם לשומר דמי אפדנא. או שאף הכיפי נשארים ביד השומר

<sup>187</sup> תירוצ זה לכאורה תמוה מאוד דהיאך נאמר שכשהלווה אינו רוצה תחזור אליו השדה וכל ענין שומא הדרא הוא משום ועשית הישר והטוב או אף מטעם אחר אבל סו"ס הרי הגבה לו שדהו וקיבלה המלוה ומאיזה כח יוכל המלוה להחזירה לו. אך יש לומר דכיון שללווה יש זכות להחזיר לעצמו השדה ויתבאר להלן בדעת הרמב"ן ושא"ר דאף כשנתייקרה יכול לפדותה בדמי המקח ולהרויח היוקרא, אם כן אין סברא שתהיה יד המלוה על התחתונה ולכן יוכל גם הוא לבטל המקח של השדה שאם לא כן לוקה בכפלים שאם תחול יפסיד ואם תוקר יפדה הלווה ואיזה פירעון חוב הוא כשנעשה באופן כזה, ולכן ס"ד דשניהם יכולים לבטל הגוביינא. נובאמת שהוא תימה גדולה אליבא דאמת וכבר נתקשה בזה הרא"ש כמושי"ת להלן

ורק דהיורקרא חוזר לבעלים ואם יאבה השומר להשאיר אצלו הכיפי ולהשאיר האפדנא ביד הבעלים ישלים לבעלים דמי היורקרא

**ויעוין ברשב"א ובריטב"א [החדשים]** ששם הוזכר רק האופן הראשון היינו שהכיפי ישארו ביד השומר למעט היורקרא דידהו והאפדנא ביד הבעלים.

**ונפרש תחילה המהלך הראשון של הרמב"ן.** אשר לכאורה זה פלא רב דממ"נ אם בטלה הקנאת הכיפי היאך יזכה הבעלים באפדנא. ונראה מבואר מדבריו יסוד גדול בסוגיין, והוא דיש כאן שני נידונים נפרדים דמה שהוא משלם עבור הכיפי באיזה אופן שלא יהיה זה גורם שיקנה לו הכיפי וזה בטל כשנמצאים הכיפי, ומלבד זה יש עוד נידון דכיון שהיה חייב לשלם ולא היו לו מעות ומכר לו האפדנא בתמורת החוב הרי יש כאן מכר של האפדנא והוא מכר נפרד תמורת הדמים ולא תמורת הכיפי עצמם אלא תמורת דמי הכיפי ולכן אפשר שאף שהכיפי חוזרים לבעליהם עדיין מכר האפדנא קיים. ועל זה אמרה הגמ' שומא הדרא ושומא בטעות.

**ולדרך זו מהלך דברי הגמ' מחזור מאוד** אשר באמת פשיטא להגמ' דהכיפי שייכים לבעליהם לרבות היורקרא ולא ס"ד כלל לרדן בזה בדין שומא הדרא ושומא בטעות, אך מ"מ מקח האפדנא הוא ענין לעצמו מדאמר רב נחמן שהאפדנא חוזרת למדנו דשומא הדרא וקמ"ל דשומא בטעות הוא.

**ונמצאנו למדים לדרך זו** דמדינא ודאי לא שייכים הכיפי לשומר ואמנם נראה דודאי כשמשלם עבורם ראוי שיהיו שלו אך כשנמצאו בודאי של הבעלים הם [ויבואר ענין זה להלן] וכל נידון הסוגיא דשומא הדרא ושומא בטעות הוא לענין האפדנא בלבד.

**והדרך השניה המבוארת ברמב"ן ושכן כתב הרשב"א צריכה עיון רב,** דלפום פשטא זכית השומר בכיפי היא מעיקרא דדינא כיון ששילם עבורם, שהרי מפורש בגמ' דהכא אין הבעלים רוצה להקנות לשומר כיון דאטרחיה ואם כן מאי ס"ד שהכיפי של השומר וע"כ דמעיקר הדין הוא כן כיון ששילם עבורם. אך אם כן **דברי הראשונים מחוסרי ביאור** דאם כן פשיטא שהיורקרא היא של השומר שהרי זכה בכיפי מעיקר הדין כששילם עבורם ושלו נתייקר. והטעם שכתב הרמב"ן דהבעלים אינו מקנה לו היורקרא אינו מובן כלל שהרי אינו קונה מחמת שעשה לו הבעלים טובה אלא מעיקר הדין הכיפי שלו כשמשלם עבורם. ועל כרחין לא ימלט מלומר שסוברים הראשונים שמעיקר הדין אינו זוכה בכיפי כלל מעיקר הדין ולומר שהבעלים מקנה אותם גם זה נשלל שהרי אטרחיה לבי דינא ומדוע אם כן ישארו הכיפי ביד שומר. **והנה בדברי הריטב"א** נתבאר מהלך בזה בשם הרא"ה, אך לאחר העיון נראה דאי אפשר לפרש כן בדעת הרמב"ן והרשב"א כלל, וכמושי"ת להלן בהרחבה עם דברי הריטב"א, **ולכן נראה דאף להצד שכתב הרמב"ן** שהכיפי נשארים אצל השומר וכן בדברי הרשב"א אין כוונתם דבאמת הבעלים מקנה הכיפי וכן"ל אלא דכוונתו דהדבר תלוי ביד השומר אם רוצה דמים או כיפי והיינו דהאפדנא שייכת לבעלים אלמלי יתבענה השומר בדין שומא הדרא, והכיפי אף הם של הבעלים אלא שאפשר שיתרצו שניהם שישארו ביד השומר למעט היורקרא וישלם לו הבעלים דמים או ישארו ביד השומר. [ואפשר שיכול הבעלים להשאירם ביד שומר בעל כרחו שהרי מעיקרא היה המקח בעד הכיפי וצ"ע בזה] **וע"ע באבהא"ז** [בפ"ח משאלה ה"א] מש"כ בזה.<sup>188</sup>

<sup>188</sup> האבהא"ז תפס דברי הרשב"א כפשוטם שהכיפי שייכים לשומר וכתב דהוא דינא דאורייתא כיון ששילם עבורם ורק דהרשב"א סובר דמ"מ היורקרא שייך לבעלים, ואין הדברים מובנים כלל דאם זכה בהם מדינא היאך יהיה היורקרא של הבעלים וצ"ע. ודרך נוספת כתב דהרשב"א מיירי ביוקרא דאירע קודם התשלום וזה דוחק גדול בסתימת הסוגיא. ובחי' הריטב"א מפורש שנתייקרו אחר התשלום וכן מוכח במיוחס לריטב"א וכן סתימת הראשונים.

ויעויין היטב בכ"ד הריטב"א [החדשים] בסוגיין שביאר בשם רבינו ז"ל וכוונתו להרא"ה.<sup>189</sup> שנקט דהכיפי שייכים לשומר מצד שהבעלים ברצונו הקנה לו את הכיפי בעבור ששילם לו דמי האבידה. והיינו שסובר הרא"ה דודאי מדאורייתא חוזרים הכיפי לבעלים והאפדנא לשומר וכמש"כ לעיל בדברי הרמב"ן אבל הכא משום הקנאת בעלים נגעו בה. **אלא דזה קשה טובא** שהרי הגמ' כבר אמרה שאין הבעלים מקנה לו היוקרא ומהיכי תיתי שאת הגוף עצמו מקנה לו, ויעויין בריטב"א שפירש מהלך מחודש בדברי הגמ' והוא דכעת סברה הגמ' דאף דאטרחיה לבי דינא אמנם אינו מקנה לו היוקרא אבל גוף הכיפי מקנה לו למרות שהטריחו. **אך לפי זה צ"ב תירוץ הגמ'** דמאי משני שומא בטעות הרי הבעלים עצמו מדעתו הקנה לו וכמו דפשיטא שהקנאת הכפל קיימת אף אם חזרה הפרה בעין כך גם הקנאת הגוף שהיא כעין מתנה לשומר עבור ששילם אינה חוזרת, ואדרבה כד אמרינן שרוצה להקנות הגוף לשומר הגע עצמך מה תועלת יש לשומר בגוף אם לא ימצא לעולם ועל כרחין שכוונת הבעלים להקנות לו אף אם ימצא ומה שייך כאן שומא בטעות כלל הרי זה גופא מה שרצה להקנות לו.

**ובאמת יעויין בריטב"א שביאר** בתי' הגמ' דעיקר התירוץ הוא דבאמת אף את הגוף אין הבעלים רוצה להקנות כיון דאטרחיה לבי דינא וחוזרת בה הגמ' מההנחה של המקשן דגוף מיהא מקנה לו. **ונמצא שעיקר הס"ד והמסקנא של הגמ'** אינם אם הכא הוי שומא בטעות אלא בדין משנתינו האם בדאטרחיה לבי דינא אף דיוקרא אינו מקנה לו שמא גוף עצמו מקנה לו, ואם כן מוכח מדר"נ דשומא הדרא, וקמ"ל דאף את הגוף אינו מקנה לו.

**ומהלך הריטב"א צ"ב מכמה אנפי:** **חדא** דתירוץ הגמ' עיקרו חסר מהספר. **ועוד** דאם כן מה צורך יש לדין שומא בטעות הרי מעיקר הדין בלא"ה מעולם לא קנה והבעלים לא הקנה לו ואי"ז שומא כלל. **גם עצם ההנחה** שהבעלים מקנה לשומר את הגוף צ"ע, שאמנם למדנו בסוגיא לעיל מחלוקת ראשונים בזה דלדעת הרמב"ם ודעימיה אינו מקנה הגוף ולדעת התוס' ושאר משמע שמקנה הגוף אך שם היה נראה דכל מה שמקנה הגוף הוא כדי שיוכל להקנות את הכפל, כדמוכח מדברי הרשב"א בגטין שהקשה מדוע לא תירצה הגמ' דמקנה פרה לכפילה ותיריך דא"א להקנות פרה לכפילה שאין הכפל יוצא מהגוף, הרי חזינן דמקנה לו הגוף כדי שיקנה הכפל וכן פשטות הדברים ואילו מדברי הריטב"א חזינן להיפך לגמרי דאפילו באטרחיה שכבר אינו מעוניין כלל להקנות לו שבח דיוקרא מ"מ הגוף עצמו מקנה לו. **וב"ז צ"ע רב,** ואין בידינו לבאר מהלך הריטב"א בדרך ברורה, וראה עוד בהערה.<sup>190</sup>

<sup>189</sup> ואין כוונתו להרמב"ן שמכונה אצלו 'רבינו הרמב"ן' או 'רבינו הגדול', ו'רבינו' הוא הרא"ה כגון לעיל דף לא ע"ב 'וכן דעת רבינו בשם רבו הרמב"ן ז"ל' וכן שם בע"א ובמקומות רבים אחרים.

<sup>190</sup> עיקר התמיה בדברי הריטב"א מדוע הזכירה הגמ' כלל שומא בטעות ולא זהו התירוץ ובוה היה נראה ליישב, דאלמלי דין שומא בטעות היתה האפדנא נשאת ביד הבעלים והיה משלם דמים לשומר וכמו שסובר הרמב"ן להס"ד כמשנ"ת לעיל, ולכן לא סגי להגמ' לתרץ מדוע הכיפי אינם של השומר דסו"ס יאמר הבעלים אמנם הכיפי שלי אבל מכרת לי האפדנא בדמים והא לך דמי האפדנא, ומדאמר רב נחמן הדרא אפדנא יהיה מוכח דשומא הדרא ולזה אמרינן דאחר שהכיפי בלא"ה חוזרים כי אינו מקנה אותם הוי האפדנא שומא בטעות כי לא מכר לו אלא בעבור חוב הכיפי ועתה אינו חייב דמי הכיפי.

אך מהלך זה אינו נוח דהנה יש לשאול מדוע הוצרך הריטב"א לכל הדוחק הזה שהבעלים מקנה לו הגוף להס"ד ומסקנא חזרה בה הגמ' מזה, ולמה לא פירש כדברי הרמב"ן שאלמלי שומא הדרא היה הכיפי והאפדנא ביד בעלים והיה משלם לשומר דמים, ועכצ"ל דסובר הריטב"א שזה דבר שאי אפשר שאם בטל מקח הכיפי בטל גם מקח האפדנא שנמכרה האפדנא תמורת הכיפי ולא יתכן שתישאר ביד בעלים וישלם דמים לשומר, ואם כן למסקנא כשחזרה בה הגמ' ואמרה שהכיפי שייכים לבעלים אין צורך לדין שומא בטעות, והדרא קשיא לדוכתא.

**ולעיל נקטנו** בדברי הרמב"ן בהאופן השני וכן בדברי הרשב"א שהכיפי שייכים לבעלים ורק ברצונו ישארו אצל השומר, **והנה לכאורה** היה מקום לפרש בשיטת הרשב"א והרמב"ן כהריטב"א, **אך נראה דאינו כן** שהראשונים האלו לא הזכירו כלל אף ברמז סברא זו שאת הגוף עצמו מקנה לו להס"ד גם הרמב"ן בביאור תי' הגמ' הסביר באורך ענין שומא בטעות ולא הזכיר כלל שהגמ' חזרה בה מאיזה הנחה שמקנה לו הגוף והיאך השמיט ביאור עיקר תירוץ הגמ', **ולכן נראה** בכוונת דבריהם כמש"כ לעיל ודוק.

**עלה בידינו דרך הרמב"ן ושאר** שאין כלל נידון בסוגיא אם מעיקר הדין זכה השומר בכיפי וזה פשוט שאינו זוכה וכל נידון הסוגיא הוא מחמת הקנאת הבעלים. **ובאמת יעויין עוד בריטב"א** שבתחילת הדברים כשהביא קושית הרמב"ן דמדוע הכא ירצה השומר לחזור בו אם היוקרא שלו הוסיף הריטב"א עוד קושיא דהיאך ס"ד כלל שיזכה השומר בכיפי הרי הבעלים לכתחילה לא רצה להקנותם ואם תאמר שלאחר ששילם נתרצה להקנות [והיינו דבאטרחיה לבי דינא הוא סברא שמעיקר בשעת משיכה לא רצה להקנות לאופן כזה של תשלום אבל במעמד התשלום עצמו נתפייס ורצה] זה אי אפשר כי אין לו דרך להקנות הכיפי שאינם ברשותו. **ומבואר להדיא** דלומר שזכה בהם בלא קנין מעיקר הדין לא עלה על דעת אלא משום הקנאת בעלים לחוד ובזה נתקשה דהרי אינו רוצה להקנותו [ותירץ דאף שאת היוקרא אינו מקנה גוף עצמו מ"מ מקנה וכו'ל] **אלא שכפה"נ** שנחלקו הרמב"ן עם הרא"ה והריטב"א אם הגמ' דנה רק על האפדנא או גם על הכיפי מכח הקנאת הבעלים מרצונו אבל ברור לכו"ע שמעיקר דין דאורייתא הדרי כיפי למרייהו.

**אבל יעויין בחי' המיוחסים לריטב"א** [הישנים] שעמד שם בקושית הראשונים דשומא הדרא הוא כאשר ירצה הלווה והכא השומר אינו רוצה, **והביא את פירוש הראשונים** אשר היוקרא שייך לבעלים בלא"ה ולכן השומר רוצה להחזיר הכיפי כי את היוקרא ממילא אין לו. **ותמה על פירוש זה** דאי שומא לא הדרא הוי כמכר גמור, ואמאי יחזיר את היוקרא לבעלים. **ונראה מקושייתו** שהבין כדבר פשוט דמעיקר הדין הוי כמכר דכיון ששילם על הכיפי זכה בהם לגמרי ושלו הם לכל דבר.

**ולכן ביאר המיוחס להריטב"א** מהלך מחודש בדברי הגמ' דבאמת השומר אינו רוצה כלל להחזיר המקח אלא להיפך הבעלים רוצה ליתן האפדנא וליקח הכיפי שנתייקרו. וכמו דבעלמא רשאי הלווה ליתן מעות וליקח את שלו שאדם רוצה בקרקעות שלו ה"נ הכא אי שומא הדרא רוצה הבעלים בכיפי שלו ומחמת זה תובע את השומר שיחזיר לו הכיפי.

**וכפירוש זה מבואר בכ"ד הר"ח בסוגיין** שפירש להדיא שהשומר אינו רוצה בחזרה כי היוקרא דכיפי שלו והבעלים תובע לעצמו הכיפי בחזרה מדין שומא הדרא הרי מבואר ככ"ד המיוחס להריטב"א. **ומפורש בדברי הר"ח** שזכית השומר בכיפי היא מעצם הדין מחמת ששילם עבורם שהתשלום מקנה לו את הכיפי דבר תורה.

**וכתב המיוחס להריטב"א** דלפי פירוש זה אפשר ללמוד מדברי הגמ' שני חידושים לדינא: האחד דאף במטלטלי שומא הדרא כגון לווה ששילם מטלטלי בחובו שיכול לפדותם במעות, שהרי הכא בעל הכיפי תובע לפדותם. **ועוד** דאף כשנתייקרה הקרקע ביד המלוה אחר הגוביינא מ"מ רשאי הלווה להחזיר השומא ואינו משלם את היוקרא למלוה, שהרי הכא נתייקרו הכיפי והבעלים תובע את הכיפי לרבות יוקרא.

---

ויש לומר בדוחק דס"ל להריטב"א דסברת שומא בטעות פשוטה היא מאוד ולכן ממה שרצתה הגמ' להוכיח ששומא הדרא על כרחין שהכיפי באמת שייכים לשומר ואין כאן שומא בטעות ותי' הגמ' דאינם שייכים לשומר וממילא הדרא דינא דהוי שומא בטעות כדפשיטא לן מעיקרא, אך לפי זה עיקר תי' הגמ' חסר מאוד מהספר וצ"ע.

ובשני חידושים אלו יעויין בטוש"ע [סי' קג ס"ט] שפסק הטור ושו"ע דבמטלטלי ליכא דין שומא הדרא ואין חולק שם על דין זה, ודלא כהמיוחס להריטב"א. ועיין שם להלן לגבי יוקרא דנחלקו הראשונים כאשר נתייקרה ביד מלוה די"א דשומא הדרא ונותן לו הלווה מעות שחייב לו בלבד וי"א – והיא שיטת הרא"ש בסוגיין – דצריך לשלם למלוה היוקרא. והמיוחס להריטב"א והר"ח סברי כהשיטה הראשונה.

ועיי"ש בהגהת הגר"א שהביא מקור לשיטה הראשונה מסוגיא דידן דאייקור כיפי, ולכאורה מוכרח שפירש הגמ' כהמיוחס להריטב"א שאל"כ אין ראיה כלל שהאפדנא לא נתייקרה, וצ"ע דאם כן מוכח גם דשומת מטלטלי הדרא ודלא כמו שפסק השו"ע, וצ"ע. ועוד יש להעיר שדין זה דבמטלטלי שומא לא הדרא כתבו הרא"ש בסוגיין והרמב"ן וכתב הרמב"ן דדיינא דלא דאין הכי לאו דיינא הוא והובא בנמו"י במגיד משנה ובספח"ת ובטוש"ע בלא חולק ולפנינו מפורש דהר"ח שכל דבריו דברי קבלה חולק בדין זה, וצ"ע. וע"ע במאירי.

בגמ' שומא בטעות אף כאן נחלקו רבותינו הראשונים בביאור דברי הגמ' ומחלוקתם צריכה ביאור ופירוש:  
יעויין ברמב"ן ובראשונים דעימיה שהם פירשו דהשומא בטעות הוא מפני שאם היינו יודעים שימצאו הכיפי לא היינו יורדים לנכסיו. ועיין היטב בדברי הרמב"ן שכתב וז"ל נראה לי שאע"פ שאבדו הכיפי ועכשו נמצאו הויא שומא בטעות, דאיהו לא הוה מהוייב ולא מידי כיון דהשתא הדר ליה ממונא בעיניה, ולא דמי לשומא דעלמא דאלו התם ודאי חייב הוא לפורעו ממונו וכבר פרעו, אבל הכא אלו היה מחזיר לו פקדונו אינו חייב לו כלום ועכשו הרי הוא מחזירו לו, ואיגלאי מילתא דלא הו"ל גביה כלום דפקדון כל היכא דאיתיה ממונא דבעלים הוא ואלו היו יודעים באותה שעה שימצאו הכיפין מי נחתין לנכסיה, ולפי דברי אלו אפי' היכא דאיתזל אפדנא ממאי דשיימוה ליה ולא בעי נפקר דתהדר ליה, הדרא ליה בעל כרחו והדרי כיפי כולוהו למרייהו, דכיון דדינא הוא דהדרי כיפי לא אמרי' השתא למארי כיפי שיוציא ממונו ויקח אפדנא משלו שלא ע"מ כן לקחה. ודוק בדבריו שמבואר מהם שהענין נחלק לשני חלקים: דמה שהכיפי חוזרים לבעליהם אין זה בכלל תי' הגמ' דשומא בטעות כלל אלא הוא דין ברור ופשוט לגמרי ואף מה שחובת התשלום נעקרת ממילא וצריך כסף השומר לשוב אליו אף זה פשוט לגמרי, ותי' הגמ' דשומא בטעות הוא נתבאר בדברי הרמב"ן 'דכיון דדינא הוא דהדרי כיפי לא אמרי' השתא למארי כיפי שיוציא ממונו ויקח אפדנא משלו שלא ע"מ כן לקחה' והיינו שהשומר והבעלים הוצרכו למקח האפדנא כדי שיוכל השומר לשלם עבור הכיפי אבל מעתה שאין צורך בתשלום אין צורך במקח ואם היינו יודעים אז שהתשלום אינו כדן ואינו נתבע כלל ודאי לא היה נעשה מקח האפדנא ביניהם. והדברים מתאימים מאוד עם מה שלמדנו לעיל מדברי הרמב"ן דנידון חזרת האפדנא עומד לעצמו ואינו תלוי בחזרת הכיפי לבעליהם. ובטעם הדין שהכיפי חוזרים לבעליהם כתב הרמב"ן בתוה"ד דאילו היה מחזיר לו פקדונו לא היה חייב לו והשתא הרי מחזיר לו. ואין הדברים מובנים דהנה אם יהיה ידוע לנו בידיעה ברורה שהשומר יחזיר הפקדון לבעליו בעוד עשר שנים, וכי היה פטור עתה מלשלם עבור פשיעתו הרי חיובו הוא לשלם עכשיו את הכיפי או דמים ומה יועיל לפטור מה שאנו יודעים שישתלם הדבר לאחר זמן מרובה, ואם אתה אומר כן אם כן כל שומר שאינו יודע היכן הניח הפקדון יאמר שמספק אינו משלם דלהצד שבעתיד ימצאו הכיפי הרי יוברר למפרע שכבר עתה אינו חייב וכל חיובו הוא להצד שלא ימצאו הכיפי והיאך נוציא ממנו ממון מספק וצ"ע.

והביא הרמב"ן פי' הר"ח ורש"י שדוקא היכא דאשתכח דלא אבדו הכיפי אז הוי שומא בטעות אבל באבדו באמת לא הוי שומא בטעות, אך מ"מ חזרת האפדנא מדין שומא הדר, וכתב הרמב"ן דיש שתי נ"מ בזה לדינא, חדא היכא שהחזלה האפדנא או נמכרה דאז אין דין שומא הדרא וכן היכא שהשומר אינו רוצה את האפדנא דמדין שומא בטעות הדרא בע"כ ואילו מדין שומא הדרא ליתא בעל כרחו של שומר. וכתב הרמב"ן דכה"ג לדרך רש"י והר"ח יהיב ליה האיך מדמי כיפי כמה דשמוה ניהליה בעידן שומא ושקיל ליה כיפי,

דהא לא אקני ליה רווחא וכיפי לא שיימיניהו לנפקד הרי מפורש בדבריו גם כאן דאין קשר בין הכיפי לאפדנא והבעלים משלם לשומר דמים תמורת האפדנא והכיפי חוזרים לבעליהם אף שהשומא לא חשיבא כשומא בטעות וכ"ז לדרכו של הרמב"ן כפי שנתבארה לעיל באורך.

והן אמנם בדברי הר"ח מפורש להיפך כמו שכתבנו לעיל דמפורש בדבריו שעיקר הנידון בסוגיין הוא על הכיפי אם חוזרים או לא ומבואר מדבריו דהכיפי שייכים לשומר דבר תורה מששילם עבורם וכל ענין השומא בטעות מתיחס לגבית ממון כל שהוא עבור הכיפי ולא על מכירת האפדנא כדרך הרמב"ן, וצ"ע שהרמב"ן הביא גרסת הר"ח ופירושו והתאימו לדרכו שלו ולא הזכיר כלל הפלוגתא העיקרית שלו עם הר"ח.

וכן מפורש במיוחס להריטב"א וכן"ל לעיל באורך דעיקר קושית הגמ' היתה שהמפקיד תובע הכיפי והתי' אף הוא על הכיפי ששומתם היתה בטעות כי לא נגנבו וכמש"כ לעיל באריכות.

