שו״ת · אחרונים · אמרי אש

אמרי אש חלק חושן משפט

רבי מאיר אייזנשטטר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אמרי אש חלק חושן משפט

רבי מאיר אייזנשטטר

מקור הטקסט: דיקטה · רישיון: CC BY-SA 4.0

התכנים שלפניכם נאספו, מוינו, סוננו ונערכו בעמל רב ובמסירות על ידי צוות פרויקט 'אוצריא' (otzaria.org).

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/אמרי-אש-חלק-חושן-משפט/
הקובץ נוצר ב־17 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 5
סימן ב 5
סימן ג 9
סימן ד 10
סימן ה 14
סימן ו 15
סימן ז 16
סימן ח 18
סימן ט 20
סימן י 21
סימן יא 23
סימן יב 24
סימן יג 27
סימן יד 28
סימן טו 31
סימן טז 49
סימן יז 50
סימן יט 63
סימן כ 67
סימן כא 69
סימן כב 75
סימן כג 77
סימן כד 80
סימן כה 82
סימן כו 86
סימן כז 90
סימן כח 92
סימן כט 93
סימן ל 96
סימן לא 98
סימן לב 99

סימן לג 100
סימן לד 102
סימן לה 102

סימן א

ישאו הרים שלום חיים וברכה עד עולם לאהובי בני הרב וכו' מהו' מנחם נ"י אבדק"ק חוסט יע"א:

נעימות ימינך הגיעני וב"ה כי באת לחיים ולשלום למקומך יוסף ה' בחסדו לחזקינו ולאמצינו לתורתו ולעבודתו יפצנו ויצילנו מכל רע ובסתר כנפי חסדו יגן בעדינו ונעבדיהו באמת ובתמים בלי מונע ומבטל אמן כן יאמר ה':

יפה תמהת על הש"ך סימן א' סעיף קטן ב' על מה שכתב השו"ע דדברים שאינם מצויים אף על פי שיש בהם חסרון כיס אין דנין אותם אלא מומחים כגון בהמה שחבלה בחברתה והביא הש"ך בשם המהרש"ל ד"ה דה"ה נזיקין דאש ובור יע"ש וקשה דהרי לקמן סימן ת"י סעיף ל"ז הביא המחבר מחלוקת בשנים שהזיקו ומן אחד אינו יכול להשתלם וכתב וז"ל ולפי זה שור שדחף לבהמה בבור האידנא אינו משלם אלא ג' חלקים אף על פי שהשור פטור אף מהרביע שהרי אין דכין דיני קנסות אין בעל הבור משלם אותו בשבילו עכ"ל יע"ש. והנה לדברי מהרש"ל מאי חילוק יש בין דיני השור ובין דיני הבור דכמו שאין אנו דנין דיני שור שהזיק בהמה משום דלא שכיח כן נמי אין דנין דיני בור וקצת יש לדחות דהרי ע"כ אם אין אנו דנין דיני בור בזמן הזה לדעת הש"ך א"כ למה איכפל הטור והש"ע לכתוב דיני בור וע"כ משום דנ"מ אם תפס דלא מפקינן מיניה א"כ גם בהך דסעיף ל"ז אם תפס מן בעל הבור אינו יכול להשתלם רק ג' רביעי נזק לא כולו. וכפי מה שכתב הקצות החושן בסימן א' דיש לחלק בין דיני קנסות ממש לגזילות וחבלות דדיני קנסות ממש אין הנתבע חייב לצאת אפילו ידי שמים דכל שלא חייבוהו ב"ד מומחין אינו חייב כלל ואין צריך לצאת ידי שמים כדאיתא בירושלמי ספ"ג דכתובות (וקצת קשה דהאיך פשוט לכל דיני קנסות מעבדו של ר"ג דהתם שאני דאם אינו חייב אינו רשאי להוציאו דעובר על עשה דלעולם בהם תעבודו ומנ"ל לשאר דיני קנסות וי"ל) וא"כ יש לומר דהך דסי' ת"י מיירי לענין אם רוצה בעל הבור לצאת י"ש כמה הוא חייב ליתן לו וזה מדוקדק יותר בלשון הטור והשו"ע דהאידנא אין דנין דיני קנסות ועכ"פ חידוש הוא שלא העירו הש"ך והקצות החושן משם. ישיב ה' את שופטינו כבראשונה ויחזו עינינו במהרה בנחמות ציון וירושלים דברי אביך המעתיר בעדכם כל הימים:

הקטן מאיר א"ש

סימן ב

להרב שש הגאון הגדול מהו' יחזקאל אב"ד דק"ק א"ד:

הנה באתי להשתעשע את הדרת חכמתו בהא דבדק לן מר והקשה על הר"ן בשבועות הדיינים שכ' דהגאונים פסקו דאין הלכה כראב"י שם דאע"ג דמשנתו קב ונקי כי הוא יחיד במקום רבים ותמה מעכ"ת דהרי ביבמות דף ס' מבואר דאף במקום רבים משנתו קב ונקי וכבר כתבתי דכיוצא בזה השיג הרא"ש בביצה על הרי"ף במאי דפסק בפ"א כרבנן באפרוח שלא נפתחו עיניו. ולפ"ז עכ"פ דברי הרי"ף במאי שכתב דקיי"ל כראב"י בשבועות משום דמשנתו קב ונקי צ"ע האמנם דמדברי הרי"ף בא"ט אין קושיא דאיכא למימר דטעמו כמ"ש הר"ן משום דרב ור"י קיימי כרבנן. מ"מ יש להוכיח מדברי הרי"ף במ"ק דסובר דאין הלכה כראב"י נגד רבים כי שם במ"ק דף ו' ע"ב אומר ראב"י דמושכין מים מאילן לאילן וכתב הרי"ף שם דאע"ג דהוי יחיד נגד רבים מ"מ הלכתא כוותיה כיון דאמוראי פסקו כוותיה משמע דבלא"ה לא הוי קיי"ל כוותיה וכ"כ הרא"ש שם. (וראיתי על הגליון שם נדפס הגהה בשם קרבן נתנאל העיר על הרא"ש מהך דאפרוח ואין זו קושיא דכיון דאין כאן נ"מ לדינא העתיק דברי הרי"ף כדרכו וגדולה מזו כתב הש"ך בח"מ סימן ל"ט ס"ק ב' לדעת הרא"ש שכ"כ) והתוס' יו"ט בערובין פ"ח משנה י' ד"ה וחכמים אומרים דייק ג"כ מהך דהרי"ף והרא"ש במ"ק דכלל זה אינו כלל גמור ועכ"פ קשיא דדברי הרי"ף סותרין בהא דשבועות להך דמ"ק ודוחק לומר דגם בזה יש חזרה מילדותו לזקנותו:

ואולם י"ל עפ"י מה שעמדו על החקירה איך יתכן לאמר לפסוק כיחיד במקום רבים הלא רובא דאורייתא מאחרי רבים להטות וכתב מהר"ם בן חביב בסוף סדר גט פשוט בכלל ה' כתב דהא דאמרינן רובא דאוריית' היינו דוקא כשנחלקו בשעת מעשה הולכין הפוסקים אחרי הרוב. אמכם אותו הדין והפסק אינו נשאר קבוע לעולם שלא יוכל לדורות ב"ד אחר לפסוק היפך אותו פסק וכ"כ רמב"ם ריש פ"ב מהלכות ממרים. ובאמת שאין כ"כ ראיה מדברי הרמב"ם שם דאיכא למימר דאינו מחלק בין גזירת חכמים לדרש באחד מן המדות רק דבגזרת חכמים אינם יכולים לבטל אא"כ הם גדולים בחכמה ובמנין ובאחת מן המדות שהתורה נדרשת בהן אם נראה להם היפך הב"ד שלפניהם פורשין כפי דעתן אך מ"מ עכ"פ צריך שיהיה הב"ד האחרון לכל הפחות כמותו בענין. ואולם סתימת לשון הרמב"ם משמע כדבריו וכן שינה ושילש מהר"ם חביב ז"ל כמה פעמים בכלל זה דדוקא בשעת מעשה אמרינן הכלל דרובא דאורייתא מאחרי רבים ולפי רהיטא היה נראה בעיני דהש"ך בסימן רמ"ב פליג עליו דהרי הפליג הש"ך שם בהוראות או"ה והרבה לתמוה על מה שנראה מדברי הב"ח דאף ביחיד נגד רבים יש לסמוך באיסור דאורייתא בהפסד מרובה ותמה הש"ך דהרי רובא דאורייתא וכי מפני הפסד מרובה יעקר דבר מן התורה

ולדברי מהר"ם הנ"ל אין כאן תימה כ"כ שהרי ככל דרובא דאורייתא אינו רק בשעת מעשה. ובאמת הגט פשוט בכלל ו' אף שחולק על הש"ך בכוונת הב"ח ואומר דלא אמר הב"ח מעולם לסמוך על היחיד בדאורייתא במקום ה"מ סיים שם. ומ"מ לא נכחד דגם באיסור דאורייתא אשכחן בכמה דוכתי דפוסקים האמוראים כיחיד במקום רבים ודקדק שם מדברי הראב"ד בפ"ג דעדיות דאף בשעת הדחק יש לסמוך באיסור דאורייתא על היחיד והיינו מטעם דלא אמרינן רובא דאורייתא רק בשעת מעשה תק שסיים שם דכח זה לא היה רק לאמוראים וע"ש אבל אני ראיתי בתשב"ץ ח"ג דף י"א ריש עמוד ב' אחרי שהחליט שם דכללים שאמרו לנו דהלכה כפלוני לעומת פלוני אינו רק בדברים הנוהגים ולא בהלכתא למשיחא כתב וז"ל אבל לפסוק כרבים נגד היחיד דהוא מצוה מן התורה שנאמר אחר:

רבים כו' בלי ספק שיש לשמור זה הכלל בהלכתא למשיחא עכ"ל הרי להדיא דכלל זה אפילו בשעת מעשה הוי מצוה מן התורה כדעת הש"ך:

ולפענ"ד נראה דפשר הדברים יש ללמוד מדברי הרשב"א שהביא הב"י במ"מ ס"ס י"ג שכתב דלא לילך אחרי הרוב רק דאם רבו המזכים על המחייבים מתוך של כולם אבל כשהמיעוט איננו שם לא מהני שנאמר שם אלו היה שם היחיד החולק אולי היה מראה טעם להיפך וידין הרוב בכך את"ד ומעתה אין תימה אם אמורא פוסק כיחיד מקרא דאחרי רבים מאחרי שאינו פוסק כן רק מפני שיקול דעתו שהכריע כך יש לנו לומר אולי אם היה הרבים שומעים דבריו והסכימו לדעתו ורק מפני שלא נשאו ונתנו עמו הסכימו כן (ובזה מובן ההפרש בין דעת האמוראים ובין דעת רבותינו הפוסקים) ולפ"ז דברי הש"ך בסימן רמ"ב נכונים דוודאי אם פוסק האמורא בשיקול דעתו כדברי היחיד שייך לומר כדברינו אבל אם אין שיקול דעתו מכריע כהיחיד רק מפני ההפסד מרובה או שעת הדחק רוצה לסמוך על דברי היחיד בזה אין הפרש בין שעת מעשה ובין שלא בשעת ונעשה דלעולם רובא דאורייתא וכדברי התשב"ץ. ואם כן איך אפשר לעבור על דבר תורה מפני שעת הדחק או ה"מ. ואפשר שגם מהר"ם חביב דעתו כן כי גם הוא הביא דברי הרשב"א הנ"ל ועוד להקת הפוסקים הסוברים כן (עיין בח"מ סימן י"ח בסמ"ע שם ס"ק ד') אבל לשונו בכלל ו' לא משמע כן והנה לדברינו הא דמצינו דבפוסקים בפרט הב"י שמכריע באיסור דאורייתא כרוב הפוסקים בלי ראיה וסברא רק בתרי מגו תלתא עמודי הערמה כנודע. והרמ"א מביא שם גם יתר הגדולים למנין ומ"מ הולכים אחר הרוב בין למר ובין למר והרי לא נשאו ונתנו החכמים זע"ז כמה פעמים לא שמעו סברתו כמו אם הב"י פוסק כדעת הרי"ף והרמב"ם לעומת הרא"ש וא"כ ע"כ אין זה מטעם רובא

דאורייתא כדאמרן רק הטעם ע"כ דסברא שהסכימו עליו היא אמיתית יותר וכיוצא בזה אפשר לקיים דברי הרא"ש דנוכל לסמוך אפילו ביחיד לגבי רבים דכיון דלאו דאורייתא היא אחרי שלא נשאו ונתנו זה עם זה ניקום הסברא כרבים דמן הסתם סברת רבים אמיתית ונכונה ויעיין בתומים בקיצור ת"כ ס"ק קכ"ב וקכ"ג יש לדון בדבריו ג"כ מהך דתשב"ץ ועוד נוספות ואין להאריך:

מעתה שמעינן בהך כללא משנת ראב"י קב ונקי. דכתבו התוס' בבכורות דף כ"ג ע"ב ד"ה משנת ראב"י דאע"ג דבכמה מקומות פסק כראב"י ורב גופיה פסק כוותיה בהבא על יבמתו היינו משום דלא מסתבר טעמו ולכך הוצרך לפסוק כוותיה למדנו מדבריהם שיש בדברי ראב"י דברים שאין הלכה כמותו מפני שטעמו אינו מסתבר וכ"כ הרא"ש בהלכות טומאה סימן ט"ו אע"ג דקי"ל משנת ראב"י קב ונקי. ואפילו יחיד כנגד רבים כדמוכח בהבע"י ואפ"ה לא דחינא מימרא מפורשת דר"ח אמר רב מכללא דמשנת ראב"י קב ונקי הא לרבי גופיה אית ליה הך דמ"ש ראב"י קב ונקי והכי לא ס"ל כוותיה כו' אלמא לא מסתבר כוותיה עכ"ל. מעתה אם ידענו דמסתבר טעמו בוודאי הלכה כמותו אפילו לעומת הרבים ואע"ג דרובא דאורייתא היכא שנחלקו פה אל פה. מ"מ הרי הבאים אחריו קבעו הלכה כמותו היכא דמסתבר טעמו ויש לאל ידם לעשות כן. והיכא שאין רבים חולקים עליו אף שאין להכריע מצד דמסתבר טעמו מ"מ יש לפסוק כמותו ונאמר שאחרי שהעידו רבותינו דמשנתו קב ונקי הלכה כמותו דוודאי מסתבר טעמו אבל היכא דרבים חולקים עליו ואין בידינו להכריע מפני דמסתבר טענו והרי אמרנו דהסברא שהסכימו רבים עליו מן הסתם היא הנכונה וא"כ אין לסתור סברת רבים מפני כלל דמשנת ראב"י קב ונקי זה נראה לפע"ד דעם הגאונים שהביא הר"ן בשבועות ודעת הרי"ף עצמו במ"ק דפוסקים כרבים היינו משום דאף דלא רצו להכריע דלא מסתבר טעמו בעינינו מ"מ סברת הרבים יעיד על זה כל שלא ידענו בבירור דמסתבר טעמו ולפ"ז הא דפריך ביבמות דף ס' היינו משום דכל שאפשר לנו לייחס לראב"י סברא הנכונה בטעמא וכדמסיק באמת רב אשי שם אין לנו לייחס לו סברא שאינה נכונה דלית הלכתא הכי וכן ביבמות דף ל"ז פליגי אביי ורבא אליבא דראב"י ולתרווייהו מוקמין ראב"י אליבא דהלכתא מטעם זה דאחרי שמשנתו קב ונקי כל שאפשר להעמידו כהלכה מוקמינן:

ולפי"ז הרא"ש בעירובין פרק ד' סימן ב' שכתב דלכך פסקו שם דלא כראב"י מפני שאינה מק"ב דברים שהלכה כמותו דקבלה מר"ח דבק"ב דברים בלבד הלכה כמותו יתכן לומר דאכן דלא ידעינן אין לנו להתיר הכלל יחיד ורבים הלכה כרבים ובפרט דהכלל דאורייתא וביבמות שהקשה ידוע כי הוא מק"ב דברים ויש תימה על הרא"ש בהלכות

טומאה שכתב לעיל דאמאי לא דחי דאינו מק"ב דברים כמ"ש בעירובין ודברי התוס' בגיטין דף כ"ב ע"ב ד"ה הלכה כאבא שאול סתומים קצת שכתבו דאע"ג דמשנת ראב"י קב ונקי ובברייתא פסק נמי כמותו מ"מ אין למדין הלכה מן התלמוד דאם כוונתו דאין לסמוך על כלל דמשנת ראב"י קב ונקי דאין למדין הלכה מתלמוד היא תימא גדולה דהרי בכמה מקומות סמכו על זה ואולי לא אמרו רק על הא דפסק בברייתא כמותו אין לסמוך דאין למדין כו' ועל הא דמשנת ראב"י בלא"ה לא חשו כיון דהדיא פסק דלא כמותו בוודאי אין לסמוך עליו. וכמ"ש הרא"ש בהלכות טומאה ודברי הגהות אשר"י סוף פרק ד' דב"ק כתב ג"כ אין למדין הלכה מן התלמוד ואולי גם הוא כוונתו רק בכאן דפסק תלמודן דלא כוותיה ובמ"ש הרא"ש עוד בהלכות טומאה דכיון דרב תני לברייתא זו אין להקשות מפני משנתו ראב"י יש ליישב קצת דברי הרשב"א בתורת הבית בית שני תחלת שער ד' שכתב דאע"ג דמשנת ראב"י קב ונקי לא אמרו אלא במשנה אבל בברייתא הרבה יש דאין הלכה כמותו ודבריו תמוהים שהרי הך דיבמות דף ל"ד ודף ס' ברייתות הן ולדברי הרא"ש איכא למימר דאפשר דלא מתני ר"ח ור"א ורק הם ידעו איזה נשנית בבי' ר"ח ור"א. ודוחק וצ"ע. דברי ידידו דוש"ת הקטן מאיר א"ש

סימן ג

אשר שאל מעכ"ת ני' הרמ"א כי בח"מ סימן ה' כתב י"א דבדיעבד דבלילה דינן דין א"כ אמאי סתם בסימן קס"ט דחליצה פסולה בלילה הרי הטעם משום דהוי כתחילת דין והיה לרמ"א להביא שם דעת החולקין דבדיעבד החליצה כשרה כיון די"א בדיעבד דינו דין ועוד שהוא הביא בסימן קכ"ג דגט פסול בלילה. וזה אין קושיא כי למה לא יביא הרמ"א דעת הי"א לחוש להם עכ"פ שלא במקום עיגון והרי הוא ז"ל לא הכריע בח"מ כדעת הי"א לחלוטין ויעיין בספר גט פשוט שם הביא תשובת א"ז בארוכה ואיך נתיר שלא במקום עיגון אשה שהיא ערוה לדעת הא"ז. והרמ"א לא כתב רק י"א וזה דרכו בקודש לאסוף הדיעות אשר ראוי לחוש להם ומ"מ גבי חליצה היה להרמ"א להזכיר ג"כ דעת י"א אלו. אהובי ידידי לא על הרמ"א תלונתו דהרי הא דאם חליצה תחילת דין החליצה פסולה מפורש להדיא שם ביבמות פרק מ"ח ומאן דמכשיר טעמו משום דהוי גמר דין וא"כ על הי"א אלו קשה מתלמוד ערוך וכמו שהקשה הרמב"ן והרא"ש באמת כן והכריחו דאף בדיעבד פסול הדין ואם הי"א שהיא דעת הרשב"ם יהיה נקי מקושיא גם הרמ"א צדקו דבריו. והנה ראיתי בנודע ביהודה קמא לחלק אה"ע סימן נ"ח שכתב לחלק דבחליצה כיון שיוכל לחזור ולחלוק ביום לא מקרי דיעבד יע"ש. ולענ"ד הוא דחוק דאם כן אף

במנעל שאינו שלו של שמאל בימין נאמר כן ולא משכחת לה חליצה כשרה בדיעבד והא וודאי ליתא כחלק לפ"ד בין היכא דמן התורה צריך למצוה לעשות לכתחלה כן בזה אף אם עבר כל עוד שיש תקנה לחזור ולעשות לא מקרי דיעבד ורק היכא דמדרבנן צריך לעשות לכתחילה בענין ההוא למצוה בזה הקילו בדיעבד ודוחק. וכן מה שכתב בתומים דבחליצה כיון דכתב ככה לעיכובא ולכן חליצה פסולה אף דיעבד וגם זה רחוק שיהיה ככה לעיכובא על מה שלא נאמר בפרשה כלל אבל הנראה לפע"ד ליישב קצת עפי"מ דאיתא בירושלמי פרק מ"ח בדפוס אמשטרדם עם פ"מ דף ל' ע"ב דטעמא דר"א דחליצה פסולה מדכתיב לעיני הזקנים ולכך פסול בלילה (וזה קצת סיוע לדעת הסמ"ע דבלילה ונרות דולקין כשר לדין ויש לדחות) וכתב הפ"מ שם ליישב בדברי ירושלמי הזה קושית הרשב"א על תלמודן דאמר דכ"ע לא מקשין יבום לנגעים דאי מקשינן אפילו ג"ד בלילה נמי לא והקשה הרשב"א דלמא באמת ר"א כר"מ ס"ל דא"כ ג"ד פסול בלילה וכתב הוא דלפי הירושלמי הקישא לעיני ל"ל והא דקאמר דתלמודן לפי האמת דטעמא דר"א משום דהוי תחלת דין ולא קאמר משום דכתיב לעיני היינו משום דאי לא הוי סברא דהוי תחלת דין הוי מוקמינן לעיני כדרבא דצריך למחזי רוקא אבל השתא דקאמר דהוי כתחלת דין א"כ אוקמינן לעיני למעוטי לילה את"ד. והנה קושית הרשב"א כבר דחאה הריטב"א דלא בעי לומר דמאן דפוסל חליצה בלילה יהיה דלא כהלכתא דקי"ל דגם בלילה אבל מ"מ יוכל להיות כדברי הפ"מ דגם תלמודן ידע דאיכא למעט מלעיני לילה רק הוצרך סברא דתחלת דין דאם לא כן הוי מוקמינן לעיני כדרבא דצריך לראות הרוק השתא דאיכא סברא ממעטינן ג"כ לילה ותרתי שמעינן מינה אבל למאי צריך תרתי כיון דתחלת דין הוי. ואולם לדעת הרשב"ם שאינו מהפך הירושלמי ניחא דאף על גב דאיכא סברא דחליצה כתחלת דין מכל מקום לא היתה פסולה דיעבד על כן הוצרך לעיני לפסול דיעבד כן כראה ליישב דעת הרשב"ם וממילא דברי הרמ"א מיושבים ודו"ק:

סימן ד

בעזה"י יום ה' י"ט תמוז תר"ח לפ"ק אונגוואר יע"א:

ישאו הרים שלום חיים וברכה עד עולם. לכבוד ידיד עליון וי"כ קדוש יאמר לו מאור ה' חופף עלי אהלו ה"ה הרב הגאון האמיתי סיני ועוקר הרים. דובר מישרים. מאיר לארץ ולדרים. פה"ח עה"י כקש"ת מוהר' חיים ני' לנצח האב"ד דק"ק צאנז יע"א והגלילות:

גאון ישראל הגיעוני אמרותיו הטהורות ואם אמנם מה מני יהלוך להוסיף על דבריו היקרים. לעשות רצון צדיק נכספה וגם כלתה לכתוב להדר"ג ני' כאשר צוה אבל כתרוני

אפפוני מונעים רבים ולא יכולתי להפיק מאויי ועתה החילותי לעיין מעט בדברי קדשו אודות הפשר המבואר בדבריו כי הברורים עשו פשרה שיתן ר"פ סך חמשה מאות ר"כ או שמינית מן הריוח בעסק ידוע להם והחשבון ע"י הנבררים פ' ופ' והבירה לר"פ ליתן חמש מאות ר"כ או ליתן שמינית הריוח כו' ועתה שבק אחד מן הנבררים לנו חיים וטוען הנתבע כי פטור מכלום כי דעתו היה רק ליתן חשבון משמינית הריוח לפני הנבררים לחשבון וכיון שנאנס בזה אדעתא דהכי לא נתחייב ופטור גם משבועה כי כן במר להמפשרים (אע"פ שאינו בכתב הפשר) הגם שלא דיבר כן אל הנתבע אל הנבררים אמר כן:

הנה לפוטרו אפי' משבועה לא ידעתי כלל מה עלה על דעת הנטען לומר כזה הנה הוא נבקש לבטל את הפשרה מפני אונסו כי מת אחד מן הנבררים לחשבון ומצד אחר חפץ להחזיק בפשרה ההוא לטובתו שיהיה פטור משבועה ובודאי אף לפ"ד כי אונס הוא אין אונסו כמאן דעביד גם אומדנא אין כאן וכמדומני שיש אומדנא להיפך דאם יכול לטעון כל אשר ירצה לפטור בלא כלום בדיבורו הקל על מה בירר אנשי' לעשות חשבון צדק לפניהם אחרי כי יכול לומר לפניהם ככל העולה על רוחו אלה הם דברים זרים בעיני ובלתי ספק צדקו דברי הדר"ג דחייב עכ"פ שבועה:

ואולם הדר"ג נ"י נחית לעומקא דדינא וחייב את הנטען סך ששה מאות ר"כ כאשר קיבלו ע"ע בפשרה אחרי שהוא אנוס לפ"ד בעצמו שאיננו נותן חשבין על הריוח מן העסק הידוע מ"מ לא נפטר ממה שחייב עצמו בששה מאות ר"כ וכמו שמבואר בדברי קדשו והנה ברור שאין לבטל הפשר מפני שהריוח עדיין לא היה בעולם וכמ"ש הדר"ג נ"י והרי זה רק כתנאי שאם יתן שמינית ריוח יפטר מליתן הששה מאות ר"כ ואדם מתנה על דבר שלא בא לעולם כמבואר במרדכי סוף פ"ק דב"מ וכ"כ הריטב"א בקידושין דף כ"ג נ"ב. וראיתי בדברי קדשו שתמה על הרמ"א שכתב דאם קבל עיסקא מחברו וחייב עצמו בכל ריוח שבא לידו דאינו חייב משום דהוי דשלב"ל וכתב שם דמהני קנין ותמה הדר"ג כי' אם חשיב דשלב"ל איך מועיל הקנין. הנה אם כוונת כת"ר נ"י על דברי הרמ"א בסימן קע"ו סוף סעיף ג' הלא שם לא כתב הרמ"א דאינו חייב ליתן לו משום דהוי דשלב"ל אלא כלפי כי כתב בתחלה מחלוקת הפוסקי' בענין שותפין די"א דבדברים בלבד אין יכולים לחזור בהם עכ"פ לענין מה שהרויחו כבר משום דגמרו ומקני אהדדי כתב דכל זה אם שניהם עוסקין בעיסקא אבל קבל אחד למחצית שכר עיסקא וקבל על עצמו ליתן ריוח הבאה לו שלא מחמת העסקא איננו חייב ליתן לו דהוי דברים בעלמא וצריך קנין דאז וודאי מהני ב"ד שהוא בעולם ולא איירי הרמ"א שם מטעם דבר שלא בא לעולם

כלל אלא ריוח שכבר ידוע לו (וכאן במלוה לעכו"ם סך מסויים לזמן פלוני וקצב הריבית דכה"ג וכיוצא בזה דהוי כדבר שבא לעולם) ומ"מ כיון שהוא לבדו קבל העיסקא לעסוק בה והנותן אינו מתעסק כלום לא שייך גמרו ומקנו להדדי ואינו חייב ליתן לו רק הריוח מאותו עסקא ולא הבא לו ממקום אחר אע"פ דהוי בעולם אלא אם קכו מידו ואולי נתכוין רדר"ג ני' על מה שכתב הרמ"א במקום אחר:

והנה כ' הדר"ג שאין לפטרו מפני שהוא קנין אתן כי אמרו הברורים אל הנתבע תן לתובע כך וכך וקבל בקנין לקיים הפסק של הבוררים לא מחשב קנין אתן ועוד דהרי חתמו עצמם על הפשר ונתחייב מצד חתימתו וערער חכם אחד דהוי קנין שלא בפניו שכתב הרמ"א בשם מהרי"ו דלא מהני והדר"ג ני' כתב דלא שייך בזה טעם מהרי"ו והרמ"א משום דהדר סודרא למרא עדיין שם קנין עליו דאף אם לא קבל שום קנין כלל הוי כמקבל משום הודאת בע"ד וא"כ כיון שהפשר נשאר ביד שליש הוי כאלו קבל אז קנין מחדש הנה יש לעיין דוודאי אם נכתב בשטר שקנו מידו ביום פלוני אע"פ שלא היה קנין מעולם מ"מ מהני משום הודאת בע"ד שהודה שנעשה קנין ביום הכתוב בשטר ומטעם אודיתא וכמ"ש התוס' בב"ב דף מ"ד ע"ב לענין קנין אגב קרקע אע"ג דאין לו קרקע ומטעם אודיתא אבל לא נאמר מפני זה שיהיה הודאתו שהודה בשטר שקנו ביום פלוני והקנין לא היה מהני מפני שהיה שלא בפניו ואח"כ הדר סודר למריה שנאמר מפני שהשטר קיים יקנה מטעם קנין אם היה צריך קנין אחרי שהקנין שהיה מודה עליו לא הוי מועיל ועל קנין אחר אין כאן הודאה בשטר:

והנה הרשב"א בקידושין דף כ"ג ע"ב כתב משם לסתור דעת הסוברים דקנין שלא בפניו לא מהני וכתב בשם הר"י דהא תכן כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו (ובקצות החושן כתב כן בשם התוס' ולא נמצא בתוס') ואוקימנא לה באקניתא עכ"ל והרי רוב הפוסקים ובפרט הרשב"א והרמב"ן בש"מ מבואר בדבריהם דמהני קנין כן הוא בין ילוה ובין לא ילוה וכתבו שכן ג"כ דעת הרי"ף כמבואר בש"ך ואולם דעת הראב"ן והרשב"א כפי מה שכתב הרה"מ בפרק כ"ד מהלכות מלוה דהך דכותבין שטר למוכר מיירי גם כן בשטר הקנאה (ולא כדעת הרמב"ם דכותבין בשטר מוכר אף בלא קנין) וכ"כ הריטב"א בקידושין דף כ"ו ע"ב להוכיח כן מכותבין שטר למוכר דמהני קנין שלא בפניו ולולא דברי הה"מ בפכ"ד מהלכות מלוה הייתי אומר דגם להרמב"ם אם השטר יעשה הקנין וודאי גם הוא ז"ל סובר דאין לחלק בין הלואה למכר והיה צריך קנין כמו בהלואה אלא דהרמב"ם רמז במה שסותם בשטר מכר ולא הזכיר קנין גם בתלמודן לא נזכר על שטר הלואה היינו משום דכותבין שטר למוכר איכא לאוקמי שהודה דהיינו שטר הודאות

מכר כיון דקיי"ל המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים למה א ע"ג דנכתב בניסן ולא מטו לידיה דלוקח עד תשרי אפ"ה גובה מניסן משא"כ במלוה דכל דלא מטי שטריה בידיה דמלוה איכו גובה ממשעבדי מצד הודאתו וכן מבואר מדברי הרמב"ן שהביא הטור בסימן רל"ח בסופו ועכ"פ לדעת הרמב"ם דכותבין שטר למוכר לא מיירי בשטרי הקנאה וכן לדעת הר"י מיג"ש שהביא שם הטור ומיירי במתני' במעיד על עצמו שכבר קבל מחיר השדה אין כאן ראיה לסתור דעת מהרי"ו דקנין שלא בפניו לא מהני דהא מיירי במעיד על עצמו שכבר קבל המעות ולדעת הרמב"ן והרשב"א דמיירי בקנין היינו כמו שכתבו לגבי שטר מלוה כמבואר בש"מ בשמם דמפרש בקנין מן הסתם הוא מעכשיו בין ילוה ובין לא ילוה ולא בעינן מטא לידי' כלל אבל היכא דידעינן שלא הקנה בבירור רק אם ילוה או בנידון זה דוודאי לא הקנה רק אדעתא שימחול הלה את תביעתו והוא לא ידע בשעת קנין אם ימחול הלה אפשר דלא מהני לדעת מהרי"ו והרמ"א בסימן קצ"ה:

האמנם אם הגידו קודם הקנין שהתובע נתרצה למחול תביעתו אם יתרצה הוא לקיים פשרתו וודאי דמהני אבל אם נודע שאמרו כן לפני התובע צ"ע אם נאמר כן מעצמינו ובפרט לדעת הסמ"ע בסימן מ"ב ס"ק כ"ו ולדעתו נוטה האו"ת ואולם מצד הכתב עצמו וחתימת הבע"ד בזה היה נראה דמועיל לחייב כמ"ש ג"כ הדר"ג ני' ובזה אין להרהר מפני שלא סמכא דעתו וכמ"ש מהרי"ו כיון דאח"כ נתרצה והוא ידע ולא שייך לומר בשטר שכבר חלף ועבר הקנין כיון שהשטר עדיין קיים וכמבואר בתוס' ביבמות דף כ"ג ע"א באומר קכה לאחר למ"ד יום ולא נקרע ולא נאבד השטר אע"פ שלא אמר מעכשיו קנה וכ"כ בקידושין דף ס"ג ע"א העתיקם הב"י סוף סימן קצ"ז וכן מתבאר מדברי הסמ"ע בסימן ר"י ס"ק ב' דכל ששטר קיים ביד הזוכה מהני אע"ג דבשעת מסירת השטר לא קנה ואולם היינו ביד הזיכה כשהוא ביד שליש אם הושלש בידו שיזכה לנתבע פשוט שידו כיד הנתבע ואולם אם הושלש ידו סתם כל"ע לפמ"ש המחבר בסימן ר"כ בנותן ליד שליש סתם ואומר לו יהא זה אצלך דלא זכה המקבל כמבואר שם בסימן ר"כ סעיף כ"ה ואולם שם מיירי בנותן שמסר מעצמו ליד שליש ולא עשה רק מדעתו בזה אמרינן דלא נתכוין לחייב עצמו אבל בנידון זה דחתמו עצמם לקיים הפשרה ומסרו ליד שליש וודאי ע"ד שיזכה השליש לתובע דהרי ע"ד זה חתם שיהיה הלה בטוח שלא יחזור בו. עד כה כתבתי המעט להפיק רצון צדיק שציוה עלי לחות דעתי העניה ואומר כי לפטור הנתבע משבועה זר בעיני מאוד והדעת נוטה לחייבו הששה מאות ר"כ כיון שאינו יכול לפטור עצמו ע"י שמינית ריוח מפני אונסו ומעלת הגאון ני' כדאי דעתו הרחבה להוציא ממון

ועל כל פנים הייתי נוטה הפשרה לטובת התובע אם הייתי דיין בזה יסלח נא הדר"ג ני' אם עד כה אחרתי כי מונעים רבים סבונו הקיפו עלי יחד והנני משתחוה מרחוק להדרת קדושתו ידידו לטובתו:
הקטן מאיר א"ש

סימן ה

על קושית מו"ח ני' (אב"ה כראה דקושית מו"ז הגאון זצ"ל הוא על מה שכתב הש"ך סימן ל"ח ס"ק א' אחרי שהאריך להקשות על הבנת ב"י בדברי ר"ח כתב וז"ל והשתא אתי דברי ר"ח כפשטן וה"ק אבל אם אמרו שקר העדנו לא מבעיא שאין משלמין על פי עצמן וכו' אלא אפילו העדות נכונה כלומר דסד"א דנהי דאין משלמין עפ"י עדותן משום דעדות השניה לאו עדות הוא דהזמת עצמן לא חשיב הזמה כהזמת עדים מ"מ נימא דהכחשה מיהא הוי וכו' וכשיוזמו אח"כ לא יתחייבו אלא אפילו העדות שהעידו נכונה חשבינן ליה ולא מתבטל במאי דאמרי השתא שקר העדנו וכו' וכשניזומו אח"כ חייבין וכו' והשתא לק"מ מה שהקשה הב"י דהא ש"ס ערוכה הוא דמהש"ס לא מוכח מידי עכ"ל יע"ש וקשה דהא בסנהדרין דף ל"ד ע"א אמר הגמ' דלכך לרבנן אין העד יכול ללמד זכות ומשום דמיחזי כנוגע בעדותו ופירש"י דנוגע הוא בדבר שמתחרט ודואג שמא יגמר הדין ויביא זה עדים להזימן ומיהדר לא מצי למיהדר בהו לאחר כדי דיבור משום כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד יע"ש וא"כ מוכח ג"כ מש"ס ערוכה דאם חזרו בהם ואמרו שקר העדנו אעפ"כ מקיימין בהם דין הזמה דאם לא כן אינם נוגעים בעדותן דהרי יכולים לחזור ולא מקיימי בהו דין הזמה) אפשר לומר דהנה לכאורה יש לתמוה על דברי ש"ך שכתב דתיסיק אדעתן לומר משום דחזרה בהם לא יהיה בהם דין הזמה דהוה הכחשה ובטלה העדות אע"ג דלגבי נידון עדותן קיימת מ"מ לגבי עצמם הכחשא מיהא הוי וזה תימא דאין לך ביטול עדות גדול מן שיבא הרוג ברגליו ואפ"ה מבואר בב"ק דף ע"א וע"ב דלדידן דקיי"ל הכחשה תחלת הזמה היא אם יזמו אח"כ חייבים מיתה. ואפשר לומר דהתם בב"ק ע"כ מיירי שהוכחשו אחר גמר דין דקודם גמר דין אין כאן הזמה. ומיד שהוכחשו א"א לגמור הדין וע"כ מיירו שהוכחשו אחר גמר דין ולזה אע"ג שהוכחשו אם יוזמו אח"כ חייבין משום דמיד שנגמר הדין הוי בני חיובא אם יבואו עדי הזמה לכך לא יועיל אם יוכחשו תחילה מה שאין כן כאן מיירי שחזרו בהן קודם גמר דין ולא היתה עדיין עליהם שוב חיוב בזה סלקא אדעתין לומר דיועיל הכחשתם וכיון שלא נתחייבו עדיין אע"ג שגומרין הדין אח"כ סד"א לומר לביה עצמם תבטל עדותם ולפ"ז

היה אפשר לומר דסוגיא דסנהדרין איירי אחר גמר דין אלא דקשה דא"כ מאי כרבנן האי למות מאי עביד ליה והיותר נראה לומר לפי מה דמבואר בב"ק דף הנ"ל דעדים שהוכחשו בנפש למ"ד הכחשה לאו תחלת הזמה לוקין דכיון דאין עושין בהן דין הזמה לא מיקרי לאו שניתן לאזהרת מיתה אע"ג דמעיקרא אם באו עדי הזמה היה בהם מיתה מ"מ השתא מיהו אין בהם מיתה ולוקין משום לא תענה ברעך. מעתה נחזי אנן מה דינם לענין מלקות אם חזרו בהם לפי דעת הש"ך בס"ד ונראה ברור דלוקין מעתה לפ"ז שפיר נוגע בעדות ודו"ק:

ובהיותי בענין הלזה אמרתי להציע לפניו מה שעלה ברעיוני לתרץ קושית התוס' ביבמות דהקשו לר"ע דאית ליה אין דנין אפשר משאי אפשר דאין משלשין במכות ונראה לפענ"ד דהנה כל המפרשים תמהו על הרמב"ם שפסק במלקות אף אם לקה לוקה ולפענ"ד צ"ע דהרי מבואר במכות דלרבנן לכך אין עדים לוקים שמונים בשהעידו על אחד שחייב מלקות משום דלא תענה אזהרה לעדים זוממין וכתבו התוס' בב"ק דף ע"ד ע"ב ד"ה הוה דאין הפירוש דהוה לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד אלא הפירוש ההוא מבעי"ל לא זהרת ע"ז דמשום כאשר זמם לא כו' הרי לפנינו דמשום כאשר זמם לא לקי רק משום לא תענה לא הוי לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד דגלי רחמנא והצדיקו את הצדיק ומ"מ היכא דאיכא מיתה עדים שהוכחשו למ"ד הכחשה תחלת הזמה אין לוקין וא"כ לא ידעתי מה הסער על הרמב"ם דבשלמא גבי מיתה כיון דכתיב כאשר זמם ממילא אם הרגו אין נענשין כלל לא מיתה משום דלא כתיב כאשר עשה ומק"ו אין ללמוד דאעמ"ה ולא מלקות וכן בממון אין לוקין לעולם דאין לוקה ומשלם אבל במלקות אף אם לוקה ניהו דמכאשר זמם אין לעונשו אם לקה מ"מ מלא תענה מדוע בא ילקה ולמה לא יגרע מעדות ב"ג וב"ח יודעני כא מו"ח דעתו רק לפ"ז קשה מאי פריך מנ"ל דמשלשין בממון ואין משלשין במכות וקשה מאי קושיא בשלמא ממון מכאשר זמם אתיא ולכך כיון שהם לא חייבוהו אלא מאתים כך הם לא השלמו אלא מאתים אבל מלקות מלא תענה הרי כל אחד מהם עבר הלאו ומדוע לא ילקה אחד מ' וצריך לומר הקושיא אליבא דר"מ דאית ליה לוקין שמנים א' מכאשר זמם ומשני אביי שפיר יליף רשע רשע אבל לר"ע אין קושיא דלמא כרבנן ס"ל ודוק:

סימן ו

מ"ש במכתבו העבר ליישב קושית קצות החושן בסימן ל"ח ס"ק ד' שהקשה על הרמב"ם בפרק כ' מהלכות עדות וז"ל העידו שורו שהרג את הנפש והוזמו הרי הן לוקין ואין

משלמין את הכופר ומשמע דאין העדים צריכים לשלם במה שרצו להפסיד שורו ולהורגו ולאסרו בהנאה דאם היו ומשלמין לא היו לוקין וכו' יע"ש כיון מעכ"ת בזה למה שכתב בספר משובב נתיבות אשר בסוף אבני המלואים ח"ר ע"ש. ויש כדון בדבריכם אלא שאין הזמן מסכים. ולפענ"ד היה נראה לדחות קושית המחבר קצות החושן דכיון דקי"ל דהא דחובל ועדים זוממין משלמין ואין לוקין היינו משום דבפירוש ריבה רחמנא הנך לתשלומין אבל באמת קולא הוא דאקיל רחמנא התם ולכך חובל בי"ט ואתרו ביה לוקה ואינו משלם דאין לך בו אלא חידושו היכא דהמלקות הוא רק ומפני לאו דחובל אבל כאן הוא מפני לאו די"ט לוקה אף אנו נאמר דלהרמב"ם ס"ל דלא פטר רחמנא עדים זוממין רק הכא דהתשלומין והמלקות על עדות אחת כמו שמעידין שפלוני חבל בחבירו והוזמו דהאי לוקין משום לא תענה ומשלמין מכאשר זמם על עדות זו עצמו וגלי רחמנא כדי רשעתו דאינו חייב שתים וכתב שאשר ינתן בו דמקילנן עוד לפטרו בממון שהוא משלם אבל מעידין על שור של פלוני שהרג את הנפש כיון דהרי זה שתי עדות כי היו יכולין לחייב את השור ולא הבעלים וכן הבעלים בלא השור נהי דמ"מ תרתי לא עבדינן וכמו שהוכיחו התוס' בכתובות מ"מ לדון בקלה לפטרו ממון בלא מלקות מכין לנו כיון דחדושי הוא שיפטור בקל אין לך בו אלא חדושו וגוף דין של קצות החושן לענין נסוך יין כראה דתלוי במחלוקת הפוסקים אם ילפינן קנסא מקנסא דמ"ד דלא ילפינן א"כ אף דחייבי חכמים למנסך יינו ממש מ"מ אין לנו לחייב עדים שהעידו נתנסך יינך דהוי רק קנס בהיזק ניכר ומנ"ל דחייבוה חז"ל בהיזק שאינו ניכר ואף למאן דיליף לא ברור לי מטעם הזה:

סימן ז

שלום חיים טובה וברכה לאהובי בני הנחמד הרב המופלא ומופלג ירא ושלם כקש"ת מוה' מנחם ני' לנצח הרב דק"ק סרעדני והגליל יע"א:

מכתבך אהובי בני הגיעני ואשר דרשת אודות עד שאינו יודע לחתום וחתם אותו העד האחר במסה"ק מה תקנם וכבר ראית מה שמבואר בש"ע בסימן מ"ה. והנה כתבת דאף אם המנהג להכשיר עד שחותמים אותו במס"הק מ"מ זה פסול וכמ"ש הב"י בשם תשובה לרש"י דאם חתם העד האחד גם בשביל שני צריך למוחקו ואולם כן הדין במקום שאין מנהג שעד אחד חותם בשביל שנים אבל במקום שמנהג ידוע שחותם בשביל שנים מדוע לא מהני בזה ונראה דתליא במחלוקת הפוסקים בסימן כ"ב אם מהני בקיבל עליו קרוב או פסול כשנים דהב"י סותם דמהני והרמ"א הביא שם דעת החולקים וס"ל דתרתי

לריעותא לא מהני קבלה וכתב שכן הוא דעת רוב הפוסקים והש"ך שם כתב דהוי ספיקא דדינא ונידון זה הוי תרתי לריעותא לכאורה הוי עד מפי עד וכשנים והרי דעת הראשונה הוא דעת רש"י דמהני קיבל עליו אפילו בתרתי לריעותא וא"כ רש"י בתשובה וודאי במקום שאין מנהג קאמר ולפ"ז עכ"פ להרמ"א לא מהני ולא היה אפשר להוציא על פי שטרות אלו. ואולם נראה דזה לא הוי תרתי לריעותא דכיון דאנן אמרינן דהוי כקבלוהו עליי' כבי תרי אין זה רק חדא לריעותא באופן שאם היה מנהג ידוע שהעד חותם בשביל השני היה ב"ע אם מחשב תרתי לריעותא. ואולם עיקר הדין מבואר בש"ע שם שיש מנהג באותה העיר שהסופר חותם דהוי כקבלו עליי' אבל בסתם אינו מבואר בש"ע ומ"מ אם היה מנהג ידוע להכשיר אפילו בכל ענין היה נראה דמהני אבל פשוט שאין שייך לקרוא מנהג בשביל שקרה מקרה שנים או שלשה פעמים וזהו מלתא דלא שכיח להזמין עדים שאין יודעים לחתום אולם שכיח היא לחתום במסירת הקולמס הבע"ד עצמו ולפ"ד הש"ך שם זה מדינא מהני ולא מצד מנהג וא"כ אין להביא ראיה מדמכשירין ודנין ע"י חתימת מסה"ק של הבע"ד שיועיל ג"כ חתימת העד הראשון במסירת הקולמוס:

וראיתי בקצות החושן שהשיג על הש"ך והביא ראיה מדברי הגה"א אם ע"ח אין חותמין רק ע"י אחר והנתיבות דחה דבריו ובעל קצות החושן בספר מ"כ אשר בסוף אבני המלואים חוזר להחזיק דבריו ובאמת לפענ"ד נראה דלדעת הרמב"ם וסייעתו אשר סתם המחבר כמותו בסימן מ' דבכל ענין מהני להתחייב עצמו אף אם יאמר אתם עדי ואינו חותם עצמו כלל אפ"ה יכול לחייב עצמו מחדש א"כ הא אין החתימה גומר החיוב רק כל שגומר בלבו וידענו שכוונתו להתחייב ולא להשטות ולא להשביע עצמו אמר כן מתחייב הוא וכיון דאם אמר חייב אני לך מנה בשטר ונתחייב הוא אע"ג דלא אמר אתם עדי דגם על זה אמרינן אלימא מלתא דשטרי וכוונתו היה לחייב עצמו ה"ה במה"ק איכא למימר דכל שעשה כן הבע"ד ומסר הקולמוס וציוה לחתום את שמו וודאי לא כיון להשטות ולא להשביע וכיון דבשטרי ראיה מהני אף לבעל קצות החושן שוב גם להתחייב עצמו אמרינן ביה אלימא מלתא דשטרי לדעת המחבר בסימן מ' שסתם כהרמב"ם וסיעתו והתומים כתב דגם לדעת הש"ך עכ"פ צריך שנים שיחתמו את הבע"ד שיהיה מועיל מדינא ולפ"ד הנ"ל היינו אם הבע"ד מכחיש את העד אחרי כן אבל אם מודה לדבריו הרי דעת המחבר בש"ע סימן פ"א דהודאה לפני ע"א מהני אם איננו מכחישו (כי אז יפטר בשבועה להכחיש העד) ולא יכול לומר להשטות או להשביע אמר כן א"כ אפילו עד אחד יכול להיות דמהני להתחייב עצמו מחדש:

ועכ"פ כיון דדעת הש"ך דמהני בכל ענין א"כ אין להביא ראיה מדחזינן כמה שטרות שנחתמו ע"י מס"הק מן הבע"ד שיועיל לענין עדים. ועוד אפשר לחלק קצת דאם בעה"ד מצוה להחתימו כראה דחשיב דקבלו עלוי' מה שאין כן בעדים כל שלא ידענו שתקנו כן בעיר מניין לנו לומר שקבלו עליהם להכשיר פסולים באופן שלפענ"ד נראה דמן הסתם כל שלא ידענו בבירור שיש מנהג להכשיר בעדים אין להביא ממנהג שחותם הבע"ד במסירת הקולמוס להכשיר גם כן בעדים וצריך לחתום עד אחד ולכתוב השטר מזמן השני או ילמד לחתום הלא מצער היא. והנה גם בשטר סילוק יש תקנה שיתחייב הבעל בתורת חיוב להחזיר ליורשים כמבואר באה"ע בסימן צ"ב ס"ג ד' ואם היה אפשר להושיב ב"ד ויבואו העדים ג"כ שם ויקראו להבעל ויבקשו ממנו לכתוב שטר הנ"ל בתורת חיוב כדלעיל ואם ימאן יעידו עדים לפני הב"ד על הקנין ואז יכתבו הב"ד בתורת פסק דין שהבעל חייב בכך וכך והיותר נכון שילמוד ויחתום ואם העד בכלל בן דעת נקל לו ללמוד שמו ושם אביו כיון דא"צ יפוי כתב. וה' יצילנו משגיאות ומכל מכשול דברי אביך המעתיר בעדכם. הקטן מאיר א"ש:

סימן ח

אשר שאל מעלתו לדברי לח"מ בפרק י"ב מהלכות סנהדרין דגם במלקות בעינין שיתיר עצמו לכך ולקבל התראה א"כ אמאי הצרכו התוס' לומר בריש פרק שבועות הפקדון דלכך לא שייך לשאול הזיד בשבועות העדות משום דלא נוכל לדעת אם מזידים תיפוק ליה דהא צריכין להתיר עצמם למלקות דהיינו שצריכין לומר ידענו דחייבים אנחנו מלקות ואפילו הכי אין אנו מעידין וצ"ע עכ"ל מעלתו בקיצור. הנה באמת אין כאן מקום עיון דאחרי שהלח"מ דקדק כן מדברי הרמב"ם אין אחריות דברי התוס' עליו. ובאמת אין כאן הכרח דבעינן שיתיר עצמו לכך במלקות דמ"ש הלח"מ משום דמלקות במקום מיתה עומדת אין ראיה כל כך דהרי צריך קרא להתראה במלקות בסנהדרין מ"א. ולא אמרינן מלקות במקום מיתה עומדת. וכיון דלהתראה צריך קרא מיותר במלקות ממילא יתיר עצמו למיתה דגמרינן שם מיומת המת אפשר דלא בעי רק במיתה דכתיב קרא אבל לא במלקות. וקצת יש להביא ראיה דלא בעינן שיתיר עצמו לכך מדאמר רבא בכתובות דף ל"ג דעדים זוממין א"א להתרות בהו ואביי פריך עליה דמשכחת בהו התראה. ואי ס"ד דבעינן שיתיר עצמו לכך א"כ אם אמרו יודעין אנו. וע"מ כן אנו עושים הרי הודו ששקר העידו אלא ע"כ דלא בעינן שיתיר עצמו לכך:

אלא דעדיין יש לדחות דדלמא משום זה לא יהיה מוכרח רק דעדים זוממין לא בעינן שיתיר עצמו לכך. אבל עדיין לא שמענו שאין צריך התראה ולכך הצרכו להביא ראיה ממקום אחר וע"כ אנו צריכין לומר כן דאל"כ דהטעם משום דבמלקות לא בעינן צריך שיתיר עצמו לכך מ"מ הרי במיתה בוודאי צריך שיתיר עצמו לכך. וא"כ עדים שהוזמו בנפש לא יהיו צריכין התראה והרי כתיב משפט אחד אלא ע"כ כדאמרן. והיה מקום לעיין דאי נימא דעדים זוממין צריכין התראה א"כ קרא במלקות למה לי דבעי התראה כדאיתא בסנהדרין דף מ"א נילוף רשע רשע כקושית התוס' שם בד"ה תנהו כו' ותרצו דליכא למילוף משום דרשע כתיב בעדים זוממין לא בעי התראה. ואולם אם אמרינן דלמלקות לא צריך שיתיר עצמו לכך בלא"ה נסתר קושית התוספות דאם הוי ילפינן ממיתה הו"א דגם במלקות צריך שיתיר עצמו לכך. ובזה מיושב מילא סוגיא דכתובות ואין להאריך. עכ"פ משמע מדברי תוס' בסנהדרין מדהקשו דנילוף התראה במלקות ממיתה דבמלקות צריך ג"כ שיתרו עצמן לכך. ובאמת גם דברי התוס' אין להקשות אהדדי ובפרט כי עדיפא מיניה כתבו דלא הוי ידעינן אפילו גוף ההתראה במלקות. ומלבד דברינו אלו מצאנו דהתוס' בשבועות ג"כ ס"ל דמאן דבעי התראה בעינן שיתיר עצמו לכך אלא דבקשו לפרש אפילו למ"ד חבר אין צריך התראה ולדידיה אפ"ה דבעי התראה לא בעינן שיתיר עצמו לכך ופשוט דבעי דהזיד בשבועות הפקדון גם אליבא דריב"י איכא למבעי כדמוכח סוגיא:

ואולם אפשר לומר דגם התוס' בסוגין ס"ל דצריך שיתיר עצמו לכך. ואעפ"כ הצרכו לדבריהם והיינו כי מבואר הוא דאם כפרו העדים ואמרו אין אנו יודעין לך העדות דחייבים אין הפרש בין שיאמרו ראינו ההלואה ושכחנו כגון שנחלקו הלוה והמלוה על סך ההלואה והעדים אומרים ראינו ההלואה וידענו אז המספר ועתה שכחנו ונשבעו והודו אח"כ דחייבים משום שבועות העדות ובין שאמרו לא ידענו עדות זו מעולם ונמצאו שיודעים חייבים ג"כ. ואף שזה פשוט אינו צריך לראיה הנה הוא מבואר בשבועות דף כ"ה בתוס' ד"ה ידעתם דמפרש שם דאם היה צריך עדיין לעדות ונשבעו לא ידענו דחייבים. ואולם אם נשבעו שלא ראו ולא ידעו עדות זו מעולם והמה מודים שראו עדות זו ואפ"ה נשבעו שלא ראו. ועתה אינם זוכרים העדות. בזה עברו על שבועת שוא או שקר למר כדאית ליה ולמר כדאית לי' כדאית' בשבועות דף כ'. אך אין בו משום שבועת העדות רק משום שבועות ביטוי מעתה עדים הנשבעים שבועה שלא ידענו לך עדות מעולם. והתרו בהם שאם יודעים שראו את העדות. ואפ"ה הם נשבעים חייבים מלקות אם ישובו יודעים אנו וע"מ כן אנו נשבעים אם היה אפשר לדעת שלא שכחו העדות.

ונמצא שעברו רק על לא תשבעו אז היה אפשר למבעיא כל הנך צדדים דבעי בהזיד בשבועת הפקדון דהרי במה שאמרו יודעים אנו שחייבים מלקות וע"מ כן אנו נשבעים לא הודו שידעו העדות עדיין דהרי אף אם עתה שכחו העדות מ"מ חייבים משום שנשבעו שלא ידעו העדות. ואם היינו יכולים לדעת שלא שכחו העדות אז איכא למימר דכיון דחייבים מלקות ליכא קרבן. אבל כיון שאין אנו יכולים לדעת אם שכחו העדות ונמצא שלא נתחייבו:

חסר

סימן ט

להגאון בעל חת"ס זצ"ל ונשמט מחלק אה"ע אחרי סי' כ':

יסלח כא רבינו כי לדעתי העניה נראה כי אעפ"י שוודאי אסור לדון על פי עדות רשעים מקרא דאל תשת ידך עם רשע עד וכדברי רבינו ני' דנראה דזה שאמר הרמב"ם אסור לקבל עדות רשע היינו לדון על פיו וכמ"ש הרמב"ם בקרובים וע"א דהיינו הדיין הדן עפ"י קרובים אבל מ"מ טעם פסולן מפני שחשודים לשקר וכן מבואר לכאורה בב"ב דף קנ"ט דחילוק זה בין קרובים לגזלן דהתם בעינין הוחזק כתב ידו ובקרובים אע"פ שלא הוחזק כתב ידו ואם לא היה חשוד לשקר לא היה חילוק וכן ע"כ מטעם זה הכשירו חז"ל בעדות אשה עבד ושפחה ולא הכשירו גזלן ושאר רשעים וע"כ דטעם חלוקן משום דטעם פסולן משום דמשקרי וכ"כ לגבי כותי הרשב"א במיוחסות להדיא בסימן קכ"ח וז"ל אבל כותי לא מחמת פסול עדות בלבד אנו פוסלין אותם אלא משום אנו מחזיקין אותם כשקרנים ומעידים דבר שאינו כדכתיב אשר פיהם דבר שוא וגו' אבל במתכוון להעיד אינו נאמן כלל וכו' עכ"ל וכ"כ הישו"ש ביבמות פרק בתרא סימן כ"ה דטעם פסול הע"א משום דמשקר ודעתו להכשיר בנתגייר דתחילתו וסופו בכשרות גזה"כ וזה עיקר אשר לא הבנתי בדברי רבינו ני' בתשובתו דכיון דפסול משום דמשקר אין ראיה מדברי הרמב"ם לומר שכבר יצאה מחזקת א"א גם אם נתכוון להעיד והנה לרבא דמכשיר באוכל נבלה להכעיס ופוסל לתיאבון משום דכפין ואכיל כפין וסהיד נראה גם כן דטעמו משום דמשקר אבל למאי דקיי"ל כאביי דאפילו להכעיס פסול וקי"ל דלא כר"מ דחשוד לדבר אחד לא חשוד לדבר אחר וכתבו התוס' והרא"ש בבכורות דאפ"ה פסול דכיון דרשע הוא התורה פסלו משום דרשע הוא א"כ משמע דגז"הכ הוא והרי משמע בב"ב דף קנ"ט הנ"ל מדברי הפוסקים טעם פסולם משום דחשידי דמשקרי. ואולם נראה כיון דזה שהאמינה התורה בתורת עדות שנים הוא רק מחוקי התורה דכמו שאין נמנע לאחד שישקר כי

לכך אינו קם רק לשבועה ובעל דבר נאמן להכחישו בשבועה אף שנים אינו מן הנמנע שישקרו רק שהתורה האמינם ולא האמינה התורה רשעים ואמרו חז"ל משום דמשקרי פסלם רחמנא ולכך אם לא הוחזק כתב ידם בב"ד לא סמכינן עלייהו להוציא ממון וכל שאינם רשעים לא פסלם התורה וקי"ל דלא כר"ע דאמר החשוד על הדבר לא דנו ולא מעידו. ובזה נראה לפענ"ד דלא קשה מה שהקשה הגאון הספרדי בתשובת נודע ביהודה קמא סימן ע"ג בסופו להרמב"ם דס"ל דאפי' בג' עברות אם עבר ולא קדש ש"ש אינו פסול לעדות מהא דאמר בכתובות קסבר ר"מ עדים שאמרו להם תחתמו שקר ואל תהרגו יהרגו ולא יחתמו וכו' דלהרמב"ם הרי אינם נעשים רשעים. ולהנ"ל ניחא דע"כ לא קאמר הרמב"ם דכשרים רק לדידן דקי"ל דלא כר"מ דחשוד לדבר אחד אינו חשוד לכל ואינם פסולים רק בעבירה שחייבים מלקות וכיון דכתיב ולנערה לא תעשה דבר אינו נעשה רשע בזה שעבר ולא נהרג וכשר לעדות. אבל לר"מ כיון דס"ל חשוד לדבר אחד חשוד לכל התורה כולה וודאי הוא פסול דעכ"פ עבר על לא תחללו:

הקטן מאיר א"ש

סימן י

שלום וכל טוב להרבנים דייני דק"ק יארמוט יע"א:

אודות דברי ריבות בשעריכם כי ר"מ הוציא לפניכם ח"כ על רמ"א מסך שני מאות זהו' וטען כי הכתב הזה היה ביד בתו אשר אמה נתנה לה לבל תגבה הח"כ כי אם ד' שבועות לפני חופתה והראה ר"מ צוואת אשתו ורמ"א טוען מזויף הוא וכאשר רציתם לכוין את החתימה ראיתם כי לא היה דומה אלא אותיות משה בלבד ולא שאר הכתב וגם שם חתם מיארמוט ורמ"א אומר כי מעולם חתם עצמו מקאטה והתובע אומר גם כי אינו יודע מטוב הכתב וחיובו אם הלואה או פקדון אבל ברי לו שאינו מזויף וגם מפני שר"מ הוא בעל דבר בעצמו כי מן הדין הח"כ של ר"מ והבאתם מאה"ע סימן פ"ב סעיף י"ב. הנה זה שאמרתם שחזקתו שאינו מזויף חזקה זו אינה בכ"י דדווקא בשטר אמרינן דקיום שטרות דרבנן לא בכת"י כמבואר בש"ך בסימן ס"ט ס"ק י"ב יע"ש למד כן מדברי רש"ג שכן דעת הסמ"ע והב"ח צריך קיום מדאורייתא מכלל דאין בכתב חזקה זו וגם מה שאמרתם כי הח"כ באמת של ר"מ הלא ראיתם מה שכתבו הח"מ וב"ש שם דעת כמה פוסקים כשבעל לא תקף המעות היא נאמנת אפילו במעות טמונין אפילו אם הבעל טוען אינו נאמן. והשתא איהו לא טעין אנן נטעון ליה אדרבה יש להב"ד לטעון לפני הבת וכ"ש שהח"כ ביד הבת ואין כתב בו שם מלוה ואולי היה שלה מחלקה כי זכה לה ע"י אמה

הלא מבלעדי זה רחוק הוא שהיה הלואה או פקדון לפני הזמן שכתבתם כמדומה ולא היה אב רמ"א לעומת האם או הבת לתת לפני חופתה שני מאות זהובים ואין לר"מ בהן כלום:

אבל מ"מ לא ידעתי מה יושיענו זה לפטור רמ"א מהיסת אם חשבתם טענת ר"מ לברי הרי הש"ך לא חלק על הרמ"א בסימן ע"ה ס"ק פ"ב רק בשאין הקרוב לפני הב"ד אבל כשהוא לפני הב"ד כתב שיהא חייב ואף לפמ"ש אח"כ בס"ק פ"ג לפקפק גם בזה מ"מ הרי על הב"ד לומר לו שיכתבו הרשאה וכמו שאמר ר"ת להחתן שם שיכתוב הרשאה לאביו ואף כי בתומים פקפק גם על זה מי ישמע לו נגד כל הפוסקים האלו ולפענ"ד לא מקרי זה תקנתא לתקנתא כיון שהרשאה מועלת גם לדון עמו ואמאי לא קם הוא במקום הבעל דבר לכל אף לשבועה אבל פליאה דעת ממני איך יוכל ר"מ לטעון שאינו מזויף אחרי כי פיו ענה בו שהינו יודע טוב ההתחייבות אם כן בוודאי לא היה בשעת כתיבת ח"כ וא"כ במה יודע איפוא בברי עד שרוצה לקבל בחרם שהוא כ"י של רמ"א אם בטביעת עין הרי היה כתי' לפניכם והקפתם ולא נדמו וא"כ אין יודע שאינו מזוייף אם מפני אומדנא כי אשתו אצלו מוחזקת שלא זייפא וגם בתו בחזקה זו אצלו לא מקרי ברי. ואולם מצד אחר יש לעיין הנה בעובדא דרבה ב"ש בב"ב דף ל"ג שם כתבו התוספות להקשות כי טעין נמי לקוחה היא בידי צריך הוא לישבע היסת ותירצו דאין נשבעין היסת על שמא. והרא"ש שם דחה דבריהם דכל מידי דאיהו הוי מצי לטעון טענינן ליתמי וחשוב ברי ושני הדיעות הביא המחבר בסימן ק"כ ובסימן קל"ג סעיף ה' הסכים רמ"א לדעת הרא"ש דטענינן לפני היתומים ברי וחייב היסת והסמ"ע חולק שם דדווקא בשהיתומים מוחזקין הסכים הרמ"א לדעת הרא"ש ומה שתירץ הש"ך הוא רק לדעת המחבר אבל לדעת הרמ"א ע"כ צריך לומר שסמך הרמ"א עצמו בסימן קמ"ט וק"נ על מ"ש בסימן קל"ג ונראה דאף לדעת התוספות וסיעתם דס"ל שאין טוענין ברי לפני היתומים היינו דווקא התם דאין אנו יודעין אם היו מורשים קיים מה היה טוען ולכך אין לטעון בעד היתומים ובפרט להשביע היסת. והנה בפרק האשה שנתארמלה הביאו שם הראשונים הירושלמי בנתארמלה טוענין היורשים ואע"ג דטעמא דמתני' משום ברי וברי כתבו שם דטענת ב"ד חשוב ברי וזה לכאורה סיוע לדעת הרא"ש והיה צ"ל דהתוספות לא סבירא להו הכי כ"מ בתוס' כתובות דף ל"ו ע"א ד"ה החרשת שכתבו איך טוענין להו הכי וע"ש מ"ש נראה לפי הסוברים דמה שטוענים לפני היורשים אלמנה נשאך דחשיב ברי מ"מ אפשר דמודו לדברי התוס' בב"ב דב"ד אין טוענין לפני היורשים להשביע היסת שהרי כל עיקרה של שבועת היסת טעמא משום חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו וזה שייך רק

היכא דהבעל דבר גופיה טעין לא כשהוא איננו והבעל דבר יטענו איזה חזקה יש כאן להביאו להיסת. ובאמת שצ"ע בזה על הרא"ש ואולי דעת הרא"ש דווקא היכא דאיכא חזקה דאין אדם מעיז צריך חזקה דאין אדם תובע אבל ביתומים שאינם יודעים לא שייך אין אדם מעיז ונהי דמ"מ בשמא אין להשביע דא"כ לא שבקית חיים כו' אבל היכא דהב"ד טוענים יש להשיב טענת ברי או ס"ל דלא פליגי רבנן ועכ"פ גם לדעת הסוברים דאין טוענין להיתומים ברי היינו מפני שאין אנו יודעים מה היה הבעל דבר טוען אם היה חי אבל בנמצא כתי' בעזבונו של אחד שעכ"פ הרי הוא כטוען ואומר שאינו מזוייף לפענ"ד מודו כ"ע ולרא"ש דטוענין לפני היתומים להשביע הסת וכ"ש בנידון דזה שיש צוואה ביד הבת ואינו דומה למנה אמר לי אבא שיש לו בידך שאין אנו יודעים אם אומר האב כן אבל בנ"ד שיש כאן כתב יד וצוואה נראה דלכ"ע טוענין ברי להשביע היסת עיין בסימן ע"ה בש"ך ס"ק ע"ח לענין כתב על פנקסו של אבא וכ"מ בש"ך סימן צ"א ס"ק כ"ד וע"ש. מכל אלה נראה שנכון לפשר דעכ"פ צריך לקבל בחרם ואם א"א לפשר דעתי נוטה שצריך שבועה ואין הזמן מסכים להאריך:

דברי הקטן מאיר א"ש

סימן יא

בעזרת

הש"י יום ה' מרחשוון שנת תר"ח לפ"ק פק"ק אונגוואר יע"א:

שפעת שלום חיים וברכה עד עולם. וכל טוב לאהובי חתני הרב החרוץ ושנון. יפרח כתמר וישגה כארז בלבנון. לפני שמש שמו ינון. כקש"ת מוה' צבי ני' הרב דק"ק סרעדני עש"ז בתי ידידת נפשי הצנועה והחסודה חכמת נשים מדת שרה תחיה ובניהם הנחמדים יחיו כולם לאוי"ט:

נעימות ימינך הגיעני והכה ראיתי כבר כל אשר דברו הגאונים בנידון זה. והנה מלבד סברת הטו"ז יש בכאן חקירה אם אינו יודע אם פרעתיך חייב בלא הוי ליה למידע. וכמ"ש התומים רק שהרכיב סברת הט"ז עם ספק הזה יחד ולכאורה הטו"ז פוטר אף בענין שהיה לו ללוה למידע מטעם שכתב שכבר נסתלק והוי ליה עתה כמו א"י אם נתחייבתי לך. ואם דעתו ז"ל דא"י אם פרעתיך הוי דווקא בהוי ליה למידע אין קושיא כלל מהך דמשארסתני כו' דאמר דשמואל ס"ל כר"י דבו"ש ברי עדיף דהתם לא הוי ליה למידע ואולם גם אם הטעם כמ"ש דלכך הוי כמו א"י אם נתחייבתי (עיין שב שמעתתא שמעתא א' פרק כ"ד קרוב לסופו) משום דהספק הוא בעיקר החיוב והוא הדרך הישר

והפשוט (והב"ש מפני השטר קאמר או התנאי ב"ד קאמר דלא הוי מגו להוציא בדאיכא שטרא מעליא) עכ"פ אין לסתור בזה סברת הטו"ז דאיכא למימר דלהוציא ממון בא"י אם פרעתוך בעינין תרתי שיהיה החיוב ברור. וגם שלא יהיה מסולק עדיין מן הלוה:

והנה אין בידי להכריע בין ההרים הגדולים. ונכון לומר לבעל דבר דעכ"פ יש על הלוה שבועה שאינו יודע (אם המלוה חושדו) וגם לצאת י"ש יהיה חייב. וגם אם יבוא ליד המלוה מאומה מן הלוה עצמו יכול לתפוס אותו. לכן הדרך הישר שיתפשרו יחדיו ולא יהיה ריב ומצה עולם ביניהם:

יהיה ה' אלהינו עמנו לחזקינו ולאמצנו לתורתו ועבודתו לעבוד אותו באמת מבלתי מונע ומעיק כחפצך וחפץ חותנך המתפלל בעדכם הקטן מאיר א"ש

סימן יב

להרב המאור הגדול החריף והבקי סיני ועוקר הרים. כקש"ת מוה' אברהם כי' אבדק"ק לעשנוב יע"א:

אשר חקר מעכ"ת בענין פריעת ב"ח אשר עליו נושים רבים יש אשר לו ב' וג' שטרות ויש שאין לו רק שטר אחד והלוה מסר המעט הנשאר בידו לב"ד ועתה הספק איך יש להגבות אם לפי השטרות או לפי מספר הנושים וכבר ראה מעכ"ת כל יקר בנידון זה והנה הב"ח בתשובה דעתו שחולקין לפי הב"ח ומי שיש לו שטרות הרבה אין לו יתרון על מי שיש לו רק שטר אחד ולעולם חולקין בשוה אבל דעת הפרישה בסימן נ"ג וכן דעת הש"ך שם דחולקין לפי השטרות וכן דעת הצ"צ בסימן ט"ו והב"ח הביא ראיה מהא דאיתא בב"ב דף קע"ב דאמר רבא האי דנקט שטרא בר ק' וכו' דלא משוינן ליה תרי בני חמשין משום דניחא ליה דלפגום שטרי דמשמע דמדעת הלוה משוינן ולא אמרינן דעבדי הכי כי היכי שיטול שני חלקים ומה שדחה הש"ך בסימן כ"ג דחה התומים בסימן ק"ד ס"ק יו"ד והצ"צ דחה ראיה זו דמדעת הלוה כותבין מזמן השני והתומים כתב דלגבי קרקעות דקנאם אח"כ וכן לענין המטלטלין אכתי יש הפסד שיקח שני חלקים והנה הוא ז"ל עצמו סותר זה דמדעתו הרי יכול לכתוב לו כמה שטרות מזמן השני והתומים כתב להוכיח מדאמר טעמא דניפגום שטרא ולא קאמרינן הטעם מפני הפסד שלא יטול שני חלקים דעדיף מטעמא דניפגום שטרא דאז אע"ג שיש נאמנות בשטר ובזה וודאי איכא למימר כיון דמיירי מזמן השני ושלא מדעת הלוה אין לחוש כיון שיש למלוה נכסים וסברא זו מצינו בהך ערב מעיד והוא דאית ליה ארעא אחריני וגם מפני טעמא דנפגום לא מהני גם אם פירשו בשטרות שכותבין שבאין משטר אחד דלענין להקשות מפני מה

אמרו טעמא דנפגום ולא מטעמא דפסידא דמלוין אחרינא וודאי איכא למימר דרבותא יותר לחוש לטעמא אע"ג דבלאו הכי יכול לומר אישתבע ליה דלא פרעתיך מהאי טעמא דפסידא ומ"מ גם התומים כתב דאין הכרח משם מטעם אחר כמבואר שם. והנה התומים חילק דבשטר גמור יש להגבות לפי שטרות אף שההלוא' נעשית בפעם אחת אבל בכתב יד אם ההלואה נעשה בשני זמנים יטול שני חלקים אבל אם ההלואה נעשית בפעם אחת כיון שאין הכתב יד עושה שיעבוד אין לו אלא חלק אחד משא"כ בשטר שהשטר עושה שיעבוד וצ"ע לפ"ד א"כ אם יתן לו הלוה שני שטרות על מלוה אחת על סך אחד ראוי שיטול שני חלקים כיון שהשטר עושה שיעבוד (וכ"ש למ"ד עבז"ל דפסקו תוספות והרא"ש וסיעתו כן) ועכ"פ בשני כתובות וגט דאמרינן סוף הכותב דאם לא כתב ואוסיף ליה דיקלא ביטל הכתובה ראשונה והא וודאי משתעבד ג"כ מכח נישואין שניים ואמאי נימא דביטל הכתובה הראשונה נימא הא דהדר כתב לה כדי שתטול שני חלקים אם לא יהיה לפרוע לכולם אע"כ מוכרח כהב"ח דלעולם אין הולכין רק אחרי מנין הנושים ולא אחרי השטרות:

ועכ"פ לא נמצא לאחד מן הפוסקים האלה שהכריעו מן הש"ס איך יחלקו בראיה ברורה ומ"ש התומים מן הסברא הרי הב"ח כתב מן הסברא בהיפך דכל הנכסים נשתעבדו לכל אחד מן הנושים ואין הפרש לדעת הרי"ף וסיעתו החולקים על ר"ח בין שטר אחד לשנים ולענין מ"ש התומים דבמטלטלין היה ראוי לפסוק כר"ח כיון דלא שייך שיעבוד במטלטלין כתב מעכ"ת ני' שלא ראה דברי הראב"ד בתמים דעים דכתב להדיא דגם במטלטלין חולקין לפי הנושים ולא לפי הממון. דברי תמים דעים שם הם העתקת דברי הרי"ף מלשון ערבי ללשון הקודש כמו שייעד הרי"ף בהלכותיו שם לפרש בלשון ערבי ג' הלכות שם וכן בתשובות הרמ"ע הועתקו ההלכות ההנה ללשון הקדוש אבל דעת הראב"ד עצמו בפרק י"ז מהלכות אישות כר"ח דחולקין לפי ממון יע"ש ובהר"מ ופשוט דדעת הרי"ף עצמו דגם במטלטלין יחלוקו לפי הנושים והתומים כתב רק דלפי מה שהכריע בריש סימן ק"ד כהסמ"ע דאין דין קדימה במטלטלין משום דלא חל עליהם שיעבודא כלל היה ראיה עכ"פ לפסוק במטלטלין כר"ח ובעיקר מה שדקדק התומים מדברי הפוסקים דאין שיעבוד במטלטלין כלל. הנה מדברי הרשב"א שהביא הוא עצמו שם לכאורה משמע להיפך שהרי משמע שם בדבריו דמד"ת אין חילוק בין מטלטלין לקרקע מיניה דידיה עקרוה רבנן וכן הרמב"ן במלחמותיו לפסחים בסוגיא דהרהינו אצלו מסיק לבסוף דמד"ת אין חילוק לענין שיעבוד בין קרקע למטלטלין והראב"ן בסימן ס"ט גם הוא כתב בפירוש דמאורייתא אין חילוק בין קרקע למטלטלין ויליף לה מדכתיב

יוציא לך עבוט החוצה דמנתח ליה מעתה תיקשי לדעת רב האי גאון דמלוה על פה מוקדמת קודם למלוה בשטר מאוחר בבני חרי וכמותו פסקו הרב"י והרמ"א בסתם וה"ט משום דשיעבודא דאורייתא אע"ג שהיה יכול להבריח ולמכור אפ"ה קודם המלוה על פה ולמה במטלטלין דגם משועבדים מד"ת לא יהיה דין קדימה ומ"ש במטלטלין לא סמכה דעתא דמלוה אינו מספיק דהא חזינן דמד"ת משתעבדי וגם דוחק ההפרש בין מטלטלין למלוה על פה. וצריך לומר לדעת הסמ"ע וסיעתו ששנה ושילש כמה פעמים בריש סימן ק"ד וכן בס"ק ל"א דאין דין קדימה במטלטלין ולא פירש לנו הטעם (ובאמת לדעת רש"י שפוסק כר"ל דמשיכה קונה ולא כסף בישראל מישראל היה חילוק נכון בין קרקע למטלטלין והארכתי בזה בסוגיא דמעות קונות ואכ"מ) וצריך לומר דההפרש הוא דמלוה על פה אע"ג דלאחר התקנה גם הקרקע יכול להבריח ולמוכרו לאחר מ"מ סמוך עליה הב"ח משום דמאן דזבין בפרהסיא זבן וישמע המלוה אם ירצה למכור ויקדים עצמו לגבות חובו מה שאין כן במטלטלין שאפשר לו למכרן בצנעא על ידי אחר כמ"ש הראב"ן ולכך לא סמיך עליה כלל ועדיין דוחק קצת ויותר נראה לפמ"ש הרמב"ן בחידושיו בב"ב דף מ"ד ע"ב דה"ט דצריך לכתוב במשעבד מטלטלין אג"ק דלא כאסמכתא וכו' היינו משום דאמרינן בעלמא נכסי דב"נ אינון ערבין ביה ואמרינן בערב דהוי אסמכתא אלא בהאי הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה לפיכך מטלטלין דומין לאסמכתא דאם לא ימצא קרקע וימצא מטלטלין שיפרע מהן צריך לכתוב דלא כאסמכתא אבל קרקעות עיקר שיעבודו ולפ"ז להפוסקים דאסמכתא מד"ת קני רק מדרבנן לא קני אסמכתא יהיה במטלטלין שיעבוד מן התורה רק כיון דרבנן תקנו דלא יקנה אסמכתא כלל ולכך אפילו מיניה דידיה אין כאן שיעבוד במטלטלין וכ"ש אם אסמכתא מדאורייתא לא קני לכך אין דין קדימה במטלטלין. אבל מלוה ע"פ אף לאחר תקנה שיכול למכור הקרקע מ"מ וודאי עלייהו סמיך שיפרע מהם בין מיניה בין מיתמי וגם אינו יכול להבריחם בצנעא אין בהם משום אסמכתא כלל מה שאין כן במטלטלין וארוח לן בזה מה דקשיא על הסמ"ע וסיעתו דהרי בערכין משמע דיש דין קדימה במטלטלין ולהנ"ל ניחא כיון דעיקר הפקעת השיעבוד במטלטלין היינו משום אסמכתא והרי אין דין אסמכתא להקדש כמבואר ביו"ד סימן רנ"ח:

והנה מה שפסקו רבותינו בעלי ש"ע בפשיטות כדברי הרי"ף דחולקין לפי הנושים לא לפי הממון כדעת ר"ח אע"ג דבאמת לאו יחיד הוא שהרי הראב"ד סבירא ליה ג"כ הכין וכן בש"ג בשם ריא"ז ומבואר יותר דעתו בספר המכריע בסימן מ"ט וגם הריטב"א בכתובות בחידושיו הסכים לדעת ר"ח והוא בתרא מ"מ פסקו רבותינו בעלי ש"ע כרי"ף

וסיעתו אם מפני שהם רבים וגם כיון שאין אחד מוחזק לא ראו לגרוע חלקו של ב"ח קטן אבל עכ"פ אין הדבר מוחלט לדחות דברי ר"ח וסיעתו לגמרי. והנה דעת מהריב"ל וסיעתו דמוציאין ממון עפ"י ספק ספיקא כמבואר בתקפו כהן להש"ך והש"ך חולק וכ"נ דעת התומים ושאר האחרונים והיינו להוציא מידי המוחזק א כשאין כאן מוחזק כלל והרי כבר ראינו שאין הדבר ברור לדחות דברי הב"ח דאין יתרון לבעל שני שטרות אלא דרוב האחרונים דלא כוותיה לפענ"ד למעשה יש לנו לפסוק אם יש כאן למשל ארבעה נושים לשלשה יש לכל אחד שטר על מנה ולאחד יש לו שני שטרות כל אחד על מנה יש ליטול בעל שני השטרות שני חלקים והנושים אחרים כל אחד חלק אחד דהרי יש כאן שני צדדים להגבות לו פי שנים דלמא קי"ל כר"ח ואת"ל כהרי"ף דלמא אף לדידיה חולקין לפי השטרות אבל אם יש ד' נושים לאחד יש לו שני שטרות כל אחד על מנה ולאחד יש לו שטר אחד על מאתים ולשנים יש לכל אחד שטר מנה בזה לדעת הר"ח וסיעתו כח בעל השטר המאתים שוה לכח בעל שני שטרות מעתה אם יש כאן חמש מאות זהובים לחלק לדעת הב"ח היה מגיע לכל אחד מן הנושים קכ"ה זהובים אם באנו לזכות בעל שני השטרות מכח ספק ספיקא הנ"ל דלמא קי"ל כר"ח הרי לבעל המאתים כחו ושטירו באים ושטרו על מאתים רק דלולא בעל שני השטרות היה נוטל קכ"ה זהובים לזאת גם עתה יטול בעל שני השטרות קע"ה זהובים ובעל המאתים בשטר אחר קכ"ה זהובים וכן לעולם יחלקו לפי השטרות לעומת בעלי החובות שיש להם רק שטר אחד קטן כמו שטר אחד משני שטרותיו אבל לא יהיה יפה כחו כנגד מי שיש לו שטר סך גדול ממנו לא יוגרע ע"י ריבוי שטרותיו של זה מאשר יחלקו לפי הנושים זה הנראה לפע"ד ומעכ"ת ישקול הדבר במאזני שכלו וה' עמו בדבר המשפט וה' יצילינו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות:

הקטן מאיר א"ש

סימן יג

בעזה"י יום ו' עש"ק ר"ח אלול תד"ר לפ"ק אונגוואר:

יפה פרי תואר קרא ה' שמו. ברוך הוא ברוך טעמו ויהי ה' אלהיו עמו. ה"ה כבוד ידיד ה' וידיד נפשי הרב החריף והבקי סיני ועוקר הרים פאר הנגידים ונגיד היקרים כקש"ת מוהר"ר ברוך ענגלענדער ני':

אבקש ממנו לבל ישים אשם על נפשי על אשר לא השבתי על מכתב אשר כתב הרבני מוהר"ר יעקב יצחק ני' דיין דק"ק קאלוב. והדרת כבודו ובנו הרבני מוה' יעקב ני' ג"כ

בקשו להשיב לו. אל יחר בעיניכם. הנה הדבר לפלא הוא בעיני אחרי אשר הדבר פשוט לפני הדיין שהדין עם בני ראובן מטעם שכתב שם כאשר ראה מעכ"ת נ"י. ולפ"ד לא כתב כן בעצמו ובהצנע. א"כ ממ"נ אם אין חולק מה זו שאלה. ואם יש חולק למה לא כתב סברת החולק. ומה דעתו לחלוק על דברים פשוטים לפי דברי הדיין. לזאת חשבתי שיש עוד דברים בגו ושוא"ת עדיף. ואולם אל הדרת כ"ת נ"י אומר כי לפענ"ד נראה דוודאי אם אין כתב יד של אבי ראובן שכתוב בפנקס שלו ניכר ומקוים אין להוציא המקום מחזקת בני ראובן. ואין זה ענין דאין לבן חזקה בנכסי אב כי נראה בעליל שראובן קנה המקום ההוא וכמ"ש הרבני המופלג הדיין. ואולם אם יש לקיים כתב ידו של אבי ראובן שכתוב בפנקס דהמקומות שלו הם א"כ הוא נהי דאף המקומות א"א להוציא מחזקת בני ראובן. מ"מ הרי נראה מדבריו של הדיין כי מפורסם ונודע לכל שהיה ראובן חייב לאביו סך רב רק שאין להוציא מהם מפני מחילתו בצוואתו. והרי חשב המצוה כי במה שהלוה על המקומות נחלטו לו המקומות בבהכ"נ. וא"כ כשיערוך דמי המקומות לא מחל. ואחרי כי כ"י אבי ראובן מקויים הרי הוא כטוען לפנינו את זה מחלתי מחובות בני ולא יותר זה הנלע"ד ומעכ"ת נ"י יבחר הן בגוף הדבר אם נכון בעיניו. והן אם להודיע לזולתו מה שכתבתי בזה ובטוח אני בו בעזה"י כי האמת והשלום יאהב כמשפט אוהבי ה' וחושבי שמו דברי ידידו שוחר טובתו אוה"נ:

הקטן מאיר א"ש:

ופ"ש להרבני המופלא ומופלג מוה' יצחק כי' אדרוש שלומו ויסלח נא על מניעת תשובתי כי לא חלילה הוקל בעיני כבוד ת"ח ודייני ישראל יחיו רק מטעם הנ"ל כי סתם מעכת"ר נ"י צד הסותר ובעניות דעתי יש קצת לדון על הדברים הפשוטים בעיניו לזאת אמרתי יפה השתיקה ואתו הסליחה:

הקטן מאיר א"ש

סימן יד

שלום להרב החריף והשנון. לפני שמש שמו ינון כש"ת מוה' זלמן ליב טייטיל בוים נ"י (וכעת הוא הגאון אב"ד דק"ק סיגעטה יע"א):

מה שהקשה מעכ"ת על הש"ך וג"ת בח"מ סימן נ"ב ס"ק א' בשנכלל בשטר ריבית דרבנן עם הקרן בזה לכ"ע גבי ממשעבדי דע"כ לא גזרו התוס' קרן אטו ריבית אלא בדאורייתא יע"ש שקשה על זה מהך דפרוזבול המאוחר דפסול ויעויין בתוי"ט פרק י' דשביעית משנה הוא דפסול הפרוזבול לגמרי אף אם היה הלואה קודם להיום שנכתב בו הפרוזבול

וגם כן הטעם משום גזירה יע"ש והרי שביעית בזמן הזה הוא דרבנן קושיא זו כתיבה היא אתי מכמה שנים על דעת הגדולים הללו ואמרתי אז דלכאורה פליגי בסברת הש"ך ונ"ת הלזו הרמ"ה והטור בסימן מ"ג דהטור בסימן מ"ג הביא שם דעת הרמ"ה דאם כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי פסול לגמרי טורף לקוחות מתשרי ואילך והטור השיג עליו דנהי דניתן לכתוב מ"מ איכא למיחש שמא יגבה מניסן שלא כדין ואמרתי דהרמ"ה סובר כדעת הרא"ש בפ"ק דב"מ שהקשה על הרי"ף שפירש שטר הקנאה היינו שטר שיש בו קנין דמה חילוק יש בין יש בו קנין לאין בו הלא כיון שכתב בשטר פלוני לוה מפלוני נשתעבדו נכסיו אלא דה"ט דר"א דאית ליה שלא זכה משעת חתימה לגבות מן הלקוחות משום דלא נפיק קלא עד שימסור השטר לידו של המלוה וכו' יע"ש דמבואר מדבריו להדיא דכיון דשיעבודא דאורייתא מן התורה ראוי שיגבה משעת כתיבה וחתימה רק משום פסידא דלקוחות תקנו רבנן שלא יגבה משעת חתימה דלית ליה קלא ולפ"ז לא קשיא להרמ"ה דאמאי לא ניחוש שמא יגבה מזמן ראשון כי יש לומר דס"ל כדעת הש"ך וג"ת הנ"ל ולזה תו כתב בניסן ולא נתן עד תשרי כיון דמדאורייתא גבי מזמן ראשון ורק מדרבנן לא גבי לא גזרינן שמא יגבה והטור לית ליה הך דהש"ך וג"ת והארכתי עוד בזה קצת ליישב מה שקשה על הטור דנראה מדבריו דמודה להרמ"ה דכה"ג מקרי ניתן לכתוב רק דפסיל ליה מפני חשש שמא יגבה מזמן ראשון וקשה מאי פריך רבינא על ר"י נימא לא ניתן לכתוב:

ואולם קשה באמת לדעתו מפרוזבול המאוחר שפסול ועיין בתו"יט ותומים ורציתי לומר על פי מה שכתב הר"ן בתשובה האחרונה דאף לדעת הרי"ף וסיעתו דשטר מוקדם כשר לגבות מב"ח מ"מ פרוזבול פסול לגמרי דכיון שכל עיקרו של פרוזבול בשביעית לא משמטת על ידו אינו רק כתיבת השטר לא דמי להלואות דהחוב בא למעשה ההלואה אבל כאן עיקר הפעולה אינו רק השטר וכיון שאין לו דין שטר ממילא פסול לגמרי וא"כ היה אפשר לחלק ג"כ בזה אע"ג דשביעית בזמן הזה דרבנן מ"מ כיון שאיחר הזמן ונעשה בפסול אין לו דין שטר ופסול לגמרי ולא מקשי תלמודן על שטר מוקדם דלגבי מזמן ראשון רק בהלואה דעיקר השיעבוד נעשה ע"י ההלואה וגם קול יוצא כיון דאיכא שטר מפקי עדים לקלא וראוי לגבות עכ"פ מזמן ראשון אם לא משום גזירה אבל בפרוזבול עיקרו השטר וכיון שאיחרו הזמן ונשה בפסול אין לו דין שטר כלל אלא בסוגיא שם בהך בניתן לכתוב לא משמע כן ומתשובות הר"ן אין ראיה דהר"ן לא קאמר דאין לו דין שטר רק אחרי דאיכא גזירה שמא יגבה וכו' ושלא תאמר כמו בשטר מוקדם איכא ג"כ גזירה דשמא יגבה ואפ"ה הכשירו לגבות מב"ח וכן בפרוזבול לזה אמר דיש הפרש

מטעם הנ"ל אבל אם לא היה כאן גזירה כלל מצד שהוא דרבנן היה ראוי להיות עליו תורת שטר:

ויותר נראה דיש הפרש בין פרוזבול לאבק ריבית דהרי בגטין פריך ומי איכא מידי דמדאורייתא לא משמטא שביעית ותיקן רבנן דתשמיט ומשני רבא הפקר ב"ד הפקר וזה סברא דאורייתא ואם עבר המלוה וגבה חובו שעבר עליו שביעית מוציאין אנו וכ"כ הבעל התרומות בשער מ"ה חלק א' אות ח' בשם הרמב"ן ונמצא אם יגבה חובו בפרוזבול זה יעבור על דין תורה כי הפקר ב"ד הפקר מה שאין כן באבק ריבית אף על גב דאסרוהו חכמים מ"מ אם גבה לא מפקינן מיניה ואין בגבויין רק איסורא דרבנן ואיכא למימר דלא חששו חכמים בזה שמא יגבה גם הריבית:

ויש לעיין לדעת הרמב"ן שכתב דאף בריבית דאורייתא אם כלל הקרן והריבית גובה את הקרן ולא דמי לשטר חוב המוקדמין דהתם אם מזמן השני מן הלקוחות יגבה כל החוב שלא כדין מן הלקוחות ולכך אינו גובה כלל אפילו מזמן הראשון מה שאין כן בשטר שכלל בו קרן וריבית שאף אם יגבה הקרן וריבית מ"מ בקרן יעשה איסור משמע מדבריו דלא גזרינן אלא הממון שיכול לבוא בו לידי איסור וקשה הרי בפרוזבול שיש למלוה בהחוב בניסן וחוב בסיון ועשה בפרוזבול באיסור ואיחרו הזמן לאחר סיון דפסלינן ליה ואינו גובה אפילו חובו של ניסן מחשש שמא יגבה חובו בסיון ומה בין זה לקרן וריבית הרי אף כאן גם אם יגבה חובו של סיון מ"מ בחובו של ניסן לא יעשה איסור ואפ"ה פסול לגמרי ורחוק לומר דהתם באותו גבייה יש בו צד היתר אין טעם לחלק בזה ואולי אית ליה להרמב"ן הך סברא שאמרנו לעיל מתשובת הר"ן ויתכן לומר דהג"ת כוונתו דכיון דהרמב"ן סובר דבכלל הקרן וריבית לא גזרינן כלל שמא יגבה (וע"כ יש חילוק בין קרן וריבית להך דפרוזבול) נהי דשאר הפוסקים חולקים וגזרו אף בהא מ"מ איכא למימר דלא גזרינן רק היכא דאיכא איסור דאורייתא אבל בדרבנן מודו להרמב"ן:

והאמנם ק"ל עוד לדעת הש"ך וג"ת דהרי ע"כ הא דחיישינן אם הקרן והריבית כוללים יחד שמא יגבה הריבית אין חשש שמא יפרע הלוה מדעתו דא"כ אף בריבית מפורש מי יעצור בעדו אלא ע"כ דחיישינן שמא לא ירצה הלוה לפרוע ואם הכל כלול יחד יגבה בב"ד שלא ודעתו ולא יהיה נאמן לומר שיש בו ריבית וב"כ הרי מבואר בי"ד סימן קמ"א דהא דא"ר אינו יוצא בדיינין היינו בשנתן לו מדעתו אבל בע"כ יוצא בדיינים וכתב הש"ך שם דה"ה אם בתחלה לא היה לו ראיה ואח"כ בירר שהוא א"ר והיינו מטעם שכתב הב"י בשם הריב"ש וז"ל גזל הוא בידו וכתב אבל אם קודם שאכל צע"ק עליו שלא יאכל והלא מוציא ממנו בע"כ גזל הוא בידו ומוציאין ממנו עכ"ל וכיון שכן איך יקרא איסור

דרבנן ומדוע לא נגזור אם כלולים יחד ובאמת מלשון הטור בי"ד סימן קמ"א שפתח שטר שיש בו ריבית בין דאורייתא ובין דרבנן משמע שלא כדבריהם וגם מתשובת הר"ן משמע שלא כדבריהם יע"ש:
דברי ידידו דוש"ת. הקטן מאיר א"ש

סימן טו

בעזה"י סוגיא דהילך ריש ב"מ תחילת החורף והיה כען שתול וגו'
מים אשר פי"ב
ענינו ביום קראנו לפק"ק יארמוט יע"א.
תוספות ד"ה ותנא תונא הניחו בקושיא דאם הסיוע ממתני' משום דאם הילך פטור לא הוי מתקני רבנן שבועה דליתי' דכוותי' באורייתא א"כ אמאי לא קאמר מהאי טעמא גופא דתנא תונא קאי על ר"ח קמייתא ואם משום דהוי כמודה זאת לא היה הפירכא מעיקרא כי קאמר דתנא תונא קאי על ר"ח קמייתא ולפענ"ד יתכן לומר דוודאי כל כמה דלא נשבע שיש לו בה וכו' אין לחשוב מה שהוא תפיס כמודה לו דהוא שלו דאיך יחשב כמודה והוא מזקיקו לשבע ולכל היותר לא נחשב מה שהוא תופס בטלית רק כהעדאת עדים אבל אחרי שנשבע אז יתכן לומר דנחשב מעתה כאלו מודה לו דאע"ג דמעיקרא אמר שכולה שלו והוא הגבי' הטלית לבדו או לו נתרצה המוכר בלבד מ"מ אחרי שנשבע שייך לומר דאם מתקני רבנן שבועה הוא שבועה דליתיה דכוותיה באורייתא כיון דכל אחד מצי למימר שהוא רוצה לישבע ואז חייב השני שבועה מדינא שוב אע"ג שלא נשבע עדיין מ"מ לא הוי שבועה דליתי' דכוותיה באורייתא ולפ"ז ניחא דוודאי כי אמרינן דתנא תונא קאי על ר"ח קמייתא א"א לומר דהסיוע משום דאע"ג דשבועה זו תק"ח בעינן דליהוי כעין דאורייתא דהא לאחר שנשבע הוא כמודה ושפיר הוי כעין דאורייתא וע"כ מעיקרא הוי סובר דשבועה דמתניתין הוי מדינא וכ"ה בש"מ דמעיקרא הוי סובר דשבועה דמתני' מדינא הוי וא"כ פריך שפיר הא איכא סהדי להאי ולהאי אבל אם קאי תנא תונא על הילך ניחא דאיכא למימר דמתני' הוי כעין דאורייתא משום דלאחר שנשבע אחד מהם הוי חיוב תורה על השני משום דאח"כ הוי כמודה לו ומוכח דהילך חייב:
ור"ש הילך פטור דעת רוב הפוסקים דבפקדון א"צ שיהיה מוכן בידו וראיתי בספר קצות החושן שכתב דאפ"ה אם טוענו שני מדות חטין קניתי ממך באוצרך והלה אומר אחת נשבע ולא הוי הילך כיון שיכול ליתן לו כל שני מדות שירצה דהיינו מחטין שירצה לא הוי הילך והביא ראיה מדברי הנימוקי יוסף לקמן במתניתין דהמחליף פרה בחמור

שמפרש דהא דתני זה אומר עבד גדול קניתי והלה אומר א"י דזכה בגדול מיירי שהיה עסק שבועה ביניהם שטוענו עבד גדול בכסותו ומגו דמחייב אכסות מחייב נמי אעבד והוי משואי"ל דמשלם וכתב הנימוקי יוסף אלא הוי הילך כיון שיכול ליתן לו מבגד זה איזה שני אמות שירצה וה"ה הכי נמי וע"ש שנדחק לפ"ז בהא דקאמר ותנא תונא דהא הכי אינו מסויים איזה חלק שמגיע לו מ"מ כיון דביד ב"ד הדבר תלוי הוי הילך יע"ש מבואר מדברי קצות החושן דאע"ג דקני חטין ההמה בק"ס אפ"ה כיון שיכול ליתן לו איזה שירצה לא הוי הילך מדרמי לנפשיה מהא דתנא תינא ולא ירדתי לסוף דעתו ז"ל דנהי דמהא דחשיב שטר הילך אע"ג דיכול ליתן לו ממה שירצה אפשר לדחות משום דכגבוי דמי מ"מ קשה מאי פריך מהך דטענו כלים וקרקעות וכן מהא דאיצטריך למעוטי קרקע משבועה אם הילך פטור ולפ"ד יקשה דהרי דעת התוס' והר"ן פ"ק דגיטין דאף בקרקע אם מכר לו שדה סתם קנה אלא שיכול ליתן לו איזה שירצה הפחות שבשדותיו ודלא כהרי"ף וסיעתו שם ולפ"ז מאי פריך הא איצטריך אם תבעו שני קרקעות מכרת לי והלה מודה באחת דהילך לא הוי כיון שיכול ליתן לו איזה קרקע שירצה ומיעטה התורה משבועה ורחוק לחלק בזה בין קרקע למטלטלין לענין דבר שאינו מסויים וצ"ע ולפענ"ד אין הכוונה בנימוקי יוסף כדברי קצות החושן דודאי אם קנה סאתים חטין בק"ג מאוצרו אע"ג שיכול ליתן לו איזה שירצה הוי הילך אלא הנימוקי יוסף שם קאי במוכר עבד בכסותו והרי הכסות מטלטלין ואינו נקנה אלא במשיכה או בק"ס ונמצא עיקר תביעתו על דמי כסות גדול והדמים הן זוקקין את השבועה עליו לא הכסות דהרי אם ירצה לחזור בו אין עליו אלא מי שפרע ואין מפני הכסות שבועה אלא מפני הדמים והדמים וודאי לא הוי הילך אלא דכיון דגם לדעת הפוסקים דמשכון לא הוי הילך מ"מ אם רוצה לתת לו משכון ויהיה לו רשות למוכרו בלא שומת ב"ד לכ"ע הוי הילך א"כ אף כאן כיון שזה קנה ממנו כסות והוא רוצה ליתן לו כסות נהי דהא קנה הכסות ולא שייך לומר דכל היכא דאיתה ברשותיה דלוקח הוי מ"מ לא יגרע ממשכון ועדיף מיניה כיון שהוא רוצה ותובע כסות והלה מודה לו לזה אמר כיון שאינו מסויים שיכול ליתן איזה שתי אמות שירצה אינך יכול לומר דשתי אמות אלו בברור יתן לו וכיון דלא קנה הכסות עצמו אינו הילך אבל כל היכא שקנה ק"ג שאין יכול לחזור בו לדעת האומרים דפקדון לא בעינן שיהיה בידו ה"ה כה"ג לא בעינן שימסור לידו אע"ג דלא הוי מסויים ולא בעי הנימוקי יוסף שיהיה מסויים רק התם משום שאין כאן קנין גמור לא הוי הילך רק מפני תורת משכון וזה מפקיע דבר שאינו מסויים וצ"ע:

בתוספות ד"ה ור"ש כתבו דבספר חפץ פסק דהילך חייב וראיתי בסמ"ג וכ"ה בהגהות מיימוני פ' ד' מהלכות טוען שכתבו דר"ת ור"ח הביאו ראיה ממתניתין דזה אומר עד הזיז וזה אומר עד החלון דהילך חייב והדבר תמוה וכי ר"ש לא ידע מתני' ומאי דמשני ר"ש על מתני' מדוע לא יתכן לדידן ואפשר לומר כי כבר תמהו האחרונים על דברי התוס' וסיעתם דמוקי מתני' דזה אומר עד הזיז בשהרקיבו הפירות דא"כ איך יפרש הך דכיס מלא מעות והש"ך כתב דמיירי ג"כ שהחלידו ובאמת כן הוא בש"מ לקונן בסוגיא דשאלה ושכורה דהראב"ד הקשה מכיס מלא מעות והרז"ה שני לו דמיירי שהחלידו ונקלה צורתן עכ"פ הרי ראינו דדחיקא להו לרבותינו לומר על כיס מלא מעות דמיירי שאינן כעין שנתנו לו ולזה כתב הלח"מ דמיירי בהלואה וזה שהוא משיב מה שהנחת אתה נוטל היינו שלא הוציאם והרי הם בעין ומה שהלוה לו יטול ולפ"ז משמע דעכ"פ אם היה הטענה וההודאה דבר שבמדה ומנין היה חייב אע"ג שהוא בעין משום דמלוה להוצאה נתנה מיהא יתכן זה לדידן דלא קי"ל כר"מ אבל לר"מ דאמר קידושין דף מ"ז דמלוה ברשות בעלים לחזרה ולרבנן דבי רב אפילו לאונסין ולרבה דמחייב באונסין היינו משום דלא גרע משואל ועכ"פ נראה מבואר דלר"מ מלוה קודם שהוציאה הוי כפקדון והרי במתני' דזה אומר עד הזיז וכו' קתני בהך מתני' גופא פלוגתא דר"מ ורבנן בענבים העומדות לבצור במחובר לקרקע אם כקרקע דמי ומדלא פליג בהא משמע דמודה לתנא א"כ מוכרח דהילך חייב וצ"ל לרב ששת או דלא ידע מהך מתניתא דקידושין או דהוי מפרש לה לפלוגתיה באופן אחר ממאי דמפרשי לה רבנן דבי רב ורבה שם וא"כ שפיר מצינו לומר דהילך פטור ומתני' מיירי בהלואה אבל לפי מאי דמפרש בקידושין דר"מ סובר מלוה ברשות בעלים לחזרה עכ"פ אליבא דר"מ קשה לפרש משנתינו דגם הלואה דין פקדון יש לו ומוכרח דהילך חייב:

ויתכן עוד לומר עד"ז כבר אמרנו דדעת רוב הפוסקים דבפקדון כל שהוא בעין הוי הילך אע"פ שהוא באגם ולא בעינן שיהיה בידו רק בהלואה ודקדקו כן מהא דאמרינן בסוף סוגיין בהך ג' פרות דמתו בפשיעה ולא הוי הילך ולא מוקי לה בעומדת באגם וכן מסוגיא דפרק השואל ואולי צריך ביאור מכדי לר"ח הילך חייב דהוי מודה במקצת מנין לנו לאפושי פלוגתא בין ר"ח לר"ש ולאמר דלר"ש אפילו בקיימא בצגם הוי הילך וצריך לומר דפסיקא לתלמודן שאין טעם לחלק בפקדון דאם כשהוא מוכן בידו לתת לו לא הוי מודה במקצת ה"ה והוא הטעם אף כשאינו מוכן בידו וקיימא באגם דהוי הילך ופטור ואולם יתכן לומר דהדבר תלוי בשני תירוצי תוס' שהקשו מנ"ל דהתורה לא חייבה שבועה רק במודה במקצת ולא בכופר הכל ותירצו לעיל דף ג' ע"א וכן בגיטין דף כ' דכי הוא זה

משמע גזה"כ דווקא מודה במקצת לא בכופר הכל ובכתובות דף י"ז ע"א תירצו עוד דמודה במקצת ראוי לחייבו שבועה יותר משום דהוי כמו גלגול שבועה מתוך שהוא חייב לו ממון מגלגלין עליו שבועה והנה לתירוץ הראשון דגזה"כ הוא דלשון הכתוב מורה על מודה במקצת דווקא אז וודאי ראוי לומר אחד משני דרכים. או דלא חשיב מודה במקצת כ"א בשהוא מחייב עצמו וגופו ואז אפילו אין הפקדון מוכן בידו ראוי להיות הילך ולפטור. או דאין צריך רק שיחזיר לו מקצת טענתו חשיב מודה במקצת ושוב אפי' הילך גמור שמוכן בידו ליתן ג"כ לא מיפטר משבועה דמבמ"ק וזה היה סברת תלמודן ע"כ אמרו דווקא דמתו בפשיעה ואולם לפי תירוץ השני דטעם חיוב מודה במקצת יותר מכופר הכל הוא מפני שהוא כעין גלגל מתוך שיש לו ממון עליו מגלגל עליו שבועה אזי וודאי איכא למימר דאם מוכן בידו ומחזירו לו לא מחייב שבועה שאין כאן גלגול כיון שהוא מוכן בידו הודאתו אין זוקקו עוד לשבע על השאר אבל אם אינו מוכן בידו אע"ג דהוא פקדון וכל היכא דאיתא ברשותיה דמריה איתא מ"מ הרי עליו להחזירו לו ועדיין יש לו עליו תביעת ממון וכל עוד שלא החזירו לו לא נסתלק חובת שמירתו ממנו ויש לו עליו גלגול לזקקו לשבועה והנה נראה דתירוץ הלזה שהוא מצד גלגול איכו רק לתירוץ ראשון בתוס' שבועות בסוגיא דטענו חטין דאף לרבה ב"נ דאמר טענו חטין והודה לו בשעורים פטור מדמי שעורים היינו דווקא לרבנן דפטרי בטענו חטין והודה לו בשעורין משבועה אבל לר"ג דמחייב בשבועה מחייב נמי בדמי שעורים יתכן תירוצם ז"ל אבל לפמ"ש התוס' שם בתירוץ השני וכן כתבו בס"פ המניח דלרבה ב"נ אף לר"ג פטור מדמי שעורים מפני הודאתו או מחילתו ואפ"ה מחייב בשבועה א"כ איך אפשר לומר שהוא מפני הגלגול דהרי לר"ג וכן לרבנן אי לא כתב רחמנא כי הוא זה היה מחייב בשבועה אע"ג דפטור מדמי שעורים ולפ"ז ניחא דוודאי לר"ש עצמו אפשר דלא ס"ל דרבה ב"נ וס"ל טענו חטים והודה לו בשעורים חייב לכ"ע בדמי שעורים א"כ אפשר לומר דחילוק בין מודה במקצת לכופר הכל היינו משום גלגול שבועה כתירוץ התוס' ולזה יתכן לומר דהילך פטור ודווקא אם מוכן בידו ולא דקיימא באגם ולא קשיא ליה מתני' דזה אומר עד הזיז וזה אומר עד החלון כמובן. אבל לדידן דקי"ל כרבה בר נתן ואין טעם לחלק בין דקיימא באגם למוכן בידו דאם הילך פטור אף בקיימי באגם פטור וזה א"א מכח מתני' דזה אומר עד הזיז וכו':

והקשה בש"מ למ"ד הילך פטור תקשי קושית התוספות לעיל בד"ה הצד השוה דכופר הכל יוכיח ומה שתירצו דבמודה במקצת יש טענה חשובה ולכך יש שבועה הרי גם אם מודה במקצת ואומר הילך יש שם טענה חשובה ואפ"ה פטור ותירצו דכיון שאומר

הילך הוי כאלו כל הטענה והכפירה רק על הנשאר שהוא כופר ולא מקרי טענה חשובה וראיתי במשנת דר"ע שהביא בשם הגאון מהרצ"ה ה"ש שהקשה קושיא זו ותירץ דר"ח לטעמיה דס"ל הילך חייב והמחבר רצה ליישב בזה הא דר"י ס"ל בירושלמי דלא כר"ח משום דס"ל הילך פטור ובאמת לפמ"ש הנו"בי בביאור דברי התוס' הללו שאין קושייתם לומר דכופר הכל יוכיח וא"כ נסתר ק"ו דר"ח על מה הצד מגופי' פרכינן מעלמא לא פרכינן אלא דכלל זה אינו רק דאין להביא יוכיח מעלמא מדבר שהוא מפורש שאין החומר זה נוהג בו כגון שאם באנו לפרוך קל וחומר דבב"ח אסור בהנאה ויליף לה במה הצד ובאנו לסתור ולומר נבילה תוכיח זהו מעלמא דלא פרכינן אבל אם באנו לאמר יוכיח מעלמא מדבר שאין חומר זה נוהג בו אע"פ שיש בו הצדדין האלה ולא מצאנו מפורש בתורה ועם כל זה הלכה רווחת שאין חומר זה נוהג בו שייך שפיר לומר יוכיח מעלמא דאם היה הק"ו הזה אמת אמאי לא נימא גם כאן הק"ו וזה כוונת התוס' במה שהקשו כופר הכל יוכיח דהיינו דהלכה רווחת דכופר הכל פטור אף בבנו דמעיז ועל זה תירצו שפיר דלא הוי טענה חשובה ולפ"ז לא שייך לומר דר"י לא ס"ל דר"ח משום דאיכא לממר הילך יוכיח דהיא גופא קשיא אמאי לא נימא ק"ו ההוא ויהיה חייב שבועה גם בדר"ח קמייתא וגם בהילך ושוב צריך לומר ינשום איזה פירכא:

מיהא אם יש הוכחה למ"ד הילך פטור אזי ירוח לנו איך פליג ר"ח על ברייתא דר"ח קמייתא ולכאורה גם על אבהו דר' אפטוריקי ולפי הדברים האלה יתישב כמובן אבל לפענ"ד מוכרח כדברי הש"מ דגם למ"ד הילך פטור ליכא למפרך על מה הצד הילך יוכיח דהרי לכאורה קושיא מעיקרא ליתא דנימא פירכא על ק"ו דר"ח מהילך דהרי כבר אמרנו דאין תכוונה לעשות יוכיח רק לפרוך דאם היה ק"ו זה אמת אמאי הילך פטור (אם הלכה רווחת דפטור) ולכאורה אין זה קושיא דכיון דכתבו התוס' דאת"ל הילך פטור הרי זה העזה אם יאמר הילך וכיון שכן איך אפשר ללמוד מק"ו מדר"ח דגם בהילך חייב כיון דמצד הסברא הוא פטור וע"כ יש בו העזה וא"כ נאמן בלא שבועה במגו דאי בעי כופר הכל אך הניחא במנודה במקצת אבל בהעדאת עדים דג"כ פטרינן בהילך כדמוכח כולה סוגין והרי שם איכא טענה חשובה וליכא מגו ואפ"ה פטור את"ל דהילך פטור ולפ"ז מוכרח סברת הש"מ דאת"ל הילך פטור ליכא טענה חשובה דאין לומר כדברי הגאון מהרצ"ה דאף את"ל הילך פטור איכא טענה חשובה אלא דר"ח לטעמיה דס"ל הילך חייב דא"כ תקשי מאי מייתי ר"ח ותנא תונא מתני' דהילך חייב דלמא לעולם במודה במקצת כיון דאיכא מגו הילך פטור והא דבמתני' חייב משום דלא שייך שם מגו (אף לדעת התוס' דמתנ' דשנים אוחזין חשיב מאי דתפיס כמודה מ"מ מגו ליכא כמובן) וכיון

דליכא מגו איכא למילף מק"ו והצד השוה שהוא חייב אבל במודה במקצת נימא הילך הוי ג"כ העזה כי כן הוא דהוי העזה את"ל דהילך פטור ולכך במודה ואומר הילך פטור וע"כ האמת כדברי ש"מ דבהילך אין כאן טענה חשובה את"ל דהילך פטור ומוכרח שפיר ממתני' דהילך חייב ל"ש בהעדאת עדים ולא שכא במודה במקצת:

תוספות ד"ה וש"מ הילך פטור וא"ת יהא נאמן שלש במגו וכו' וי"ל כיון דהילך פטור אם יאמר שתים הו"ל כופר הכל ואין אדם מעיז כו' התוס' בב"ק ק"ו משמע דלא פסיקא להו דשייך בהילך אין אדם מעיז שאחר שתירצו שם בסוף דיבור עירוב פרשיות דהילך הוי מעיז תירצו תירץ אח"כ ולתירוץ האחרון שם צ"ל הא דלא נאמן הכא במגו דאי בעי אומר שתים משום דאינו טוען ברצון שתים דנראה שאינו מודה רק מפני השטר כמ"ש התוס' לקמן והכה התוספות שם הביאו הך דסלעין דנרין להכריח דלא כדעת רש"י שכתב דפקידון כיון דמעיז אף כופר הכל חייב וכתב המהרש"א שלא ידע מאי הוכחה מהך דסלעין דיכרין דמיירי בהלואה ולפענ"ד דבריהם ברורים שהרי רצה להוכיח בסוגין מדר"ע פוטר בשלש ע"כ בשתים כמי פוטר דאלת"ה היה מערים ואומר שלש ומש"ה פריך למ"ד חייב דהרי מוכרח משתים דפטור דהילך פטור וא"כ אכתי לא ידע ממסייע ליה שטרא ומשום שיעבוד קרקעות רק משום הילך פוטר ליה ואע"ג דהילך הוי כופר הכל אפ"ה פטור ליה ר"ע באומר שלש במגו דאומר שתים כמ"ש התוס' דאין זה העזה משום דמסייע ליה שטרא וקשא אדרבה לדעת רש"י אם יוכל להעיז יתחייב אף כופר הכל ולא יפטור בטוען שתים משום הילך כיון דיכול להעיז וצ"ע על המהרש"א:

והנה לדעת הר"י מיג"ש וסיעתו דס"ל מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן צ"ל הא דפטיר ליה ר"ע בשלש במגו היינו מתק"ח משום דהוי כמשיב אבידה וכנראה בדברי הרמב"ם בהלכות טוען אלא שצריך ביאור קצת אם כן לעולם יפטור עכ"פ מתק"ח היכא דאיכא מגו וצ"ל דלא הוי משיב אבידה בשאר מגו דאין מרויח כלום ואולם לפי מה שכתב הלבוש בח"מ סימן רצ"ה בטעם דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה משום כאשר יטעון האדם לפטור מממון ע"י טענתו הוא ברצונו מקבל עליו כל החומרות ורצונו לשבע למען יאמנו דבריו ולזה לא שייך להאמינו בטענתו יותר ממה שהוא חושב להאמן והסכים עמו הש"ך ולפ"ז יתכן לומר דכאן כיון שהשטר מסייעו מצד הדין נאמן דלא שייך לומר דמקבל עליו שבועה למען יאמנו דבריו דאם היה טוען שתים ג"כ היה נראה נאמן:

ע"ב גמרא טעמא דאמר שלש הא שתים פטור וש"מ הילך פטור הרא"ש ריש פרק ב' דכתובות הביא הירושלמי שם ומפרשו דאם מודה בדבר שאינו יכול לכפור פטור משבועה משום דהילך הוא ואולם הב"י בבד"ה כתב דכיון דקי"ל דכל שאינו מוכן בידו

לאו הילך הוא יש לגמגם אמאי חשיב הילך באינו יכול לכפור מ"מ כתב דיש לומר דאם מודה בנ' בשטר וכופר בנ' בע"פ דאינו חייב שבועה משום דכיון דאם יכול לכפור לאו הודאה הוא וזה ע"ד שכתב הנימוקי יוסף אליבא דהרמב"ם במודה בכתב יד שיש בו נאמנות לאו הודאה הוא אלא שהנימוקי יוסף כתב כ דהוא מטעם הילך ובדברי הב"י לא משמע כן ולפ"ז תימא מאי פריך לר"ח דלמא טעמא משום דאינו יכול לכפור ובאמת נראה דהרמב"ם מפרש לשון הירושלמי כל עמא מודים שהוא חייב לה מנה והיא כתובעת מנה אחד והוא אינו מודה לה דהמע"ה היינו כיון שאינו יוכל לכפור אין היא כתובעת אותו כלל עליו כפשטיה דלישנא בירושלמי ולפ"ז היינו דמשני תלמודן שאני הכא דמסייע ליה שטרא ואין הוא טוען כלל על השתים וכ"ה בש"מ בשם תלמיד ר"פ דכתב דדוחק לפרש כפירש"י ומפרש דמסייע ליה שטרא ונמצא שאינו תובע כלל השתים שאינו יכול לכפור ולפ"ז הא דכתב הרמב"ם במודה בחמשים בשטר אין זה מודה במקצת שהשטר לא תועיל בו כפירתו והרי כל נכסיו משועבדין בו שני טעמים הם והם שני תירוצי תלמודן משום דמסייע ליה שטרא א"נ משום דהו"ל שטר שיעבוד קרקעות וכו':

ואולם בעל קצות החושן כ' דאע"ג דדעת הב"י דאינו יכול לכפור לאו מטעם הילך הוא מ"מ אינו פטור אלא אליבא דמ"ד הילך פטור דמ"ד הילך פטור ה"ט דס"ל דלא חשיב מודה במקצת אלא א"כ הוא מחייב עצמו בהודאתו ולא אם נותן לו מתנה בעלמא ולכך הילך דהוי רק כנותן לו מתנה פטור ואם כן ה"ה דאם אינו יכול לכפור לא חשיב הודאה אבל למ"ד הילך חייב א"צ לחייב עצמו בהודאתו להחשב מודה במקצת מדמחייב בהילך רק שיתן לו מקצת א"כ ה"ה דבאינו יכול לכפור חשיב מודה במקצת אלא שתמה לפ"ז אמאי פוטר בהודה בנ' בשטר משום דלא חשיב הודאה דנהי דלא חשיב הודאה מ"מ יתחייב משום העדאת עדים ולזה רוצה לחדש דכל שהדבר ברור אין בו משום דר"ח קמייתא דכיון דלא ידענו העדאת עדים רק מק"ו מפיו ופיו ליתא בדבר שאינו יכול לכפור ובדבר ברור ה"ה העדאת עדים לא משכחא לה אלא באומר לו לויתי ובאו עדים ואמרו ליה שאין זה דבר ברור אין בו חיוב שבועה את"ד והנה הסברא בעצמו תמוה ואינו דומה כלל להודאת פיו בדבר שאינו יכול לכפור שהדבר ברור מבלי הודאתו מה שאין כן אם הדבר ברור עפ"י העדאת עדים אין טעם לפוטרו. ואולם הרב הוכיח כן מפני שנתקשה לו דאמאי לא מחייב במודה בנ' בשטר מכח העדאת עדים. ויותר יקשה לפענ"ד על דברי הגאון שהביא הה"מ בפ"ד מהלכות טוען שאחרי שכתב שם דעת הרמב"ן שהוסיף לומר דדוקא בחמשים בשטר דלא הוי הודאה אבל במודה בחמשים כתב יד אע"ג שיש בו

נאמנות חייב כיון שאינו גובה מנ"מ כו' כתב ורבינו האי כתב בשער השבועות הפך זה ואמר שאפילו אין החמשים אלא בעדים אם הודה בהם אין הודאתו כלום נראה מדברי המגיד דלרבינו האי אע"ג דאיכא עדים בלבד מבלי קנין אין בהודאתו כלום שהרי לא הזכיר קנין ועוד אם בקנין איך כתב דרב האי גאון כתב היפך זה וכו' דאע"ג דפוטר רב האי בעדים וקנין דסתם קנין לכתיבה עומד מ"מ אין הוכחה שהוא פוטר בכתב יד שיש בו נאמנות גרידא והרי הרמ"א בסימן פ"ח סתים כדברי המחבר בש"ע דכתב יד שיש בו נאמנות אם מודה בו חייב שבועה ובסימן ע"ה הביא דעת הסוברים דהודאת עדים בקנין חשיב הילך ולא הוי הודאה והוא דעת הגהות מרדכי בשם רב האי הרי עדיפ' לי' עדות בקנין מכתב יד שיש בו נאמנות אע"כ דהמגיד היה מפרש דברי רבינו האי גאון בעדים בלבד בלא קנין וא"כ צריך ביאור אמאי לא יתחייב משום העדאת עדים ודוחק לומר דרב האי גאון פוסק דלא כר"ח קמייתא ולדברי קצות החושן ניחא דמיירי בעדים מעידים דבר ברור א"כ ממילא ליכא לחיובי משום דר"ח קמייתא. ולפענ"ד יותר היה ראוי לומר הא דבשטר אין בו משום דר"ח קמייתא הוא מטעם כיון שכל עצמו דר"ח קמייתא אנו למדין מהודאת פיו והרי במודה במקצת צריך שלא תקדום ההודאה לטענה וכמו שהוכיח הר"ן מהא דטענו חטין וקדם והודה לו בשעורים כו' אם כמודה פטור וא"כ אף בהעדאת עדים בעינן שלא תקדום העדאת העדים לטענתו והרי בשטר עדים החתומים על השטר כאלו נחקרו עדותן בב"ד והוי כקדמה הודאה והעדאת עדים לתביעה ואפשר גם ר"ה גאון דאמר דמודה במלוה שיש עליו עדים פטור מיירי בכה"ג ואף דהא דהודאה קודמת לתביעה אינו זוקק לשבועה משום דאינו שייך אין אדם מעיז אפ"ה א"א לחייב יותר בהעדאת עדים ולפ"ז הא דפריך הכא אמאי שתים פטור היינו משום דכיון דלמ"ד הילך חייב אף באינו יכול לכפור חייב בהודאתו אם כן יתחייב מכח הודאתו דאע"ג דאיכא שטר דקדמה עדותו לתביעה מ"מ הודאתו מיהא אחרי התביעה היתה אך המרדכי שכתב דמהך דסלעין דנרין מוכרח דשייך דר"ח קמייתא גם בשטרות ופירש הרמ"א דס"ל דמצד הודאתו וודאי ליכא לחיובי דהא אינו יכול לכפור וע"כ הא דאמרינן כאן דאם היה הילך חייב היה חייב גם בשתים הוא מפני השטר שמחייב שבועה יע"ש בתשובת רמ"א סימן צ"ה וצריך ביאור איך אפשר לחייב שבועה בשטר הרי קדמה העדאת עדים לתביעה ואולי בשטר שאינו מקויים וטען מזוייף אם נתקיים אח"כ אזי קדמה הטענה להעדאת עדים לא מיבעי להפוסקים דסוברים דמזוייף בעי קיום מדאורייתא איכא תביעה קודם להעדאה אלא אפילו את"ל דלא בעי קיום מד"ת מ"מ

מדרבנן מיהא בעי קיום אלא דסוגין דוחק לאוקמי בהכי וצ"ע דנראה מדברי המרדכי דליתא לסברא זו שלא יועילו העדאת עדים אם קדמה לתביעה:

ויש לומר עוד הא דאין בשטר משום העדאת עדים וכן לפרש דברי ר"ה גאון לדעת המגיד עפ"י דעת הטוש"ע בסי' למ"ד דאם טוען על חברו מנה ויש לו עדות ע"י צירוף דהיינו עדות מיוחדת על חמשים אינן זוקקים לשבועה על השאר וכתב הטו"ז הטעם דכיון דהעדאת עדים לא ידענו אלא מק"ו דאם פיו שאינו מחייבו קנס מחייבו שבועה עדים שמחייבים אותו קנס וכו' ממילא א"א ללמוד רק שיחייבו עדים שבועה בעדות שמחייבין אותו קנס אבל עדות מיוחדת אינו מחייב קנס ממילא אינו מחייב שבועה:

והתומים תמה עליו דא"כ אף אנו נאמר דאם לא ידעו באיזה יום ובאיזה שבוע גם כן לא שייך דר"ח קמייתא ולפענ"ד דבריו צ"ע דהרי אם נאמר כדעת הש"ך בסימן ל"ג דגם בעינן בד"מ עדות שאי אתה יכול להזימה אלא דבטלו חכמים שא"צ לחקור על איזה יום וכו' וודאי ניחא דהרי באמת הדין כן דצריך שידעו באיזה יום אלא משום תק"ח א"צ לחקור ע"ז וכן אם נאמר כדעת בעל נו"בי קמא באה"ע סימן ע"ב דבדיני ממונות מצד הדין לא צריך עדות שאתה יכול להזימה איכא למימר דמ"מ כאן אף שיש לו דין קנס מ"מ א"צ לחקור ע"ז כדברי הש"ך ומכ"ש אם נאמר דמצד הדין אף בדיני ממונות צריך עדות שאאי"ל אלא משום נעילת דלת הכשירו חכמים אף אם אינם יודעים באיזה יום א"כ ה"ה כאן שא"צ שידעו באיזה יום מ"מ גוף העדות כיון דלא ידענו דר"ח קמייתא רק מכח קנס איכא למימר דכל עדות שאין זוקק לקנס כגון עדות מיוחדת ה"ה שאינו מחייב שבועה וכדברי הט"ז והנה לדברי הנו"בי קמא בכל דיני ממונות לא בעינן עדות שאתה יכול להזימה מדין תורה ואמרנו דמ"מ כאן כיון דילפינן מקנס צריך שיהיה עדות שאתה יכול להזימה והרי כתב הר"ן ס"פ האשה שנתארמלה דבשטר אע"פ שכתוב בזמנו כתבנוהו אפ"ה דעת הרז"ה דאין בו הזמה והש"ך בסימן ל"ח פירש דאין העדים משלמים בעדות בשטר ונמצא דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה ונהי דלחייב ממון מהני משום דלא בעינן עדות שאתה יכול להזימה כדברי נודע ביהודה מ"מ כיון דאין מועיל שטר בקנס (גם הרמב"ם פסק הלכות עדות דאין דנין קנס על פי שטר) א"כ ממילא אינו מועיל ג"כ לחייב שבועה מעתה גם דברי ר"ה גאון ניחא דהרי מבואר בב"ק דף ע' דאם אמר טבחתי בפני פלוני ופלוני ובאו פלוני כו' והעידו אינו חייב קנס לרבנן משום דהוי עדות שאי"ל מעתה הטוען חברו מנה לויתך חמשים בפני עדים אלו וחמשים שלא בפניהם והלה משיב חמשים הלויתיני בפני עדים האלה וחמשים להד"מ ובאו העדים והעידו אין לחייבו שבועה לא מצד הודאתו שהרי אינו יכול לכפור לא מצד העדאת עדים משום

דהוי עדות שאין לתזימה כאמור ואפשר דאפילו משיב לו בסתם לויתי חמישים הוי כאימר בפניהם לויתי ואינו מחויב שבועה במגו דאי בעי אמר בפירוש לויתי בפניהם כדברי העדים ואז היה פטור משבועה:

והנה הסמ"ע והש"ך נחלקו בדר"ח קמייתא דלדעת הסמ"ע לא מחייב מדר"ח רק אם יאמרו העדים ידענו שלוה ולא פרע אבל אם יאמרו העדים לוה בלבד ולא ידעו אם פרע אף שהוא חייב לשלם מפני שטען לא לויתי והוחזק כפרן מ"מ הרי הוא אינו חייב מפני עדותן בלבד רק מפני טענתו ולא מחייב שבועה על השאר מדר"ח והש"ך הוכיח מדברי הר"ן דאף בכה"ג חייב מדר"ח ובאמת הסמ"ע רוצה להוכיח כן מדברי הרשב"א בתשובה וכפי שהביא הש"מ בשם הרשב"א בסוגין מוכח להיפך אבל כפ"ד הט"ז בטעם דעדות מיוחדת אינו זוקק שבועה על השאר לכאו' נראין דברי הסמ"ע כי לענין קנס כתב הר"ן בחידושיו בשבועות פ"ג על הא דאמר ריה"ג בעדות מתקיימת בראיי' בלא ידיעה מנה מניתי לך בפני פלוני וכו' דכל כה"ג דהיינו הוחזק כפרן לא שייך בקנס כשם שהוא פטור במודה בקנס מקרא דאשר ירשיעון אלקים פרט למרשיע את עצמו ה"ה והוא הטעם דלא שייך לומר הוחזק כפרן דהוי מרשיע את עצמו וכיון דבקנס אין עדות דומיא דלא לויתי מועיל לחייבו קנס ממילא דאין לחייב עפ"י עדות כזה שבועה על השאר ולפ"ז ודאי מוכרח דלא כדעת הגאון בעל קצות החושן דמוכרח אדרבה דליתא לדר"ח קמייתא רק בעדות ברור דעדות שאינו ברור א"א ללמוד מקנס:

אבל לדעת ספר החפץ דפסק הילך חייב יתכן להיות כדבריו אחרי דהא הדבר ברור אינו זוקק לשבועה הוא לדעתו רק אם הילך פטור א"כ י"ל דבאמת אם איתא לדר"ח קמייתא צ"ל הילך חייב ובזה הי' אפשר לומר הא דאמר ר"י טענו חטין והודה לו באחד מהן חייב או פטור לאידך מ"ד מכלל דטענו חטין והודה לו בשעורין פטור והקשו התוס' בשבועות דף מ"ו דא"כ דריש ר"י כי הוא זה למעט טענו חטים והודה לו בשעורים ואמאי פטור בדר"ח קמייתא וכדאיתא בירושלמי דר"י פליג על ר"ח בכתובות רפ"ב וריש ב"מ ורצו התוס' להוכיח דר"י חשיב תורת הזמה לפרכא וכבר הרגישו בזה דכיון דר"ח וכן ברייתא דאבוה דר' אפטוריקי ע"כ לא חשבו תורת הזמה לפירכא איך פליג ר"י על תרווייהו ואולם לפי דברינו ניחא דר"י סובר הילך פטור ולא משכחת לדר"ח קמייתא כלל בעדות שאינו ברור א"א לחייב דאין ללמוד מקנס ובעדות ברור ג"כ אינו חייב אליבא דמ"ד הילך פטור ור"ח ואבוהו דר' אפטוריקי ע"כ ס"ל הילך חייב ור"י הי' לו הוכחה דהילך פטור כדבעינן למימר לקונן בעזה"י ולא משכחת לה לדר"ח קמייתא:

ואולם לפע"ד הן מ"ש הט"ז לענין עדות מיוחדת והן מה שרצינו לאמר אחריו דלפ"ד מוכרח כדברי סמ"ע גם שניהם יש לדחות באמת לפמ"ש התוס' על הא דיליף במה הצד מע"א ופיו דהצד השוה שע"י טענה וכפירה שהקשו התוס' כופר הכל יוכיח וכבר כתבנו דעיקר קושייתם דמכח מה הצד הזה אתי' ג"כ כופר הכל והלכה רווחת דכופר הכל פטור וכ"ה בש"מ ותירצו התוס' דבמודה במקצת וע"א איכא טענה חשיבה וא"כ בעדות מיוחדת וכן עדות דהוחזק כפרן אע"ג דאין מחייבין קנס ע"י עדות כזה וא"א ללמדו בתחל' מק"ו מ"מ כיון דעכ"פ הוא חייב ליתן הסך שהעדים מעידים עליו מן התורה הרי יש כאן טענה חשובה וממילא אתי' במה הצד וצדקו דברי הש"ך הן בעדות מיוחדת והן בעדות דהוחזק כפרן גם שניהם אפשר ללמוד במה הצד ומוכרחים שיחייבו שבועה דאל"כ הי' פירכא על ק"ו ולפע"ד צ"ע על הסמ"ע וט"ז בזה ואף שלפ"ז נראים דברי הש"ך מ"מ דברי קצות החושן שאמר דליתא לדר"ח קמייתא רק בעדות שאינו ברור א"א להיות דעדות שאינו ברור א"א ללמוד רק מכח הצד כאמור וא"כ ע"כ הק"ו הוא מכח עדות ברור המחייב קנס באופן שלדברי הפוסקים הילך חייב שאז יתכן כדברי קצוה"ת דעדות ברור פטור את"ל דהילך פטור יתכנו דברינו דלעיל ליישב דברי ר' יוחנן בירושלמי גם אם ליתא לדינו של הסמ"ע והט"ז אבל לדידן דפוסקים הילך פטור א"א לומר כדברי קצה"ח ודברי ר"י בירושלמי יתישבו בעזה"י באופן אחר לקמן:

תוס' ד"ה אין נשבעין על כפירת ש"ק כבר בלמדינו כתובות אמרתי לפ"ד התומים שכתב בסי' צ"ו ליישב דברי המגיד בט"ו מהלכות אישות שישב דברי הרמב"ם שפסק דאם אומרת בתולה הייתי והוא אומר אלמנה דצריך לישבע שבועת התורה והראב"ד השיג דאין נשבעין על כפירת ש"ק וכתב הה"מ דמיירי אחרי תקנת הגאונים שתקנו דגובין מן המטלטלין משמע דאם גובין מן המטלטלין לא הוי ש"ק. ותמה הלח"מ דהרי כאן מבואר דאף בשט"ח דגובה מן המטלטלין מ"מ הוי ש"ק ותירץ התומים דנהי דב"ח גובה ממטלטלין מ"מ איכו מתורת שיעבוד דהרי מיתמי לא גבי ולכך הוי שטר ש"ק אבה לבתר תקנת הגאונים דגבי אף מיתמי וכמ"ש הרא"ש דהוי כמו גמלי דערבי (וכ"כ הריב"ש בתשובה לדעת הגאונים דלכך תקכו) א"כ מטלטלין ג"כ משועבדים ולא הוי ש"ק בלבד רק כמו כלים והקרקעו' מעתה לדעת הראב"ן סוף ב"ב וכ"ד הרמב"ן במלחמותיו בסוגיא דלמפרע גובה דמדאורייתא אין חילוק בין קרקע למטלטלין כי גם מטלטלין משתעבדי מד"ת לטרפם מלקוחות א"כ לכאורה נסתר קושי' התוס' איך משכחת לה שבועת התורה במ"מ וכו' דהרי כיון דגם מטלטלין משתעבדי א"כ לא הוי ש"ק מן התורה ולא הוי שטר ש"ק אלא אחר שהפקיעו חז"ל שיעבוד מטלטלין והרי

הרא"ש גם הוא משמע מדבריו רפ"ב דכתובות כדברי הה"מ ואפ"ה הקשה קושי' התוס' ס"פ שבועות הפקדון ומוכרח דס"ל להרא"ש דמד"ת מטלטלי לא משתעבדי אבל הר"י הביא שם שגם הרמב"ן נתקשה בזה ותירץ קושי' זו ולדידי' הא אשכחן דס"ל דמד"ת מטלטלי משעבדי ואולי לא שייך לומר דמטלטלי משתעבדי מד"ת רק למ"ד ממעות קונות ד"ת כי טעם שיעבודא דאוריית' כתב הריטב"א בקידושין דהיינו כשם שקרקע נקנית בכסף לגמרי ה"ה לשיעבודו ומפני זה למ"ד מעות קונות במטלטלין ד"ת יתכן לומר דאף מטלטלין משועבדין מן התור' אבל לר"ל דס"ל משיכה מפורשת מה"ת א"א כלל לומר דמטלטלין משועבדין וא"כ עיקר קושייתם לר"ל דס"ל ג"כ שיעבודא דאו' מיהא לדעת הרמ"א בתשובה סי' צ"ה ניחא שכתב למ"ד הילך פוטר לא אמרינן דשטר הוי ש"ק וא"כ אף ר"י ואפשר דס"ל הכי ור"י הא ס"ל מטלטלי משתעבדי מד"ת כאמור:

ועדיין יש לעיין הא משכחת לה שבועת התורה אם שיעבד לו מטלטלין אגב מקרקע דמבואר בב"ב דגובה מן הלקוחות וכה"ג ודאי לא הוי ש"ק ואולם התוס' לשיטתייהו בב"ק דף י"ב ע"א דס"ל דקנין אגב לא הוי אלא מדרבנן ועכ"פ הרווחנו בזה קושי' הט"ז שהקשה מהא דבב"ב דף קכ"ח דאמרינן נשבע וגובה מחצה מבני חורין ולא ולקוחות דאמרי אנן אעדים סמכינן דמוכח דיש לו קרקע ולא מחל לו השיעבוד ואפ"ה נשבע ומה שדחה הט"ז דמיירי שמחל לו השיעבוד אח"כ צ"ע כיון דבשעת הודאה הא חייב שבועה לא מחייב אח"כ וכמ"ש הר"ן בשבועות הדיינים לענין דבר שבמדה אבל להנ"ל הדבר פשוט דמיירי ששיעבד מטלטלי אגב מקרקעי:

גם דברי הראב"ן במרדכי שכתב דמחייב עפ"י שטר שבועה מכח ר"ח קמייתא כמו עפ"י עדים ותמה השואל בתשובות רמ"א דהרי שטר הוי שיעבוד קרקעות והרמ"א השיב דאפשר סובר הראב"ן דלא אמרינן כאן דהוי ש"ק אלא למ"ד הילך חייב וצ"ע דהרי ר"י בשבועות אמר הכופר בממון שיש עליו שטר פטור משום דהוי ש"ק וכן רבא בסוגיא דפוגמת אמר דאין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות ואיך ידחה הראב"ן את כל זה ומיהא מהאי דכתובות איכא למימר דדוקא בכתובה דאינו גובה ממטלטלין אפילו מיני' הוא דהוי שיעבוד קרקעות אבל שאר חוב דגובה אמטלטלין לא הוי שיעבוד קרקעות למ"ד הילך פטור ובזה סרה ממילא קושית הלח"מ על המגיד מסוגין דב"מ מיהא הך דשבועות קשי' וצ"ע על הרמ"א ואולם לפי הנ"ל יש לומר דהראב"ן בשטר שכתוב בו מטלטלין אגב מקרקעי דכה"ג לא הוי שיעבוד קרקעות:

ולכאורה בלא"ה יש לדקדק על הרמ"א בתשובה הנ"ל שכתב דהנך תירוצים לא הוי אלא למ"ד הילך חייב אבל למ"ד הילך פטור אמרינן דשטר לא הוי ש"ק דאם סברא זו דשטר

