שו״ת · אחרונים

אמרי בינה הוספות בסוף השות

רבי מאיר אוירבך

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אמרי בינה הוספות בסוף השות

רבי מאיר אוירבך

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-בינה-הוספות-בסוף-השות/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611161024 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 5
א 5
ב 6
ג 7
ד 8
ה 9
ו 10
ז 12
ח 13
ט 14
י 15
יא 16
יב 16
יג 17
יד 18
טו 20
סימן ב 21
א 21
ב 24
ג 30
ד 31
סימן ג 32
א 32
ב 33
ג 34
ד 36
ה 36
ו 37
ז 39
ח 40
ט 40
י 41
יא 42
יב 43
יג 44
יד 45
סימן ד 46
סימן ה 48
סימן ו 56
סימן ז 60
סימן ח 68
סימן ט 70
סימן י 73
סימן יא 83
סימן יב 88
א 89
ב 89
ג 90
ד 92
ה 93
ו 93
ז 94
ח 95
ט 96
י 97
יא 98
יב 99
יג 99
יד 101
טו 102
טז 103
יז 104

יח 105
כ 107
כא 108
כב 109
כג 110
כד 111
סימן יג 112

אמר המחבר אחרי שעזרני ה' עד כה אמרתי להציג איזה שו"ת אשר הם שבתי לשואלי דבר מעניני השייכים לחלק הזה מאלה אשר תחת ידי העתקות ואם כי לא נתנני הזמן לחזור עליהם בעיוני סמכתי א"ע כי גם באלה בעזה"י ימצא המעיין הערות חדשות ולא להורות ח"ו. ואחוס על עמלי ואציג אותם כיום הולדם כאשר השבתי אז שואלי ומה' אשאל עזר שלא אכשל בדבר ואדברה בעדותיך נגד מלכים ולא אבוש:

סימן א

שאלה במי שהי' לו שט"ח ע"ח ומכרו ללוי תוך זמן פרעון וכשהגיע ז"פ תבע ללוה חובו ומדחה אותו ואמר לו הלוקח שעל ידי העיכוב יבא לו היזק מה שהי' יכול להרויח בממונו והשיב לו הלוה כי מסתמא יראה שלא יגיע לו היזק ועתה כשפורע לו החוב תובע הלוקח שישלם לו מה שהי' יכול להרויח בממונו וטוען שגרם לו היזק ואתה הרוחת בו עד עתה והלוה השיב שלא יכול לתת לו ריוח דהוי רבית וזה קרוב לעשרים שנה אשר נשלח לידי שאלה הזאת בהיותי בחו"ל מירושלם עה"ק תובב"א מאת הרב הגדול הצדיק המפורסם מו"ה נחום זצ"ל שהי' רב בק"ק שאדיק עם קונטרס גדול אשר בו העמיק והרחיב החכם הנ"ז בנידון זה בפלפול עצום בחריפות ובקיאות ואז שמתי עיוני על זה ועל קונטרסו וחברתי תשובה ארוכה ולא נשאר בידי רק אפס קצהו מאשר העירותי אז בזה ואעתיק הלום:

תשובה.

א

הנה הדין יפרד לשני ראשים אם חייב ע"פ הדין לשלם להלוקח ההיזק או עכ"פ לצאת ידי שמים ואם אינו חייב אם עכ"פ רשאי לפייסו ולשלם לו בעד ההיזק מצד חשש איסור רבית. והנה גלוי וידוע דהמבטל כיסו של חבירו פטור מלשלם ומקורו מתוספתא דב"מ (פ"ד) הנותן מעות לחבירו ליקח בהן פירות למחצית שכר ואמר לא לקחתי אין לו עליו אלא תרעומות ובירושלמי ב"מ (פ"ה ה"ג) אמר ר"י הדא אמרה המבטל כיס חבירו אין לו עליו אלא תרעומות המבטל שדה חבירו חייב לשפות לו המבטל ספינת חבירו וחנות חבירו מהו. מבואר דבשדה חייב מן הדין לשלם ההפסד דהריוח מצוי הוא וידוע והוי כמזיקו בידים ובספינה וחנות לא איפשטא הואיל שגם ההפסד מצוי דומה למבטל כיס שאין ידוע אם הי' מרויח אם הי' קונה הסחורה וכן פירש שם הפ"מ והסמ"ג עשין (פ"ב) הביא דברי הירושלמי ופירש במבטל שדה הטעם דחייב דזה אינו תלוי בדעת אחרת כ"א בטורח עצמו ופסק בחנות ובספינה דפטור ולכאורה כיון דלא איפשיטא הוה ליה

למימר דפטור מספק ובירושלמי פרק המקבל על מתני' דהמקבל שדה כו' שמין אותה שכך כותב לו אם אוביר כו' הביא ג"כ המימרא דר"י הדא אמרה המבטל כיס חבירו אין לו עליו אלא תרעומות ופירש הפ"מ דקאי על התוספתא דהנותן מעות לחבירו ודחקהו לפרש כן משום דאם נלמוד ממתני' הי' הדין מבואר דבכל אנפי פטור דהא אף בשדה מה"ד הי' פטור רק שכך כותב לו אולם צריך להבין באמת כיון דאף בשדה דמצוי בהן הריוח פטור מן הדין רק מטעם שכך כותב מכ"ש בחנות וספינה דמה"ד פטור ולא קתני במתני' שכך כותב רק על השדה ומאי מבעיא לי' לר"י וצ"ל דבאמת מה"ד גם בשדה פטור לכך הביא מימרא דר"י על מתני' דהמקבל דאינו חייב רק כיון שכך כותב לו והא דבעי' לי' לר"י בספינה וחנות היינו כמו שמבואר בש"ס ב"מ (דף ע"ג) אמר ר"ח האי מאן דיהיב זוזי לחברי' למזבן לי' חמרא ופשע ולא זבין משלם לי' כו' ומסי'ק רב אשי אפילו יין סתם נמי לא דהוי אסמכתא ופריך בש"ס מ"ש מהא דתנן אם אוביר ולא אעבוד ומשני התם בידו הכא לאו בידו ופי' הרא"ש דאיירי שהתנה עמו אם איני קונה לך אפרע משלי דאי לא אתני פטור דמבטל כיסו ובנ"י פירש ביותר דפריך מאם אוביר אלמא כיון דאפסדי' בהכי ועלי' סמיך תיקנו רבנן דלשלם כנגד הפסדו הכי נמי הי' להו לתקוני דלישלם ומתרץ התם בידו לזרעה ולא להוביר' כיון דלא עביד קנסו רבנן הכא לאו בידו הלכך לא חזו רבנן למקנסי'ה. וזה ג"כ כוונת ר' יצחק דמבואר מה"ד דהמבטל כיס חבירו פטור רק תקנת חכמים ובעי' אם בספינ' וחנות עבדו ג"כ תקנה זו והיינו בהותנה אבל בלא הותנה פטור והסמ"ג פוסק דפטור כיון דהוי רק ספק בתקנה ואזלינן בתר דין תורה:

ב

אולם במרדכי ב"ק פ' הגוזל (סי'' קט"ו) למד מהך דפרק א"נ דכל הגרמות אם יקבל עליו בפירוש לשלם אם יגרום הפסד דחייב לשלם מה"ד א"כ ע"כ בעיא דר"י לא איירי לכאורה בהותנ' דבזה הי' חייב מה"ד רק בסתם יש ג"כ סברא לחלק בין שדה לחנות וספינה ואולי גם בהתנה אינו חייב בחנות דלא ברי היזקא ובתשובת מהר"מ רויטנבורג (סי'' רצ"ח) כתב ג"כ דהתם איירי שאמר לו בפירוש אם לא אקנה לך אשלם כל ההפסד אולם הוסי'ף וכתב דהך אם אוביר ולא אעבוד לא דמי מבטל כיס של חבירו דהתם בידו לעבדה ומזיק בגוף הקרקע במה שהובירה אבל מבטל כיס מי יימר דמזבני ול"ד להיא דמכות מעידנו באיש לפלוני שחייב לפלוני אלף זוז עד ל' יום והוא אומר עד י' שנים והוזמו אומדין כמה אדם רוצה ליתן ויהיה בידו י' שנים ל"ד למבטל כיס ש"ח דהתם היו המעות תחת ידו להרויח בהן והי' רוצה להוציא מידו ומפסי'דים בידים אותו אבל במבטל כיסו ל"ה בידו של מלו' ואם אכלן או הפסי'דם הוי גזלן עליהם וחייב באחריו'

ואם יתן שום דבר זהו רבית מלשון הר"ח עכ"ל ומשמע מדבריו דבהוציא ע"י סי'בתו כיס חבירו היכא דלא נקרא גזלן כגון שנועל כיס ש"ח ומבטלו בידים מחבירו חייב רק הך דירושלמי משום שכבר בא לידו ואינו עושה מעשה בגוף הממון וכן באם אוביר ולא אעבוד שאינו עושה מעשה בידים אבל היכא שנועל ממונו של חבירו חייב ואף שכתב דשם מזיק בגוף הקרקע היינו שמתחיל ההיזק ע"י שהובירה ומונע הריוח מגוף הקרקע וכוונתו דהוי היזק ברור משא"כ בדינא דר"ח אבל אם הי' בידו מעות להרויח ומפסי'דו בידים חייב לשלם וע"כ בעיא דר"י המבטל ספינת וחנות חבירו מהו היינו שאין ריוח ידוע דמי יימר דמתרמי לי' ושם (סי'' תכ"א) כתב ירושלמי המבטל כיס חבירו אין לו אלא תרעומות פי' שנתן לו עסקא ולא נשא ונתן בה פטור שאין הריוח בא מגוף העסקא אלא מעלמא והא דא"ל ההוא דר"ח מיירי בקנין עכ"ל מבואר ג"כ בדבריו דבדיבור ל"מ לחייב נפשו ודלא כמרדכי.

ג

והנה בדר בחצר חבירו בקיימא לאגרי והדר בו לא עביד למיגר דעת הרי"ף והרמב"ם דחייב להעלות לו שכר דחסריה ממונא ודעת התוס' דפטור ואפי' גירש חבירו מביתו אינו אלא גרמא בעלמא כמבטל כיסו ש"ח והרא"ש כתב לחייבו מטעם דאכל חסרונו של זה אע"פ שלא נהנה עיין ב"ק (דף כ') מבואר דבגירש פטור אע"פ שע"י זה מפסי'ד לחבירו מ"מ כיון שאין ההפסד בגוף הקרקע פטור מבואר מדבריו דאף בנועל כיסו ש"ח בידים ממש ג"כ פטור וכן כתב המרדכי ב"ק פ' הגוזל (סי'' קי"ד) דאף אם סגר בהמתו של חבירו וביטלה ממלאכה פטור לד"ה כי ההוא דגזל אפדנא דתורי וחרש בהן קנסי'' ר"נ משום דגזלן עתיקא הוי אבל מן הדין אינו חייב כלום וכ"ש היכא דסגרה בבית דפטור והיינו טעמא משום דע"י ממון זה מפסי'ד ממון אחר ופטור אף לר"מ וכ"ש המבטל כיסו ולכאורה מה ראיה מר"נ הא שם הוי גזלן וכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה אבל בסגר בהמתו דלא נקרא גזלן. בגוף הפרה מנ"ל דלא מתחייב כיון דמתחיל ההיזק מיד. ואפשר לומר בגירש בהמת חבירו וסגר בעדה הוי כמו גזלן וכמ"ש הישש"ש ב"ק פ' הגוזל בהגביה להזיק נעשה גזלן ובזה שפיר הביא ראיה מר"נ ובלא גירשה רק שהיתה בפנים וסגר בעדה בלא"ה פטור כמו באהדקי באדרונא דכ' הרא"ש פ' החובל דבעינן שיעשה בגוף מעשה ובש"ך ח"מ (סי'' ש"ז) כ' כן להלכה בסגר בהמתו ש"ח דאין שבת בבהמ' היכא דלא הוי היזק בהגוף אולם י"ל דהרי"ף דסובר בגירש חבירו מביתו דחייב אף דלא דר בו לטעמו אזיל דסובר בדוחף מטבע של חבירו לים כל שגורם לחבירו חסרון ממון אחר חייב וכאן ג"כ דעושה מעשה בגוף ממון חבירו ומונע ממנו ריוח ברור הנצמח

מגוף הקרקע והרא"ש לשיטתו דסובר שם דהיכא דלא נחסר גוף הדבר רק גרם ההיזק ממ"א הוי רק גרמא וכן דעת המרדכי וכן העלה הישׁ"ש והשׁ"ך ח"מ (סי'' שפ"ו) כשיטת הרמ"א שם לכן אף במגרשו מביתו ונעל פטור רק כשדר שם שאוכל כספו וקצת יש לדקדק בלשון הרמ"א (סי'' שס"ג ס"ו) שכ' על מה שכתב המחבר בחצר דקיימא לאגרי אע"ג דגברא לא עביד למיגר צריך להעלות שכר שחיסרו ממון כ' הרמ"א מיהו אם לא הי' דר בו אלא שגזלו ממנו פטור לשלם השכירות וזה דעת הרא"ש אבל שיטת הרי"ף והרמב"ם דחייב בזה והי' לו לכתוב וי"א דלמ"ש המחבר (סי'' שפ"ו) בדוחף דחייב בזה הי' נמי מחוייב:

הן אמת די"ל אף דשם חייב הוא משום דחסרו ממון מה שצריך להוציא ע"ז גורם לו הפסד מכיסו וברי הזיקו משא"כ במונע ממנו ריוח הבית דלא הוי הפסד מכיסו רק מניעת ריוח י"ל דפטור אולם למ"ש הרמב"ן סוף ב"ב בדיני דגרמי וז"ל אחר שהעלה כר"מ שהגורם כעושה מעשה וכל המפסי'ד ממון חבירו היזק ניכר הוא מאחר שאינו יכול לומר הרי שלך לפניך שהרי שבת חייבה עליו התורה בהדקי' באדרונא ובטל' אלמא היזק ניכר הוא כ' ואי קשיא לרבנן דנא דייני דינא דגרמי היכי מחייב והא גורם הוא לבטלו ממלאכתו וגורם הוא לו שלא ירויח לא קשיא כיון דהדקיה מההיא שעתא הוא דאפסדי' עד דפתח לי' והא אמינא דהיזק ניכר הוא בין לר"מ בין לרבנן עכ"ל א"כ כאן נמי כיון דנועל ביתו מההוא שעתא אפסדיה היזק ניכר הוא מהראוי לחייבו. וברא"ש פ' החובל דמבואר דבהדקי' בעינן דוקא שהכניסו לחדר וסגרו בתוכו אבל אם הי' כבר בהחדר וסגר עליו הפתח גרמא הוי כמו פורץ גדר בפני בהמת חבירו ויצאה ונאבדה דפטור בדיני אדם ויש להבין קושית הרמב"ן שהקשה לרבנן דלא דנו דינא דגרמי הא אף לר"מ דחייב היינו בגורם להפסד ממון אבל במבטל כיס מודה דפטור דלא מפסי'דו רק מונע מריוח ודומה למ"ש שם הרמב"ן בטעמא דעשאו טמון באש דפטור אע"פ שגורם שלא יתחייב המדליק מ"מ כיון שהלה לא מתחייב השתא הוי כמו גורם להפסי'ד ריוח כן נמי שבת דאדם וע"כ צ"ל דשבת דאדם הוי גזה"כ ומאי קשיא לי' משם לרבנן וגם מה מתרץ דהיזק ניכר הוא הא מ"מ הוי כמו עשאו טמון באש:

ד

וצריך לומר דהרמב"ן לאו על שבת במקום נזק קשיא ליה דזה ודאי ע"כ דגזה"כ הוא ואף מאן דלא דן דד"ג מ"מ במקום נזק חייבה התורה ובפרט דנוכל לומר הטעם דמגלגלין עליו את הכל כמ"ש התוס' ב"ק גבי הדוחף מטבע ש"ח היכא דחסרה דמגלגלין עליו את הכל וגם שבת שלא במקום נזק דחייבה ג"כ התורה ע"כ גזה"כ הוא לדון שבת באדם