ועיקר פי' הר"ח ורש"י צ"ב מהו הטעות, דלכאורה היה משמע דסברי שמעיקרא ירדו בי"ד לגבות כי סברו שהכיפי אינם ברשותו וכשנתברר שהיו ברשותו הוי הגוביינא טעות, ולפי זה אם ידוע לן בבירור שהכיפי ברשות הנפקד ולא יצאו מרשותו אבל הוא אינו יודע היכן הם לא יצטרך לשלם כלל, וצ"ב דסו"ס פשע בחפץ שניתן לו והוא אינו יכול להשיבו לבעליו ולמה לא ישלם. ולכאורה תלוי הדבר בנידון הנודע אם ספק בחיובו של שומר חשוב כאיני יודע אם פרעתיך או כאיני יודע אם נתחייבתי, אשר שורש ספק זה בנידון אם שומר חייב בהשבת החפץ וכשפשע משלם מחמת שאינו חיובו או שמתחדש עליו חיוב על ידי הפשיעה. ולפי זה לכאורה נראה דאם חיובו בהשבת החפץ השמור אינו נפטר כאשר החפץ ברשותו והוא אינו יודע היכן הוא אך כאשר נימא דחיובו חל בהעדר החפץ וכעין מזיק יש לומר דכל שהחפץ ברשותו פטור, וצ"ע.<sup>191</sup>

עלה בידינו פלוגתא דרבוואתא האם מדין תורה נקנים הכיפי לשומר ששילם עבורם: אשר דעת הר"ח והמיוחס להריטב"א שקנה השומר את הכיפי מדינא ושלו הם, ודעת הרמב"ן ודעימיה שאינו קונה את הכיפי מן התורה כלל. ויש לעיין בשורש פלוגתייהו, ולכאורה סברת הר"ח צ"ב דנהי ששילם עבורם מ"מ באיזה קנין יקנה את הכיפי, אי במעות הרי מעות אינם קונות מן התורה לדעת ריש לקיש ואף לרבי יוחנן בטלוח חכמים. ועיניין באבהא"ז [פ"ח ה"א משאלה] שכתב דכיון שחייבתו תורה לשלם וזה אי אפשר שיהיה גם החפץ וגם המעות שלו ע"כ קנאו השומר וזה איתכיל במשיכה הראשונה כשמקבל עליו חיוב תשלומים מונח בזה שכשישלם יהיה שלו. ולכאורה י"ל אף בלא משיכה הראשונה דבעלמא מעות אינם קונות כיון שאין הדבר מחוייב בעצם שיהיה החפץ תמורת המעות אבל בתמורה גמורה שהתורה קצצתה זה גופא הוי קנין גמור מה שקיבל תמורתה ודוק.

ויש לעיין בסברת הרמב"ן ודעימיה אמאי פליגי בזה אי פליגי אעיקר דינא וסברי דבאמת שניהם שלו או דסברי דבודאי כששילם זכה בכיפי.<sup>192</sup> ועי"ל דאף שבשעתו זכה בכיפי אבל מ"מ כאשר נמצאו הכיפי בטל הדין וחוזרים הכיפי לבעליהם והתשלום לשומר.<sup>193</sup>

<sup>191</sup> ואולי יש לומר דאף אם ידעין שהחפץ ברשותו חייב לשלם אלא שחיובו אינו בתורת תשלום גמור אלא להעמיד לו חפץ אחר כל זמן שאינו מחזיר לבעלים את שלו ולכשימצא יחזרו הדמים לשומר והחפץ לבעלים, וצ"ע. וע"ע בספר שירת דוד.

<sup>192</sup> אבל אין לפרש בפשיטות דהרמב"ן לטעמיה דאילו היינו יודעים שימצאו הכיפי לא הוה נחתין לנכסיה ולכן גם להס"ד פשיטא דהכיפי של השומר ונימא דהמקשן סבר רק דהאפדנא נשאת אף היא אצל הבעלים דלא ס"ד דשומת

**יעויין בתשובת נוב"י** [תניינא יו"ד סי' עה ד"ה ושם] שהקשה דאם חוזרת האפדנא לבעליה מדין שומא בטעות אם כן ישלם לשומר דמי שכירות על האפדנא דכיון שהיה טעות חוזרת עם פירותיה. **ובאמת יעויין בריטב"א** בסוגיין שכתב דחוזרת האפדנא עם פירותיה, ומילתא דתמיהה היא שאם ימצאו הכיפי אחר שנים רבות ישלם הבעלים לשומר שפשע דמי שכירות שעולים כמה פעמים כל שווי הכיפי, וצ"ע. ושמא יש לחלק בין פירות בעין לבין שכירות, ועיין בהערה לעיל ודוק.

---

האפדנא טעות היא, דזה אינו שהרי אף לדעת הר"ח שאין כאן שומא בטעות באבדו באמת כתב הרמב"ן שהאפדנא נשארת אצל הבעלים ואף הכיפי חוזרים אליו.

<sup>193</sup> דיש לומר דאף קנין שהיה בזמנו קנין גמור אבל אם כעת בטלה הסיבה המחייבת את הקנין בטל אף הקנין, דוגמא לדבר סברת הגרי"ז גבי מקח באחריות שביאר דאחריות מקח היא מעיקר הדין כי אם טרפו בע"ח את הקרקע נמצא שכבר אין המוכר מעמיד הקרקע ללוקח וממילא פקעה מכאן ולהבא זכותו של המוכר במעות שקיבל. וה"ה הכא זכותו של השומר בכיפי היתה מחמת שהוכרח הבעלים לקבל מעות בעבורם אבל כשנמצאו הכיפי אין לו זכות להחזיקם ולשלם עבורם. ואין הנידון דומה לראיה אלא דמשם למדנו ששייך הפקעת בעלות מכאן ולהבא בשביל עניין שנתחדש ודוק.



## דף לה ע"ב

מתני' השוכר פרה מחברו וכו' צ"ב בעיקר הדבר היאך משאיל השוכר את הפרה הרי אינה שלו, וראה בגמ' להלן [דף לו סע"א] שמקשה הגמ' למ"ד דאין שומר רשאי למסור לשומר אחר [דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר] היאך משאיל השוכר, ומתרצת הגמ' כשנתן לו רשות להשאיל, ופריך דאם כן לבעלים בעי שלומי ומשני דאמר לו לדעתך, וראה ברש"י שם דכשאמר לו לדעת נתן לו רשות להשאיל וחזינן מזה שהשוכר יש לו הכח [כשיש לו רשות] להיות משאיל על פרה שאינה שלו. ולמ"ד התם דשומר שמסר לשומר פטור מוקי מתני' אף כשלא נתן לו רשות ומ"מ על כרחין חשוב לרבנן שואל מן השוכר ואילו חיובו. [ואף שגם למ"ד דפטור אינו רשאי לכתחילה למסור לאחר כתב הרא"ש ועוד ראשונים דבדיעבד מ"מ לא מקרי פשיעה וממתני' דידן הוכיח לה]

והענין צריך ביאור טובא היאך יש לו כח להשאיל ולהטיל אחריות על השואל להשיב לו הבהמה כולה הרי אינה שלו כלל, ואם שיכול להשאיל תשמישיה שזכה בהם אם כן זה מה שנתן לשואל אבל הבהמה אינה שלו ולמה ישלם לו השואל בהמה שלימה, וצ"ע. ועוד הגע עצמך דמבואר בגמ' בב"ק דף ד ע"ב דשואל ושאר שומרים הם מעשרים וארבעה אבות נזיקין, ומוכח מזה דתשלום השואל הוא עבור הנזק והחסרון שנתהווה לבעלים כשמתה כדרכה, והכא כיצד ישלם לשוכר שאין לו שום נזק מדין מזיק, וצ"ע. ויתפרש הענין טפי בהמשך הסוגיא.

דקדקו רבותינו ראשונים ואחרונים, מדוע שינתה המשנה דרכה לנקוט לדין זה בשוכר שהשאיל ולא בשומר חינם שמסר לשומר שכר וכגוונא דמתני' לעיל המפקיד וכו' דמייירי גבי שומר. ויעויין בחי' הריטב"א הישנים שכתב דמתני' נקטה שוכר ולא שומר כי שומר שהשאיל הרי הוא שולח יד בפקדון והוי גזלן גמור ופשוט. אך האחרונים נתקשו ולא ניחא להו בזה כלל שהיתה המשנה יכולה לנקוט הציור בשומר חינם שמסר לשומר שכר דגם בזה לכאורה פליגי רבנן ורבי יוסי.

ועמדו בזה הפנ"י [ובתירוצו יתבאר להלן בסוגית הגמ'] והרש"ש, ועיין ברש"ש כתב שבשומר חינם שמסר לשואל או לשוכר מודו רבנן לרבי יוסי שהתשלום הולך לבעלים, דעד כאן לא נחלקו אלא בשוכר לפי שהוא כלוקח לזמן והגוף שלו עד זמן החזרה ולכן יכול לתבוע מהשואל דמים<sup>194</sup> אבל שו"ח אינה שלו כלל ומשלם השואל לבעלים. ויעויין בפתחי תשובה [בסי' שז] שהביא בשם השבות יעקב [בח"ג סי' קמח] שכתב איפכא דבשו"ח מודה רבי יוסי לרבנן דאין זה חשוב כעושה סחורה בפרת חברו כי הרי שילם לשומר שכר עבור השמירה משלו וזכאי הוא ברווח הבא מהשמירה כגון כשאבדה. [וסברות הרש"ש והשבו"י תלויות בהבנת טעמיהם של רבנן ורבי יוסי כמושי"ת לקמן באורך בע"ה ולא באנו כאן אלא אלא לציין לפשוטם של דברים בפשט המשנה]

והפ"ת שם הקשה מדברי התוס' בב"ק [דף יא ע"ב ד"ה לא מיבעיא] שכתבו גבי שו"ח שמסר לשו"ש 'ומיהו שומר שכר כי משלם משלם לבעלים כדאמרינן בהמפקיד דהלכה כרבי יוסי דאמר אין הלה עושה סחורה בפרתו של חברו. עכ"ל. הרי למדנו מדבריהם דלא כהרש"ש וגם דלא כהשבו"י אלא רבנן ור"י במקומם עומדים במחלוקתם גם בכה"ג.

<sup>194</sup> הרש"ש כתב דהוי מכירה על תנאי שיחזירנה לו או שתמות ונראה פשוט דאין כוונתו לתנאי גמור אלא דזה גופא כח זכות השוכר בחפץ הוא להחזיקה עד שיחזירנה ואם תמות הרי היא שלו לעולם.

ובסוגיא לקמן [בדף מב ע"ב] גבי ההוא אפוטרופא מפורש שם ברש"י ותוס' ושאר דפלוגתייהו דרבנן ורבי יוסי היא גם בשו"ח שמסר לשו"ש. ולפלא שלא ציינו האחרונים לסוגיא זו ועכ"פ הדברים מפורשים שם עיי"ש ברש"י ד"ה ומשלם ובתוד"ה הכא<sup>195</sup> וברשב"א ובריטב"א.

במשנה ישבע השוכר שמתה כדרכה יעוין בריטב"א שכתב דהיכא שאין השוכר יודע אם מתה כדרכה יביא עדים ויפטר ואף השואל כשר לעדות זו [שאינו נוגע דהא בלא"ה משלם] ואם אין לו עדים כתב הריטב"א שנחלקו הראשונים בדין זה: הרמב"ן כתב שנשבע השוכר שאינו יודע אם מתה כדרכה או לא ונפטר דספק השוכר הוא כאיני יודע אם נתחייבתי, אבל הראב"ד סובר דחייב לשלם דהוי כאיני יודע אם פרעתיך. כ"כ הריטב"א. ומחלוקתם זו של הראב"ד והרמב"ן היא מחלוקת יסודית בכל חיובי שומר לבעלים אם ספק חיוב משלם או לא ומדברי הקצה"ח [בסי' שמ סק"ד] מבואר דשורש הנידון הוא האם בשעת שמירה נתחייב להשיב הבהמה על כל צד ורק דהאונס פוטרו או דליכא עליה כלל חיוב השבה דכל זמן שהיא קיימת ברשותה דמרה איתא אלא דמחוייב לשמור עליה, ואם מתה באופן הראוי לחיוב אז חל עליו חיוב תשלומין.

ויל"ע בעיקר דברי הראשונים בזה דהרי בעלמא המחוייב שבועה דאורייתא ואומר איני יודע חייב לשלם מדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם וכגון באומר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, ואם כן מדוע פטרו הרמב"ן בדין איני יודע אם נתחייבתי.

ויעוין ברע"א כאן שכתב מדנפשיה כן דבאינו יודע משלם מדין מתוך, אך הביא הרע"א לדברי הנמו"י בסוף ב"ק גבי שואל שאינו יודע אם מתה כדרכה או מחמת מלאכה וכתב הנמו"י דפטור מדין איני יודע אם נתחייבתי וכשיטת הרמב"ן כאן, ונתקשה הרע"א דיתחייב מדין מתוך וכנ"ל, ותירץ דאתיא כהשיטות דעיקר השבועה היא שאינה ברשותו והשאר ע"י גלגול ובשבועת גלגול כתבו ראשונים דליכא בה דין מתוך עיי"ש<sup>196</sup>.

בגמ' מכדי שוכר וכו' דברי הגמ' מאוד צריכים ביאור מדוע קונה השוכר את הפרה במיתתה או בשבועה הרי הפרה אינה שלו ובמיתתה או בשבועתו לכל היותר נפטר מחיוב ארחיות דידה אבל קנין בפרה עצמה מהיכן זכה בו. וכפ"נ שנחלקו רבותינו בהבנת הענין, דיעוין בפנ"י שנתקשה בזה ועוד הקשה דלעיל במתני' למדנו דבנשבע ולא רצה לשלם הכפל לבעלים, ואמאי, אי קני לה הכא בשבועה אף התם קני לה ויהיה הכפל שלו, ותירץ הפנ"י דדוקא במיתתה קני לה לפי שאין שם הבעלים עליה יותר אבל בנגבא

<sup>195</sup> ולדעת התוס' נראה שהגמ' שם בתחילת הסוגיא נסתפקה אי כה"ג נמי אמר רבי יוסי, אך לא מטעמיה דהשבו"י וצ"ת.

<sup>196</sup> אכן צ"ע בזה דבדברי הרמב"ן לקמן דף צז ע"ב [בריש ד"ה מתני' וכו'] מפורש ששבועה שלא פשע בה דבר תורה היא ועיקר שבועה היא. וא"כ הדרא קושית הרע"א לדוכתא דנימא מתושאי"ל, וצ"ע. וי"ל להסוברים דליכא דין מתוך אלא בשמא גרוע אבל בשמא טוב אין דין מתוך והכא הוי שמא טוב כי מסרו לשואל ומנין לו לידע היאך מתה. ועיין ברמב"ן בב"ב דף ע ע"א שהקשה גבי יתמי שאינם יודעים בפקדון נימא מתוך ותירץ דביתמי ליכא מתוך כדכתיב שבועת ה' וכו' ועיין ברמב"ן בשבועות דף מז דטעמא דיורשים פטורים הוא משום דלא הוה להו למידע הרי מפורש כמש"כ. ומדברי הרמב"ן אלו נמי מוכח דאיכא מתוך בשבועת נאנסו בהוה ליה למידע.

ובדברי הרמב"ן כאן צ"ב עוד מדוע נשבע שאינו יודע הרי עיקר שבועת השומרים אינו יכול לישבע ולמה נשבע כלל, ומיהו מצאנו כזאת ברמב"ן לקמן בדף צח ע"א שכתב שם הרמב"ן בשם הראב"ד דמי שמגלגלין עליו תביעות יאמר איני יודע על הכל ויפטר דבגלגול ליכא מתוך והשיגו הרמב"ן דזה אינו דאף דליכא מתוך יצטרך לישבע שאינו יודע עיי"ש ואב"מ.

שאפשר שתחזור לבעלים אינו קונה את הפרה, ומדברי הפנ"י משמע שתפס הענין כפשוטו שהשוכר קונה לגמרי את הפרה, וצ"ע.

ואף הרע"א לעיל בריש פרקין [על המהרש"א בתוד"ה המפקיד] נתקשה בקושית הפנ"י ובתחילת דבריו רצה לתרצה דכיון שעל ידי הגניבה גופה נקנה החפץ מהבעלים לשומר נחשב בזה הגנב כגונב מהבעלים שהרי בגניבתו הפקיע ממנו ממונו, אך חזר רע"א והקשה דהתינוח גבי כפל חשוב כגונב מהבעלים אבל כשטבח הגנב ודאי כבר היא של השוכר ואם כן לישלם דו"ה לשומר ולא לבעלים [ובמתני' דלעיל מפורש דגם דו"ה מקבל הבעלים] ומיאן הרע"א בתי' הפנ"י כפשוטו דהיינו שכשהפרה בעין אין השומר קונה, שהרי מפורש בתוס' בב"ק [הו"ד לעיל] דאף בשומר חינום שמסר לשומר שכר ונגנבה משלם השו"ש לשו"ח לרבנן אלמא אף כשנגנבה בעין קונה אותה. ולכן חידש הרע"א דהדבר תלוי אם תחזור לבעלים או לא דכשחוזרת לבעלים בטל קנין השומר למפרע אבל אם בסופו של דבר לא חזרה לבעלים קנה אותה השומר מעידן גניבה אף אם היתה בעין.

הרי למדנו אף מדברי הרע"א שהדברים כפשוטם וככתבם שהשומר קונה את הפרה כל אימת שנגנבה או אבדה [ואפילו היא בעין – אם לא תחזור בסופו של דבר] – ולכן השואל משלם לשוכר. והדברים מאוד מוקשי הבנה על מה ולמה יקנה השוכר את הפרה וצ"ע.

ועוד קשה בסברא מה קנה השוכר, הרי קודם מיתה לא קנאה ובשעת מיתה כבר אין כאן בהמה לקנותה שמתה [וגוף הנבלה פשוט דלא קנה דהנבלה שייכת לבעלים] ואם גוף אין כאן ונפש הבהמה גם אין כאן מה קנה זה, וביותר להס"ד דגמ' דקנה בשבועה כבר זמן רב אחר שמתה הבהמה ונאכל בשרה לכלבים ומה יקנה זה.

עוד קשה טובא דאף אם נאמר שקנה השוכר את הפרה בשעת מיתה אבל סו"ס בשעה שהשאל את הפרה לשואל לא היתה שלו כלל ולבעלים נתחייב השואל ומה מועיל מה שקנה אח"כ, ועל כרחין צ"ל דהוי כלוקח מהבעלים שהרי הדין פשוט דמשאל מכר פרתו הלוקח גובה מהשואל, דכיון שקנה הפרה הוא עומד תחת הבעלים לתבוע חזרתה או חזרת דמיה.

אך יעויין היטב בסוגיא לקמן בדף צו ע"ב דאיתא התם בגמ' דהיכא שהשוכר השאל פרה והיה השוכר עם הפרה במלאכתו בשעה שהשאל, תלוי הדבר בפלוגתא דמתני' דידן, דלדעת רבנן חשיב כה"ג שאלה בבעלים, ולדעת רבי יוסי אינה שאלה בבעלים. הרי מפורש בגמ' דפלוגתייהו דרבנן ורבי יוסי בעידן שאלה היא האם נחשב כשואל מן השוכר או מן הבעלים. וכן מוכח מדברי כמה ראשונים בסוגיין שכתבו [הרא"ש הרשב"א והריטב"א] שטעמו של רבי יוסי הוא לפי שהשוכר נחשב כשלוחו של הבעלים להשאל ואינו משאל כלל, הרי מבואר מזה להדיא דלרבנן השוכר הוא נחשב למשאל כי אם כחו של השוכר בפרה לרבנן הוא מדין לוקח אם כן אף לרבנן הבעלים היה משאל אלא שקנה ממנו זכותו ומה יועיל לרבי יוסי ששליח הבעלים הוא, והוה להו לפרושי טעם לרבי יוסי מדוע לא קנה הפרה במיתתה, ומוכח דפליגי רבנן ורבי יוסי בשורש הדין מיהו המשאל. [כתבנו הדברים לפום פשטם ששורש הנידון בגמ' לקמן הוא מיהו המשאל אך להלן יתבאר דרך נוספת בזה מדברי המרדכי]

עוד הקשה הגרש"ש מהמשך הסוגיא דלהלן בגמ' מבואר דפעמים שהבעלים משלמים כמה פרות לשוכר כגון שהשוכר השאל להבעלים והבעלים חזר והשכיר לו והשאל שנית לבעלים וכו'. והשתא אי נימא דטעם התשלום לשוכר הוא מחמת שקנה את הפרה אם כן סו"ס יש כאן בעלים אחד לפרה זו והוא השוכר ומחמת בעלותו האחת היאך יתבע כמה פרות.

**ויעויין בברכ"ש בסוגיין** שהאריך הרבה בביאור הסוגיא ויסוד שיטתו הוא שכיון שהפרה נמצאת ברשותו של השוכר בכחו להשאיל אותה לשואל ולתבוע חזרתה או חזרת דמיה וזהו טעמם של רבנן, **ובאמת שהדבר מפורש בריטב"א** דלרבנן השוכר הוא המשאיל ולרבי יוסי הבעלים הוא המשאיל. **אך לפי זה צ"ב** הסבר הגמ' לרבנן שקונה אותה בשבועה או במיתה. **ויעויין בחי' הגרש"ש** שביאר כן דהשומר יש לו הכח לתבוע משומר שלו תשלומים מחמת שמסר לו הפרה ועיי"ש באורך בהסבר הדבר, אך הגרש"ש ביאר דגם לבעלים יש כח לתבוע מהשואל דסו"ס פרה ידידה היא ומכח שהשומר הראשון חייב לו יכול לתבוע גם מהשומר השני [וצ"ל דכח הבעלים עדיף מכח השומר הראשון] ורק כאשר נפקע תביעת הבעלים על ידי שנפטר השומר הראשון מהבעלים בשבועה או במיתה אזי תובע השוכר מהבעלים [ועיי"ש בדבריו העמוקים באורך וקיצרנו]

**והחזו"א** [חח"מ סי' ח סק"ה] **ביאר בזה מהלך מחודש** דודאי אין אדם יכול לעשות חברו שומר על חפץ של הפקר שנותן לו ורק הבעלים יכול למנות שומר לחייבו בחיובי שמירה, **והא דלרבנן** משלם השואל לשוכר ביאר החזו"א שהוא משום שהבעלים מקנה לשומר הראשון את הפרה לענין זה שיוכל לתבוע דמיה כשישלם השואל [היינו באופן שאין הראשון מחוייב לבעלים] כעין פרה לכפילה. **והוכיח כן החזו"א מדברי הגמ' לקמן** [דף לו ריש ע"א] דאיתא התם פלוגתא דאמוראי אי פליג רבי יוסי אף בראשונה או לא [היינו אי פליג על דין המשנה הראשונה בפרקין שהכפל לשומר] **ולכאורה תמוה מאוד** מה ענין זה אצל זה אטו אי פליג רבי יוסי בהך משנה פליג גם בחברתה ומזה מוכח דתרווייהו בני חדא בקתא הן ושרשן אחד מחמת שהבעלים מקנה לשומר הראשון את הזכות לדמים כלפי השני.

**אבל הדברים תמוהים מאוד:** חדא דמהיכי תיתי שיקנה הבעלים לשומר כשנשבע ולא רצה לשלם, **ולקמן בגמ' פריך** למ"ד דשומר שמסר לשומר חייב היכי מוקי למתני' ומשני כשנתן לו רשות וכתבו הראשונים דלמ"ד פטור אין צורך לאוקמא כה"ג ומשאיל אף בלא רשות ואף דלכתחילה אין השוכר והשואל רשאי להשאיל מ"מ בדיעבד לא חשיב כפשיעה, **והגע עצמך** השתא הרי הבעלים אינו רוצה שישאיל ומקפיד על כך ואינו מרשה וכי נאמר דמצד שני גם מקנה לו זכות התביעה משואל שיהיה שלו, ונותן שכר לחוטא. **ועוד צ"ב** סברת הגמ' דקני לה במיתה וזה אמנם ניתן להתפרש דבאופן שלא נפטר מהבעלים מלכתחילה לא הקנה לו, אבל צ"ב מהי קושית הגמ' דל אנת ודל שבועתך, וממ"נ אם היה דעתו להקנות לו לכתחילה גם באופן כזה מה יועיל שיאמר עכשיו שאינו רוצה שישבע.

**ועוד קשה** שנחלקו הראשונים באופן שהשומר הראשון חייב לבעלים אם גם בזה פליגי רבנן ורבי יוסי [ובזה אין נ"מ בעיקר דין המשנה דבכל מקרה הכסף מגיע לבעלים אך נ"מ לגבי שמירה בבעלים ועוד דינים אחרים] ויתבאר מחלוקת זו להלן, **ולדעת הסוברים** דאף בזה פליגי אין הבנה כלל לדברי החזו"א, דבאופן שהשוכר חייב לבעלים למה יקנה לו הבעלים דמים שחייב השואל. **גם עיקר הדבר** דכל דין משנה זו תלוי באובנתא דליבא וברצון הבעלים לא הוזכר כלל ועיקר בדברי הראשונים, וצ"ע.

**המורם מכל זה** דיש כאן שתי דרכים להבין טעמם של רבנן: **האחת** היא לפרש כפשוטו שקנה השוכר את הבהמה לגמרי ולכן תובע מהשואל, וכך לכאורה נראה מדברי הרע"א והפנ"י. **ודרך** זו מוקשית מהגמ' לקמן גבי בעל בנכסי אשתו. **והדרך השניה** היא להבין דהשוכר חשוב משאיל וכך מפורש בריטב"א, **ולדרך זו צ"ב כ"ד הגמ'** דלרבנן קני לה במיתה או בשבועה.

**והמתבונן יראה** שבאמת יש כאן סתירה בין הסוגיות, דבסוגיא דידן מבואר שטעמם של רבנן הוא משום קניית השוכר להפרה במיתתה, ואילו בסוגיא דהתם מוכח דפליגי בדין שאלה בבעלים ודין שאלה בבעלים חל בשעת שאלה קודם המיתה.

