הרב צבי ענבל

יסודות בדיני ממונות

שנרשמו מפי מו"ר הגאון רבי רפאל אליהו אליעזר מישקובסקי זצ"ל[1]

א) דין סמוכין בגזלות וחבלות: רש"י סנהדרין ב. מגדיר גזלן: כופר בפקדון דמשלח בו יד הוי גזלן, וכן החוטף. ומסיים דאבל לוה ולא משלם אינו גזלן דמלוה להוצאה ניתנה. הנה מה דפותח רש"י בכופר בפקדון, יל"פ משום דכתיב בפרשה שממנה ילפי' סמוכין. אבל מה דמצריך שליחות יד ולא מחשיבו גזלן על עצם הכפירה, צ"ב אם דווקא, שהרי דוקא בכופר במלוה כ' רש"י דלהוצאה ניתנה, אבל כופר בפקדון אפי' לא שלח יד. והנה לכאו' אפי' אם פעולת הכפירה במלוה היתה גזילה, עדיין היה יכול לתבוע המלוה את הלוואתו, והלוואות לא צריכי סמוכין, דאין התביעה על הכפירה שתהיה בב"ד אלא על עצם ההלוואה.[2] ויל"ע בהודאות, אם מודה שגזל, וי"ל דלא חשיב גזלות שאין דנין אלא מדין הודאת בעל דין. דלעצם הדבר אין משים עצמו רשע, רק לענין חיוב הממון הנובע מהגזלה מחייבים אותו.

והא דבטלו דרישה וחקירה הוא מטעם שלא תנעול דלת בפני לוין, אבל באמת בטלו גם בגזלות וחבלות וירושות, כי כל דיני ממונות הם דבר אחד בדרכי בירורן, ומדיון על הלואה יכול להיגזר ענינים נוספים. מיהו צ"ב מדוע לא ביטלו גם דין סמוכין מאותו הטעם, וצ"ל דלא נחשב דבר שמקשה על הלווין.

ב) מינוי סנהדרין של ג': רש"י סנה' ב': פי' דצריכין ב"ד הגדול שבלשכת הגזית לצאת

[1] הדברים נערכו מתוך מחברות שנכתבו ע"פ שיעור יומי של הרב זצ"ל, ואחריות הדברים על העורך.
ואוסיף כאן דבר נפלא שאמר הרב בלימוד מס' סנהדרין: בסנה' יא'. במעשה דרבי שאמר מי שאכל שום יצא, ויצא ר' חיא, ואמרי' מהיכי גמיר לה מר' חיא, ור' חיא גמיר מר"מ, ור"מ משמואל הקטן, וכו' עד יהושע ועד משה רבינו. ואמר הרב דחזי' שדבר כזה של לשבש כבוד התורה בשביל שלא לבייש אדם אחר, צריכים ללמוד אותו ואין לחדשו מסברא. ועוד דאין ללמוד אותו ישירות ממשה רבינו, דבזה כל אחד לפי מדרגתו, אלא נלמד מרבו שהוא קרוב לדור שלו. עוד אמר הרב, שכל החכמים למדו משמואל הקטן, ושמואל הקטן למדו משכניה בן יחיאל, שהיה קודם שנסתלקה הנבואה, ואכן שמואל הקטן עצמו זכה לכעין נבואה, אף הוא אמר לפני מיתתו וכו'. והנה מבואר במאירי דהנבואה בטלה מרוב הצרות והצער, שהרי הנבואה באה ע"י שמחה, ויהי כנגן המנגן, הנבואה מנגנת בתוך נשמתו של הנביא. ושמואל הקטן שהיה עניו בתכלית הענווה, היה בו בחינת ביטול היש שהצער והצרות אינן נוגעים בו, הוא הרגיש רק כלי, ולכן היה ראוי למדרגה זו.
וכך היה דרכו בשיעור יומי, להתעכב גם על ביאורי המילים מבחינה רעיונית, וגם על הלימוד המוסרי, ועל כל צדדי הנושא הנלמד. ולפעמים העיר דברים שצריך לעיין בלשון הדין, והשאיר לעורר המעיין, כגון: נכסי עכו"ם הרי הם כמדבר, למה לא אמרו כהפקר.