ואין שבת בבהמה כמו שכתבו הפוסקים רק הי' קשה לו להרמב"ן בהדקי' בזה אינו עושה בגופו כלום ואף אם מכניסו בידים להבית מ"מ אינו עושה לו כלום אם לא יסגור בעדו רק אחר הסגירה וכיון דאינו עושה בו מעשה בגופו הוי רק כגורם שאינו יכול להרויח ואף דע"ז חייבה התורה באדם מ"מ היינו דוקא כשתפסו בידים ומעכבו ואינו מניח לו לעשות מלאכתו להרויח אבל בגורם לשבת היינו במה שסוגר לפניו הדלת ואינו מניח אותו לצאת בזה אמאי חייב ומתרץ שפיר כיון דהדקי' מההיא שעתא הוא דאפסדי' עד דפתח לי' והוי ה"נ והיינו ודאי הריוח העתיד להרויח ובכ"מ א"ח רק בשבת דאדם ובאדם נחשב הריוח כאילו הוא ממון ממש שכבר בא לידו רק דהי' קשיא לו דזה אתי שפיר כשמפסי'דו בידים שמונע ממש בגופו ממנו הריוח אבל כשהדקי' באדרונא אינו נוגע בגופו ומתרץ דמההיא שעתא שמכניסו ונועל בפניו הוי הפסד ברור:

ה

ועיין ריטב"א קידושין (דף י"ד) בהא דעבד עברי שברח תוך שש דחייב להשלים ואח"כ פגע בו יובל דשוב אינו חייב להשלים כ' דאף לשלם מדין פרעון חוב פטור דמאי דברח ונתבטל אינו אלא גרמא בעלמא כמבטל כיסו של חבירו שהוא פטור ובספר המקנה שם כתב שצ"ע דהא אמרינן בהחובל דהקוטע יד עבד עברי ש"ח נותן שבת קטנה להרב הרי דצריך לשלם לו שכר בטלה ועוד נראה מהא דאצטריך דאין עבד עברי ואמה עברית יוצאין בראשי אברים ואם נימא דהוי כמבטל כיסו א"כ כ"ש דאם יוזמו העדים שמעידין על ראשי אברי' פטורים מלשלם דלא גרע עדים שרצו לבטלו ממלאכה מביטול מלאכה בידים וא"כ הו"ל עדות שאי אתה יכול להזימן אלא ודאי מוכח דהעדים חייבין לשלם וכ"ש ביטול מלאכת דידיה עכ"ד ולענ"ד הדברים תמוהין דמהחובל אינו ראי' דשם הוי כהיזק בידים להרב קנינו שהי' לו בהעבד דעבד עברי גופו קנוי ועכ"פ הוי כשכיר לו ונשתעבד גופו לעבוד לרבו ואף לדעת רמב"ן וריטב"א קידושין (דף י"ו) הא דעבד עברי גופו קנוי היינו לענין קנין איסור מ"מ לקנין מעשה ידיו נשתעבד לעבוד להאדון וכיון דהחובל חייב לשלם להאדון שבת דזה דנין באדם לכן השבת קטנה הוא להאדון וא"ל דיהי' פטור לשלם דלהעבד לא חסרו כלל דאף אם לא הי' חובל בו הי' מעשה ידיו לרבו ולא הפסי'דו ולהרב יפטור דהוי רק כמבטל כיסו זה אינו כיון דמ"מ דייניגן שבת באדם ובמעשה ידיו כבר זכה הרב בעבד ממילא חייב לשלם להרב הגע עצמך אם אחד שכר כלי מחברו לעבוד בו זמן ובתוך הזמן בא אחד ושיבר הכלי האם נאמר דלהבעלים לא ישלם רק כפי שוויו של הכלי ולזכות מה שהי' שוה השימוש בזמן שהשכירו להשוכר והשוכר יהי' פטור מטעם מבטל כיסו זה ודאי אינו דמ"מ זה חייב לשלם בעד כלי שלם

וממילא יש לו לשוכר בפירות עד זמנו כן נמי בזה כיון דהחובל חייב בשבת זוכה האדון בהשבת ואף אם בשוכר י"ל דאין השוכר זוכה בעבור קנין פירות שלו כאשר יש להוכיח כן מסוגיא דב"מ (דף ל"ה) ויבואר במ"א אי"ה מ"מ בהשבת זוכה האדון ועיין רא"ש בהחובל דתמה שם על הרי"ף דגרס רבא אמר הכל ינתן להעבד וילקח בהן קרקע והרב אוכל פירות וכתב הרא"ש וקשה דשבת קטנה הכל יהי' להרב והיינו כיון דמחויב באדם לשלם שבת שייך להרב דהוא היה לו זכות זה משא"כ כשברח ולא עבד אצל הרב זמן שהי' לו לשמשו אינו חייב דהוי רק כמבטל כיסו ועיין נתיבות המשפט (סי'' שס"ג) שהעלה אף בעבד כנעני דהחובל בו שבתו לרבו הוא לאו מטעם ביטול מלאכה דהרב דזה הוי כמבטל שורו וחמורו רק עיקר החיוב הוא להעבד והרב מיד העבד קא זכי דמה שקנה עבד קנה רבו ויקשה מע"ע דל"ש בי' מה שקנה עבד קנה רבו ואמאי שבת קטנה שייך לרבו א"ו עיקר החיוב מטעם שבת באדם דחייב רק הואיל דרבו הי' לו זכות דמע"י חייב לשלם להרב ובמקום דאין שייך שבת מצד העבד כגון בגוזל עבדו דהעבד לא שבת ממלאכה רק לרבו לא עבד פטור כמ"ש שם הנתיבות ולכן בברח דל"ש לחייבו מטעם שבת הוי רק כמבטל כיסו ש"ח:

ומ"ש ראי' מדמצרכינן דאין ע"ע יוצא בראשי אברין אף דהעדים לא מעידין רק על בטול כיסו. מלבד דמי לא משכחת שהעידו שהפיל שינו ולא שלח אותו לחפשי ועבד בו דבזה באו עדים לחייב להאדון כסף ממש לשלם לו שכר עבודתו. וכן מי לא משכחת בב"ד שראו שהפיל שנו דבכה"ג ל"ב עדות שאילה"ז כמבואר סנהדרין (דף ע"ח) ובלא"ה אינו ראי' דהא בזה העידו על הפקעת זכותו לגמרי שהיה לו בהעבד בשלמא כשברח עכ"פ בכ"מ שהוא נשאר זכותו לרבו שעבודו קיים רק שביטל מלאכתו אבל מ"מ לא הפקיע השיעבוד אבל כשהעידו שיצא לחירות העידו להפקיע שיעבודו והוי כאלו הזיקו שיעבודו דהרב. ועיין מתניתין דמכות במעידין שחייב לשלם עד למד דאומדין כמה שוה והרמב"ן והריטב"א שם הקשו הא לא עדיף ממבטל כיסו ש"ח והריטב"א כ' דאומדין כמה המלוה היה מפסי'ד לשלם לו עכשיו כן נמי בזה העידו להזיק לו שיעבודו והיו חייבין לשלם והוי עשאילה"ז לכן צריך קרא דאינו יוצא בראשי אברים:

1

והנה החכם הפוסק זצ"ל העמיק דבריו בדברי המרדכי פ' הגוזל דדעת הראב"י ורמ"כ דסברו היכא דהרויח המבטל כיסו חייב וכ' שם משם ר"ה גאון המפקיד מעות אצל חבירו אסור להשתמש בלא דעת בעל הפקדון ואם עבר ושלח בו יד חייב באחריותו ואם הרויח בהן נותן לו מחצה שכר והקשה הרשב"ט כיון דשלח בו יד הוי גזלן ותנן

כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה וכ' ואומר אני דמה שעבר קודם שתבע לא עלה על דעת הגאון ז"ל לחייבו אך בכה"ג קאמר שזה תובעו להחזיר לו פקדונו ששלח בו יד כדי להרויח ואינו רוצה להיות עמו קרוב לשכר ולהפסד דהתם אם מסרב ודחי לי' מחייב נמי ברווח למפלג בהדדי. ודבריו אינם מובנים הא מ"מ כבר קנאו בש"י לכן כתב הרב ז"ל דרה"ג סובר דהיכא דמברר התובע שהי' יכול להרויח חייב במבטל כיסו וכשתבעו ניכר שיש לו ריוח ברור ועוד כ' דרב האי גאון י"ל דסובר כהרמ"ה בגוזל ספינה והשכירה לאחרים ונטל הגזלן השכירות שחייב להחזיר להבעלים וע"פ מ"ש הסמ"ע (סי'' שס"ג) דבשבח דאתי מעלמא לא שייך תקנת השבים ה"ה במה שהרויח במו"מ השבח להנגזל עכ"ד והרחיב בזה בפלפול רב. ובאמת בס' מח"א דיני רבית (סי'' מ"א) העיר ג"כ ליישב דברי מהר"ם שהביא שם דסובר היכא דמזומן להלוות בריוח ברור והלה מעכב ומרויח בו דחייב ע"פ דברי הרמ"ה הנז' אולם כתב דלדברי הרמ"ה הי' מחוייב לתת כל הריוח דשבח מעות לבעלים.

אולם באמת אין דברי הרמ"ה שייכים לכאן דהא מבואר מכל הראשונים ופוסקים דהא דגזל מטלטלין ועשה בהן מלאכה דפטור מלשלם דמי שכירות לאו מטעם תקנת השבים הוא רק דגזה"כ הוא דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה ועיין תשובת הרא"ש (כלל צ"ה) בירד אדעתא דגזלנותא במטלטלין דפטור מלשלם שכר ובקרק' חייב דקרקע תמיד עומד ברשות בעלים משא"כ במטלטלין דנגזלין ונקנין בשינוי וכן מבואר בש"מ ב"ק (דף כ') וכן בטור (סי'' שס"ג) התוקף עבדו ש"ח ועשה בו מלאכה אם הי' עושה מלאכת רבו וביטל ממנה חייב דעבדי כמקרקעי הא במטלטלין בכה"ג אף שביטלו ממלאכת הבעלים פטור משום דל"ש לומר שאוכל כספו ש"ח דגזה"כ דמשלמין כשעת הגזילה ועל מה שביטלו ממלאכת הבעלים פטור מטעם דלא הוי רק כמבטל כיסו של חבירו ומה שהגזלן נהנה אח"כ לזה קנה הגזלן מיד לשמוש בקנין גזילה וע"כ דלאו מטעם תקנת השבים הוא בשואל שלא מדעת וכבר האריך בזה אאמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים דיני גניבה (סי'' כ"ו) להשיג על הנתיבות (סי'' רצ"ב) שכתב כמ"ש החכם הפוסק ז"ל לחלק בין גזלן גמור לשואל שלא מדעת דהא (סי'' שס"ג ס"ה) מבואר דאף בשואל שלמ"ד פטור וע"כ דלאו מטעם תקנת השבים הוא וגם אני בעניי בהגהותי שם העירותי על דברי הב"י בבדה"ב שם שכ' ויש לתמוה למה אינו משלם כשביטלה ממלאכתה כמו גבי עבד בסמוך וכ' דהכא שאני דנתכוין לגזול הבהמה עצמה משא"כ שם דלא נתכוין לגזול העבד עצמו עכ"ל ותמהתי הא להדיא מבואר בטור דבעבד הטעם דכקרקע דמי ומבואר דבמטלטלין פטור אף בביטול ממלאכת הבעלים ושם הבאתי דברי הב"ח שכ' דלכך

נקיט הטור הטעם דכמקרקעי הוא להורות דמחייבינן לי' לשלם כולא שבחא שהשביח העבד וכ' ולפ"ז בהמ' והזקינה דמשלם כשעת הגזילה מיירי דלא עשה בה מלאכה דאם עשה בה מלאכה ובטלה ממלאכת חבירו הי' חייב לשלם כדרך שוכרי בהמה למלאכה א"כ י"ל דקושית הב"י בבדה"ב היה דעכ"פ ביטול ממלאכתו יתחייב כפי מה שביטל וע"ז מחלק בין נחית לגזול הכל בין נחית לשימוש עיי"ש. עכ"פ מבואר מדברי כולם דהיכא דהוי גזלן פטור א"כ אמאי יתחייב במה שהרויח מעלמא ואינו דומה לדברי הרמ"ה בהשכירו לאחרים דשם עכ"פ אף דנקנה להגזלן בתורת גזילה שיהי' שינוי קונה לו ויצא מרשות בעלים מ"מ גוף הספינה של הנגזל הוא כ"ז שלא קנאה בשינוי והשוכר המשמש חייב לשלם השכירות להבעלים הנגזלים וכיצד הלה עושה סחורה בשל חבירו והוי כאילו גבה חובו של הנגזל לכך חייב לשלם דמי שכירות שקבל וכן מבואר להדיא בש"מ ב"ק (דף צ"ז) משם הרמ"ה אבל בהוציא המעות דכבר קנה גוף המעות והסחורה שקנה נקנה להנפקד במה יתחייב לשלם הריוח להמפקיד ואף אם הלוה מעות ברבית לנכרי מ"מ הנכרי אינו חייב רק לזה שהלוהו ומה שגבה ממנו לא גבה מעותיו של הבעלים ואף אם נאמר דשכר אגר נטר מה שהתחייב הנכרי זכו הבעלים מה שאי אפשר לומר כן דלגבי מעות ל"ש לשלם שכירות מ"מ בקנה סחורה במה יזכה המפקיד בהריוח דכיון שהוציא המעות נעשה כגזלן וגוזל ע"מ לשלם חבל רשע גזילה ישלם ועדיף מנטל ספינתו שלמ"ד דשם עכ"פ אף דהוי כגזלן מ"מ מחזיר בעינ' מה שנטל משא"כ במעות שהוציא דנעשה גזלן במה יתחייב לשלם להמפקיד חצי ריוח ואף בהפקיד מעות מותרין דמותר להשתמש כתב המהרש"ל ביש"ש ב"ק (פ"ט סי'' ל') שבין בפקדון בין במלוה ל"ש בטול כיס אפי' אם הרויח וכן הוא מסקנת המרדכי אפילו תבעו זה לדין ומברר שיש לו ריוח ברור וזה מעכבו פטור משום גרמא ואפי' אם הוציאו לעצמו והרויח פטור משום גזלנותא אם לא בגזלן עתיקא וכ' והא לך כלל הדינים ואל תשגיח בס' המרדכי שתמצא דיעות חלוקות זה אומר בכה וזה בכה והם מפוזרים אלא כתבתי לך הברור ועיקר עכ"ל:

ז

וקצת יש להקשות על רמ"א שס"ג ס"ה) הנז' דכ' אם שכרה הגזלן לאחר דחייב להחזיר השכר להבעלים הואיל דעומדין לשכור והמה דברי הרמ"ה וכתב בד"מ הטעם דכיצד הלה עושה סחורה בשל חבירו. ובש"מ ב"ק שם כ' עוד טעם משם רמ"ה דהוי כמו גזל ולא נתייאשו הבעלים דרצה מזה גובה ורצה מזה גובה ויש נ"מ בין הטעמים כמו"ש אאמ"ו ז"ל בדברי חיים שם (סי'' ל"ב) דאם נתנו הגזלן לאחר במתנה להשתמש דמטעם כיצד

הלה עושה סחורה אין הנגזל יכול לתבוע לא מגזלן ולא מזה שנשתמש ולטעם דרצה מזה גובה רצה מזה גובה יכול לתבוע מזה שהשתמש בו והוכיח שם מדברי הרמ"א (סי' ת"ז) דחייב המקבל מתנה לשלם וקשה ע"ד הרמ"א דנקט הואיל דעומד להשכיר ומבואר דבלא קיימא לאגרא פטור וע"כ דהוא מטעם דהוי זה נהנה וזה לא חסר כמו בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר וזה א"ש לדעת הרמ"ה אבל הרשב"א ב"ק שם כתב דבספינה איכא רפסותא דספינתא והוי זה חסר א"כ אף באינה עומדת להשכיר מ"מ יתחייב השוכר לשלם ועיין שם בדברי חיים (סי' כ"ר) שכן ג"כ ד' הטור דבספינ' לעולם נעשה גזלן משום רפסותא דספינה א"כ אף בלא עומדת לשכור יהי' חייב לשלם וצע"ק ובמקומו אי"ה יבואר בכ"ז:

ח

ואף להמחייבים במבטל כיס הוא בפקדון אבל היכא דבא לידו בתורת הלוואה הביא החכם הפוסק דברי המרדכי פרק המפקיד דפטור מלשלם אולם חוכך בזה דבנידון דידן כיון דתבע מעותיו ודחי לי' וגם מטעם מבטל כיסו י"ל דמותר לשלם ופלפל בזה בעוצם רוחו ז"ל. ובאמת מבואר ביו"ד (סי' קע"ז ס"ה) שאם נוטל לצרכו הוי כגזלן וכל הריוח שלו והמעות מלוה עליו ואסור ליקח אח"כ רבית. ושם (סי' י"ט) שאם רצה לתת דבר מעצמו אין בו משום רבית וכבר כ' המל"מ (סוף פ"ז ממלוה) הטעם כיון דלא בא לידו בתורת הלוואה רק פקדון משא"כ לעיל (ס"ה) דהי' אצלו פלגא מלוה כשנוטל רבית שכר מלוה שבידו שקל עי"ש וכ"כ החות דעת שם ס"ק י"ט) ותמה על הש"ך (ס"ק מ"א) דאם נותן מעצמו מותר דהא מ"מ הוי כמו רבית מאוחרת דאסור ולחייבו מטעם מבטל כיסו נמי נראה ברור דהיכא דלא עשה שום מעשה דפטור לכ"ע אף אם הרויח הלוה בזה דאף בשבת דאדם כבר כתבתי מדברי הרא"ש פ' החובל דדוקא במכניסו לחדר וסגרו אבל אם הי' כבר שם ואהדקיה באדרונא דלא נגע ההיזק בגוף חבירו פטור ומ"מ בזה ובהלוואה שהממון הי' כבר בידו והוציאו ואינו בעין ואינו עושה שום מעשה להזיק לחבירו רק שמונע מלפרוע פטור לכ"ע ומה"ט מאד מוקשים דברי הח"ד (סי' קס"ט ס"ק י"ד) שכ' לתרץ דעת הר"א מטו"ך דסובר דבשכירות אין בו רבית והקשה המל"מ דהוי מבטל כיסו וכ' כיון שנהנה חייב כמו בדר בחצר דקיימא לאגרא דחייב לשלם חסרונו אף שלא הרויח כגון בגברא דלא עביד למיגר יעו"ש ולא אדע לכלכל דבריו. שם הוא מטעם שאוכל כספו אבל כשכבר חייב לו שכירות ע"י מה יתחייב ואינו דומה לדברי הרמ"א ח"מ (סי' רצ"ב) שהביא דשם הוי מחמת פקדון אבל בשכירות אף דנחית אדעתא דאגר' מ"מ כיון דמעולם ל"ה מעות מבוררים רק חוב בעלמא על השוכר וע"י מה יתחייב

כשלא עשה שום דבר רק שהיה בשב ואל תעשה ועיין ש"מ ב"ק ריש פ' הכונס הטעם דב' עדים הכובשין עדותן דפטורין בדיני אדם שאף גרמא אין כאן הואיל ואין כאן מעשה ובמחיצת הכרם שנפרצה כשלא גדר דחייב דשם הוי מעשה שלו שהגפנים מתפשטין א"כ כמו כן במחזיק חובו שחייב מכבר דאינו עושה שום דבר דפטור וברמב"ן בדינא דגרמי שכ' הכופף קומתו של חבירו או שווי' טמון באש פטור דהא לא גרם הנזק הוא שהנזק ע"י המדליק בא לו ואע"פ שהלה פוטר המדליק מלשלם כיון שעדיין לא נתחייב לו כלום משא"כ בזיכה את החייב שכבר הי' חייב לו זה הממון והדיין מפסי'דו ממנו ואין כאן חיוב אלא שהוא מתכוין להזיק ולהפסי'ד ממנו מה שירויח ודמיא למאן דנחית לאומנות חבירו אע"פ שבכאן מפסי'דו ממונו והתם הריוח הוא שמפסי'דו כיון שעדיין אין הלה חייב לשלם כלום לאו מפסי'ד ממון הוא ומש"ה חייב בדיני שמים עכ"ל משמע דכשמבטל כיסו של חבירו שעדיין לא הזיק לו כלום אף בד"ש אינו חייב ובכופף קומתו הטעם דחייב בדיני שמים הואיל שעכ"פ הבעלים מפסי'דים קרנם רק הואיל שהנזק בא ע"י המדליק ועדיין לא נתחייב ועכ"פ במעשיו גרם שלא יתחייב ויפסי'ד בזה חייב בד"ש אבל בכל מבטל כיסו אף בריוח ברור פטור אף בד"ש וכן משמע מתוספתא הנ"ל דאמרו אין לו עליו אלא תרעומות משמע דפטור בד"ש ג"כ ולמ"ש הרמב"ן בעמד ולא גידר מחיצת הכרם שנפרץ דחייב כיון שהוא חייב חיוב ממון לגדור ולא גדר ונתיאש חייב שהרי הוא מזיקו ביאוש וגפניו הם האוסרים והוא גורם האיסור א"כ נימא כמו כן היכא דחייב לו לשלם ואינו משלם הוי ג"כ הוא הגורם להפסי'דו רק הואיל דל"ה רק ריוח פטור שגורם שלא ירויח אבל עכ"פ י"ל בד"ש חייב היכא דהוי ריוח ברור אבל לא משמע כן כיון דאינו עושה שום מעשה בפועל וגם ממונו אינו עושה מעשה:

ט

ומה"ט דכתב הרמב"ן שהנזק ע"י המדליק בא לו היה נראה לכאורה אם המדליק בעצמו עשאו טמון באש דחייב דאף שעל ההיזק מהדליקה פטרתו התורה מ"מ הואיל דהוא בעצמו גורם ומתחכם שלא יבא לידי חיוב מה שהיה מוכן לבא הוי כמו גרמא ממש. ובדברי רש"י ב"ק שם שכ' והוא לא שלח את הבערה ושווי' טמון וגרם להפסי'ד הנזק ולפטור את המבעיר מדכתב והוא לא שלח את הבערה משמע דאם שלח חייב אף בדיני אדם כיון דע"י בא כל ההיזק ואינו דומה לזרק כלי מראש הגג והיה תחתיו כרים וכסתות וקדם וסלק בעצמו דפטור דשם בשעת זריקה ל"ה נברא ההיזק דל"ה עומד להשתבר ע"י הזריקה רק אח"כ ע"י הסי'לוק הכו"כ גרם שנברא ההיזק וע"ז פטור אבל בשולח הבערה עשה בידים ההיזק וידענו שסופו להבעיר רק גזירת הכתוב דעל טמון פטור וכיון

שהוא גלוי אף שעשאו בעצמו אח"כ טמון בשעת גמר ההיזק דהוי כאילו הדליק ממש בידים הטמון דמצרפינן מעשה הדליקה למה שעשאו טמון כאילו עשה שניהם ביחד אולם ביש"ש שם (סי'' ג) לא משמע כן שכ' הא דחייב בד"ש דוקא כה"ג שהוא בעל המעשה שכסהו אבל נתן עצה לבעל האש שיכסנה ויפטור וכן עשה זה פטור אף בד"ש עי"ש מבואר דאף אם בעל האש בעצמו עשאו טמון ג"כ פטור מדיני אדם וקשה מלשון רש"י ודוחק גדול לומר דס"ל דאם כסהו בעצמו דאז יהי' פטור אף בד"ש הואיל דכונתו להציל לעצמו שלא יתחייב דמ"מ על ידו בא ההפסד כמ"ש הרמב"ן ועוד דא"כ לעולם לא יתחייב בדליקה דלעולם ישלח הדליקה ויעשה אח"כ טמון וכמ"ש התוס' ב"ק (דף כ"ב) דמה"ט חייב אף בגחלת שאינה שלו דאל"כ לעולם יפקיר והכי נמי לעולם יעשה טמון א"ו דעכ"פ בד"ש לעולם חייב וע"כ כונת רש"י דאם בעל האש בעצמו עשאו טמון דחייב גם בדיני אדם וצ"ע ואכ"מ. עכ"פ במבטל כיסו לא מצינו שיתחייב בד"ש ובפרט היכא דלא עביד מעשה כלל רק בשוא"ת:

ו

וראיתי בתשובת ר"ש כהן ח"ב (סי'' קי"ח) דנשאל בשמעון שקבל מנכסי' יתומים בהלואה ועשה הכשר ההנאה והריוח בעד היתומים ועברו כמה שנים שלא עשו עוד שום הכשר כלל וטוען כיון שלא עשה הכשר רק על שנה אחת אינו חייב יותר והשיב שאין שום זכות ליתומים מריוח החמשה שנים שלא קצבו ולא התנו ושוב כתב איברא דעדיין יש מקום לחייב לשמעון מטעם מבטל כיס שכ' המרדכי שאם הרויח בו שחייב לתן וא"כ כיון ששמעון הלוה עיכב בידו נכסי' היתומים ונשא ונתן בהם והרויח יש מקום לחייבו מטעם מבטל כיסו כ"ש מבטל כיסם של יתומים וא"כ טוב וישר לפני אלהים שיתפשרו עכ"ל אולם כבר כתבתי דלהלכה מבואר ברמ"א יו"ד אף בהרויח כל שבא לידו בתורת הלוואה הוי רבית וכמבואר מדברי המרדכי פ' המפקיד ובפ' הגוזל הטעם הואיל שלא בא לידו בתורת הלואה ואולי דן לחייבו ליתן ליתומים הואיל דל"ה רק רבית מאוחרת וביתומים מותר רבית דרבנן אולם למ"ש כיון שכבר בא לידו ואינו בעין ואינו עושה שום מעש' היזק בידים רק ע"י מה שאינו פורע אף בהרויח פטור ובפרט בנידון דהרש"ך דלא נתבאר שתבע אותו וכ"ז שלא תבעו ממנו ל"ה חייב לשלם כמבואר מדברי ש"ג מובא בש"ך ח"מ (סי'' רל"ב) שוב ראיתי בכנה"ג יו"ד (סי'' ק"ס אות ע"ח) בהגהות הב"י שהביא שם מתשובת מהר"ש הלוי שהחריד חרדה גדולה על המהרש"ך איך יצא מפיו דבר זה דא"כ הותרה רצועת הרבית וכ' שחלקו עליו כל חכמי דורו והוא האריך

ליישב דבריו דאיירי שעשו הכשר על שנה הראשונה עי"ש בארוכה ובכ"ז דבריו צ"ע דבמניעת פרעון החוב שלא הי' בעין ולא נתבע ממנו ודאי אף בכלל גרמא ל"ה וכנ"ל:

יא

שוב ראיתי תשובת הרשב"א (ח"ב סי'' רכ"ז) שנשאל בראובן שלוה משמעון וכתב לפרוע בזמנו ואם לא יפרענו קבל עליו לתת כל ההוצאה וכל הפסד שיבא לו וקבל זאת בקנין ובזמנו תבע חובו ואמר שהי' לו סחורה מזומנת לקנות וירויח ואם לא יפרענו יפסי'ד ולא פרעו ותובע הלוה ההפסד וראובן טוען שזה ריבית והעלה שאין בכלל הוצאה והפסד מניעת הריוח שמבטל כיסו של חבירו הוא פטור ואפי' בלא טענת ריבית נפטר אלא אפי' בטענת ריבית אני רואה טעות מי שמתיר מדין מזיק שא"כ כל ריבית נתיר שבכל הלוואה יש בהן נזק בזה שאינו יכול להרויח תוך הזמן ובשאר רוחים שיבא לידו ועיין ש"ך ח"מ (סי'' ס"א ס"ק י') ובב"ח שם וכנראה שדברי רשב"א שלפנינו ל"ה לפניהם הרי מבואר כיון דמבטל כיסו פטור כשנותן לו בעד זה יש בו ריבית מאוחרת ועיין יו"ד (סי'' ק"ע) בישראל שנעשה ערב לגוי בשביל ישראל דדעת הב"ח כהר"י קורקוס דמה ששילם הערב לגוי ריבית חייב הישראל להחזיר לו דכיון דהי' הישראל מחוייב לסלקו מדינא דא"ל אריה ארבעת לי אמצראי שהעמדתני ערב נגד הגוי אע"פ שהערב התרצה להרביץ עליו הארי מ"מ לא נתרצה לסלק הארי משלו הלכך כל מאי דיהיב הערב להגוי לסלוקי נפשיה מניה הפסדא דאתי מחמתי' קרינן ליה ומחייב לוה לשלומי לי' ואין בזה משום רבית מדינא והטו"ז והש"ך שם הסכימו להלכה דאסור להחזיר לו מה ששילם להגוי א"כ ק"ו דאסור ללוה לשלם בעד הפסד דביטול כיסו ממניעת ריוח:

יב

והיה קצת מקום לדון דדוקא במלוה נגד לוה דנחית להלות בזה יש איסור אם מקבל דבר בשביל פסי'דו דהתורה אסרה כל אגר נטר אבל בנידון דידן שהלוקח לא נחית להלות להלוה רק שקנה שט"ח ושעבודא דגופו של הלוה לא קנה רק השעבוד נכסי' שהי' לו למלוה מכר המלוה לזה וממנו לא בא הממון בהלואה וכשתבע ממנו הלוקח בזמנו היה חייב לסלק לו וכיון שהי' יכול להרויח והבטיחו שלא יפסי'דו בזה ליכא איסורא דריבית וראיתי בס' שמחת יו"ט ממהרי"ט אלגזי ז"ל (סי'' נ"ד) דעמד ע"ד הרא"ש וסי'יעתו דהיכא דהוי מקח טעות הוי המעות ביד המוכר כמו גזל מהא דב"מ (דף י"ד) במוכר שדה לחבירו ונמצאת שאינו שלו דסובר שמואל דשבח אין לו כיון דלית ליה קרקע מחזי כריבית ופי' רש"י דהמעות מלוה אצלו ואם נאמר דכ"ז שהמעות בעין הוי כפקדון ואם הוציאם הוי כגזל מה שייך ריבית הכא אטו מי שהניח פקדון ביד אחר

מעות צרורים דאינו יכול להשתמש בהם והחזיר לו יותר שייך בזה ריבית ואף אם הוציא המעות חשיב כשולח יד בפקדון דהוי גזלן ולא שייך ריבית בגזל דאם גזל מעות מחבירו והחזיר לו יותר ל"ש ריבית וכן מוכח מדברי הרא"ש שם בהכיר בה שאינה שלו ולקחה שאין לו שבח כתב דה"ט כיון שיודע שאין כאן מכר אי יהיב ליה שבחא מחזי כריבית ואע"ג דזוזי לרב הוי פקדון מ"מ להשתמש בהם יהבינהו ניהליה והוי כהלואה ומחזי כריבית וכן מבואר שם בש"מ משם הראב"ד משמע דאם הוי כפקדון ממש לא מחזי כריבית וא"כ בלא הכיר בה שאינה שלו אם איתא דהוי פקדון אמאי אמר שמואל דשבח אין לו דמחזי כריבית עי"ש א"כ בנידון דידן נמי כיון דלא בא לידו הממון דרך הלואה מלוקח י"ל דל"ה כריבית אולם מדברי רבינו חיים שהבאתי לעיל (אות ב') מתשובת מהר"ם רויטנבורג שכ' דאם אכלן והוציאן דנעשה גזלן עליהם ואם יתן שום דבר זהו ריבית מבואר דאף בגזלן ממש שלא באו המעות לידו בתורת הלוואה ג"כ אסור לשלם לו יותר ממה שלקח דמחזי כשכר מעותיו והא דכתב הרא"ש אע"ג דזוזי לרב הוי כפקדון מ"מ יהבינהו להשתמש דמשמע דאל"כ לא הוי כריבית היינו היכא דהמעות הם בעין ואז כשעדיין לא הוציאם אם נאמר דהוי פקדון ממש לאו שם הלוואה הוא כלל ולאו שם גזלן הוא ול"ה חייב לשלם רק כפקדון בעלמא בזה לא מחזי כריבית אבל כשהוציא המעות אף אם ל"ה רשאי מ"מ כיון שיש עליו חיוב תשלומין דנעשה גזלן בהוצאה וחייב בהשבה נעשה חוב עליו כשמשלם יותר שפיר מחזי כריבית אף דלא בא לידו בתורת הלואה וא"כ הה"ד בנידון דידן אף דלא הלוה ממנו רק שקנה השט"ח וגם תבעו ממנו והבטיחהו לשלם מ"מ כיון דלא הי' המעות בעין אסור להוסי'ף לו אף שהיה לו ריוח ברור וכמבואר מדברי הרשב"א בתשובה הנז' ואף דבהבטיח לשלם לו ההפסד ולדעת המרדכי ב"ק פ' הגוזל וריטב"א בב"י ח"מ (סוף סי'' ס"ו) דכל הגרמא כשהבטיח לשלם חייב לשלם מ"מ בהלואה הוי ריבית וכדמוכח מתשובת הרשב"א הנז':