אכן יעויין בחי' הריטב"א [החדשים] בסוגיין שכתב וז"ל לימא ליה דל את ודל שבועתך וכו'. פי' דאע"ג דאמרינן בפרק השואל דלרבנן אין לבעלים על השואל כלום ולא הוי שומר ידיה כלל התם הוא אמסקנא דהכא דקי"ל דלרבנן משעת מיתה קנייה שוכר ולא דוקא משעת מיתה אלא משעת משיכה נמי זכה בה ולפי שהוא נפטר במיתתה ונתחייב לו שואל נקטי' משעת מיתה ולאפוקי ממאי דס"ד דלא קני ליה עד שעת שבועה כנ"ל, וכן הודה לי רבינו ז"ל, אבל בתוס' פי' דאע"ג דשואל לא הוי שומר דבעלים לענין שמירה בבעלים וכיוצא בו מ"מ יכול הוא לומר לו מכדי פרתי גבך הות ונשתמשת בה שלא ברשות והרי אתה כשואל שלא מדעת שחייב באונסין, ונכון הוא. עכ"ל.

הרי מבואר שהוקשה להריטב"א קושיא זו דבפרק השואל מוכח דפלוגתייהו היא בשורש הדבר מיהו המשאיל ואם כן מאי נ"מ אם קנה השוכר את הפרה אם לאו.

ולמדנו מדבריו שתי דרכים בהבנת סוגית הגמ': הדרך הראשונה שבאמת השוכר קנה את הפרה בשעת משיכה ולא בשעת מיתה ומכח קנין זה שקנאה הוא יכול להשאיל לשואל וחשוב השואל שואל ידיה, ומה דמבואר בגמ' לקמן שהשואל הוא שואל דשוכר הוא אחר שחדשה הגמ' כאן בסוגיין את טעמם של רבנן שהשוכר קונה במשיכה. ודרך זו של הריטב"א צ"ב טובא: א) איזה קנין קנה השוכר במשיכה הרי פשיטא שאינה שלו וקניני שמירה לכו"ע קנה ואף רבי יוסי מודה בה. ב) דסו"ס הרי מפורש בגמ' הנידון אם קנה בשבעת שבועה או מיתה ואם מיתה לאו דווקא הרי שבועה דוקא ודוקא, והיאך ס"ד שקנה השוכר את הפרה בשבועה ומדוע תהיה שלו ככל אשר תמנהנו לעיל. [ומיהו זה משמע להדיא בריטב"א דלהס"ד דקונה בשבועה כפשוטו – וקודם שנתקשינו דנימא דל אנת- היה באמת הבעלים כמשאיל והשוכר כקונה מהבעלים כמש"כ לעיל דרך כזו]

והדרך השניה שכתב בשם התוס' נראה מדבריו דבאמת שורש פלוגתייהו דרבנן ור"י היא אחת, האם השוכר יש לו הכח להשאיל או שהבעלים משאיל והשוכר כשלוחו. ומה שנתקשינו לעיל דאם כן מהי קושיית הגמ' דל אנת ותירוצה בזה ביארו התוס' מהלך מחודש שאף שהשואל הוא שואל דשוכר אבל מלבד זה הרי סו"ס נשתמש בפרת הבעלים שלא ברשותו והוי שואל שלא מדעת דחייב באונסין ולזה משני שהשוכר קנה את הפרה במיתה או בשבועה. והדברים צ"ב דהרי בגמ' מוקי לה לקמן שנתן לו רשות להשאיל ואם כן מדוע הוי כשואל שלא מדעת הרי קבלה מדעת הבעלים, ואולי י"ל דהכא סברה הגמ' כמ"ד דשומר שמסר לשומר פטור, וכתב הריטב"א לעיל דאף דלכתחילה אינו רשאי להשאיל דאין השוכר רשאי להשאיל [אף למ"ד דפטור] אך לא חשיב כפשיעה לחייב השומר הראשון, ואפשר דכה"ג מ"מ השני שנטל שלא ברשות הוי כשואל שלא מדעת. ובכל זה עדיין יקשה תי' הגמ' דאף שחל חיוב כלפי הבעלים אבל במיתה או בשבועה קנאה השואל וגם חיוב השואל לבעלים עובר אל השואל, וצ"ב כנ"ל מדוע קנאה להיות שלו, וצ"ע.

והצד השווה בין שתי הדרכים שכתב הריטב"א הוא דלשתיהם הטעם המבואר לקמן [שהשוכר הוא המשאיל] הוא טעם העומד בפני עצמו ואין צורך לקנין השוכר, אלא דלהתי' הראשון הכא נמי הוי הו"א בעלמא ולא קאי ולהשני בעינן לקנין זה מסיבה צדדית כדי שלא יתחייב בדין שואל שלא מדעת.

אך נראה שהתוס' חולקים על פירוש הריטב"א, שהרי שיטת התוס' בסוגיין דפלוגתייהו דרבנן ורבי יוסי היא אם קונה במיתה או בשבועה וטעמו של רבי יוסי שקונה בשבועה ולכן יכול לומר לו דל אנת, ואם כן בודאי שאינו הו"א בעלמא אלא באמת טעמם של רבנן הוא משום קנינו של השוכר שאל"כ אלא טעמם משום דהוא המשאיל אין תשובה לזה בטענת דל אנת והיו התוס' צריכים לפרש דלרבי יוסי הבעלים הוא המשאיל, ובפשוטו יש להוכיח ממה שכתבו התוס' דבמקום שאין שבועה כגון שראה המשכיר כיצד מתה מודה רבי יוסי, ולהריטב"א לא יתכן לומר כן דסו"ס אף כה"ג הבעלים הוא המשאיל לרבי יוסי, ואין נ"מ כלל אם נשבע או לא. [ונ"מ במקום שאין שבועה כמש"כ התוס']

ולדרכם צ"ב ככל מה שהקשינו לעיל דממ"נ אם טעמם של רבנן משום הקנין לא תתיישב הסוגיא דלקמן ואי משום שלרבנן השוכר הוא המשאיל מה נ"מ אי קנה במיתה או בשבועה, וצ"ע.

**ויעוין בחי' המיוחסים להריטב"א** [חי' הריטב"א הישנים, ואינם להריטב"א, בד"ה ולימא ליה] שהקשה דלימא שואל לבעלים לאו בע"ד ידידי את ותירץ דגובה הבעלים מדין שעבודא דרבי נתן ואפילו בלא שעבודא דרבי נתן דהכא פיקדון הוא ולא מלוה והיה הממון בידו בעין, ונראה כוונתו דבאמת עיקר חיובו של השואל הוא לשוכר אף אליבא דרבי יוסי אלא שכיון שהשוכר עצמו מחוייב לבעלים יש בכחו של הבעלים לתבוע את השואל.

**ולפי זה מתפרש הסוגיא דלרבנן אה"נ** דהשוכר הוא המשאיל אך כיון שקודם שנשבע הרי הוא מחוייב לבעלים נכנס הבעלים תחתיו לגבות מהשואל, ולזה בא הטעם שקנה בשבועה ונפטר השוכר מהבעלים ויכול לגבות בעצמו מהשוכר ופריך הגמ' דלימא דל אנת וכו' ומשני דקנה במיתה.

**ול"ק כלל סתירת הסוגיות דאה"נ דלרבנן** השוכר הוא המשאיל כדמוכח להדיא בסוגיא דלקמן אך מ"מ אלמלי קנינו שקונה בשעת מיתה נכנס הבעלים תחתיו ועל זה דנה הסוגיא דהכא וא"ש.

**ובהסבר שיטת רבי יעוין להלן בדברי התוס'** שנראה שגם בזה יש מחלוקת ראשונים.

**שם בגמ' דל אנת וכו' בפשטות משמע** שהמקשן סבר דבאמת פטור השוכר חל בשבועה ובה דחאו המקשן, וצריך ביאור בסברא דאטו שבועה פוטרתו הרי השבועה באה כדי לברר את המציאות אבל אם האמת שהבהמה מתה אין השוכר חייב למשכיר כלום, ועוד יש לעיין דמבואר בגמ' דכיון שלא נפטר השוכר מהמשכיר יכול זה לתבוע אף את השואל, ולמה לא יטען לו השואל יודע אני שמתה כדרכה ואין השוכר חייב לך כלום, ואף שהשוכר לא נשבע אבל כיון שהוא מוכן לישבע היאך יכול המשכיר להוציא ממון מן השואל, ושמא כיון דלא איכפת לשואל למי ישלם אינו מעכב וקושיית הגמ' כה"ג היא אבל אם מעכב אינו יכול להוציא ממנו, אך יל"ע להתוס' שכתבו דטעמו של רבי יוסי הוא משום הך סברא דדל אנת אם כן לדינא יוכל השואל לעכב לרבי יוסי דקיי"ל כוותיה, ולא שמענו כזאת וצ"ע.<sup>197</sup>

**תוד"ה וכו' אין לפרש וכו' הסבר זה** שדחהו התוס' נמצא בחי' הר"י מלוניל שכתב וז"ל **עכ"ל הרי למדנו מדבריו שביאר כן בטעמו של רבי יוסי משום דהדמים שמשלם השואל לשוכר הם דמי הפרה וכאילו היא בעין, אלא דלפי זה יל"ע** דכל זמן שלא שילם לו השואל אין כאן מקום לתביעת הבעלים מהשואל ומי יכריחנו להשוכר לתבוע את השואל, [ואין לומר דיש כאן שעדר"נ כי הרי השוכר פטור מהבעלים בשבועה] וצ"ע בדברי הר"י מלוניל היאך יפרש הסוגיא בדף צו שהקשו ממנה התוס'.

**והתוס' סתמו ולא פירשו** מדוע באמת אין הסברא נכונה הרי כשמשלם השואל לשוכר באמת נכון הדבר שדמי הפרה הם וכאילו הפרה עצמה קיימת ולמה לא יתבע הבעלים לדמים הללו, ושמא כיון דנפטר השוכר בשעת מיתה וקנאה שוב לא יועיל שיש כאן דמים בעין שכבר נפטר מחיוב השבה ידידה לגמרי, וצ"ע.

<sup>197</sup> ויעוין בגמ' בב"ק דף קו ע"א מימרא דרב דהכופר במלוה או בפקדון ונשבע עליו ובאו עדים שנשבע לשקר פטור מלשלם דדרשינן מקרא ולקח בעליו ולא ישלם כיון שלקח הבעלים שבועה נפטר זה מלשלם, ומבואר מדברי הגמ' דהשבועה עצמה חשובה כתשלום לפטור מהדמים לרב ואם כן מסתברא דה"ה איפכא שאין חיוב השבועה עליו בתורת חובת בירור כלל אלא בתורת תשלום דאנו דנים אותו כמי שנתחייב בדינו אלא שיכול לפרוע חובו בשבועה, וזה מתאים עם הס"ד דהכא, וצ"ע, ולפי"ז צ"ל דבזה גופא חזרה בה הגמ' ששבועת השומרים לא בתורת תשלום באה אלא להפיס דעת, ואף התם לא קיי"ל כרב, וצ"ע אם יש לדמות ענין דהכא להתם.

שם בתוס' אלא טעמא דרבי יוסי וכו' מבואר מדבריהם דנחלקו רבי יוסי ורבנן אם המיתה פוטרת או השבועה פוטרת, וצ"ע ובירור מהו הנידון בזה וראה מש"כ לעיל בסוגית הגמ'.

ודברי התוס' צ"ב טובא דסו"ס מה הועילו לתרץ קושיתם מההיא דלקמן, שהרי מחלוקתם בכאן היא האם המיתה פוטרת או השבועה פוטרת וכיצד נפרש פלוגתייהו גבי שאלה בבעלים הרי דין שאלה בבעלים בשעת השאלה עצמה הוא חל והשתא ממ"נ אם הבעלים חשוב משאיל אם כן לכו"ע יתחייב הבעל שם ואם האשה השוכרת היא המשאילה לכו"ע יפטר והיאך יתכן שיהיה דין בעלים שבשעת השאלה תלוי במחלוקת אם חייבת היא לישבע למשכיר לאחר שמתה הבהמה.

ובאמת כבר נתבאר לעיל שרבותינו הראשונים פירשו מכח הסוגיא דהתם דמחלוקתם של רבי יוסי ורבנן היא האם הבעלים הוא המשאיל או השוכר, אך התוס' לא פירשו כן כלל ואף כתבו להיפך מזה שלדרכם באופן דליכא שבועה מודה רבי יוסי כמש"כ בסוף דבריהם ולדרכם פליגי אם מיתה פוטרת וכו"ל ולדרך זו צ"ע בסוגית הגמ' דהתם וכו"ל.

אך יעויין במרדכי בב"ק [בריש פרק הגוזל בתרא] שמדבריו נראה הבנה אחרת בפשט הגמ' לקמן וגם למד כן המרדכי מדברי רש"י, ובתחילת דבריו האריך המרדכי להוכיח מסוגיין שהבעלים יכול לתבוע השואל ואין השואל יכול לומר לו לאו בע"ד ידידי את לפי שהתשלום הוא שלו [נעין לעיל מה שהובא מהחי' המיוחסים לריטב"א ודוק] ואח"כ כתב וז"ל וראה נכונה אשר אין לפקפק בה דאמרינן פרק השואל לא צריכא דאגרא איהי פרה וכו' ואליבא דרבנן וכו' מאחר שהתשלומים שלה ולא לבעליה שהשכירה לה איהי הויא בעלים, ומאחר שהיא נשאלת לו פשיטא דיפטר בעל הדין מדין שאלה בבעלים וכו' כי תיבעי לך אליבא דרבי יוסי וכו' דכיון דאין תשלומין שלה לא הויא היא בעלים לפטור בעל בשאלה מדין שאלה בבעלים, שמעינן דאין נקראים בעלים אלא מי שהתשלומים שלו הוא מן המחוייב, ויען ירוץ הקורא בו אכתוב לשון רש"י שהוא כדברי וזה לשונו ואליבא דרבנן דאמרי דינא דשואל בהדי משאיל הלז ולא אצל בעלים הראשונים לא תיבעי לך, דאפילו הוא שואל, כיון דלדידה בעי לשלומי פטור דשאלה בבעלים היא, כי תיבעי לך אליבא דר' יוסי דאמר תשלומין לבעלים היא והשתא לאו שאלה בבעלים עכ"ל. עכ"ל המרדכי.

ולמדנו מדבריו דדין שאלה בבעלים תלוי במי שהתשלומים שלו ולא בתואר משאיל תליא מילתא דודאי בין לרבנן בין לרבי יוסי השוכר הוא המשאיל אלא דטעמו של רבי יוסי דכיון שהתשלומים הם של הבעלים חשיב הוא כבעלים לענין שאלה בבעלים, ולדרך זו מתפרש היטב סוגית הגמ' אליבא דהתוס', ואמנם פירושים הראשון של התוס' דחוהו התוס' מהתם דלפי פירוש זה רק כששילם השואל לשוכר אז יכול הבעלים לתבוע ופשיטא דכה"ג אינו אינו תלוי דין שאלה בבעלים גבי בעלים אלא גבי שוכר. ועדיין צ"ב דסו"ס בשעת שאלה ודאי היו התשלומין לבעלים שעדיין לא מתה ולא נפטר השוכר מהבעלים, וצ"ל דהדבר מתברר למפרע דהיינו שכשהשוכר היה עם השואל במלאכתו נפטר השואל עד כמה שהחויב הוא כלפי השוכר אבל אם יתברר שהחויב כלפי הבעלים כלפי זה לא נפטר מעולם דפטור בעלים הוא ביחס למי שהתשלומים שלו וממנו נפטר.

מחלוקת התוס' והראשונים בטעמו של רבי יוסי ומכ"ז נראה שיש כאן שתי דרכים יסודיות בהבנת פלוגתייהו דרבי יוסי ורבנן: לדעת התוס' פלוגתייהו היא בדין התשלום למי הוא הולך נודין שאלה בבעלים בזה תליא וכו"ל] וכן מבואר מדברי המרדכי הנ"ל, וכן מבואר מדברי התוס' רי"ד לקמן [דף צו ע"א עיישה בד"ה אח"כ התבוננתי וכו'] שכתב שם ככ"ד המרדכי באורך, וכ"ז מתאים היטב עם דברי החי' המיוחסים לריטב"א שהו"ד לעיל שמפורש שם קושית הגמ' דדל אנת שהבעלים נכנס לתבוע במקום השוכר מדרבי נתן ואף בלא דרבי נתן, [וכן התור"ד הנ"ל דן שם אי בעינן בזה לדינא דר"נ]



אבל בחי' הריטב"א החדשים כתב דפלוגתייהו היא מי המשאיל, ויעויין בחי' הר"ן בסוגיין שהביא דברי התוס' וכתב הר"ן שהרי"ף חולק על התוס' והוכיח כן הר"ן דהנה בגמ' לקמן איתא דפעמים שהבעלים משלמים כמה פרות לשוכר וכגון שהשכיר פרה לתשעים יום וחזר השוכר והשאיל אותה לבעלים עצמו לשמונים יום וחזר הבעלים והשכיר לשבעים יום והשאיל לו לששים יום וכו', והתם אין צורך לשבועה כלל שהבעלים שאצלו מתה יודע שמתה כדרכה, ואם כן לפי"ד התוס' דין זה נאמר גם אליבא דרבי יוסי, שהרי במקום שאין שבועה מודה רבי יוסי, אבל הרי"ף השמיט גמ' זו, וביאר הר"ן שהרי"ף סובר שטעמו של רבי יוסי הוא משום שהשוכר נעשה שלוחו של משכיר להשאיל וכמ"ש הריטב"א ואם כן אף במקום שאין שבועה חולק רבי יוסי, וכע"ז כתב הרשב"א וכן דעת הרא"ש בסוגיין עיי"ש.

ולדרך זו יל"ע מהי פלוגתייהו ומדוע סובר רבי יוסי שהשוכר הוא שלוחו של המשכיר להשאיל, ויעויין ברמב"ן בכתובות [דף נט] שכתב שם וז"ל ושמעינן מינה להאי פירושא דשכירות ושאלה וכו' גופא קני ליה למילתיה ויכול למכור זכותו וכו' וכן במטלטלין שאולין ושכורין שואל מקדיש לפי טובת הנאה שבו ונותן ומקנה חלקו לאחרים במשיכה, והוא שיהא רשאי להשכיר וכדתנן בהשוכר פרה וכו' והשואל ישלם לשוכר דאלמא משאיל הוא זכותו, ואפילו רבי יוסי לא פליג אלא משום דכיון דגופא דמשאיל הוא אין הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו אבל זכותו דשוכר קנין גוף הוא. עכ"ל. ומבואר מדבריו דלרבנן קנין הגוף של המשכיר מעכב ומונע מהשוכר להשכיר. וצ"ע ובירור בזה.

הרחבת דברים בפלוגתא דרבי יוסי ורבנן עד הנה נתבאר שתי דרכים בהסברת המחלוקת: דרך הרי"ף והראשונים דפלוגתייהו היא האם השואל הוא שומר של הבעלים או לא ודרך התוס' דלכו"ע הוי השואל שומר של השוכר אלא דטעמו של רבי יוסי משום דל אנת, וגם נתבאר דלדרך זו כפה"נ יש לפרש סוגית הגמ' בדף צו דאין הנידון מיהו המשאיל כמו שהבין הריטב"א אלא דבעליו עמו הוא מי שהתשלום הולך אליו.

ובהסבר קושית הגמ' דל אנת אף בזה נשנו שתי דרכים שהריטב"א נתקשה בזה וכתב דקושיא זו ליתא למסקנא לפי שהשוכר הוא המשאיל ולא איכפת לן בסברת דל אנת, אך סתימת שאר הראשונים לא משמע שפירשו כן, ומדברי התוס' והמיוחס להריטב"א עולה מפורש דלא כהריטב"א, ומתבאר דלדידהו כל כחו של השוכר לתבוע הוא מחמת קנינו שלבסוף וזה מתאים עם ההבנה השניה בגמ' בדף צו דהיינו שמי שהתשלום אליו הוא הבעלים לענין בעליו עמו וסברה הגמ' דאף שודאי השוכר הוא המשאיל והוא התובע אבל אלמלי שקנאה בשבועה סו"ס הבעלים נכנס במקומו לתבוע את השואל ורק כשנפטר השוכר מהבעלים אזי תביעתו נשארת לו לבדו.

ואין זה תלוי לגמרי בשני הפירושים דלעיל דאף לדרך הרי"ף ודעימיה דפלוגתייהו היא מיהו המשאיל ניתן להבין דאף שהשוכר הוא המשאיל מ"מ אם הוא עדיין חייב לבעלים נכנס הבעלים במקומו לתבוע את השואל, אך תירוץ הגמ' נכון לכו"ע שהמיתה קונה ולכן צריך לפרש בטעמו של רבי יוסי שאין השוכר חשוב כמשאיל כלל אלא כשלוחו של הבעלים, ואין כלל הכרח שכל הראשונים העומדים בשיטת הרי"ף יפרשו כהריטב"א, וכפה"נ שהריטב"א חולק על כל עיקר הסברה שהבעלים נכנס במקום השוכר, ודוק.

ויש להוסיף בזה עוד שני נידונים אשר נראה שתלויים במחלוקת הראשונים הנ"ל.

מחלוקת ר"י ורבנן באופן שהשוכר חייב לבעלים יש לחקור ולעיין בגוונא שהשומר הראשון חייב לבעלים אם גם בזה נחלקו רבי יוסי ורבנן, וכגון בשוכר שהשכיר ונגנבה הפרה האם גם בזה פליגי, וכאן אין נ"מ לעינן התשלום שהרי בלא"ה אף אם השני משלם לראשון גובה הבעלים ממנו וגם יכול הבעלים לגבות

מהשני בעצמו מדין שעדר"נ. אבל הנ"מ בזה היא בדין שאלה בבעלים כגון שהיה השוכר הראשון עם השני במלאכתו, האם נפטר בכך השוכר השני ואילו הראשון ישלם לבעלים או דלמא לא.

**ונחזי אנן** דלדרך הריטב"א יסוד פלוגתייהו הוא מי המשאיל היינו אם יש לשוכר כח להשאיל ואין זה תלוי כלל אם השוכר חייב להבעלים או פטור ממנו, וראיה לדבר ממש"כ הריטב"א דקושית הגמ' דל אנת אין לה מקום לפי הבנת הגמ' בדף צו דטעמם של רבנן לפי שהשוכר משאיל הרי מפורש דאף אם יש מצב שהשוכר חייב לבעלים כגון שלא נשבע עדיין דין שאלה בבעלים תלוי במחלוקתם.

**נמצא דלדעת הריטב"א** כה"ג נמי פליגי רבי יוסי ורבנן.

**ולדעת התוס'** נראה ברור דכה"ג מודים רבנן לרבי יוסי שהרי לדידהו סברת רבנן התם דכיון שהתשלום הולך לשוכר לכן יש לו דין בעלים לענין שאלה בבעלים ואם כן כה"ג שהתשלום הולך לבעלים לא יפטר השני מהבעלים בהיות הראשון עמו במלאכתו

**וראיה לדבר** שהרי היכא דמצי אמר ליה דל אנת הדין ברור שהבעלים גובה מהשואל וגם אין היות השוכר במלאכה עם השואל פוטרו ורבנן לא בזה נחלקו אלא דסברי דלא מצי הבעלים לומר דל אנת לפי שהמיתה פוטרת והשבועה להפיס דעת באה, והשתא נחזי אנן דבמקום שהשוכר חייב ממון לבעלים ואין המיתה פוטרת אף לא השבועה בודאי דמודו לרבי יוסי שהתשלום לא להפיס דעת הוא בא.

**נמצא שלדעת התוס'** כה"ג מודו רבנן לרבי יוסי.

**ומצאנו נידון זה ביש"ש** [בב"ק ריש פרק י'] שהעתיק כ"ד המרדכי שם שביאר דשורש המחלוקת דר"י ורבנן לקמן בפרק השואל היא משום דמי שהתשלום שלו הוא הבעלים לענין שאלה בבעלים וע"ז הוסיף היש"ש וז"ל ש"מ [מהגמ' בפרק השואל גבי שאלה בבעלים] דלא נקרא המשאיל השני שאלה בבעלים מאחר שאינו בעל הממון כגון לרבי יוסי וה"ה לרבנן בשואל שמשאיל לאחר דפשיטא שאפילו היה שואל הראשון עם השואל השני במלאכתו לא נקרא שאלה בבעלים לכ"ע דהא משאיל הראשון הוא בעל הממון עכ"ל. הרי מפורש שכה"ג מודו רבנן לרבי יוסי, ודבריו מתאימים היטב עם שיטת התוס' כמו שנתבאר לעיל.

**ויש להעיר בזה** מדברי הרא"ש בפרק השואל, ראה בהערה.<sup>198</sup>

<sup>198</sup> **דיעוין ברא"ש שם** שהביא בשם הר"י דלמסקנא דבעל לא שואל ולא שוכר הוי אלא לוקח הוי מ"מ הוי נמי שומר חינוך וחייב בפשיעה, **וכתב הרא"ש** דבעל עצמו אין נ"מ בדין זה דבלא"ה הוי שמירה בבעלים ופטור אף על פשיעה בנכסי אשתו אבל הנ"מ בלוקח לשלושים יום שדינו כש"ח, עיי"ש. **ותמה הפלפולא חריפתא שם** מדוע כתב הרא"ש דאין נ"מ בבעל הרי הנ"מ ברורה במקום ששכרה האשה פרה ונישאת דאז לדעת רבי יוסי דקיי"ל כוותיה ליכא הכא דין שאלה בבעלים דבעל הפרה לא נשאל עמה ואם פשע הבעל חייב לשלם מדין שומר חינוך.

**וכתב הפלפול"ח** דלדעת הרא"ש כה"ג שהראשון חייב לבעלים מודה רבי יוסי לרבנן דער כמה שהוא מחוייב לבעלים באחריות דפשיעה יכול לתבוע בעצמו שומר ידידה על פשיעה. ולא פליג רבי יוסי אלא באופן שהוא נפטר מהבעלים דאז הוא עושה סחורה ורווח בפרת חברו ולזה אין לו רשות והוי שליח דבעלים אבל באופן שהוא מחוייב לבעלים הראשון לא איכפת ליה לבעלים שיתבע הוא מהשני ועיי"ש עוד בזה. ונמצאת שיטת הרא"ש לדרך זו הפוכה לגמרי משיטת התוס' אליבא דהיש"ש, שמדבריהם למדנו דכה"ג מודים רבנן לרבי יוסי ואילו להפלפול"ח כה"ג מודה רבי יוסי לרבנן.