[2] עי' משנת אליהו סנה' סי' ב' שהאריך בזה.

ולמנות סנהדריות של כג'. ולכאו' למה צריכין לצאת, וכי לא סגי שיתנו כתב מינוי? ואמנם מצוות מינוי דיינים מוטלת על הציבור, אלא דאחר שהציבור ממנים ב"ד הגדול, ב"ד הגדול הם הממנים סנה' של כג', מצד שהם היודעים מי הראוי, אבל הקמת הב"ד מוטלת על הציבור ויש מצוה לצאת ולהקים מלבד עצם ההחלטה. והנה למינוי ב"ד של ג' א"צ החלטת ב"ד הגדול או של כג' וצריכים הסכמת בני העיר, והמצוה מוטלת על הציבור כמו הרבה מצוות וכנר' בסה"מ קעו', אבל עדיין צריכים שיהיו מרוצים עם הבתי דינים בפועל, והם ב"ד של כג' שג"כ בכל עיר ולכן נחשב ב"ד של ג' שליחותייהו קעבדינן. אמנם הלשון במתני' לכאורה להיפך, אין עושין סנהדרין לשבטים אלא ע"פ ב"ד של עא', נראה שזה רק על פיהם, וצריכים הסכמתם אבל לא הם עצמם עושים. אמנם גם בדברים שהם עצמם עושים נקטה המשנה כך, כמו אין דנין את נביא השקר ואת כהן גדול אלא ע"פ ב"ד של עא', ואולי הכל נקטו איידי 'מוציאין למלחמת הרשות ע"פ ב"ד', שזה רק על פיהן ולא הן עצמן עושים.

ג) בדין בית דין שקול: במשנה ריש סנה' ילפי' לדיין הכג' מהא דאין ב"ד שקול, ויל"ע בדינים שא"צ שיקול דעת והכרעה, כגון סמיכת זקנים ועריפת עגלה, אי סגי בכב', או"ד הדינים האלו נובעים רק ממה שיש לב"ד כח הכרעה של סנהדין קטנה, ואם יבא לפניהם דיני נפשות יוכלו לדון, אבל ב"ד של כב' אינם יכולים לדון, וממילא אין מביאים לפניהם גם דינים המובאים לפני הזקנים כמו סמיכה ועריפה.[3]

ד) הריגת שור הנרבע: במתני' ב. אמרי' דשור הנסקל מיתתו בכג' דכמיתת בעלים כך מיתת השור. וכ' בלח"ש לגיעב"ץ דהני מילי גמר דינו ע"י ב"ד, אבל המתתו דשור הנסקל היא על הבעלים, כדאמרי' בהחובל דזו מצוות הבעלים והחוטף ישלם לו. ולדבריו צריך לומר דאין ההיקש דילפי' ממנו כמיתת הבעלים כך מיתת השור אלא רק על הגמר דין, ולפ"ז בשור הנרבע, דגמר דינו ג"כ בסנהדרין של כג', לכאורה מיתתו לאו דוקא בסנהדרין, כיון דאין היקש שיהיה כמיתת הבעלים קאי על ההריגה בפועל, וכל שנגמר דינו יכול כל אחד להרגו או ב"ד של ג'.

ה) בסתימת המשנה 'שלשה': במשנה ב. נאמר: "דיני ממונות בשלשה גזילות וחבלות בשלשה", וביארו בגמ' ג. תרתי קתני, ד"מ בג' הדיוטות, גזלות וחבלות בג' מומחין, משום דר' חנינא, דא"ר חנינא דבר תורה א' ד"מ וא' ד"נ בדו"ח, ומה טעם ד"מ לא בעי דו"ח, שלא תנעול דלת. וצ"ב מדוע סתמו שלשה ושלשה, אם מה שבאו לומר דאין זה אותו דין אלא כאן מומחין וכאן הדיוטות. ועוד למה קאמר רבי חנינא דבר תורה וכו', הלא קאי על המשנה. ויל"פ דהמשנה בנויה על צורת הדין בתורה, ולכן נקטה שלשה ושלשה, שהן ב' פרשיות, ואית ליה עירוב פרשיות, ולכן צריך להיות הדין שווה בשתיהן, אבל מעצם זה שחילקה לב'

[3] היה גם מקום לומר שלא חלקו בדין בין המקרים, וראיתי באהלי יצחק (מרבני איטליה) שדן היכן שיש הכרעה ע"י רוב, ולא צריכים מכריע כג' אם יכולים לדון, וכ' דדבר מצוי שיהיה כן. משמע דאינו סובר דלא פלוג.