יג

וגם מהא דסי'' (ק"ע) בישראל דנעשה ערב בעד גוי דהסכימו כל האחרונים דאף אם פרע הערב להגוי והפסי'ד ממונו ע"י ובכ"ז אף אם נתן מוציאן מידו דהוי ריבית אף שלא בא ליד ישראל מן הישראל הערב ולא לוה לו כלל הוי ריבית. ובס' מחנה אפרים דיני ריבית (סי'' מ"ב) כתב דבערב שלוף דוץ דהוי ריבית קצוצה מה"ת ואף אם נתן לו הלוה בהחזרה מוציאן מידו וה"ה אם תבעו הגוי להערב הזה ואמר לי' הערב להישראל שיפרע להגוי ועשה כדבריו שיכול להוציא ממנו דהוי כאילו אמר לי' אותו קרן וריבית שאתה חייב לי תנהו לו עי"ש ומשמע דעיקר המלוה הוא הערב ואין הישראל רשאי לפרוע לגוי אולם

בספר ראב"ן (דף צ"ז) כתב ואם שגג הישראל הערב ונתערב לישראל בשביל ישראל חבירו בלא קבלת הגוי לדון בדיני ישראל מותר לישראל הלוה ליתן לגוי הריבית ולא אמרינן כיון דהערב חייב ליתן כי יהיב לי' לגוי הוי כאילו יהיב לי' לישראל הערב עכ"ל ואולי הטעם דהוי רק כפורע חובו של הערב והוא לא צוה לו לישראל הלוה שישלם להגוי רק מעצמו פרע לכך כ' הראב"ן דמותר והמח"א דאוסר הוא כשמצוה הערב להלוה שיפרע לגוי עכ"פ חזינן דאף שלא הי' שם הלוא' דאין שליחות לגוי ואעפ"כ אסור מה"ת לרוב הפוסקים שם ודלא כבעל התרומה דס"ל דשם איסורו מדרבנן מטעם יש שליחות לגוי לחומרא ואף דהזיקו במה שלא פרע לגוי ובכ"ז אסור ליתן הריבית כיון דהוי כלוה מישראל ה"ה בנד"ד דאסור לתת לו דבר בשביל ההיזק דביטול כיסו:

יד

והטור ח"מ (סי' רל"ב) הביא משם הרמב"ם במוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיה ואח"כ נראה בו מום אם רצה להחזיר הקרקע לבעליו מחזיר כל הפירות שאכל ואם הי' חצר ודר בו צריך להעלות לו שכר וכן פסק שם בש"ע והב"ח כתב שם דאל"כ הוי כריבית כיון דנתבטל המקח מעיקרא הו"ל זוזי הלואה והפירות שאכל הם בעד המעות שהיו בטלים וכן דעת הע"ש שם ובסמ"ע שם כתב להקשות דא"כ הו"ל להטור והרמב"ם לחלק דהיינו דוקא אם כבר קבל המוכר דמי הקנייה ועוד אף אם כבר נתן לו הדמים לא עדיף מאבק ריבית דאין צריך להחזירו דלא גרע ממלוה לחבירו על שדהו ואמר לו אם לא תתן לי מכאן עד שלש שנים יהי' שלי ולא אמר מעכשיו בענין שאין המקח קיים דאסור לאכול פירות ואם אכלם לא יחזיר דהו"ל אבק ריבית לכך כתב דהוא מטעם כיון דהמקח בטל הוי כגזל בידו עי"ש. ולענ"ד י"ל דהא נראה אף דאבק ריבית אין מוציאין מידו ואינו חייב להחזיר הוא דוקא שידע הלוה והמלוה בשעת מעשה שהוא אבק ריבית אבל אם אף רק המלוה לא ידע שהוא הלואה ואיסור ריבית הוי זכי' בטעות וחייב להחזיר וכן בריבית קצוצה דמוציאין בדיינים ומ"מ היורשים אינם חייבים להחזיר דלדידי' אזהיר וחי אחיך ולא לברי' מ"מ היינו דוקא כשידע המלוה ונתכוין לזכות בו דבזה גלי קרא דאי עביד מהני כמבואר מס' תמורה דלמורא ניתן ולא להשבון או למיתה ניתן ולא להשבון כמבואר בפ' א"נ וצריך קרא דוחי אחיך עמך דעכ"פ אף דאי עביד מהני וקנה גוף הריבית מ"מ צריך להחזיר מצד מצות וחי אחיך כדי להחיותו וזה לברי' לא אזהיר ועיין ב"ח ח"מ (סי' ט') ובנתיבות שם דבשוחד חייב להחזיר מצד דאי עביד ל"מ אף שנתן מדעתו ואם כן זה דוקא היכא דידע המלוה בשעת זכיה ונתכוין לזכות בו אבל כשלא ידע הא מבואר בתוס' ב"מ (דף קט"ו) ד"ה וחייב דאף לאביי דסובר אי עביד מהני מ"מ היכא דלא ידע

מן האיסור ולא כיון לזכות באיסור הוי זכיה בטעות ואי עבד לא מהני א"כ מאביי נשמע לרבא גבי ריבית אף דגלי קרא דאי עביד מהני הוא רק היכא דידע וכיון לזכות באיסור אבל כשלא ידע כלל מן האיסור הוי זכיה בטעות וחייב להחזיר גוף הדבר וגם היורשים חייבים להחזיר שוב עיינתי בתשובת שארית יוסף (סי'' ס"א) שציין הש"ך (סי'' קס"א) לעיין בו. וראיתי שכתב כן בפשיטות דבלא ידע חייבים גם היורשים להחזיר:

ולפי"ז י"ל דגם בריבית דרבנן דאינו חייב להחזיר הוא ג"כ רק היכא דידע ונתכוין לעבור על האיסור בזה כיון דאי עביד מהני ובדרבנן לא חייבו להחזיר משום מצוה דוחי אחיך אבל היכא דלא ידע מן האיסור כלל ולא נתכוין לזכות בזה חייב להחזיר ועיין בש"ך (סי'' ק"ס ס"ק ד) שהקשה בהא דמבואר שם אם נותן הלוה מדעתו יותר בשעת פרעון אף דאינו אומר שנותן לו בשביל ריבית אסור והקש' מח"מ (סי'' רל"ב) באם מצא יתרון בכדי שאין הדעת טועה דא"צ להחזיר ועי"ש בטו"ז ולכאורה מאי קשיא להו הא שם דכבר החזיק בו לא עדיף מכל ריבית מאוחרת דאינו חייב להחזיר אף לצאת ידי שמים וכיון שכבר בא ליד המלוה בלא ידיעתו א"ח להחזיר לו משא"כ לכתחלה אסור לקבלו וכן כתבו שם לתרץ בס' תפל"מ ובח"ד ולהנ"ל א"ש כיון דלא כיון לזכות רק כדי חובו אף דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לזכות מ"מ באיסור דרבנן אמרינן שוב ג"כ אי עביד לא מהני ולכך אם רוצה אח"כ לזכות עושה האיסור ושפיר הקשו כיון דאסור לו לזכות יתחייב להחזיר ובלא"ה י"ל שם כיון דהוא בידו ולא כיון לזכות גרע כמבואר תוס' ב"ב (דף נ"ד ע"א) ואף דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה מ"מ י"ל דהוא מטעם זכיה וכמו שכ' הקצוה"ח (סי'' ער"ה) דמהאי טעמא במקבל נכרי ל"מ דעת אחרת מקנה א"כ כאן ל"מ דא"מ כשהוא בדבר עבירה ולמ"ש אתי שפיר טפי דזה הוי זכיה בטעות ולכ"ע אי עבד ל"מ ולפ"ז במוכר דבר לחבירו בחזקת שלם בלא מום אף אם המוכר ידע שיש בו מום מ"מ כיון דהלוקח לא ידע ומצא אח"כ המום ונתבטל המקח דחייב לשלם שכר שימוש ודירה דלא נחית לזה ואף אם רוצה שלא לקבל ולמחול לו מ"מ אם כבר נתן הדמים מחזי כריבית דנוטל שכר אגר נטר ואינו דומה לאומר אם לא תתן לי עד ג' שנים יהי' שלי דשם ידעו ונחתו שניהם עד"ז שיאכל הפירות וליכא טעות בדבר וכבר זכה בהן שפיר א"ח להחזיר דלא הוי רק אבק ריבית מה שאין כן בנחית לקנות ואגלאי מלתא למפרע דהמקח נתבטל וזוזי הוי הלואה בזה כבר נתחייב לשלם למפרע שכר שימוש ואסור לו למחול אח"כ דמחזי כריבית ודברי הלבוש והב"ח נכונים:

טו

אך יש להבין הא בלא הכיר בריה שאינו שלו קי"ל ב"מ (דף י"ד ע"ב) כרב דיש לו מעות ויש לו שבח ולא מחזי כריבית הואיל דהוי זבינא הרי כיון דמעיקרא ע"ד מקח נתנן ולא ע"ד הלואה לא חיישינן לריבית וראיתי להגאון מהרי"ט אלגזי ז"ל שם דעמד ע"ז וכ' לחלק ע"פ מ"ש המל"מ (פ"ה מאישות) דרק באיסורי הנאה דאין להם דמים כלל הוי המעות גזל אבל במוכר דבר לחבירו ואח"כ נמצא בו מום נהי דהוי מקח טעו' מ"מ ל"ה המעות גזל שהרי דמים לו רק בשביל המום אינו שוה כמו שפסק וא"כ י"ל בנמצאת שאינה שלו הוי כאיסורי הנאה שאין להם דמים כלל ומש"ה ס"ל לרב דהמעות הוי גזל ולא שייך רבית אבל בנמצא מום דיש לו דמים מיהא אין הדמים גזל ושייך לחוש לריבית ויש לגמגם בזה דהא בש"ע אה"ע (סי' כ"ח סכ"ב) פסקינן אם לא ידע הלוקח שהוא איסורי הנאה וקידש המוכר אשה בדמיהן הוי ספק מקודשת והי' לחוש לדעת הרא"ש שכ' אי לאו דברי הירושלמי דמחשיב לי' גזל ל"ה ק"ל דהדמים ל"ה גזל כי בתורת מקח בא לידו ואע"ג דמקח טעות הוא ישלם מביתו והני זוזי להוצאה נתנו א"כ הרי מספקינן לדידן אם הוי גזל או הלואה אף במוכר איסור הנאה שאין להם דמים כלל מכ"ש בנמצאת שאינה שלו ואעפ"כ יש לו שבח הרי דל"ח למחזי כריבית במקח טעות לגמרי ודוחק לומר דרק לענין קידושין שהוא ספק תורה החמיר המחבר לחוש על סברת הרא"ש לומר דהוי כהלואה משא"כ לענין ריבית דרבנן ועי"ש בעצי ארזים שהקשה באמת למה חשש המחבר לדעת הרא"ש דהא לא כתב רק אי לאו דברי הירושלמי דמחשב לי' גזל הי' אומר דהוי הלואה אבל אינו חולק ע"ד הירושלמי. ובס' אבני מלואים שם כ' דתליא במחלוקת הפוסקים במקח טעות אם הממון ביד מוכר דין הלואה או פקדון כמבואר תוס' ב"ב (דף צ"ב) והיינו נמי ספיקא דהרא"ש והר"ן ולדינא כבר כתב הרמ"א להלכה (סי' רל"ב) דהו"ל בע"ח וה"נ אם לא ידע הלוקח שהוא איסור הנאה הו"ל מעות הלואה ולמ"ש המל"מ הנז' יש לחלק בין איסורי הנאה דאין לו דמים כלל למום במקח וה"ד נמי בנמצאת שאינה שלו י"ל דהוי כמו גזל אולם י"ל דגם בנמצאת שאינה שלו דמ"מ הוי שם מכר ואינו דומה למום במקח דבמום במקח לא הוי שם מקח כלל דגם המוכר יכול לומר ללוקח מהמום ושיאמר אם נתרצה בו או לא דאם הלוקח לא יקבל עליו המום יכול לבטל המקח משא"כ בנמצאת שאינה שלו הוי שם מכר לגבי המוכר ואין המוכר יכול לבטל המקח כ"ז שלא לקחו ממנו הנגזל כמבואר בבעה"ת (שמ"ז) מובא במל"מ (פ"ט מגזילה) ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בס' דברי חיים דיני מתנה (סי' ז') שהוכיח כדבריו מדברי הירושלמי פ' הניזקין בראובן שגזל שדה משמעון ומכרו ללוי ולוי נתנו במתנה

ליהודה ובא שמעון וטרפה מיהודה לוי אזיל לגבי ראובן דהא מכרה ופריך ולא מתנה יהבה יכול הוא מימר לי' בעי הוינא מיתן לי' וישלם לי טובה והקשתי לאאמ"ו ז"ל כיון דהנגזל טרף נתבטל המכר והמתנה מעיקרא לא שייך לומר מה פסי'דא יש ללוקח הנותן הא הוי מקח טעות ופשיטא דיכול לחזור ולתבוע המעות שנתן והוכיח אאמ"ו ז"ל מזה כדעת בעה"ת הנז' עי"ש א"כ הוי עכ"פ שם מכר משא"כ במום במקח ל"ה שם מכר כלל לכך סברי הב"ח והלבוש דאסור מטעם ריבית ויש עוד להאריך בזה בכמה דברים אכ"מ עכ"פ מצינו כו"כ דברים אף היכא שלא בא לידו בתורת הלואה הוי ג"כ רבית ובודאי אסור להלוה לתת תוספות שוב ראיתי בשבות יעקב (ח"א סי'' ס"ה) שציין הרב הגדול הצדיק המפורסם מו"ה נחום ז"ל שהביא ג"כ מתשובת חות יאיר דאף בלא בא לידו בתורת הלואה הוי גם כן ריבית.