**אלא שיש ליישב דברי הרא"ש בפשיטות** דכה"ג ששכרה היא ואחריות של הבעל אינה כלפיה אלא כלפי הבעלים פשיטא דהוי לכה"פ שומר חינוך ואין צורך בזה לחידושו של הר"י והר"י חידש דאף שהוא לוקח כלפיה ויש לו זכות להחזיק אצלו הפרה מ"מ מאחריות דש"ח לא נמלט אבל כלפי הבעלים פשיטא שאם נטל הבעל הפרה מרשות האשה הוא מחוייב כלפיו באחריות לכה"פ כשומר חינוך ויותר נראה דכה"ג הוי שומכר שכר כמו שכתבו שם ראשונים אחרים בסוגיא דבעל בנכסי אשתו כשומר שכר ואף הר"י דפליג נראה דמודה דכלפי האחר הוי ש"ש ודוק.

**נ"מ נוספת במחלוקת ר"י ורבנן לגבי דמי השכירות יעויין בנמו"י בב"ק** [נדף כא ע"א, ט ע"א בדפי הרי"ף עוד אני אומר וכו'] שכתב דהיכא שהשכיר אדם בית לחברו וזה השכירה לאחר בדמים יקרים יותר אזי באופן שרשאי להשכיר לאחר הרווח שלו אבל אם אינו רשאי להשכיר נכגון שבני ביתו של השוכר השני מרובים יותר דאז בסתמא יש קפידא של הבעלים [הרווח לבעל הבית דקיי"ל כרבי יוסי דאין עושה זה סחורה בפרת חברו, ומשמע מדבריו דאף גבי מותר דמי השכירות תלוי הדבר בפלוגתא דר"י ורבנן, וזה מתאים היטב עם הסבר הראשונים דלרבי יוסי על כרחו נעשה כשלוחו של הבעלים להשכיר אבל להתוס' דטעמו דרבי יוסי משום דל אנת אי"ז שייך להתם כלל, חדא דמותר דמי השכירות אף בלא שישבע השוכר למשכיר אינם שייכים למשכיר כלל אף אם לא ישבע ואף באופן שהשוכר חייב לבעלים ועוד דהתם בקרקע מיירי דליכא שבועה כלל.

**ואמנם עיקר דברי הנמו"י צ"ב ונתקשו בזה אחרונים, דיעויין ברמ"א** [בסי' סד ס"י] שהביא לדינו של הנמו"י להלכה, ותמיהו שם הגר"א [בסק"ל] והקצה"ח [סק"ח] דאדרבה הרי מחלוקת רבי יוסי ורבנן היא כשנתן לו רשות כדמפורש להדיא בגמ' להלן ואף למ"ד דשומר שמסר לשומר פטור אין צריך להעמידה כה"ג אבל ודאי משמע דלא פליג דאף בזה נחלקו רבי יוסי ורבנן.

**ובעיקר דברי הנמו"י צ"ב** דאין זה עושה סחורה בפרת חברו שהרי קנה זכות שימוש הדירה מהמשכיר וכשמור פירות שלו ביוקר למה ישלם למשכיר את ההפרש, וצ"ע. ואפשר דחדא מתרצתא בחברתה דדוקא כשעושה שלא ברשות אז בהכרח הוי שלוחו של המשכיר והיוקר למשכיר אבל בעושה ברשות הכל שלו ול"ד לדרבי יוסי וצ"ע בלשון הנמו"י.

**ואף דברי הנמו"י מתפרשים לדרך הראשונים שנחלקו מי הוא המשכיר דלדעת התוס' שנחלקו בדל אנת אין כלל שייכות להתם לתלותה בפלוגתא דר"י ורבנן.**<sup>199</sup>

**בגמ' א"ר זירא פעמים וכו' יעויין במאירי ובשטמ"ק בשם גליון** שכתבו לדינא דהיכא שהשכיר ראובן לשמעון והשאל שמעון ללוי, השכירה לוי ליהודה וזה השאילה ליששכר, יש כאן תשלומי ארבע פרות כדברי רבי זירא, ומבואר מדבריהם דכל המחלוקת בגמ' דידן הוא משום שהפרה חוזרת לאותה הרשות אבל במקום שיש באמת שני שואלים ושני שוכרים הדין אמת לכו"ע ששני השואלים משלמים ארבע פרות.

**ויש לעיין בדעת רבי זירא דמבואר בגמ' בב"ק** [נדף ד ע"ב] ששואל הוא מעשרים וארבעה אבות נזיקין לשלם ממיטב, ובפשוטו משמע מזה דהשואל כמזיק משלם על חסרון החפץ מבעליו, ואם כן היאך ישלם הבעלים שתי פרות שלימות לשוכר סו"ס הכל פרה אחת היא, וכמו בהגוזל ובא אחר ואכלו דרצה מזה גובה ורצה מזה גובה אבל פשיטא שאינו יכול לגבות פעמיים, אחת מזה ואחת מזה לפי שכששילם לו האחד נשתלם חסרונו ומאי שנא הכא, ולכאורה מוכח מזה דחיובו של שואל אינו עבור חסרון והעדר החפץ לבעליו אלא מחמת שלקח נתחייב בהשבה עבור עצם הלקיחה ואפשר הדבר שישלם פרה אחת כמה פעמים.

<sup>199</sup> ומיהו אף שנקט הנמו"י לשון דקיי"ל כרבי יוסי אפשר דאף רבנן מודו בהא, ולדוגמא בעלמא נקטה דכשאינו רשאי להשאיל נעשה כשלוחו של הבעלים והרווח שלו.

## דף לו ע"א

בגמ' איתמר שומר שמסר לשומר רב אמר פטור נחלקו רבותינו הראשונים בדינו של רב: ראה ברש"י שכתב דהשומר הראשון פטור בכל מה שהיה פטור אם היה החפץ ברשותו, ובפשטות משמע מדבריו דאם יארע דבר שהיה חייב בו בהיותו ברשותו כגון פשיעה בשו"ח וגו'א בשו"ש חייב אף לפי רב, וכך פירש רש"י גם בב"ק [דף יא ע"ב ד"ה שומר וכו']<sup>200</sup> וכן מבוארת דעת התוס' לקמן [דף מב ע"ב סוד"ה הכא<sup>201</sup>] ובב"ק [שם ד"ה לא מבעיא] וכ"ה להדיא בתור"פ בב"ק שם.

אבל הרמב"ן הרשב"א ושאר בסוגיין כתבו דפטור לגמרי אף בפשיעת השומר השני ואף אם השומר השני עני ואין לומה מה לשלם פטור הראשון בכל גווני. וכתבו הרמב"ן ושאר דשומר שכר שמסר לשומר חנם תובע הבעלים לשו"ח ואם נשבע לו זה שלא פשע אלא נגנבה או אבדה או חוזר הבעלים על הראשון ותובעו, שאין הראשון פטור אלא במה שהשני חייב אבל אינו נפטור מחיוביו במה שלא נתחייב השני לשלם.

ויש להבין ולברר שורש מחלוקת הראשונים בזה וכן בעיקר טעמו של רב משום דמסרו לבן דעת יש לעיין ולברר גדר הפטור בזה, ומצאנו בזה שתי דרכים בדברי רבותינו האחרונים כמו שיתבאר: (א) יעויין בנתיב"מ [סי' עז סק"א] שכתב בזה דהטעם משום דהעמיד גברא בחריקה, והרי עשה השומר שמירה מעולה שמסר לבן דעת הנאמן לו, והוי כמו שמסרו לו בתיבה מסוגרת ונפטור מצד חיוב שמירתו, ומה שחייבין הן על פשיעתו לא נעשה הוא ערב בעדן, שלא קיבל על עצמו רק לשמור שמירה מעולה, ולא נעשה ערב על חיוב התשלומין כלל, רק שנתחייב לשמור וזהו השמירה שלו. עכ"ל, הרי מבוארת דעתו דהשמירה של השומר השני מועילה לשומר הראשון ובוזה מתקיים החיוב שמירה שלו.

ויעויין עוד בנתיב"מ [בסי' רצא סק"ד] שכתב לדרכו דשואל שמסר לשואל חייב לשלם דכל עיקר טעמו של רב הוא משום דהחפץ שמור ביד האחר ובוזה נפטור הראשון אבל בשואל שחייב באונס גמור מה מועיל לו שמסרו לאחר להפטור מחיובו הרי אף כששמר בעצמו כראוי ומתה חייב.

ויעויין בחי' רבנו חיים הלוי [בהל' נו"מ] שחקר בגדר הפטור דשומר שמסר לשומר וז"ל והנה יש להסתפק, להך מ"ד דשומר שמסר לשומר פטור משום טעמא דמסרה לבן דעת, אם פירושו הוא, דעל כן יכול בזה להסתלק מעיקר חיוב שמירה שלו ובטל דין שומר שלו לגמרי, או דנימא דזה ודאי דכיון דנכנס בשמירה שוב אינו יכול להסתלק מזה, ורק דכיון דיהיב ליה גברא בחריקה ע"כ מיפטור בהכי, אבל לא דבטל עיקר דין שומר שלו, וכו' ונדאה דזה מבואר מהא דפליגי בגרועי גרעיה לשמירתו אם בכה"ג חייב אם לא, דלהך מ"ד דגם בגרועי גרעיה מיפטור, הרי דמיפטור אע"ג דלא יהיב ליה גברא בחריקה, דהרי השומר השני אינו כראשון, ובעל כרחך דהוי מדין סילוק שמירה, ועל כן לא איכפת לן במאי דגרעיה לשמירתו, כיון דכבר נסתלק משמירתו וליכא עליה עתה חיוב שמירה כלל על החפץ, ורק דצריך להתחייב משום זה גופיה שנסתלק בלא השבה לבעלים, ועל זה שפיר מהני הך טעמא דמסרה לבן דעת דמיפטור בהכי. עכ"ל הרי מבוארת דעתו דכה"ג שמסר לבן דעת חשיב השבה מעליא של החפץ לבעליו, ולכן אף אם השני הוא

<sup>200</sup> כתבנו לפום פשטות הדברים, ויעויין בחת"ס שפירש בדעת רש"י כדעת הרמב"ן דפטור השומר הראשון לגמרי, ועיי"ש ראיתו לזה, וקצת סמך לזה ממה שהראשונים בסוגיין שתקו להביא מפירוש רש"י, ואף דקדקו בלשון הגמ' בב"ק דף נו שהשני נכנס במקום הראשון וציינו לדברי רש"י שם, אך בדברי רש"י בב"ק דף יא לכאורה מפורש להדיא כמש"כ בפנים.

<sup>201</sup> ואמנם לדינא קיי"ל דשומר שמסר לשומר חייב מטעם דאת מהימנת לי, אך התם לכאורה מסתברא דלא שייך לומר כן שהרי לא הסכימו היתמי לקבל שמירה מהספסירא שיאמר להם כן אלא אדרבה הוא גרם להם במה שמכר להם מקח טעות, גם מסתברא דליכא התם שבועה כלל שענינו הרואות שאין לו כבי ולמה ישבע הבקרא בדבר שלא עלה על דעת.

שומר חינוס סגי בזה כיון שנסתלק הראשון לגמרי משמירתו. נוצ"ל דכך האומדנא שאף שהראשון שומר שכר חשיב השבה לבעלים ואין דרך הבעלים להקפיד אף אם השיבו למי שהוא רק שומר חינוס וצ"ע]

**ויש לדון כמה נ"מ בשתי הדרכים האלו: (א) שכר השמירה**, דנראה דלדעת הנתיבות נוטל השומר הראשון שכר שקצץ עמו הבעלים עבור השמירה שהרי עשה מלאכתו נאמנה ומה לי נתנו בתיבה מסוגרת או העמיד פועל שישמור ונוטל שכרו משלם, **אבל לדעת הגר"ח** נראה שאינו נוטל שכר דכבר נסתלק משמירתו והשיבו לבעליו והיאך יטול שכר אם נסתלק משמירתו. **(ב) כשלא שמר השני** נראה דלדעת הנתיבות אם רואה שהשומר השני מת והניח החפץ מופקר פשיטא דהוא מחוייב לשמור בעצמו החפץ כאילו נפרצה התיבה המסוגרת לעיניו, וכן אם רואה שהשני מתרשל במלאכתו מחוייב לשמור בעצמו החפץ, **אבל לדעת הגר"ח** לכאורה נראה דפטור שהרי כבר השיבו לבעליו ונסתלק מחיוביו. **(ג) בדיני השומרים**, לדעת הנתיבות עדיין הוא שומר לכל דבריו ואם יכפור בפיקדון יהיה בדין כופר בפיקדון וכן אם ישלח בו יד יהיה גולן כדין שולח יד, וכן יוכל לישבע על מה שאירע אצל השומר השני [לו יצויר שיש אופן שיתחייב שבועה וכדלהלן] ואם יטען טענת גניבה וישבע יתחייב כפל, אבל לדעת הגר"ח כבר נסתלק לגמרי משמירתו והרי הוא כאינש בעלמא שלא נעשה גולן אלא במשיכה לרשותו כשאר הגולנים ואין בו דין כופר בפיקדון שליחות יד שבועה וטוט"ג.

**ונחזי אנן** דלדעת רש"י ותוס' א"א לפרש כדרך הנתיבות כלל שהרי כמו שאם נתן לתיבה מסוגרת כראוי ונשברה התיבה ודאי פטור ששמרה כראוי, ה"נ הכא אי מסירה לבן דעת חשיב כשמירה מעליא אם כן יחשב אנוס במה שפשע השני, ואי נימא דה"ל לאסוקי אדעתיה שיפשע זה אם כן אף בגו"א יתחייב דהוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס וכסברת רבי יוחנן. **וכ"ש לדרך הגר"ח לא ניהא כלל דעת רש"י** דאם נסתלק לגמרי מהשמירה מדוע יתחייב הראשון אם פשע השני ובהכרח דשומר גמור הוא וחובת השמירה עליו רמיא.

**ובדברי הראשונים** החולקים על רש"י לכאורה היה אפשר לפרשם הן להנתיבות והן להגר"ח, **ואולם יעויין ברמב"ן וברשב"א שהקשו** לדעת רב ממתני' דהשואל משלם לשוכר והקשה הרמב"ן דכיון שהעמיד השוכר שומר אחר בחריקיה אמאי משלם השואל לשוכר ישלם לבעלים ששומר שלו הוא, **ותירצו הראשונים** שאם השומר הראשון רוצה לירד לדין עם הבעלים הראשונים אין הבעלים יכול למחות בידו שהרי לו מסרו לשמירה והדבר תלוי ברצונו של השומר הראשון, ברצונו ישלח את הבעלים לירד לדין עם השומר השני דקאי בחריקיה וברצונו ידון עם הבעלים ישבע ויפטר ויתבע הדמים מהשומר השני [לרבנן] **ודברי הראשונים מופלאים מאוד** דממ"נ אם העמיד את השומר השני כשומר של הבעלים [כמו שמפורש בדברי הרשב"א עיי"ש] היאך יכול למנוע הבעלים לירד לדין עם השני ולתבוע את ממונו, ואם השני שומר ידידיה הוא אם כן היאך יכול לומר לבעלים שהוא יתבע להשני ואם אין לו מה לשלם יפסיד, סו"ס שומר הראשון במה נפקע חיוב תשלומיו, וצ"ע.

**אבל מ"מ למדנו מדברי רבותינו דלא כהנתיבה"מ**, דלדרכו כיון שהשני כתיבה המסוגרת אין מקום כלל לקושית הראשונים מהמשנה דהיאך יתבע הבעלים להשני והוא אינו שומר שלו, **ואמנם להנתיבות קשיא איפכא** ממה שנקטו הראשונים בפשיטות שהבעלים תובע את השני אם פשע, ולדברי הנתיבה"מ צ"ב דהרי אינו שומר של הבעלים כלל אלא הוא כתיבה של השומר אטו יתבע הבעלים לחפצי השומר, וצ"ע. **ועוד מוכח מהראשונים דלא כהנתיבות** דאילו לדידיה בשומר שכר שמסר לשו"ח הרי ממ"נ אי חשוב כשמירה מעליא יפטר אף בנגנבה או אבדה ואי לאו אלא כפושע הוא אם כן יתחייב אף באונסים כמו לדעת רבי יוחנן, והיאך מתחלק הדין לומר דנפטר הראשון מכל מה שהשני מתחייב, מה ענין חיובו של השני אצל הראשון.

ומדברי הראשונים מוכח גם דלא כהגר"ח, שנראה ברור דלהגר"ח נפטר הראשון אף אם נגנבה אצל השני ומהטעם הנ"ל שכבר נסתלק משמירתו וברמב"ן מפורש שחייב לשלם. ועוד דלא מובן תי' הראשונים מהמשנה לדרך הגר"ח שאילו לדבריו היאך יתכן שירד השומר הראשון לדין עם הבעלים הרי כבר נסתלק לגמרי משמירתו והשיב החפץ לבעליו, ובאמת שהקושיא מהמשנה קושיא גדולה היא לדעת הגר"ח, וצ"ע.

ומכ"ז נראה שהראשונים סברו ששמירת השני אינה כתיבה מסוגרת מצד אחד ולכן אין כאן קיום חובת השמירה בעצם מה שהעמיד גברא בחריקיה ומצד שני גם סילוק של השומר הראשון לגמרי, ויעויין היטב בדברי הגר"ח שהועתקו לעיל שחקר בדין שומר שמר לשומר והצד הראשון שכתב שם הגר"ח [ודחאו] אינו כהנתייה"מ שהיו כשמירה אלא משמע מדבריו שנפטר משמירתו במה שהעמיד שומר לבעלים, וכן נראה מדברי הראשונים הנ"ל, ומתפרש הענין דלמ"ד שומר שמסר לשומר פטור רשאי השומר להעמיד שומר במקומו וכמו שיכול לקיים חובת השמירה בעצמו סברא דיכול להעמיד שומר אחר לבעלים, אלא דבזה נחלקו דלרש"י ותוס' אף הוא אחראי לשלם אם לא תתקיים חובת שמירה שעדיין מוטלת עליו ואין השני נכנס תחת הראשון לפטרו אלא כדי שלא ייחשב פושע במה שמסרו לשני אמרינן דיכול להעמיד שומר אחר תחתיו ואינו פושע בזה ושמירת השני כשמירתו חשובה, ואילו לדעת הרמב"ן יכול להעמיד שומר אחר ובזה גופא שהעמיד שומר קיים חובת שמירתו, ודוק שלא בשמירת השני נתקיים חיובו אלא מה שיש כאן שומר אחר בחריקיה זה פוטרו מהשמירה אך אין זה חשוב כהשבה לבעלים כלל אלא דכל זמן שיש כאן שומר בר חיובא העומד במקומו אין הוא אחראי במה שהשני אחראי ולכן במה שאין השני מתחייב לשלם הראשון חייב כי כלפי זה לא העמיד גברא בחריקיה.

ויש לדון בכל הנך נ"מ שנתבארו לעיל בין הנתיבות להגר"ח: (א) לגבי השכר אם נוטל או לא, לדעת רש"י ותוס' שהוא אחראי על שמירת השני ודאי מסתברא דנוטל שכרו משלם אך להראשונים דפטור בפשיעת השני צ"ע. (ב) וכשמת השני או אם לא שמר נראה פשוט דלכל הראשונים חייב לשמור בעצמו שלא נסתלק משמירתו כלל, (ג) וכן לגבי שאר דיני השומרים לרש"י ותוס' פשיטא שעדיין כולם עליו שלא נסתלק משמירתו, ומסתברא אף להראשונים כן וצ"ע.

והגר"ח נתקשה בדרך זו שאם כן היאך יתכן לומר כן במסר לשו"ח הרי לא העמיד גברא במקומו כלל, וצ"ב לפרש קושיתו, כי אפשר לשאלה בשתי אופנים: האחד מדוע יפטר הראשון בנגנבה או אבדה, אך זה לק"מ להראשונים כי באמת דעתם היא שחייב הראשון כה"ג, [ואפשר שהגר"ח נקט בדעת הרמב"ם דפטור ולדרכו הקשה ועוד יתבאר בע"ה] ועוד יש לפרש שקושיתו מדוע יפטר הראשון אף בפשיעת השני או באונס הרי כשהעמיד שומר גרוע הוי כפשיעה ויתחייב בכל מדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס. ויתבאר להלן בדברי הגמ'.

ושיטה שלישית בפטור שומר שמסר לשומר [לבד משיטת רש"י ותוס' שפטור במה שהיה נפטר ברשותו ושיטת הרמב"ן ושא"ר דפטור בכל מה שמתחייב השני] הובאה בריטב"א בשם י"א, והם סוברים דאף שומר שכר שמסר לשו"ח פטור בגניבה ואבידה ופירשו דזה גופא כוונת הגמ' דגרועיה גרעיה לשמירתו היינו שבאמת הפחית מאחריות השמירה המוטלת כאן. והריטב"א דחה דבריהם דמי פטור ומחל לו על חיוב אחריותו בגניבה ואבידה. וצ"ב לדרכם כיצד נפטר מאחריותו הרי מחויב הוא בשמירה מגו"א ומה מהני מה שמסר לשו"ח, ולדרך זו אפשר לפרש כדעת הגר"ח דחשיב כסילוק גמור מהשמירה וכשהשבה לבעלים.

בגמ' אלא אפילו וכו' דגרועיה גרעיה לשמירתו וכו' בפשוטו ענין גרועיה גרעיה לשמירתה היינו דהשומר חינוס מוטל עליו חובת שמירה פחותה ושומר שכר מוטל עליו שמירה מעליא נמצא שכשמוסרו לשו"ח הרי אין החפץ שמור תו לענין גו"א כלל. ודברי הגמ' צ"ב דסו"ס כלפי שמירה מעולה המונעת מגניבה ואבידה לא העמיד שומר כלל ואם כן כלפי שהוא שומר שכר חשיב לכאורה פשיעה גמורה מה שמסרו לשומר חינוס,

ואף דאח"כ אירע אונס מ"מ הוי כתחילתו בפשיעה וסופו באונס, ואפשר דבזה נתקשה הגר"ח [הו"ד לעיל] ולדרכו של הגר"ח שם ניהא דבהעמדת החפץ אצל שומר חנם כבר נסתלק השו"ש מעיקר שמירתו והוי כאילו השיבו לבעליו כיון דמסרו לבן דעת. אך למה שנתבאר לעיל מדברי הראשונים דהשומר הראשון עדיין אחראי כלפי הבעלים קשיא, וכ"ש דקשיא לדעת רש"י שהשומר הראשון חייב לשלם בפשיעת השני ואמאי לא יתחייב לשלם על עצם המסירה לשני שהיא כפשיעה.

**אך יעויין בתוס' לקמן בפרק השואל** [דף צג ע"ב; ד"ה אי הכי] שעמדו בזה, ופירשו בשני אופנים: (א) דאף ששנינו תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב מ"מ תחילתו בגניבה ואבידה וסופו באונס פטור, דמניעת השגחה מעולה מהחפץ עם שהיא מחייבתו בתשלומים אינה כפשיעה לחייבו בכל מה שיקרה אח"כ, **ועוד תירצו** שכיון שמסור לבן דעת אין לנו לומר שלא ישמור מגניבה ואבידה כי 'סתם בן דעת רגיל לשמור הרבה אפילו מדברים שאינו חייב' **ותירוצם השני של התוס' צ"ב** דאם כן ואינו פשיעה כלל אפילו כפשיעת גניבה ואבידה מדוע יתחייב אם נגנבה או אבדה אצל השני, וחזינן מזה כנ"ל דנתינת חפץ לשומר אינה חשובה כנתינה לתיבה ואינה שמירה כלל ולכן אם לא שמר השני הראשון חייב כי לא קיים חובתו ומ"מ המסירה לשני לא חשובה כפשיעה, ודוק.<sup>202</sup>

**ויעויין בחי' הרמב"ן שם** שכתב להוכיח מסוגיין דתחילתו בגו"א וסופו באונס פטור כתירוצם הראשון של התוס'.

**יעויין בחי' הריטב"א** [החדשים] שדן בפשט הגמ' ד'גרועיה גרעיה לשמירתיה' והביא שיש אומרים דאף אם נגנבה אצל השני הראשון פטור וזה כוונת הגמ' דגרעיה היינו שנפטר ממקצת חיובו ודחאה הריטב"א מסברא דמאן פטריה מאחריותו, **וביאר הריטב"א** דגרועיה גרעיה 'היינו משום שלא יטרח שומר חנם לשמור כמו שהיה עושה שו"ש' **ועוד פירש** דגרעיה היכא שהשני עני ואין לומה לשלם שהראשון נפטר שמסרו לבן דעת והשני אין לו לשלם נמצא שגרע מזכות הבעלים. **ולכאורה כ"ד הריטב"א תמוהים** דהפשט הפשוט בגמ' דגרעיה היינו משום דשומר שכר מחוייב לשמור בשמירה מעולה וכשמסרו לשומר חנם הרי זה אינו מחוייב אלא בשמירה פחותה, ואף בתירוצו הראשון לא כתב הריטב"א כן אלא שלא יטרח השומר חנם ומשמע כוונתו דבמציאות כך יהיה שלא יטרח ולא שיש כאן מיעוט בעצם חובת השמירה, **ומוכח מזה לכאורה** דשומר שכר אינו חייב לשמור יותר משומר חנם אלא שהאחריות עליו אם תיגנב אבל מצד חיובו אין הפרש בינו לשו"ח, וצ"ע.<sup>203</sup>

**ומתירוצו השני של הריטב"א** דגרעיה היכא דהשני עני משמע דגם אם היה השני עני בשעה שמסרו לו הראשון מ"מ פטור הראשון מלשלם, **ובנידון זה נחלקו אחרונים דיעויין באו"ש** [פ"ד מנז"מ ה"ט] שדייק

<sup>202</sup> **והעירונו עוד** דלשון התוס' הוא שאין לומר שודאי לא ישמור מגו"א כי סתם בן דעת וכו' ומשמעות דבריהם שאם היה ודאי שלא ישמור אז הוי פשיעה ואם אפשר שישמור כי סתם בן דעת שומר מדברים הרבה אז לא הוי פשיעה והוא תימה אטו כדי לומר דהוי פשיטא צריכים להניח שודאי לא ישמור, וכל שאין סתמא ברורה שישמור הוי פושע, וצ"ע.