פרשיות למדו חכמים שיש כח להפריד ביניהן, לפי הצורך. וזה נרמז בלשונו "אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות". ב' פרשיות.

ו) הצטרפות שניים עם חד דגמיר: המ"ל פט"ז מעדות ה"ה כ' בשם מהרש"ח דגם בדיינים הדין כמו בעדים שהצטרפות הפסול מבטלת גם עדות הכשרים, ובקצה"ח לו' ז' דחה דבריו, דא"כ לפי התו' סנה' ג. דיושבי קרנות פסולים לדון, ייפסל גם חד דגמיר. אמנם אין הדחיה מוכרחת, דאפשר דהני דלא גמירי אין עליהם שם פסול, כיון דאינם דיינים כלל ואינם יודעים לדון, ודלא מיניה לא מחריב, והצטרפותם היא רק שתהיה הסכמת ג' בני אדם על ביצוע הדין, ויש כאן כח רבים. ואה"נ אם יהיה אחד מהם ראוי לדון אלא שיהיה בו איזה פסול, אפשר לקיים דינא דמהרש"ך.

ז) הקדשות בשלשה: הא דאיכא דין מיוחד להקדשות בשלשה, אף דיש בו ג"כ דיני ממונות, י"ל דבהקדש חשיב כדליכא תובע, ועיקר הצורך בג' הוא משום דאיכא תובע ולכן צריכים כנגדו רבים. והא דצריכים ג' בהקדשות הוא ענין אחר, ואין דין ב"ד אלא דין ג' אנשים כנראה ע"פ המבואר בסוג' יד: ולכן אינו מובא בר"מ ה' סנהדרין אלא בהלכות הקדשות. וגם אינם צריכים להיות יחדיו כמו ב"ד.

ח) כפיה בדין יחידי: התו' סנה' ה. כתבו שדן יחידי יכול לכופו. אמנם נראה דאין הכוונה לכופו ע"י שוטרים, לשלוח אדם שיכה אותו עד שיבא, אלא כגון ע"י שמתא ונידוי. וכל הנדון של חידוש כפיה הוא להבאה לדין, ובזה דנו התוס' שצריכים מומחים, אבל אחרי שדנו את הדין ונקבע ההלכה, ממילא כולם מחוייבים לכפותו כדין כפיה על המצוות, ולא רק הב"ד שקבע את דינו.

ט) קבלת חד דיין לפי ד"ת: בסנהדרין ו. אי' שדן את הדין וטעה, בקבלו עלייהו משלם, וביארו משום דאמרי דיינת לן דין תורה. ויש לעיין אם צריכים שיאמרו כן בשעת קבלה, דעל דעת זו קבלו ולכן טעה ונטה מדין תורה ישלם, או דאפי' אם אחרי הקבלה החליטו כך שרוצים שיאמר דין תורה, עדיין מותנית קבלתו בזה.

י) הקנאה במחילה: דנו אחרונים אם מחילה כהקנאה או כסילוק (מחנ"א ועוד), ותלו זה בנדון אם מחילה צריכה קנין. אמנם ממחילת חוב לכאורה ברור שהיא רק סילוק ומועילה בעל כרחו ול"צ קנין. וצ"ב ד' הריטב"א קדושין טז. דמחילה כהקנאה. וצ"ל דריטב"א מיירי רק בעבד שאין לו יד לקנות, ובדבר שבעין, ולכן לא דמי למחילת חוב. והנה עבדות היא הסכם ממון המחייב את שני הצדדים, וגם האדון מחוייב לעבד, אבל עדיין לא מסתבר שלעבד תהיה זכות יתירה ויהיה האדון תלוי בו, כי כל ענין העבדות הוא להיפך, ולכן יכול בעל כרחו, וכן נראה מרשב"א גיטין עה. ולדבריו י"ל דג"כ עבד לוה לאיש מלוה ולכן מחילת הלוואה בע"כ ואין ללמוד ממנה למחילה דעלמא. וכן הא דיכול למחול שבועה, הוא משום דשבועה אינה ממון ולא שייך בה הקנאה, והיכא דלא שייך בודאי אין סיבה שיוגדר כהקנאה.