הוי שיעבוד קרקעות דחוקה כ"כ עד שאנו אומרים מעצמינו דמ"ד הילך פטור כיון דאינו מוכרח אליבי' דהוי שיעבוד קרקעות ודאי לא ס"ל הכי א"כ מאי דוחקי' דתלמודן לומר הכי אליבא דמ"ד הילך חייב אחרי שכבר תי' על נכון דמסייע לי' שטרא ודוחק לומר שתירוץ זה דחוק יותר ואולי אפשר לומר דמש"ה לדידן לית לן דהוי ש"ק מכח קושית התוס' דאיך משכחת לה שבועת מודה במקצת דבשלמא הך דשבועות איכא למימר דר"י לשיטתו דס"ל מעות קונות וכמ"ש למעלה אבל לר"ל דס"ל נ"כ שיעבודא דאורייתא קשי' אע"כ דס"ל דשטר לא הוי ש"ק וכל זה רחוק אלא דזה יש לעיין ג"כ להרשב"א שכתב הש"מ בשמו לתרץ קושית התוס' איך משני דהוי שטר ש"ק דהא ר"ע דריש ריבוי ומיעוטי ולא ממעטין אלא שטרות וכ' הרשב"א דאפשר דהנך שני תירוצים חד לר"ע וחד לרשב"א דנם לדידי' יש לדקדק אחרי דלר"ע ע"כ הטעם משום דמסייע לי' שטרא א"כ מאי דוחקא שלא לומר כן אליבא דרשב"א ונראה דסובר הרשב"א דאליבא דרשב"א א"א לתרץ דמסייע לי' שטרא דהרי הקשו תוס' אם שנים פטור אף דהילך חייב א"כ יאומן שלש במגו דאי בעי אמר שנים ותירצו דאין טוען ברצון שנים משור דנראה שאינו מודה רק מכח השטר הי' כופר הכל וס"ל להרשב"א דזה שייך אם טעם הפטור בשנים הוא משום ש"ק אבל אם הטעם משום. דמסייע לי' שטרא א"כ לא יתכן לומ' שתים שיוחזק באינו נאמן דהרי אדרבה הרי אינם פוטרים אותו משום שנראה כדבריו בשטר ואיך נאמר שירא לטעון כן והוי כתרתי דסתרי אהדדי אע"כ דרשב"א לית לי' הך דמסייע לי' שטרא והוצרך לומר טעם דש"ק ולר"ע דלא שייך ש"ק אליבי' שייך לומר דמסייע לי' שטרא ולפי"ז שפיר קאמר הרמ"א להראב"ן דלמ"ד הילך פטור אין הכרח כלל לחדש טעם דש"ק אבל למ"ד הילך חייב מוכרח לומר כן עכ"פ אליבא רשב"א מטעם דמסייע לי' שטרא לא שייך אלא אליבא דר"ע דפוטר בשלש:

תוס' ד"ה הא כלים כתבו דהמ"ל בחפר בה בורות וכו' וזה לכאו' קושי' כיון דמשני לקמן בחפר בה בורות ולמ"ד טענו חטין ושעורין והודה באחד מהן פטור א"א לשנויי למ"ד הילך פטור הא דאיצטריך למענו קרקעות רק בחפר בה בורות וא"כ מאי דוחקי' לשנויי הכי ויתכן לומר דהנה יש לחקור במאי דפליגי אמוראי ותנאי בטענו חטין ושעורין והודה בא' מהן אם חייב שבועה או לא באיזה סברא פליגי ולקמן נביא בעזה"י דברי הפ"י בזה ולפע"ד נראה דבהא פליגי דדעת הראב"ד (לפמ"ש הרא"ש בסוגיא דשאלה ושכורה לקמן ומבואר שם בש"מ) דטענו מלוה ופקדון והודה לו בא' מהן פטור ותמה הה"מ בפ"ג מה"ל טוען דנהי דלהראב"ד מלוה ופקדון כיון שחלוקיו בדינן דמי לחטין ושעורין מ"מ הרי חטין ושעורין גופא בטענו שניהם והודה לו בא' מהן חייב ואולם בבעה"ת שער

זין וכן בב"י בסי' פ"ק בשם תלמידי הרשב"א מבואר יפה טעם של הראב"ד דלא חייבה תורה שבועה אלא במודה מקצת טענתו וחטין ושעורין כיון דשניהם מלוה הוי טענה אחת וחייב שבועה אבל מלוה ופקדון כיון דחלוקים בדינם הרי הם כתביעות חלוקות לגמרי ואם מודה בא' מהן הוי כמודה לו טענה אחת כולה והשנייי' כופר בכולה שאין כאן שבועה והרי לענין שבועות העדות ושבועות הפקדון להתחייב על כל אחת ואחת מינין חלוקין וטענות חלוקות שוין בדינן כמבואר בפרק שבועות העדות ופ' שבועות הפקדון ולפ"ז נראה דבהא פליגי דלכ"ע צריך קרא למעטו טענו חטין והודה לו בשעורים כדמשמע בסוגין לקמן רק דמ"ד טענו חטין ושעורין והודה לו בא' מהן פטור דמינין חלוקים הם ג' כתביעות חלוקות ואם הודה בא' מהן. הרי הוא כמודה טענה אחת כולט והשני' כופר כולה דלא חשיב מודה במקצת ובזה יובן דאם אדמון ורבנן בפ"ב דכתובות פליגי בטענו חטין עושורין הא דהשיבו רבנן אין ההודאה ממין הטענה דהיינו שעל טענה זו שבאת להשביעו אין כאן הודאה ממינה ומ"ד טענו חטין ושעורין והודה לו בא' מהן חייב סובר דמינין חלוקין אינן כתביעות חלוקות ויש להכריח כדברינו דהרי ע"כ לא פליגי אמוראי אלא בטענו חטין ושעורין והודה לו בא' מהן אבל אם טענו חטין ושעורין והודה לו במקצת חטין ומקצת שעורים משמע ודאי דלכ"ע מחייב וקשה למ"ד דבהודה לו בא' מהן פטור אמאי לו יאומן גם בהודה לו במקצת שניהם במגו דאי בעי לא הודה אלא בא' מהן למ"ד מגו לאפטורי משבועה אמרינן אבל לדברינו הנ"ל הנה נכון דכיון דלמ"ד בהודה בא' מהן פטור הטעם משום דהוי ככופר לו טענה אחת כולה א"כ אין זה מגו כמו דלא הוי מגו בשאר מודה במקצת מגו דאי בעי כופר הכל אבל אם הי' גזה"כ בהודה לו בא' מהן לא מסברא הי' ראוי לפטור גם בהודה במקצת שניהם כדאמרן. והנה בטענו כלים וקרקעות והודה לו מקצת כלים ומקצת קרקעות יש לחקור אם חייב שבועה דהרי יש לו מגו דאי בעי לא הודה לו אלא בקרקעות והנה למ"ד טענו חטין ושעורים והודה לו בא' מהן פטור לפי דברינו דס"ל דשני מינין חשוב כמו שני תביעות מעתה בטענו כלים וקרקעות והודה לו מקצת כלים ומקצת קרקעות אין להאמינו במגו דאי בעי לא הודה אלא במקצת קרקעות דהרי אמרנו כיון דלדידי' חשוב כתביעות חלוקות הוי מגו דהעזה אבל למ"ד טענו חטין ושעורין והודה לו בא' מהן חייב מכלל דס"ל דטענה אחת חשיבא לדידי' בקרקעות דמגזה"כ לבד פטור הי' ראוי בטענו כלים וקרקעות והודה לו מקצת כלים ומקצת קרקעות לפטור במגו דאי בעי לא הי' מודה אלא במקצת קרקעות בלבד והרי במתני' דשבועות משמע דוקא הודה לו במקצת קרקעות פטור אבל הודה לו במקצת כלים חייב גם אם הודה בשניהם בכלים וקרקעות ואולם אם הילך פטור

אין זה מגו דרם הודה במקצת קרקעות בלבד הי' אומר הילך ואם הילך פעור הוי העזה וכמ"ש התוס' ולפ"ז ניחא דלכ"ע מוכרח הגמרא לומר זוקקין אתי להשמיענו ולא סגי בשינוי דחפר בה בורות משום דמשמע מתני' דשבועות דהודה במקצת קרקע לבד הוא דפטור אבל בקרקע וכלים אם הודה חייב ואמאי לא יאמן במגו ודאי המקשין אפשר הוי ס"ל דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן (והרי להר"י מג"ש פליגי רבא ורמי ב"ח בהא) אבל אם אמרי' מגו לאפטורי משבועה וע"כ צ"ל א' משני אלו או דטענו חטין ושעורים והודה לו בא' מהן פטור ואין כאן מגו או דהילך פטור ואין כאן מגו ולמ"ד טעלו חטין ושעורים והודה לו בא' מהן פטור בלא"ה צ"ל זוקקין כדאיתא בשבועות ולמ"ד טענו חטין ושעורים והודה לו בא' מתן חייב אי אפשר גם כן לומר שחפר בהן בורות דאם כן היה ראוי לפטור גם בהודה לו במקצת כלים וקרקעות וע"כ בלא חפר בו מירי דאז אין כאן מגו משום דהילך הוא וצריך לומר על כרחך כתירוץ הגמרא דזוקקין אתי להשמיענו וזהו שאמרנו למעלה דלספר חפץ דפסק הילך חייב יש לומר דר"י פליג אר"ח קמייתא משום כיון דהילך פטר לא משכחת לדר"ח והי' קשה א"כ איך יכול ר"י לחלוק על ר"ח ואבוה דר' אפטוריקי וכן דקדק מהרמ"ש על ר"ש איך יחלוק על ר"ח דהוא תנא ולדברינו אש דאינהו ס"ל טענו הטין והודה לו בשעורין חייב ומוכרח ממתני' דשבועות דהילך פטור וספר חפץ דפ' הילך חייב אזיל לשיטתו שכ' ההגהמי"י בפ"ג מהלכות טוען אות נ"א דפסק טענו חטין ושעורין והודה לו בא' מהן פטור והארכתי עוד בזה במקומו שם בכתובות ליישב סתירת הסוגיות דשבועות ולפ"ד יצא לנו דאם טענו כלים וקרקעות והלה מודה במקצת כלים ומקצת קרקעות וחפר בהן בורות הי' פטור במגו דלא הודה אלא בקרקעות לדידן דקיי"ל טענו חטין ושעורין והודה לו בא' מהן חייב וזה חידוש גדול שלא כתבו הפוסקים והנה בנוב"י קמא חלק חו"מ סי' רצה לומר דאפי' לחולקים על הראב"ד ואומרים דמלוה ופקדון מין אחד מ"מ לדעת רש"י דס"ל דהלוואה בעי הודאה לחייבו שבועה ובפקדון כופר הכל חייב כיון שחלוקין בדיני שבועה לכ"ע הוי כשני מינים ושוב חזר בו לדעת רש"י ומ"מ אפשר כיון דקרקעות לאו בני שבועה כלל ככ"ע הוי כשני תביעות אף למ"ד טענו חטין ושעורין והודה לו בא' מהן חייב דטענה אחת היא מ"מ כלים וקרקע כשני תביעות הוי וממילא אין כאן מגו כמובן וצ"ע עוד:

תוספות ד"ה ולמ"ד הילך פטור תימא ולמ"ד הילך חייב אמאי איצטריך הא לא שייך אשתמיטו לפמ"ש הב"י להקשות על תוס' דכתבו לקמן דע"כ לא על קרא פריך דלא מייתר דהרי איצטריך לשטרות. וכתב הוא ז"ל דהרי שטרות ג"כ הילך הוא א"כ נסתר ג"כ קושית התוס' הזאת דלמ"ד הילך חייב איכא לאוקמי בשטרות ושייך אישתמוטי

כמו בכל פקדון אם אינו בידו דמשתמיט עד שימצאנו אמנם בגוף דברי הפ"י במ"ש דשטרות ג"כ הילך הוא יש לעיין לפמ"ש בי"ד סי' ק"ס על מה שכ' הרא"ש וטור שם דממעטין בכלל ופרט וכלל דקרקע אין בה משום ריבית ופירשו דהיינו אם הלוה לו עשרה גפנים טעונות ע"מ שישלם לו י"א וכתבו הרא"ש והטור שם דבעבדים ושטרות לא שייך הלוא' אלא מכירה וכתב הב"י דאמאי לא משכחת כה שהלוה לו עבד אחד או שטר אחד (דהיינו שיכול להוציאם) ע"מ שישלם לו שתים והנה לדעת הב"י דבכה"ג הלואה היא ואפ"ה ממעטין מדין רבית מכלל ופרט וכו' א"כ לכאו' ה"ה לענין שבועה שאם תבעו שהלוה לו שטר אחד ע"מ שישלם לו שטר אחד (או שתים אם אינו נוהג בו מד"ת איסור רבית) והלה כופר אין בו שבועה משום דמיעטה רחמנא ובאמת הט"ז חולק שם על הב"י ולפי הנראה מדברי תוס' ס"ל כדברי ב"י ולזה כתבו דאיצטריך קרא גם למ"ד הילך חייב לשטרות ואולי יש לחלק גם לדעת הב"י בין רבית ובין שבועה דודאי אע"ג שפסק עמו בשעת הלואה ואמר שמלוה לו שטר זה ע"מ שישלם לו שטר אחר אינו צריך לפרוע לו שטר דוקא דודאי אם ירצה לשלם לו מחירו נפטר הוא בכך רק דלענין רבית איכא למימר דמיעטה התורה אם ירצה לשלם לו שטר אף שהוא יותר ממה שהלוה וא"כ אפשר דצריך הוא לשלם לו מה"ת השטר שהתחייב על עצמו לשלם כיון שאם יפרע לו מעות אינו רשאי לשלם לו רק כמו שהלוה והוא התחייב עצמו לשלם לו תחת שטר אחד שתי שטרות משא"כ כאן לענין שבועה כיון דעיקר תביעתו על ממון אין למעטו משבועה מפני שאין גופן ממון ועדיין אינו מספיק דאת"ל אם לוה שטר אחד ע"מ לשלם לו שני שטרות דאין בו משום רבית ואמרנו דכה"ג חייב הוא לשלם לו שטרות דווקא דממון א"א לשלם דהוי רבית וא"כ ראוי למעטו משבועה ואם כאמר דאף אם יפרע לו ממון כיון שההלואה היתה שטרות אין בו משום רבית ולפ"ז לא היו צריך לו שטרות א"כ צ"ל דאם ההלואה שטרות בלבד ג"כ יש למעט מכלל ופרט א"כ אף לענין שבועה שייך לומר כן וגם עיקר הדין לומר דאם לוה שטר אף שמשלם לו ממון לא יהיה בו ריבית אינו נראה כן מדברי הפוסקים:

גמרא ת"ש דתני אבוה דר"א לדר"ח קמייתא ובתוס' ד"ה אי איתא לדר"ח נראה דהלכה כר"ח דהא לעיל מוקי לה כרבנן דר"ג דהלכה כוותי' וכו' כבר כתבנו דהתוס' בשבועות כתבו דאין זה הכרח דהרי ר"י ס"ל טעח"והלב"ש פטור ואפ"ה איתא בירושלמי דל"ל לדר"ח קמייתא וע"כ ס"ל לר"י דתורת הזונה חשיב פירכא את"ד תוס' שם וכתבנו לעיל שיש לתמוה איך יחלוק ר"י על ר"ח ואבוה דר"א דשניהם ס"ל תורת הזמה לא חשיב פרכא והנה הפנ"י בכתובות דף ק"ח ע"ב כתב שם דלר"י דס"ל בשבועות דתלתא

תנאי פליגי (בהא דטחו"ש לר"ג טעחוה"לוב"ש חייב ולאדמון בחטין והודלב"ש פטור וטעחו"ש והודה לו בא' מהן חייב ולרבנן אף בזה פטור) ס"ל דמאן דחייב בטענו שניהן ל"ל דרשה דכי הוא זה ואפ"ה פטור בטעחוהלב"ש מסברא כיון דפטור אף מדמי שעורין וכי הוא זה מוקי לה כדאבוה דר"א ובע"כ מוקי לה ר"י מברייתא דשור ושה דמוקי לה כאדמון עכ"ל הפ"י ובאמת דבריו שם מגומגים קצת והנראה מדבריו דאיהו ז"ל לא רצה לומר דפליגי תנאי אם אפשר למעט מכי הוא זה גם טעחו"ש והודה בא' מהן או אין למעט רק טעחוהלב"ש בלבד זה וגם לא נחית לומר דפליגי בסברא שכתבנו למעלה וניחא כי' ז"ל לומר דוודאי אם דריש כי הוא זה למעט חטים והודע בשעורים ממעטינן ג"כ טעחו"ש והודה לו בא' ואדמון דמחייב היינו משום דלא דריש כי הוא זה למעט טעחוהלב"ש ורק מסברא ממעט משבועה טעחוהלב"ש משום דפטור אף מדמי שעורים וממילא ע"כ טחו"ש והודה לו בא' מהן חייב ולפ"ז א"צ לומר דר' יוחנן בירושלמי דס"ל דהעדאת עדים אינו מחייב שבועה היינו משום דחשיב תורת הזמה לפירכא דוודאי לא חשיב פירכא לכ"ע רק דר"י בירושלמי פוסק כאדמון דטעחו"ש והודה לו בא' מהן חייב (כי איכא תרי אמוראי אליבא דר"י בשבועות) וס"ל דע"כ אדמון לא דריש כי הוא זה למין הטענה דמאן דדריש ממעט גם טועחו"ש והודה לו בא' מהן אלא מסברא ליכא שבועה בטענו חוהולב"ש ומש"ה חייב טעחו"ש והודה לו בא' מהן וא"כ ע"כ כי הוא זה למעט דר"ח אתא ומש"ה פוטר בהעדאת עדים ולפי"ז יש להוכיח דהמודה בדבר שאינו יכול לכפור לא חשיב הודאה לחייב שבועה אף היכא דליכא ש"ק וכדעת הראב"ן דהנה הש"ך בח"מ סי' פ"ח וסי' ת' העלה דאף להתוס' וסיעתם דס"ל דטע"ח והוד' לו בשעורים פטור אף מדמי שעורין הוא משום הודאה או מחילה מ"מ אם יש לו עדים על השעורים חייב בדמי שעורים דלא שייך לומר דהודה או מחל לו שעורין מדלא טען אותם דאיכא למימר דאעדים סמיך (ודלא כהרא"ש ס"פ המניח) ואולם מבואר דמ"מ אף היכא דחייב בשעורים מ"מ אין כאן שבועה וזה מוכרח ג"כ (מלבד לשון הפוסקים) מן ברייתא דטענו שור ושה והודה לי בא' מהן חייב ואי ס"ד היכא דאיכא עדים על הודאתו חייב אף בטעחוהלב"ש א"כ לפלוג ולתני בטענו שור והודה לו בשה עצמו דחייב שבועה היכא דאיכא עדים על הודאתו וחייב בשה דהרי בטענו שנים והודה בא' ודאי חייב ליתן מה שהודה אלא על כרחך כדאמרן:

ולפי"ז שהחלטנו דאע"ג דאיכא עדים על הודאתו דחייב בשעורים אפילו הכי פטור משבועה למאן דפוטר בטעחוהולב"ש יקשה איך אפשר לומר כדברי הפנ"י וכמו שרצינו לומר לר' יוחנן דפוטר בהעדאת עדים משום דס"ל דטעחוהלב"ש פטור מסברא מן

שבועה כיון שאינו חייב בדמי שעורים ואייתר כי הוא זה ע"כ למעט העדאת עדים דא"כ אמאי לא חייב שבועה כשיש עדים על הודאתו דחייב בדמי שעורים אע"כ דהיכא שאין יכול לכפור לא חשיב הודאה והנה זה שהעלה הש"ך דאם יש עדים על הודאתו חייב בדמי שעורים לכ"ע ולא שייך טעמא דהודאה או מחילה מדלא טענו שעורים דמצי למימר אעדים סמיכנא נראה דהיינו אם העדים מעידים בבירור דלוה ולא פרע דאם אינם יודעים רק שלוה ולא ידעו אם פרע או לא איך סמיך שלא לטעון על העדים אולי יאמר פרעתי ולפ"ז ניחא דאת"ל דהעדאת עדים פטור דאמעיט מכי הוא זה לא משכחת לה חיוב שבועה בטע"ח והלב"ש אף שיש עדים על הודאתו דלא מפטר משעורים דאימתי באו העדים להעיד אם קודם הודאתו א"כ הודאתו כמי שאינו אחרי שלא הי' יכול לכפור ואם באו עדים לאחר שהודה ג"כ אין חיוב מסברא כיון דבשעת הודאתו לא היה כאן חיוב שבועה וכמ"ש הר"ן לענין דבר שבמדה ומנין דעיקר השבועה צריך לבוא בשעת הודאתו:

ואולם לדברי התוס' כאן ודאי א"א לומר כן דא"כ שוב אין ראי' לפסוק כדר"ח קמייתא ואדרבה יש לפסוק לדידן דלא כדר"ח דהא קי"ל טעחו"ש והודה לו בא' מהן חייב ויתכן לומר עוד ע"ד התוס' בשבועות דר"י חשיב לתורת הזמה לפירכא ואפ"ה לא תקשי איך פליג על ר"ח ואבוה דר"א עפ"י מ"ש התוס' בדף ד' ע"א ד"ה ע"א יוכיח דתורת הזמה לא חשיב רק פירכא כל דהו ולכך כי יליף מחדא ליכא למפרך הכי רק כי יליף במה הצד משום דעל מה הצד פרכינן כל דהוא לפי"ז כי אמרי' דר"ח תורת הזמה לא פריך היינו דלא חשיב תורת הזמה אפי' לפירכא כ"ד וכמו שהסבירו תוספות שם וכן רש"י הסברא. ואולם במכות דף ד' דיליף ר"י דלאו שאין בו מעשה לוקין עליו ממוציא ש"ר ועדים זוממין פריך מה להצד השוה שבהן שכן יש בו צד חמיר ומשני ר' יהודא צד חמור לא פריך וכתב הריטב"א שם דר"י ס"ל דאפילו על מה הצד לא פרכינן כ"ד רק קולא וחומרא והנה הא דפרכינן על מה הצד כ"ד מוכרח מברייתא דאיסי ב"י כדאיתא בחולין דף קט"ו אלא דר"י פליג ולפ"ז ניחא דודאי ר"י בירושלמי אינו חולק בסברא על ר"ח ואבוה דר"א רק איהו ס"ל דתורת הזמה ודאי חשיב עכ"פ פירכא כ"ד לכ"ע והא דלא פריך לה ר"ח ואבוה דר"א משום דאינהו ס"ל דעל מה הצד ג"כ לא פרכינן כ"ד רק קולא וחומרא וכר"י ואיהו ס"ל כאיסי ב"י דפרכינן כ"ד על מה הצד ולזה פוטר בהעדאת עדים ויתכן מדקאמרי' ור"ח תורת הזמה לא פריך משמע דאפי' כ"ד אינו ממילא לתלמודן ודאי דהלכה כר"ח דא"כ הוי לתלמודן למימר ור"ח ס"ל כר"י דלא פרכינן כל דהו על מה הצד אבל ר"י בירושלמי סובר כדאמרן:

ויתכן עוד לומר לדעת התוס' דכאן דר' יוחנן לשיטתו הוכיח לעצמו דאיכא תכא דל"ל דר"ח והיינו מתני' דהיא אומרת מוכת עץ אני והוא אומר לא כי אלא דרוסת איש את דלר"י אינה נאמנת ואמאי אינה נאמנת הא הוי מחוייב שבועה ואי"ל דמשלם דר"י ס"ל כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה כתובה מנה וס"ל לר"י דלכ"ע אמרינן מתוך שאינו יכול לשבע משלם או משום דלא ידע ברייתא דשמעון בן טרפון או משום דס"ל דתרתי שמעת מיני' דגם לדידן הכי הוי לכאורה דקי"ל מתוך שאי"ל משלם ואפ"ה אמרינן סורו נא וא"ל משום דהוי ש"ק דהא לר"י מתני' ר"ע הוא ואיהו ס"ל מטלטלי משתעבדי לכתובה (ואפשר דמש"ה מקשה הירושלמי ריש פ' האשה שנתארמלה בפשיטות דאמאי לא ישבע בכתובה והיינו מכח משנה זו) וא"ל משום דאינו יכול לכפור מ"מ ת"ל מכח העדאת עדים וא"ל הא ר"ג ור"א פליגי אינהו טעמייהו משום חזקה אבל ר"י מאי טעמי' אע"כ דל"ל דר"ח קמייתא וע"כ משום דתורת הזמה לא פריך דא"ל משום כי הוא זה ממעט לדר"ח קמייתא דא"כ הי' לר' יהושיע טענו חטין והולב"ש חייב והרי הוא רבנן דר"ג דפליג בהא וכי"ב כתב הר"ש בפ"ד דנגעים משנה י"א יע"ש להיפך אע"כ משום דתורת הזמה לא הוי פרכא אבל לדידן דקי"ל כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אין לה כלום א"א לנו לחלוק על ר"ח ואבוה דר"א דלא חשיבי תורת הזמה לפרכא ע"ש בפני יהושע והפלאה ותמצא ודו"ק בריך רחמנא ב"ה וב"ש לעלם ולעלמי עלמיא:

סימן טז

בעזה"י יום ד' י"ב תשרי צדקות אהב לפק"ק אונגוואר:

החיים והשלום וכ"ט לאהובי נכדי הב' המופלא ומופלג זית רענן יפה פ"ח כ"ש כ"ה יוסף יוחנן נ"י לאוי"ט:

מכתבך הגיעני וארא כי כתבת שאשוב לך על פירושך בהך דרמי רבנן שבועה כי היכא דתידוק דלדעתך הפירוש דתידוק עתה ולא שייך לו' כיון שהתחיל לכפור שוב לא יודה כיון דיש לה מגו שיכולה לכפור הכל חושבת שידונה לזכות הנה יתכן להיות. אבל מה תאמר בעדים דאין לה מגו והיא בעיא דלא איפשטא וקי"ל דנשבע ובשטה מקובצת כתבו תלמידי הרשב"א בשם ר"ח כיון דרמי רבנן שבועה עלה וידעה דמשתבע תידק וכו' משמע להדיא דמעיקר' קאמרו דתידוק. ואע"ג דבלאו הכי יש להתיראה דיכולים לומר לה אשתבע דלא פרעתיך מ"מ תירא יותר אם תדע בבירור דהב"ד יפסקו לה שבועה מאשר תירא אם יאמרו לה אשתבע דלא פרעתיך שהוא ספק. דבלא"ה אין לומר כלל דאם התחיל לכפור שוב לא יודה מפני השבועה שלא יוחזק שקרן. דא"כ מה יועילו לו

כל השבועות הן תורה הן דרבנן. ובפרט היכא דליכא מיגו כלל כגון דר"ח קמייתא. וכן בדרבנן בשבועות אעפ"י שכתבו התוס' דברים אלו בסוגיא דשכיר היינו שאין הדבר ברור עד שלא יתקנו שם שימתין עד שלא יתקנו שם שימתין עד למחר או שישבע בעה"ב. מ"מ וודאי מאימת השבועה נותן האדם אל לבו טפי והיינו דחשיב ע"א גורס לממון כדאיתאר"פ שבועות העדות ע"כ:

קושיתך על התוס' בפ"ק דשבועות (אב"ה קושית בן אחותי הרב החריף מהו' יוסף יוחנן בנעט נ"י כך הוא דהתוס' בשבועות דף ט' עמוד ב' ד"ה ונכפר ציץ אדידי' ואדר"ח הקשו וז"ל וא"ת ואמאי לא משני דעון אחד הוא נושא ולא ב' עונות וקשה דלעיל דף ז' ע"ב ד"ה אין כתבו התוס' על מה שהקשה על הגמרא דרצה לומר דמכפר על ע"ז וכו' דהרי בגדי כהונה מכפרין ותירצו דכיון דזה בלא זה לא יועיל א"כ השעיר יכפר עמהם וא"כ הכי נמי כיון דהציץ בלא קרבן אינו מועיל וא"כ י"ל דהציץ יכפר עם השעיר דר"ח) נראה שיש לחלק בין היכא דכתבו התוס' לעיל דכוונתם כלפי שדרשו חכז"ל כפרה זו לא תהי' אלא פעם אחת בשנה וע"ז כתבו דאם מכפרין בגדי כהונה ג"כ וזה בלא זה לא יועיל מקרי שפיר אחת בשנה וכן לענין כפרה אחת בשנה אבל כאן שמקשה אדידי' ואדר"ח כיון דעכ"פ מכפר שתי עוונות שפיר איכא למיחוש מעון אחד הוא נושא עד כה כתבתי בקושי' להפיק רצונך אף כי כל דברי למותר ושלא לצורך אחרי אשר אתה בבית מחותני הגאון אבי אביך (האבדק"ק נייטרא) אשר מימיו החיים עד כה שתית ותשתה עד לאורך ימים עד היותך כגן רוה ונתת גם אתה מים חיים ירוו מימך צמאים לדבר ה' דברי אבי אמך המעתיר בעדכם הק' מאיר א"ש:

סימן יז

בעזה"י בסוגיא דמסדרין לבעל חוב

ב"מ דף קי"ד: רוב הפוסקים פסקו דמסדרין לב"ח לבד ר"ת דפסק דאין מסדרין לב"ח וראיותיו כבר דחו הראשונים ואולם מה שכתב ר"ת דאין אחד מן האמוראים דסברי מסדרין בזה לא נמצא סתירה בראשונים להדי' דהרי מדבר' אלי' לרבה אין ראי' כמ"ש התוס' משני טעמים או דלא בעי רק מנין או דדחוייא קא מדחי ומ"ש הרא"ש בנדרים דף ס"ה בפסקיו מדפריך תלמוד ש"מ אין מסדרין ודחי רנב"י לומר שאין מקרעין כתובתה מוכרח דסתם תלמודן סובר דמסדרין הנה הוכחה זו היא רק לדעת ר"ת וסייעתו דס"ל דבמשכון שיהי' בטוח שעליו אמרה תורה חזרת משכון לדעת ר"ת גם בו אמרינן שמפשיטין אותו ומלבישין אותו איצטלית הראוי' לו ומעתה אין הכרח שיסבור ר"ע

מסדרין לב"ח דאיכא למימר דמחלוקת ת"ק ור"י ור"ע הוא במשכון לבטחון ולא על שעת פרעון וכמ"ש התוס' דלת"ק דל"ל כל ישראל בני מלכים מקיימין אותו בבגד הראוי לו ולר"י ור"ע מקיימין אותם באיצטלית בת מאה מנה דכל ישראל בני מלכים אבל לדעת הראב"ן וסייעתו דס"ל דחזרת המשכון הוא בעיני' וכמ"ש בעל התרומות בשער א' חלק בית משמו דהיינו דאיכא בהדיוט וליתא בהקדש וא"כ ע"כ ת"ק בשעת פרעון קאי ואפ"ה אמר ר"ע כל ישראל ראויין לאותה איצטלא א"כ מוכרח דר"ע סובר מסדרין ולכך הוצרך לומר רנב"י שאין מקרעין שטר כתובתה ומ"מ לא הקשה שם בנדרים מר"ע אדר"ע כיון דאיכא למדחי דחזרת משכון אין צריך להיות בעיני' דווקא וכדברי ר"ת אבל לפי האמת לדעת הרמב"ן דצריך להיות קודם החזרה א"כ מוכרח דר"ע סובר מסדרין והיינו דפירך שם בנדרים ש"מ אין מסדרין כבע"ח ויהי' מוכרח לומר דחזרת משכון לית' בעינא וע"ז משני רנב"י לומר שאין מקרעין וכו' אבל לדינא אין הכרח משם וכיון דאילפא ובר פדא וודאי סברי דאין מסדרין לב"ח א"כ לכאו' אין ראי' לפסוק דלא כוותי' ובלא"ה נראה דדעת ר"ת דאין ראי' משם דקושית הגמ' בנדרים היא דתפשוט בעי' דהכא ולא שיהי' הלכה כך:

והג"ת ריש שער א' כתב דר' יוחנן דיליף מנדר בערכך דמסדרין בהקדש ע"כ סובר מסדרין דאל"כ אמאי לא יליף בק"ו מב"ח דאין מסדרין דאין לומר דההיקש מבטל הק"ו דהרי קי"ל בודאי כרבנן דדווקא חטאת שנכנס דמה לפני ולפנים פסול ולא אשם אע"ג דאיכא היקשא וע"כ דק"ו מבטל היקשא (ודבריו תמוהים דהרי אסיק התם בזבחים דק"ו פריכא הוא וטעמא דרבנן מדמה ולא דם האשם ואולי כוונתו דעכ"פ לרבא דמפרש טעמא דרבנן בזבחים מק"ו לדידי' ס"ל דק"ו מבטל היקחא וא"כ לרבא מקשו הא דאמר ר"י דמסדרין בהקדש ודחיקא לי' למימר דרבא סובר דלא כר"י וצ"ע) וא"כ אמאי קאמר ר"י דמסדרין בהקדש ואמאי לא יליף מק"ו וע"כ דר"י סובר דבאמת מסדרין לב"ח וא"כ אין כאן ק"ו לסתור ההיקש רק שהקשה הג"ת דר"י ע"כ סובר דאין מסדרין לב"ח דהרי קושית הגמ' ויחזרו בהקדש ק"ו מב"ח שאין מסדרין ומחזירין כ"ש בהקדש דמסדרין אינו דין שמחזירין קושיא זו ע"כ לר"י דלבר פדא ואילפא הא אף בהקדש אין מסדרין וע"כ לר"י קאי וקאמר דלב"ח אין מסדרין ולפע"ד אפשר לומר דהרי כבר עמדו מהרש"ל ומהרש"א דמאי פריך ויסדרו בב"א ק"ו מערכין דהא איכא למיפרך מה לערכין שהם קלים וכמ"ש התוס' וכן יש עוד להקשות על שלשה קלים וחמורים דעביד דאיכא למיפרך מה להקדש שהורע כוחו אצל ניזקין ומצאתי שהרגיש בזה תבואות שור בחידושיו לב"מ ועלה בדעתי לומר דק"ו דתלמודן אינו מהקדש לב"ח או מב"ח להקדש רק מחזרה על

סידור וסידור על חזרה וקושית הגמ' ויסדרו לב"ח היינו מק"ו דחזרה דליתה בהקדש איתא בב"ח סידור שנוהג בהקדש אינו דין שיתנהג בב"ח ומעתה ליכא למפרך מקולות שהן בהקדש דהרי אין אנו דנין ב"ח מהקדש רק סידור מחזרה ושוב מצאתי שכתב כן הגאון בעל משנת דר"ע יע"ש שהאריך והנה התוס' בחולין דף כ' שהקשו על הא דבעי למילף דעריפה כשר בפרה ומייתי קרא למעוטי ושוב בעי למילף ששחיטה מכשיר בעגלה ומייתי קרא למעוטי והקשו דכל הכי מיעוטי ל"ל דהא כיון דאיכא למיעבד ק"ו הכי והכי א"כ כל חד וחד תיקום אדוכתי' יע"ש שרצו דכיון דאין הק"ו סותרים להדדי א"כ הוי רק כמו במה מצינו ליתן האמור בשל זה בזה רק דשוב הקשו דאיכא למיפרך מה לפרה וכו' ותירצו דאין אנו לומדין פרה מעגלה רק שחיטה מעריפה ועריפה משחיטה בק"ו רק שהקשו ע"ז דא"כ הוי ק"ו גמור לא במה מצינו א"כ קשה שפיר דכל חד וחד היקום אדוכתי' ותירצו דאיכא שום צד לומר אחד מהק"ו יותר מן השני ולכך צריך המיעוט בו ושוב שפיר ילפי' הק"ו האחר אי לאו דמיעטו קרא. והנה בסוגין דיליף בתחלה בק"ו שיסדרו בב"ח ואמרנו דסידור מחזרה אנו לומדים מ"מ אין להקשות מה שצריך תרי מיעוטי למענו דסידור אינו בב"ח וחזרה ליתא בהקדש הרי בלא"ה כיון דאיכא למיעבד ק"ו הכי והכי כל חד וחד תיקום אדוכתי' ולומר שסמך על במה מצינו א"א לדברינו שאינו לומד רק סידור וחזר' מהדדי דזה אינו קושי' דנראה דקרא דלך תהיה צדקה אינו מיותר לא מבעי' למ"ד דאין כופין על השבת העבוט מפני שמתן שכרה בצדה דלא מייתר רק אף אם נאמר דכופין מפני הלאו שבו ג"כ לא מיותר שהרי מלך תהיה הצדקה אנו למדנו דב"ח קונה משכון רק ממילא מימעט הקדש וכיון דלא מייתר שוב איצטריך מיעוט למעט ב"ח למ"ד אין מסדרין שהרי א"א לומר דמחזירין בהקדש וזה פשוט:

ולפ"ז מיושב קושית הג"ת שהקשה דאם נאמר דר"י סובר מסדרין לב"ח לכך אינו סותר ההיקש יקשה דמאי פריך ויחזרו בהקדש בקו"ח מב"ח שאין מסדרין דאזיל לר"י מדקאמר שמסדרין בהקדש בקו"ח מב"ח שאין מסדרין לב"ח ולהנ"ל ניחא דאין הכוונה בהא דקאמר מב"ח שאין מסדרין דבידוע שהדין הוא כן רק כלפי מה שאמרו דלר"י באמת מסדרין לב"ח מק"ו דחזרה והוא אתי לשיהי' במכותו וכו' ולכך אינו סותר ההיקש כאמור וע"ז פריך מאי חזית דעבדת ק"ו הכי שיסדרו בב"ח מק"ו דחזרה שאיננו נוהג בהקדש נוהג בב"ח סידור שנוהג בהקדש אינו דין שנוהג בב"ח דאדרבה יחזרו בהקדש ק"ו מב"ח וכיון דאיכא ק"ו הכי והכי כל חד תיקום אדוכתי' ולא יסדרו בב"ח ומשני דא"א לומר כן משום דגלי קרא ולך תהיה צדקה וממלא אין מחזירין בהקדש ושוב מסדרין

לב"ח מק"ו וכיוצא בזה היה מקום לומר דקושית ויחזרו בהקדש אזיל אפי' לבר פדא ואילפא דס"ל דאין מסדרין בהקדש מק"ו דאלמא אי לאו ק"ו היה ראוי לומר דמסדרין דדינו כהקדש או מסברא או מפני ההיקש ופריך עוד דאם אין מחזירין בהקדש כ"ש שאין מסדרין ולכך פריך דאדרבה יחזרו בהקדש וכיון דאיכא למימר הכי והכי יסדרו בהקדש ולא יחזירו דכל חד וחד תיקום אדוכתי' ועיין בזבחים דף . דמבואר שם דכה"ג הוי תרי ק"ו דסתרי אהדדי:

ובזה יש ליישב מה שהקשה הג"ת עוד כדעת הסוברים מסדרים לב"ח שכתבו התוס' דצ"ל דס"ל הוא אתי למעט אשתו ובניו דקשה א"כ אמאי קאמר תלמודן דהוא אתי לומר שיהי' במכותו וכו' ולא קאמר למעט אשתו ובניו ונדחק בזה יע"ש:

ולהנ"ל יתכן לומר דהנה מבואר דלדעת ר"ת עכצ"ל דלא צריך קרא למעט אשתו ובניו דכיון דאין קרא לריבוי והרי אף לדידי' לא הי' מסדרין לולא דגלי קרא וכן נראה דעת התוספת בערכין דף י"ח שהניחו בתימא לרבנן למאי אתי הוא והחולקין סברי דצריך קרא להכי למעט אשתו ובניו (ועיין סש"מ שכתב שם תירוץ אחר דאתי למעט עני והעשיר וכדעת רש"י רק דבאמת בערכין דף י"ז לא משמע דאתי מהוא רק מגופי' דקרא יע"ש) ויתכן לומר דודאי אי שיעבודא דאורייתא מודו כ"ע דאין צריך שלא יתן לאשתו ולבניו דהרי אף להפוסקים מזונות דאו' מ"מ אין לה שיעבוד על נכסים לומר דמיד בשעת הנישואין נשתעבדו נכסיו על מזונותי' רק שמצוה עליו לתת לה יום יום מזונות(וכ"מ בסמ"ע ס"ק נ"ד) דאיך יהיה לה שיעבוד והרי בידו לגרשה בע"כ אלא כדאמרן. וכיון דב"ח יש לו שיעבוד על נכסי הלו' מד"א בין קרקע ובין מטלטלין ובקרא לא כתיב שיתן לאשתו ולבניו א"כ מהי תיתי דהוא חייב ליתן מזונות ואולם אם לב"ח ג"כ אין לו שיעבוד על נכסי הלוה רק דאקרקפתא דגברא מוכח חיוב מצוה לפרוע לב"ח או מפני שיהי' הן שלו צדק כמ"ש רש"י בכתובות ס"פ הכותב או מפני שנאמר יוציא אליך את העבוט וכו' כמ"ש הרמב"ן סוף ב"ב וכן בעירוכין אם שיעבודא לאו דאו' גם במלוה הכתובה בתורה אין באומר ערכי עלי שום שיעבוד עב הנכסים כמבואר בערכין דף וי"ו ע"ב ושם ועיין בהשגות הראב"ד פ"א מה"ל ערוכין רק הוא מחוייב לקיים נדרו והרי הוא מחוייב ג"כ במזונות אשתו מדאו' א"כ אי לאו דגלי קרא היה סברא לומר כשם שנותנין מזונות לו כך נותנין מזונות לאשתו ולפ"ז ניחא קושי' דתלמודן לא מצי למימר הוא ולא אשתו ובניו דהרי אמרנו דהך ואידך קאי לר"י כמ"ש הג"ת והרי הוא ס"ל שיעבודא דאורייתא וא"כ לא צריך קרא למעט אשתו ובניו אבל התוס' ס"ל דשיעבוד לאו דאו' לדינא וכמ"ש הש"ך ריש סי' ל"ט ולכך שפיר כתבו דאיצטריך קרא למעט אשתו ובניו:

ובזה יש ליישב ג"כ מה שהקשה המהרש"א על הא דאמר אלי' לרבה דגמר מיכה מיכה מערכין דק' כיון דע"כ איהו דריש הוא למעט אשתו וכו' או שיהי' במכותו וא"כ אמא יאמר ג"ש הא אתי' מק"ו מן ערכין דאין מחזירין ומסדרין ק"ו לב"ח ולהנ"ל איצטריך ג"ש דהרי למ"ד שעבודא ל"ד ואין חיוב חל על הנכסים אך אקרקפתא דגברא מנח מצות השבה דהן צדק או יוציא לך את העבוט וכמ"ש הריטב"א בפ"ק דקידושין יע"ש שהאריך א"כ לכאורה אף אם אין לנו קרא דמסדרין לב"ח ואין נותנין לו מ"מ אמאי לא יתנו לאשתו לשניהם אי אין שיטבו דעל הנכסים ומצוה יש לזון אשתו כמו שיש מצוה לפרוע לב"ח וא"כ מסברא הא דנותנין ומזונות לאשתו ואיצטריך ג"ש ללמוד מערכין כשם שאין נותנין בערכין מזונות לאשתו ורק לו לבדו כן בב"ח אין נותנין רק לו לבדו:

ואולם יש ליישב קושי' זו באופנים אחרים הנה יש לחקור הא דמסדרין לב"ח אם הוא מצד מצות צדקה דרמי רחמנא על מלוה או אם אמרנין דכדי סידור אין שייך למלוה כלל ורחמנא הוא דזכי לי' ללוה ויש נ"מ אם אסר הלוה נכסי המלוה עליו אם מותר לקחת כלי הסידור ולפ"ד הראב"ד שכתב דהא דפריך ולימא לי' לאו עלה דידי' רמית הקושי' אמאי מסדרין וכ"כ הת"ח ומשני איברא עלה דידי' רמי דכתיב ולך תהי' צדקה משמע דמתורת צדקה המלוה נותן כדי הסידור ללוה וכ"מ בסמ"ע ס"ק נ"ז רק דקשי' עלה מאי דפריך בנדרים ש"מ אין מסדרין לב"ח ואי ס"ד דהסידור הוא בתורת צדקה ואם הלוה אסר על עצמו הנאת המלוה אי אפשר לסדר לא מוכרח מידי דאין מסדרין דלעולם בעלמא מסדרין ושאני התם דאסר הנאתה על עצמו כדאיתא התם (ולזה העירני בני הבחור מנחם שיחי') ואולם חזרת המשכון לכאו' ברור דהוא מצד צדקה דרמי רחמנא עלה דמלוה דהרי בפירוש כאמר ולך תהי' צדקה ומעתה אם ילפי' מק"ו דחזרה א"כ די כחזרה ומה חזרה מתורת צדקה גם סידור מתורת צדקה והוצרך ג"ש דלאו מתורת צדקה אתינן עלה רק רחמנא הוא דזכי לי' ומי שצוה על פריעת ב"ח הוא ית"ש אמר דמסדרין לו ומשאירין כו כדי חייו כדכתיב בערכין ושפיר איצטריך ג"ש ונ"מ לענין איסור הנאה וכדאמרן. ואף אם כאמר דגם אם יהי' מתורת צדקה מ"מ כיון דרמי רחמנא עלה דב"ח בע"כ שוב לאו מדידי' קא מתהני מ"מ יש נ"מ אם אתי מק"ו דחזרה דלעת הסוברים דאין כופין על חזרת המשכון מפני שמתן שכרה בצדה וכמ"ש הרמ"א בסי' צ"ז וע' בסמ"ע סי' ק"ז במאי שכתב דלדעת התוס' והרא"ש אפי' אם רצו ב"ד לכוף אין כופין והרמב"ן חולק יע"ש דמיישב סתירת הרמ"א בהשבת העבוט כ' דאם רצה ב"ד לכוף כופין ובמצות כיבוד אב סתם הרמ"א דאין כופין ונדחק לחלק גם הט"ז עמד בזה ולא זכיתי לירד לסוף דעתם דהרי בהשבת העבוט איכא לאו דלא תשכב בעבוטו והרי הוא

כמצות צדקה דסתם המחבר והרמ"א דכופין מפני הלאו שבו בריש הלכות צדקה וא"כ אדרבה יש לעיין אמאי כתב הרמ"א דאין כופין רק אם רצו. ועכ"פ אין קושיא מכיבוד אב דהתם ליכא לאו משא"כ בהשבת העבוט דאיכא לאו כמבואר בהרמב"ם רק דאין לוקין מפני שהוא לאו שאין בו מעשה והנראה דדעת הרמ"א כהסוברים דאף בצדקה אם לא רצו ב"ד אין כופין ומ"מ סותם כהמחבר דכתב סתם דכופין דהרי אף אם כופין הב"ד לא יעשו שלא כדין דהא אם רצו כופין וכ"ש שיש לפרש דאף דעת המחבר כן לכך סתם כמותו וכאן בהשבת העבוט הזכיר דעתו וכ"ז היכא דאיכא לאו כמו בצדקה והשבת העבוט אבל בכיבוד כיון דליכא לאו אף אם רצו אין כופין כיון דליכא לאו. ועכ"פ לדעת ר"ת וסיעתו דגם בצדקה אין כופין רק בדברים ממילא בהשבת העבוט ג"כ אין כופין וא"כ אם נלמוד סידור מק"ו דחזרה נימא די כחזרה ואין כופין לכך הוצרך ג"ש דמיכה מיכה.