**וכתבו התוס' שם עוד** דשמא אפילו שומר שמסר לשו"ח ופטרו מלשלם בפשיעה אפשר דפטור כיון דמסרו לבן דעת, וכוונתם דאף דהשני פטור מלשלם מ"מ אינו פשיעה כי כיון שהוא בן דעת מסתמא ישמור כראוי, **ויש לדקדק בדבריהם** שמשמע שהציוור השני הוא רבותא טפי עד שנסתפקו בזה וכתבוהו בלשון שמא, ולכאורה הא פשיטא טובא יותר מקמייתא, דבאופן השני הרי הוא מחוייב לשמור אלא שפטרו מלשלם, אבל בשומר שכר שמסר לשו"ח הרי יש חילוק ביניהם בעצם חיוב השמירה.

<sup>203</sup> **ויעויין במחנ"א בסי' לח** מהל' שומרים שלמד מדברי הטור בריש סי' שג דשומר שכר חייב לשמור ביום ובלילה, והובאו הדברים גם בנתיחה"מ בסי' רצא סקכ"ד וצ"ע.



מלשון הנמו"י בסוגיין שכתב דאם העני השני או אין לו מה לשלם הראשון פטור ומשמע דוקא בהעני אחר כך אבל אם מסרו לו כשהוא עני הראשון חייב, **אבל הנתיה"מ** [בסי' רצה סוף סקכ"ד] כתב דאפילו אם היה עני מתחילה פטור, ומדברי הריטב"א משמע כהנתיה"מ, וכנ"ל.

**בגמ' ולטעמיה דרבי יוחנן וכו' אין רצוני שיהיה פקדוני עיין ברע"א** [במערכה באות יט] **שכתב דמשמעות הגמ' לדעת רבי יוחנן יש כאן שני טעמים נפרדים היינו דגרועיה גרעיה לשמירתו הוא טעם לעצמו לחייב השומר, וכן מה שאין רצוני וכו', וכתב הרע"א דנ"מ בזה כשהפקיד אצל מי שרגיל להפקיד דכה"ג ליכא הטעם דאין רצוני אך איכא להטעם דגרועיה גרעיה, אך הקשה הגרע"א דאם כן מנא ליה באמת לאביי למעבד תרי פלוגתות בין רב לרבי יוחנן ודלמא טעמו של רבי יוחנן רק משום דאין רצוני, ולכן כתב הרע"א דצריך לדחוק ולפרש דודאי בדרכו להפקיד אצלו פטור אף בגרעיה אלא דכוונת הגמ' דבגרעיה ודאי יש להטעם דאין רצוני כשמוסר לשומר שמחוייב פחות וקמ"ל רבי יוחנן דאפילו בגוונא שהשני מחוייב בשווה או יותר מ"מ אומר לו אין רצוני. ונחלקו בנידון זה ראשונים ואחרונים לקמן לדעת רבא בטעם דאת מהימנת לי, ויתבאר במקומו בע"ה.**

**תוד"ה אין רצוני וכו' דשינה מדעת המפקיד בפשוטו כוונתם** למימרא דרבי מאיר דכל המשנה מדעת בעה"ב נקרא גולן, ולא פירשו התוס' מדוע באמת לא הוי גולן גמור מדין כל המשנה, וראה ברי"ף שהוכיח מסוגיין דלא קיי"ל כר"מ דכל המשנה אלא כרבנן דאינו נקרא גולן, ואפשר שזהו טעמם של התוס' או דס"ל דהכא לא חשיב כגולן אף לר"מ מאיזה טעם, וצ"ע. וע"ע בצל"ח ובחת"ס.

**שם בתוס' אלא י"ל דהטעם דחשיב כאילו פירש דברי התוס' צריכים ביאור** דממה שכתבו דהוי כאילו התנה אנו למדים שאין פשיעה בעצם המסירה לאחר אף לרבי יוחנן אלא מצד התנאת המפקיד הוי פשיעה, וצ"ב מה מועיל התנאת המפקיד סו"ס בעצם המסירה לאחר אין פשיעה, וכפה"נ דגדר חיוב שמירה שהטילה על השומר הוא בסתמא אבל כשהמפקיד מתנה אופן מסויים דשמירה כל שלא שמר השומר כפי התנאת המפקיד הוי פשיעה וחייב עליה אף שו"ח.<sup>204</sup> [והנה נודע דעת הרמב"ם [פ"ב ה"ג משכירות] דחיוב פשיעה בעלמא מטעם מזיק הוא ולכאורה מהתוס' מוכח שלא כדבריו שאי אפשר שבגלל שעבר על תנאו של זה ייחשב כמזיק, וצ"ע]

**ויעויין ברשב"א שחולק על התוס' ומפרש דלרבי יוחנן הוי חיובו מדין גולן גמור דעבר על דעת בעה"ב ואף לרבנן דהמעביר ע"ד בעה"ב אינו גולן** 'הני מילי' במשנה ברשותו אבל במפקיד אצל אחר משעה שנכנסה לרשותו

<sup>204</sup> **ויעויין עוד כזאת בטור** [בסי' רצב] בשם הרמ"ה שנפקד שיחדו הבעלים מקום אצלו לחפצם וטלטלה הנפקד ממקום למקום [באופן שאינו מתחייב משום שליחות יד] הוי כפשיעה וחייב בכל אונס שיארע לאחר מכן בחפץ.

**ולקמן בפרק השוכר** [דף עח ע"א] איתא שם בסוגיא גבי השכיר לו חמור להוליכה בבקעה והוליכה בהר וכן איפכא אם מתה מחמת השינוי [כגון שהוחמה בבקעה או החליקה בהר] חייב ומדין פשיעה, והיכא שנאנסה יעויין שם בתוס' ד"ה הוחמה ושם בע"ב בסוד"ה רבי יוסי וכו' שתי פירושים אי הוי כתחילתו בפשיעה וסופו באונס או דהוי פשיעה כעין גו"א דלא אמרינן בה תחב"פ, וע"ע בריטב"א שם, ומבואר מדברי התוס' דסברת אביי לחייב בהבלא דאגמא נאמרה רק בתחילתו בפשיעה ממש אבל לא בפשיעה כעין גו"א כדהתם, וצ"ע לפרש ולחלק הכא מדוע חשיב טפי מפשיעת גו"א. ויתבאר עוד במקומו בע"ה.

**ומ"מ עצם הדין המבואר שם** דהוי פשיעה אף הוא שרשו מהיסוד המבואר בפנים דכל המשנה משמירה שאמר לו בעה"ב הוי פשיעה ומהחולקה בעלמא ליכא ראייה דיש לומר דכל שומר שכר אינו יכול להוליכה בהר בלי רשות מפורשת אבל אף במתה מחמת אויר מפורש שם דהוי כפשיעה וחייב כי אויר בקעה והר משונים זה מזה, ופשיטא דשומר בעלמא יכול להשימה בבקעה וגם בהר שאל"כ יהכין יניחה. וע"כ דמה שהניחה בשימור שאינו כרצון הבעלים הוי פשיעה, וצ"ע לדעת הרמב"ם דפשיעה הוי מטעם מזיק וכמש"כ בפנים.

יצאת מרשות הראשון והרי היא אבודה אצלו, וראיית התוס' מע"ב יושבה הרשב"א לקמן שם דהסוגיא דהתם אזלא לדעת רבא דטעמו של רבי יוחנן משום שבועה אבל לאבבי ודאי חייב בכל אונס שיארע בה לאחר הפשיעה משום ד'בהמה ידיה קטל מלאך המות ולא בהמת מפקיד וכך שחייבה תורה בשואל משום דאוקמה ברשותיה' הרי מבוארת שיטתו דשניא פשיעה דהכא משארי פשיעות שבשעה שיצאת לרשות שאין הבעלים רוצה בה הוי כגזילה גמורה. וכ"נ שיטת הרמב"ן והריטב"א לקמן בע"ב והנ"מ בין הרשב"א לתוס' היכא דנאנסה באופן דאי אפשר לתלות שמחמת הפשיעה בא האונס דלהתוס' פטור כדמבואר בסוגיא לקמן בע"ב דמודו אבבי ורבא דפטור כה"ג בתחילתו בפשיעה, ולהרשב"א חייב. ובכ"ד התוס' יתבאר עוד להלן בסוגיא בע"ב.

בגמ' אמר רבא כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו וכו' יעויין היטב בתוס' לקמן [דף מב ע"ב ד"ה כל המפקיד] שכתבו בשם ר"ת דאם אין להם לשלם משלם הנפקד דאל"כ כל שומר תבוא אשתו ותאכל ויפטר מלשלם. והנה בפשוטו דעת התוס' עצמו דבכל שומר שמסר לשומר לרב הראשון חייב בכל מה שהיה מתחייב אם יארע אצלו, [כן משמע מדבריהם שם בדף מב בסוד"ה הכא וכן כתבו התוס' בב"ק דף יא וראה מש"כ בזה לעיל בתחילת הסוגיא] ואם כן אף לסברת כל המפקיד דליכא השתא לחיובי משום אין רצוני או משום שבועה הדרינן לדינא דרב ופשיטא דיתחייב הראשון. ויל"ע דאם כן מאי קמ"ל ר"ת דבאשתו ובניו הוא חייב הרי כל שומר לעולם אינו נפטר במה שמוסר לאחר, אך יעויין במרדכי [סי' רפא] שנראה מדבריו שחידושו של ר"ת לאו דוקא באשתו ובניו אלא הא גופא בא לומר שכל שומר אינו נפטר מחיובו במה שמוסר לשומר אחר [ועיי"ש מה שיישב ראית הראשונים ממסר לברזיליה בב"ק] ויעויין בש"ך [בסי' עב ס"ק קל"ד] שהביא מכמה ראשונים שפירשו כן בדעת ר"ת.<sup>205</sup>

ואולם הראשונים החולקים על התוס' וסוברים דבעלמא שומר שמסר לשומר פטור לגמרי הם הביאו ופירשו לדברי ר"ת על דרכם ולשיטתם, יעויין ברשב"א בסוגיין שכתב בשם ר"ת דשומר שמסר לשומר בגוונא דפטור לכו"ע כגון ברגיל להפקיד אזי הראשון פטור לגמרי דעל דעת כן מסרו לו אבל באשתו ובניו השומר חייב שאל"כ ימסור להם השומר והם אין להם מה לשלם וילך הלה בפחי נפש. וכ"כ המרדכי שם [בשם הר"ש מקוצי] שהלכה כדברי ר"ת דוקא באשתו ובניו שאין להם לשלם. אבל הראשונים פליגי על ר"ת וכתבו הרמב"ן הרשב"א והריטב"א דפטור אף כה"ג וביאר הריטב"א הטעם משום דעל דעת כן מסרו לו.<sup>206</sup>

<sup>205</sup> ויש לפרש בדברי התוס' עפ"י המל"מ בפ"ד משאלה ה"ח שכתב בתו"ד דבאשתו ובניו יש יותר סברא לפטור משום דכיון שיודע המפקיד שיעשה כן הוי כאילו נתן לו רשות גמורה להפקיד אצל וכה"ג ס"ד שנסתלק הנפקד לגמרי והם שומרי המפקיד, לזה קמ"ל דאינו כן שאל"כ כל אדם וכו', ומשא"כ בשאר בני אדם שאף שהוא עצמו רגיל להפקיד וליכא לסברת אין רצוני אבל מ"מ סו"ס לא עלה על דעת המפקיד שהשומר ימסרם לאחר ולכן כשעשה כן לא נסתלק משמירתו, ודוק.

<sup>206</sup> ובטעמו של ר"ת דאל"כ כל אדם יל"ע מה כוונתו בזה, יעויין במל"מ בפ"ד משכירות ה"ח שהביא דזה גופא טעם הדין שחייב משום שאל"כ כל אדם וכו' וכפה"נ דכוונתו דהוי תקנת חכמים כן, ולכן כתב דטעם זה שייך רק באשתו ובניו, והמל"מ דחה דבריו דהתוס' כתבו כן בתורת הוכחה שאל"כ וכו' אבל הטעם הוא עיקר הדין שאין השומר נפטר במסירה לאחר ל"ש אשתו או שומר אחר עיי"ש באורך.

והנה הדבר תלוי בהבנת דברי ר"ת לדעת התוס' והמרדכי מתפרשים הדברים היטב לדעת המל"מ אבל לדעת הרשב"א ושאר הרי להדיא דר"ת אמר כן דוקא באשתו ובניו, אך נראה דא"צ לומר דהוא תקנת חכמים אלא הטעם פשוט דכיון שכל אדם וכו' אם כן אמדינן דעת המפקיד שלעולם אין הנפקד יכול להעמיד בחריקיה בני ביתו שאין להם מה לשלם אלא אדם אחר בן דעת, נולהסוברים דיכול להעמיד עני במקומו קצת צ"ל בדוחק לחלק בין עני לבין בני ביתו, או דר"ת פליג אף בענין

**ויעויין בקצה"ח** [בסי' רצא סק"ח] שהביא מחלוקת ראשונים בשומר שמסר לאשתו, אשר דעת המ"מ דהשומר הראשון נאמן בטענתו לומר שמסר, והשני נשבע ונפטר, **אבל הריטב"א סובר** שהשומר הראשון צריך לישבע שבועת השומרים שמסר לשני. **וביאר הקצות** דשורש פלוגתייהו תלוי במחלוקת ר"ת והראשונים דלר"ת דהוא חייב לשלם אם כן שמירת השני היא המשך שבועת הראשון ואם כן טענתו 'מסרתי לאחר' טענת שומרים היא לומר לא פשעתי בה אבל לדעת הסוברים דהוא פטור מלשלם כשמסרו לאשתו אם כן טענתו טענת החזרתי היא שנפטר מחיובו לגמרי, ובטענת החזרתי נאמן בלא שבועה, ונמצא שהמ"מ סובר דפטור במסר לאשתו והריטב"א סובר שחייב, **אלא שהקצה"ח הביא דברי הריטב"א כפי שהיו לפניו בשטמ"ק אבל בחי' הריטב"א שנדפסו בזמננו מפורשת שיטתו דפטור כדעת הרמב"ן, וכן מפורש הדין ברמב"ן וברשב"א בסוגיין** דשומר שמסר לאשתו ובניו פטור מלשלם ומ"מ חייב לישבע.

**ומבואר מזה** דאף לדידהו שהוא פטור דאוקמה גברא בחריקיה מ"מ אינו כטענת החזרתי והוא כמשי"נ לעיל דהשומר הראשון עדיין מחוייב בשמירה אלא דהשומר השני העומד במקומו פוטרו בכל רגע מחיובו, **ומדברי הקצות באמת משמע** שהבין כהגר"ח דפטור משום דהוי כהשבה לבעלים במה שמעמיד שומר במקומו, ודוק.<sup>207</sup>

<sup>207</sup> ויש מקום עיון בשיטת הרשב"א בכ"ז, דבד"ה ומיהו וכו' כתב הרשב"א כדעת הראשונים דשומר שכר שמסר לשו"ח פטור הראשון מפשיעה וחייב בגו"א שלא נתחייב בהם השני, אך לעיל בסוד"ה הא דאמר וכו' כתב הרשב"א דבשומר שמסר לשומר שרגילים הבעלים להפקיד או לאשתו ובניו פטור הראשון אף בגו"א כשהשני שו"ח דהוי כאילו קיבל רשות מהבעלים לכך, וצ"ב דסו"ס מאי שנא, אך החילוק מבואר שכבר רמזו הרשב"א בתחילת דבריו שם בד"ה הא דמה שהראשון חייב בגו"א הוא משום שמסרו שלא ברשות ואם כן הכא דמסרו ברשות פטור לגמרי, ובפשטות יש לפרש כוונתו דכשיש לו רשות מהבעלים אזי כשמוסרו לאחר חשיב השבה גמורה וכהבנת הקצות והגר"ח כמשי"נ בפנים ולכן פטור מכל. ואולם מעתה קשה שהרשב"א עצמו העתיק [בד"ה אבל] לדברי הרמב"ן דהשומר נשבע שמסר לאמו, והשתא להאמור הרי טענתו טענת החזרתי היא ומדוע ישבע, וצל"ע.

[ובמהדורה אחת של הרשב"א נתקשה המגיה בסתירת דברי הרשב"א וכתב דהדברים הנ"ל אינם מהרשב"א, ולהנ"ל אין צורך להגיה ונראה עוד שכבר רמזה הרשב"א לעיל בתחילת דבריו במש"כ 'דמ"מ שלא מדעת הבעלים עשה כן וכו' ודוק בדבריו שם שכוונתו לבאר מדוע בשו"ש שמסר לשו"ח חייב, אלא שעדיין מסתבר שזו הגהת גליון שנכנסה לגוף הדברים כי המשך הדברים 'יש מביאים ראיה וכו' שייך לתחילת דברי הרשב"א וגם בשטמ"ק נשמט כל הקטע, ועוד שברשב"א בב"ק דף קד מפורש דגם בשומר שהבעלים רגילים להפקיד חייב שו"ש בגו"א אם מסרו לשו"ח, וכן מוכח מדברי תלמיד הרשב"א בשם מורו הר"ש שיובאו להלן בהמשך הסוגיא ועיין בהערה להלן שם שכפה"נ שהכוונה להרשב"א, ואפשר דהדברים מפי הרשב"א יצאו אבל נוספו בגליון אח"כ, ומש"כ הרשב"א בשם הרמב"ן שחייב לישבע הוא לפי שיטתו הראשונה דגם במסר לאימיה חייב בגו"א ודוק בכ"ז].

## דף לו ע"ב

בגמ' אמר רבא הלכתא וכו' האיך לא מהימן לי בשבועה דעת רבא בטעמו של רבי יוחנן דליכא לסברת אין רצוני ומ"מ חייב משום שאין הבעלים מקבל שבועת השני, וכתבו התוס' [ד"ה את] דבמקום שאין שבועה כגון שיש עדים שמתה כדרכה או שהראשון יודע ונשבע פטור הראשון לדעת רבא. ודין זה עולה מסוגית הגמ' עצמה בהמשך הסוגיא לדידי דאמינא וכו' ליכא לאותוביה וכו' וכמש"כ רש"י שם [בד"ה ושני ליה וכו'] דמתני' דשוכר שמסר לשואל אתיא לרבא אף לרבי יוחנן ובלא נתן לו רשות כיון שהראשון נשבע שמתה כדרכה.

וצריך להבין בשורש הדין דבפשוטו טענת הבעלים היא שאינו מקבל את שבועת השני ואם כן הוי ליה לכל היותר כשומר עצמו שאינו נשבע, ואמאי משלם, ולכאורה צ"ל דכיון שהראשון צריך לישבע ואינו יכול הוי ליה בדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וה"ל דסבר רבא אליבא דר"י כמ"ד דאמרין מתושאי"ל ודלא כרב ושמאל דאמרי חזרה שבועה לסיני] וכן מפורש ברמב"ן במלחמות בריש פרק קמא דחייבו של שומר ראשון הוא מדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וכ"ה להדיא ברא"ש שם [סי' ג ויש מקשים הבל וכו']

ויש בענין זה מבוכה גדולה בדברי רבותינו האחרונים: ויש להקדים לזה דנחלקו ראשונים ואחרונים מה דינו של שומר כשאינו יודע אם נחסר הפקדון באופן שחייב לשלם אם לאו, כגון ספק בשואל אם מתה מחמת מלאכה ספק בשו"ח אם פשע וכיו"ב. דיעויין ברא"ש [בפרק השואל סי' ד] שכתב דהיכא שאין השואל יודע בבירור שמחמת המלאכה מתה אינו יכול לישבע ומשלם, והו"ד להלכה בטוש"ע [סי' שמ ס"ג ברמ"א] ויעויין בתרוה"ד [סי' שלג] שלמד מדבריו דהוא הדין בספק אצל השומר אם היה פשיעה או לא [ומיירי בציור שפשע בזמן מסויים שהכניס לחדר הפקדון אדם אחד ואח"כ נעלם הפקדון ואינו יודע אם נגנב אז – וחייב – או שמא קודם לכן ופטור] וכתב התרה"ד דאף כה"ג מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

אבל יעויין בגמ' בב"ק [ריש הגזול בתרא דף לט ע"א בדפי הרי"ף] שכתב בשם הרא"ה בספק הגמ' שם בב"ק אימתי חל חיובו של השומר אי משעת משיכה או משעת אונסין, ופסק הרא"ה דקיי"ל דמשעת אונסין הוא דמתחייב וכתב הנמו"י בשם הרא"ה וז"ל ונפקא מיניה בשואל חמור לרכוב עליה שלוחו ומתה בדרך ואינו יודע אם מחמת מלאכה [מתה אם לאו], כיון דאינו חייב עד שעת אונסין פטור דהו"ל איני יודע אם נתחייבתי, אבל השואל חמור לרכוב עליה ונתנה לשלוחו והדבר ספק אם מתה מחמת מלאכה חייב שהרי אין השואל רשאי להשאל ומתחייב משעת פשיעה והרי הוא כאומר איני יודע אם פרעתין שהוא חייב עכ"ל הרי למדנו מדבריו תרתי, חדא דהכא אינו שייך לדין מתוך כלל והנידון הוא כבכל טענות שביניהם שהמוחזק טוען שמא, ובעלמא הוי כא"י אם נתחייבתי ומשא"כ היכא דפשע בה כבר חל חיובו והוי טענתו כטענת א"י אם פרעתין שהוא חייב, וכ"ז דלא כהרא"ש כי להרא"ש הרי הוא בדין מתוך ובפשוטו אינו שייך כלל להנידון אם הוי ספק חזרה או ספק חיוב דבכל מתוך חייב לשלם אף שהוא ספק בעיקר ההלוואה כמו בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא.

הרי לן עתה שתי שיטות: (א) שיטת הרא"ש והתרה"ד שחייב מדין מתוך, (ב) שיטת הנמו"י בשם הרא"ה דליכא הכא דין מתוך ובעלמא פטור מדין א"י אם נתחייבתי וחדש הרא"ה דבודאי פשיעה וספק מתה מ"מ חייב וכנ"ל.

ושיטת הנמו"י צריכה ביאור, ונתקשו בזה טובא רבותינו האחרונים, יעויין בש"ך [בסי' רצא סקמ"ד] שהקשה דמה שייך לדמותו לא"י אם נתחייבתי הרי הוא מחוייב שבועת התורה ואינו יכול לישבע וקיי"ל דכל שאינו יכול לישבע משלם. ועיי"ש בש"ך שסובר דאינו דומה לאיני יודע אם פרעתין כי הספק הוא בעיקר חיובו אם חל וכמש"כ הראשונים הנ"ל אבל מ"מ יתחייב לשלם מדין מתושאי"ל משלם..

**ועיין בקצה"ח שכתב** [בסי' שמ סק"ד] דצ"ל דהנך ראשונים סברי דעיקר שבועת השומרים היא שבועה שאינה ברשותו, ושבועה שלא פשעתי בה אינו נשבע אלא מדין גלגול, ובשבועה הבאה על ידי גלגול ובטענת שמא של התובע ודאי ליכא דין מתוך שאי"ל משלם, נכדמבואר בתוס' ובראשונים לקמן דף צח ע"א ואכ"מ] **וכתב הקצות** שהרא"ש הסובר דחייב מדין מתוך אזיל לשיטתו לעיל [דף לד ע"ב] שעיקר השבועה הוא שלא פשע בה ולכן חייב מדין מתוך. **וכדברים האלו כתב הרע"א בסוגיין** [במערכה אות יב] אשר בהכרח צ"ל שהנמו"י סובר דעיקר שבועה הוא שאינו ברשותו ובגלגול ליכא מתוך וכנ"ל.

**ונתקשה הקצות לפי"ז בטעמו של רבא בסוגיין** מה מועיל שהשני אינו נאמן בשבועה סו"ס ליכא דין מתוך ואמאי ישלם הראשון,<sup>208</sup> **וחידש הקצות** דחיובו הכא של השומר לאו מדין מתוך הוא אלא מדין איני יודע אם החזרתי, וביאר דאף דס"ל להנמו"י דספק מתה מחמת מלאכה הוי כאיני יודע אם נתחייבתי אבל היכא שהיה ודאי פשיעה וספק אונס לאחריה אז הוי כחיוב גמור שמשעת פשיעה נתחייב, **ודבר זה מפורש בנמו"י** שכתב לחלק דבמסר השואל לאחר שלא כדין אזי חייב בספק כיון שפשע בה שהרי אין השואל רשאי להשאיל וכבר נתחייב ואי מתה מחמת מלאכה הרי זה פוטרו מחיובו והוא כא"י אם פרעתין. **וכן פירש הרע"א**.