העולה מכל המקובץ דבכל אנפי אם אף תבע ללוה וגם מברר שהי' לו ריוח ידוע והפסי'דו עי"ז שלא פרע לו ואף אם הרויח בהמעות הלוה מ"מ אסור להלוה לפייס את המלוה ואם נותן לו דבר מה הוי ריבית כמבואר מדברי תשובת הרשב"א הנז' ובפרט אם הלוה לא הרויח רק אם הי' המלוה דוחק עליו הי' צריך שישתדל להוציא לו כסף בנשך על צד ההיתר כנהוג בעה"ק דע"פ רוב אינו עומד ההלואה בעסקא ואינו מביא לו ריוח רק מניעת ההפסד שבזה שעכב הפרעון לא הי' לו ללוה ריוח חדש בזה ודאי לכ"ע הוי ריבית ואינו רשאי להוסי'ף למלוה אף לסלק התרעומות ויש תקנה אם המלוה יודע שאסור לו ליקח ואמר לו הלוה שנתנו לו במתנה דכתב המח"א (סי'' י') דמותר לדעת הרמב"ם דמהני מחילה בריבית אולם דבריו שם צ"ע ועוד הארכתי אז בכמה דברים לפלפל בדברי כבוד הרב הגדול הצדיק האמיתי המנוח מ' נחום זצ"ל לא עת האסף פה וראיתי בספר זית רענן ח"ב תשובת כבוד שארי הגאון האדיר מהרמ"י זצ"ל תשובה ארוכה בענין זה שהשיב אז ובכמה דברים כונתי לדעתו הגדולה נ"ע ובכמה דברים נטיתי מדרכיו ועוד יש לפלפל בכמה דברים שהעלה שם וקשה עלי כעת לחזור עליהם לכן הדפסתי כאשר היה בכתובים אצלי מאז ועוד חזון למועד אי"ה והמעיין יבחר:

סימן ב

תשובה לחכם אחד

א

ע"ד אשר דרש ממני בהא דכתב הרמ"א יו"ד (סי'' ק"ס ס"א) דבריבית דרבנן אין הלוה עובר אלא משום לפני עור אם גם העדים אינן עוברין על לא תשימון עליו נשך דללוה

מדמינן או למלוה מדמינן לכאורה אם נאמר דדעת הרא"ש מכוון ג"כ לדעת הנ"י פ' זה בורר דבכל אבק ריבית אין הלוה עובר רק על לפני עור דבאמת מדברי הרא"ש ב"מ פ' א"נ (סי' מ"ב) דכתב ג"כ בהא דאמר רבא שם רב עיליש גברא רבה הוא ואיסורי לאינשי ל"ה ספי מדלא קאמר ולא עביד איסורא יש לדקדק דאבק ריבית כי האי אין איסור ללוה מדלא יהיב מדידי' טפי לא קרינן בי' לא תשיך ואפי' איסור דרבנן ליכא אלא דוקא גבי מלוה איכא וללוה ליכא אלא משום לפ"ע ובאמת הרא"ש דייק וכ' אבק ריבית כי האי משמע דלאו כל אנפי שוין ועיין מח"א הלכות מלוה ולוה (סי' י"ט) ובמל"מ (פ"ד ה"ב) אולם מסתימת דברי רמ"א משמע דבכל אופני אבק ריבית דרבנן אין הלוה עובר א"כ יש ראי' דהעדים עוברים מלבד לפני עור דהא התוס' והרא"ש ב"ק (דף ל') כתבו בשטר שיש בו ריבית שאין העדים נפסלים דאיירי בריבית דרבנן ולא מפסלו בריבית דרבנן כיון דאין מרויחין בו כלום אע"פ שבעבירה דאורייתא נפסלין אע"פ דאינן עדי חמס עי"ש ואם נאמר דללוה מדמינן העדים א"כ לא עברו כלל העדים וכ"כ המרדכי ב"ק שם דבריבית דרבנן אע"פ שעברו לא מפסלו דבעבירה דרבנן בעינן חמוד ממון מבואר דעכ"פ העדים עברו על לא תשימון מדרבנן. ודוחק לומר דכונתם על לפני עור אשר עוברין לכ"ע וגם מחמת לפ"ע מפסלו כמבואר במל"מ (פ"ד ממלוה ולוה) חדא למה להו לומר משום דל"ה חמוד ממון נימא דאיירי דגם בלעדי העדים הי' מלוה דבכה"ג לא עברו העדים כמבואר סוף פ' א"נ ומן הסתם מוקמינן העדים על חזקתן דלא עברו ועוד אי משום לפני עור הא עברו אדאורייתא דכן מסתבר המכשיל לחבירו באיסור דרבנן עובר המכשיל על לפ"ע מן התורה דהא לא גרע משאר מכשולים דעכ"פ הוא מכשול וכן כתב להדיא בתשובת פני יהושע (ח"א ח"מ סי' ט) א"כ יהיו פסולין וע"כ דאיירי בליכא לפ"ע רק משום לא תשימון מדרבנן הרי דלמלוה מדמינן העדים ובאמת במ"א דנתי בדברי הפנ"י דאם נאמר כן אמאי החשוד לאותו דבר אינו נאמן נימא אף דחשיד לעבור על איסור דרבנן אינו חשוד על דאורייתא דהחשוד על הקל אינו חשוד על החמור א"כ נימא אם מכשיל לחבירו שמחזיק זה לאיסור וגם העובר עכ"פ מיירי באדם שאינו פוקר ומאמין שזה אסור רק יצרו אלבשו וא"כ אינו חשוד שיכשיל לאחרים ויעבור על איסור תורה דלפ"ע וצריך לומר דמ"מ לאותו דבר קיל אצלו הרבה ומה"ט י"ל דאף אם אומר לחבירו החשוד שאם הוא מכשילו ונותן לו דבר האסור מדרבנן אוסר עליו בקונם וא"כ מכשילו באיסור תורה דג"כ ל"מ כיון דאיסור זה קל אצלו דהא בלא"ה המכשילו יודע דעובר על לפנ"ע שהוא מן התורה ואף דיש לחלק קצת מ"מ מסתבר לומר כן דודאי סברתו של

הפנ"י נכון הוא וא"כ עכ"פ כנראה התוס' והרא"ש והמרדכי לא איירו מלפנ"ע ואעפ"כ כתבו דהעדים עבדי איסור הרי מוכח דמדמינן להמלוה ולא ללוה:

וראיתי בש"ג (ס"פ א"נ) דכ' ומסופקני אם מי שהיה עד ע"ד איסור שאינו ריבית דאינו עובר על לאו דלא תשימון עליו נשך אם נפסל בכך כיון שהי' עד ע"ד איסור א"ד דוקא גבי איסור ריבית אמר הכי משום שיש בו לאו דלא תשימון ואי אמרת דבכל עדות דאיסור נפסלים העדים משום דהכא הוה ס"ד שיהיו נפסלין העדים גם בריבית דרבנן דלית בי' לאו דלא תשימון כדמשמע מדברי הרא"ש פרק המניח א"כ כשיהי' עד בדבר איסור שיהי' נפסל אליבא דכ"ע יהי' כשר כו' כיון שאינו עושה מעשה איסור כלל רק שהוא עד בדבר עכ"ל ודבריו מגומגמין קצת דהא אדרבא ברא"ש מבואר דהעדים עברו על לא תשימון עכ"פ מדרבנן ובגוף ספיקו של הש"ג אם דין העדאה ריבית ודין שאר איסורי שוין דאם נאמר דגם עליהם איכא איסורא להיות עד נפסל יש להעיר א"כ בכל קידושי איסור יהי' כמקדש בלא עדים ובודאי אם מיחד להעדים על הקידושין של חייבי לאוין אם יש איסור בקידושין עוברים על לפני עור דאף אם היו מונאין עדים אחרים גם הם היו עוברים על לפ"ע כמ"ש הפ"מ מובא במל"מ שם אולם אם נאמר דגם איסור שיהיו נפסלים עי"ז עשו צ"ע א"כ הוי כמקדש בפסולי עדים ולא משמע כן מכמה מקומות ועיין קצוה"ח (סי'' נ"ב) ויבואר אי"ה במקומו בדיני עדות:

שוב ראיתי בחות דעת (סי'' ק"ס) שמסופק בזה אם העדים ללוה מדמינן או למלוה ותמהני דהדברים מבוארים מתוס' ורא"ש כנ"ל וראיתי שהביא ראי' מהא דבני רב עיליש דבלאו גברא רבה תלינן לשטרו באיסורא כמבואר (סי'' קע"ז) ולא אמרינן חזקה על העדים שעשו כהוגן ולא עבדו איסור אלא ודאי דליכא איסור לגבי עדים ואי משום דמ"מ איכא איסור דלפ"ע לגבי עדים אפשר שהי' מלוה גם בלעדם דאז ליכא איסור ולענ"ד אינו ראי' דהא אף אם הי' מלוה בלעדם איכא איסור במה דמסי'יעו כמבואר ברא"ש מס' ע"ז ורי"ף מס' שבת. ועיין ריטב"א ע"ז (דף ו) ומג"א (סי'' שמ"ז סק"ז) וכבר הבאתי לעיל דיני טרפות (ס"ס ז) דברי פי' המשניות לרמב"ם מס' תרומות (פ"ו מ"ג) שכ' והמתעה כו' או המסי'יעו לדבר עבירה בשום פנים ממין הסי'יוע ואפי' בדיבורו הקל נענש מהשי"ת כפי שעוש' באותו הסי'וע כו' או עובר על הכתוב שנאמר אל תשת ידך עם רשע אם סי'יעו לאותו העובר עכ"ל משמע דאיסור זה חמור ויש בו אסמכת' דקרא א"כ בכל האופנים יקשה דנאמר חזקה על העדים שלא עשו איסו' אלא ודאי י"ל דשם לא צריך להחזיק להעדים שעשו שלא כהוגן די"ל דהודו לפניהם שנתן שכר טרחה דהעדים אינם צריכים לראות נתינת השכירות ויכולים לסמוך דמסתמא לא יעשו הלוה והמלוה באיסור. וגם

בלא"ה באיסור דרבנן י"ל דלא משמע להו לעדים דעבדי איסור ולהרבה פוסקים אף באיסור דאורייתא לא מפסלו דל"מ להו להעדים איסור כי אם על המלוה ולוה מכ"ש באיסור דרבנן:

ועיין במהרי"ט ח"ב (סי'' מ') תשובת ר"י באס"ן דלומד בדעת רשב"א דלא החמירו בלוה אף על לאו דלפ"ע שאינו עובר בו בדרבנן כמו שאינו עובר בלא תשיך אלא איסורא זוטא כמו מסי'ע ידי עוברי עבירה וא"כ לדבריו אם נאמר דהעדים ללוה מדמינן לא נאמר דעברו מדרבנן על שום לאו והיכא ס"ד שיפסלו אלא ודאי דס"ל דללוה מדמינן. ומ"ש הח"ד לדחות ראיות הראשונים דלוה אינו עובר על לא תשימון מדלא קאמר ל"ה עביד כיון דלוה אינו עובר על לא תשימון עד הנתינה לא עביד איסור י"ל דהא מ"מ הי' לו לחוש דלמא ימות ויגבה מבניו כמבוא: (סי'' קע"ז סכ"ד) דמה"ט לא יכתוב מלוה שמא ימות [ועי"ש בש"ך (ס"ק מ"ז) משם הריטב"א דאם מניח ביד שליש ליכא למיחש למידי ובאמת לדעת הרשב"א מובא בח"מ (סי'' ס"ה) דדוקא בנמצא ביד שליש ואינו יודע מה טיבו יהי' מונח דספקו של השליש כספקו של בע"ד אבל במונח ביד יורשי שליש יחזרו למלוה א"כ כמו דחיישינן למיתת המלוה חיישינן ג"כ למיתת השליש ואז יחזרו למלוה ויגבה ולמה שהעלו האחרונים שם דלא כרשב"א מ"מ מבואר שם דאם בא ליד המלוה גובה בו א"כ יש לחוש דיבא לידי קלקול] וה"נ הי' לו לרבא לומר דל"ה עביד כיון דיכול לגבות אם ימות ובגוף דברי הרמ"א האריך שם בתשובת פנ"י להוכיח דלהלכ' גם הלוה עובר וכ"כ הריטב"א ב"מ שם גבי רב עיליש וכן יש להוכיח מד' תוס' ב"מ (ד"ע) ד"ה מעות של יתומים ועיין במהרי"ט שם ובמל"מ:

ב

ועד אשר חקר אם חייב להחזיר ליורשי הלוה ריבית קצוצה או לא ורק על הלוה אזהיר רחמנ' וחי אחיך אבל לא ליורשיו כמו דאמרינן לדידי' אזהיר ולא לברי' דיורשי המלוה אינן חייבין להחזיר כ"כ א"ח להחזיר ליורשי הלוה הנה הדגול מרבבה מבעל הנו"ב פשיטא לי' דא"צ להחזיר אולם בתשובת רדב"ז (ח"ג סי'' תר"ד) נשאל בלאוין שנתנו להשבון כגון גניבה וגזילה וריבית אם מתקן הלאו כשמחזיר ליורשיו וכ' בפשיטות דמתקן הלאו דברא כרעא דאבוה וכשמחזיר ליורש הוי כאילו מחזיר לבעלים ואם נתקן הלאו חייב להחזיר ואם לא נתקן למה יחזיר ותו דא"כ מצינו מלקות על לאו דלא תגזול כגון שמת הנגזל דומיא דלאו הניתק לעשה כגון בלקח האם על הבנים ושבר אגפיה חייב דשוב א"י לקיים העשה ול"א אדם מעולם דלקה על לאו דלא תגזול לפי שבכל שעה ניתן להשבון ליורשיו ואף דהשיב על גזילה מ"מ כיון דנשאל על ריבית בלי ספק דעתו דגם

בריבית דומה לגזילה לענין זה דאל"כ מצינו דלוקה על לאו דלא תקח מאתו נשך כשמת הלוה אולם יש לגמגם על ראי' זאת דהא עכ"פ מצינו אופנים דלא שייך לנתק הלאו כגון אם נשתמד הלוה דלא שייך ביה עשה דוחי אחיך פטור להחזיר ולא שייך לנתק הלאו כיון דפטור ואינו מקיים העשה בזה וכן כת' בפשיטות הח"ד (סי'' קס"א) ס"ק ה') דבנעשה הלוה מומר אח"כ א"ח להחזיר [ובספר שער משפט (סי'' ק"ס) כתב די"ל דה"ה אם הלוה לישראל בריבית ונשתמד אח"כ הלוה קודם שגבה דמותר ליקח דאזלינן בתר השתא אך כתב כיון דלא קפיד קרא אלא אשומא הבא לידי גיבוי וא"כ אם יקח ממנו נגמר השומא ובא לידי גיבוי ויעבור למפרע בלאו דל"ת ואז הי' ישראל עי"ש. וי"ל דדוקא בשומא הבא לידי גיבוי באיסור דאם הי' לוקח באיסור בזמן שאסור ליקח ממנו אז הי' נגמר למפרע האיסור אבל בנשתמד כיון דאז הלקיח' הוא בהיתר לא עבר למפרע על לא תשימון כיון שלא בא לידי גיבוי באיסור ומה שרצה לדמות להא (דסי'' ק"ס סכ"א) דאזלינן בתר מעיקר' אינו ראי' דשם עכ"פ קאי באיסור בשעת גיבוי משא"כ בנשתמד דבשעת גיבוי ליכא איסור ממילא לא עבר על ל"ת] וא"כ נימא ג"כ דחייב מלקו' ואף די"ל דאינו חייב עדיין מלקות דדילמא יחזור לדתו דת ישראל הא מ"מ כשמת המומר דבזה ודאי דא"ח להחזיר ליורשיו כיון דאף להמוריש לא הי' חייב להחזיר דליכא לגבי' העשה דוחי אחיך א"כ מצינו מלקות בריבית:

וגם יש להתבונן דהא במת המלוה לברי' לא אזהיר רחמנא א"כ יתחייב הלוה מלקות למ"ש הג"ת (שמ"ו) דלכך לא מלקין להלוה אף דגבי הלוה ל"ש הניתק מ"מ כיון דעיקר האיסור והלאו של הלוה הוא משום האיסור של המלוה וכיון דהמלוה מנתק ואין לוקין אותו ממילא גם הלוה פטור וא"כ במת המלוה ולא החזיר דשוב בשעת גמר מיתה היה עליו החיוב מלקות וממילא לא נפקע הלאו וכן של המלוה יתחייב עכ"פ הלוה מלקות כיון דשוב בלתי באפשרות לנתק הלאו ואף להסוברים דמחילה של אח"כ מן הלוה מהני ג"כ מ"מ ל"ש מחילה למת וצריך לדחוק כיון דמעולם עכ"פ לא הי' חל חיוב מלקות על המלוה ממילא לא חל על הלוה:

ועוד יש למצוא להפוסקים דבפחות משוה פרוטה ליכא לאו רק איסור וכמו דמבואר (סי'' קס"א) ומ"מ נראה דאם קבל כלי שאינו שוה פרוטה דמצד חשיבות דכלי י"ל דעובר על הלאו כמו דמצינו לענין שבועה (סי'' פ"ח) בח"מ ולענין דב"ד מזדקקין (סי'' ו') דיש חשיבות לכלי כן נמי י"ל דעובר על הלאו דלא תקח מאתו נשך ותרבית כשלקח כלי אף דהוא פחות מש"פ ולענין חזרה הא קי"ל בריבית דא"ח להחזיר גוף החפץ רק השווי של החפץ רק בגלימא או כלי שהוא דבר מסויים כמבואר ב"מ (דף ס"ג) וש"ע שם ס"ט