ואולם לדעת הראב"ד בש"מ שכתב דקושית הגמ' מלימא לי' לאו עלה דידי קרימית קושית הגמ' למ"ד מסדרין לב"ח ושני איברא עלה דידי' רמי דכתיב ולך תהי' הצדקה דמשמע להדיא מדבריו ומדברי ת"ח בחידושיו דמצד צדקה מסדר לו לא קשי' איך בעי למימר בנדרים דמסדרין הרי אסר על עצמו הנאתה כראה דדעת הראב"ד דזה לא מקרי הנאה לענין מודר הנאה שהרי אינו מוחל לו מחובו כלום דקי"ל דב"ח אינו נידון בהשגת יד ואין הסידור רק שממתין לו כשיעור הסידור מחובו עד שתשיג ידו וגם זה בעל כרחו של המלוה ולכך אם איתא דמסדרין אף במודר הנאה מן המלוה מותר לו לקחת הסידור אבל לעולם זה דמסדרין הוא רק מטעם צדקה ובזה יש לדון על מה שהחליט הג"ת ש"א ח"א דאם תפס המלוה כלי הסידור לא מפקינן מיניה דיכול לומר קים לי כר"ת וסייעתו ולפע"ד יש לפקפק בדבר דהרי הא דאמרינן דיכול למטען קים לי אין טענתו ודאי שיזכה בו רק כיון דיש מי שסובר כן והוא מוחזק אין מוציאין מידו והרי בחולין דף קל"ד עסקינן דבמתנות עניים וכן מתנות כהונה בכולן לא מהני חזקתו שהוא מוחזק בהן יע"ש שמחלק בין ספק לקט לספק מתנות דזרוע וכו' דקמה בחזקת חיובא קיימי ופרה בחזקת פטורי קיימי' הרי דכל שאינו בחזקת פטור כגון ספק לקט אע"ג שהוא מוחזק אפ"ה מוציאין מידו דיליף מעני ורש הצדיקו צדק משלך ותן לו לכל מיני צדקה ומתנות וא"כ אף כאן דהמלוה בא להחזיק בו מספק אפשר דמוציאין מידו ואפי' נאמר דדווקא בעינן חזקת חיוב עכ"פ הרי גם כאן יש ללוה חזקת מרא קמא רק שיש לעיין דהתם עכ"פ גברא בר חיובא עתה רק שהוא ספק אם דבר זה יש בו חיוב ע"ז אמרינן צדק משלך ותן לו אבל כאן למ"ד אין מסדרין אין כאן שום חיוב מוטל על המלוה וצ"ע:

הדרן לקמייתא דאם נאמר דעל השבת העבוט אין כופין א"כ שפיר איצטריך ג"ש דאם נילף סידור מק"ו דחזרה לא היינו כופין על הסידור ולדעה זו אשכחנא אמורא דסובר מסדרין ולא פריכנא לדברי ג"ת דהרי אם אין כופין על הצדקה ועל השבת עבוט אע"ג דאיכא לאו א"כ גם על הענקה ראוי שלא נכוף דאף שם מתן שכרה בצדה וכ"כ המל"מ בפ"ג מה"ל עבדים הלכה י"ד רק שדבריו תמוהים שם בפרט מ"ש דלאו דלא תשכב בעבוטו ניתן לעשה כדאיתא במכות הוא תימא גדולה דאם עבר לילה זו ולא השיב העבוט בזה לא מהני מה שהשיב לילה האחרת רק דאפ"ה אין לוקין משום דהוי לאו שאין בו מעשה וכמ"ש המ"מ בפ"ג מהל' לוה ובמכות שם לא מיירי כלל מלאו דבא תבוא יע"ש עכ"פ נראה מדבריו שם דבלאו דהענקה ג"כ אין כופין לדעת ר"ת וסיעתו א"כ יקשה בקידושין דף ט"ו פליגי ר"א ורבנן אם מוכר עצמו מעניקין דמ"ד אין מעניקין סובר לו ולא למוכר עצמו ומ"ד מעניקין סובר לו ולא לב"ח מדסבירא לן בעלמא כר' נתן אתא לו לאפוקי ואידך בעלמא נמי לא ס"ל כר"נ יע"ס ובתוס' והשתא אם נאמר דאין כופין על הענקה מה נ"מ במאי דכתיב לו ולא לב"ח הא אם יתן הענקה לעבד יבוא ב"ח ויגבה ממנו דבשלמא אם כופין יש נ"מ במה שאין הב"ח צריך לתבוע לעבד ויכול לכפות האדון אבל אם אין כופין אין כ"מ ומצאתי שהקשה כן בספר המקנה יע"ש מה שתירץ דרצה כומר דיש נ"מ דוקא למ"ד שיעבודא ל"ד לענין יורשין וסובר אביי דשאני הכא התם של"ד וע"ש ובאמת הא דאביי סובר של"ד תלי בשני תירוצי התוס' בגיטין דף. והפ"י שם כ' דמוכרח לאביי כומר דש"ד יע"ש שיש עיון בדבריו ואמנם אם נאמר מסדרין לב"ח ניחא דהרי פסקו הפוסקים דאף אין לו רק קרקעות מ"מ מוכרין אותן וקונין לו מה שצריך ליתן לו כדי סידור ומ"מ נראה דהיינו דוקא אם גובין ממנו אבל אם אינו בא אל הלוה כלל רק שגובה מב"ח מטעם כי היכא דמשעבדית לי' שלוית ממנו משעבדת לדידי' מדר"נ וכדאיתא בפסחים בסוגיא דלמפרע גובה יע"ש א"כ כיון שאינו גובה מן תלוה כלל אין מסדרין לו כלל ולפי"ז יש נ"מ גדולה בהא דכתב רחמנא לו ולא לב"ח ולא הוי אפוכי מטרתא דאם הי' גובה מן האדון הי' לוקח הכל ולא היינו מסדרין להעבד מהענקתו אבל השתא דכ' רחמנא לו ולא לב"ח אף שחוזר וגובה ממנו מסדרין לו מן הענקתו ומדאמרינן שם ואידך היינו רבנן בעלמא כמי לא ס"ל כר"נ. ונצטרך לדחוק ולחלק בין הענקה ושכירות לשאר חוב יע"ש בתוס' ובש"ך סימן פ"ו ולא קאמר דרבנן ס"ל אין מסדרין וליכא נ"מ אע"כ דהילכתא מסדרין ולא בעי לאוקמא רבנן דלא כהלכתא: **אבל** לדעת הפוסקים דכופין על הצדקה ולדידהו אמרינן דנראה דכופין גם השבת העבוט יקשה עדיין קושית המהרש"א אמאי צריך ג"ש כיון דאיכא ק"ו דמסדרין לב"ח ויתכן

ליישבו עד"ז הנה בדברי הרמב"ם בסוגין עמדו המפרשים בהא דפסק בבגד אלמנה ורחיים ורכב דאין ממשכנין אותו בין בשעת הלוואה בין שלא בשעת הלוואה בין בב"ד ובין לא בב"ד ובשניהם כתב דאם חבל מחזירים ממנו בע"כ ואם נאבד או נשרף קודם שיחזיר לוקה רק בבגד אלמנה הוסיף וכתב ואם תודה לו תשלם ואם תכפור תשבע. ובעבר ונכנס לביתו ומשכנו כתב ג"כ דאינו לוקה רק אם אבד או נשרף ולא כתב דאם חבל מחזירין ממנו בע"כ ויש בדבריו כמה קושיות א) במש"כ בשעת הלואה אין ממשכנין בגד אלמנה ורחיים ורכב יקשה דא"כ מאי פריך על שמואל דאמר שליח ב"ד מנתח נתוחי אין מהא דאמרה תורה לא יחבול רחיים הא מידי אחרינא חבול וכן בבגד אלמנה הא אחרים חבול דלמא אזהר רחמנא בשעת הלוואתו דאחרים ומידי אחרינא מותר והה"מ הקשה מהא דאמר ר"ש דעני' דוקא אין ממשכנין מפני שצריך לחזור לה ומשיאה שם רע בשכנותי' א"כ מוכרח לדידי' ודאי דדוקא שלא בשעת הלואתו דאיכא חיוב חזרה הוא דאסור לחבל בגד אלמנה ולא בשעת הלואתו ומיני' נשמע לת"ק דבהא לא פליגי עוד תמהו בהא דכתב הרמב"ם דאם חבל מחזירים ממנו בע"כ דכ' הריב"ש הטעם מפני דכל מילתא דאמר רחמנא ל"ת אי עביד לא מהני וקשה ממ"נ אם עשה דהשיב תשיב לו העבוט כבוא השמש על חובל בגד אלמנה כמי קאי וכן על רחיים ורכב כדעת הרמב"ן א"כ הא גלי רחמנא דאי עביד מהני ואי לא קאי על חובל רחיים ובגד אלמנה כדעת התוס' על מתני' דחובל רחיים ורכב א"כ ילקה מיד אף בלא נאבד עוד הקשו במה שכ' בגד אלמנה שמחזירין בע"כ ואם תודה תשלם ואם תכפור תשבע כי הבעל התרומות בשער מ"ט ח"יד הבין דהרמב"ם מיירי שמשכן בלא עדים ואפ"ה אינו נאמן במגו דלהר"ם כיון שצריך להחזירו לה ותמה עליו דאמאי לא כתב כן ברחיים ורכב. ואולם הריב"ש דעתו דמיירי בתפיסה בעדים ומש"ה היא נאמנות ולא בא הרמב"ם רק לומר דכופין את אלמנה לפרוע אף שאין ממשכנין אותה כבר כתב הג"ת שהוא דחוק עד מאוד יע"ש ולכאורה היה אפשר לומר דכוונת הרמב"ם כמו שהבין בעל התרומות ולא יקשה עליו קושית הנ"ל דהנה לכאורה לדעת הרר"י שהביא בש"מ בב"ב דף ל"ג ע"א מוכרח כדעת הרמב"ן דגם בכלים שעושין אוכל נפש אם עבר וחבלן מהני וליכא בהו רק עשה דהשב תשיב כי הרר"י דעתו שם דלכך לא החזיר רבא ב"ש הקרקע וטען דאית לי' זוזי אחרינא גבי אבוהון כי לא היה נאמן במגו כי לא מצינו תורת מגו רק במי שבא לזכות בממון זה בטענה זו במגו דאי בעי היה טוען טענה אחרת על המעון הזה עצמו אבל שיהיה נאמן שיש לו זוזי גבי אבוהון במגו דאי בעי היה טוען ומעכב את הקרקע אינו נאמן ולא דמי להנהו עיזי דאכלי חושלא דנאמן לתופסן וז"ל דהתם עיזי גופייהו

הוי תפס ניזק והיה מחזיק בעין משכון עד שישלמו לו נזקו והי' נאמן לעכב' בתורת משכון מתוך שהי' לעכבם ולטעון שהם שלו יע"ש (והש"ך בח"מ סי' ק"נ ס"ק ג' לא ראה דברים הללו כי הוא כתב דגם במטלטלין לדעת הרר"י לא מהני תפיסה יע"ש שכל דבריו נסתרים למעיין בש"מ) מעתה אי ס"ד דאם עבר וחבל לא מהני לרבא בכלי שעושין אוכל נפש דעשה דהשב תשיב לא קאי עלה וכן לאביי מוקי לה תוס' בשחבל בשוגג ולכך אמר אביי דליהדר ק' א"כ אמאי נאמן לטעון עד כדי דמיהן לרבא וכן אביי לא פליג לפי משמעות הסוגיא רק משום דהוי דבר שעשוי להשאיל ולהשכיר הרי כיון שהוא צריך להחזיר ואינו רשאי לעכבו בידו בתורת משכון א"כ אמאי נאמן דהרי אף לרבא צריך הוא להחזיר וכמ"ש הבעל התרומות שם אע"כ דהשב תשיב על הכל קאי ולא צריך למיהדר רק בשעת תשמישו מעתה לפמ"ש הט"ז בדעת הרמב"ם דבבגד אלמנה דאיסורו מצד שהיא אלמנה א"כ לעולם צריך להחזירן אף שלא בעת צר כן מה שא"כ בחובל ריחים ורכב דאיסור רק מפני מלאכתן אין צריך להחזירן רק בעת מלאכתן ולפ"ז ניחא דהרמב"ם ס"ל כדעת הרר"י דאם אינו יכול לעכב המשכון אין כאן מגו דעיקר המגו הוא רק להחזיק הדבר שתופס במגו דלקוח ולכך ס"ל דדוקא הכלים שעושין אוכל נפש אמר רבא דנאמן לטעון עד כדי דמיהן דאינו צריך להחזירו רק בעת שצריך לו אבל בבגד אלמנ' כיון שצריך להחזיר לגמרי אין כאן מגו כלל ולזה אם תכפור תשבע ותפטור ואולם ליישב שאר הקושיות על הרמב"ם יותר כראה לומר דכוונת הרמב"ם בהא דאמר דאם תודה תשלם ואם תכפור תשבע כדברי הריב"ש ואין צורך לחלק בין בגד אלמנה לרחים ורכב וכדי ליישב קושיא הראשונה ש"כ לעיל על הרמב"ם במה שאמר דגם במשכנו בשעת הלואתו ובכל אופן אסר רחמנא לחבל בגד אלמנה ורחים דא"כ מאי פריך על שמואל וכן קושיות הה"ה אפשר לומר לפמ"ש התוס' בדף קט"ו ע"א ד"ה אלמנה דאע"ג דלא תחבול כתיב דמשמע בביתו אפ"ה אסור ניתוח בבגד אלמנה דלכ"ע קרא אתי לאסור בהו ניתוח מה דשרי בעלמא והא דאפקא בלשון חבלה ולא בלשון ניתוח כדי לעבור במשכון ב"ב לאוין ולזה כי מקשי בסוגיא לא מצי לשנויי דקרא אתי לאסור ניתוח דא"כ אמאי אפקה בלשון חבלה יע"ש ונראה דדעת הרמב"ם דכיון דע"כ לשון חבלה דכתיב לאו דוקא א"כ מעתה אין הפרש בין משכון בשעת הלואה או לא דהי' מיני' מפקת ואפ"ה פריך שפיר לשמואל כמ"ש התוס' מדאפקה בלשון חבלה ולכך הוצרך לומר לעבור עליו בשני לאוין אבל לעולם אמאי דשרי רחמנא בעלמא אסר באלמנא לרחים ורכב מיהו כל זה דוקא לשמואל דאמ' אף שליח ב"ד מנתח נתוחי דווקא א"כ אי אמרי' דדוק' חבלה אסור ברחים ואלמנה א"כ לא חצות ברחיא באלמנא מידי טפי מבעלמא נוח לאמר דאף ניתוח וכן כל

משכון אסור אבל לתנא דלית לי' דשמואל ושליח ב"ד מותר אמא בביתו של לוה א"כ מהי תיתו להיציא לשון חבלה דכתוב ברחים ואלמנה ממשמעות דפשטית דהיינו מתוך ביתו וכמו"ש התוס' ולומר דאסור רחמנא אף שלא נכנס או בשעת הלואה כיון דאף בנכנס לתוך ביתו איכא היתירא בשאר כלים ובכל אדם ע"י שליח ב"ד א"כ מהו שאסור ברחים ואלמנה ואין לנו כלום ומעתה נסתרה קושיות המ"מ מדר"ש דאמר עני' דוקא אסור מפני חזרה א"כ מוכרח דדוקא בשעת הלואתו דאיכא לאוקמי הך ברייתא כתנא דפליג ולית ליה הא דשמואל א"כ וודאי דלא אסור רק שלא בשעת הלואתו ויש להוסיף עוד ולאמור לפי גרסת הריף והראש בגיטין ר"פ הנזקין בדר"ש מפני מה אמרה תורה ב"ח בבינונות דמשמע דמדאורייתא לר"ש ב"ח בבינונית והיינו ע"כ מטעם דאיתא בירושלמי כאן דמדכתוב והאיש דהיינו שליח ב"ד יוציא וקאמר דאם הוציא הלוה היה נותן זבורית ואם הוציא המלוה היה נוטל עידית עכשיו ששליח ב"ד מצא נוטל בינונית וכ"כ הפני יהושיע וזה יתכן רק אם שליח ב"ד מותר ליכנס וליטול אבל אם גם שליח ב"ד אסור ליכנס וליטול אין ללמוד מכאן דדינו בבינונית מעתה ע"כ ר"ש לית ליה דשמואל וא"כ וודאי ברייתא אתיא כתנא דל"ל דשמואל ולדידי' מודה הרמב"ם כאמו' וקרוב להנ"ל יש לומר טפ"י מה שכתב הש"א בשם הרן להקשות וז"ל וא"ת ולהאי תכא והיינו מאן דס"ל כשמואל קרא דאם חבל תחבל דמשמע מתוך הבית מאי עביד ליה וכ"ת דקרא איירי בעבר ומשכון תיפשט מיניה דאי עביד מהני ואלו בחמורה לא גמרי מהאי קרא אלא מדכתיב השב תשיבם י"ל אפשר דמוקי לה לשכר כתף ופינדקי ובממשכן מתוך הבית א"כ ס"ל להאי תנא דאפילו נתחו בחוץ מקרי חבלה עכ"ל הרי מבואר מדברי הרן דלא ס"ל כמ"ש התוס' בסוגי' דתמורה יהיה תלמאן דלית ליה דשמואל וכיוצא בזה כתבג"ם הרמבן במלחמות דלא מתוקמא קושיא כתנאי רק שדבריו שם צ"ע והנה לדברי הרן שכתב דמאן דאית ליה דשמואל צריך לומר דחבלה אפילו מבחוץ משמע יש לעיין בהא דמקשי תלמודן לשמואל אלא תחבול בגד ומפני לעבור עליו ב"ב לאוין דממ"נ אם הי' סובר דיתכן לומר דחבלה מבחוץ משמע א"כ לא מקשו מידי ואם הי' סובר דאין לשון חבלה אלא בממשכן מתוך הבית א"כ מאי משני לעבור ב"ב לאוין אכתי תיקשו מאם חבל תחבל דא"א לומר דמיירי בחובל באיסור דא"כ השב תשיבם ל"ל וצריך לומר לדעת הרן דוודאי מאן דמותיב ומשני לעבור ב"ב לאוין הי' סובר דחבלה דווקא מתוך הבית משמע ואפ"ה לא מותיב מאם חבל תחבול דאיכא למימר דמיירי בחובל באיסור וקרא דהשב תשיב או צ"ל דס"ל דברה תורה כלשון ב"א עיין באלו מציאות ל"א ע"ב תו"ס ד"ה דברה ובסוטה דף כ"ד ע"א בתוס' או דס"ל להמקשין דאף דידענו מאם חבל תחבל

משכנו באיסור מ"מ איצטריך השב תשיב לרבות גם בגד אלמנה ורחים ורכב דמחד קרא לא הוי מרבינן רק בנכנס לביתו ולא בגד אלמנה ורחים ורכב כמו שהוא דעת התוס' באמת אבל מאחר ש"כ אם חבל תחבול וגם השב תשיב מרבינן הכל והרן לא קאמר אלא לפי סוגין דתמורה דמרבי נכנס לביתו מהשב תשיב דע"כ סוגין דתמורה סברה דחבלה משמע אפי' ניתוח ובהיתר :

מעתה יתכן דגם דעת הרמב"ם כן ולזה לא יקשה עליו מקושית הגמרא דפריך על שמואל מלא תחבל דלדעתו אין קושיא כיון דאוסר אפילו במשכנו בשעת הלוואתו דוודאי המקשין כאן הי' סובר דחבלה לא משמע אלא שמשכנו מתוך הבית אבל הרמב"ם פוסק כסוגין דתמורה דסברי דחבלה משמע אפילו מבחוץ וה"ה במשכנו בשעת הלואתו ולענין קושית הה"מ כבר כתב התומים דבלא"ה איכא נ"מ בין ר"ש ורבנן גם להחולקים על הרמב"ם יע"ש:

מעתה הבוא נבוא ליישב גם יתר הקושיות דהיינו במ"ש הרמב"ם אצל אלמנה ורחים ורכב דמחזירין ממנו בע"כ ולא כ"כ בחובל מתוך ביתו וכן קושית הלח"ם. ויתכן לומר דהנה יש לעיין בלאו דלא תחבל אם עבר וחבל אם בכל רגע ורגע עובר בלאו כל זמן שמעכב אצלו בגד אלמנה ורחים או אינו עובר רק על פעם ראשון דהיינו בעת שחבל:

ונראה דוודאי אם כאמר דחבלה אינו אלא במשכן מתוך הבית הי' מקום לומר שאינו עובר אלא על שעה שנכנס לבית ומשכן אבל כיון שהורה הרמב"ם דבכל ענין עובר גם בשעת הלואתו א"כ אין לשון לא תחבל רק שלא יהי בגד אלמנה חבול אצלך ובכל רגע רגע עובר הא למה דומה ללאו דלא תלבש שעטנ"ז דאע"ג דאזהר רחמנא לא תלבש אפ"ה אם עבר ולבש בכל רגע עבר בלאו ולר"א במכות דף כ"א ע"ב אם שהה כדי לפשוט וללבוש לוקה ורב ביבי וראב"א לא פליג רק משום לאו שאין בו מעשה עיין בתוס' שבועות דף י"ז ע"א ד"ה או אין צריך שהיי' למלקות אבל לעבור בלאו דכ"ע מודה דעובר [ובתוש' במכות כתבו דטעם ר"ב מפני שאין לו שהות לפשוט עדיין לבישה ראשונה קיימת] אף כאן אע"ג דכתיב לא תחבל מ"מ כל זמן שמעכב חבלה אצלו הוא עובר דלא תחבל דקאמר רחמנא היינו לא תהי' חבול אצלך בגד אלמנה כמו לא תלבש שעטנז דאזהר רחמנא לא תהי לבוש:

והנה דעת הר"י דהמשהה חמץ ודעתו לבערו אינו עובר עליו מפני שהוא לאו הניתק לעשה ותמהו השעח"מ וש"א במאי דמשמע מדבריו דמותר לכתחלה לשהותו ע"ד דבערו דאע"ג דהוי ניתוק לעשה וכי מותר לכתחלה לעבור בלאו הניתוק לעשה מפני שמקיים העשה והש"א בסי' פ"א הרבה בראיות וע"ש:

ולפ"ז ניחא דוודאי עשה דהשב תשיב רבי רחמנא כל חובל באיסור גם בגד אלמנה גם ברחים ורכב על כולם אמר הכתוב השב תשיב ונמצא אם משיב לעת ערב העבוט קיים העשה ואינו לוקה על הלאו כי העשה תקנת הלאו. אבל עם כל זה איך יעכבנו אצלו אם חבל בגד אלמנה או רחים ורכב כיון דבכל רגע שמעכבו עובר וכי מותר לכתחלה לעבור על הלאו על סמך שיקיים עשה שבו ולזה כתב הרמב"ם דאם חבל מחזירין ממנו בע"כ ולא מפני דאם עבד לא מהני כמ"ש הריב"ש דהרי לדעת מהר"ש יפה שהביא המל"מ בפ' מהלכות מלוה ולוה דעת התו' דאי עביד מהני רק כדברינו הנ"ל מפני שבכל רגע עובר דלא תחבל משמע שלא יהיה חבול וכ"ז ברחים ורכב ובגד אלמנ' אבל עבר ונכנס לבית הלוה ומשכנו התם ודאי דאחר שיצא ומשכן אין שם לאו חדש בכל פעם רק מה שעבר ונכנס וכיון דהתורה נתקו לעשה דהשב תשיב יש כו להשיב העבוט לעת ערב וינתק הלאו ואין טעם להחזירו ממנו בעל כרחו בתוך הזמן:

והנה לדעת הסוברים דמותר לחבול בגד אלמנה ורחים בעת שאין צריך להם וכמו שכתבו בשם הירושלמי דנוטל את הקורדם ומחרישה בלילה. ומחזירין ביום וחתרו למצוא מקום שחייב להחזיר אם חבל כלים אלו בעת שאין צורך להם שחייב להחזירם והוצרכו לומר מק"ו או דהשב תשיב גם לכלים אלו קאי ובאמת צ"ע דנהי דמרבינהו בחבלן באיסור אבל בחבלן בהיתר מנין לכו שחייב להחזירם דהרי אמרו דווקא כלי גופו דומיא דכמותו וכמו שכתב בשם הספרי:

ואולם אם צדקו דברינו דלאו דלא תחבל פירושו שלא יהי חבול א"כ גם אם העשה דהשב תשיב לא קאי עלה מ"מ ממילא צריך הוא להחזירן כיבוא עת שימושן דאם איני מחזיר הרי הוא חובלן ועובר בלאו. מעתה לפמ"ש התומים דלדעת הרמ"א דס"ל דערב ואינך לא נתמעטו רק דמותר ליכנס ולחיבלן אבל לענין חובל כלים שעושין בהם אוכל נפש נוהג גם בערב כו' וכ' התומים דלפ"ז נוהג גם בהקדש דמהי תיתי לחלק מעתה לדברינו ה"ה דאם חבל הגזבר רחים ורכב שלא בשעת מלאכתן חייב הוא להחזירן בשעת מלאכה דאם מעכבן הרי היא חובלי אבל לדעת הסוברים דלא אתי אלא מק"ו א"כ אם הגזבר חבל רחיים ורכב בשעת היתר אינו צריך להחזירו דהחזרה אינו נוהג בהקדש אבל לדברינו חייב הוא להחזיר שלא יהיה עובר בלאו ובזה מיושב קו' מהרש"א דאמאי צריך ג"ש דמיכה איכה תיפוק לי' מק"ו ולהנ"ל ניחא בהקדים מה שנחלקו ר"ת והרמב"ן דהר"ת כפי מה שהביא הרא"ש בשמו דעתו דבשעת משכון לביטחון לכ"ע אין מסדרין ופלוגתא דמסדרין לב"ח היינו אם ממשכון לפירעון דאם היו מסדרין גם במשכון לביטחון א"כ

איך קאמר דבערכין מסדרין ואין מחזירין הרי כיון דמסדרין ומניחין לו מה שצריך מה יחזירו לו עוד.

אבל הרמב"ן כפי מה שהביא בעה"ת בשמו סובר דלעולם מסדרין גם בשעת המשכון וחומרא דהקדש מבשל הדיוט היינו לענין איצטלית בת מאה מנה דמחזירין אותו בעיני' וכן לענין כדים שעושין בהם אוכל נפש דמחזירין בהדיוט ואין מחזירין בהקדש יע"ש:

והנה התוס' כפי מה ש"כ בשם ר"ת א"א לדידי' לומר כשיטת הרמב"ן דהרי דעתו דאין מסדרין ולפלוגתא דר"ע ור"י על הת"ק דלת"ק מפשיטין אותו ומלבישין אותו איצטלית הראוי לו היינו בשעת המשכן דלת"ק עושין השבת העבוט בראוי לו ולא בעיני' ולר"י ולר"ע בעיני משום דכל ישראל בני מלכים הן ולדידהו אם הדין מסדרין כיון דכל ישראל בני מלכים מניחין לו איצטלית בת מאה מנה כדמוכח מדברי התוס' במה שהביא ר"ת ראי' מהא דאמרינן אפילו מגלימא דעל כתפו' דא"א לומר דמפשיטין כיון דכל ישראל בני מלכים הרי דאם מסדרין מניחין לו איצטלית בת מאה מנה וממילא בערכין דמסדרין למ"ד כל ישראל ב"מ מניחין לו איצטלית בת ק' מנה וא"כ לכ"ע אין חומר בהדיוט מהקדש לת"ק הרי מפשיטין אותו ואין מניחין בו אפילו לעשות בו השבת העבוט ולר"י ולר"ע מניחין אותו אפילו בשעת סידור ובענין כלים שעושין בהם אוכל נפש אין חומר דאף בהדיוט אין כאן השבת העבוט כדמוכח מדבריהם במתני' ולקמן בחובל רחים ורכב דעשה דהשב תשיב לא קאי כלל עליי' לדעתם וא"א לומר כדעת הרמב"ן והוכרח ר"ת לחלק בין משכון לפירעון דבי' שייך סידור ובין משכון לביטחון דלכ"ע אין סידור:

אבל דעת הרמב"ן כאמור דהשבת העבוט בעין וכן בכלים שעושים בהם אוכל נפש יש בהן חזרה בהדיוט ולכן איכא למימר דמסדרין מיד בשעת המשכון ואולם כפי מה שבארנו למעלה דלדעת הרמב"ם אף בהקדש אם משכון כלים שעושים בהם אוכל נפש כיון דעובר בלאו וכמ"ש התומים א"כ צריך הוא להחזירם דגם בהקדש שייך הלאו והחזרה הוא שלא יעבור בלאו:

מעתה אין בכלים אלו חומר בהדיוט ולא נשאר כי אם החומר הזה דבהדיוט מחזירים כל זמן החזרה בעיני' מה שא"כ בהקדש:

ואולם הניחא לת"ק אבל לר"י ור"ע דס"ל כל ישראל ב"מ וא"כ אף בשעת סידור מניחין לו איצטלית בת מאה מנה. מעתה שוב אין חומרא בהדיוט מבהקדש וא"כ א"א ללמוד לדידהו מק"ו דהקדש דאין מחזירין מסדרין ב"ח הדיוט דמחזיר כ"ש שמסדרין דכיון דמסדרן בהקדש מה יחזירו עוד והרי וודאי אם עבר הגזבר ולקח הסידור צריך הוא להחזיר לו כליו. ובפרט בערכין דנידון בהשג יד ואליבא קאמר אלי' לרבה ג"ש דמיכה

מיכה דלדידי' ליכא ק"ו ואין להקשות לר"ע וכר"י במאי יחזירו בב"ח אם נאמר דמסדרין כי כבר כתב הרמב"ן דאע"ג דמסדרין מ"מ אם עבר הב"ח וגבה ממני הסידור מהני ומחזיר לו את הכר בלילה ומחרישה ביום ובהכי מיירי מתני' כמ"ש הבעה"ת בשמו בש"א חלק ויו ולא ידעתי חולק עליו בפירוש [אף שיש לדקדק כן מכח קושית הראשונים ממתני']: **ומעתה** מה שכתב הג"ת בש"א חלק א' דאם תפס המלוה כלי הסידור יכול לומר קים לי כר"ת דאין מסדרין ולכאורה אף אי מסדרין הא אמר הרמב"ן דמהני אם תפס רק דמחזיר לעולם וחוור וממשכן ואמנם אם ממשכנו לפירעון דבהא לדעת ר"ת אין כאן חזרה ואם אין מסדרין יכול לעכב המלוה בידו ואין צריך להחזיר ואם גם דעת הרמב"ן דבמשכון לפירעון אין צריך להחזיר לו רק למ"ד יום ולא לעולם כדמשמע שם בסוף דברי הרמב"ן דאינו מחוייב רק עד זמן שב"ד מגבין לו וא"כ יש לעיין אם מהני בכלי סידור בעבר ומשכנו לפירעון וצריך לומר הא דאמר הרמב"ן דבעבר ומשכן מהני ומחזיר לעולם היינו מפני כיון דלדידי' הדין דמסדרין א"כ לעולם לא יגבוהו הב"ד את כלי הסידור ובלי גביית ב"ד מבואר שם צריך להחזיר לעולם וא"כ איכא נ"מ בזה שכ' הג"ת דמצי למימר קים לי' כר"ת דאז יגבוהו הב"ד וצ"ע אם שייך בזה לומר קים לי' כיון דע"כ צריך הוא לדעת הב"ד ואינו דומה לשאר קים לי' ואולי לר"ת באמת א"צ לב"ד להגבותו וצ"ע:

סימן יט

בסוגי' הנ"ל בשם בן המחבר מהר"ם נ'

בבא מציעא דף קיג. בסוגיא דמסדרין לב"ח תוס' ד"ה מחזיר את הכר. הקשו בריש תמורה פריך לרבא דאמר כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד ל"מ. והרי השבת העכוט וכו' ותנן מחזר את הכר בלילה. וקשה דילמא מיירי דמשכנו ברשות. ונרא' לפע"ד ליישב הנה דעת הרמב"ן דלדידן דפסקינן מסדרין לב"ח מסדרין תיכף בשעת משכון. והקשה הלח"ם דא"כ היכא אמרינן בברייתא באלו מציאות אם חבל תחבול אין לי אלא שמשכנו ברשות ב"ד משכנו שלא ברשות ב"ד מכלן. ולדבריהם דס"ל מסדרין תיכף בשעת המשכון היכא משכחת לה ברשות ב"ד הא מסדרין מיד. ונלפע"ד לפי מה שכתב התומים סי' צ"ז ס"ק ז'. דאם בשעת משכון היה עשיר ואח"כ העני מחוייב להחזיר כדין השבת המבוט והביא ראיה מהתוספתא וירושלמי וא"כ לפי"ז י"ל דהפירוש בברייתי' אין לי אלא שמשכנו ברשות ב"ד דהיינו אם היה עשיר דאז ממשכנין ולא שייך גבי דין סידור וא"כ אם אח"כ העני אז שייך גבי דין חזרה:

והנה עוד הקשה הלח"מ אמתני' דתנן מחזיר את הכר. והאיך משכחת לה הא מסדרין תיכף עיי"ש. והנה לזה אין מספיק התי' הזה דהנה תני במתניתין נוטל אחד ומחזיר אחד. ומחזיר את הכר. ופירש"י דפירושא דרישא קתני וא"כ ע"כ אין לומר בגוונא שכתבתי דהרי כאן מיירי בתחילת משכון. והנה על זה כבר כתב הנ"י דמיירי בעבר ומשכנו. והנה אם כאמר דמיירי בעבר ומשכנו לא שייך לומר דמיירי במשכון עפ"י ב"ד דהאיך יעשו הב"ד שלא כדין ויקחו משכון החפצים אשר מחויבים הב"ד להניח לו מדין סידור. וע"כ צ"ל דמיירי שמשכנו המלוה בעצמו והנה לפי דעת הסמ"ע דניתוח גבי לוה אסור מד"ת ושפיר הוכיח הגמרא אמתני' דידן דמיירי במשכנו באיסור כיון דתני ומחזיר את הכר בלילה והם דבריש שמסדרין לו ואי אפשר לומר שמשכנו עפ"י ב"ד. וצריך לומר דמשכנו הלוה ושפיר מוכח דאי עביד מהני. והנה כל זה אם אמרינן דמסדרין לבעל חוב אמנם אם כאמר דאין מסדרין אינו מוכח כלל. ממשנתינו דמיירי במשכנו באיסור. ומתורץ בזה הוכחת ר"ת דפסק דאין מסדרין מדלא חזינן שום אמורא דסובר דמסדרין. והנה לפי הדברים האלה ע"כ מוכח דסתם ג"מ שם בתמורה סובר דמסדרין דא"כ מאי מקשי ממשנתנו:

שם בגמרא לעבור עליו בהני לאווין והקשה התומים לדעת הרמ"ה דס"ל דלענין שלא לחבול בגד אלמנה ערב שוה לשאר מלוה וא"כ דילמא קרא אתא לאסור גבי ערב. ונלפע"ד ליישב דהנה התוס' לקמן דף קט"ו ד"ה אלמנה ה"ק אמאי לא פריך ממתני' אשמואל דמשמע הא אחר ממשכנו עיי"ש. ותירצו בתירוץ השני וז"ל ועוד כראה לפרש דלכ"ע לא יחבול רחיים ורכב ולחבול בגד אלמנה אתי קרא לאסור ניתוח דשרי והא דאפקה בלשון חבלה ולא בלשון נתוח כדי לעבור במשכון ב"ב לאוין אהכי לעיל כי אקשינן לשמואל איצטרך לשנויי לעבור ב"ב לאוין ולא קאמר לאסור נתוח דשרי בעלמא משום דהוי קשי ליה אמאי אפקה בלהון חבלה עכ"ל עיי"ש. והנה אם נאמר דאיירי בערב בוודאי לא קשה אמאי נקט לשון חבלה דהרי בערב התירה התרה חבלה ולכך גבי אלמנה אסרה התורה חבלה וא"כ אם כאמר דמיירי בערב אין מהראוי לאסור גבי ערב נתוח וכן גבי שאר מלוה לאסור גבי אלמ"נ או גבי א"נ נתוח כיון דעיק' ההוכח' דאפקה רחמנא בלשון חבלה. וא"כ לפ"ז הדרה הקושיא לדוכתא דקשה ממשנתנו לשמואל מדקתני אין ממשכנין דמשמע הא שאר אנשים ממשכנן ולפ"ז ניחא קושית התומים דאם נאמר דמיירי בערב הן אמת דמהפסוקים לא יקשה אכתי יקשה ממתניתין ולכך תירוך שגמרא. לעבור בשני לאוין. וממילא גם ממתני לא קשה כמ"ש התוס':

דף קי"ז הקשה הגמרא ויסדרו בב"ח ק"ו מערכין והקשה המהרש"א אמאי צריך לדידן להך גז"ש דמיכה מיכה כיון דעל כרחך לית לן הך מעוטא דהיא ולא ב"ח וא"כ בלא"ה מסדרין מכל ק"ו. ונלפע"ד דהנה לקמן איתא לביתו אי אתה נכנס אבל אתה נכנס לביתו של ערב וכן לשכר כתף כולהו ממעטינן התם דמותר לכנוס לביתו. והנה הביא בטור בשם הרמה דערב אימעוט דווקא דמותר ליכנוס לביתו אבל בשאר דיני' דהזהירה התורה למלוה אין חילוק בין ערב לשאר מלוה. וכתב האו"ת וז"ל באורים ס"ק ל"ב כראה דס"ל דבערב לית בי' משום השבת עבוט דקרא דהשיב תשיב לא קאי עלי' עיי"ש:

והנה לפי"ז בערב אין מחזירין. אמנם מסדרין לדידן וודאי מסדרין אם אמרינן הג"ש מיכה מיכה. אמנם אם אמרינן דמסדרין מצד הק"ו דמה הקדש דאין מחזירין מסדרין ב"ח שמחזירין אינו דין שמסדרין וכיון דכן בערב דאין מחזירין מכא לן דמסדרין דגבי ערב לא שייך הק"ו ולפ"ז ניחא קושית המהרש"א דהתורה רצה להורות לנו דגם בערב מסדרין וא"כ אי לא הוי הג"ש רק הק"ו וא"כ הי' הדין דאין מסדרין ויש להעמים זה בלשון האיבעי מי גמר מיכה מיכה מערכין דהיינו דאיבעי לי' בתרתי אם מסדרין כלל ואף אם נאמר דמסדרין אם גמר מיכה מיכה וממילא גם בערב מסדרין או מצד הק"ו א"כ בערב אין מסדרין:

באופן אחר יש ליישב קושית המהאש"א הנ"ל דהנה התוס' ד"ה מה ערכין הקשו וז"ל וא"ת כיון דמסדרין ומניחין לו שיעור המפורש במשנתינו א"כ מאי חזרה שייך דהרי מניחין לו לגמרי כדי צרכו ומה יחזיר לו עוד והביא הש"מ בשם הרן וז"ל וי"ל דמשכחת לה באיצטלית בת מאה מנה שממשכנין אותה דלאו בת סידור היא ואין מחזירין דליכא בערכין מצות חזרה ואלו בב"ח מחזירין דהא עני הוא ואפילו למ"ד אין מסדרין כל למ"ד יים שהוא זמן ב"ד חייב להחזיר וכן לעולם כל שלא מכרה עכ"ל הרן. והנה למאן דס"ל כל ישראל בני מלכים הם ואמרינן כל ישראל ראוין לאותה איצטלא גם בערכין בוודאי אם מסדרין אותו מניחין לו זו האיצטלות וא"כ אין כאן ק"ו דהרי מניחין לו הכל בתורת סידור וא"כ מאי יחזירו לו. והנה הר"ת פוסק כמ"ד כל ישראל בני מלכים (והנה אף על פי כן אין ראי' דאין מסדרין מדרשב"ג אין ראי' דאין זה כלל מלא כמ"ש הראשונים ומהך דמני' ואף מן גלימא דעל כתפי' אין ראי' דס"ל כמ"ש הראשונים דמיירי שיש לו עוד אחרת) וכיון דהלכה כמ"ד כל ישראל בני מלכים וממילא אין כאן ק"ו דהא מניחין לו כל הצריך לו בעת הסידור. ולפי"ז מתורץ קושית המהרש"א דהגמרא שפיר פריך כיון דאילפא וב"פ אמרו ומה ב"ח שאין מחזירין מסדרין וא"כ ע"כ לדידי' יש חילוק בין מחזירין למסדרין והיינו באיצטלית בת מאה מנה וא"כ שפיר פריך דנימא ק"ו איפכא.

אמנם למאן דפוסק כל ישראל בני מלכים הם וא"כ בערכין מסדרין לו הכסות אף אם היא איצטלית בת מאה מנה וא"כ שפיר צריך הג"ש דהרי אין כאן ק"ו דהרי מניחין לו הכל בעת תסידור:

והנה התבואות שור. סוף הספר תירוץ קושיא הנ"ל וז"ל ונראה כשנדקדק עוד על האי ק"ו דאיכא למיפרך כדפרכינן בב"ק דף ז' מה לערכין שהוא הקדש והורע כוחו בנזיקין תאמר בב"ח שיפה כוחו וצ"ל דסוגיא דהכא אזלי אליבא דר"ע דהתם דס"ל כר"ש בן מנסיא וס"ל דהקדש יפה כוחו בנזיקין והשתא ניחא מאי דגמרינן מיכה מיכה כדידי' דלא ס"ל כר"ש בן מנסיא וק"ו פריכא הוא עכ"ל. ובדבריו הקדושים יש ליישב לפענ"ד קושי המהרש"א שהקשה וז"ל אך ק"ל דאכתי אמאי לא מייתי למיפשט מברייתא דלעיל דס"ל כדרך שמסדרין בערכין כך מסדרין לבעל חוב ונ"ל דהנה לפי מה שכתב התב"ש הך ק"ו תליא בפלוגתא דתנאי אם הקדש יפה כחו בנזיקין דלדידן דס"ל שור של הדיוט שנגח שורו של הקדש פטור הך ק"ו ליתא. אמנם לר"ע ולר"ש בן מנסיא דס"ל דחייב הך ק"ו אלים. וצריך לומר תירוך הג"מ הוא ולא ב"ח. והנה לר"י דס"ל דדרשינן הוא עד שיהא במכותו מתחילתו ועד סופו או דדרשינן הוא ולא אשתו וא"כ לית לן מיעוט על ב"ח א"כ אם הך תנא סובר כר"כ בן מנסיא בוודאי יש לן לומר דמסדרין מצד הק"ו וא"כ לפי"ז לא רצה הג"מ למיפשט בעין מהך ברייתא דנוכל לוהר דהברייתא ס"ל כר"ע וכר"ש בן מנסיא דהקדש יפה כוחו בנזיקין וא"כ הק"ו אליס וגם ס"ל כר"י דדרשינן מהוא עד שיהא במכותו מתחילתו עד סופו וא"כ אין לנו שום מיעוט. דלא יסדרו בב"ח. אמנם לדידן דפסקינן דהקדש הורע כוחו בנזיקין וא"כ הק"ו מופרך וא"כ כיון דהג"ש מיכה מיכה לא ידע אי גמרינן וא"כ לדידן עדיין לא כפשט האיבעי' והתוס' שהקשו מר"י ור"ע. ולא ניחא לה בהך תירוצא י"ל משום ר' ישמאעל דס"ל התם בב"ק דשור של הדייט שנגח של הקדש פטור וא"כ לדידי' אמרינן דמסדרין וודאי גמר הג"ש מיכה עיכה ולכך כתבו התוס' תירוץ העולה לשניהם בין לר"י ובין לר"ע:

ובזה יש ליישב מה שהקשה הראש בפסקיו בנדרים דף ס"ה ש"מ אין מסדרין דמשמע דסתם הגמרא סובר מסדרין. ולפי דברי התבואות השור ניחא דהרי לדבריו דר"ע דס"ל דשור ישראל שנגח של הקדש חייב וא"כ הק"ו אלים למילף ב"ח מערכין וא"כ שפיר הקשה הגמרא דהרי התם ר"ע אמר להא אפילו אתה מוכר שער ראשך וא"כ שפיר הקשה הג"מ ש"מ אין מסדרין א"כ קשיא דר"ע אדר"ע דהוא ע"כ סבר מסדרין לב"ח מהיקישא דערכין:

סימן כ

שלום וישע דב לכבוד הרב המאור הגדול כקש"ת מ' משה אהרן נ"י רב ומורה בק"ק טאלי יע"א:

נעימות ימינו הגיעני ואודות דבר המשפט אשר בא לפניו כי מסר איש לרעהו ממרי' חלק להבטיחו שיהי' שותף עמו בארענדא אחת. ולאחר ששכר השותף האחד את הארחנדא נתן לו מחצית הערבון דראנגעלד שנתן וגם בהשיגו הקונטראקט דברו כבר על עסק השותפות כמשפט שותפים ולאחר ימים שלח זה השותף אשר לקח הקונטראקט על שמו את חמשים הכסף אשר נתן נתן לרעהו והחזירם לידו באמרו כי לא יחפוץ אותו להיות שותפו וכאשר הגיעו למשפט הוציא את כ"י הנ"ל אשר מלא מכתב עצמו והנה כתב בי' שאם לא יתן לו לזמן ידוע סך קפ"ג כסף מחצית מחיר הארענדא ועוד ת"ר מאות כסף להתעסק בהן בארענדא לא יהיה לו חלק ונחלה בהאראנדא ועוד יתחייב ליתן לו מאה כסף מחיר הפסידו ויטעון בעל השטר הלזה כי כן היה התנאים בעל פה בעת לקחו לשותף וע"ז נתן השטר והאחר אמר להד"מ רק שטר בטחון הי' והי' כתוב למעלה אבצינאל וועקסיל וחתכו וזה ניכר לעין הרואה גם נכתב אצל החתימה סך מאה כסף ועדיין יש רווח כמה שורות בין הכתב להחתימה וכבר הארוך מעכ"ת נ"י בזה ביותר:

הנה אודות הקנס נראה וודאי שיש בו משום אסמכתא כמו אם אוביר ולא אעבוד אשלם אלפא זוזי ואינו חייב רק אם יברר שהיה לו הפסד בזה השותפות אזי יש לו לתבוע רק הפסד ולא זולתו וכבר רציתי לומר זה כמה דתנאים כאלה שיש בהם משום אסמכתא מדינא יועילו מדין סטימותא והבאתי ראי' לזה ומו"ר הגאון זצ"ל השיב לי שאין בזה משום סטימותא יען אין המנהג פשוט כ"כ בין הסוחרים כי כל פעם אשר יקרה כזה יבואו אח"כ למשפט וכבר באו דבריו ז"ל בדפוס אצל חידושי ר"י מיג"ש על שבועות ייע"ש שהעלה דלא קני:

ובנידון זה יש עוד ריעותא שהרי החזיר לו חמשים כסף שהיה בידו ואם טענתו אמת שהתנה עונו כאשר כ' בממרים שאם יאחר המועד יתחייב לו מאה כסף מדוע החזיר החמשים אשר היה בידו הרי זה דומה למה ששנינו בסוף כתובות דלכ"ע כל שאין שם טעם לומר מדוע עשה כן ומבואר בח"מ סי' פ"ב סעיף א' דאפי' יש נאמנות בשטר אפ"ה מרע לי' חזקה זו ונאמן הוא לומר שובר היה לי ואבדתיו ואף דאינו נאמן לומר מזוייף הוא אם השטר מקויים לדעת הי"א מ"מ פשוט דנידון זה לא דמי כלל להתם שבא להכחיש העדים מה שא"כ שאין החזקה זו רק ראי' לסתור מה שהוסיף עליו בכתב ידו

מכח הנאמנות ושפיר מתרע ע"י חזקה זו באופן שאין לו תביעה עליו לגבות ממנו ע הקנס ההוא:

ואולם מה שכתב בממרים שאם יאחר המועד לתת סך הנ"ל לא יהיה לו חלק בשותפות בזה נראה לכאור' דלא הוי בי' משום אסמכתא ודמי קצת לאם אוביר ולא אעבוד אשלם במיטבא דלא הוי אסמכתא משום דלא גזים ולתנאי גמור נתכוין ולא להסמיך אף כאן כיון שנראה דלכך לקחו לשותף מפני כי קצרה ידו להחזיק את הארענדא לבדו אם לא יחזיק בתנאו אשר התחייב לעומתו אין זה גוזמא אם מתנה שלא יהיה שותפות עוד ודומה קצת למ"ש המרדכי סוף פ"י דכתובות והובא בש"ע בסי' קע"ו סעיף וי"ו בהג"ה ובסעיף מ"א שם אע"ג דלא דמי לגמרי כמובן מ"מ אין לנו לדונו אסמכתא ולבטלו לגמרי ואם נאמר דכיון דכתוב שהתנה ג"כ שיתחייב לו לשלם מאה כסף ובזה יש בי' משום אסמכתא א"כ גם תנאי זה בטל נראה דוודאי לדעת הרי"ף בפ' המקבל שכתב דאם התנה אם אוביר ולא אעבוד אשלם אלפא זוזי נהי דלא משלם אלפי זוזי מ"מ צריך ליתן לו מה דאוביר בשוה. דאע"ג דמאי דגזים בטיל משום אסמכתא מה דלא גזים קיים א"כ לדידי' פשוט גם כאן דאף דא"צ ליתן לו מאה כסף משום אסמכתא מ"מ התנאי השני קיים כי לא יהיה עוד בהארנדא ואף להרא"ש החולק על הריף וס"ל כיון דהתנאי בטל אינו חייב ליתן לו כלום מפני המנהג והיכא דלא נהוג להראש אינו משלם כלום וכמ"ש הב"י ביס' ר"ז מ"מ נראה דהיינו דוקא באם אוביר יתן אלפא זוזי דהתם לא היה רק דברים האלה בזה אמרינן אחרי דאלפא זוזי בטל הוי כלא התנה אבל כאן שני דברים היו בתנאו שישלם מאה כסף וידחה מן השותפות ונהי דמאה כסף א"צ ליתן אבל תנאי זה לא בטל והרי שם בא"נ דאמרי' אלא אפותיקו דקאמר ר"פ ה"ד דאמר לא יהי' לך פרעון מלא מזו ופירש"י והרא"ש שאמר לו אם לא אפרע לך עד יום פלוני יהי' כל השדה שלך ואף בתוך הזמן לא יהי' לך פרעון אלא מזו. וכ' הראש שם דמ"מ יכול לסלקו במעות דאל"כ הוי מכירה גמורה למקצתו או לכולה יע"ש הרי אע"ג דאם לא התנה הי' יכול לסלקו באיזה שירצה והרי התנה ב"כ שאם לא יפרע בזמנו יהי' כל השדה שלו ותנאי זה בטל אפ"ה מה שהתנה שישלם לו מקרקע זו אם לא יפרענו במעות תנאו קיים וה"ה הכי בנידון זה:

ובזה מיושב מה שתמה הרב"י בשם א"ז על הרא"ש שתמה על הרי"ף שלא הביא מימרא קמיותא דר"פ ומימרא זו שהשמיט ג"כ הרי"ף ע"ז לא תמה כלל הרא"ש והקשה הב"י מ"ש ו"כ דדעת הרא"ש שהרי"ף הי' מפרש כפיר"שי הנ"ל ולא הוצרך להביאו לרוב פשיטותו ודחה הב"י דאי משום זה לא היה הרי"ף להשמיטו כיון דהוצרך תלמודן להשמיענו ולהנ"ל נראה דעיקר החידוש בהך אפותיקו דלא נימא כיון דהתנאי בטל במה

שהתנה אם לא יפרע בזמנו יהי' כל השדה שלו יתבטל ג"כ מה שהתנה דאף בתוך הזמן יפרע לפי מעותיו רק מזה אם לא ישלם לו מעות וזה לא הוצרך הרי"ף להביא דגדולה מזו כ' בהמקכל דאפי' בדיבור אחד כגון אם אוביר כו' אלפו זוזי אפ"ה קיים וצריך לשלם מאי דאוביר בשוה ואין סתירה לדינו של הרי"ף בהמקבל מהך דהכא דא"כ מאי אשמעינן דהכא לא אמרינן דבכה"ג משכחת אפותיקי דקאמר ר"פ אבל ר"פ ל"ק הכי אבל הראש דפליג התם על הרי"ף הוצרך כאן להביא דר"פ ואין להאריך בזה:

ואולם כ"ז אם ידענו שהתנה כן אבל בנידון זה ש"כ אצל החתימה סך מאה כסף (וכ"ש אם נתברר שהי' כתוב למעלה אבצינאל וועכסיל) בזה פשוט לפע"ד דאינו נכון לומר שהתנה כן כיון ש"כ בכתב עצמו וידוע שהוסיף בן אחר הזמן וכ"ש שיש ריוח עוד בין הכתב להרתימה פשוט כי אינו נאמן בזה כלל ואם א"א כלל לחתוך את הסך מאה כסף הנרשם אצל החתימה כי אז הי' ניכר הזיוף בבירור א"כ ה"ז כממרם שכתוב מעבר לדף כנגד החתימה הסך דוודאי איכו יכול להוסיף רק מה שנוגע לענין נאמנות ולא דבר חדש ה"ה כאן ש"כ אצל החתימה סך מאה כסף לא האמינו רק עליהם ולא על זולתם ואע"ג דממרם כתבו בצד השני לצד החתימה ממשמעות כתב זה על סך פלוני דמוכח בפירוש מ"מ גם בזה ידוע דלכך כותבין הסך אצל החתימה שלא יוכל להוסיף דבר וא"כ אין יכול לחדש מאומה רק מה שמגיע לסך מאה כסף ולא דבר אחר וצא מהכי לרמאי ברמיותי' כלום דמאה כסף יש בהם משום אסמכתא וזה הוכחה ששקר נסכו ועל השאר לא האמינו ואם ישבע שלא התנה כלום עמו הרי הוא שותפו כבתחלה ויפה דן מעכ"ת נ' ויש לדון הרבה בדברי התומים במה שדחה דברי השבות יעקב אשר לפענ"ד נראה כי קשה לדחותם וגם כדברי קצה"ח בכי' ס"ת שדימה חתימה בכתב ידו לנאמנות בלא קנין אלא שכאן נראה דאין צורך לכך.