**ויעיין בב"י** [בסי' רצא] שהביא בשם תלמידי הרשב"א שכתבו וז"ל שומר שכר שמסר לאשתו ולבניו או למי שהבעלים רגילים להפקיד, דעת הרמב"ן (ב"מ לו, א ד"ה שומר) שאילו נשבע השני שהוא שומר חנם שלא פשע בה ואומר שנגנב או נאבד שהראשון חייב בו, ולא מצי אמר שמא באונס מתה ופטור אני, שעליו לברר, וכן היכא שאינו רוצה לישבע השני או שהלך למדינת הים הראשון חייב ולא מצי אמר שמא באונס מתה ופטור אני או בפשיעה וחייב השני, וכ"כ מורי ר"ש, אבל דעת רבינו דשומר שכר שמסר לשומר חנם ואין השני רוצה לישבע שהראשון פטור ואפילו הלה תובעו בברי כיון שזה טוען איני יודע בו' והו"ל כאומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם נתחייבתי דפטור עכ"ל. **ופירוש דבריהם** הוא דבשומר שכר שמסר לשו"ח באופן דשרי לעשות כן כגון אשתו וכו' פטור בפשיעה כיון שהשני חייב [כשיטת הרמב"ן ודעימיה] וכן פטור באונס כי הרי לא פשע בה אבל חייב בגניבה ואבידה, והשתא צריך לישבע שנאנסה ולא נגנבה כי שבועת השומר השני רק שלא פשע בה, וכן במקום שלא נשבע השני כלל ג"כ חייב הראשון כי עליו להוכיח שהיה פשיעה [שהשני חייב בה] או אונס [ששניהם פטורים] ואם לא ישבע נאמר שמא נגנבה או אבדה ודוק.

וכשאינן השני מברר בשבועתו אם נגנבה על זה נסבה המחלוקת אשר דעת הרמב"ן והר"ש שהראשון חייב ודעת רבינו' שהראשון פטור, **ותמה על זה הש"ך** דדעת רבינו נסתרת מגמ' ערוכה דבסוגיין מפורש הדין שהראשון חייב כשאינן השני נאמן למפקיד בשבועתו דאומר המפקיד את מהימנת לי וכו', וכ"ש כשהשני אינו נשבע כלל כי אינו רוצה לישבע שיתחייב הראשון, **ותירצה הקצה"ח באופן נפלא לפי דברי הנמו"י** דבסוגיין שעשה השומר הראשון שלא כדין כשמסרה לשני אז הוי כא"י אם פרעתין וחייב לשלם אבל הכא הרי מיירי בגוונא שעשה כדין כי כל המפקיד על דעת אשתו וכו' ואם כן הוי כא"י אם נתחייבתי ופטור, **ודברי רבינו שבתלמידי הרשב"א הם הם דברי הרא"ה המובאים בנמו"י**.<sup>209</sup>

<sup>208</sup> ואמנם היה מקום ליישב הסוגיא דהכא הראשון צריך לישבע שאינה ברשותו של השני וזה הרי אינו יודע, אך זה א"א לומר שבודאי פשיטא דאף במקום שהבהמה מוטלת מתה לפנינו קיי"ל דחייב, וכ"כ להדיא הרע"א במערכה שם.

<sup>209</sup> ויש לשער שדברים אלו העתיקם הב"י נכתבו מתלמיד הרשב"א והרא"ה, ו'מורי הר"ש' המוזכר שם הוא הרשב"א ו'רבינו' הוא הרא"ה, ודברי הרא"ה אלו הם לשיטתו מדבריו שהובאו בנמו"י, וניכרים דברי אמת שכך הוא.

[ויש להעיר שהריטב"א בכל מקום מכנה את הרשב"א 'מורי הרשב"א' אבל בחי' גטין הוא מכונה 'מורי ר"ש נר', ועיין בהקדמה למהדו' מוה"ק שחי' גטין הם לרבינו קרשקש וכן החי' המיוחדים לריטב"א על ב"מ [הישנים] עד דף יג הם לו, ולפי זה ניתן להניח שהקטע הזה מהב"י מפי רבינו קרשקש יצא]

ונמצא לדרך הקצות והרע"א שתי דרכים יסודיות בהבנת דין שומר שמסר לשומר דחייב לרבא, לדעת הרמב"ן והרא"ש הוא מדין מתוך [כדמפורש ברמב"ן וברא"ש בריש שנים אוחזים וכו"ל, והוא מתאים היטב עם שיטת הרא"ש שיש מתוך בספק מתה מחמת מלאכה] ולדעת הנמו"י בשם הרא"ה וכן תלמידי הרשב"א הוא מדין א"י אם פרעתיך כדמבואר להדיא בנמו"י.

והנ"מ בזה בשומר שמסר ברשות לשומר אחר כגון באשתו, שאם הוא מדין מתוך אזי אין חילוק ובכל גווני משלם הראשון שא"י לישבע [כשלא נשבע השני] וזו דעת הרמב"ן המובאת בתלמידי הרשב"א ואזיל לשיטתו וכו"ל, אבל לדעת הרא"ה כה"ג פטור שהרי להרא"ה הטעם הוא מחמת פשיעתו, וזה מתאים היטב עם דעת רבינו' בתלמידי הרשב"א הנ"ל.

אלא שמשוכנינו לאורם של דברי הראשונים שנדפסו בזמנינו נראה שדרכם של הקצות והרע"א מוקשה מכמה מקומות בדברי רבותינו, דיעויין בריטב"א לעיל במתני' שישבע השוכר שמתה כדרכה שכתב שם הריטב"א שאם אין השוכר יכול לישבע דעת הרמב"ן דפטור מלשלם דהוי כאיני יודע אם נתחייבתי ודעת הראב"ד דהוי כא"י אם פרעתיך ומשלם, ומעתה קשה ע"ד האחרונים בכמה אנפ"י. א) במה שכתבו דלהנמו"י בהכרח צ"ל דליכא דין מתוך בשבועת השומרים משום דעיקר השבועה היא שאינו ברשותו וליכא מתוך בגלגול, הנה מפורש שגם דעת הרמב"ן והריטב"א היא כן דספק אם מתה כדרכה הוי כא"י אם נתחייבתי וליכא בה מתוך, ודעת הרמב"ן והריטב"א היא מפורשת לקמן [בדף צח] דעיקר שבועה היא שלא פשע בה ואינה מכח גלגול כלל. [גם מסקנת הרמב"ן בדף צח דיש מתוך בשבועת גלגול אף בטענת שמא]<sup>210</sup> ב) במה שכתבו דלהנמו"י בהכרח מתפרש סוגיין משום א"י אם פרעתיך שהרי ליכא דין מתוך קשה טובא שהרי הרמב"ן כתב להדיא [במלחמות בריש פ"ק] דחיובו של הראשון מדין מתוך והרמב"ן עצמו כתב כאן דכשאינו יכול לישבע הוי כא"י אם פרעתיך.

ג) וביותר קשה בדברי הרמב"ן המובאים בריטב"א במתני' שהרי ציור זה של המשנה הוא הוא הציור דשומר שמסר לשומר וכדאיתא בגמ' להדיא, ואם כן אם כשהשוכר אינו יכול לישבע פטור מדוע שומר שמסר לשומר חייב, ולכאורה צ"ל דמתני' מיירי כשמסר ברשות ורבא מיירי כשמסר שלא ברשות וכדרכו של הרא"ה לחלק בזה דכשעשה שלא ברשות הוי כתחילת פשיעה, אבל זה אינו שהרי בגמ' לקמן מפורש דללישנא דרבא אין צורך לאוקמה למתני' בנתן לו רשות אלא רק לאביי דטעמא דמתני' משום דאין רצוני אבל לרבא מתני' מיירי גם בשלא נתן לו רשות ואם כן היאך סתמם הרמב"ן דכשאין השוכר יכול לישבע פטור, וצע"ג.

ויעויין ברמב"ן לקמן [בדף צח ע"א] שדן שם לומר דאין דין מתוך בתביעת שמא, והקשה מדין סוגיין דשומר שמסר לשומר חייב מדין מתוך, ותירץ הרמב"ן התם כיון דאפקיד ליה ומתה חייב להחזיר ולא פטרתו תורה עד שישבע ואפי' מאן דלית ליה מחויב שבועה שאינו יכול לישבע משלם מודה בהיא, דכיון דמתה ברשותו ואינו יודע שמירה שלו כפושע גמור הוא, ואפשר דבהא מילתא חמורה שבועה גופה מגלגול דבשבועה גופה אמרי' אפי' בשמא מתוך שאינו יכול לישבע משלם ואלו בגלגול דשמא לא משלם, אבל בגלגול דברי ודאי משלם עכ"ל. והדברים מתאימים ביסודם לדברי הרמב"ן הנ"ל במלחמות דהכא מדין מתוך הוא משלם אלא שכאן הרחיב הרמב"ן לפרש דאף מ"ד דלית ליה בעלמא מתוך מודה הכא, ואין לפרש הדברים כפשוטם דאי הידיעה מה אירע אצל האחר פשיעה גמורה היא דאם כן אינו שייך כלל לסברת את מהימנת לי בשבועה אלא סברא היא

<sup>210</sup> ועיקר המהלך ששבועת השומרים עיקרה הוא שבועת שאינה ברשותו ואילו שבועת לא פשעתי היא מדין גלגול הוא מהלך מוקשה ומחודש מאוד, ראה בזה לעיל בהערה 182.

שלא פטרתו תורה בלא שבועה כיון שבפשיעה שלו אינו יכול לישבע ומשא"כ בעלמא שאינו פושע כ"כ.<sup>211</sup> וכ"ז **סותר לגמרי** לדברי הריטב"א במתני' בשם הרמב"ן דפטור כשאינו יודע מדין א"י אם הלויטני, וצ"ע. ושמא י"ל בדוחק דהראשונים במתני' מיירי בנתן לו רשות, אף דלדינא אין צורך לאוקמא מתני' בכזה"ג, וצ"ע.<sup>212</sup>

**בגמ' לא מבעיא וכו' דגרועיה גרעיה וכו' ראה לעיל בדברי אביי** שהובאו שם דברי הרע"א שדייק מלשון הגמ' דמשמע דבגרע לשמירה חייב אף בלא סברת אין רצוני, ולפי זה פליגי אף ברגיל להפקיד אצלו באופן שגרע לשמירתו, ודחה הרע"א דמנא ליה לאביי לאפוש תרי פלוגתות בין רב לרבי יוחנן ולכן פירש דכוונת הגמ' לרבותא דלא מבעיא בגרעיה דאז ודאי שי מקום לסברת אין רצוני אלא אפילו בעילויי עליא וכו'. **ואותו הספק קיים גם כאן בפי' הגמ', ונ"מ בו לדינא** היכא שהפקיד אצל מי שהבעלים רגילים להפקיד אצלו וגרעיה לשמירתיה דאם נפרש דגרועיה גרעיה היא סברא העומדת בפ"ע חייב השומר הראשון כזה"ג. **וכן נ"מ** כשיש עדים שמתה באונס או שנשבע השומר הראשון דכה"ג יתחייב בגרועיה לשמירתו.

**והרע"א שם** [באות כג] הקשה מסברא דכלפי סברת את מהימנת לי בשבועה אין תוספת רבותא במה שגרעיה לשמירתו דאין שייך זל"ז ולכן נתקשה בלשון הגמ' כאן עיי"ש בזה, **ובאמת שנחלקו בנידון זה ראשונים ואחרונים, דיעויין ברשב"א לעיל** [בע"א ד"ה ומיהו] שכתב דשומר שכר שמסר לשו"ח באופן דרגיל הבעלים להפקיד פטור אם נשבע השני שנאנסה והוסיף הרשב"א וז"ל והא דאמר רבא לא מבעיא שומר שכר שמסר לשומר חנם דגרועי גרעיה לשמירתו לאו למימר דהיכא דגרעיה חשבינן ליה פושע אלא לא נפקא מינה מידי לענין דינא אלא לאלומא לטענתיה קאמר דמ"מ גרע שומר בשמירתו **עכ"ל**. **הרי מפורש** דסברת גרועיה גרעיה אף לרבא אינה סברא לעצמה אלא באופן דאת לא מהימנת לי בשבועה.

**אבל בחי' המיוחסים לריטב"א** [חי' הריטב"א הישנים] כאן למד מלשון הגמ' דבגרועיה גרעיה הוי פשיעה גמורה והוציא מזה דהך דינא דאיתמר דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו וכו' לא נאמר אלא בשומר חנם אבל שומר שכר חייב לשלם מדין תחב"פ, ודן שם לדחות בכמה אנפי עיי"ש, ומכל מקום הבין דברי הגמ' כפשוטה שיש כאן שני ניסונים נפרדים ושתי סיבות לחייב לדעת רבא.

**ועיין בש"ך** [בסי' רצא סקמ"ו] שהיבא מהמהרש"ל דבגרועיה גרעיה לשמירתו אפילו אם יש עדים שמתה כדרכה חייב דהא גרועיה גרעיה לשמירתו והש"ך שם חלק עליו, ועייש"ה בקצה"ח [סק"ו] שהביא דברי המיוחס לריטב"א שהובאו לעיל, וכתב שם הקצה"ח דדברי הריטב"א הם רק להס"ד דגמ' ואין דברי הקצות מובנים, עיין בחזו"א [סי' ה סקי"א] שהשיגו בזה.

**ובשיטת הרמב"ם בכ"ז יתבאר להלן בסוף הסוגיא.**

<sup>211</sup> לכאורה כוונת הרמב"ן היא דומיא דסברת התוס' בכ"ד דבשמא דה"ל למידע אמרינן מתוך והיכא דלא ה"ל למידע פטור, ומאן דלית ליה מתוך פליג בשמא אבל מודה בשומר שעיקר חיובו הוא לידע ולברר מה אירע. ועדיין צ"ע בלשון הרמב"ן.

<sup>212</sup> ובעיקר התמיה ע"ד הנמו"י מצינו דרך נוספת בנתיה"מ [בסי' רצא סקכ"ח] שכתב דהנמו"י סובר דטענת שמא במקום דלא הוה ליה למידע ליכא בה דין מתוך וכמו שכתבו התוס' בכמה מקומות, ולכן בגוונא דהתם שאינו יודע אם מתה מחמת מלאכה לא הוה ליה למידע ופטור, ואה"נ במקום שהיה מוטל עליו לידע מתחייב מדין מתוך. ולדרכו מתפרש סוגיין בפשיטות מדין מתוך כיון שפשע כשמסרה לאחר, אך צ"ע שהנמו"י עצמו פירש סוגיין מדין א"י אם פרעתין, ושמא אף דחשיב כקצת פשיעה במסרו לאחר מ"מ לא חשיב כה"ל למידע שסו"ס אחר שמסרו אין מוטל עליו לדעת.



איתמר פשע בה ויצאה לאגם וכו' הבלא דאגמא וכו' כתבו הראשונים דזה פשוט דעצם ההוצאה לאגם שיש בו הבלא אינה פשיעה שאל"כ היה חייב אף אלמלי שפשע בה כלפי גניבה וזאבים, אלא דמאחר שפשע בה חייב גם על מיתתה בהבלא, וצריך ביאור מדוע שניא הכא דאף למ"ד תחב"פ וסופו באונס פטור הכא חייב, ומצינו בזה שלש דרכים בראשונים: (א) ראה ברש"י שכתב דהתם ליכא פשיעה לגבי גניבה אבל הכא יציאתה לאגם הוי פשיעת מיתתה דשמא הבל דאגם קטלה, ולכאורה משמע מדבריו דהוצאת הבהמה לאגם אף כשהיא שמורה הוי פשיעה מחמת הבל, ועיין במהרש"א לעיל על התוס' בע"א שנראה שהבין כן בדברי רש"י ותמה דהרי כשהולכה בעצמו לאגם פטור אלמא לאו פשיעה היא, אך לכאורה כוונת רש"י היא כפי' הרא"ש עיי"ש שכתב דהכא ל"ד לצריפא דאורבני דהתם כלפי גנבים ליכא פשיעה כלל שאין הגנבים מצויים שם יותר מאשר במקום אחר אבל הכא איכא 'פשיעה קצת' לגבי הבל שמצוי באגם יותר. והדברים צ"ב מהי פשיעה קצת וצ"ל דבעלמא לא חשיב כפשיעה לחייבו אבל כאשר פשע בענין אחר אין לו פטור אונס על הבלא דסו"ס הוא גרם לה בפשיעה קצת ועדיין צ"ע. (ב) התוס' לעיל בסוע"א כתבו דשאני הכא שהנזק היה מזומן לבוא מיד כשפשע שמיד התחיל החולי ומשא"כ בסופו באונס בעלמא דההאונס אף אם אירע מחמת הפשיעה אירע לאחר זמן. וצ"ב הסברא בזה וצ"ל דכה"ג מתיחס האונס יותר אל פעולת הפשיעה שלו לחייבו עליה. (ג) בחי' הריטב"א פירש [בד"ה והקשון] דהכא שאני דבעלמא בתחב"פ לא הוי פשיעה גמורה כדהכא. ונראה כוונתו שבהוצאה לאגם בלא שמירה הוי כהוצאה מרשות בעלים ומתחייב בהשבה כמושי"ת להלן מדברי הראשונים יסוד זה דדין תחב"פ וספו באונס גדרו הוא שחייב בהשבה והאונס אינו פוטרו.

והתוס' לעיל ביארו דסברת אביי לדעת רב דחייב במתה כדרכה הוא אף למ"ד תחב"ב פטור משום דדלמא בבית חברו יש הבל טפי, וסברא זו ליתא להרא"ש ולרש"י כי ודאי שמבית לבית ליכא פשיעה קצת דמאי אולמא בית זה מאחר, ולכאורה בהכרח צ"ל דלדרכם דין שומר שמסר לשומר דחייב באונס הוא רק למ"ד תחב"ב חייב, ועוד אפשר לדעת הראשונים דבשומר שמסר לשומר הוי גולן גמור שהוציאה מרשותו וחייב בכל אונס.

שם בגמ' איתמר וכו' נחלקו רבותינו הראשונים בפשט דברי הגמ', דמדברי הרי"ף נראה שפירש דמה דקאמר אביי לסברת הבלא דאגמא הוא רק למ"ד תבו"ב פטור דלדידיה הכא חייב משום ה"ט [כאחת מהדרכים שנתבארו לעיל דהכא חמירא טפין] אבל למ"ד תבו"ב חייב סובר אביי לחייבו אף בלא סברת הבלא דאגמא והיינו אף אם ננקוט בבירור שגם בבית בעליה היתה מתה נמי חייב, ורבא נמי בתרתי פליג, חדא שסובר דליכא למימר הבלא דאגמא קטלא, ועוד שסובר רבא דאף למ"ד תבו"ב חייב כל זה הוא כאשר יארע האונס מחמת הפשיעה אבל באופן שגם אלמלי פשיעתו היה בא לו האונס פטור לכו"ע. וכך סובר גם התוס' שאנץ בשטמ"ק.

אבל התוס' פליגי וסברי דאף לאביי אין חיובו אלא כשאירע האונס מחמת הפשיעה, ולדידהו תתפרש כוונת הגמ' דלא מבעיא למ"ד וכו' דחייב משום הבלא דאגמא אלא אף למ"ד וכו' יש לחייבו משום ה"ט גופא, וכן כתבו התוס' להדיא לקמן [דף עח ע"א סוד"ה הוחמה] וכן פירש הריטב"א כאן [ד"ה אביי] ולדרכם רבא דפליג באחת הוא דפליג דלא תלינן בהבלא דאגמא אלא אמרינן דמלאך המות קטלה מה לי הכא מה לי התם וממילא פטור אף למ"ד תבו"ב חייב וכ"ש למ"ד דבעלמא פטור.

ויעויין ברי"ף שנתקשה מהגמ' לקמן [דף צג ע"ב] גבי רועה שהניח עדרו ונכנס לעיר ובא ארי ודרס אם אמדינן שלא היה יכול להציל חייב מדין תבו"ב, אלמא אף בכה"ג אמרינן דתבו"ב חייב, ותירץ הרי"ף דהתם אביי הוא דקאמר לה ולשיטתו בסוגיין אבל להלכה אינו כן ואין חייב בתבו"ב אלא בבא מחמת הפשיעה, ולדעת התוס' קשיא שהרי לדרכם אף אביי מודה בהא והיאך יפרשו הגמ' דהתם, ויעויין בנמו"י

**בשם הראב"ד** שהתם נמי הוי מחמת הפשיעה שהיה לו לרועה לקחת את העדר עמו לעיר ומדלא עשה כן אירע לו אונס הארי, ונמצא שנחלקו הרי"ף והראב"ד בצורת הפשיעה התם האם הפשיעה במה שעזב עדרו או במה שלא נטלו עמו, וצ"ת שורש המחלוקת בזה וצדדיה.<sup>213</sup>

**והתוס' לקמן** [בדף עח ע"א ד"ה הוחמה] עמדו בזה ותירצו דהתם אם היה נשאר ולא היה הולך לעיר שמא היה לוקחם למקום אחר כדרך הרועים שהולכים ממקום למקום או שמא אם היה שם היה הארי ירא לבוא לשם או שמא היה מתקיים בו גם את הארי והדוב הכה עבדך. **וסברות התוס' צ"ב טובא**, דסברתם הראשונה אינה מובנת כלל דסו"ס לא אירע האונס מחמת הפשיעה אלא שאם לא היה פושע שמא היה מונע במעשיו את האונס ומה בכך סו"ס לא מחמת הפשיעה בא לו האונס, וסברתם השלישית תמוה עוד יותר, דסו"ס ביאת ארי אונס הוא ולא מחמת הפשיעה אלא שאפשר שהיה מונעה באיזה דרך אם היה שם וכי בשביל כך יתחייב שנאמר שפשיעתו גרמה האונס סו"ס לא פשיעתו גרמה, וצ"ע.

**והתוס' הוכיחו כדבריהם ממתני' דלקמן** [דף עח ע"א] דכשנמסרה לו להוליכה בבקעה והוליכה בהר אם הוחמה פטור, וכן איפכא להוליכה בהר והוליכה בבקעה והוחלקה פטור, אלמא אף בתחילתו בפשיעה פטור כשאירע האונס שלא מחמת הפשיעה, **ועיין שם היטב דבפשוטו דינם של התוס' מפורש במשנה, ועיין בתוס' שם לקמן** [דף עח ע"ב ד"ה רבי יוסי] שהביאו שיטת הרי"ף בסוגיין והקשו עליו מהמשנה שמפורש דבאונס שלא מחמת הפשיעה פטור וקשיא לאביי, **ותירצו התוס' לדעת הרי"ף** לפי דבריהם להלן שם בסוגיא דהתם לא הוי פשיעה גמורה אלא פשיעה כעין גו"א ובתחילתו בגו"א וסופו באונס פטור, וכ"כ הראשונים שם.

**ויש לעיין** בין להתוס' בין להרי"ף בהך פלוגתא דהבלא דאגם דלכאורה נראה דפליגי במציאות אם אויר אגם עשוי להרגה אם לאו [ואף לאביי אינו אלא ספק וכ"כ תוס' הראשונים ויתבאר להלן] דלרבא אין האויר עשוי להרגה, **ועיין בשטמ"ק בשם ראב"ד** דלרבא האויר מזיק לענין חולי הגוף אבל לענין מיתה לא מעלה ולא מוריד, וכ"מ מלשון הרא"ש דפלוגתייהו היא במציאות. **אך קשה** דלהלן בסוגיא מותיב רמב"ח מהעלה לראשי צוקין דנימא אוירא דהר קטלה א"נ אובצנא קטלה ואובצנא היינו עייפות הדרך ואי במציאות דהבלא פליגי מה קשיא מאובצנא לאביי טפי מאשר לרבא. **[ואף לדרך הרי"ף קשיא** דאף דקושיית הגמ' עדיין קשה דלמ"ד תב"ב חייב יתחייב הכא לאביי, אבל מפורש בגמ' דנימא דאוירא דהר א"נ אובצנא קטלה ובהכרח צ"ל שהגמ' רצתה להקשות גם למ"ד תב"ב פטור שאל"כ הוא שפת יתר וקשה כנ"ל] **וצ"ע**.

**ושיטת אביי לעיל** דשומר שמסר לשומר חייב אף באונס, **וכתבו התוס' לעיל** דהוא משום דתלינן שמא בבית השומר השני יש יותר הבל מאשר אצל הראשון, **ולדעת הרי"ף** אין צורך לזה למ"ד תב"ב חייב, אבל למ"ד תב"ב פטור אף להרי"ף צ"ל דתלינן בהבל שבבית השני, או כמש"כ הראשונים דהוי כגולן גמור. וראה בזה להלן בקושיית אביי לרבא.

**בגמ' הבלא דאגמא קטלא ראה ברש"י** שכתב דשמא הבלא דאגמא קטלה וכן מבואר בתוס' לעיל בע"א שהוא ספק בעלמא וכ"כ הראשונים. **והדברים צריכים ביאור** דאחר שהדבר ספק ולהצד שמתה מעצמה הרי הוא פטור מלשלם [לבד מדעת אביי לשיטת הרי"ף ולמ"ד תב"ב חייב, אך למ"ד דפטור בעלמא אף הוא מחייבו מהספק] ואם כן ישלם מספק ולא נימא המע"ה.

**ויש לפרש בזה בשלש דרכים:** א) דחייב מדין מתושאי"ל, כיון דלהצד דהבלא דאגמא קטלה חייב והוא אינו יודע הוה ליה כאינו יודע אם נאנסה או פשע בה, **ודרך זו** כתבה הרע"א בתו"ד בסוגיין [בד"ה אמנם] אלא

<sup>213</sup> גם יל"ע בסוגיין למה לא נימא דהפשיעה היא מה שלא הלך אחריה באגם לשמרה מגנבי, ואם נאמר כן הרי אין האונס מחמת הפשיעה כי לא היתה מועילה הליכתו למנוע ההבל, וצ"ע.