יא) ברכה על גזל שנקנה בשינוי: נחלקו הפוסקים אם מברכים על חפץ מצוה

גזול שנקנה בשינוי, דבוצע ברך נאץ ה'. ולכאורה הגוזל קורה וקבעה בבית, אף דאיכא תקנת מריש, מ"מ לא עדיף מגזל ושינה דאינו צריך להחזיר, וא"כ איך יברך על הסוכה? ובמג"א תרלז' כתב דיברך משום תקנת מריש, ובמאמ"ר השיג עליו. אמנם יש לומר דתקנת השבים עצמה היתה שישלם ולא ישיב, ודוקא משום דלא נשתנה, ואפשר בהשבה, ומ"מ תקנו שלא ישיב, עדיף משינוי שא"א להשיב ונחשב גזל בידו.[4] אגב, יש לפרש הא דאמרי' בוצע ברך נאץ ה', דחשיב בוצע משום דעושה פשרה, שמבצע באותו החפץ גם מצווה וגם עברה, וזו פשרה שאין לה מקום.[5]

יב) להפסיד כתובה בטענת פ"פ: בתו' סנה' ח. בשם רבינו פרץ, כתבו דלא מהימן להפסיד כתובתה בטענת פ"פ, אלא למ"ד כתובה דרבנן, ודלא כרש"י, ודייקו מהאמור כתו' י'. "אמר רב נחמן אמר שמואל משום רבי שמעון בן אלעזר חכמים תקנו להם לבנות ישראל לבתולה מאתים ולאלמנה מנה והם האמינוהו שאם אמר פתח פתוח מצאתי נאמן", הרי דרק מכיון שהם תקנו הם האמינוהו. מיהו יש ליישב שיטת רש"י, דבאמת הדבר תמוה, מה נפ"מ מי תיקן לכתוב את הכתובה, הלא אחר שכותב איכא שטרא, ומה מהני הא דהם תקנו, וגם שטר שאדם כותב מרצונו כך דינו שהוא מוחזק עד שיביא השני ראיה. ואם תאמר דעל דעת זה כותב, הרי גם בכתובה דאוריתא נאמר דיכתוב על דעת זה, ובאמת אמרי' שם: "א"כ מה הועילו חכמים בתקנתם אמר רבא חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה", וי"ל דזה עיקר הטעם, ולכן אין נפ"מ אם כתו' מה"ת או לאו.

יג) פלגינן דיבורא: יש לשאול לפי הסובר דאם יש עד אחד היודע אם נטמאה הסוטה, אין המים בודקין אותה, הלא הבועל יודע, והרי הוא כשר להעיד על זה דאם יעיד אני טמאתיה יהיה נאמן מדין פלגינן דיבורא. וחזי' מכאן דענין פלגינן דיבורא מתחדש רק בב"ד אחרי עדותו, ולכן כל עוד לא בא לב"ד לא נחשב עד, ונחשב פסול לעדות הבא להעיד, וכדי לקבל עדותו עבדי' פלגי' ואז נכשר. ובעיקר הדבר, אמרי' פלגינן דיבורא משום דרשע הוא, כמבואר בסנה' ט: אמנם לכאו' איכא עוד לתא מהמבואר במכות ו: דהרוג אינו מציל דבמקיימי דבר הכתוב מדבר, והוא בעל דבר, וא"כ רובע נמי פסול מדין שהוא בעל דבר. וביותר פלוני רבעני לאונסי עדיין בעל דבר הוא. וי"ל דבעל דבר פסול בזמן המעשה עצמו, ולכן לדין הצטרפות קא"פ נחשב בעל דבר מחמת שהוא הנהרג וה"ה נרבע, אבל כשמעיד בזמן אחר אין בו לתא דבעל דבר.