דברי נדודו הק' מאיר אש:

סימן כא

שאלה להגאון בעל חת"ס זצ"ל.

ילמדינו רבינו רוח אפינו את משפט ראובן אשר קנה עץ מן שר א בשבע מאות זהובים. אך לא נתן כ"א ב' מאות זהובים וישם מועד לתת את המותר וגם יום מוגבל לקחת את העצים מן היער ויחייב את עצמו כ"א יעבור המועד הן מן הפרעון הה' מאות והן מפנות העצים ומן היער אבד זכותו ולא יבא עוד ויכתבו כ"ז בס' (קאנטראק) ובהגיע תור הפרעון לא הי' לאל יד ראובן לצאת י"ח ויבא הלך לאיש עשיר ויחל אותו שיתן בעדו

ה' מאות זהו' להשר. ויואל האיש ויתן הוא את המעות בעצמו אל השר. וראובן מסר לו השטר לערבין. ויקבע לו זמן פרעון ושאם יעבור המועד יהיה כמלוה כל השטר כי אמר טוב תתי את הב' מאות לך מתתי להשר. ויגיע הזמן ולא פרע וישם לו זמן שני וגם אותו העביר המועד. גם העביר את היום אשר הגביל לפנות העץ מהיער. נוסף על זה קם היער לאחוזה לשר אחר אשר לא יתן לזרים אשר לא קכו ממנו דבר בוא בגבולו עד כי נואשו המלוה והלוה מכספם ועציהם. והנה ראובן שבק חיים לרבינו ולכל ישראל ואחרי פטירתו ביקש השר מן המלוה הנ"ל הלואה סך מסוים. ויאמר אליו המלוה אדוני הנה בא לאוצרך שבע מאות זהו' חנם ממני כי לא לקחנו העצים ואתה הואל וקח אתה את העצים כי לעומתך לא יעיז בעל היער את פניו ותוכל להובילם כרצונך. ויאות לו השר כי הוצרך למעות ויקנה העצים בהפסד מועט. ונמצא שיבוא המעות לידי גיבוי. והנה המלוה ישר לב לא יבקש רק מעותיו ואת המותר יחזור ליתומים ואולם יש על היתומים בע"ח וכתובת אשה. ועתה יורנו רבינו אם משפטם לגבות מן המעות הללו:

וירשני רבינו ני להציע את ספיקותי לכאורה הדין תלוי אם מגיע המעות הנ"ל ליתומים בדין מן השר או המלוה או לא שאם עפ"י הדין אינו מגיע להם ורק מן השמים רוחמו לכאורה אין תביעה לבע"ח ולכתובה עליהן אפי' להסוברים דב"ח גובה מן הראוי' היינו בירושת אבי אביהם או שכר פעולה. אבל זה כמו שקבלו יתומים מתנה ונותן להם לאהבת אביהם דמשמע ודאי שאין בע"ח גובה מהם וכבר כתב כי"ב במ"למ פר"א מהל' מלוה ולוה:

ונסתפקתי תחלה מצד תנאו עם הישראל המלוה. הנה המחבר סתם בסי' ר"ז כדעת הרמב"ם דכ' דבר שהוא תחת ידו ומוחל אותו אליו אין בו משום אסמכתא. ולדעת הרב המגיד בפ"ד מהל' ח"ומ וכן בפ"א מהל' מכירה ה"ה במשכון אין בו משום אסמכתא. תנאי זה שהתנה עם הישראל המלוה אם לא יפרע לו לזמן פלוני יהיה השטר שלו (אם נידון אותו כמשכון אף שאין בו כתיבה ומסירה) תנאו קיים. ואולם המחבר עצמו סי' ע"ג (סעיף י"ז פסק דאפי' במעכשיו הוי אסמכת' כה"ג. וכבר ההעורר התומים על סאירת הפסקים האלו. ובאמת שיש לחלק בין נתנו לו בתורת משכון דהתם אין הוכחה דגמר ומקני מדמסרו לידו דהרי הוצרך למסור לידו דאל"כ לא הלוה עליו וגם הכ"מ כתב לחלק במשכון. ואולם הה"מ כתב להדיא דאף במשכון דינו של הר"מ. וכמ"ש התומים ומ"מ אין תימא שיסתום המחברר דלא כוותי' דהרי על גוף דינו של הר"מ רבים החולקי' וא"כ במשכן דעכ"פ א"ל דהר"מ מודה לכך סתם המחבר דלא כה"המ. גם אולי מיירי המחבר בסי' ע"ג דאחרי שנתן לו המשכון התנה עמו התנאי ההוא וכ"כ הלח"מ לפרש לדעת

הה"מ בפי"א מהל מכירה הל' ג' אלא שכתוב עוד לפרש דעת הה"ה דבכל משכון אין בו אסמכת' ולדבריו יסתרו דברי הה"מ במכירה להל' חו"מ:

עוד לא הבנתי לדעת המחבר שסתם כהר"מ. דהרי הקשו על הר"מ דהך מי שפרע מקצת חובו וכו' דע"כ דמיירי באומר דאם לא יתן יתן לזמן פלוני המותר יהיה המעות מתנה ואפ"ה יש בו משום אסמכתא. ותי' הכ"מ דיתן דקאמרי ר' יוסי ור"י הייני בעידי מסירה. וא"כ משמע דע"כ מיירי באם אומר שהוא מתנה שאם לא יפרע לזמן פלוני יתחייב מתחלה על השטר ההוא ואולם אם התנה שיהיה המעות מתנה אין בו משום אסמכתא לדעת הכ"מ וכקו' אליבא דהר"מ והרי בסי' נ"ה פסק המחבר דמי שפרע מקצת חובו וכו' הוי אסמכתא אא"כ קכו ממנו בב"ד חשוב והתפי' זכיותיו ואח"כ כ' דוקא שאמרו לו שיהיה המעות מתנה ותמוה דא"כ אמאי צריך ב"ד חשוב לדעתו שסתם כהר"מ:

ובגוף תי' הב"י ובכ"מ דיתן דקאמרינן במתני' דמי שפרע היינו בע"מ יש לעיין דעדיין תקשי לר"ל בגיטין דף כ"א ע"ב דמפרש חתמו תנן ור"מ הוא דאמר ע"ח כרתי הרי משמע דלדידי' לר"י דפליג התם ואמר עד שיהיה כתיבתו וחתימתו בתלוש ס"ל ג"כ דבעי ע"ח וכן סובר ר"א בגיטין ד' ע"א א"כ איך יפרשו מתני' דב"ב דלר"י מאי אריה משום אסמכתא תיפוק ליה דה"ל שטר שנמחל שעבודו.

וכדומה שא' מן התלמידים הגיד שגם רבינו עמד בזה וירשני אדמ"ו נ' להציע לפניו מה שעלה על רעיוני בזה אולי זכיתי לכוון לדעתו. כי י"ל ראי' להר"מ. דהרי הר"ן כתב בכתובות ר"פ הנושא דלדעת הר"א דס"ל דיכול לחייב עצמו מחדש בדבר שאינו חייב א"כ לא הוצרך לומר בב"מ בשקנו מידו דה"ה באמר אתם עדי וק"ק לומר דנקט בחנם קנו מידו ו וראיתי שהש"ך בסי' ש"א כתב דדוקא קנו מידו אבל לא קנה מידו לא משום דדמי קצת לאסמכת' משום שמתנה אם יאבד וכמ"ש הר"ן שם לענין ערב. ואם כ הש"ך כן לפי דברי ר' יוחנן הוא תימא דהרי אמר ר"י במס' ב"ב הלכה כר' יוסי. ואולי מזה ראי' להר"מ דנראה דע"כ לא קאמר הר"מ דאם מתנה על דבר שת"י דמהני. רק לדידן דס"ל דטעמא דר' יהודה דאמר במי שפרע מקצת חובו וכו' לא יתן משום אסמכת'. אבל לר' יוחנן דאמר בב"מ דף קי"ז דהטעם דאר"י לא יתן משום דאסור לאדם שיהנה מממון חבירו. וכ' התוס' דאע"ג דאסמכת' קני' כיון שאינה נותנה בלב שלם תקנו חז"ל שלא יהנה מממון חבירו א"כ אף בדבר שת"י אסור לר' יהודה דאע"ג דלית בי' משום אסמכת' מ"מ הרי עתה אמרינן דאף דאסמכתא קני' מ"מ אסור להנות ממנו מפני תק"ח. ולפ"ז א"ל דלר' יוחנן אדרב' אסמכת' ל"ק והא דקאמר הל' כר' יוסי משום דהוא הי' מפרש למתני' דמתנה אם לא יתן לזמ"פ תן לו שטרו ומה שפרע כבר יהי' מתנה בכה"ג אין בו

אסמכת'. ור"י דאמר לא יתן משום דאסור להנת כנ"ל ור"י פליג ואמר יתן. ובהא קאמר ר' יוחנן הל' כר' יוסי אבל בהא דערבון דפליג ר' יוסי ואמר נתקיימו התנאים מודה ר"י דהלכה כר' יהודה באסמכתא לא קני. ויתכן דברי הש"ך בסימן ש"א דאמר דדוקא קאמר שקנו מידו. דבלא קנין הוי אסמכתא. וסוגיין דב"ב ודנדרים דאמרינן פליגי באסמכתא ומפרשו יתן בע"מ היינו לפי דדחי תלמודא הא דר"י בב"מ קי"ז. דאין הטעם כלל משום דאסור להנות מממין חבירו ובזה נתישב דברי הכ"מ ולא תקשי מדר"ל ור"א דמשמע דס"ל דלרי יהודה ע"ח כרתי דמצינן לומר דאינהו מפרשי פלוגתא דרבי יוסי ור"י בהך דמי שפרע וכו' כרב יוחנן באם מותר להנות מממון חבירו.

והנה באמת לא זכיתי להבין על בוריין דברי הה"מ שכתב בהלכו' חמץ דהטעם דהצריך הר"מ להתנות מעכשיו משום דנכרי מישראל ל"ק משכון כיון דהר"מ ס"ל בדבר שהוא ת"י אין לך בו משום אסמכתא אפילו במשכון וכמ"ש ה"המ ולאו דוקא במשכון מטלטלי דאיכא דר"י אלא גם בקרקעות וה"ה בשאר תנאים דעלמא דליכא דרב יצחק אמר הר"מ דאין בו משום אסמכתא א"כ מאי נפקא מיני' דנכרי מישראל ל"ק משכון. ואם הייתי כדאי הייתי אומר דהא דס"ל להר"מ דבמחול לך ליכא אסמכתא לאו משום דבריר לן דגמיר ומקני דהא ודאי ליתא דהרי לפמ"ש הכ"מ איכא תנא דס"ל אף להר"מ דבמחול לך שייך אסמכת'. ולפ"ז מכח הראיות דהך שיקנה כנגד ערבוני והך דליבטלן זכותי עדיין לא שמענו דבריר לן דגמיר ומקנה רק דא"ל הכי. וכיון שהוא עצמו מסרו לידו לא מיבעי במטלטלין דאין מוציאין מת"י אלא אפילו בקרקע כיון שהחזיקו הוא עצמו בקרקע איכא למימר דמוקמינן ארעא בחזקת דקיימא השתא וכמ"ש התוספות ב"ב ל"ב ע"ב בד"ה והלכתא כוותיה דרבה בעראע לדעת הרשב"ם דבספיקא דדינא מוקמא בחזקת דקיימא השתא וכמא בעיא דלא איפשטא כמ"ש בתומים בקיצור ת"כ וזה יתכן בממון אבל לענין חמץ שפיר הצריך הרמב"ם מעכשיו ואפילו לאח"הפ אסור דהרי עבר מספק על ב"י וב"י. ובזה היה מתורץ ממילא קושיא הראשונים וגם מאי דק"ל מסתירת הב"י בסימן נ"ה וכמש"ל דלעולם הך דמי שפרע מקצת חובו מיירי במתנה דמה שנתן לא יהיה לפרעון. ואפ"ה קאמר ר' יהודה לא יתן כיון דספק לנו אם שטר זה נפרע מקצתו או לא איך יוציא זה מספק מן הלוה:

ועכ"פ בנדון שלפנינו אם הישראל המלוה קנה את השטר שהשכין אליו מאחר שהתנה שאם לא יפרע לזמ"פ יהיה כלו תליה במחלוקת הה"מ לדעת הר"מ והב"י. לדעתו אם במשכון שייך אסמכתא במחול כך. ואולם כ"ז בדבר שגופו מעות אבל שטר אינו גופו ממון. ואינו נקנה רק בכתיבה ומסירה והרי לא כתב ומסר לו. ועוד ריעותא אחרת בשטר

ההוא דמטלטלין לאו בני שטרא נינהו. אבל עדיין נסתפקתי כיון שזה מנהג ידוע בין הסוחרים שכל מסחרתם באופן זה עפ"י קאנטראקט וכל מי שמוציא הקאנטראקט זוכה במכר ההוא אם נאמר בזה דקני בדין סיטומתא. אבל גם זה רגיל אצלם להתנות אם אני חוזר בו אכפול לך ערבונך וגם בזה אני נבוך כשבאים לדון ע"ז דהתוספות בב"מ בסוגין דאסמכתא כתבו דקנס שידוכין אין בו משום אסמכתא כיון שרגילין בו כל הימים הוי כמו כמו סיטומתא. ובהגה' מרדכי פ' ר"א דמילה הובא בב"י סימן רס"ד כ' רבינו יחיאל דסיטומתא לא שייך רק בדבר שבא לעולם. אבל בדבר שלב"ל לא שייך ביה קנין. ומדברי ש"ש בב"ק סימן ס' משמע דדברי הכל היא. ואולם ראיתי בתשו' הרא"ש כלל י"ג סימן כ' שטענו מורשים דהוי דבר שלב"ל ואינו ברשותו והשיב הרא"ש ודאי מצד ד"ת לא קני אבל מצד מנהג קני. וז"ל אלא שאני רואה מנהג הארץ בכל יום שחוכרין ז"מז ואין בו חזרה וכיון שנהגו כן הוו קנין דאין בו חזרה כדאיתא בא"נ. ולא הבנתי דברי רבינו יחיאל שחילק בין כולד ובין עודה עוברה דאיזה תורת קנין שייך אם נולד הבן שיהיה הוא מל אותו דווקא והוי גרוע מקנין דברים וכ"כ תרא"ש בתשובה כלל י"ב סי' ג' הובא ג"כ בב"י שם והוא חולק בתשובה ההוא באופן אחר בדין סיטומתא דאפשר דבעינן שיעשה מעשה ואם לאו חוי מנהג גרוע. והרי גם מדבריו האלה מוכח דאף בדבר שלא שייך קנין איכא דין סיטומתא. ומ"מ עדיין לא שמענו אם יאמר כן באסמכתא דאע"ג דאמר כן בדבר שלב"ל. מ"מ א"ל דסתומתא לא משוי רק קנין. אבל אסמכתא דלא קני משום דלא גמר ומקני. אף בהקנה דבר ששייך בו קנין מכל מקום אמרינן דלא סמכה דעתו. א"כ אין לנו ראיה דסטומתא משוי דגמר ומקני והתוספות שכ' הטעם בשידוכין סטומת' אולי כתבי רק לסניף. ועיקר הוא הטעם השני ואותו כ' הפוסקים. ולפ"ד המג"א בסימן תמ"א בטעם הראב"ד כך' דאין דין אסמכתא לנכרי. אין הכוונה משום דאזלינן בתר דיניהם בעלמא רק כיון דבדיניהם לא הוי אסמכתא גמר ומקני. היה אפשר לדון כן אף בסטומתא. רק שלא הבנתי דא"כ אמאי אמרו בדינינו דאסמכתא ל"ק ומשום דלא סמכה דעתה יאמרו דאסמכתא קנין וממילא קני ורחוק לומר דהוי הל"מ מבלי טעם בתחלה. (ומכ"ש שמצינו מחלוקת תנאים ואמוראים בזה) ואולי המג"א על שתיקתו לאחר הגעת זמן קאמר דבעלמא אמרינן בישראל דהוי מחילה בטעות מסתמא ובנכרי אמרים כיון דבדיניהם כך הוא גמר ומקני ולשונו לא משמע כן. באופן שלא זכיתי לדבר ברור אם באנפול ערבוני שייך דין סטומתא או לאו. וגם הגדר שיהיה בכלל סטומתא אין ברור לי. אבל זה נראה קצת יותר דהקנין ע"י קאנטראקט אף במטלטלי ולמסור ולכקנות אותו

לאחר ע"י מסירה בלבד הוי בגדר סטומתא ויזכה מצד הדין ישראל המלוה לדעת ה"המ אליבא דהרמב"ם. יורינו כא אדמו הגאון כי' דעתו הרמה בכ"ז:

ומצד התנאי שהתנה עם הנכרי שאם לא יקח העצים מן היער אבד זכותו בזה ולפמ"ש ה"המ לדעת הרמב"ם דבנכרי שייך דין אבמכתא במשכון אף במחול לך נסתפקתי מה יאמר ה"המ בשאר תנאים אם התנה עם הנכרי. שאולי דוקא במשכון קאמר דבישראל בדין לא קני אבל בעלמא לא אלא דהכא לכאורה כ"ש דשייך בו דין אסמכתא דהרי מיום נתנו המעות קנה העצים והוא מתנה עתה שאם לא יקחם מרשותו יהיו של השר ועכ"פ הרי לא מסרם עתה מתחלה לידו א"כ משמע דלהר"מ יש בו משום אסמכתא. אבל להראב"ד והרא"ש דכתבו הטעם שם גבי חמץ משום דאין דין אסמכתא לנכרי (ולכאורה כל הסוברים דמעכשיו אין מסלק אסמכתא סוברים כן דאל"כ האיך יפרשו סוגין דכ"ש לעגין חמץ) ולדידהו כיון שעבר המועד קנה השר מצד הדין העצים. ובענייי משמע לי קצת ראי' לדעת הראב"ד וסייעתו מהא דאיתא בגיטין מ"ג ע"ב כיון שעשה לו נימוסו ומפ' רב ששת זמן. ולא הבנתי איך יובן בלשון נימוסו זמן. אם לא לדעת הראב"ד דישראל מישראל אם מתנה אם לא אפרע לך ליום פלוני יהיה חלוט לך ל"ק בנמוסינו. ואך בנימוסיהם קנה. ועתה לפ"ז להר"מ זכה המלוה הישראל בשני המאות. ולהראב"ד זכה השר בהם בין כך וב"כ מצד הדין לכאורה אין להיורשים מצדיו כלום. ומעתה אפשר יכולים לומר לבע"ח ולכתובת אשה מתנה היא לנו. ואמנם המעות עדיין לא באו לידי גיבוי ואפשר דלא שייך כאן לומר שהיורשים מוחזקים כיון שהם באים מטענת דבצד הדין אינו מגיע להם כלום רק מתנה הוא. ומ"מ נראה לכאורה לדעת רוב הפוסקים זכות ליתומים ומכ"ש דמטלטלין דיתמי תקנת הגאונים בלבד ואיכא למימר הבו דלא הוסיף עלה.

ולפ"מ שאמר המלוה עד הנה השר לא בא מאומה לידו מן העצים הנ"ל (דאין מכחיש למלוה וגם הכסף יבוא לידו מן השר) וא"כ אף אם יהיה דין אסמכתא בכל התנאים האמורים למעלה. מ"מ כיון שעכ"פ השר זכה במעותיו בשעה שמכר העצים לא מיבעי לדעת הרא"ש בב"ב פרק ח"ה סימן ס"ה שכתב שם בישראל הנותן מעות ובא אחר והחזיק וכו' דאין הישראל יכול להוציא מעותיו מן הנכרי כיון דבדין ככרי קני ואף בדינינו נגמר הקנין ע"י נתינת הכסף שוב אין חייב להעמיד מקחו בידו. וודאי הכא אין לו להשר להחזיר המעות לרוב הפוסקים הסוברים דכסף בנכרי קונה וכמ"ש המ"ב. ומה שהשיג עליו חק יעקב דאינו כן דרוב הפוסקים ס"ל כר"ת דפסק כר' יוחנן דאמר מעות קונות. מ"מ הרי הרמב"ם והרמב"ן והרשב"א והתוספות בע"ז והג"א סברי דנכרי

בתרתי. ונמצא דנכרי זוכה במעות אלא אפילו לדעת תוס' והג"א בב"ב שכתב דנכרי צריך להחזיר המעות הא כתבו הטעם משום דמסתמא הישראל נתן מעות על דעתו שיחזיק בקרקעות. מ"מ כאן לא שייך זה דאדרבא הרי נתן המעות ע"ד שהוא יפנם לזמן ידוע וכיון שהנכרי אין עליו כלום והעצים אלו בא באופן שלא בא ליד השר כלום לכאורה הרי מתנה בעלמא היא ואין לבע"ח כלום בהם. יורני כא אדמ"ו הגאון נ"י ויתמכני בימין צדקו ובאמת גם מצד היאוש יש לדון אלא שלא אטריח עוד את רבינו הגאון נ"י.
דברי צעיר תלמידו מאיר מא"ש.

סימן כב

להגאון המפורסם מ' אלעזר אבדק"ק מיקלאש יע"א

יורני נא גאון הדרתנו במה ש"כ בזר זהב אשר הכתיר לספר מו"מ לר"ה גאון בשער נ"ז שם הניף ידו ליישב דברי הגאון בעים רוח חכמתו. ועמד עוד על דברי הרמב"ם דהר"ן בב"י (וכ"ה בש"מ) כתבו דדעתו שאין נ"מ בין למ"ד דינא או קנסה רק אם נילוף מיני' והקשה מר דא"כ עכ"פ הי' לו להרמב"ם לבאר דקנסא הוא למען דעת דלא ילפינן מיני' גם על קושית התלמוד תמה שם לפ"ד ולא הבנתי דהרי הש"ך בח"מ סימן שפ"ה ס"ק א' הוכיח במישור דדעת הרמב"ם דילפינן קנסא מקנסא כרב ובזה גם קושית הג"מ על מכונם דהרי מותיב בשבת ד' קכ"ח ע"א מרב לר"ה וע"כ הא דקאמרי הר"ן והב"י דנ"מ אי ילפינן מיניה היינו למאן דלא יליף מקנסא אבל לר"ה שפיר קא מותיב ושפיר מסייע. ומש"כ מעכ"ת שם ליישב דברי הגאון והרמב"ם דסבירי להו דבין למ"ד דינא ובין למ"ד קנסא מ"מ אפירי שפירי יהיב ונ"מ להיפוך כמבואר בדבריו וכתב להוכיח כן דאל"כ מה מייתי סייעתי' למ"ד קנסא דהרי גם למ"ד דינא א"ל דמודה היכא דליכא דינא קנסינן ודברי הרשב"ם שם דחוקים ולא הבנתי דהרי אף לשיטתו יקשה דמאי מייתי מדרבין ב"נ למ"ד דינא כמ"ש הרשב"ם וכן מהך דאונאה וקבלנות דעשר בוריות ומאי ראיה דלא קנסינן ליה היכא דאיכא למקנסא הא ע"כ צ"ל דלא מייתי רק על גוף הדין של ר"ה וכדברי הרשב"ם עוד לא ירדתי לסוף דעתו כלל. במ"ש שם דלדעת הגאון מותר בידים עד רובע ופסק כמ"ד דינא תנן דהוי קולא ואם הוא רק רובע מותר בידים לערב ואם הוא יותר מרובע וירצה הלוקח לטרוח אפי' הוא ממילא מ"מ חייב המוכר לנכות וקשה דא"כ איך יתרגם הגאון הא דאמר רבה ב"ח קטופסאה משמי דרב (כ"ה הגירסא בהה"ג וכן בריף והרא"ש. ולפע"ד הוא הנכון ולא כגירסת רבה דא"כ למאן דמפרש טעמא משום דינא

דגרמי קשיא דרבה ס"ל בב"ק ד' צ"ח כמאן דלא דאין דינא דגרמי) הבורר צרור מגורנו של חבירו נותן לו דמי חיטין ואי ס"ד דמותר לערב לערב בידים עד רובע א"כ ממ"נ לא היזק כלום דעד רובע יחזור ויערב ויותר אפי' ממילא ינכה המוכר בע"כ ולא היזיק לו בבררו כלל ואף גוף הסברא שכתב אדוני הגאון נ"י דנ"מ אם ידוע שיש שם יותר מרובע רק דהלוקח אינו רוצה לטרוח לנפוח רק לנכות לא הבנתי דאסיש שם יותר מרובע אמאי ינפח וכי המוכר לעפרורות היא צריך ועוד הדעת נותן דהטירחא כשיש שם בבירור יותר מרובע על המוכר רמי' כי לא אפרי כי הני יהיב זוזי וכ"ש לפמ"ש מר שם דלכ"ע אפירי שפירי יהיב ולא אמרו שהלוקח ינפח רק כשאינו ידוע אם יש בו יותר מרובע אבל לא בידוע ואולי זה כוונת הגאון בסוף השער ובהרמנא דמרנא הגאון נ"י אומר לפע"ד כוונת הגאון מ"ש דמותר לערב וכמ"ש דאם יותר מרובע אינו רק עד רובע ובסוף השער הביא דברי ר"ה יתכן עד"ז דהרי דעת הגאון שם (ובהרמב"ן בחידושיו העתיק לשון הגאון קצת מתוקן יותר דכל השיעורים הללו ששנו חכמים במקום שיש מנהג אבל במקום שאין מנהג ידוע אין דנין השיעורין שהזכרנו אלא רואין האיך מביאין אנשי המקום פירות מן השדה ולפי אותו ענין עושין ולפענ"ד הגאון למד זה כי הוא ז"ל כתב שם דאין לסמוך על הך תירוץ שאני עדשים דמעקר עקרי להו משום דאמרינן אלא טעמא דעדשים כו' הנה מבואר בדבריו דס"ל דרובע עפרורית דתני בברייתא באמת נוהג הן בעדשים ובין בחיטים ושעורים אע"ג דמוכח שם דמסתם חיטי ושערי אין בהן רובע עפרורית. וסתם עדשים יש בהם יותר מרובע היינו מפני המנהג וא"כ לפי האמת איירי דבקטנית דאמר רובע קטניות דוקא ולא עפרורות היינו אם אין שם מנהג ידוע על עפרורות לא מקבל רובע עפרורית אף שיש שם מנהג לקבל רובע קטניות ובזה ניחא שאין הגאון דוחה דברי ר' קטינא ולפי"ז כיון דחיטי ושערי לפי הדרך אין בו רובע עפרורות אפ"ה אם יש שם מנהג מקבל רובע לפ"ד הגאון בזה קאמר הגאון שמם דמותר לערב בידים דהרי ע"כ המנהג כך הוא דהא לפי הדרך אין בו רובע וכיון דמותר לערב בידים ע"כ הטעם הוא משום דבמקום ההוא מנהגו הוא למחול עד רובע דאי משום טירחא איך מותר לערב בידים וע"כ משום דמחל ולכך אף דעירב בידים מ"מ כשעירב יותר אין מנכה לו עד רובע למ"ד דינא דפסוק הגאון הכי מטעם שנאמר) ומזה מיירי הגאון בתחלת השער להדיא במקום שיש מנהג אמנם רב הונא מיירי במקום שאין שם מנהג או דהמנהג הוא בפירוש לנכות רק כפי דרך שרגיל להעלות בו כשמביא אותו מן השדה ובזה אמר דאם יש יותר לפי אומד הדעת ובא לנפות מנפה את כולו מצד דינא ומצד קנסא דכיון דאמר לערב בידים א"ל הכי ובזה מיירי הגאון בסוף השער ומ"ש הגאון תדע דכל מה שיש

בהם וכו' שפי' שמקבל הלוקח כמנהג מקום ומקום כו' עכ"ל כוונתו כל מקום ומקום לפי מה שמביאין הפירות שם כלשונו למעלה ואפשר שיש קצת חסרון שם דבלא"ה תירוץ לה מר. והא דפסק הגאון וכן הרמב"ם לדעת הגמיי' כמ"ד דינא תכן אמרתי בלמדי אז הסוגיא ההיא דהא גורסים בב"ב ד' צ"ה ע"א כגיסרתינ' הכי השתא התם הן אסר והן יתיר א"ל ומפרשים כפי' רשב"ם דלפירוש התוספית עיקר חסר מן הספר ולדבריו משמע דלא משני תלמידן לקמן ד' ק"ד דאף אם אמר בית כור סתמא ופחת או הותיר הגיעו ולכך רצה הרשב"ם למחוק הגי' ואולם הרב האי גאון והרמב"ם ס"ל דסוגין דהכא הוי סבר דדוקא אם אמר הן חסר והן יתיר הגיעו ולכך דחי שפיר אבל לפי דמסיק ר"א שם דאפי' בית כור סתמא ודאי איכא סייעתי' לר"ה כי מה שדחה הרשבם מדנפשי דאיכא למימר מעיקרא שוה בשוה א"ל רק רביעו מחול כמו באונאה אינו דומה דסתם וודאי אף דמעיקרא שוה בשוה קאמר ומכין לנו לומר דמחול על רובע לבית סאה כיון שאין התלמוד אומר כן וא"כ מוכח שפיר כר"ה וממילא מוכח דדינא תכן וכמו שפירשו הרמב"ם והתוס' דאי דאיכא סייעתא הוי למ"ד דינא וכיוצא בו כתב הש"מ בב"ב ד' ק"ד דלא מ'יתי לדעת הר"י מיג"ש שם להוכיח משום דלא מפרש בהדיא וע"ש ושוב מצאתי בראבן שכתב בד"ף ק"מ וז"ל וכן הלכה דהאי תאני ר אבין בר"נ כוותי' ואע"ג דשני עלי שנוי' אשנוי' לא סמכינן הרי גם הראב"ן ס"ל דינא תנן ומטעמא דאמרן.

סימן כג

שלום לכבוד מחו' הרבני המופלא ומופלג השנון מהו' מ משה סג"ל מק"ק מיהאלאוויטץ יע"א.

הנה אשר חקר כת"ר נ"י אודות שותפים ביין אשר צוה האחד לחבירו שימכר היין וילך וימכור בהקפה והפסידו מכוסם לפי המחיר אשר מכר. ועתה תובע השותף את המוכר שיתן כו דמיו וגם לאחר שנתייקר הוין תובע שישלם לו לפי היוקר כי לא הרשה למכור לו בסקפה. והנה הדין מבואר בפי' קע"ו סעיף יו"ד רק ספקו של מעכ"ת נ"י לענין מה שהפסידו וגם אם ישלם לפי היוקר כי בנתיבות להגאון מליכא פסק בפשיטות דאינו חייב לשלם רק כמה שהי' שוה בשעת המכירה דכל התשלומין גזלן. מזיק. ושומר אינן משלמין רק כשעת הגזילה וכ' מעכ"ת נ"י פקפק ע"ז דנידון זה ל"ד למזיק דכיון דהיין בעין אצל הלוקח מצי השותף לאמר תן לי ייני או מחירו כשל עכשיו אחרי שאין המכר קיים ברשותו נתיקר ושוב כ' דאיכא למימר דאחרי דהשותף המוכר ישלם לחבירו המעות שוב אין כאן פשיעה אלו שורש דברי מעכ"ת כו':

הנה בסי' הנ"ל סעיף י"ד פ' המחבר דעד הזמן הידוע למכור יכול ליישן הפורות אבל הגיע הזמן למכור יכול השותף למכור בלא דעת חבירו ופ' הרמ"א שם דאם מכר לפני הזמן הידוע ונתיקר אח"כ צריך לשלם כפי היוקר והוציאו כן מדברי רש"י ספ"ג דגיטין ותמהו הקצה"ח והנתיבות גם שם דאמאי לא ישלם כשעת המכירה והקצה"ח כ' דלולי דבריהם רי"ו ורמ"א הי' מפרש לדעת רש"י דהא דקאמר נ"מ לשותפי לא לענין לשלם אם נתייקר אח"כ רק לענין אם יהי' תרעומת עליו. ולדבריו הי' מקום לאמר הא דמפרש שם ר"א שם בענין אחר ממה שפי' רש"י משום דס"ל דאי כענין תרעומות מאי כ"מ בזה שישנה הזמנים הקבועים למכירה אם לא יהי' נ"מ לדינא ממש וכ"מ בש"ך בסי' של"ג סוף סק"א דראוי להיות איזה נ"מ לדינא אם שקול וטרו חז"ל בזה ול"ד להיכא דתניא אין לו עליו אלא תרעומת דעיקרו בא להיפך שאין לו אלא תרעומות אבל לשכות מאי דנ"מ רק לענין תרעומות לא יתכן. אמנם יש נ"מ לכאורה אם הלוקח מוחזק בדבר והשותף טוען שלא מכר לו רק חלקו בלבד והלוקח המוחזק טען שמכר לו הכל אם יהי' הכותף המוכר כעד א' לחייב הלוקח שבועת התורה או אם שניי' מכרו בלא דעת השלישי להוציא מיד המוחזק דלפי תירוץ השני שבתוו"ס בב"ב ד' מ"ג ע"א ד"ה מפני חשיב זה נגיעה שלא יהי' תרעומת עליו ולפי דעת הסמ"ע בסי' ל"ז כן דעת הטור דחשיב זה נגיעה וא"כ יש נ"מ גדולה בזה דידעינן הזמן דנ"מ אם מכרו שלא מדעת א' מהן והלוקח טוען שקנה כולו והמוכרים אומרים שהגידו בשעת המכירה כי רק חלק מכרו לו אין בעדותן ממש דנוגעין הן בעדותן דאומרים כן שלא יהא עליהן תרעומת והר"ח שמיאן בפירש"י הוא משום דסובר כתי' הראשון שבתוספות בב"ב דמשום תרעומות לא חשיב נוגע ולכך אא"ל כפירש"י וכיוצא בזה פירשתי בר"פ האומנין מה שמיאן תוספות בד"ה דעתי' עליו בפירש"י ע"ש במהרש"א ואין להאריך בזה ולא כתבתי כ"ז רק להשתעשע עמו. והנה עכ"פ רי"ו ורמא כתבו דנ"מ לענין תשלומין דאם מכר השותף קודם הזמן צריך לשלם כפי היוקר וקשה אמאי ושלם יותר והקצה"ח תירץ דרש"י לשיטתי' דס"ל בב"מ ד' צ"ט ע"ב בהנהו שקולאי דתברי חביתא דחמרא דאם שברו שלא ביום השיק צריכין לשלם כשוי' ביום השיק ובסי' ד"ש שם הקשה ג"כ על דעת רש"י אמאי משלם יותר ממה שהי' שוה בשעת המכירה מ"ש ממזיק. וגזלן. ותירץ שם דהתם בידוע שהוא ביוקר בשעת השוק ולכך משלם כשעת היוקר והביא ראי' דאיתא בפסחים דלמ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי באוכל חמץ של הקדש במועד מעל אע"ג דעתה אין שוה כלום ה"ה בדבר שברור שהוא ביוקר לאחר הזמן אזי צריך לשלם כשעת היוקר ולדבריו הקשה מהך דפסחום על הרא"ש וסיעתו דכתבו בפירוש דשלא בשעת השוק אין צריך בשלם רק כמו שהוא

בשעת השבירה. ולכאורה יש לדחות דשאני אוכל כיון שנהנה ודומה להא דאמרינן הדר בחצר חבירו שלא מדעתו בחצר דלא קיימי לאגרא אעפי' שהדר הוא עביד למיגר אפ"ה פעור משום דזה נהנה וזה לא חסר ואפ"ה אם חסרו מעט כ' התוספות והרא"ש ר"פ כיצד הרגל דמגלגלין עליו את הכל והובא בסי' שס"ג סעיף זיין (והיש חולקין ש"כ הרמא שם היינו בגברא דלא עביד למיגר ועיין בב"י בשם רי"ו לא על המחבר אעפי' שכתבו בלשון י"א) וא"כ אף בזה הי' אפשר לחלק בין אוכל שנהנה עכ"פ למזיק אבל העיקר נראה לפענ"ד ברור דלא קשי' כלל מהך דחמץ על הרא"ש בחביתא דחמרא דהתם בחמץ אין שייך כלל לומר שלא ישלם להקדש מפני שעכשיו אסור לכל ישראל אינו שוה כלום דכיון דהקדש רשאי להשהותו א"כ גם עתה יש לו דמים לענין זה דהרי אם יבא לשלם כמה שוה חמץ שעתה אסור ואחר שבעה ימים יהיה מותר לא יוגרע מערכו רק דבא מועט ואם אנו מחייבין אותו לשלם כשעת אכילתו לפי מה שהיה שוה אז כן שמין את החמץ ההוא כמה שוה דבר שעתה א"א למכרו לשום אדם ואחרי עבוד המועד יהיה ראוי למכור וזה דמיו והפ"י שם תמה להיפך על מה דפטור משום דסובר דלאו כממון דמי וכתב דראוי שיהיה חייב לכ"ע. יע"ש והוצרך הפ"י לפרש דעיקר המחלוקת רק לענין חומש שמוסיף וכ"ז שייך באוכל חמץ אבל התם בחביתא דחמרא הא קאמר בהדיא דבשאר יומא מזדבני בארבעה וא"כ שפור קאמרי הראש וסיעתו דא"צ לשלם בשאר יומא אם תברה רק כמו ששוה עכשיו והיינו משום דאינו משלם רק כשעת הגזילה ועת השבירה וב"ש לומר דהוא שוה עתה יותר מפני שביום השיק הוא ביוקר דהרי חזינן דמזדבן עתה בארבעה וזה דמי חביות. ולפענ"ד יש לתמוה על קצה"ח ועל הנתיבות שם בסי' ד"ש שנדחק לחלק בין הך דחמץ להך דחביתא דחמרא לדעת דרא"ש יע"ש:

והנה לפמ"ש הקצה"ח לתרץ דברי רש"י בסיף פ"ג דגיטין יע"ש יסתרו דברי הרמ"א אהדדי שהרי הרמ"א בסי' ש"ד כתב דלדעת רוב המפרשים אם שברו בשאר הימים אינם משלמין כשער השוק העתיד להיות ולזה פ' בסי' קע"ו סעיף י"ד דצריך לשלם כשעת היוקר ואולם לדברינו הנ"ל ניחא דהתם בסי' קע"ז דמכר שלא בשעת זמן מכירה מן הסתם לא יצא השער כלל אעפי' שיש מוכרים עכשיו מ"מ אין זה אפי' שער עיירות רק מפני שצריך למעות מוכר עתה ומזלזל במחיר שוויו ולכן הבא לשום הפירות ההמה כמה הם שוים ע"כ יערוך אותם כשער ששוין בזמן המכירה וזה דמיהם עכשיו אעפי' שיפחות מעט מפני הקודמת ממון אבל עכ"פ משערים כפי שהם שוים ליישנס ולא למכרם עתה ולכך צריך לשלם כשעת היוקר ולענין גזלן ומזיק צ"ע לפי"ז:

והנתיבות כ' דבסי' קע"ו משלם כשעת היוקר היינו משום דהוי כמו קבלן שכתב הש"מ בקבלן דינא הכי ואולם הרא"ש בב"מ פ"ה סי' ס"ט כתב להדיא דהך דחמרא דזולשפט איירי שהתנה בפי' שאם לא יקנה יחייב יע"ש וזה דלא כדעת הנ"ל כי שם בש"מ מבואר דלדיעה זו א"צ תנאו יע"ש ועכ"פ לפמ"ש הנתיבות ליישב הך דסי' קע"ו סעיף י"ד איך אמר בסעיף יו"ד דצריך לשלם כשעת היוקר אבל החילוק פשוט דהתם היה לו שלא למכור כיון דנשתתפו בדבר הזה והדבר ההוא דרכו ליישן ולמכור בזמנו א"כ ראוי שישלם כפי מה שקבלו על עצמם ולא היה רשאי למכור שלא בזמנו אבל כאן עיקר המכירה בזמנו היה אבל לא היה לו למכור בהקפה וא"כ אינו משלם רק מה שהזיק היינו שצריך לתת הדמים מיד כיון שהיה לו רשות למכור. ומ"ש מעכ"ת נ' דכיון דלא הי' לו רשות למכור בהקפה בטלה המכירה ויכול לומר כו תן לי ייני או דמים כשער של עכשיו הנה אם המכירה בטלה א"א לחייבו כשער של עכשיו שהרי א"א לחייבו רק על שעה שעשה ההיזק שאם יוכל להוציא היין הרי יוכל השותף להוצאנו ואלו באם א"א להוציא עכ"פ הוא לא הזיקנו רק בשעה שמכר לו היין ואזלא הי' שוה יותר ולא היה ידוע כלל כי יתיקר היין וגם לא נתכוון להזיק אבל האמת שאין המכירה בטלה כיון שהוא נותן לו הדמים אינו יכול לבטל המכירה וזה מתבאר ממה דאיתא בסי' קפ"ב סעיף ב' דאם לא הודיע השליח בשעה שמכר שהוא שליח אעפ"י ששינה המקח קיים ויהי' הדין בינו ובין משלחו ויע"ש בנתיבות שכתב דכל שינוי שאפשר לשליח לתקן המקח קיים יע"ש באופן כי בנידון זה נראה דאין על המוכר לשלם אל השותף רק כפי הדמים שמכר:

סימן כד

על דברי הט"ז בח"מ סימן קפ"ז שיישב דברי הטור שכתב דאין הפקדון נקנה אל הנפקד ברצות המפקיד למוכרו לו שתמהו עליו הבאים אחריו אמאי לא יקנה כו רשותו וכתב הט"ז דהטעם משום דרשות הנפקד הוי כרשות המפקיד כיון שהתחייב לו לפקדונו והקשה בקה"ח מקדושין ד' מ"ז דמבואר א בפקדון אם קדשה והלכה ומצאה שנאבד אם נשתייר ממנו ש"פ מקודשת הרי דקנה חצרה לה את הפקדון ומעכת"ר ליישב' קושי' הרבה להקשות על הט"ז מהא דפסק הטור באו"ח סי' ת"מ בנכרי שהפקיד חמצו של ישראל וקיבל עליו אחריות דאם לא ייחד כו מקום עובר עליו ובייחד לו מקום נראה מן הטור דדעת אביו הרא"ש דאינו עובר עליו ולדעת הט"ז אין לחלק בין ייחד כלא ייחד דלעולם אף בלא ייחד הוי ברשות המפקיד ומפני זה יצא מעכ"ת לדון בדבר חדש משום

דקשיא לי' עוד על הט"ז מהך דכתובות דף ע"ד דאמר ר"ט בהניח פקדון ביד אחרים ינתנו לכושל שבהן ופירש"י אע"ג דמטלטלי דיתמי לא משעבדי הכא שאני דהרי הן שלא ברשותן אלא ע"כ מוכח מזה דאפילו לט"ז לא אמרינן הכי אלא כשהמפקיד חי אבל א ליורשיו ומעתה כתב מעכ"ת נ"י דהי"ט דאסרינן בחמץ בלא ייחוד משום דחיישינן שמא ימות הנכרי וכן בקידושין מיירי בבן המפקיד אלו תורף דבריו:

והנה מן השני מקומות שהעיר על הט"ז יפה העיר וכן מ"ש לחלק בבן המפקיד ליורשיו גם דברים אלה יתכנו יישר כחו וחילו לאורייתא ואולם מ"ש בחילוק זה לישב קושית קצה"ח מהך דבקידושין דמיירי דוקא בבן המפקיד הוא רחוק להעמיס בברייתא דקתני סתמא ומכ"ש בלשון הפוסקים. וגם ליישב דעת הטור בחמץ ג"כ רחוק הוא שיהיה מטעם חשש שמא ימות הנכרי דע"כ מדאורייתא אינו עובר עליו אף בלא ייחוד ואנן מרבינן מקרא דאם קיבל אחריות עובר ורחוק שניקום לקרא במת הנכרי ועוד הרי מיתה דזמן מועט לא חיישינן לכמה פוסקים ועיין בשעה"מ בהבכות סוכה פ"ד שכ' להוכיח דאפי' לשבעה ימים הוי זמן מועט והנה באמת המעיין ברא"ש ריש פסחים ימצא שם קצת סמך לדברי הט"ז שכתב הרא"ש לדחות דעת הסוברים דהמפקיד אינו עובר משום שאמרה התורה בבתיכם וכן גבולך וכתב הרא"ש וז"ל כיון שהשאילו הנפקד בית לשמירת ממונו קרינן ביה ביתו עכ"ל. ואולם מה שחילקו בחמץ של נכרי בין ייחד ביתו ולא ייחד כראה דהיינו עפ"י מה שכתב הטור בח"מ בסימן ר"מ בשם תשובת הרא"ש דהשוכר קונה המציאה כו' וכתב המג"א בא"ח סי' רמ"ו ס"ק ח' דלענין הנאה של שכירות הוא של השוכר אבל הגוף הוא של משכיר דקי"ל שכירות לא קניא מעתה ה"ט דבלא ייחוד עובר כיון דבאמת הגוף החצר ישראל אסרה התורה להשהותו בביתו אלא דאה ייחד לו הבית שרי משום דכתיב לא ימצא בבתיכם דאע"ג דשכירות לא קניא מ"מ התירתה התורה עיין בפסחים ד' וי"ו ע"א ובתוספות שם ד"ה ייחד בו בית ואפשר דר"א ור"פ באמת בהא פליגי ובגוף קושיא של קצות החושן על הט"ז מהא דקידושין רציתי לומר עפ"י מה דקשי לי על הטורי זהב לכאורה דהאיך נפקיע קנינו של הנפקד משום דחצרו אינו קונה כיון שהוא משועבד להמפקיד והרי כיון שהוא מקנה להפקדון הרי חזר חצרו כרשותו ואמאי לא נימא קנינו וחצרו באין כאחד כמו גבי גט וראיתי בקצה"ח שהביא כן בשם מהרי"ט ויע"ש מה שהוא דחה עליו ולפענ"ד עפ"י מש"כ הש"ך בח"מ ס' קצ"ח סיק זיין ובסימן ר"ב דדוקא היכא דהוי חצרו מעיקרו הוא דקונה ולא היכא דבאין כאחד יע"ש וא"כ כאן כיון שעד עתה היתה החצר קני' לנפקד עכ"פ לענין זה שלא היה קונה לו רק במתנה בעת הקנין אמרינן דיחזיר לו החצר ויקנה לכך לא מהני:

ואולם אף על הש"ך קשה מהך דגיטה וחצרה באין כאחד וראיתי בקצה"ח סי' קח"ח שהקשה כן ותירץ דלענין גט כיון דגבי גט באשה חצרה משום ידה איתרבאי אמרינן דגיטה וחצרה באין כאחד מעתה כא מבעיא אם אמרינן דחצר דאשה בכ"מ אף בממון משום ידה איתרבאי וודאי ל"ק מהך דפקדון דמקודשת אלא אפי' אמרינן דלא ילפינן ממון מגט עיין בב"מ ד' מ"א מ"מ כראה לענין קידושין וודאי חצר משום יד איתרבאי וכן משמע בגיטין ד' ע"ח ע"ב בהך דזרק לה קידושין דאמרינן לגיטין אבל לא לדבר אחר ובר"ן שם דא"א לחלק בין קנין גט לקנין דקידושין ע"ש דלכך תקנו חכמים בקידושין דאהני קרוב לה אפי' מאה אמה משום דא"א לחלק בין קנין דגט לקנין קידושין משום דכתיב והיתה נראה בבירור אין חילוק כלל אל עיין בהפלאה כתובות ד' פ"ו ע"ב בתוס' ד"ה האמר ייע"ש ומש"כ הקצה"ח נראה יותר ועכ"פ לדברי הט"ז צ"ל דהא דאמרינן בב"ב ברשות הלוקח כיון שקבל עליו מיירי שלא הי' שם בתורת פקדון רק הי' שלא ברשות או שלא אמר הנח לפני רק הנח לפניך וכדומה או דמיירי שאמר לו תחלה טול פקדונך דמאז פקע שמירתו וכה"ג איכא לאוקמי ג"כ הך דקידושין דאמרה האשה טול פקדונך ואמר התקדשת לי בו גם י"ל בשנבין מה שכ' טור וכיון לקנות בסכו"ס ידו"ע שהם דברי מותר דאף דאמת הוא דבכל קנינים צריך פיסוק דמים קודם קנין ואי לאו לא קנה מ"מ אין מקומו כאן מזה הי' נראה דמיירי שלא קנה ממנו כל הפקדון ולא חלק ידוע ממנו רק בהפקיד אצלו כור חטים ולקח ממנו חציו או שליש דאם הקנה לו בקנין א"ס וכיוצא בו וודאי קנה כיון דיש לו אבל כאן בפקדון דהוא בא לקנות מכח חצרו עוד לא כלתה קנינו של הנפקד בחצרו כיון שעוד לו חלק ממנו אבל בהקנה לו הפקדון כולו קנה דקנינו וחצרו באין כאחד עד הנה כתבת להשתעשע עם מעכת"ר ולו הי' התנאי מסכים כתבת אליו מה שהעליתי בסברה זו שכתבתי למעלה לדעת הרא"ש ליישב את דבריו מה שתמה עליו השאגת ארי' בה' חמץ ושווי' כסועה:

סימן כה

ישאו הרים שלום חיים וברכה עד עולם לכבוד ידידי הרב המופלא ומופלג והשנון כקש"ת מוה' ליב גליק רב ומורה עדת ה' ראאצפערטא יע"א:

נעימות ימינו זה ימים היגיעני והאמת אגיד כי לא היה עם לבבי להשיב גם כי אוקירהו אכבדיהו כמשפט ליירא ה' וחושבי שמו יתי"ש אבל בחלה נפשי' בדברי ריבות ואולם בשבועה העברה היה פה אחיו הרב הנגיד מוה' גדלי' ני' ויבקש ממנו בשמו להשיב והבטיחני כי רק שלום ואמת בקרבם לזאת לא אוכל עוד להתאפק מעשות רצון יראי

ה'. ואעג ואומר אשר האריך מטכ"ת נ' ופלפל בחכמה דאם אין דעת הלוקח לקנות ודעת המוכר להקנות אם קנה שלא מדעתו מצא דעת קדושים בעה"י ומרן הגאון בחתם סופר סי' שי"ג כתב דהרשב"א לית לי' הא דראב"ד שכתב הנמוקי יוסף בב"ב דף נ"ב בשמו דאם הי' המקנה מכיון להקנות אע"ג דידענן לא נתכוין לקנות אפ"ה קנה והש"מ שם בב"ב תירוץ בשם הרשב"א באופן אחר מכלל דלא ס"ל כהראב"ד והגם הרשב"א בגיטין דף י"ט הקשה על הא דקאמר דלמא זקן שאני דידע לאקנוויי' מה מועיל מה שהוא יודע כיון דהם אינם יודעי לקנות והוה כעודר בנכסי הגר וכסבור שלו הן ותירוץ כיון דדעת אחרת נקנה אותן שאני הרי דגם דהרשב"א ס"ל לחלק בהכי וזה ימים כבירם כתבתו דברי הרשב"א האלה בגליון מחצת השקל בסימן תמ"ז ואח"כ ראיתי כי הובא כבר בקצה"ח ולפע"ד לכאורה הא דרשב"א בב"ב משני תירוץ אחר אינו מפאת מחלוקת רק לתרוצי סוגיא דהתם באופן אחר והיה נלפע"ד דדין זה תלוי' במחלוקת הראשונים בפ"ק דב"מ דמקשי תלמודן על הא דאמרי דבעינן עומד בצד שדיהו וכי ר"י ור"ע בצד שדיהו של ר"ג עומדין ומשני דמטלטלין אג"ק הקנה להם ור"פ אמר דעת אחרת מקני אותן שאני דהרי"ף והרמב"ם לא נחלקו שם בין מציאה למתנה דלעולם בעינן עומד בצד שדיהו אע"ג דאיכא דעת אחרת מקני אותם לא אמרינן דדעתם מהני להקנות אם אינו עומד בצידו יתכן דאף כאן לענין חסרון כונה כשם שאין קונה בהפקר ה"ה דלא קנה במתנה אבל לדעת הרא"ש וסייעתו דס"ל דקי"ל כר"פ דאע"ג במציאה והפקר בעינן עומד בצידו במתנה לא בעינן משום דדעת אחרת מקני אותו וחשבינן דעת מקנה כדעת קונה לדידי' ה"ה דמהנה דעת המקנה שיקנה הקונה אף מבלי דעתו וכונתו כיון דאיכא דעת המקנה ולזה שפיר יש לומר כדברי מר"ן הגאון זצ"ל מדתרץ הרשבא שם בב"ב על צרב ענן מכלל דס"ל דאפילו איכא דעת המקנה אפ"ה לא קנה הקונה מבלי דעת והא דתירוץ בגיטין דעת אחרת מקנה מהני התם רבא הוא דאמר ודלמא שאני זקן דידו לאקנוויי' והרי רבא אמר בב"מ שפיר עביד דלא קבלה מיני' וע"כ לדידי' א"א לתרץ הא דר"ג רק כר"פ דדעת אחרת וקנה אותן שאני' ולכך דחי התם בגיטין דלמא זקן שאני דידע לאקנוויי אבל הרשבא לנפשי אולי סובר פהריף והרמב"ם דלא ק"ל כר"פ ולדידהו לא שני להו ג"כ לענין שלא בכונה ולכך תירוץ הך דרב ענן באופן אחר:

ואולם הראבד דנראה דגם הוא ס"ל כהריף והרמב"ם שהרי לא השיג על הרמב"ם בפ"ד מהלכות זכיי' ומתנה הלכה ט' ואפ"ה ס"ל דדעת אחרת מהני לקנות שלא בכונה נראה דס"ל דלאו בהא תליא ונראה דדעתו כריף כיון דקי"ל דקטן שהגיע לצרור וזרקו אגוז ונטלו זוכה לעצמו והתם ודאי עדיין לאו בר כונה לקנות דהא חזינן לרב אסי בגיטין

דף ס"ד ע"ב חפץ ומחזירו לאחר שעה זוכה בין לעצמו בין לאחרים ואע"ג שלא הביא שתי שערות הרי דלא בעינן לרב אסי שיהיה גדול לזכות דאחרים ואפ"ה אם לא הגיע לכלל חפץ ומחזירו לאחר שעה אע"ג דהגיע לכלל צרור וזרקו אינו זוכה לאחרים וע"כ משום חסרון דעת הוא ואפ"ה זוכה לעצמו מדאורייתא להרבה פוסקים אם דעת אחרת מקנה אותן וכמש"כ הפ"י שם בגיטין להשיג על הש"ך יע"ש (וכן מצאתי דעת הראב"ד שהביא בש"מ בב"מ דף ע"א ע"ב) וע"כ הטעם דכל שלא היגע לכלל צרור וזרקו אין לו יד כלל. ולכך אע"ג דע"י אחרים מזכין אפי' לקטן ב"י (וכמבואר דאפילו דמזכי לעובר פליגו אבל לקטן ב"י לא פליגו אמוראי) מ"מ לר"י עצמו כיון שלא היגיע לכלל צרור וזרקו לא מחשב ידו כלל ולא קנה אפי' ע"י דעת אחרת אבל אם היגיע לכלל ברור וזרקו דיש לו יד אע"ג דאינו יודע לקנות ולאו בר כמנה הוא אפ"ה כיון דעת אחרת מקני אותן קנה א"כ ה"ה לעניין אם גדול אינו מכוון לקנות אם דעת אחרת מקנה אותו מהני ואע"ג דלגבי חצר שא"מ לא מהני כהראב"ד דעת אחרת מקנה שלא יהיה צריך עומד בצידו היינו כיון דאינו משתמר ואינו עומד בצידו לאו ידו ולאו שלוחו הוא אבל מ"מ יתכן דכמו דקטן שהגיע לכלב צרור וזרקו קנה ע"י דעת אחרת כן בהיגיע הדבר הניקנה לידו אע"ג דשלא כיון לקנות יקנה כשיש דעת אחרת נקנה ולאו מטעם שלוחו דהרי קטן אינו עושה שליח וחצר דקטן לא קנה אפילו דמתנה ומכר לדעת הרמב"ם ואפ"ה זכה אם היגיע לכלל צרור וזרק ע"כ דעת המקנה מהנה לעניין שיהיה קונה בלי כוונה כיון דמן הסתם ניחא ליה לא צריך שיהיה לו דעת רק שיהיה לו יד לקנות ולפי זה בנכרי כיון דעכ"פ יש לו יד לקבות לכ"ע ועד כאן לא פליגו אלא אם משיכה בנכרי קונה בדבר שאינו יכול לכנוס ולאסוף לתוך ידו עד שמשכו לרשותו כשורא וכיוצא אבל בדבר שבא לתוך ידו ממש ודאי קנה וזה מוכרח בכמה ראיות אין העת להאריך בזה (ועיין ברי"ט אלגאזי במה שכתב בפ"ב דבכורות ליישב דברי רש"י ורמב"ן ותיתי ליה דקימתי מסברה טרם היגיע ספרו לידי וזה שלא כדברי ממעכ"ת נ"י בתוך דבריו שם להיפוך) יתכן לפי זה דגם בנכרי מהני דעת אחרת מקני אותו בדבר שבא לתוך ידו אע"ג דאינו מכוין לקנות וכן את"ל דחצר דנכרי קנה לו דאע"ג דאין שליחות לנכרי ה"מ ישראל לנכרי אבל נכרי לנכרי הוה שליח וכדעת המ"ב וכבר יישב מהר"ט אלגאזי שם דבריו והשיג על קושית מג"א בסימן תמ"ח אם בא הדבר לחצירו ע"י דעת מקנה קונה שלא מדעתו ופשיט דאין זה ענין לזה שאמרו בב"ב דף ע"א דאין זכין לנכרי משום דלא אתיא לכלל זכיי' דהתם לא בא לא ליד הגוי ולא לרשותו אבל כל שבא לידו או לרשותו (למ"ד חצירו קונה לו) יתכן דמהני לדעת הרמב"ם אפילו שלא יתכוון:

מיהא זה לדעת הרמב"ם דס"ל דאם בא ליד קטן שהגיע לכלל צרור וזרקו קונה כיון שדעת אחרת מקנה אותו כמו שמבואר בהה"מ שם וחצירו דקטן אינו קונה לו אפילו במכר ומתנה אע"ג דאיכא דעת אחרת מקנה אותו מכלל כיון דאינו בר שליחות לא מהני לי' דעת אחרים דמקנה א"כ הא דקנה דזכה בהגיע לכלל צרור וזרקו אינו מטעם שליחות רק כיון דיש לו אע"ג דלאו בר כונה הוא שיתכוון לקנות [ולא מצינו בקנין חילוק בין עומד ע"ג דהיינו מלמדין אותו לכוון לדעת התוס' בגיטין וחולין רק סתמה אמרינן זוכה לעצמו] א"כ בנכרי כיון דיש לו יד אולי גם אם איכו מכוון לקצות מהני דעת המקנה שיקנה כמו קטן ואפילו חצירו להרי"ט אלגאזי לדעת הרא"ש אבל לדעת הראבד דס"ל בקטן דאם נתן הנותן מתנה בחצירו קונה הקטן כיון דזכות היא לו וזכין לאדם שלא בפניו לדידי' יתכן דכל היכא דדעת אחרת מועיל הוא רק משום זכי' וכיון דאין זכין לנכרי אין דעת אחרת מועיל להקנות לו שלא בכוונה וכמש"כ מרן בחת"ס:

ולפי מש"נ לפע"ד עיקר הטעם יכול להיות דדעת אחרת מהני היינו דכיון דיש לו יד לקנות רק חסרון הכוונה אצלו גורם שלא יקנה וכל שיש בדעת המקנה להקנות קנה המקבל יתכן דדעת הרשב"א דהיינו בדבר שהנותן מוציא מרשות ונותן ליד המקבל אע"ג שאינו מכוון מהני מחשבת וכוונת המקנה שיקנה הקונה כיון שהוא בידו או בחצירו אבל בעודר בנכסי חבירו וסבור שלו הן כיון דאינו מכוון להנות אע"ג דבעל הקרקע מכוון להקנות מ"מ במה יקנה הלה ובמה יצאה הקרקע מרשותו ולכך לא מהני בהך דרב ענן דסבור שהקרקע שלו גם אם היה בעל הקרקע מכוון להקנות לו ולא דמי כלל להא דגיטן דף י"ט דהזקן מוסר השטר ליד המקנה והכי קונין ומקנין אח"כ לו ולזה ס"ל להרשב"א דמהני התם דעת אחרת מקנה אע"ג דלא מכוון ולפי זה כל שהמוכר נותן דבר הנקנה לחצירו או לידו כיון שיש שם דעת המקנה להוציא החפץ מרשות' לרשות הקונה אעפ"י שאין הקונה מתכווין לקנות גם להרשב"א קונה ורק כל שאין בעל החפץ אינו עושה כלום רק שאחד מבלי כוונה עושה מעשה קנין כהא דרב ענן בב"ב וכל כיוצא כזה שאין המקנה עושה מעשה קנין להכניס לחצירו או לידו אעפ"י שהקונה עושה הקניין כיון שאינו מכוון לקנות לא קנה ובזה מיושב קושית מל"מ בפרק ב' מהלכות זכיי' ומתנה וגם בפ"ד מהלכות מכירה יש ליישב ואין להאריך בזה ועכ"פ בנידון שבא לפני מעכ"ת אם אין הלוקח מתכוון לקנות לא קנה ובפרט במקום שהוא חייב לו וכמש"כ מעכ"ת ני' בשם הגאונים וודאי ראו לדון כך גם מטעם קניין מעות אין לערער כלל גם מתורת שמירות שערערו לא ידעתי מקום כלל וכמש"כ מעכ"ת ני' ורק אחת אשר לבו מהסס איך נחליט לומר שלא היה כוונת הלוקח לקנות דגם אם נאמר דמה ששילם שכר הנושאים

התבואה ממקום למקום היה מפני גרותו בלבד והן מה ששאל מן הסבלים השקים הכל היה להפיס דעתו של המוכר מ"מ הרי המוכר טוען שהי' כם גמורה המכירה וכי הלוקח ביקש ממנו שישתדל לו מקום ובשליחות ישאל המקום מן השר ואם כדבריו כן הוא אין ספק כי הי' בדעת הלוקח לקנות שאם יש הכחשה בניהם שהלוקח טופן שלא ביקש ממנו שישתדל להשאיל לו מקום אזי על המוחזק לישבע ולפטר ולפי הצעת השאלה הי' שבועות היסת על שניהם על המוכר אם בא להחזיק מה שקיבל יותר ממה שמגיע בעד שבעים קיבל דגן ישבע ומחזיק וכן הלוקח אם תובע ממנו שישלם לו עוד חמשים ז' הנ"ל ישבע שלא קנה ממנו ולא צוה לו לשאול מקום ויפטר דלא קי"ל כב"נ כידוע זה נלפע"ד לפי מה שראיתי קצעת השאלה המעשה ואולם אם נראה למעכ"ת וב"ד שלא הי' שם כוונת הלוקח אין לדיין אלא מה שעינו רואות ה' בחסדו יאיר ענינו ובמעגלי צדק ינהלינו וינחינו למען שמו ית' דברי ידידו הק' מאיר א"ש:

סימן כו

שלום וכל טוב לכבוד ידיד ה' הרב המופלא ומופלג חריף ושנון ופרח כתמר וישגה כארז כלבנון כקש"ת מוהר"ר חיים משה כהנא כי':

נעימות ימינו הגיעני ותנה הקשה לשאול ממני כי ידוע כמה צריך לרחוק מלדון דין תורה ובנידון זה אין מנוס ממני ובפרט באתרא דמרי תלי זייני ה"ה הגאון אב"ד מרי דאתרי נ' אבל אחרי אשר ראיתי כי ברשותו ורצונו הוא עושה לא אוכל מלט מלכתוב דבר מה בזה בקיצור. והנה באמת כל הבטולים אשר מצא מעכ"ת מדעתו ומדעת עליון כולם צריך לתת לב עליהם והנם רבים עד כי הצוואה וגם העזבון קטנים מהכילם. ומ"מ אמרתי לעיין בהם. והנה אם נבוא לבטל מפני שכתב בזה"ל יהי"ו לקר"ן קיימ"ת נראה דיהיו לשון מתנה והקנאה גם בבריא ולא דמי למניח דיש חילוק בין בריא לשכ"מ היינו דלשון מניח משמע לשון סילוק כמ"ש מהרי"ט ולא לשון הקנאה ולכך די שמהני בש"מ דכן הלשון בש"מ ההולך לבית עולמו ומניח נכסיו וכל אשר לו לאחרים אבל לשון יהיו כיון דהיא לש ן מתנה והקנאה מכין לנו לחלק בין ש"מ לבריא. והנה בב"י סי' רנ"ב הביא תשובת רשב"א שממנו מקור דין זה דיהיו לשון מתנה הוא (כמורשם בש"ע) ושם מבואר דגם בבריא מהני דבבריא מיירי הרשב"א שם כי כתב באומר נכסים אלו לשמעון וכ' דאם בריא הוא מהני מכלל דיהיו שכ' בתחלה בפשיטות דמהני גם בבריא הוא וכמו דהרי הוא שלו. הרי הן מקודשין. הרי הוא הפקר. מהני כן יהי' ג"כ מהני ובפרט שכ' בתחלת הצוואה בזה"ל שאי"ה לאח"מ יוחלק עזבונו דהיינו שאשתו ויוחלק לשון מתנה

והוי לשון מתנה בתחלה דמהני וקאי לשון יוחלק על כל הפרטים המוזכרים אחרי כן ואינו דומה למ"ש מהרי"ק בשורש צ"ד יע"ש כמובן) ואף לדעת הר"י מגא"ש בש"ע סי' רנ"ג סעיף ג' דכל לשונות ההם המוזכרים שם לא מהני בברי הנותן מ"ד גופא ופרי דהי' לו לומר לשון הווה ולא לשון עתיד דאין ענין ללשון עתיד רק בש"מ דנותן לא"מ דרך לומר בלשון עתיד (כן כראה מדברי הה"מ שהביא הב"י ודברי הסמ"ע שם ס"ק ט' מגומגמים קצת יע"ש) אבל לברי שייך לשון הווה והיינו אם נותן מעכשיו הכל אבל זה שנותן מהיום ולאח"מ מכח הקנין גוף מהיום ופירות לאח"מ אין לנו לפסלו מפני לשון עתיד כי שפיר לשון עתיד על הפירות והגוף נקנה לו מהיום. ואפושי פלוגתא בין הפוסקים לא מפשינן:

ואשר נמצא בצוואה ארב"ע מאו"ת זהיבים לק"ק ומבואר בסי' רנ"ג סעיף י"ח דאמרינן מנה דוקא קאמר ואין מטבע נקנה בחליפין אמכם באמת כן הוא אבל בצוואה זו בכל פרט ופרט כתוב מלת סך. ופי' מלת סך הוא לשון חשבון בידוע בב"ב אסכויי הוי מסכי להו ובע"ז סך קירי וכן פירשי והערוך ואחרי כי כתוב בתחלת הצוואה יוחלק עזבוני דהיינו וכו' ומונה והולך ואומר לק"ק יהי' סך נראה דר"ל בעזבינו יוחלק לחלקים ולהק"ק יהי' חלק העולה לחשבון ארבע מאות זהובים ולא הקנה מטבע כ"א חלק מנכסיו שוה ארבע מאות והיינו מהיום גופא ופירי לאח"מ ואע"ג דהרמ"א פסק בסי' רנ"ז דמקדיש מהיום ולאח"מ אין ההקדש חל היינו בהקדש בדק הבית ממש ומטעם שכתב הרשב"א בתשובה דאי אפשר לו לומר דגופא מהיום להקדש והפירי יאכל הוא דכיון דקדיש גופא גם גדולי' אסורים וע"כ תנאי או חזרה הוי ומספק אין מוציאין מן היורשים וגם זה צ"ע לדעת הסוברים דאף תוך כדי דיבור אינו יכול לחזור בהקדש וכמ"ש הסמ"ע בפשיטות ומ"ש הש"ך בסימן רנ"ה מסוגיא דב"ק כבר הבאים אחריו ז"ל יישבי דברי התוספות והר"מ וגם אני בעניי' אמרתי ליישבו אין כאן מקומו ועכ"פ חידוש שלא עמדו בזה מדברי אלו ועכ"פ בהקדש עניים דיכול להנות מן הפירות אף דגוף של עניים בזה מהני אף להרשב"א מהיום ולאח"מ ובאמת דמסתימת לשון הרמ"א קשה מ"מ ילמד סתום ברמ"א מן המפורש ברשב"א וכ"כ אחרונים ז"ל עיין בקצה"ח שכתב דר"י כתב להדי' כן ואשר כתב מעכ"ת נ' לבטל משום דלא מטי' לידי' ואע"ג דאיכא קנין ובשטר הקנאה לא בעיני מטי' לידי' מ"מ הרי כתב הסמ"ע בסימן רנ"ח לפרש דברי הטור שצריך בכה"ג שכ' בשטר לאחר מותו צריך להגיע לידו וכ' שאין מי שיחלק ע"ז הנה מ"ש הסמ"ע לפרש לשון קנה מיד שכתבו הטור וב"י בש"ע דהיינו מיד שהגיע השטר לידו וסיים דהב"י שפי' דאם הגיע לידו קכה למפרע הוא ללא צורך אם דעתו דבאמת לא קנה רק משעת דמטי' לידו

צ"ע דכל קנין שאינו קונה בשעתו א"א לו לקנות לאחר זמן דהדר סודרי' למרי' כדמוכח בנדרים וכמ"ש הפוסקים ואפילו להרמב"ם וסיעתו דמעכשיו מבטל אסמכתא וקנין בלא ב"ד חשיב אינו מבטל אסמכתא מ"מ כ' הב"י שם תירוצם לחלק לא שייך לכאן ומכ"ש להתוס' ורא"ש דהוכיחו מכאן דמעכשיו אינו מבטל אסמכתא בעלמא בלא ב"ד חשוב אינו מבטל ואם גם דעתו כדעת הב"י דקני למפרע אם הגיע השטר לידו קני משעת קנין א"כ משמע מתוס' ורא"ש בב"מ דף י"ט ע"ב ד"ה והא אידי ובב"ב דף קל"ה ע"ב ד"ה כל שכתוב משם משמע דלית להו דבהקנאה צריך שהגיע לידו ואם הגיע קנה למפרע דאי הוי ס"ל כהטור לא הוצרכו לומר דמתוך דקתני מתנותי שכ' בה בפירש מהיום ולאח"מ אם לא אחזור בי דלא מצינו בשום מקום לשון כזה הוי להו למימר דמוקי מתני' דמתנות שכ' בה קנין דאם לא אמר תנו חוששין שמא נמלך ולא מטי לידי מעוצם אבל אם אמר תנו נותנין דליכא למיחש למידי כיון דקני למפרע מ"מ בשטר זה שכתב בו לאח"מ דיו להקנין שיגרום שלא נתבטל השטר לגמרי דאין שטר לאחר מיתה לזה גורם הקנין שיהי' מועיל כמו מהיום ולא יגרום הקנין ג"כ שלא יהי' צריך לימטי לידי' ולזה כתב שם דאם יש זמן בשטר וקנין אזי מודה הטור דלא בעינן דלימטי לידי' [ובזה אפשר ג"כ לדחות מה שכתבתי לעיל מדברי התוס' והרא"ש] מעתה בשטר זה שכתב בו זמן א"צ שיגיע לידו ואע"ג דכ' הרמ"א בסי' רנ"ח דה"ד אם צוה לכתוב זמן או שצוה לכתוב שטר מוציא וכו' הכה כן הוא בעדים אבל זה השטר שכתב הרב ז"ל ובתורת ב"ד כל שאפשר לקיים השטר ראוי לקיימו דלא חיישינן לב"ד טועין וב"ד בתר ב"ד לא דייקי:

ולפמ"ש מהרי"ו בתשובה שהביא המל"מ בפ"ד מהלכות מלוה דבמקדיש שיהי' הקרן לעולם דאין לעניים בקרן כלום ומותר להלות בר"ק לפמ"ש הגאון ני' לא שייך כלל מהיום ולאח"מ דלעולם אין להם בגוף הקרן כלום באמת כי דבריו נכונים וישרים רק לפי"ז בטלנו כל הקרן קיימת לא מבעי להסוברים דאין שום אופן שיכול להקדיש דשלב"ל אלא אפילו להסוברים דיכול להקדיש וחל מטעם הנדר מ"מ אם מת אין היורשים שיורשים הגוף צריכים לתת מהפירות כלום ומה לנו לפלפל אם יש בו משום רבית והרי הגוף הוא של יורשים וממילא הפירות ג"כ שלהם והם הבעלים אבל נראה לפע"ד דכל מקדיש לקרן קיימת והפירות לעניים היינו שמקנה הגוף לפירותיו ולכך אין להיורשים כלום בהקרן ולפ"ז יתכן לומר שפיר שמקנה הגוף מהם לפירותיו שיזכו בהם לאח"מ:

ומ"ש מעכ"ת ני' דכיון דלא ידענו אם היה לו נכסים הללו בשעת הכתיבה והקנין אין להוציא מן היורשים גם בזה יש לעיין הרבה דהרי אף להסוברים דגם בהקדיש עניים אמרינן ספיקא לקולא מ"מ מבאר שם דכל היכא דאיכא חזקה לחיובא מחייבינן

נראה לכאורה מבואר דעכ"פ חזקת ממון דבעה"ב הפקיע רחמנא לגבי עניים וכן לכל מתנות כהונה ועניים וכדאיתא בחולין דף קל"ד ע"א יעיי"ש וכבר האריכו בזה רבותינו הראשונים והאחרונים. ועיין בש"ך יו"ד סימן רנ"ט ס"ק י"ד מה שהקשה על הגה"מ דלכאורה נראה דהגה"מ ס"ל דדוקא כל היכא דאיכא חזקת פטור כמו בגר שנתגייר וכמ"ש רש"י שם בחולין אבל הגה"מ מיירי שהיה בידו מעות של צדקה וחלק אותם ונסתפק עתה באלו אם הם של צדקה בכה"ג אע"ג דליכא חזקת חיובא מ"מ גם חזקת פטור אין כאן ובהגמ"ר סוף חולין לחד תירוץ אפילו רובא וחזקת ממון מסייע לבעה"ב דהא רוב התבואה חולין אפ"ה לא אזלינן בתר רובא וחזקת ממון ע"ש ועכ"פ היכא דאיכא חזקה מסייע לחייב את הבעלים לא יועיל חזקת ממון ורגיל אני בזה לתרץ מה שתמהו על הרמב"ם בהך דתקפו כהן ולא אאריך בזה שאינו מן הענין אך אחת אמרתי ליישב מה שהקשיתי זה ימים על הגמ"ר בחולין פרק הזרוע שכתב דהקונה מן הטבח נכרי הראש והזרוע וכו' דפטור מן המתנות דכיון דנהוג דאם נמצא טריפה מניחו לגוי נמצא דבשעת זביחה לא היה עדיין שלו דאין ברירה דאע"ג דרוב בהמות כשרות דאין הולכין בממון אחר הרוב והקשתי דא"כ לר"ש דס"ל דטרפה פטור מראשית הגז א"כ איך משכחת דחייב ונהי דאיכא למימר דבראשית הגז אין צריך שיהיה מבורר בשעת גיזה מ"מ תימה הוא שלא יהיה חייב בראשית הגז אא"כ נשחטו ונדע שלא יהיה טריפה או שישהה י"ב חודש ולא עוד אלא שהר"ן בפרק ראש"ת הגז מצדד לומר דראוי לפסוק כר"ש ואולם להנ"ל ניחא דוודאי כל היכא דהספק בין הכהן בישראל ראוי ליפות כח הכהן וכ"ש דאיכא רובא דאע"ג דאין הולכין בממון אחר הרוב מ"מ ה"ד משום חזקת ממון ובמתנות כהונה ועניים לא מהני חזקת בעלים אפי' בספק שקול לדעת מרדכי מכ"ש אם הרוב מסייע אבל בכה"ג דקונה הראש הוי דומיא דגר שנתגייר דשם עיקר הדין תחילה אם הבהמה בשעת הזביחה היא של גוי או של ישראל ועכ"פ היכא דאיכא חזקה לחיובא כמו חזקת קמא דהוא רק חזקה דמעיקרא זכו העניים אע"ג דיש לבעלים חזקת ממון וכן במתנות דגר לא היה בחזקת פטור הוי אזלינן לחומרא מעתה בעניין המקדיש לעניים מהיום ולאח"מ אם הספק אולי אין אלו הנכסים שהקדיש ולא באו מחמתן נהי דכה"ג בנותן מתנה בכה"ג על המקבל לברר וכדעת הטור וסייעתו מ"מ הא וודאי דסברת כאן נמצא וכאן היה חזקה היא וסברה אלימתא כמו חזקה דמעיקרא אלא דס"ל דלא אלים כאן נמצא וכו' להוציא מחזקת יורשים וזה לענין הדיוט אבל הקדש עניים כיון דחזקה דמעיקרא מהני להוציא ה"ה כאן נמצא כאן היה דלא גרע מניה ועדיף יותר דמהני לדעת קצת גם להוציא בסוגיא דמומין:

סימן כז

שאלת אודות שטח"ז שנכתב כנהוג שאם ירצו הבנים לסלק בחצי חלק בן זכר הן בראוי והן במוחזק הרשות בידם ואח"כ לפני גמר החלוקה מת אחד מן הבנים והניח סך ידוע להוריש לאחיו ותחפוץ הבת גם מנכסי אחיה חלק כי המה ראוי לגבי אביה. והורה השב יעקב דלא מבעי' לדעת מהרש"ל ורמ"א וסייעתם שהסכימו דאם מת ראובן בחיי יעקב ואח"כ מת יעקב צריכין בני ראובן ליתן חלק לבת מנכסי יעקב דוודאי ג"כ הדין כן רק דאפילו לבעל שארית יוסף דחולק ה"ד התם משום דאומרים הבנים להבת דמכח אבוה דאבא קאתינא. אבל בנידון דידן גם הוא מודה דהאב בקבר יורש תחילה ואח"כ מוריש לבניו ומקרי ראוי לאב וממילא הבת יורשת וכתב שאין לומר דא"כ אחים דכתב רחמנא למה דכבר הקשו תוספות בי"נ דף ק"ח קושיא זו. ומדברי התוספות הללו מוכרח דס"ל דאחין גם הם רק מפני המישמוש ירשו דאל"כ לא הקשו כלום דהרי הוצרך לכתוב אחין להורות שהם יורשים עצמיים. ונ"מ כה"ג או לבע"ח למ"ד דנוטל בראוי אלא ע"כ כדאמרן את"ד השב יעקב והש"ב בסימן ד' הביאו וחלק עליו דלהיפוך מוכרח דהרי קשה קושית מהרש"א שם דמאי קאמר יכול יהא קודם לבן. ואיך אפשר לומר דאב קודם לבן דאיך ס"ד כלל דאב קודם לבן א"כ אחים דכתב רחמנא ל"ל דהשתא לפי הס"ד לא שייך תירוץ התוספת (וייע"ש מה שסתר דברי הבית יהודא בדברי מהרש"א יעיי"ש ולא דמי כלל למדקדק רק דבלא"ה דברים שאינם הם לפמ"ש בד"ה יכול יהא קודם לבן בתחילת הדיבור הן לתירץ הא' והן לתירוץ הב') והוא כתב דעיקר קושי' התוס' אחים דכתיב הקרוב קרוב קודם א"כ כל שאין קרוב יותר הוא יורש עצמיי מבלי מישמוש נחלה ולא צריך למישמוש נחלה רק כגון אב ובן הבן דוודאי אב ובנו קרוב יותר ולכן רק מפני מישמוש נחלה יורש בן תבן אבל בלא"ה אין כאן מישמוש. וא"כ הקשו התוס' שפיר אחין דכתב רחמנא למה לי ול"ק קושית הש"י דאצטרך שיהיו יורשים עצמיים דכיון דכתיב הקרוב קרוב קודם בלא"ה כיון דליכא קרוב יותר הוא יורש עצמיי כו' וכל זה היינו אי כתיב הקרוב קרוב קודם אבל אי לא כתיב בוודאי הוא דכל הקרובים אינם יורשים רק מכח מישמוש. וא"כ לא קשה קושית מהרש"א דהו"א דאצטרך אחים להורות דהם יורשים עצמיים יעיי"ש דהעלה מכח זה דהא דפליגי הגאונים על השארית ייסף ה"ד היכא שיש אב לאבי אביהם דאפ"ה סובר הש"י דמצי לומר מכח אבוה דאבא קאתינאו והגאונים חולקים עליו אבל כשאין אב לאבי כ"ע מודו להש"י דהבני בנים הם יורשים עצמיים דאטו בר קשא דמתא לירות כיון דכתיב הקרוב דקרוב קרוב קודם יעיי"ש שהאריך. ויש לתמוה עליו איך יאמר דכל הני עובדי דאיתא בתשובות

רבותינו האחרונים איירי במציאות כזה שיש אב לאבי האב דווקא ואיך יסתמו הגאונים בתשובתיהם (אם לא שירצה הוא לחלוק על כולם) זה אין הדעת סובלתו והנ' הוא מתריס לעומת השב יעקב שהוכיח דין מכח קושית התוס'. ואיך הוכיח הוא דין חדש מכח ק"ק שהקשה מהרש"א ושערי התרוצים לא נינעלו. והנה יש לייש קו' המרש"א עפ"מ שכתב התוספת שם דאיצטרך אחי האב ללמד מישמוש נחלה למעלה והנה ע"כ אין כוונת התוספת דאם לא כתיב קרא לא הוי ידעינן שיהיה נחלה משמשת ולא יירשנה אחי האב כשאין שם קרוב אחר דאטו בר קשא דמתא לירות אלא נראה דכוונתם דלא הוי ידעינן דיורשים מפני מישמוש נחלה ונ"מ לענין כמה דינים דאם היה להמת שני אחי האב ומתו זה הניח בנים וזה בנות דאם היו יורשים מצד עצמם ולא מפני המישמוש לא הי' להבנות חלק במקום הבנים דכל הירושות מקשינין לירושה דבן קודם לבת משא"כ עתה דשמענו מכח יתור אחי האב דנחלה דממשמשת נוטלת חלק אביה (וכן יש עוד נ"מ אחרים ואין להאריך) והנה זה שאנו אומרים דמדכתיב אבי האב ידענו דנחלה ממשמשת להקשות מנא לן דמפני המשמוש הוא יורש דלמא מפני שאין שם קרוב אחר ומניין לנו לחדש משמוש נחלת למעלה דכבר אמרנו דעל זה לא צריך קרא:

והנה הריב"ם תירץ קושית התוספות אחי האב דכתב רחמנא ל"ל דאצטרך דאי לאו אחי האב כא הוי ידענו דקראי שלא כסדרן כתיבי נשמע מדבריו דאין להקשות לכתוב קרא סדר נחלות כמשפטם באמת אב קודם לאחין ולא אצטרך אחי האב וכמ"ש הרא"ם בביאורי הסמ"ג להלכות מגילה סוף אות ט' דלשתוק אמרינן. לכתוב לא אמרינן יעיי"ש והתוספת סתרו דבריו דאף אם לא כתוב אח האב הוי ידענו דקראי שלא כסדרן כתיבי דאל"כ אמאי כתב כלל לשארו דאם שיירש כשאין שם אב ובת ואח פשיטא ואם לומר שיהיה מאוחר לאח א"א לומר חדא דמצד הסברא משמע בסוגין דידענו דאח קודם לאב ועוד אם מצד הסברא אב קודם לאח לא לכתוב לא שארו ולא אחי האב לפי האמת והנה דברי הרשב"א נכונים לפי המסקנא אבל אם אב קודם לבן אע"ג דכתיב שארו לבסוף מ"מ כיון שאתה מקדימו לאח ראוי להקדימו לכל הכתובים בפרשה. א"כ אין להקנות ות אחים דכתב רחמנא למה לי' דאי לא כתיב אחים מניין היינו יודעים דשארו שלא כסדרן ואב קודם לבן דלמה קראי כסדרן כתיבי ואצטרך שארו להורות שיורש מיד אחרי הבן קודם האח דהרי מצד הסברא אח קודם ולכך אצטרך להורות דאב קודם ואין לנו לומר דקראי שלא כסדרן מאי אמרת דאפי"ה מוכרח דשלא כסדרן כתיבו מדכתיב שארו בתר אחי האב א"כ אצטרך אחי האב לגופי' דנדע דקראי שלא כסדרן וא"כ אין לנו ראי'

למישמוש נחלה למעלה דלמא אחי האב דכאיב היינו מפני שאין קרוב הימנו וא"ל א"כ למאי אצטרך דעתה דלא כתיב אחים אצטרך שנדע דקראי שלא כסדרן כתיבו:

וגם יש לפרש ולומר דהרי התוס' בתחילת הדיבור כתבו לתרץ קושיתם דאיך ס"ד דבן מאוחר לאב א"כ לעולם לא יירש הבן דהאב יורשו בקבר ותי' בתי' השני שאותו תפסו לעיקר כדמוכח בדבריהם למעיין דהיכא דיש בן ובת ואב לא נאמר דממשמשת והולכת. והנה המרש"א שהקשה קושיא זו דאח ל"ל לס"ד דאב קודם הבין דברי התוס' לפי הנראה דלעולם למי שהנחלה בידו גם מכח מישמוש אם יש לו בן או בת אין הנחלה משמשת למעלה אף שהאב קודם ולכך הקשה שפיר דגם רפי הו"א דאב קודם אין צורך לכתוב אח דאם ימשמש הנחלה לאב הרי יש לו בן והוא האח של המת וייורשנו. אבל לפי"ז לא הצרכו תוס' לומר לעיל בתירוצם היכא דיש לו בן או בת ולכך יתכן לומר דלעולם אם נחלה משמשת עכ"פ שוב האב קודם לבן לפי הס"ד ורק היכא דיש להמת בן או בת או אח אז אין הנחלה ממשמשת וה"ה אם יש לו אחי האב אבל היכא דאין לו אחד מאלו אז באמת הנחלה משמשת למעלה וכיון דע"כ הנחלה משמשת ממילא משמשת עד למעלה ואל תתמה שהרי כ' התוס' לתי' הראשון דסד"א דקרא מיירי בגר. וא"כ כ"ש דיש לומר כה"ג. ואם כוונת התוס' כדאמרן ממילא אין קושיא דלא לכתוב אח דהרי באלו הקרובים הכתובים בלבד אמרינן דיורשים מצד עצמם לפי ההו"א דאב קודם לבן. אבל לפי האמת אין חילוק ואיך שיהי' עכ"פ אין להוכיח מכח קושיא זו דין חדש כזה היפך משמעות הפוסקים:

והנה גם לפ"ד דהקרוב קרוב קרוב קודם מגלה דכל שאין שם קרוב אחר הוא יורש עצמיי מבואר דאם לא נדרש הקרוב לזה. נשאר הדבר להסברא החיצונה דהוא רק מצד מישמוש והרי למאן דנפק ליה דאב קודם לאח מוהעברתם. ודריש שארו לו וכתב המהרש"א לקמן דלרבא אמרינן דהקרב אליו קאי על אשתו וכדכתיב כ"א לשארו הקרוב אליו ויש ראיה לדברי המרש"א מדברי רי"ף ריש הלכות טומאה שם הביא הרי"ף תורת כהנים דדריש הקרובה למעט ארוסה אליו למעט גרושה (ע"כ נמצא מכ"י קדשו):

סימן כח

אשר הקשה ידידי על הא דאמרי' בגיטין לימא כתנאי ובעי למימר דלר"מ השא"נ שמי' היזק דהא בב"ק דף ע"א פרכינן שור הנסקל לאו דמרי' קא טבח ומשני דר"מ סבר לה כר"י דאמר החזירו שומר לבעליו מוחזר ולעיל כתבו התוס' ס"פ שש"נ די"ה דלר"י ע"כ חשא"נ לא שמי' היזק. ולפע"ד אפשר לו' עפ"י מה דקשיה לי' על שיטת ר"ת דכתב

דשור הנסקל אינו נאסר מחיים יעוי"ים בסנהדרין דף פ' ור"פ כל הזבחים שנתערבו וכתבו דמהאי טעמא בשור הנסקל חייב על טביחתו ולא אמרינן כל שאינו במכירה אינו בטביחה משום דיכול למכרו לרכוב עליו לבית הסקילה ויקשה לפ"ז דמאי פריך שור הנסקל איסורי הנאה נינהו לאו דמרי' קא טבח דהרי אינו נאסר מחיים ואכתי דמרי' הוא וצריך לומר דאע"ג דלר"ת אינו נאסר החיים מ"מ מודה דמיד שעשה בה מעשה טריפה ובפרט לדעת ברמב"ם דנקובת הוושט ופסוקת הגרגרת הוה נבילה מחיים (וכבר יישב הת"ש דברי הרמב"ם על כנם בי"ד סי' ל"ג) מאז חייל ג"כ עליו איסור שור הנסקל ופריך שפיר דלאו דמרי' קטבח דמכי נקב הוושט או פסק הגרגרת נאסר ואידך לאו דמרי' קטבח ואולם כ"ז לסברת ר"ש שם דף ע"ב ע"א אבל לרב הונא ברי' דרבא דאמר כי קא מחייב אהאי פורתא אע"ג דאידך איסורי הנאה נינהו לדידי' מעיקרא לא קשיא מעתה איכא למימר דהמקשה בגיטין היה סובר כרב הונא ברי' דרבא ודו"ק:

ויש לי עוד מילין בזה לולי כי אין הפנאי להאריך ואולם מה שדחה ידידי וכתב דא"ל דהמקשן סבר דפליגע אם אומרי באיסור הנאה הש"ל גם ז"א דהרי בדף צ"ח איתא האי סוגיא כו' ומדפליג ר"מ במשנה גבי עבדים וס' דמצי אמר הש"ל משמע דבשארי פליג ולא ירדתי לסוף דעתו דאם אינו טעו' שפלטתי המהירות מאי קאמר מכלל דבשארי פליג אדרב' תלמוד להיפך מדפליג בעבדים דווקא מכלל דבשארי לא פליג ואם טעות הקולמיס הוא ורצה לומר מכלל דבשארי לא פליג א"כ שפיר מצינן לומר דפליגו אם אומרין באיסורי הנאה הש"ל ואולם אם דקדוק זה אלים כ"כ בפשטות מצי להקשות דהרי שם בגיטין פריך ממתני' דגזל חמץ ואסיק בתיובת' מ"ד השא"נ ל"ש היזק וא"כ איך בעי לו' דר"מ סבר השא"נ ל"ש היזק דהרי מדפליג ר"מ ברישא בעבדים מכלל דבסיפה מודה אמכם לע"ד אין זה קושי' כ"כ לומר מדתנן במתני' פלוגתא דר"מ ברישא מכלל דפליג בסיפא דהרי ע"כ צריך טעם דרבי פעם סתים מתני' ולא הביא החולק ופעם סתום והביא גם החולק יעוין פ"א ממסכת עדיות משנה ה' ובפי' הרמב"ם והראב"ד שם ולדבריה' ראה רבי לסמוך כי היכא דאיכא סניף על דברי ר"מ בעבדים ולא באיסורי הנאה והאות על זה דלא קאמר כדפריך שור הנסקל לאו דמרי בקיצור כגון שמסרו לשומר ור"ע לטעמי' אע"כ דאין הכרח וכיון שכן הדרן לתירוצינו דלעיל.