ועיי"ש בח"ד דאף אם קצץ לו כלי בריבית ונתן לו קנה הכלי ואינו חייב להחזיר רק שיווי הממון אי לאו דלא לימרו גלימא דריבתא היא ואם הוזל החפץ לא הגי רק בהשבת דמים כשעת נתינה וכן מבואר בש"מ ב"מ (דף ס"ה) משם הרמב"ן וז"ל לאו הנהו ה' ממש אלא דמיו וכפי דמיהן של עכשיו בין שהוזלו בין שהוקרו אבל אינהו גופייהו לא מהדר דהא קנינהו במשיכה עי"ש ובמח"א דיני ריבית (סי'' ב') וא"כ אם קצץ לו כלי שאינו דבר מסויים ואין בו ש"פ דיש בזה לאו דלא תקח מצד חשיבות הכלי ולהחזיר ליכא חיוב כיון דאינו חייב להחזיר רק שויו ואין בו ש"פ ליכא בזה העשה ויש לדחוק בזה ועיין ב"י וב"ח וקצוה"ח (סי'' תכ"ד). ועוד דמשכחת בלקח ריבית מגר ומת הגר דבזה ודאי דל"ש ניתק לעשה דלא יש לו יורשים וכן בגזל הגר ומת הגר דלית לי' יורשים נימא דילקה דלא הוי נל"ע. אלא ודאי כמו דמצינו בש"ס מכות (דף י"ו) דפריך והא איכא משכונו של גר ומתרץ התם נמי גברא בר תשלומין הוא ושעבודא דגר פקע וכתב שם הריטב"א פי' אם מת הגר ואין לו יורשים ומשכחת לה בלא קיימו שמת הגר קודם שהחזיר לה ומשכחת לה בביטלו כגון ששרפו בחיי הגר ואח"כ מת הגר ופרקינן דהתם נמי גברא וכו' וכששורפו בחיי הגר נתחייב בממון ופטור ממלקות ומבואר דאף למ"ד קול"ק פטור ממלקות מטעם דאינו לוקה ומשלם ודלא כמו שכתבו התוס' שם ועיין מה שכתבתי בדברי חיים דיני אבידה (סי'' א') שהוכחתי שם מכמה ראיות ומקומות ברמב"ם שכן הוא שיטת הרמב"ם עי"ש בארוכה וא"כ כיון דבריבית ג"כ כיון דעכ"פ הי' חל עליו החיוב דתשלומין בחיי הגר או הלוה הישראל שוב נפקע חיוב מלקות מטעם דאינו לוקה ומשלם ושוב אף דפקע חיובו במיתת הגר או אף בלוה ישראל אם נאמר דהעשה דוחי אחיך לא קאי בחיוב להחזיר ליורשיו וכדעת הנו"ב מ"מ ל"ש מלקו' ואף דיש לחלק דבגזל ומשכון יש שעבוד עליו ובהפקעת השעבוד הוי כמו מחילה ותשלומין משא"כ בריבית דליכא שעבוד עליו ומה"ט לא נחתינן לנכסי'ו רק כופין אותו לקיים העשה וכבר הקשו האחרונים דמ"ש מצדקה דנחתינן לנכסי'ו עיין מח"א ריש דיני ריבית. ובח"ד כתב דבצדקה הוא מטעם כדי שלא יעבור על לאו דלא תקפוץ ואכתי קשה הא בריבית הוא ג"כ שלא יעבור על לאו אם לא יקיימו ודוחק לחלק דשם עובר על לאו דאין לו תיקון משא"כ בלאו הניתק לעשה דמתלי תלי ולעולם בידו לנתק הלאו ולכך לא נחתינן לנכסי'ו דמ"מ כיון דהוא לנתק הלאו שלא יעבור למה לא נחתינן לנכסי'ו וצריך לומר כיון דמדעתו יהיב לי' רק התורה חייבתו בוחי אחיך ומה"ט קנה גוף הדבר לכך לא נחתינן לנכסי'ו רק כופין הגוף לקיים העשה] ול"ש לומר דנפקע השעבוד מ"מ י"ל

כיון דכבר הי' רמיא עליו חיוב הגוף להחזיר בחייו הוי כמו תשלומין ואינו לוקה ומשלם לכך לא משכחת מלקות בגזל וריבית:

וראיתי בס' קדושת יו"ט ממהרי"ט אלגזי שעמד ג"כ על חקירה הזאת אם חייב להחזיר לבניו וכתב שלא מצא גלוי לזה בדברי הפוסקים ושוב הביא ראיה מש"ס דתמורה דלא מצא הש"ס נ"מ בין אביי לרבא בריבית קצוצה משום דגם לאביי יוצאה בדיינים והיה להש"ס למימר דנ"מ אם חייב להחזיר לבניו דלרבא דאי עביד ל"מ אף דקרא וחי אחיך בא ללמד דחייב להחזיר להלוה ולבניו לא גלי קרא מ"מ מסברא י"ל דלא מהני אבל לאביי דהסברא הוא דמהני אינו חייב להחזיר לבניו דכל מאי דאפשר לומר דאהנו מעשיו אמרינן אלא ודאי דאביי נמי מודה בזה דילפינן מביניא דגזל ואונאה דאף לבניו של לוה חייב להחזיר ולענ"ד אין ראי' זאת מכרעת דהא מזה עצמו דגלי רחמנא וחי אחיך עמך למדו הראשונים הרמב"ן והריטב"א דקנה גוף הדבר במשיכתו וא"ח להחזיר וליכא שעבוד דלוה עליו רק מצד מצוה לקיים וחי אחיך עמך אף משלך מה שכבר קנה ובמח"א שם האריך להקשות ע"ז דלליישנא בתרא בתמורה שם משמע דלרבא דאי עביד ל"מ מה"ט ריבית קצוצה יוצאה בדיינים וקרא דוחי אחיך כדי דלא ליליקי ולפטור הבנים. אולם סברת הראשונים ברורה דמזה לבד דגלי ורמיא עליו החיוב וחי אחיך גלי דכיון דנתן לו מדעתו אהנו מעשיו וקנה גוף הדבר ורק חיוב מצוה עליו להחיותו בשויו של החפץ דלא תלי חיותו בגוף החפץ שנתן ומזה ידענו דיכין רשע וצדיק ילבש ופטרינהו רחמנא להיורשים וכיון דגלי דאהנו מעשיו ורק חיוב מצוה רמיא עליו להחיותו י"ל שפיר דלבנו אינו חייב להחזיר דחיוב המצוה ליתא בתורת ירושה ומה שהקשה עוד שם המח"א דנימא נ"מ זאת בין אביי לרבא לא קשי' כלל דדעת הרמב"ן והריטב"א דלרבא גלי קרא בריבית דאי עביד מהני כיון דאינו חייב בשעבוד נכסי'ם ולברי' לא אזהיר ממילא מוכח דקנה גוף החפץ דלקח ממנו בריביתא ודברי הראשונים ברורים כשמש בצהרים וכל דקדוקיו של המח"א שם כל מעיין יראה בנקל ליישבם. ומ"ש הרמב"ן במלחמות פא"נ דריבית קצוצה יוצאה בדיינים מדין גזילה קאמרינן דחשיב גזל מדאסריה רחמנא אינו סותר דבריו דהחיוב להחזיר שהוא חייב כמו דחייבתו התורה מצד וחי אחיך הוא כמו גזל אבל מ"מ רק שויו ולא גוף החפץ ועוד הא גם בגזילה גלי רחמנא דאי עביד מהני ועיין מ"מ (פ"א ה"ט) הלכות גזילה לגבי לאו דלא תחמוד דדומה לגזל דמהני כיון דגלי קרא בגזילה דאי עביד מהני וא"כ אף אם הוא דומה לגזל ג"כ אי עביד מהני עכ"פ כיון דגלי דרק מצד חיוב דוחי אחיך חייב להחזיר ואין כאן שעבוד נכסי'ם רק חיוב מצוה ולבריה לא אזהיר שפיר י"ל דאף לרבא אינו חייב להחזיר ליורשי הלוה ומ"ש עוד שם

המח"א להוכיח מלשון הנ"י ריש פ' א"נ שכ' יכין רשע האב שהלוה בריבית ועשה איסור אסור לו להנות באותן מעות של ריבית והבן שהוא צדיק שלא עשה איסו' ילבש מותר להנות באותן המעות של ריבית מדכ' דאסור להנות משמע דחייב לאהדורינהו בעיניה תמהני הא כתב זאת בשם הרשב"א ודעתו דאינו חייב רק לקיים המצוה ואין ב"ד יורדין לנכסי'ו ומבואר דסובר דקנה גוף הדבר והרי הוא שלו וכשמחזיר צריך להקנות מחדש ובודאי הא דכתב דאסור להנות ממנו היינו שלא יתחייב להחזיר ובניו מותרין להנות היינו דאין צריך להחזיר כלל ואולי מ"ש שלא עשה האיסור מותר להנות באותן מעות של ריבית אף דאותן המעות אף אביו קנה ולא הי' חייב להחזיר רק התמורה אולם אתי לאשמועינן דאף אם קבל הבן אחרי מות אביו הריבית שקצב הלוה לאביהן ג"כ א"ח להחזיר וכמו שכ' כן הרמ"ה בש"מ ב"ק (דף קי"ב) כיון דאמר קרא אל תקח מאתו כו' לבריה לא אזהיר רחמנא שמעינן דא"נ שקל בניה ריביתא דהוה ליה לאבוהון גבי לוה ושקלי אינהו בתר מיתת אביהן מדעתיה דלוה לא מחייבי לאהדורי דהא קרא בשעת לקיחה קאי וקאמר עלה דלבריה לא אזהיר רחמנא באל תקח ואולי י"ל דזה כונת הנ"י דהבן מותר להנות באותן מעות של ריבית היינו אף לכתחילה ליקח אותן המעות כיון דאינו עושה איסור:

אולם כנראה הרשב"א ב"ק שם חולק ע"ד הרמ"ה בזה דהא כתב שם דבגזילה נמי נימא והשיב את הגזילה אשר גזל לבריה לא אזהיר וכ' דאסי'פא דקרא סמך דכתיב וחי אחיך דמניה דרשינן אהדר ליה כי היכא דניחי בהדך וכיון דמדעתו יהיב לא אזהר אלא להך דשקלי' דניחי בהדיה אבל לבריה דלא שקל ליה מניה לא אזהר טפי מכל חד מישראל דליחין לי' עכ"ל מדייק דוקא לבריה דלא שקיל מני' לא אזהר אבל אם שקל אזהר ליה רחמנא גם נראה דלכתחלה עכ"פ אסור לו ליקח הריבית שקצץ לאביו כי היכא דלא יעבור אביו על לאו דלא תשימון דאם בא לידי גביה בסוף עובר למפרע אביהם ואף דלא בא לידי גביה בסי'בתו לרשות מ"מ כיון דבסי'בת הלואתו וקציצתו בא לידי גביה ליד יורשיו י"ל דנגמר האיסור למפרע ומה"ט נראה אף אם כבר גבה אביהן החוב בחיו ולא קבל עדיין הריבית ומת והלוה יהיב מדעתיה ליורשיו ג"כ לכתחילה אסור ליורשיו לקבל אף דהיה מקום לומר דבזה אף הרשב"א מודה כיון דאביהן לא הוריש להן החוב הזה דכבר פקע חיובו של הלוה מטעם דנתייאש מכח דאסור לו לקבל וכמו שכתב המהרי"ט (סי'' מ') דנפקע מטעם זה חיובא דריבית ועיין מה שכתבתי בדברי חיים יו"ד (סי'' ל"ד) בזה בהגהותי שם וא"כ נימא מה שהלוה נותן הריבית שעבר הוי כמו שנותן לאיש זר מתנה מ"מ י"ל כיון דעי"ז יעבור אביהן למפרע על לא תשימון אסור להם לקבל

שוב ראיתי בספר קדושת יו"ט שם דמסתפק בשיטת רמ"ה אם רשאים לקבל מן הלוה לכתחלה ושוב פשיטא ליה דלכתחלה אסור עי"ש אולם באמת י"ל דדוקא אם עדיין נשאר החוב אצל הלוה והיורשים ירשו חוב זה בזה י"ל שפיר דאף הריבית על זמן שעבר בחיי אביהן אסור להן לקבל כיון דעכ"פ כרעא דאבוהון הן בחוב זה אבל אם כבר פרע הלוה הקרן ולא נשאר רק חוב ריבית כיון דאין ליורשין שום שייכות בחוב זה ולא ירשו כלל בזה הוו כמו זר ואיש אחר והוי כנותן הלוה מתנה מדעתו אולם למ"ש י"ל דאסור עכ"פ שלא יגמור הלאו אצל הלוה וצ"ע עדיין בזה יהיה איך שיהיה אין מדברי הנ"י ראיה להיפך מדברי הרמב"ן והריטב"א דסברי דמה שקבל קנה במשיכה ובזה אי עביד מהני דגלי קרא דאינו חייב להחזיר רק מטעם וחי אחיך עמך ולבריה לא אזהיר ע"כ דקנה וסגי בהחזרת התמורה וגם שצריך הקנאה ממנו להלוה אם מחזיר לו אף גוף הדבר שקבל ועיין ריטב"א קידושין (דף ו') ובנתיבות המשפט (סי' ר"ח) וא"כ יש מקום לומר דאינו חייב להחזיר רק ללוה עצמו ולא לבניו וכדעת הדגול מרבבה ובדברי המח"א הנז' הארכתי עוד במ"א ויבואר אי"ה בסי' שאחר זה:

ודע דדברי המהרי"ט ביו"ד (סי' מ') שכתב דריבית חיובו ברור ומדעתו נתחייב וכיון שנתחייב לו בקנין ובשעבוד נכסי' מההיא שעתא קם לי' ברשותו דמלוה דאדם מתחייב בדבר שא"ח אלא איסור הריבית דל"מ למגבי מניה דב"ד לא מזדקיק ליה דלא שבקינן דנספי איסורא רק הלוה זכה מה שבידו מטעם הפקר נראה דאף בלא קנין אם בשעת הלואה קוצץ לו בעד שכר מעותיו הוי כמו שכירות דא"צ קנין ובההיא הנאה דמלוה לו יכול לחייב א"ע וכן מוכח מדברי רש"י קידושין (דף ו') שכתב ועוד היינו מלוה שאף הזוז הזה כבר מחוייבת ועומדת והיינו אף בלא קנין אם אזקפה ואמר ליה ד' בה' וכן בארוח זמן וקצץ מהני החיוב בההיא הנאה רק דאסור ליקח ולגבות מטעם איסור תורה ובמקום דליכא איסור חל החיוב ועיין ש"ע ח"מ (סי' ק"ד סט"ו) וברמ"א (סי' ס"ו סל"ב) דבעכו"מ הוי ריבית חוב גמור. ועיין ש"ך (סע"ב ס"ק קס"ב) ובתומים שם שדבריו מוקשים ויבואר אי"ה במ"א ותמהני על הגאון בעל חק"ל יו"ד (ח"ב סי' י"ג) שכתב על קושית האחרונים בש"ס ערכין (דכ"ב) אי בבע"ח ישראל אי דקאכיל ריבית מי שבקינן ליה ולישני שלוה אביהם ממעות עניים וכתב אף דמיעט הכתוב הקדש גבוה או עניים אהני לן דלא הוי איסור ריבית וגזל ואי שקל לא מפקינן מניה ואף לכתחילה מצי הלוה לתת ברצונו אבל במאי קנה ההקדש ריבית זה להוציא בדיינים דאין כאן אלא דברים ואף בשטר אין מטלטלין נקנין בשטר ואף אי קנו מניה נחלקו הפוסקים בקנין חתן דהוי קנין דברים ואף להסוברים דלא הוי קנין דברים היינו במתחייב ליתן משום מתנה אבל

משום ריבית הא דגמר ליתן דגזל הוי ואין לגזל קנין עי"ש עוד באורך והדברים נפלאים הא ריבית לולא דאסרה התורה הוי חיוב גמור חלף אגר נטר וכמו שכ' רש"י והוא מטעם שכירות וכמ"ש מהרי"ט דעכ"פ בקנין נתחייב וממילא במקום דליכא איסור חייב מטעם שכירות דמה לי אם משכיר לו כלי או ממון ולכך איצטריך לאו בריבית משום דמדעתו יהיב ליה והיינו אף להתחייב היה מהני ע"פ דין אי לאו דאסר' תורה וא"כ בהקדש או ממון עניים שאין להם בעלים ידועים אם ליכא איסור מהני החיוב וז"פ:

ג

וע"ד אשר דרש בהא דמבואר ביו"ד (סי'' קע"ג ס"ג) במכר לו סחורה בי"ב ע"מ לפרוע לאח"ז דרשאי לומר תפרע לי מיד ולא אקח ממך אלא עשרה וכ' הרמ"א דדוקא אם כבר נגמר המקח בי"ב וזכה בו הלוקח כבר אבל קודם שנגמר המקח אם אמר לו תפרע לי עכשיו יו"ד אם לא ירצה הלוקח ליתן מיד שוב אסור ליקח אח"ז י"ב אם הוא דוקא אם החפץ שוה עכשיו יו"ד אבל אם החפץ שוה עכשיו י"ב והמוכר רוצה להוזיל אם יתן לו עכשיו אז אם אין הלוקח רוצה ליתן עכשיו יו"ד רשאי ליקח אח"ז י"ב. הנה בספר תפארת למשה כתב לאסור אף בכה"ג כיון דהמוכר גמר בדעתו למכור בעד מזומן עכשיו ביו"ד אף דשוה י"ב אסור לו ליקח אח"כ י"ב. אולם בס' מחנה אפרים דיני ריבית (סי'' ל"א) כתב בפשיטות דאין מרבין על המכר אירי באינו שוה כל כך כדמוכח מדברי רמב"ם (רפ"ח) דאי בדשוה י"ב כי נמי התנה וא"ל אם מעכשיו ביו"ד ואם לאח"ז בי"ב מה בכך הא ליכא אגר נטר ואף דנתרצה ואמר לו אם מעכשיו ביו"ד לא מצינו אבק ריבית בשוה בשוה עי"ש דמדקדק ממה שכתב הרמב"ם כשיתבענו בדין א"ח ליתן אלא מה שהי' שוה בשעת המכר דאם היה שוה י"ב נוטל י"ב ובמל"מ שם כתב דלא בא הרמב"ם למעט זה דכיון דפירש הוה לי' אותו התוספות ריבית רק בא למעט דאם הי' שוה פחו' ממה שאמר אם יתן עכשיו דא"ח ליתן יותר.