דוה ניהא להסוברים דיש מתוך כה"ג וראה לעיל בענין את מהימנת לי בשבועה באורך בזה. (ב) י"ל דהוי כאיני יודע אם פרעתיך, וכפי שפירשו אחרונים לעיל בסברת את מהימנת לי מיסוד דברי הנמו"י דחיובו של שומר משעת פשיעה הוא וכשמשיבה נפטר ולכן בספק אונס הוי ספק אם נפטר מחיוב השבתו והוי כא"י אם פרעתיך. (ג) אבל מדקדוק לשון הראשונים בסוגיין נראה באופן אחר, עיין בריטב"א [בד"ה והקשו בתוס'] שכתב בתוה"ד דהבלא דאגם לא שכיח דקטיל לחיובי עליה אלא דהיכא דפשע לגבי מילי אחריני תלינן בה כל מידי ואפי' מילתא דלא שכיחא כיון דאפשר דמיית כלל מחמתיה. עכ"ל וכ"כ גם להלן [בד"ה מתיב] דכל שפשע בתחילתו 'תלינן ביה כל מידי דאפשר' ומשמע מדבריו דבמקום שפשע אנו תולים שאירע מכח הפשיעה, וכ"ה גם לשון התוס' לעיל שתלינן שמתה מחמת הפשיעה, ועיין במאירי שהקשה לדעת רבא ממתני' דשכר את החמור דהתם תלינן שהאור המיתה והכא לא, ותירץ המאירי דשאני התם 'מפני שזה מעביר בהדיא על דעתו של בעל הבית ומחמירין בה לגלגל עליו אף הדברים שאין מצויין עכ"ל. וצ"ב טובא תליה זו מה טיבה והיאך מוציאים ממון מספק ע"י תליה זו, ועכ"פ לשון הראשונים לא משמע כלל שהוא מדין א"י אם פרעתיך וכ"ש שאינו מדין מתוך, וצ"ע ובירור בזה.

בגמ' מתיב אביי לרבא וכו' קושית הגמ' מתפרשת להתוס' בפשיטות דהתם נמי מחמת הבל אנו מחייבים אותו ורבא דלא תלי בהבלא אלא במלאך המות התם נמי יש לו לפטרו. ואולם הרשב"א והריטב"א חולקים על התוס' והם פירשו דחיובו של שומר שמסר לשומר לדעת אביי הוא משום דכשהוציאה מרשותו הוי כגזולן גמור להתחייב עליה, ורבא דפליג ע"כ היינו טעמא דסובר שאינו כגזולן. וממ"נ אינו שייך לפלוגתיהו דהכא.

בגדר דין תחילתו בפשיעה וסופו באונס עיין ברע"א במערכה [אות כט] שכתב שני אופנים לפרש דין תבו"ב: (א) דמשעה שפשע בה נשתעבדו נכסיו. (ב) דאונס הבא מכח הפשיעה נגרר אחר הפשיעה והוי כולא כפשיעה דמה שבא מכחו הוי כמו הפשיעה עצמה. וכתב הרע"א לתלות בזה מחלוקת התוס' והרי"ף דלהצד דחייב גם באונס שאינו מחמת הפשיעה ע"כ הגדר הוא משום דנשתעבדו נכסיו, אך להצד דחיובו באונס שמחמת הפשיעה בלחוד יש לפרש דאונס הבא מחמת הפשיעה הוי כפשיעה.

והצד שכתב הרע"א דנשתעבדו נכסיו צ"ב דאף אם נשתעבדו הנכסים סו"ס נשתעבדו לכך שאם מחמת הפשיעה תאבד הבהמה יצטרך לשלם [דומיא דזרק חץ דנשתעבדו נכסיו משעה שזרק קודם שהזיק] אבל אם מתה באונס למה ישלם כלל. ואפשר שכוונת רע"א דלא זו בלבד שנשתעבדו נכסיו אלא שחל עליו חיוב מחמת הפשיעה לשלם וכשמשיב החפץ בעין אמנם נפטר מחיובו אבל כל שאינו משיבו אף אם נאנס חייב לשלם מכח פשיעתו.<sup>214</sup>

בגמ' דאמרינן מלאך המות מה לי הכא וכו' עיין שטמ"ק בשם הראב"ד שהקשה מדוע חייב שואל לדעת רבא היכא דמתה כדרכה, לימא ליה לבעלים מלאך המות מה לי הכא מה לי בבית משאיל, ותירץ דאמר ליה משאיל לשאול אי נמי שבקת מלאך המות בביתך הוה קיימא ולדידך הוה משעבדא כל ימי שאלתה הלכך כי מתה לדידך מתה וכי קיימא לדידך קיימא וכו' ועיין ברשב"א שהביא קושית הראב"ד ותירוצו בסגנון אחר קצת דכיון שכל הנאה שלו אוקמה רחמנא ברשותיה לגמרי כאילו היה שלו וכו' וקושית הראשונים צריכה ביאור מדוע קשיא להו

<sup>214</sup> והיינו דכאשר החפץ בעין אף דשעת פשיעה מחייבתו מ"מ נפטר בהשבתו וכדמבואר בסוגיא בב"ק דכשפשע בשמירת בהמה ונתחייבה סקילה יכול להחזירה כשהיא בעין למפקיד ואומר לו הרש"ל הרי דאיכא דין השבה בשומר ואף כשאין החפץ שווה כלום וכבר נתחייב בתשלומיו כיון דמשיבו פטור כגזולן, וע"ע במג"א בסי' תמג סק"ה דשומר שלא מכר חמץ המופקד בידו בער"פ הרי הוא פושע וחייב לשלם אך אם החמץ בעין משיבו אחר הפסח ואומר לו הרש"ל ולמד כן מהסוגיא הנ"ל. וה"ה אי נימא דכל פשיעה מחייבתו בהשבה אף כשהחפץ בעין ולא ניזוק כלל כ"ש דכשמשיב החפץ הוי השבה.

דוקא הכא על דין זה דשואל חייב באונסים, ונראה כוונתם דחייב השבה דשואל הוי חיוב גמור ואין אונס פוטרו וזה נוחא, אך מכח סברת מלאך המות הוקשה להו דאין טעם לחייבו בהשבה יותר ממה שהיה לבעלים אלמלי השאילו והכא הרי גם בלא שהיה משאיל לו היתה מתה ולמה ישלם השואל. ותירוצם צריך ביאור ופירוש, ודוק.<sup>215</sup>

---

<sup>215</sup> וע"ע בתשובת הר"ן [סי' יח] שדן שם בשואל שבאו גזלנים ובזזו את כל הבתים בעיר וטוען השואל ליפטר בטענה זו כי גם אלמלי היה שואל היו הגזלנים נוטלים החפץ מבית משאיל, ורצה להוכיח כן מגזל קרקע שבמכת מדינה אומר לו הרש"ל ובאונס שבא מחמת הגזלן חייב לשלם, וכתב הר"ן דשואל כה"ג חייב לשלם ולמד כן מסוגיין דאמרינן מלאך המות מה לי וכו' ומ"מ חייב שואל במתה כדרכה, עיי"ש.

דף מ ע"ב

בגמ' הא מני רבי ישמעאל לכאורה משמע מסוגית הגמ' דפלוגתייהו דר"ע ור"י היא בהשבת גזילה בעלמא אם בעינן בה דעת בעלים או דסגי בהשבה בלא ידיעה. ואולם יעויין בסוגיא בב"ק [בדף קיח ע"ב] דשם מבואר מסקנת הגמ' דפליגי בשומר שגנב מרשותו דר"ע סבר דכיון שגנב השומר כלתה לו שמירתו וצריך להחזיר לרשות בעלים ממש, ולרבי ישמעאל לא כלתה לו שמירתו. ונחלקו ראשונים בזה: דיעויין ברי"ף כאן [בסוף הסוגיא] שכתב דפלוגתייהו היא בשומר אי כלתה לו שמירתו כדמבואר בסוגיא בב"ק, אבל הבעה"מ [שם בב"ק] השיג עליו וכתב דהך אוקימתא אינה להלכה אלא פליגי בגנב וגזלן בעלמא אם צריך דעת בעלים להשבה, וכן משמעות לשון רש"י בסוגיין.

ולדעת רש"י והמאור יל"ע מדוע צריך דעת בעלים, דיעויין ברש"י לעיל [דף לא ע"א ד"ה הכל צריך דעת בעלים] שכתב הטעם דבעינן דעת בעלים דכיון שידע הבעלים שאבדה ולא ידע שהושבה לא נזהר בה ולא מאכילה, והכא לא שייך הך טעמא, חדא דהא לא ידע בגניבה נמי, ועוד דבחבית שהושבה לבית שומר מאי לא נזהר בה ולא מאכילה איכא, וצ"ע.

ועוד יש לעיין דממ"נ אי סברי ר"י ור"ע דלא כלתה שמירתו של שומר אם כן הרי יש כאן דעת בעלים דהשומר עצמו חשוב כבעלים, ואי כלתה שמירתו הרי אין כאן השבה כלל שרשותו אינה רשות בעלים, ועכצ"ל שאף שרשותו של השומר כרשות בעלים היא מ"מ דעתו אינה חשובה כדעת בעלים עצמו אחר שגזל ושלח בה יד, וצ"ע. ועיין בחי' הרע"א בב"ק שם במחלוקת הבעה"מ והרמב"ן שם.

דף מא ע"א

בגמ' תרגמה רבי יעקב בר אבא וכו' למסקנת הסוגיא מיירי כשהשיבה שלא למקומה ולכו"ע, ופליגי בה אמוראי אי מיירי בגזלן, בשואל של"מ, או בשליחות יד. ותמוה מדוע הביאה הגמ' כל הנך פירושי לפני תירוץ הגמ' הרי עיקר התירוץ הוא שהניחה שלא במקומה ואין לזה שייכות עם הנידון מפני מה נתחייב לשלם במתני', ואף להס"ד דהניחה במקומה ראוי לספק אם מיירי בנתכוין לגזלה או לשלוח בה יד. ויעויין בהגהת הגר"א [בסי' רצב סק"ב] שעמד בזה וביאר דלהס"ד מיירי כשגזלה והכניסה לרשותו ולכן אין לפרש דהניחה היינו שהניחה חוץ למקומה דאין בהנחה זו כלום אך אחר שנתפרש תרגמה וכו' היינו שנטלה כדי לגזלה ולשלוח בה יד ולהשתמש בה לגזלות ועדיין לא נשתמש והניחה ובה א"ש דהניחה חוץ למקומה נמי קרי לה הניחה דעיקר החידוש בהניחה דאף שלא נשתמש בה חייב. ופירוש זה כתבו הגר"א לדעת הסוברים דאף בנתכוין לגזלה וכן בשואל של"מ בעינן בזה לדין שליחות יד, ופירוש צ"ב דהתייבח לאוקימתא דשלח בה יד וכן לרב ששת אבל לרבי יעקב ב"א דנטלה ע"מ לגזלה היינו נטלה היינו גזלה ממש, וצ"ע. ועיי"ש עוד בהגהת הגר"א בליקוט שם מה שפירש בזה לדעת הבעה"מ.

שם בגמ' תרגמה וכו' צריך לבאר ההפרש בין דעת רבי יעקב בר אבא דאוקמה בנוטלה ע"מ לגזלה לבין רב נתן בר אבא דאוקמה בנוטלה ע"מ לשלוח בה יד, ונחלקו בזה רש"י ותוס' כמו שיתבאר.

ויש להקדים למחלוקתם דהנה נתקשו רבותינו הראשונים בגדרה של שליחות יד במה שניא שליחות יד מגזילה, ומהו החידוש שנתחדש בפרשת שליחות יד לחייבו שלא היינו יודעים מדין גזילה עצמו. ונראה שנחלקו בזה רש"י תוס' והריטב"א בסוגיין ושלש דרכים להם בענין זה: א) יעויין בחי' הר"ן [להלן בד"ה והא לא חסרה] שכתב דחידוש דשל"י הוא שאף המגביה על מנת ליטול מקצת נעשה כגזלן על כולה להתחייב באונסיה, ומדין גזילה דעלמא לא היה נחשב לגזלן אלא על אותה מקצת שרצה ליטול אבל בדין של"י נתחדש דהוי גזלן על הכל, וביאר בזה המחלוקת אם שליחות יד צריכה חסרון דלמ"ד צריכה היינו טעמיה

דאף דגולן בעלמא נתחייב בהגבהה בלי שיחסר מ"מ הכא דהוי חידוש שמתחייב על הכל אין לך בו אלא חידוש כשהחסיר ומ"ד אינה צריכה סבר דלא שנא מגולן ומתחייב בהגבהה בעלמא.

**ויעויין ברש"י** [ד"ה ורבי נתן] שכתב דלא נטלה ע"מ לגולן אלא ע"מ לשלוח בה יד וליטול מקצתה וכו' **ומשמע בדברי הר"ן** דעיקר החילוק בין גולן לשולח יד הוא אם נתכוין ליטול הכל או מקצת. **וכ"מ מדברי רש"י לקמן** [דף מד ע"א ד"ה דניחא וכו'] שכתב שם 'ולעולם שליחות יד צריכה חסרון והנטול פקדון ומגביהו על מנת לשלוח בו יד כל זמן שלא חסרו אינו מתחייב בהגבהתו הואיל ולא נטלו ע"מ לגזול את כולו אלא לשלוח בו יד ושל"י בלא חסרון ליתא וכו' **עכ"ל הרי משמע כהר"ן**. **וכך למד מדבריו התרוה"כ** [בסי' רצב] [אלא שמדברי הריטב"א להלן [דף מד ע"א] נראה שלא סבר כן בדעת רש"י ושיטתו שם צ"ע ויתבאר בהמשך הסוגיא] **ואמנם בדעת רש"י יש לכאורה סתירה, דיעויין בדברי רש"י לקמן** [בדף מג ע"ב ד"ה כי חסר וכו'] ששם משמע מדבריו דעיקר החילוק בין שליחות יד לגזילה הוא דבשליחות יד בהתירא אתא לידיה, וזה מתאים עם שיטת התוס' בסוגיין ולא כמו שלמדנו לעיל מדברי רש"י כאן ובדף מד, **וצ"ע בזה**.

**ודע** דלדרך זו לא הוצרכנו לחידוש דשל"י אלא לגבי שאר החבית אבל כלפי אותה רביעית שנתכוין ליטול הרי הוא חייב מדין גולן גמור ולכאורה היה נראה מזה דאף למ"ד דשליחות יד צריכה חסרון חייב על הרביעית אפילו לא החסיר מדין גולן, אך יעויין להלן בזה בהערה 216.

**ולפי זה מתפרש פלוגתניהו דריב"א ורנב"א** דלרבי יעקב ב"א הרי הוא גולן גמור דבמתכוין ליטול כולה אינו מדין של"י כלל אלא גזילה גמורה יש כאן, וכיון דסבר דשל"י בעי חסרון לכן אוקמה כה"ג שהוא גולן גמור. ולדעת רנב"א אינה צריכה חסרון ואפשר להעמיד משנתינו בדין שליחות יד.

**(ב) יעויין בתוס' בסוגיין** [ד"ה שנטלה (הראשון) וכו'] שמדבריהם מבואר דגם לרבי יעקב ב"א דאוקמה בנטלה ע"מ לגזולה חייב מדין של"י ולא מדין גזילה דעלמא [ופליגי בזה להדיא על רש"י] **ואם כן מפורש בדבריהם** דגם בנטול ע"מ את כולה הוי שולח יד ולא גולן, **וצ"ב לדרכם** מאי שנא מגולן דעלמא דמתחייב בהגבהה מדין גזילה, **ויעויין בתרוה"כ** [בסי' רצב ס"ב] שפירש דלהתוס' השומר לעולם אינו חשוב כגולן גמור כיון שיד שומר כיד בעלים הרי בהגבהתו לא הוציא את החפץ מיד הבעלים כלל ואין כאן גזילה, **והביא מקור לזה** מהמבואר בגמ' בחגיגה דף י דגובר שנטל אבני בנין ע"מ להשתמש בהם לא מעל עד שישתמש או שיוציא לרשות אחרת, וביאר התרה"כ דהיינו טעמא משום דידו כיד הקש שגובר הוא, אלא שהעיר דבתוס' שם משמע טעם אחר בזה דמדבריהם [שם בחגיגה ובמנחות דף קא ובמסכתין בדף צה ע"ב] משמע דדוקא בגובר שאינו יודע שהם אינם שלו לא הוי הוצאה מרשות הקדש אבל אילו הוה ידע הוי גזילה והוצאה גמורה, **וצ"ע לפי זה לפרש כן בדעת התוס' דידן**.

**ולדרך זו** בין לרבי יעקב ב"א ובין לרנב"א חיובו מפרשת שליחות יד אלא כיון דס"ל לרבי יעקב ב"א דשל"י צריכה חסרון אוקמה כה"ג שנתכוין לגזול כולה דאין אין צריכה חסרון. **אלא דעיקר סברת התוס' צ"ב** שכתבו דבנטול כולה לא בעינן חסרון דהיינו חסרון שהכל נטל לעצמו, **ועיין במהרש"א שפירש לפי דבריהם להלן** [בד"ה שנטלה (השני)] דחיסרון לאו היינו שיתכלה מהעולם אלא כל שנטל והפריש הרביעית יין מהחבית היינו חסרון, וה"נ הכא כשנטל כל החבית לעצמו הוי חסרון, **אלא דצ"ב** דאם כן סו"ס גם בנטול ליטול מקצתה הרי כבר נטלה כולה בשביל אותו מקצת ומ"ש הכא שרוצה ליטול הכל, **וצריך לפרש** דבמתכוין ליטול מקצתה כל זמן שלא נטל אותו המקצת הרי החבית עדיין שמורה לבעלים דלא הפריש את החלק שאותו מתכוין לגזול והרי אינו מתכוין לקחת החבית כמו שהיא ולכן אין כאן גזילה אבל במתכוין ליטול הכל לעצמו כבר יצתה החבית מרשות בעליה ועומדת לשימוש הגולן, **ובאמת שהוא מוכרח**

**מסברא** דאם נוטל הרביעית מהחבית נחשב כחסרון אם כן מה לי נטל רביעית מהחבית או נטל החבית כולה.<sup>216</sup>

**הרי עלה בידינו מחלוקת רש"י ותוס'** בדעת רבי יעקב ב"א שהעמידה בנתכונן לגזולה דלרש"י אינו מפרשת שליחות יד אלא מפרשת גזילה גמורה, אך להתוס' אף זה מדין שליחות יד אלא שאינה צריכה חסרון. **ויש לדון בזה הרבה** בסברת התרוה"כ בדעת התוס' דשומר אינו נחשב גזולן במעשיו, ויתבאר להלן בהרחבת דברים.

**ודרך שלישית למדנו מדברי הריטב"א בסוגיין שכתב וז"ל** וגזולן ושואל שלא מדעת שייכי בכל אדם בין שומר בין איניש דעלמא, אבל שולח יד ליתיה אלא בפקדון ושמו מוכיח עליה וכדאמר קרא גבי שומרים אם לא שלח ידו, והנוטל לגזול הוא הנוטל על דעת ליטלה כולה או מקצתה לעצמו או שיחסרנה ולא ישלם לבעלים והוא חייב באונסין מכיון שמשך לדעת כן ואע"פ שלא חסר, והשולח יד בפקדון דעתו ליטול ולחסר הכל או מקצת על דעת לשלם לבעלים ובזה נחלקו אם צריך חסרון לחייבו באונסין אם לאו וכו', **עכ"ל**. **הרי מבוארת שיטתו** דהגזול על מנת לשלם אינו גזולן להתחייב באונסין ומפרשת שליחות יד נתחדש דהשלוח יד ע"מ לשלם מתחייב באונסין.

**ויל"ע לדרכו** היכן רמוז בקרא דמיירי בע"מ לשלם, דבשלמא לרש"י משמעות ענין שליחת יד היינו ששולח ידו לפקדון ליטול מקצתו, אך מהיכי תיתי דמיירי בע"מ לשלם, וצ"ע. ואפשר דלהריטב"א ענין שליחת יד המתפרש כנטילת מקצת באיכות היינו שרוצה ליהנות בינתיים מהפקדון ולכשיגיע הזמן ישלם, **ויעויין בחזו"א** שנתקשה בדברי הריטב"א משום דהונח לו לפשוט דגזולן ע"מ לשלם חייב באונסין **ולכן פירש** דהריטב"א מודה לרש"י בגדר שליחות יד ולא בא אלא לפרש לשון הגמ' דהגביה ע"מ לנטלה דמשמע דאינו מתכוין לגזול, **אך לשון הריטב"א** משמע להדיא שבא לפרש ההפרש בין גזילה לשליחות יד וכך תפסו הרבה אחרונים בדבריו. **ויש לדון הרבה** דבמבואר מדברי הריטב"א דגזול ע"מ לשלם פטור באונסין ויבואר להלן בע"ה בהרחבת דברים.

**רש"י ד"ה תרנמה רבי יעקב וכו' ובגזילה כתיב והשיב וכו' כוונת רש"י** דלרבי יעקב ב"א שואל שלא מדעת אינו גזולן ולכן אינו חייב בהשבה גמורה ובזה גופא פליג רב ששת וסובר דהוי גזולן וחייב כדין 'והשיב' **וכך מבואר להדיא** מדבריו להלן ד"ה אלא כגון וכו' ואפ"ה הוי גזילה למיקם ברשותיה עד דעביד השבה וכו' עיי"ש.

<sup>216</sup> ולפי זה נדחית הנ"מ שכתבנו לעיל דכלפי אותה רביעית אף בלא חסרון הוי גזולן, משום דנראה מדברי התוס' דהגבהת חבית כדי ליטול חלקה אינו מעשה גזילה כלל כל שלא הפריד הרביעית משאר החבית, ודוק.

אך באמת יש לעיין בזה, דיעויין היטב בדברי הר"ן להלן גבי הניח מקלו שמפורש שם כמעט להדיא דבאמת על המקצת הוי גזולן גם בלי גזיה"כ ודין שליחות יד חידש דגזול מקצתו מתחייב על כולו, הרי מבואר מדברי הר"ן דבהגבהת החפץ ליטול מקצתו הוי לקיחה גמורה של אותו המקצת וחייב עליה מדין גזילה, ולפי זה בהכרח צריך לומר דאף דחשיב גזולן לא הוי חסרון כל זמן שלא הפריד את הרביעית יין משאר החבית, וצ"ע.

ואולי צ"ל דגם להר"ן אין כאן חיוב על הרביעית וחידוש דשליחות יד הוא דכשהגביה את החבית כדי ליטול מקצתה אף שרוצה ליקח מקצת נעשה גזולן על הכל בשביל אותו מקצת, ואלמלי האי חידוש לא היה נעשה גזולן כלל, ומש"כ הר"ן כשגזול מקצתה נתחייב על הכל כוונתו דבאופן שהחסיר מהחבית רביעית וגזול מקצת הרי נעשה גזולן על הכל מכח הגבהה ראשונה וכן אף אם לא החסיר אבל הגביה כדי לגזול כבר כעת נעשה גזולן על הכל מכח כוונתו לגזול מקצת אבל לעולם אין בהגבהת החבית דין גזילה על המקצת.

ונראים דברינו שהרי הר"ן דימה זאת למושך על מנת להשתמש בה באופן דשאלה שאינה שאלה גמורה עיי"ש והתם לכאורה פשוט דבהך משיכה לא נתחייב בדין גזולן על מקצת הפרה דאין כאן שום מקצת לומר שתחול עליו גזילה, עיין בר"ן ודוק.



**ונתקשו אחרונים** מדוע דאף אי שואל של"מ שואל הוי אבל סו"ס מדוע בשואל סגי בהשבה כל דהו כדי ליפטר מחיוב אונסין דידיה, ומ"ש מגזלן, **ויעויין בקוב"ש** [מסכת ב"ב אות שיא] שכתב דבאמת גם בשואל בעלמא בעי השבה מעליא אלא דהכא בשואל שלא מדעת אין חיובו באונסין אלא כל רגע ורגע מחמת שמשתמש ולכן בשעה שהשיבו והפסיק להעמידו לצרכו פקע חיוב אונסין דידיה, ולפי"ז **בשואל גמור** ודאי בעי השבה מעליא כמו גזלן ועיקר כוונת רש"י היא בשואל שלא מדעת דווקא, והוא קצת דחוק בסתימת דברי רש"י, **ואולם יעויין בנתיב"מ** [סי' רצב סק"ד ד"ה אך עדיין וכו'] שלמד מסוגיין שיש חילוק בין גזלן לשואל דעלמא בדין ההשבה, **ולדרכו צריך לפרש** דשואל כל שהשיבו למקום המשתמר עבור הבעלים הוי השבה שאין החפץ מופקע מרשות בעליו בהיותו אצל שואל וממילא כשנסתלק השואל והחפץ שמור סגי בזה אבל בגזלן שאינו ברשות בעלים צריך להשיבה לרשותו כדי שיפקע קנינו ואחריותו ואינו חשוב ברשותו עד שיחזירנה בהשבה מעליא.

**הרחבת דברים בדין גזילה בשומרים יעויין בתרוה"כ הנ"ל** שפירש דליכא גזילה בשומרים משום דשומר ידו כיד בעלים ואין הגבהתו מוציאה מרשות בעלים, **והדברים צריכים ביאור** דודאי כשגזלה כלתה שמירתו ושוב אין ידו כיד בעלים, אך פשוט כוונתו דאין כאן התחלה של גזילה כי כל זמן שלא חל עליו חיוב גזלן לא פקע ממנו תורת שומר ואין כאן מעשה הוצאה מרשות בעלים כלל, **אך יל"ע** דביחדו לה הבעלים מקום וטלטלה ממקומה חוצה לצרכו הרי הוציאה מרשות בעלים ואפשר דמ"מ ידו כי דבעלים בכל מקום שהרי לצורכה יכול להוציאה ולטלטלה.