יד) מינוי דיין שאינו הגון: הר"מ פ"ג מסנה' ה"ח כ': "כל סנהדרין או מלך או ראש

[4] בכף החיים שם מחלק דתלוי אם נתרצו הבעלים לקבל את הכסף, ולפ"ד הרב אינו תלוי בזה, אלא מעצם התקנה יכול לברך וכד' המג"א.

[5] הוסיף הרב דיש לדקדק לשון רשב"מ ג. 'צאו ובצעו' דאת הפשרה עושים חוץ לב"ד, כי ענינה סותר את הדין. ודרך צחות הוסיף הא דאמר יתרו למשה 'והכל על מקומו יבא בשלום', דמשה דן דין תורה ואסור לו לבצוע כי יודע האמת, ובזה ייתכן שאדם יצא בצער, אבל כשמוסר לאחרים שהם יכולים לעשות גם פשרה לפי הבנתם ולפי מה שיתאים לצדדים, יצאו כולם בשלום.

גולה שהעמידו להן לישראל דיין שאינו הגון ואינו חכם בחכמת התורה וראוי להיות דיין, אף על פי שהוא כולו מחמדים ויש בו טובות אחרות הרי זה שהעמידו עובר בלא תעשה, שנאמר לא תכירו פנים במשפט". ובפ"ד הט"ו: "מי שאינו ראוי לדון מפני שאינו יודע או מפני שאינו הגון שעבר ראש גלות ונתן לו רשות או שטעו בית דין ונתנו לו רשות אין הרשות מועלת לו כלום עד שיהא ראוי, שהמקדיש בעל מום למזבח אין הקדושה חלה עליו". ויש שהבינו דקאי גם אדלעיל, אבל נראה דלשון הרמב"ם דייק, דעצם המינוי, שהוא בסמכות המלך או הסנהדרין, אינו מתבטל אם היה בו פגם, דהמינוי הוא תפקיד שתלוי בהם. ורק הרשות לדון, שהוא ההכרזה על איכות הגברא, אין לה משמעות אם היתה בטעות. ולכן גם מש"כ הר"מ שם בהמשך פ"ג (ה"י): "כך היה דרך חכמים הראשונים, בורחים מלהתמנות", אין הכוונה שהיו בורחים מהסמיכה, דבפ"ג עוסק מהמינוי בפועל, שהמלך מושיבו ונותן לו שכר, ועל זה לא שייך לומר שהמינוי הוא כבעל מום, אלא זה ענין של הממנה שהוא צריך לפטר ממשרתו. אבל פ"ד עוסק בסמיכה ובקביעה על הגברא, ובזה לא היו החכמים בורחים, וזה דומה להקדש שאם נעשה בדבר שלא יכול לחול עליו ההקדש, ממילא אינו חל. וחזי' בדברי הרמב"ם בהמשך דכשנסמכו הזקנים שרתה עליהם שכינה, שאינו רק התייחסות, אלא יש תוספת קדושה בפועל בגברא, ולכן לא יחול כשאינו שייך בזה כמו בעל מום. ובירושלמי ביכורים נסמכה גירות לסמיכת ת"ח, חזי' ג"כ שדומה לקטן שנולד וחל מציאות אחרת בגברא. ועי' סנה' יד. דסמכו ר"ע לריב"ב ולא קבלו, וצ"ע מי לא קבלו, וחזי' דלא חלה הסמיכה מחמת זה.[6]