וראיתי הדברים מבוארים ברמב"ן מלחמת ה' פ' איזהו נשך סוגי' דטרשה (דף ס"ה) וז"ל ועוד מתני' מילתא פסי'קא נקיט אפי' שוה השתא נמי י"ב נמי אסור ובין ברישא (מרבין על השכר) ובין בסי'פא (היינו אין מרבין על המכר) מילתא פסי'קא תנן בין דשוייא דמיו דקצץ השתא בין דשויי' דמיו דקצץ דלקמי' רישא לעולם מותר סי'פא לעולם אסור עכ"ל הרי מבואר כדעת המל"מ ותפארת למשה. ועיין עוד שם היטב במח"א וברמב"ן מלחמות ה' הנז' ותמצא כמה דברים לנגדו ומאפס הפנאי קצרתי:

ד

ואשר רצה לדעת בהא דפוסקין על השער אם לדעת הרמב"ם המובא בטור יו"ד (סי'' קס"ב) בהלואת סאה בסאה דאסור בקביעת זמן אם גם בזה אסור והנה ברמ"א שם (ס"ג) דבהותנה בפי' עד שעת היוקר אסור לכ"ע ובש"ך שם דלאו דוקא עד שעת היוקר רק כשהותנה שלא יוכל לסלקו עד זמן פלוני אסור ועיין מהרי"ט ח"ב (סי'' ס') כתב כן בדעת הרמב"ם דע"כ איירי בהותנה שלא יוכל לסלקו טרם הזמן וכ' שם להוכיח מלשון הרמב"ם דדוקא בהלואה אסור ולא במכר ביצא השער והביא ראי' מבעה"ת מדכתב והיכא דבא ללות סאה בסאה לא תמצא שיהי' מותר לדעת כולם רק על שני דרכים אחד שהלוה בלא קביעות זמן כו' ומדקאמר דרך הלואה אי אתה מוצא מכלל דרך מו"מ אתה מוצא עי"ש במהרי"ט בסוף התשובה אולם הדברים נפלאים הא מבואר בבעה"ת (שער מ"ו ח"ד סי'' נ"ג) בפוסק על הפירות ביצא השער לדעת הרמב"ם אינו מותר בקביעות זמן יעו"ש אכן בשיטה מקובצת סוף פ' איזהו נשך גבי לוין סתם מבואר שם בדעת הרמב"ם כדעת המהרי"ט ועיין תוס' ב"מ (דף ס"ד) ד"ה האי דכתבו כיון דאינו על דבר מבורר לא שייך קבלת אחריות וכן בפוסק על שער הגבוה ועי"ש בנ"י הטעם כיון דאינו על דבר מבורר ולעולם החיוב ליתן פירות ל"ח על קרוב לשכר כיון דמעולם הוא דרך מכר משא"כ בחביתא דחמרא שהוא על אותו חבית ואם נשבר החבית החיוב דמים הוי ריבית ולכאורה א"כ רבנן דיהבי זוזי אחמרא שמה ל"ה על דבר מבורר ואעפ"כ קאמר בש"ס רק הטעם משום דמעיקרא חלא חלא הא בלא"ה הוי אסור וי"ל דשם ג"כ עיקר המכר היה ממה שיש אצלם ועי"ש בתוספות בסוף דבריהם:

ובדברי הנ"י הנז' יש ליישב דעת המהרי"ט (ח"א סי'' פ') בשאלה דצמר אשר תמה עליו המל"מ דשם בנידון דמהרי"ט היה המכירה בדבר ידוע והוי כנידון דחביתא דחמרא אולם בש"מ ב"מ (דע"ג ע"ב) הביא משם הרבה פוסקים ראשונים לתרץ דרבנן דיהבי זוזי אחמר' היה שלא יוכלו המוכרים לפרוע טרם שיבא הזמן לכך סברי לאיסור אי לאו מטעם דמעיקרא חלא משא"כ בפוסק על פירות שיכול לסלקו בכל עת שירצה המכר נגמר וברשות לוקח נתייקר משא"כ שם המכר אינו נגמר עד טבת ולפ"ז אף דבהלואת סאה בסאה לא בעינן דלא יהי' קביעת זמן מ"מ י"ל במכר גרע דאל"כ הוי באחריות וצ"ע עוד ועי' ג"ת שם שוב ראיתי תשובת רבינו עקיבא איגר זצ"ל (סי'' נ"ב) שכתב במכר עורות שאינו מחוייב לקבלם רק בעיר שדר בו המקבל הוי כקוצב לו זמן דאסור בסאה בסאה באין לו די"ל דוקא בהלואה אבל בפסי'קא י"ל דקיל מניה ולא נזכר דין זה לענין פסי'קא (סי'' קע"ה) ומהתימא עליו שלא הביא דברי בעה"ת ומהרי"ט הנז' וש"מ סוף פ'

א"נ ועוד יש לעיין שמה בכמה דברים ומרוב טרדתי כעת ההכרח אלצני לקצר הפעם ידידו ומוקירו מאיר אוייערבאך:

סימן ג

נשאלתי מאת כבוד ידידי הרב המאה"ג חריף ובקי אוצר בלום המפורסם בתורה כקש"ת מוהר"ר ברוך צבי נ"י בהיותו רב בק"ק ראדזמין ואח"כ הי' אב"ד דק' וועגרוב וכעת הוא הגאב"ד דק"ק פיעטרקאוו יע"א בנידון אם אחד קנה מטלטלין בקנין כסף וגם עשו ת"כ בפירוש לקיים המקח ונתן דמיו ואח"כ רצה הלוקח לחזור מן המקח אם המוכר מחוייב להחזיר להלוקח דמיו שקבל אחר שרוצה הלוקח לקבל עליו מי שפרע די"ל אף דשבועה אינו עושה קנין מ"מ כיון שהמוכר הוא מוחזק אין ב"ד נזקקין להוציא מידו והאריך בפלפולו הנעים בדברים נכונים ויען כי הדברים מסתעפים לענינים שדברתי בס' הקדום ע"כ אעתיק תשובתי כאן:

תשובה.

א

הנה כל יקר ראתה עיניו הטהורים מה שיש לצדד בזה וכבר עמדתי ת"ל ברוב פרטי הדברים כאשר המה בכתובים תחת ידי מכבר ומהם רמזתי קצת בהגהותי לספר דברי חיים מאאמ"ו ז"ל כאשר יחזו עיניו חיו"ד (סי'' מ"ח) ועוד בשאר מקומות וכעת אבא על סדר מעכ"ת נ"י. מ"ש מדברי הר"ן מס' שבועות סוגיא דמלוה על המשכון שכ' דאין ב"ד נזקקין להלוה לשלם כ"ז שהלוה עובר על לא תחמוד א"כ בנידון דידן נמי אין הב"ד נזקקין להוציא המעות מן המוכר כדי שלא יעבור הלוקח על השבועה ושוב כתב די"ל דהר"ן לשיטתו דסובר דאף למ"ד שעבודא לאו דאורייתא מ"מ יורדין לנכסי'ו בתורת כפיה דעד שאתה כופהו בגופו כפהו בממונו לכן גם בזה אין הב"ד מחייבים לשלם מטעם כפיה שלא יעבור על לא תחמוד אבל לדקי"ל דאין ב"ד יורדין לנכסי'ו אפשר דבכה"ג מוציאין דעכ"פ אצלו הוא בגזל והביא דברי הנתיבות (סי'' ק"ז) שכ' מדינא דגמרא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי אף דמוטל על היתומים לפרוע חוב אביהן חיובא דגופא הוא דאיכא אבל אם תפסן הבע"ח הן גזל בידו ואף אם רצו הב"ד אין יכולין להגבותן למלוה שיהיו שלו רק לכוף עד שיאמר רוצה אני ואם תפס מוציאין כדי שלא יעבור על לא תגזל עכ"ד מ"ש מעכ"ת דקיי"ל דאין יורדין לנכסי'ו לא ידעתי מניין לו זה דלא קי"ל בזה כהרמב"ן סוף ב"ב והריטב"א קידושין (דף י"ג) והר"ן דאף אם שעבודא לאו דאורייתא מ"מ מטעם מצוה נחתינן לנכסי'ו ואף דלגבי ריבית קצוצה דקי"ל דיוצא

בדיינים ומ"מ לא נחתינן לנכסי'ו כבר עמד ע"ז המחנה אפרים הלכות ריבית (סי'' א). אולם הברור דשאני התם כיון דגלי קרא וחי אחיך עמך ודרשינן אהדר ליה כי היכי דניחי ולדידיה אזהיר ולא לבריה חזינן דהתורה לא הטילה עליו רק חיוב מצוה וכשמת ולא קיים המצוה ליכא עליו תביעת ממון לכן בכה"ג אין כופין לירד לנכסי'ו:

ב

ומאמת בלבוש יו"ד (סי'' קס"א) נראה מדבריו דאף בריבית נחתינן לנכסי'ו כשהוא בפנינו דז"ל הא דריבית דאורייתא יוצאת בדיינין היינו שכופין ומכין אותו עד שתצא נפשו עד שיקיים מ"ע דוחי אחיך עמך אבל אין ב"ד יורדין לנכסי'ו להגבותו ללוה אם אינו בפננו דבזה אינו מתקיים וחי אחיך כיון דאין כאן הוא בעצמו לכופו לקיים העשה עכ"ל. נראה מדבריו דהאי דכתב הרשב"א דלא נחתינן לנכסי'ו הוא רק באם אינו בפננו אבל אם הוא בפננו נחתינן ודומה ממש לצדקה המבואר (סי'' רמ"ח) דאם הוא בפננו נחתינן לנכסי'ו וע' קצוה"ח (סי'' ר"צ) מה שהשיג שם על הב"ח והש"ך.

אולם מדברי הנ"י ב"מ פ' א"נ שהביא דברי הרשב"א משמע דאף כשהמלוה בפנינו לא נחתינן לנכסי'ו וכן בש"ע דבהלכות צדקה כ' דנחתינן בפניו ובהלכות ריבית סתם משמע דלעולם לא נחתינן והיינו כיון דמדכ' וחי אחיך עמך מזה ידענו דלבריה לא אזהיר רחמנא מזה מוכח דהתורה הקנתה להמלוה גוף הריבית דאל"כ מאין יזכו בהם היורשים אלא ודאי דנקנה לו. ועיין מח"א דיני ריבית (סי'' ב') שהאריך להשיג על הריטב"א שהוכיח ממה דמבואר בש"ס ב"מ (דף ס"ה) דלא צריך להחזיר גלימא שקבל המלוה מן הלוה על ריבית ע"כ דהריבית קנה המלוה רק שחיוב מצוה על הלוה לכן א"צ להחזיר גוף החפץ והמח"א כתב הטעם דשם הטעם משום דעכ"פ מכר לו הגלימא בעד דמי הריבית ואף דבאמת אינו חייב לו מ"מ המכירה קיימת ואין לו ללוה על המלוה רק תביעת ממון והוכיח כן מש"ס דתמורה בלישנא בתרא דאביי ורבא פליגי אי עביד מהני או לא מהני דאי ל"מ ריבית קצוצה יוצאה בדיינים ואי מהני אינה יוצאה בדיינים משמע דמהך טעמא יוצאה בדיינים ממילא צריך להחזיר גוף החפץ שקבל כיון דעביד לא מהני וקרא דוחי אחיך אתי שלא ללקות ולפטור את הבנים ועוד הא פריך הש"ס והא אביי נמי סבר יוצאה בדיינים ואמאי לא אמרינן דפליגי דלאביי קנה המלוה חפצא ואינו חייב רק להחזיר הדמים משום וחי אחיך עמך ולרבא דל"מ לא קנה וצריך להחזיר גוף החפץ אלא ודאי דגם לרבא וגם לאביי אם ריבית קצוצה יוצאה בדיינים לא קנה כלום יעו"ש וכל דבריו תמוהין כיון דרבא סובר הדרש של וחי אחיך עמך אהדר ליה כי היכי דניחי גלי לן קרא דלבריה לא אזהר ע"כ ממילא מוכח דקנה גוף הדבר דאל"כ איך לא יהיו בניו

מחוייבים להחזיר דכיון שאביהם לא קנה הם לא ירשו כלום ועיין מל"מ הלכות מלוה ולוה (פ"ד ה"א) בזה א"כ ע"כ דגם לרבא גלי לן הקרא דקנה גוף הדבר רק אביי הי' ס"ד דסובר דאינה יוצאה בדיינים דאי עביד מהני משום דלא ס"ל הדרש של וחי אחיך עמך לענין זה אבל רבא ע"כ אף דסובר אי עביד ל"מ גלי לן קרא דבריבית מהני וקנה גוף הדבר וכל דברי המח"א שם תמוהין מאד [ועיין מ"ש לעיל (ס"ב)]:

ג

גם בגוף הדין שדן המח"א והמ"ל שם באם מוכר לחבירו בד' דינרין שסובר המוכר שחייב ללוקח חוב זה ומכר לו בעד חובו החפץ ואשתכח אח"כ דלא הי' חייב לו כלל דהמקח קיים ואין הלוקח חייב רק להחזיר לו דמיו כמו בגלימא דריבית: שמעתי מפי אאמ"ו הגאון ז"ל להוכיח מדברי התוס' ב"ק (דף ע') דלא כן הוא רק צריך להחזיר בכה"ג גוף החפץ מדכתבו שם ללישנא קמא דנהרדעי דלא כתבינן אורכתא יקשה מתני' דבכורות דבפדיון בכור ליכא לאוקמי כמ"ד פודין בקרקעות דהא קתני בהא מתני' יע"ש ולמה להו לזה לו יהא דאיירי שפדה בקרקע הא מ"מ כיון דסובר שחייב ליתן לכהן ה' סלעים ונתן לו בעד הה' סלעים קרקע קנה הכהן גוף הקרקע ואף דנתברר דהי' בטעות דאינו חייב מ"מ אין הכהן מחוייב להחזיר רק דמי הקרקע והוי הלואה ולא כתבינן אורכתא אלא ודאי דהתוס' סברי כיון דאשתכח דהי' בטעות ולא היה חייב לו הה' סלעים חייב להחזיר לו גוף הקרקע והא דבריבית אינו חייב להחזיר הגלימא הוא משום דגלי לן קרא דקנה גוף הדבר וא"ח רק לקיים מצות עשה דוחי אחיך והא לברי' לא אזהיר רחמנא [ובס' דברי חיים יו"ד (סי'' ל"ד) בהגהותי שם כתבתי לדון דכיון דחיובו של ריבית שנתחייב נפקע מטעם יאוש הואיל דאסור לו ליקח וכמו שהבאתי שם מדברי המהרי"ט א"כ כיון דבכ"ז נתקיים המקח שקנה הגלימא ממילא בנותן חפץ תמורת חוב שנתחייב לו בטעות אף שנתברר אח"כ הטעות קנה גוף החפץ. אולם י"ל דשאני ריבית דגלי לן קרא ואין למילף משם למקום אחר דחידוש הוא דאף בלוה אסרה התורה כמבואר ריש פ' איזהו נשך וא"ל דחומרא הוא דלא ילפינן ממה שהוא חידוש אבל קולא ילפינן זה אינו דכבר כתבו התוס' מ"ק (דף ח') דמה שיש חומרא בחידוש אין ללמוד ממנו קולא עי"ש והכי נמי דריבית חידוש הוא דאף ללוה אסרה התורה ואף דיהיב מדעתיה והחידוש הוא חומרא לא ילפינן מניה קולא דנאמר כמו דשם נתקיים הקנין כן בכל טעות וי"ל כיון דנתברר דאין כאן חוב לא נתקיים כלל המקח וחייב להחזיר גוף הדבר.