**וכתב התרוה"כ מקור לזה** מדינו של גזבר שמסורות לו אבני בנין של הקדש דמבואר בגמ' [חגיגה דף י ועוד] דאם מסר לאדם אחר מעל ואם נשתמש בה לעצמו כל זמן שלא נהנה לא מעל, ואמאי לא מעל הא הוציאה לרשותו דידיה, וביאר התרוה"כ להדרך הנ"ל דידו כיד הקדש ואין כאן הוצאה מרשות הקדש כלל.

**והעיר התרוה"כ על דבריו** מדברי התוס' שם בחגיגה ובמנחות שמדבריהם משמע טעם אחר בזה, **וכוונתו** למה שכתבו התוס' במנחות [דף קא ע"א ד"ה אע"ג] דהגזבר לא מעל בהגבהתו לפי שאינו יודע שהאבנים של הקדש וגזבר שידו כיד הקדש אינו מועל כשאינו מתכוין להוציא ומשא"כ אינש בעלמא דאף כשאינו יודע שהוא של הקדש מועל, **וכן כתבו גם התוס' במסכתין לקמן** [דף צו ע"ב ד"ה אמר רבא] וכן רמזו לזה בחגיגה [שם בד"ה עד שידור] הרי מצד אחד מבואר מהתוס' דיסוד הסברא הוא משום דידו כיד הקדש אך התוס' הגבילו זאת דוקא כשאינו מתכוין להוציא, ומשמע דמתכוין להוציא אף הגזבר מועל ואם כן הכא בסוגיין דמתכוין לגזול הוי גזלן גמור, ולפי זה הרי יש כאן סתירה גדולה בין דברי התוס' דידן לדבריהם להלן הנ"ל.

**אך יעויין בחי' הגרש"ר** שהראה דלא זו בלבד שאין סתירה מהתוס' הנ"ל לדברי התרוה"כ אלא אדרבה מדבריהם מקור גדול ליסודו, **דיעויין בתוס' בב"ק** [דף כ ע"ב ד"ה נתנה וכו'] ששם כתבו וז"ל 'וא"ת מ"מ למעול דהוי מתכוין לקנות ואפילו למ"ד שליחות יד צריכה חסרון ה"מ כשאין מתכוין לקנות הכל, וי"ל דאין אדם מועל אלא במתכוין להוציאו מרשות מי שהוא והכא הוא סבור שלו הוא' **עכ"ל**. **ודבריהם מופלאים** מדוע הוצרכו להקשות מדין שליחות יד ולא הקשו בפשיטות דהוי מועל גמור כיון שנוטל האבנים לעצמו, וגם ס"ד דהתוס' שהוא תלוי בדין צריכה חסרון ומה ענין מעילה אצל שליחות יד, **ומבואר מדבריהם היסוד הנ"ל** דשומר לעולם אינו גזלן שידו כיד בעלים ואך בדין שליחות יד נתחדש פרשת גזילה בשומרים ולכן כדי שימעול הגזבר בהכרח צריך לדין שליחות יד המחשיבו כגזלן ומעמידו ברשותו ואז הוי מעילה, ולכן הקשו מדין שליחות יד, והוסיפו דאפילו למ"ד וכו' וכוונתם מבוארת בדברי התוס' דידן דכאשר מתכוין לגזול הכל הוי חסרון, ופשוט.

**ויעויין גם בתוס' בחגיגה שם** [בד"ה בגזבר] שכתבו דאפילו למ"ד של"י אין צריכה חסרון אינו מועל משום דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא. וגם דבריהם מבוארים כנ"ל שהוקשה להו מדוע לא מעל בהגבהתו ודוקא מדין שליחות יד קשיא להו, **אלא דמבואר מדברי התוס' בחגיגה** דפליגי על היסוד הנ"ל דבמגביה ליטול כולו חשיב חסרון שהרי להדיא הקשו רק למ"ד דאינה צריכה חסרון [ושמא יש לדחוק דלרווחא דמילתא הקשו באופן זה] **אך תירוצם צ"ב** דאי משום סברת כל היכא דאיתא אם כן לא שייך דין מעילה כלל דלעולם הם ברשות הקדש ועל כרחין דזה גופא נתחדש בפרשת מעילה שהגזול ומוציא מרשות הקדש מועל ומאי שנא גזבר, וצ"ע. ושמא כוונתם דדין שליחות יד לא שייך כלל בהקדש דכל היכא דאיתא ובמוציא ממש מרשות בהכי חייבתו תורה אבל ללמוד דין שליחות יד לית לן דכל היכא דאיתא וכו', וצ"ע.<sup>217</sup>

**ובעצם סברת התרה"כ יל"ע** דאמנם ידו כיד בעלים אבל כאשר מעכב החפץ לעצמו ושומרו לעצמו לא מסתבר כלל לומר בזה ידו כיד בעלים, הגע עצמך הכופר בפקדון למה כגולן יחשב לדעת התרה"כ הרי ידו כיד בעלים, ופשוט דל"ק מ"ד כשכופר לבעלים ומעכב החפץ כבר אין ידו כיד בעלים כלל, אך מסברא היה נראה דה"ה הכא כשמגביה החבית לצרכו ליטול ממנה רביעית או לגזולה לגמרי לעצמו ודאי אין ידו כיד הבעלים.

**ויש לדון באופ"א** דאין כאן ענין גזילה כלל, דהגזילה היא בהיות החפץ במקום אשר אינו כרצון הבעלים ולכן כשנתנו הבעלים ביד שומר לשלושים יום כל זמן שהוא בתוך הזמן וברשות שומר אין כאן עיכוב וחסרון לבעלים כלל וכוונתו ודעתו והגבהתו של זה אינה מחסרת כלום שהרי אם כאשר יתבענו הבעלים ביום הזמן ישיבנו לו נתברר שמעולם לא היה כאן שום עיכוב לבעלים ואם אז לא ישיבנו הרי באותו זמן יגזלנו ולא כעת, ואם יוציאו מרשותו לגמרי או ישתה היין אז הוי גזילה כבר עתה אך במחשבה וטלטול בעלמא אינו כלום כי סו"ס החפץ נמצא במקום אשר יעד לו בעליו, ודעת בעלמא לאו כלום היא.

**איתמר וכו' צריכה חסרון וכו' בשורש המחלוקת אי צריכה חסרון: עיין בחי' הר"ן להלן** [בד"ה] שביאר בטעמו של מ"ד צריכה חסרון דדינא שליחות יד חידוש הוא שמחמת שגזל מקצתו נתחייב על כולו ולפיכך אמרינן דאין לך בו אלא חידושו ואינו חייב אלא כשהחסיר, ומ"ד דאינה צריכה חסרון סבר דלא שנא משאר גזילה לענין זה. **אך יעויין בריטב"א לקמן** [דף מד ע"א] שכתב בדעת רש"י דטעמו של מ"ד צריכה חסרון הוא מפני שאם לא חסר אמרינן דשמא לא גמר בדעתו לגזול ומהדר הדר ביה.

**ויש לחקור** מהו ענין החסרון, האם במה שמפריד את הרביעית מהחבית כבר חשוב חסרון או דוקא כשמשתמש ומכלה מקצת או הוי חסרון, ומשמעות המשנה להלן [בדף מג סוע"ב] דבמה שנטל רביעית מהחבית הוי חסרון אע"פ שלא שתה, [עיין שם במשנה הגביה ונטל וכו' ובגמ' לא נטל נטל ממש וכו'] **וכך נקטנו לעיל בדברי הר"ן והתוס',** והיינו שכאשר הפריד את הרביעית משאר החבית ויחדה לעצמו זה הוי שליחות יד גמורה ואף קודם ששתה הרי כבר נחסרה רביעית זו מהבעלים לגמרי. **וכך מוכח להדיא מדברי הריטב"א**

<sup>217</sup> ועדיין אין הדברים מיושבים כה"צ, שהתוס' שם בחגיגה בדיבור הבא כתבו לבאר דין משאל קרדום לחברו דמיירי בגזבר וכוונתם מבוארת כמש"כ התוס' בב"מ דף צט דמיירי בכמה גזברים שהשאלו זל"ז, ולא יצא לחולין אלא הנאת ביקוע לפי שאין מתכוין להוציא לרשות אחרת דסבור שהיא שלו וכו', והשתא לדבריהם דלעיל שיש כאן טעם להפקיע דין שליחות יד למה הוצרכו לזה הרי בלא"ה שומר אינו מועל ידידו כיד בעלים, ושמא כשמוציא ליד גזבר אחר אם היה מכוין להוציא היה מועל דמוציא מרשות הקדש אף שהלה נמי גזבר, וצ"ע ובירור בכ"ז.

הנ"ל דבעלמא צריכה חסרון כיון דאל"כ נקטינן דלמא הדר ביה אבל כאשר כבר נטל הרביעת מהחבית ודאי לא ננקוט דלמא הדר ביה. **וכן משמעות לשון התוס'** [בסוגיין בד"ה שנטלה ע"מ] <sup>218</sup> אך צ"ע מהסוגיא לקמן דאמרינן דלכ"ה חייב כשעת הוצאה מן העולם ומסקינן דה"ט משום שליחות יד צריכה חסרון, ושעת הוצאה מן העולם משמע שעת הכילוי ממש, וצ"ע.

**בביאור הסוגיא להלן גבי חבית יין יעויין היטב בגמ'** **להלן** [דף מד ע"א] דמבואר דאף למ"ד צריכה חסרון מי שהגביה חבית יין כדי ליטול ממנה רביעית חייב מדין של"י אף אם לא נטל ומבואר בגמ' הטעם משום דניחא ליה שתהיה החבית כולה בסיס לרביעית יין שהיא משתמרת טפי בחבית גדולה, וראה ברש"י שם **שפירש** דמתחייב על הרביעית מדין גזילה ועל שאר החבית מדין שואל שלא מדעת. **וביאר הריטב"א בדברי רש"י לדרכו** דכה"ג לא תלינן שלא גמר בדעתו אלא אמרינן דגמר בדעתו ומניחה שם כדי שתשתמר. [ולכאורה צ"ל דבעלמא תלינן דלא גמר כיון שעדיין לא נטל אך הכא ליכא הוכחה, ואינו מובן דבעלמא אם הגביה כדי ליטול ונשברה תחת ידו וחזינן דלא הספיק ליטול למה נימא דלא גמר בדעתו, וצ"ע] ולכן חייב על הרביעית מדין שליחות יד כיון שגמר בדעתו, ועל השאר מדין שואל של"מ. **וכתב הריטב"א דמדברי רש"י אלו למדנו** דשולח יד במקצת הפקדון אינו חייב על כולו ועיי"ש במה שהקשה ותירץ עד שדחה שיטת רש"י, <sup>219</sup> **ופירש הריטב"א** דחייב על כולה משום שליחות יד דהוי כאילו נטל וחסר כיון דניחא ליה דתיהוי חבית וכו' ונראה כוונתו לפי מה שכתב לעיל דכה"ג שצריך להחבית אין במה שלא נטל בירור שלא גמר בדעתו לשלוח יד ולכן הוי שולח יד על הכל מכיון ששלח יד במקצתו. **והביא כן בשם התוס'** דחיובו על החבית הוא מדין שליחות יד, **וכ"כ המאירי שם**.

**אך לדעת הר"ן קשה** היאך יפרש סוגית הגמ' שם דכיון דהטעם דצריכה חסרון היינו משום דהוא גזיה"כ דגזל מקצת נתחייב על הכל ואין לך בו אלא חידושו מאי שנא היכא שנתכוין לעשות החבית לבסיס, אך **יעויין בתרוה"כ** [בסי' רצב סק"ב] שפירש דברי רש"י ע"ד הר"ן בפשיטות דעל שאר החבית חייב מדין שואל ועל הרביעית עצמה מדין גזילה שהרי כלפי הרביעית לעולם הוי גזלן ואין צורך לדין שליחות יד, ולהר"ן

<sup>218</sup> ובחי' המיוחסים להריטב"א לעיל בסוגיין כתב חז"ל שם כגון שנטלה ע"מ לגזולה כולה ואפי' דעתו לשלמה גזלה מיירי וכיון דדעתו לגזלה כולה לא בעינן חסרון דאין לך חסרון גדול מזה אבל למ"ד על מנת לשלוח בו יד דבמקצת פליגי דאיכא מאן דאמר צריכא חסרון מאותו מקצת וכן אם נטלה ע"מ לשלוח בו יד בכולה צריכה חסרון שיתחיל להוציאה ואיכא מאן דאמר אינה צריכה חסרון דכיון דהגביהה על מנת לחסרה כמאן דחסרה דמי והכי מוכח לקמן גבי הטא את החבית וכו' עכ"ל. ואין דבריו מובנים מהו לשלוח יד בכולה הרי זה גזילה שכתב לעיל מינה דהיא גופא הוי חסרון וצ"ע ועכ"פ באופן שרצה לשלוח יד בכולה הרי מתפרש החסרון בהכרח בכילוי מהעולם וכן משמעות לשונו וצ"ע.

ומדברי התוס' בחגיגה מוכח שחולקים על יסודם של התוס' לעיל דבנטל ע"מ לגזול את כולה חשיב חסרון, וכן מוכח מהראב"ד בהשגות שסובר דכל שליחות יד היא בע"מ ליטול כולה ומוכח דלא חשיב חסרון, וצריך ביאור לדבריהם מה תועלת יש בנטילת רביעית ואם נטל כולה לעצמו אינו חסרון ואם הפריד רביעית מהשאר הוי חסרון, ונוח יותר לפרש לדרכם דחסרון היינו כילוי מהעולם וכנ"ל.

<sup>219</sup> עיי"ש שהקשה דבגמ' משמע דאילו היינו מפרשים המשנה כפשוטה שהגביה ונטל היה אז ניחא, ולרש"י קשה כיון דכיון דשולח יד במקצת הפקדון אינו חייב על הכל אם כן מה יועיל דנטל כדי לחייבו על הכל. והעירוני בזה דבאמת כל הבנת הריטב"א ברש"י היא פלא גדול דהיאך יתכן לומר דשולח יד במקצת אינו חייב על הכל ואם כן היכי קאמר בגמ' לימא קסבר שמואל של"י אינה צריכה חסרון, אכתי היכי ניחא סו"ס מדוע חייב על כולה, ועד שהריטב"א הקשה על הדיוק דבנטל ניחא להגמ' היה לו לשאול לגופם של דברים כיצד פירשה הגמ' דין המשנה למ"ד אינה צריכה חסרון, וצ"ע.ג.

עיקר קושית הגמ' היתה על שאר החבית דעל הרביעית הוי גולן ולזה תירצה דכיון דניחא ליה וכו' הוי שואל של"מ ופשוט.<sup>220</sup>

בגמ' דתניא וכו' הא שקלינהו וכו' ראה ברש"י שפירש דהוי השבה לרבי ישמעאל דלא בעי דעת בעלים, ומדברי הגמ' מבואר דהשבה אינה צריכה הכנסה לרשות בעלים ואפילו לא לרשות שומר ממש [לחצרון] דהרי מיירי שהיה רועה עדרו מחוץ לעיר ומ"מ אם שקלינהו כבר חשיב השבה לבעלים, וה"ט דכיון שהיא בשמירתו של השומר ובשליטתו חשיב כרשות שומר אף כשהיא באגם והוי השבה.

בגמ' אלא לאו ש"מ וכו' ראה ברש"י שהקשה דדלמא חיובו משום שואל שלא מדעת ולא מדין של"י, ותירץ רש"י דדין שואל של"מ נאמר בדברים שאינם מכחישים ומחסרים מחמת מלאכה אבל בבע"ח שמכחישים ממלאכה תחילתו שליחות יד היא, ותמה המהר"ם דאדרבה וכי בשביל שחסרו נפטר מחיוב שואל של"מ, וראה ברמב"ן ובר"ן שכתבו שאין דברי רש"י מחוורים, אך הריטב"א הביא פירוש רש"י וכתב דיפה כיוון.

ויעויין בהגהת הגר"א [בסי' רצב סק"ב] שדן שם בחידושו של הטור שפסק דשואל שלא מדעת אינו חייב משימשוך ויגביה אלא משנשתמש בפועל, וביאר הגר"א דמקור הטור מדברי הגמ' דידן ומשום דדברי רש"י תמוהים וכנ"ל, ולכן פירש הטור דתי' הגמ' דהכישה וכו' היינו שעדיין לא נשתמש אלא הכישה בלבד, ולכן מדין שואל שלא מדעת אינו חייב כיון שלא נשתמש ואם כן מוכח מהא דתניא בברייתא דחייב באונסין דחיובו משום שליחות יד ואינה צריכה חסרון, ודוק בלשון הגר"א דמשמע דבא ליישב בזה פירוש רש"י עצמו להבנת הטור, ואין הדברים מובנים דאם כן עיקר תירוצו של רש"י חסר מהספר שהרי אין החילוק בין בעלי חיים המכחישים ומחסרים לבין שאר חפצים אלא עיקר התי' שעדיין לא נשתמש ואין כאן של"י, ואפשר שפירש דקושית רש"י אינה דתיפו"ל מדין של"מ אלא הקושיא דכיון דהכא בתשמיש מיירי אם כן אין זה של"י אלא של"מ ובודאי אין לחייבו כל זמן שלא נשתמש, ועל זה משני בדבר המכחיש מחמת מלאכה תחילתו שליחות יד היא ונתחייב במשיכה קודם שנשתמש ומדחייב מוכח דאינה צריכה חסרון. אך לשון רש"י דחוק מאוד לפרשו כן וצ"ע.

והגר"א שם דחה דברי הטור וכתב דקשה לפרש כן דסו"ס מה ראית הגמ' דאינה צריכה חסרון נוקמא לברייתא כשנשתמש בה ומדין של"מ, ועוד הקשה עליו, ולכן כתב הגר"א 'אבל דברי רש"י כפשטה משום דמלאכה המחסרה לאו בתורת טאלה יד אלא שליחות יד היא וכמו ע"מ ליטול ממנה כיון דמחסרה וכו' והדברים צריכים ביאור דסוף סוף אם משום של"י לא יתחייב למה גרע משואל שלא מדעת, וצ"ע.<sup>221</sup>

ובעיקר קושית רש"י יעויין בבעה"מ שכתב דאין לחייבו משום גולן דכל דין שואל שלא מדעת בשומרים חיובו הוא מפרשת שליחות יד ואם שליחות יד צריכה חסרון אף הוא כל זמן שלא חיסר פטור לגמרי, ויעויין היטב בהגהת הגר"א הנ"ל שנראה מדבריו פירוש שיטת הבעה"מ דהוא אזיל בשיטת התוס' דאין חיובי גולן בשומר כלל אלא מדין שליחות יד כיון שבא לרשותו מתחילה בהיתר וכנ"ל בתחילת הסוגיא ולפי זה הוא הדין דחייב של"מ גולן נמי לא חל כלל בשומר אלא דכמו שחדשה תורה דשומר שגול חייב

<sup>220</sup> ולפי זה לא נוכל לפרש להר"ן דחייב על החבית מדין של"י אלא בהכרח מדין שואל של"מ וכרש"י, והענין דחוק קצת דהך מתני' דרישא דידה בדין שליחות יד [במחלוקת ב"ש וב"ה בחמחשבה] סופה אינו מדין שליחות יד כלל לא על הרביעית ולא על הבחית, ואמנם י"ל עוד דכיון שמשמש בכל החבית עבור המקצת נחשב הדבר כאילו נטל והחזיר דבעלמא לא חשיב חסרון כיון שעדיין לא הפריד הרביעית שלו משאר היין ועדיין אין כאן נטילה גמורה אבל במקום שכך ניחא להגולן שתהיה הרביעית בתוך החבית וזה מקומה הוי של"י גמורה, וצ"ע.

<sup>221</sup> ועיי"ש עוד בהגהת הגר"א שכתב שדברי רש"י מוכרחים מכמה מקומות מדקאמר רב ששת דחיובו משום של"מ ולא קאמר של"י וכן בדף מג ע"ב, ואינו מובן כוונתו דמשם אמנם מוכח דשל"מ אין חיובו משום שליחות יד אבל היכן יש מזה ראייה שאין לחייב במקום חסרון משום של"מ, שזה לכאורה עיקר חידושו של רש"י, וצ"ע.

מדין של"י כדין גולן הוא הדין דשומר ששאל שלא מדין התחייב מדין של"י בדין של"מ. **ופירש הגר"א לדרך** זו דהנך שלש אוקימתות דלעיל תרגמה וכו' תרגמה וכו' כולן מדין שליחות יד הן אלא דרבי יעקב ב"א סובר דשל"י צריכה חסרון, וקודם שחיסר ונטל ממש אינו מתחייב, ור"נ ב"א סובר דאף בלא חסרון כל שנטלה ע"מ לחסרה ורב ששת קא סבר דאפילו שלא ע"מ לחסרה אלא ע"מ לשתמש בה בלבד נמי חייב בדין של"י.

**והרמב"ן דחה דברי בעה"מ וכתב** דאין בהם תירוץ כלל על קושיתו של רש"י שרש"י מעולם לא הקשה מדין של"מ גולן דוקא, שהרי פליגי בה בגמ' אם גולן או שואל הוא, וקושית רש"י היא ע"ד ממ"נ דאם גולן הוא יתחייב מדין גולן ואי שואל הרי הוא חייב באונסין מדין שואל ואיך שלא יהיה אין ראייה מהברייתא דשל"י אינה צריכה חסרון, וכוונת הרמב"ן פשוטה דאף אי נימא דדין גולן דשל"מ שרשו מדין של"י ואם כן למ"ס צריכה חסרון ליכא למ"ד שהוא גולן אבל סו"ס מדין שואל ודאי לא פלט ושוב אין ראייה מהברייתא.<sup>222</sup>

**ולכן פירש הרמב"ן ונתבארה שיטתו בהרחבה בחי' הר"ן** אשר הכא בדין שואל שלא מדעת אי אפשר לחייבו לפי שעומדת גם לבעליה שהיא רועה באפר להנאתו ואין כל הנאה שלו של השואל. והא דמחייבין ליה מדין שליחות יד היינו אחר שלמדנו בדין של"י דהגוזל מקצת כגזול את כולו הוא הדין דשואל שלא מדעת דהוי גולן השואל וגזול מקצת נחשב כגזול על כולו מדין של"י, ונראה שביסוד הדברים מסכים מהלך הרמב"ן עם הבעה"מ דחייבו בצירוף דין שואל של"מ ושל"י אלא דלבעה"מ בעינן לחידוש שליחות יד לעצם חיוב של"מ בשומר ולהרמב"ן רק בגוונא ששואל וגזול מקצת כדי לחייבו על כולו]

**ויל"ע במש"כ הר"ן** דשואל שלא מדעת ושולח יד שוים בכך ששניהם כגזולנים במקצת ומדין שליחות יד חשוב גולן על הכל, והרי ודאי דשואל של"מ בציור הנ"ל שאין כל הנאה שלו אינו חייב לשלם מקצת אם נאנסה אלא פטור מכל שלא חל עליו דין גולן והיאך יחול דין גולן בכולו אם לא חל במקצתו, **ומשמע מזה** דמש"כ הר"ן דכיון שהוי גולן במקצתו הוי גולן בכולו אין הכוונה דכיון שחל עליו דין גולן מתפשט על הכל אלא דכיון שבא לגזול במקצת החילה עליו תורה דין גולן על הכל אבל אלמלי זאת לא היה חל עליו דין גולן כלל שהעדיין לא נטל הרביעית לעצמו אלא החבית כולה נטל וכיון שאינו מתכוין לנטלה לגמרי לעצמו אינו גולן ודוק.

<sup>222</sup> ויש לפרש בדעת הבעה"מ, דהנה בגמ' להלן פריך לא תאמר שליחות יד כלל ונילף לה משואל ופירש שם רש"י דכמו דשואל חייב באונסין כי כל הנאה שלו ה"נ שליחות יד, ומיתורא דקרא דכל הפרשה מיותרת ילפינן דאינה צריכה חסרון, ומבואר מזה דאם היינו לומדים משואל היתה של"י צריכה חסרון, והקשו התוס' דאם כן נילף גם דאינה צריכה חסרון משואל ותירצו דשואל שהוא מדעת בעלים אינה צריכה חסרון ונתפרשו הדברים בתוס' ר"פ ורא"ש שם דבשל"י צריכה חסרון דלמא הדר ביה וזה שייך רק כשעושה שלא ברשות ולכן דוקא של"י צריכה חסרון ולא שואל.

ולפי זה אין מקום כלל לקושית רש"י דיתחייב מדין שואל של"מ להצד דחייבו משום שואל כי הרי עושה שלא ברשות ולא עדיף משליחות יד דצריכה חסרון, ופשוט. ולכן הוקשה להבעה"מ רק מדין של"מ גולן דהרי גולן אין צריך חסרון לעולם ובהגבחתו קונה ולא אמרינן דלמא הדר ביה ולזה תירץ דחייבו גולן בשומר מדין של"י הוא ופשוט.

ולפי זה יש ליישב גם פירוש רש"י עצמו, דלהנ"ל צ"ב מאי קשיא ליה כלל [ולא משמע ברש"י שקושיתו רק מטעם גולן כמש"כ הרמב"ן] ולכן נראה דרש"י סובר דאף שלא לדעת בעלים ליכא למימר דלמא הדר ביה אבל תירץ רש"י בדבר המחסר ומוזיק דבזה עושה לגמרי שלא ברשות בזה אינו חייב בלא חסרון ותחילתו שליחות יד הוא ולא שאלה דלמא הדר ביה. אך עדיין קשה להצד דשל"מ גולן דבזה ודאי חייב בלא חסרון כגולן, וזה יש ליישב ע"ד הבעה"מ דחייבו גזילה בשומרים כולם מפרשת שליחות יד הם ואם של"י צריכה חסרון אף של"מ גולן צריך חסרון. או נימא לדעת רש"י דרב לא סבר דשל"מ גולן.