טו) בדין קבלו כבי תרי: בסוג' כד: מסקי' דמועילה קבלת פסול להיות לו עד, אבל לא להיות כב' עדים, (דהיינו אם הסכים שיהיה הפסול כב' עדים יכול לחזור בו), חדא לריעותא ולא תרתי לריעותא, ואם קנו בידו אין אחר קנין כלום. אמנם הרי"ף כ' בשם גאון דאם הוי תרתי לריעותא, כגון שקיבל קא"פ כבי תרי, גם קנין לא מהני שלא יוכל לחזור בו, דקנין בטעות הוא. וכ' רי"ף דהביאו ראי' נגדו משבועות מב. מהימנת עלי כבי תרי וכו'. שמאמין בעל דבר שהוא גם פסול וגם יהיה כבי תרי. וכ' הרא"ש סי' ה' דהראיה אינה מובנת מאי שייטי' לקנין בטעות והתם ליכא קנין, וכל תנאי שבממון קיים. ומסיק הרא"ש דבאמת טענת קנין טעות אינה טענה, דאין שום טעות וזה מה שקיבל על עצמו, ואם מצד טעות גם בחדא לריעותא היה לקנין לא להועיל. ואמנם בר"ן דחה טענת הרא"ש על הראי' משבועות, דהתם בנתינת ההלוואה הוי קנין ובזה נקנית הנאמנות. וביאר הרב דעת הגאון המובא ברי"ף, דנאמנות וקבלה תרי מילי נינהו, וההיא דשבועות הוא נאמנות שנותן לבעל דבר, והוא זכות תביעה שלו, ואין זו נאמנות שמאמין לו שאומר אמת, אלא שמשייר אצלו זכות זו. ולכן שם אין הגבלה כמה ריעותות יש בדבר. ואילו כשמקבל עליו עד פסול, הוא מאמין שאומר

[6] באג' רש"ג גורס לא קבלו דיניק הוה. וג"ז צ"ע אטו ר"ע לא ידע, וגם לא נראה שהי' קטן ממש, ואולי ג"ז הכוונה שלא התקבלה הסמיכה אצל ישראל כי היה צעיר. וחזי' דסמיכה היא כמו תקנת ב"ד שאם לא פשטה לא חלה, וצ"ע מ"מ.

אמת, ולכן מוגבל הדבר בחדא ריעותא, אבל יותר מזה הוא כמו יותר משיעור אונאה, דבר שאין דעת אדם מסכמת עליו, והוי בטעות. ואילו בחדא לריעותא חשיב דבר שאדם עשוי להסכים עליו. אמנם אפשר לסייע ד' הרא"ש מלשון מתני' דנאמן עלי אבא, שהוא ג"כ כמו דין נאמנות, וכמו שמקבל בעל דבר יכול לקבל את אביו שלו תהיה זכות ההחלטה, ולכן אין לחלק ביניהם. ולבאר דעת הגאון י"ל, דבשלמא לקבל עדות הפסול, אין החידוש אלא נאמנות, אבל לקבלו כבי תרי הרי רוצה ליצור עדות של ב' מתוך אחד וזה לא שייך ואינו דבר שיכול לקבל, דרק הנאמנות יקבל, אבל כל נאמנות ע"א לעולם אינה אלא ע"א ולא דין ב' עדים.

ויש להסתפק היכא שהדין הוא שיכול לחזור בו, כגון בתרתי לריעותא, אלא דלא חזר בו, ומ"מ אחרי שנסתיים הדין בלי שחזר בו, והתובע רוצה שישלם לו, אמר איני משלם. האם הגמר דין עביד קנין בזמן שלא חוזר בו כמו כל מעשה ב"ד. או דעצם זה שיכול לחזור בו הוי חסרון בגמירות דעת דקנין זה. (ומש"כ רעקא תשו' קעו', יש להוכיח כדבריו מדברי יד רמ"ה כאן, ועי').

טז) קנין בגט: כתבו על איסורי הנאה כשר, הקצה"ח ר' ה' מביא דעות הסוברים דיש זכיה באיסורי הנאה ועי"ז חלים הגרושין, וכותב דלסוברים דאין זכיה באיסורי הנאה, אין צריך קנין בגט אלא רק נתינה, ולכן לא אכפת לן דכתבו על איסורי הנאה. אמנם אמר הרב די"ל דמ"מ בעינן קנין, והא דאין זכיה לא סותר הקנין, דהיא עבדא מעשה קנין, אלא דמעשה קנין זה לא יוצר זכיה, וי"ל דבגט לא בעינן הזכיה אלא שתעשה מעשה קנין ובזה חלים הגירושין. ובלא"ה נתייחד קנין זה דמועיל בעל כרחה, וי"ל ג"כ מטעם זה, דלא אמרה תורה אלא שייעשה מעשה הקנין, וזה שפיר שייך על כרחה.