סימן כט

ישפות ד' וישע רב לכבוד הרבני המופלא חרוץ ושנון וריח לו כלבנון כשק"ת מוהר"ר צבי ארי כי' לנצח:

נעימות ימינו הגיעני שבוע זו והנה אנכי עתה אינני בבריאות בט"י ומעכ"ת ני' יבוא להכריע בין הרים גדולים בין מהרח"ש ובין האחרונים הגאונים המל"מ והח"צ בסי' ק"ב בדין גזל אתרוג מחבירו דדעת מהרמא ז"ל שיכול לפטור עצמו באתרוג כל דהו כמו דאיתא בב"ק דף ע"ח פ"ב דמצי לפטור נפשי' בכבש לרבנן ובעוף לראב"י והח"צ והמל"מ נחלקו עליו דהתם אין מזיק לו כלום דהא המוכר עולתו ושלמיו כא עשה כלום מה שאין כן כאן דיכול למכרו ומעלתו ני' דחה דבריהם דכיון דאם ידעינן דאינו מופר רק מחזיקו לצאת בו הוי כמו חצר דלא קיימי לאגרא דאע"ג דגברא עביד למיגר אפ"ה פטור דהוי זה נהנה וזה לא חסר ומה שצריך לצאת בו ע"ז הביא מהך דב"ק דמצי פטר נפשי' בכל דהוא אלא תורף דברי מעלתו ני' ולפענ"ד נראה דלא דמי כלל להך דחצר דלא קיימא לאגרא דהתם ליכא למימר דאלו ידע בעל החצר שזה ידור בו הוי משכירו כי מה"ת לומר כן כיון דבלא"ה לא היה משכירו מה איכפת לי' שזה דר בו ואדרבא איכא למימר דניחא לי' אי משום ושאיי' יוכת שער אי משום דבית יתיבי מייתבי אבל כאן אם ידע שלא יברך על האתרוג הזר עפ"י מקרה שיהי' מוכרח לצאת מביתו מבלתי צקחת עמו וודאי היה מוכרו בתחלה וכיון שע"י הגזלן הזה לא יברך רק על אתרוג גרוע או יקנה לנפשו מובחר ממנו אם אפשר לו הרי אם ידע זה הי' מוכרו ואינו דומה לעולה דבכל ענין א"א לו למכרו כן נראה בעיני:

אבל מבלעדי זה הלא הביא המחבר בסי' שמ"ג דעת הסוברים דאם חסרו מעט מגלגלין עליו את הכל והמעין בב"י יראה שהוא דעת גדולי הראשונים וכאן הרי גזל ממנו האתרוג כולו ואע"ג דהרמא כתב שם דאם לא נהנה אינו משלם התם וודאי א"א לנו לחייבו רק במה שנהנה דאחרי שאין החצר עומד להשכיר וא"א לחייבו רק מפני שנהנה אבל בגוזל וגונב שהוא חייב לשלם ואני באתי לפטרו מפני זה נהנה וזה לא חסר כשחסרו דבר מועט מגלגלין עליו את הכל והרי זה חסרו עכ"פ מה ששוה אתרוג גרוע ומגלגלין עליו את הכל מה ששוה אתרוג זה למכור ואינו דלמה להך דב"ק דאינו שוה כלום למכור וכמ"ש הח"צ והמל"מ וכ"כ השבות יעקב בח"ב סי' ק"ט הביאי הבאה"ט:

והמל"מ כתב שיש עוד לחלק ולא פירש ויתכן שהחילוק היא זה דהתם בב"ק הרי אם אמר הר"ז עולה ונגנב אינו משלם כלום ורק משום שאמר הרי עלי עולה דהוי קדשים שחייב באחריותן והרי זה לא אמר רק הרי עולה ולא פירש ויכול לפטור עצמו בכבש ובעוף כי אתרי' והוא ברצונו אח"כ לא מחמת נדרו רק באות נפשו הפריש שור הרי הפרשה זו הוי כמו הרי זו עולה ואינו מתחייב עליו ולצאת ידי נדרו הרי ניתן לו דבר שיצא ידו נדרו ולא מצי לומר דבעי מצוה מן המובחר שהרי לא קבל עליו רק סתם עולה

ועל הפרשתו השור א"א לחייב והרי אף באומר הר"ז עולה וודאי יש מצוה מן המובחר יותר אם מקריב באמת והביא דורון מאשר אם גנב וכדאמרינן בערוכין אומדים כמה אדם רוצה ליתן להקריב עולה שאינו רשאי וזה לא שייך באתרוג כלל דהוא גזלן וחייב לשלם מה ששוה אתרוג שנטל ממנו ובעולה כבר גילה זה שרצונו לקיים מבחר נדריך כדאיתא ביומא בהפרשתו יודה ויברך כל החג על אתרוג גרוע לכך אין ללמוד משם לאתרוג כלל:

והנה רש"י פי' דלכך פטר נפשי' בכל דהוא משום דאתשלומין דבעלים מחייב דעל ההקדש אינו חייב כלום אבל הראב"ד כתב הביאו הרשבא בחידושיו דלהקדש וודאי משלם קרן חומש ואשם כפי שגנב יע"ש הביאו ג"כ המ"מ נראה דאזיל לשיטתו כמ"ש המ"מ בפ"ג מה' גנבה בשמו וכ"ה בפי' מעילה להראב"ד דאין צריך שינוי לגנב וכל שגנב והוציאו מרשות הקדש חייב משום מעילה והרמב"ם בפ"ג מה גנבה שם אינו מחייבו אלא קרן כראה דג"כ הקרן נשלם כפי מה שגנב ולא מבעי' לי' לרבא אלא על הכפל וכמ"ש הראב"ד דלכ"ע הקרן משלם כמה שהיזק להקדש והבעי' היא רק לר"ש דס"ל דקדשים שחייב באחריותן משלם כפל ומבעי' לי' אם סגי בכבש או בעוף למר כי אתרי' וא"כ ל"ק מה שהקשה מעלתי ני' אמאי לא העתיק הרמב"ם דינא דכיון דלא מבעיא ולא אומר רבא רק לר"ש אבל צרבנן דקי"ל כוותיה דדבר הגורם לממון לאו כממון דמי ליכא למבעי' כלל כאמור:

והיינו גמרא דהגאון בעל ח"צ דאדמבעי לי' לר"ש דלית הלכתא כוותי' לנקוט לי' בס"ת וכיוצא בזה אליבא דהלכתא ולא ידעתי מאי השיב מעכ"ת ני' ע"ז דרבא משמיענו דינו בפלוגתא דר"ש ורבנן במאי דאיירי בהו דהלא זה קושיא הח"צ אמאי נקט דינא בקדשים הלכתא למשיחא ולא נקט בס"ת וכיוצא דנ"מ לדידן דבין לרשי' ובין להראב"ד הדין רק אליבא דר"ש דלא קי"ל כוותי':

והנה רבנן ור"א במנחות ב"פ בתרא לא פליגי רק מר כאתרי' ומר כאתרי' ופי' הרמב"ם דהיינו באתרא דר"א היו קורים סתם עולה לעוף ובאתרא דרבנן סתם עולה כבשו"כ הכ"מ שם דרש"י פי' בע"א והיינו דרש"י פי' שם דבאתרא דר"א עוף גרוע ובאיתר' דרבנן כבש גרוע ולהרמב"ם משמע דתלי רק במנהג המקום ובזה א"לו כדברי מעלתו ני' דאע"ג דעוף גרוע מכבש מ"מ כולי האי לא אמרי' דלפטר גנב נפשי' בעוף והיינו דנקט רבא לענין עולה וגם זה אינו קו' כ"כ על הח"צ גם בזה שהבי' הח"צ מס"ת שדחה מעלתו ני' דס"ת כל שהוא מובחר יותר מתקיניו אין בו עילוי יותר לא היה למעכ"ת ני' לדחות דברי הגאון כי שבח ס"ת ויוקרו רק מפני הקלף והדיו וגודל האותות הלא נויין ויופין של

אותיות הוא ג"כ שבחו והגוזל ע"ת שכתב לבלר אומן וסופר מהיר האם ישלם תחתיו דעי ספר שכתבו סופרים העשויין להתלמד באופן שאין בידו להכריע נגד שלשת הרועים האלה ומ"מ בדין הזה אם באמת ולא גזל הי' אפשר לדון כן מפני שלא כיון להזיק ועשה ברשות:

וע"ד שקרה אצל מנין אחד כי בשעת פתיחת אה"ק נפל ס"ת לארץ ביוה"כ הנה וודאי חרדה גדולה היא ר"ל אבל לא מצאתי מספר לתעניתים רק המ"א כ' בסי' מ"ד דבמשפטי שמואל כ' קצת סמך למה שנהגו העולם להתענות כשנפלו תפילין על הארץ וה"ר דס"ת ו"כ המג"א דס"ת אפילו בנרתקו וכ"כ בא"ח וראיתי בברכי יוסף ש"כ דהרואה שנפלו תפילין מיד אחר א"צ להתענות רק מי שנפלו לו מידו ובס"ת דחמיר מיני' לא כתב כלום אם הרואה צריך להתענות כי יש סברא לומר בזה דעל כולם היה מוטל להשגיח שיעמוד הס"ת באה"ק כתקנה שלא יפול ומכש"כ ביום הקדוש יוה"כ ואחרי כי לא נמצא אתי מבואר בפירוש מספר ימים אשר יצומו ורק מסברא זה יכול מעכת"ר לקצוב להם מסברתו ועכ"פ יקבלו עליהם לכבד התורה והוגי' ויתענו כפי אשר יוקצב עליהם ולא יאונה להם ולכל ישראל כל און דברי ידידו הכותב בחפזון דורש שלומו ושוחר טובתו.

סימן ל

להרב הגאון הגדול מוה' משה אבדק"ק צהעלים:

דבדיק לן מר על שהשמיטו הטוש"ע בח"מ סי' רס"ב הך דאיזהו ת"ח כל שרואה טריפה לעצמו שפירשו התוספות והרא"ש דהיינו שמחזירין לו אבדה וירצה הדרתו לומר דדוקא לענין גט אשה נאמר כבר ראה לבבו כי לשון תוס' והרא"ש לפ"ז וגם המהרש"ל כותב שם דעיקר הסברא כיון דעל שלו אינו חומד כ"ש על אחרים מבואר דלענין ממון כאמר ואולי יתכן לאמר כי צריך להבין בדברי ר"ח דהרי לכאורה ברור דלהעיד על חכם שראה טריפה לעצמו אפשר להעיד וכגון שהיה השאלה במסיבת חכמים והיו צדדים להיתר ולאיסור ואף כי היו צידי ההיתר מוכרעין יותר חשש בעל הבהמה והטריפה לעצמו אבל איך אפשר להעיד הפכו כיון דבאובנתא דליבא תלי' מילתא מעתה אם היו צדיד ההיתר והאיסור שקולים המתיר רשע זע"כ היא אומר שצדדי ההיתר אצלו מכריעין וא"כ לא יצא כלל הגד ת"ח אם ליקי' כמשעתי' (והרי לדעת הר"ן אדרבה שבח הוא לת"ח ולא יהיה סברות הגאוני' הפוכות) אלא וודאי דבאמת זה א"א להעיד על ת"ח להוציאו ורק הרואה טריפה לעצמו הוא בודאי בגדר ת"ח ולפ"ז יקשה לדעת הגהות אשרי והב"י כתב דגם לשון הריב"ש מוכח כן דא"צ ראיה לת"ח על שלא שינה בהני

תלתא ומבואר דלדעתו כל היושב ושונה אמרינן דאור התורה מטיבו וא"כ איך משכחת לה הא דר' חיסדא דאיזהו ת"ח שמחזירין לו אבידה כל שרואה טריפה לעצמו בשלמא התם משכחת לה אם יבואו עדים ששונה לבר מהני תלת לא יחזירו לו אבידה וכן לענין חלוק אבל המ"ל דהרי א"א שלא יבואו עדים שלא ראה טריפה לעצמו ועל עדים שראוי אין צריך לדעת הרמב"ם והרא"ש אשר ע"כ היה נראה לפע"ד לומר דשמעתא אהדדי איתמר דכלפי דאמרינן בשבת איזהו ת"ח שמדקדק בחלוקו להפכו דנשמע מזה שאם יבואו עדים שראו יוצא בחלוק הפוך פעם א' לא יחזירו לו אבידה בט"ע ואף שלא הוחזק בזה למשקר ולזה אין תקנה כשיבואו עדים אח"כ שיצא בחלוקו כמשפי' או שלא שקר דבכל אלה אין ראיה להשיבו לחזקתו הראשונה ובא ר"מ ואמר כי אם יבאו עדים שראה טריפה לעצמו הנהו בחזקת ת"ח כיון שלא הורע חזקתו רק מפני צאתו שלא כדרך ת"ח ישוב לאיתנו שראה טריפה לעצמו מה שא"כ אם יבואו עדים שהוא משקר לבר מהני תלת לא יועיל לו שהוציא טריפה לעצמו ולזה כיון שלא הביאו הך דאיזהו כו' בחלוקו לא הוצרכו להביא הך דר"ה ויתכן לומר עוד דהא דכתב הגהות אשר דא"צ ראיה ליושב ושונה שהוא נוהג כמשפט ת"ח אע"ג דוודאי איכא מיעוט שאינו בגדר הלזה מ"מ כיון דרובא הכי איתנהו חייב להחזיר לו בטבע דאע"ג דאין הולכין בממון אחר הרוב באבידה הולכין כמו שכתבו התוס' ביומא וכתובות מיהו ה"ד לדידן דפסקינן כרשב"א דבכלי אנפוריא אין חייב להכריז ודווקא שבעתן עין מכריח וכיון ששבעתי עין וודאי יש לו בהן טב"ע ולכך חייב להכריז ולהחזיר אף שאינו ברור שהו נוהג כמשפט ת"ח אבל לרבנן דאף כלים של שבעתן עין חייב להכריז לדידהו כיון דוודאי לאשר לא שבעתן עין איכא מיעוט המצוי דאף לת"ח אין לו בהן טב"ע אלא דאפילו אית להו לרבנן דמכריז משום דס"ל דאף בכה"ג שייך טב"ע מ"מ ה"ד אם ידוע שהוא ת"ח אבל בסתם כיון דאיכא מיעוט שאינן ראוים להחזר להם אי מצרפינן לי' להדי הנך דאין להם באנפוריא טב"ע אין ראוי להחזיר מעתה ר"ח דקאמר איזהו ת"ח שמחזירין לו אבידה כל שרואה טריפה לעצמו ואמרנו דמשמע דס"ל דצריך ראי' לת"ח שהוא נוהג במשפט ת"ח היינו משום דס"ל כרבנן אבל לדידן דפסקינן כרשב"א מדפרשי אמוראי למילת' כמ"ש הלח"מ אין כ"מ בדר"ח ולפי פשוטו נראה דר"ח לא קאמר איזהו ת"ח לומר דאין מחזירין לת"ח אבידה אלא א"כ רואה טריפה לעצמו דזה א"א שא"צ עדות לת"ח כדעת הגהות אשרי ורק איפכא קאמר דת"ח שמחזירין לו אבידה עליו לקדש עצמו ולאסור על נפשו כל שיש צד טריפות (ואף לדרכינו הראשונים צריך לומר דלכך הביאו הרו"ש בפסקיו) וכ"מ מדברי מהרש"ל ביש"ש פא"ט סימן מ' דאע"ג שהסכים לדעת התוס' והרא"ש בפירוש

איזהו ת"ח מ"מ כ' בסימנים שם דין שת"ח מצוה עליו להטריח בבהמה שלו אם נולד לו ספק טריפות ולא יחוס על ממונו ולא כ' שאין מחזירין לו אבידה משמע כדרבנן דלא בא ר"ח רק להורות לת"ח איך יתנהג בשלו כנ"ב. כ"ד הק' מאיר א"ש

סימן לא

שלום וברכה לאהובי בני הרבני המופלג ירא ושלם מהו' יהודה ני'
זה ימים הגיעני מכתב מר' מרדכי בר"י והנה הוא בא להשיב על מה שכתבתי לך תחלת החורף ליישב זה שהוצרך הרמב"ם לכתוב שני טעמים בלאו דלא תגזול שהוא ניתק לעשה ושהוא ניתן לתשלומין וכתבתי לך שם והנה הוא משיב שהרי בה' גניבה כ' הרמב"ם רק דניתן לתשלומין בלבד ולדברי כאשר תהיה הגניבה בעין ילקה אחרי דאין בזה משום אינו לוקה ומשלם ונותק לעשה אין כאן בגניבה הן אנכי אז כשלמדתי הסוגיא היו פשוט בעיני דלהרמב"ם גם גניבה הוי ניתק לפשה דבכלל והשיב את הגזילה הוא אע"ג דאיכא למפרך הוי כעין גילוי מלתא בעלמא וכן מוכח סוף חולין ב"ד ק"מ סוף ע"א וריש ע"ב דקתני בברייתא הגנב והגזלן ובין לפי מאי דס"ד ובין לפי המסקנא משמע דגם גנב הוי ניתק לעשה עיי"ש ברש"י ובפרט לדעת התוס' במכות ד' ט"ו דלא ס"ל הא ד"כ הרמב"ם דשייך בזה אין לוקה ומשלם וודאי צ"ל הא דקתני גנב וגזלן שוין בחולין היינו מטעם לאו הניתק לעשה והרמב"ם בה' גניבה חדא נקיט וסמך על מ"ש בה' גזילה כן הוא האמת לפענ"ד וקצת הי' נראה לומר בדעת הרמב"ם שלא כ' רק ניתן לתשלומין בלבד עפי' מה שהקשו התוס' בב"ק ד' ק"ה ע"ב ד"ה מאי לאו תימא בממון מאי שייך אא"כ הזהיר דבשלמא בקרבן שייך אבל כממון מאי צריך אזהרה יע"ש ונמצא בש"מ תירץ על קושית' וכן ברשב"א ואולם בת"כ הביאו המזרחי ב"פ קדושים על דברי רשי בפסוקו לא תכחשו הביא שם לשון הת"כ ולא תגנובו מה ת"ל לפי שנאמר הגנבה שנים ישלם עונש שמענו אזהרה מנין ת"ל לא תגנובו (והמזרחי תמה למה לא העתיק רש"י זו הדרשה ולכאורה היא דלא כתלמודן דדריש לה לאזהרה לגונב ע"מ למיקט) והנה על דרשה זו קשה הרי ממון א"צ אזהרה וכמו שעמד בזה המזרחי שם ונלפע"ד לפמ"ש הרשב"א בריש ב"ק דהא דקתני (הביאו התוס' ריש ב"ק ד"ה לא זה וזה) אם על הפתיחה חייב על הפרי' לא כ"ש למה נאמר לפי שאין עונשין מן הדין והתוס' נראה מדבריהם שם דלפי המכילתא שום ממון אין עונשין מן הדין אבל הרשב"א שם כ' דדוקא בבור אין עונשין מה"ד לפי שהוא חידוש שאין דרכו לילך ולהזיק ואינו שלו ועשאו הכתוב כאלו הוא שלו ולכך אין עונשין מן הדין וגם בטביחה ומכירה שנו במכילתא אם על הטביחה

חייב על המכירה לכ"ש אלא שאין עונשין מי"הד ג"כ המפרש שבות יהודא דהתם נמי משום דקנסא היא אין עונשין מן הדין הרי ראינו דנשתנה דין קנס מממון לענין זה דאין עונשין מן הדין א"כ אין לתמוה על התוס' בהך דלא תגנובו דאמר דאיצטרך לא תגנובו לאזהרת כפל דקנס איכא למימר דצריך אזהרה ויש בזה אריכות בסוגיא דלוקה ומשלם ובמה שפירשו התוס' שם במכות בהא דאמר ר"מ שלא השם המביאו לידי מכות מביאו לידי תשלומין ואין הפנאי עתה להאריך בזה בפרט שהעיקר כי הוא לאו הניתק לעשה לפום תלמודן כדמוכח סוגיא דחולין דלעיל אם תזדמן אם מהר"מ הנ"ל תוכל להגיד לו כדברים האלה:

סימן לב

בעזה"י עש"ק ה' מרחשון תר"ח לפ"ק

ישאו הרים שלום חיים וברכה עד עולם לאהובי בני הרב מוה' מנחם ני' .

מכתבך כך הגיעני ושמחתי בשלומכם גם אותנו הגדיל ה' חסדו וכן יוסף עוד אבינו שבשמים לסוככנו באברתו ולחזקינו ולאמצינו לתורתו ולעבדתו את אשר כתבת לתמוה על דברי פי' המשניות להרמב"ם דיליף מן ואשמה הנפש ההוא לחייב את המשלח במעילה. והנה לא נכתב בתוה"ק פסוק זה במעילה כי אם בגזל הגר באמת הוא תמוה וחידוש הוא שלא העיר התוי"ט המביאו במעילה והוא ז"ל דרכו להעיר על כיוצא בזה וא"ל ולתרץ דהרמב"ם ז"ל (מסתמא מצא דרשה זו בשום מקום ולא ענה מלבו) ס"ל דילפינן מעילה בג"ש מפיקדון וכמ"ש התוס' בשבועות דף ל"ד ע"ב בד"ה הנך נפישין בסופו לרבא בר איתא אליבא דר"ש והרמב"ם. ס"ל דגם אליבא דרבנן הוי גז"ש ללמוד דמשלח חייב ועיקר קרא לגזל הגר לא צריך דס"ל דלא שייך שם שליחות כלל כיון דאינו רק על שבועה ופשיטא דהנשבע חייב ולא אצטרך קרא אלא ללמוד מעילה מכי' אלא דצריך ליישב לפי"ז עוד אמאי לא ילפינן פקדון ממעילה לחייב רק בשוגג כיון דהוי גז"ש והנך נפישין ואולי ס"ל כמ"ש הנוב"י וכן צדד בהפלאה וכן בתשובת שבות יעקב קדם אותם לומר דבמעילה אם נהנה השליח ג"כ חייב המשלח אע"ע שלא נהנה א"כ נסתר אחת דהיינו נהנה ולא הוי הנך נפישין ועדיין צריך עיון יאיר ה' עינינו בתורתו ויראינו מהרה בישועתו. כה דברי אביך המעתיר בעדכם.

הק' מאיר א"ש

סימן לג

בעזה"י שלהי תשרי תר"ט לפ"ק פה מאדע יע"א.
העתק השאלה משארי הגאון מהו' נתן פייטל זצ"ל אב"דק מאדע יע"א:
שלום לאהו' אדוני הרב הגאון האמיתי רשכב"ה נזר הרבנים פאר הדור והדרו כקש"ת מוה' מאיר א"ש נ"י אב"ד ור"מ בק"ק אונגוואר והגליל:
אציע לפני אדוני מכ"ת הגאון אשר נשא לי שבוע זו. אשה אחת היתה פה קהילתנו אשר היה לה ששה בנות. אבל בן אין לה וכולן השיאן אחר מות בעלה אביהן ולא נתנה לאחת מהנה שח"ז כ"א לצעירה בת זקנתה אהובתה ומהן אומרת שנעשה ע"ד פשר שהיה מריבה ביניהם אודות סילוק הנדן להחתן והשח"ז כתוב על סך ידוע בנוסח שכתוב בס' נחלת שבעה ולא נכתב בה חוץ מספרים וקרקעות ג"כ עפ"י ספר הזה שכתב דגבי אשה א"צ דלא שייך בה עגמת נפש משו' תסוב נחלה. ובעת שהשיאה בת זקנתה היתה זקנה גדולה יותר על ס"ח שנים אשר כבר מאז חדל להיות אורח כנשים. ועתה שבקת חיים לאמ"ו ולרבנן ולכ"י והניחה אחריה בעזבונה לערך ט' מאות זהובים והצעירה בעלת השח"ז מוחזקת בכל עזבונה שאמן דרתה אצלה ותובעת סך הנ"ל יתר על אחיותיה. ואחיותיה טוענת שאחר שאין כאן ב"ז ובשעת נתינת השטר כבר לא היתה אמן ראויה שוב להוליד מפני זקנתה ע"כ אין ממש בשח"ז הזה:
וענותינותו דמר ירשני לרשום פה ספקותי ונבוכותי. ואומר הן אמת שמריש ה"א שהדין עמהן שאין שום ממש כשח"ז ונדון היא הדין שמביא הב"ש אה"ט סי' צ' ס"ק ה':
אמנם אחר העיון קצ"ת לפענ"ד הדין עם בעלת השטר עכ"פ שתטול סך הנ"ב כחלק ירושתה מחמת כמה טעמים. חדא כיון שבעל עה"ג חולק והדג"מ מצי' אותו בש"ע א"כ כיון שהיא מוחזקת. אפשר שתוכל לומר קים לי כעה"ג. ועוד דבנדון אפשר לומר שהצ"צ נמי מודה לו דהנה עיקר היסוד אשר בנה עליו הצ"צ היא שאומדין דעת האב לומר שכל כוונתו לא הי' כ"א אם יהי' לו בן זכר שלא תדחה הבת לגמרי משא"כ כשלא יהי' לו ב"ז ואזי היא יורש דאורייתא ותטול כזכר שכם לא הי' דעתו על החוב. הנה הא תינח גבי אב י"ל אעפ"י שאין כו עכשיו ב"ז אפשר שיולד לו עוד וכן באשה אם אפשר לה שתוליד עוד משא"כ בנדון שידעה ע"ד המוחלט שלא יהי' לה עוד ב"ז י"ל דכ"ע מודי' שהחוב שנכתוב בשטר בכל תוקף ועוז ויפוי כח בתקפו היא תנאי הפלגה הלזה לא מבטל מעשה החיוב וההודאה וגדולה מזו קיי"ל באה"ע סי' לח. כ"ש בשח"ז שהתנאי אח"כ לא יבטל המעשה אם היא בהפלגה שא"א כמו בנדון:

ואפשר שיש לפרש ולדרוש דכוונתה היתה פן לא תעלה כל עזבונה יותר מסך הכתוב בשטר וא"כ תטלה הכל וכל אחיותיה תהי' נדחות לגמרי וזה לא רצתה אשר על כן היתה דעתה שכמו אם יהי כאן ב"ז אחד היא היתה ניטלת שלש עכשיו כמי לא תטול הכל כ"א השליש שכיון דכתוב בשח"ז דלא כאסמכתא וכי' כבר קיי"ל בח"מ סימן מ"ב דאמרינן בכה"ג בכל לשון מסופק יד בעל השטר על העליונה ומה גם שכתוב מפורש בשטר שידיה נדרוש ונדון לטובת הבת. עוד אפשר לומר כיון שהיתה רצונה שתטול בת זקנתה זו יתר על שאר בנותיה והכותבים לא ידעו ולא יבינו אופן המועיל בנוסחא אחרת ע"כ כתבו כל הנוסח שכתוב בשח"ז בנ"ש. יהי' איך שיהיה עכ"פ ע"כ היה כוונתה שתטול בתה הצעירה הלזו יותר משארי אחיותיה:

הן אמת כפי מה שכתב הצ"צ פעם אחת באותה תשו' וז"ל בד"ה ואי תימא הא קא חזינן דכוונתו היה ליתן לבתו זאת יותר מאינך שהרי לבתו זאת כתב שטר ח"ז ולאינך לא כתב הא לאו מלתא היא דאפשר דאינך בנות שראו שאין לאביהם בנים זכרים לא בקשו שטר כזה וגם האב עצמו כיון שראה שאין לו בנים זכרים לא דקדק לעשות להן שח"ז כיון דאין נפקותא בי' ואע"ג דידע שנתן לזו שח"ז לא קפיד דהיא נמי ידע דאין נפקותא בשח"ז כשאין לו בנים לכך נראה דאין לבת זו כלום בשטר ח"ז זה דאמרינן עיקר מנהג הגדולים שקבעו בשח"ז איני אלא אדעתא אם יהי' לו בנים זכרים אבל לא אדעתא אם לא יהי' לו בנים זכרים. עכ"ל ולפי"ז גם בנידון לא היה מועיל השח"ז. אמנם באמת לא זכיתי להבין דבריו הקדושים בזה וכי אמרינן בשטר בעדים משטה. ומה אכפת לן בתקנות האחרונים אטו אינש דעלמא לא יכול להתחייב א"ע בדבר שאינו מחויב כדקיי"ל ח"מ סימן מ'. ומהיכא תיתא נימא ששארית ישראל יעשו דבר שקר וכזב אמנם י"ל דהצ"צ לא כתב דבריו אלו אלא גבי אב דסבר אולי בן יותן לו עוד משא"כ בנדון שהיתה יודעת בבירור שלא תלד עוד בן ודאי מודה הצ"צ שא"א לומר ששקר וכזב נעשה כיון דלא שייך משטה היתי בך:

ואפשר עוד דזה דומה למה שכתב התומים בקיצור תקפו כהן גבי נדוניא דהוה ס"ס אולי הדין עם רש"י דבנשואין לא משגיחין כלל באמדנא וזכה בהן הבעל ואת"ל כר"ת אולי לא היה דעת האב לכך וא"כ דהוי ס"ס לכ"ע אין מוציאין מיד המוחזק. וה"ה כאן י"ל דלמא כסברת עה"ג דלא אזלינן כאן בתר אומדנא. ואת"ל כצ"צ דלמא לא הוה דעת האם דוקא על בנים זכרים:

הנני כותב בחפזי מאוד ואנוכי עומד ומצפה לשמוע דבר ה' זו הלכה מפה קדשו דברי ידידו המעתיר באמת בעד אריכות ימיו ושנותיו יתחדש כנשר נעוריו ועיני קדשו ועינינו

תחזנה בביאת גואל צדקינו בב"א. עבדו ועבד לעבדי ה'. הק' נתן פייטל במ"א זלל"ה החונה פה ק"ק מאדע וגליל סערענטש יע"א:

סימן לד

בעזה"י יום ג' י"א מרחשון באברתו יסך לך לפ"ק אונגוואר יע"א:

העתק התשובה.

שלום וכ"ט לכבוד ידיד עליון הרב הגאון הצדיק בקש"ת מזה נתן פייטל נ"י האבד"ק מאדע והגלי"ל.

בשבוע העברה קבלת מכתבו על דבר המשפט אשר כתב מעכת"ה נ"י ידידי הנה אין לבי עמי מכמה פנים ה' בחסדו על מי מכוחות ינהלני ואולם לפי עיון הגס נראין דברי מעכ"ת נ"י ברורים ופשוטים כי אחרי כי האשה היתה אלמנה וזקנה אין לומר כלל שהיה בדעתה על בנים זכרים בלבד אשר יהיו לה אם תנשא ותמות לאחרי מות בעלה אשר תנשא לו [כי אם לא יהי כן הרי בעלה יורשה] וכל שבאים לבטל השטר לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה וכ"ש בנדון שבעלת השטר מוחזקת לא אוכל להאריך כעת לפי כבודו הרמה ומכ"ת הגאון נ"י יסלח לי ה' בחסדו יחזקנו ויאמצנו לתורתו ועבודתו דברי ידידו ואוהב נפשו הכותב בחפזי מאד.

הק' מאיר ר"ט:

סימן לה

שאלה להגאון חת"ס זצ"ל.

(ויעויין חת"ס אה"ע ה"א סימן קמ"ד)

ילמדינו רבינו אורחות משפט. זה כמה שנים אשר הלך יעקב לעולמו ושבק חיים לרבינו ולכל ישראל והניח אחריו בכור ופשוטים ואשתו מעוברת ילדה אח"כ בת ולאשר הוכרחו הב"ד לחלוק ביניהם בקטנם כי לא הי' הבנים מאשה זו שהניח כולם. הנה כאשר ישבו ב"ד לחלוק ראו כי עזבון המנוח מקצתו בעין. בית ומטלטלין ומעות וחלק רב ממנו בהלואה ביד אחרים ואמדו דעת האב לתת להבת שבע מאות זהובים וחמשים זהובים שיין לצורך מזונתיה ופרנשת נישואי' ונלקח הסך הלזה בסתם מן העזבון אחר שכבר נגבה הראוי בשעת מותה והשאר חלקו בין הבכור והפשוטים כמשפט לתת להבכור פי שנים מן המוחזק ולא מן הראוי והילדה חלתה והוצרכה לרפוא' ולמזונו' יתרים ונלקח בסתם מן חלקה ועתה גם הילדה מתה והוצרך לחלק מה שנשאר ממנה

בין האחים ולכאורה היה פשוט שאין להבכור שום יתרון בירושת אחותם. ואולם ראית להרב בעל שבות יעקב ב"ח א' סס"י ק"י לענין שטר ח"ז דאף אם אין כתוב בו שיגבה מן הראוי מ"מ יש ליטול בכה"ג דאין להבת כיון שמתה שום זכיה בפרנשת נישואין אף אם נאמר שזכתה משעת מיתת אביה בעישיר נכסים מ"מ אם מתה אגלי למפרע שאין לה דבר וא"כ ה"ה כענין בכור שיש לו פ"ש בחלק ירושתה ואולם נסתפקתי לאשר הוצרכה הבת יותר משני מאות זהובים למזונות ורפואה אם כאמר שי וכ' הוצאות אלו גם מן הראוי לפי הערך או מן המוחזק לבד והנה משנה שלמה דבכור וכתובה ומזונות הבנות איני גובה מן הראוי ומפרש טעמא שם בבכורו' תנאי כתובה ככתובה ובכתובה הקילו ודין מלוה לגבי בכור הוא ראוי ולכתובה חשיב מוחזק והיינו מטעם שיעבודא דר"נ כמ"ש התוס' והרא"ש בב"ב פי כולא מטעם תקנת הגאונים דמטלטלי משעבדי לב"ח וה"ה לראוי דהרי הרב"י פסק דמשאר ראוי אין כתובה נגבות וכן אם ירש הבעל מלוה ממורישיו ומת אין כתובה נגבית מן המלוה ההוא ודווקא מה שה לוה הבעל מפני שהמעות לפני ההלואה היו משועבדין אליה בעודן תחת ידו ומעתה יש להסתפק למזין האשה והבנות מעת הנישואין ורק זמן, הפירעון מתחיל לאחר מותו ואזי אף במזונות שייך שיעבודא דר"כ ואין המלוה ראוי כמו בכתובה או אין החוב מתחיל רק משעת מותו ואילך וא"כ אין לה לגבות ממלוה והנה מדברי רש"י בגיטין דף נ"ב ע"ב ד"ה מעיקרא הכי אתקין ונכתב דא"כ אין אדם לוקח מחבירו שדה אם מזון אשתו ובנותיו חוזר עליו לעולם מפשטות דבריו נראה דדוקא מלקוחות איכו גובה מזה הטעם אבל השיעבוד חל מנשואין וכדאמרינן כתובים הן אצל בע"ח ואין כתובים כו' משמע מיהא דלב"ח כתובין הן וחלין מאז כתורת מלוה ע פ אבל לדעת רב האי האי גאון וסייעתו דמלום ע"פ מוקדמת קודם למלוה בשטר מאוחר וכוותיה סתם המחבר בח"מ סימן ק"ד וכתב הר"ן בכתובות ר"פ מי שהיה נשוי דהקשי עליו מהא דאר"י ר"פ א"נ מוכרת וכותבות סתם וכן כחה יפה ומפרש בירושלמי בא מלוה בשטר א מרת לכתיבה בה מכרתי משמע דלמזונות לא היתה קודמת אע"ג דקדמה וכן מהא דאבעיא לן מוכרת למזונות אם חוזרת וטורפות לכתובה וכתב הר"ן דהרשב"א דוחה שאני מזונות דהקילו לחשוב כל יום ויום חיוב בפני עצמו ולא חשיב מוקדמת. הכה נראה דהגדולים מביאי ראיות הללו דעתם דחיוב מזונות חל משעת נשואין וע"ז סובב קושית' על רה"ג וסיעתו ורה"ג והרשב"א סבירא לה' דאין חל החיוב רק דבר יום ביומו וכוותיה סתם המחבר בחושן משפט:

אבל יש לעיין לדעת הרשב"א וסיעתו מהא דאיתא בב"ב דף קל"ג סבר ר' אדא למימר אם ראוי ליורשו אשתו ניזונת מנכסיו ופריך רבא מגרע גרע השתא ירושה דאורייתא אלמנה

נזונת מתנת שכ"מ דרבנן מבעיה זהו גירסת הגאונים ולזו הסכים הרשב"א בתשובה שהביא הב"י בח"מ סימן רנ"ב ופירש הריף הטעם דכיון דאין מתנת שכ"מ חל עד לאחר מיתה אז חל ג"כ חיוב מזונות ולהרשב"א הרי קדם מתנת שכ"מ לחיוב המזונות שאינם רק חוב דבר יום ביומו וכבר קדמה המתנה ואמאי תיזון ממנה דוודאי שאר מתנה אף אם אינה רק מדרבנן לא תגבה החוב שאחר המתנה ממנה והיינו דאצריך הרי"ף וכן הרא"ש שם לומר דבהדדי אתיין וצריך לומר דלרשב"א אליבא דרב האי כיון דמתנת שכ"מ מדרבנן ולא חיילא אלא לאחר מיתה כירושה שוויא רבנן ואע"ג דקדמה ירושתו לחיוב מזונות החל דבר יום ביומו לבד ה"ה למתנת שכ"מ אבל מדברי הרי"ף והרמב"ם פ' ח' מ"ה זכי' בהך דינא וכן הרא"ש והטו"ר בח"מ סימן רנ"ב מבואר להדיא דחיוב מזונות האשה והבנות אינם חלין רק בשעת מיתה ואז חל החיוב שלהן ולפ"ז נסתרו ממילא הקושית שהקשו על רב האי גאון מהך דר"י בכותבת וכן כחה יפה. וכן מה שהקשו אם מוכרח למזונות חוזרת וטורפת לכתיבה דחיוב הכתובה וודאי חל מחיים משעת נשואין דהרי טורפות מן הלקוחות שקנו מן הבעל וחיוב מזונות לא חייל עד שעת מיתה וחידוש הוא שהרי הר"ן בפרק מי שהיה נשוי לא תירץ קושיתם דחל מחיים מעתה לכאורה שלש מחלוקת בדבר דלהגדולים שהקשו על רב האי גאון משמע דסבירא להו דחיוב מזונות דאשה על כל פנים חל משעת נשואין וכ"מ לשון רש"י בגיטין כמו שכתבתי לעיל ולדעת הרי"ף ושאר פוסקים משמע דאינו החיוב מתחיל רק משעת מיתה ולהרשב"א אליבא דר"ה אינו חל החיוב רק דבר יום ביומו:

ובפח"י מה' אישות כתב הרמב"ם דאם יש לו נשים רבות אין דין קדימה לאחת על חברתה והי' להראב"ד הגירסא ברמב"ם במטלטלין דווקא והשיג ע"ז דאף במקרקעי אין קדימה שאין החיוב חל אלא בשעת מותו וכבר חלו שיעבוד כולן בב"א מבואר מדבריהם להדיא דאין חיוב משעת נשואין. ואולם הה"מ כתב שם דאין טעם הראב"ד נכון דא"כ אף בכתובה נימא הכי וכתב הוא הטעם משום דכיון דיכול הוא למכור את הנכסים ולהפקיע שיעבודן ממילא אין כאן קדומה והנה בהך דב"ב מבואר דגם דעת הרי"ף והרא"ש נוטה לדעת הראב"ד וכן מתבאר מדברי הרמב"ם ב"ה זכי' פ"ח (והראו לי שגם אבני המלואים כן כתב על המגיד ואולם מה שהקשו מלמ"ד יסבון תנן לא ידעתי מה קשיא ליה דאת"ל יסבון תכן וורשין הם את כתובות אמן וכל כח שהיה לאם יש להם וטורפים ממשעבדי כמו שהיא אימם טורפת) והנה להה"מ קשה דא"כ מלוה פה מוקדמת לא תקדם אפי' למלוה ע"פ מאוחרת והוא כתב דלהרמב"ם בפ"ב מה' מלוה אפילו מלוה ע"פ מוקדמת ומלוה בשטר מאוחרת אפ"ה מלוה ע"פ קודמת. וראיתי במשנה למלך בפ"ב שהרגיש

בזה בשם גדול אחד ודחה דבריו דהרה"מ לא כ"כ רק במזונות ולא בשאר הלואה וצוה שם לעיין בבעה"ת בתשובות הרי"ף והנה לא ידעתי אחרי שהרב המגיד כ' הטעם מפני שיכול להפקיע ולמכור הנכסים ולולא כן היה דין המזונות כדין הכתובה א"כ מאי ענין הרי"ף בתשובה לכאן ואם מפני שהוא דרבנן דהרי גם מזונות שתיהן אינו רק מדרבנן.

ולפע"ד ראוי לומר כך הנה כל נושא אשה מתחייב מתנאי כתובה את תהא יתבא בבית וכן בנן נקבין דיהוי ליכי מנאי והיה ראוי שיתחייב ויתחיל החיוב מיד אלא שאין כאן על מי תחול מעתה שיעבוד הגוף אין כאן שהרי כל ימיו אינו חייב בו ושיעביד הנכסים אין כאן שהרי יכול להפקיע ולמוכרם ולכך א"א שהחיוב חל רק משעת מיתה או דבר יום ביומו. וכדברי הראב"ד והרה"מ יחד ובזה אפשר לומר שגם הגדולים שהקשו לדעת רב האי גאון קושייתם ס"ל לדינא כדעת הפוסקים דחיוב מזונות אינו רק משעת מיתה ועיקר קושיות' על רב האי דס"ל מלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה בשטר דא"כ מזונות נמי יוקדמו דהרי כתב לה את תהא יושבת בבית ואמאי לא קדם למלוה בשטר שאחריה מאי אמרת מפני שאין כאן שיעבוד שהרי יכול להפקיע ולמכור הנכסים א"כ אף מלוה ע"פ מוקדמת איך תקדי' למלוה בשטר הרי אין לה שיעבוד מטעם זה עצמו באופן שלדינא אף הם מודים שאין חיוב חל רק משעת מיתה:

עוד יש לעיין בזו שלא נולדה אלא לאחר מותו אולי לכ"ע לא מתחיל החיוב כ"א מעת דנפקא לאויר העולם כדאיתא ביבמות דף ס"ז עמוד ב' ואי בת היא אמאי אכלה בתקנתא דרבנן כמה דלא נפיק לאויר העולם לא תקינו לה רבנן אלא לפי זה קשי' לי סוגיא דב"ב קנ"ד פ"א דעכ"פ איכא נ"מ אי נוטל משום ירושה ניזונות מנכסי' מה שאין כן משום מתנה קדמה לי מתנתו לחיוב בת שנלדה אחר מיתת האב וצ"ל דסוגיא בב"ב פליגי אדאביי פרק אלמנה הנ"ל:

(ויעויין בחת"ס סי' הנ"ל).