יז) בביאור גזל מדבריהם: מציאת חש"ו יש בהם מפני דרכי שלום, ולר' יוסי גזל גמור מדבריהם דנחתינן לנכסים, כמבואר בשבועות מא. ובמרדכי סנה' תשכב' כ' דהמשחק בקוביא צריך להחזיר ויוצא בדיינים, ומביא ראי' מדנקרא גזלן מדבריהם. והוא תמוה כמבואר בשבועות שם, דגזל מדבריהם סתמא לא נחתי' לנכסים אא"כ אמרו גזל גמור, וכמ"ש גם ברדב"ז קכז'. והא דנקרא גזל הוא משום האיסור דדבריהם, וגם בדאוריתא הגונב ע"מ למיקט נחשב גנב אף דאין חל חיוב אלא רק שעובר על האיסור. והגם שתקנו שמציאת חש"ו לעצמו, שאני מקנין משיכה וכדו', דשם תקנו הקניית החפץ, ולכן לא שייך שלא יחול בדיעבד, אבל במציאת חש"ו תקנו רק את ענין הדרכי שלום שיש איסור דרבנן לחטוף ממנו ואין ענין מזה להבעלות.

יח) להזדכות מכח עד שאינו מאמין לו: במתני' ב"מ ב. שניים אוחזים בטלית זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי בזמן שיש עדים יחלוקו. לכאורה פשיטא, הרי העדים מעידים שהיא של שניהם. וי"ל דלכאורה הרי כל אחד פוסל את העדים ואומר שהם שקרנים, דהוא אומר כולה שלי, וא"כ למה נפטר משבועה על סמך עדים שאינו מאמינם. וי"ל דאה"נ, ואין החלוקה מחמת שמאמינים לעדים, והוו כמודים שאין העדים אומרים אמת, אלא דלא תקנו שבועה אלא כשיש

רמאים, וכאן כשיש עדים, לא ראו חכמים כלל לתקן שבועה, כי לא צריך, וגם כי יש חשש לשבועת שקר נגד העד, ולכן אפי' שבעלי הדין אינם מקבלים את העדים, אין כאן תקנת שבועה אלא חולקין.

יט) בגדר דשב"ע דבעי ב': קדושין סג: בסוגיא דקידשתי את בתי ואיני יודע למי קדשתיה, סובר רב אסי דנאמן אף לכנוס, והר"ן שם תמה הלא הוי דשב"ע, וצריך ב'. ותי' דהא דבעי' ב' הוא ליצירת חזקת נישואין או לביטולה, אבל כאן שיש חזקת נישואין, והוא רק מברר למי נתקדשה לא בעי' ב'. וזה מסייע לסברת מו"ר בשער"י ו' ג'. אמנם בפ' האומר אהא דהאומר לשלוחו צא וקדש לי אשה ומת השליח דאסור בכל הנשים, כ' הר"ן לחלוק על דברי הרמב"ן שם, דלרמב"ן אם מעידה אשה אחת שהשליח לא קידש אחת מקרובותיה יכול לישאנה, דע"א נאמן באיסורים. והר"ן משיג ע"ז דהוי דבר שבערוה. ולכאו' סותר דבריו בקדושין, דלברר לא בעי' ב'. ויש ליישב, דבאומר קידשתי את בתי, לא חל איסור עליו בכל הנשים, ולכן לא חשיב אלא בירור. אל אומר צא וקדש לי אשה דחל איסור על כל הנשים, הבירור חשיב מחדש דבר שמתיר הסתמא דאיסורא שנוצר ע"י מעשהו הקודם.

כ) ביאור יש אם למסורת: צ"ב מדוע נקטו אם ולא אב,[7] ובכל דוכתא נקטו אב כמו בנין אב, אבות נזיקין, אבוהן דכולהו דם. ורבינו בחיי כתב דכל מה שבא בתושבע"פ יש עליו לשון נקבה, אמור לחכמה אחותי את. ויש לבאר דענין 'אם' הוא שראויה להוליד, שהיא העיקר שממנו נולד ההמשך, עקרת הבית. ולכן המסורת היא זו שמולידה הביאור. וענין 'אב' הוא כשכבר יש תולדה, התולדה מיוחסת לאב, שממנו הגיעה.

[7] עי' שו"ת רי"ף סי' א'.