ומה שהוציא שם המח"א דדעת הריטב"א דאף שעדיין לא בא לידו זוזי דריביתא דקנאו לא ידעתי מה ראה על ככה ולא יש בריטב"א קידושין מזה שום רמז דבר דיכול לקדש

כשלא בא ליד המלוה רק כשכבר בא לידו קנאו וגם מ"ש שם סוף הסי'מן ונראה מהאמור דאם הלוה לחבירו על משכון שידור בביתו חנם או שישתמש במשכנה לדעת הרשב"א והריטב"א התנאי קיים והרי החצר קנוי למלוה לדור בו ואע"פ שהתנה באיסור וכמו שכתב הרשב"א בתשובה בח"א (סי'' של"ב) עיינתי בדברי הרשב"א שם ולא ראיתי דנתקיים התנאי אם לא בא לידו ולא דר בו עדיין דשם קאי בהשכין אצל חבירו ספרים ולמד בהם ונאנסו אח"כ ודן הרשב"א אם הוי כשואל לחייבו באונסי'ן (וזה דלא כתשובת הר"ן המובא בש"ך ח"מ (סי'' ע"ב) דשואל ספר א"ח באונסי'ן) וכתב הרשב"א כיון שהלוה מעותיו אין כל הנאה שלו וכתב ובר מן דין אם התנה להשתמש בשכר מעותיו אע"פ שריבית קצוצה הוא תנאם תנאי לענין זה והוי כשוכר ולא הוי כדברים בטלים וכאילו לא הותנה והביא ראיה מהך דגלימא פ' א"נ דלא מפקינן מניה ולא אמרינן דאין מקחן מקח אלא דברים בטלים אלא המקח קיים אע"פ שנעשה באיסור ואין האיסור מבטל המקח והיינו כיון שכבר השתמש וברשות השתמש לא אמרינן דהוי כשואל שלא מדעת דכמו דאינו חייב להחזיר החפץ אף אם הוא בעין מצד שכבר קנה ה"נ מה שהשתמש קנה ברשות והקנין מועיל וממילא אינו חייב באונסי'ן אבל בהלוה ע"מ שידור בביתו חנם ולא דר בו עדיין נתבטל הקנין אם לא עשה בהחצר שום קנין רק עבור תנאי זה שהלוהו ודאי דזה אינו עושה קנין והוי כמתנה על מה שכתוב בתורה וכונת הרשב"א רק לסלק טענתו של הלוה שיהי' כשואל או כשואל שלא מדעת ע"ז דן דנגמר שזכה בתורת קנין ובאמת צריך להחזיר לו שווי השימוש ובדירה בכה"ג אם התנה שידור בחנם ודר בו כבר ליכא נ"מ רק שיחזיר דמי השווי אבל מה שדן המח"א לומר דתנאי קיים והחצר קנוי למלוה לדור בו אף בטרם שעשה בו קנין אחר זה אינו מובן כלל מדברי הרשב"א ובודאי בטרם שזכה בו המלוה נתבטל הקנין לכ"ע ועי' בחות דעת (סי'' קס"א ס"ק י'). שוב ראיתי בספר שרשי הים ח"ב שהסכים דמדברי הרשב"א נרא' דאף אם לא בא לידו מלוה קנאו וכנרא' שלא עיין אז בדברי הרשב"א עצמו וחשב שכן מבואר ברשב"א שהחצר קנוי למלוה לדור בו וזה לא נאמר שם כלל דברים האלה רק המח"א דן מדבריו כן אבל דבריו צ"ע וכמו שכתבתי ואף בריבית שקבלו היתומים לאחר מות אביהן מזמן שעבר בחיי אביהן דעת הרשב"א מס' בבא קמ' דחייבים להחזיר מדכתב לא אזהיר רחמנא אלא להאי דשקליה ולבריה דלא שקליה לא אזהיר טפי והטעם כמ"ש דכבר נפקע החיוב שהתחייב לאביהן ק"ו דקנין לא מהני כ"ז שלא זכה ובא לידיו ויש לומר דאם נתן להיורשים גלימא בשביל ריבית שעבר שלא התחייב רק לאביהם דצריכין להחזיר הגלימא דהוי קנין בטעות וזה דומה לאם טעה וסבר שחייב לו ממון

ונתן לו חפץ בעד החוב ואח"כ נתברר דהיה בטעות דהקנין נתבטל וחייב להחזיר גוף החפץ אך מ"מ י"ל דבזה ג"כ אם שקליה אין הבנים חייבים להחזיר דרק למי דשקליה אזהר א"כ גלי קרא דחל הקנין. אבל כל זמן שלא זכה גם הרשב"א והריטב"א מודים דהקנין נתבטל ולא זכה בהבית לדור ודלא כנראה מדברי המחנה אפרים] עכ"פ עיקר סברת הראשונים דל"נ לנכסי'ו משום דליכא אף שעבוד הגוף מגזירת הכתוב ועוד ראיה לזה ממה שכתבו התוס' קידושין) דף י"ג) דבפדיון הבן ושאר ענינים מה שמצד הסברא החיצונה אינו מחוייב רק מדכתיב בתורה הוי מלוה הכתובה בתורה וככתובה בשטר דמי א"כ ריבית דג"כ מצד הסברא החיצונה אינו מחוייב להחזיר רק מצד חיוב התורה נימא דהוי ככתובה בשטר אלא ודאי כיון דגלי לן קרא דלבריה לא אזהר ולא חייבו התורה להחזיר ע"כ דאביהן קנה ואין עליו רק חיוב עשה דוחי אחיך עמך:

ד

וראיתי בקונטרס שער דעה שבס' שער משפט (סי'' קס"א סק"ד) שכ' לדון דהיכא דהלוה עמד בדין את המלוה וחייבו ב"ד להמלוה להחזיר הריבית הו"ל הריבית כשאר חוב וגם הבנים חייבים להחזיר עי"ש ומאד תמהני מה ראה על ככה לומר כן הא להדיא מבואר בנ"י דמה"ט לא נחתינן לנכסי'ו כיון דלבריה לא אזהר ואם כשעמד בדין הו"ל כשאר חוב היכא משכחת לומר דלא נחתינן לנכסי'ו הא אחר שעמד בדין גם היורשין חייבין כשאר חוב לדבריו וקודם העמדה בדין אף בחוב לא שייך למיחת לנכסי'ו אלא ודאי דאף אחר העמדה בדין אין הבנים חייבים לכך לא נחתינן לנכסי'ו וכל ראיותיו שם תמוהין ומ"ש ודוחק לומר הוא מערכה נגד הדרוש שכתב כיון שכופין עד שתצא נפשו עמד בדין ונתחייב הוי לי' כשאר חוב והבנים חייבים לשלם ובנ"י ובראשונים מבואר דמה"ט דבנים פטורים לכך לא נחתינן לנכסי'ו לכן דבריו המה נפלאים ואף אם תפס הלוה מן המלוה דמי הריבית אינו קונה גוף הדבר כ"ז שאין המלוה מקנה לו וכמ"ש הנתיבות (סי'' ק"ז) דמה"ט ל"מ תפיסה במטלטלין דיתמי כיון דליכא עליהם רק מצוה לא נקנה לו להתופס וממילא איך יהי' הב"ד יכולין למיחת לנכסי'ו ולתת להלוה דמי יקנה לו והפקר ב"ד לא מצינו בזה משא"כ במלוה אף אם שעבודא לאו דאורייתא מ"מ שפיר כתב הרמב"ן דנחתינן לנכסי'ו כיון דאם תפיס המלוה לא מפקינן מני' שהרי הלוהו שיפרענו וגופו נשתעבד לו לשלם:

ה

וביותר יש לומר דהא בלא"ה דברי הש"ס כתובות (דף פ"ו) צריך ביאור דשאל ר"כ לר"פ לדידך דאמרת פריעת בע"ח מצוה אמר לא ניחא לי דאעביד מצוה מאי ופי' רש"י פריעת

בע"ח מצוה מטעם הן שלך יהי' צדק כדי לאמת דבריו והרמב"ן כ' מדכתיב והאיש אשר אתה נושה בו וקשה הא בלא"ה כל לוה אם לא משלם הוי כגזלן ועיין רש"י גיטין (דף ל"ו ע"ב) ד"ה ואמרו רבנן דתשמט ונמצא הלוה גזלן על פיהם (ויש לדקדק הא להדיא כתב רש"י ריש סנהדרין לוה ולא שלם לא מקרי גזלן דמלוה להוצאה נתנה וכן בתירוץ הש"ס גיטין שם שוא"ת כתב רש"י באמת דליכא רק מצוה ועיין ספר יראים (סי' רע"ח) שכתב וז"ל וחוב שעבר שביעית אין הלוה רשאי לעכבו אלא ע"פ המלוה שכ"ז שלא השמיטו המלוה חייב לפרוע אלא לוה יזמין למלוה לדין שישמיט חובו וב"ד יחייבו למלוה שיאמר משמט אני כו' ואם אינו רוצה המלוה לומר יכופו אותו שיאמר דתניא בפ' הכותב על פריעת בע"ח דמצוה מדרבנן מכין אותו עד שתצא נפשו עכ"ל משמע דסובר דפריעת בע"ח לא הוי רק מצוה מדרבנן וקשה א"כ מאי פריך הש"ס גיטין שם מי איכא מידי כיון דרבנן תיקנו שהמלוה יאמר משמט אני כו' ואם אינו רוצה כייפינן ליה והוי ככל מצות דרבנן גם מתירוץ הש"ס דשוא"ת הוא משמע דאין הלוה חייב לפרוע אף כשאין המלוה אומר משמט אני וי"ל כוונתו דמצוה דרבנן היינו מצות שמיטה אבל פריעת בעל חוב הוי מצוה מה"ת וראיתי במרדכי פ' הכותב (סי' רכ"ב) שכ' תימה דאדרבא מחוייב הוא שלא לגזול לחבירו וכייפינן ליה מדכתיב בחוץ תעמוד וכתב ופי' ר"ח וכן הרא"מ דאירי ביתומים דמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן עי"ש ולפ"ז אתי שפיר דברי ס' היראים שהוכיח דאף על מצוה דרבנן כייפינן לי' דלדידיה הסוגיא דכתובות איירי ביתומים וברדב"ז (ח"ב סי' תר"י) כתב דפריעת בע"ח הוא מצות עשה מן התורה דכתיב והשיב את הגזילה אשר גזל או את העושק וברמב"ם (פ"ז מהלכות גזילה) כייל הכל וכי היכא דהוי מ"ע להשיב הגזילה ה"ה לכל הנזכר בכתוב והלואה בכלל עי"ש א"כ יקשה ביותר למה כתב רש"י דפריעת בע"ח מצוה מדכתיב הן שלך יהי' צדק והרמב"ן כתב מדכתיב והאיש אשר אתה נושה בו ולדבריהם השאלה הי' על הלוה בעצמו כשאינו רוצה לשלם א"כ כייפינן שלא לעבור על גזל:

1

ונראה דודאי לוה מחוייב לפרוע חובו דאדעת' דהכי הלוהו המלו' וכשאינו פורע לו נעשה לכאורה גזלן למפרע על מעותיו וע"ז לא שאל ר"כ לר"פ דידע דכייפינן ליה כמו בכל לא תעשה שלא יעבור דכייפינן קודם שיעבור למנוע מאיסור והלוה ואינו רוצה לשלם י"ל דנעשה למפרע גזלן כי אדעתא דהכי לא הלוהו ודומה קצת למ"ש הרא"ש סוכה וברש"י קידושין (דף ו' ע"ב) במתנה ע"מ להחזיר כשאינו מחזיר נעשה גזלן למפרע כשאינו רוצה לקיים התנאי כן נמי בהלואה אף כשלא הותנה בדרך תנאי מ"מ אומדנא

דמוכח הוא דע"ד זה הלוהו שישלם לו ואם הי' יודע שלא ירצה אח"כ לשלם לא היה מלוהו ונעשה למפרע כגזלן וכאילו נטל ממונו שלא ברשותו ועיין תוס' כתובות (דף מ"ז) וב"ק (דף ק"ט ע"ב) שהקשה בכל מוכר בהמה ונמצאת טריפ' נימא אדעתא דהכי לא קנה ותירצו דתליא גם בדעת המוכר ועיין במל"מ הלכות זכיה דהלוקח ע"כ נכנס בספק זה מחמת הקפדת המוכר ועיין נתיבות המשפט (סי'' ר"ל) באורך בזה אבל בהלואה ודאי אם הי' הלוה מתנה בפירוש שאם לא ירצה לשלם לו יתבטל ההלואה למפרע היה הלוה מתרצה לזה א"כ הוי אומדנא דמוכח ועיין בס' בית מאיר (סי'' צ') במ"ש על דברי הב"ח והצ"צ בקנה סחורה בהקפה ואח"כ נעש' הלוקח בורח שיש לו מה"ט דין קדימה דהוי אומדנא דמוכח יעוי"ש. ובמ"א כתבתי לדון אם אחד הלוה לחבירו ומת הלוה ועדיין הכסף או הסחורה בעין אף דקי"ל דמלוה ברשות בעלים לאו לחזרה ניתן מ"מ לא נעשה מטלטלין אצל בניו דאומדנא דמוכח הוא דעל דעת זה לא הלוהו ונתבטל ההלואה מעיקרא והוי כאילו נטל שלא מדעת בעלים ויש בזה לדבר טובא אכ"מ ועוד כתבתי במ"א לדון דבאם אין הלוה רוצה לפרוע בשום אופן דיהי' המלוה רשאי לכאורה לילך לביתו לעבוט עבוטו דלאו שם הלואה הוא רק למפרע נעשה כגזלן ועל חיוב גזילה מותר לעבוט עבוטו דכי תשה ברעך משאת מאומה כתיב [ועיין נתיבות המשפט (סי'' צ"ז סק"א) שכתב שכל דבר שלא נקרא הלואה לענין שמיטה וכן הקפת חנות אינו בכלל איסור דלא תבא אל ביתו וכ' דמשום חומר האיסור איננו כותב זה למעשה ותמהני הא מבואר הדבר להדיא בספר יראים (סי'' רע"ג) והביא כן משם הספרי וכן מבואר באמת מדברי הספרי פ' כי תצא ע"ש וצ"ע בדברי תויו"ט (פ"א מ"ג דשקלים) שכתב ואין כאן משום בחוץ תעמוד דהכא מצות גבוה עליו יעי"ש ולהמבואר בספרי הא בלא"ה א"ש דל"ש הלאו דלא תבא אל ביתו בחיוב' דשקלים דלאו הלואה הוא] ואף די"ל דאם מת הלוה לא נתבטל ההלואה אף דהי' ניחא לי' להלוה מ"מ אמרינן דהי' לו להמלוה להתנות שאם ימות יתבטל ההלואה ובפרט דמיתה שכיח כמבואר יו"ד (סי'' רכ"ח) ומדלא הותנה אדעתא דהכי על וכה"ג כתב אאמ"ו ז"ל בספרו דיני קידושין (סי'' ל"ז) מ"מ שלא ירצה לשלם כלל זה ודאי אומדנא דמוכח דאדעתא דהכי לא הלוהו וגם לא שכיח שיתרע חזקתו כל כך ובזה ודאי נראה דנעשה כגזלן למפרע וע"ז לא היה שאלת ר"כ לר"פ רק שאלתו הי' באם רוצה לשלם רק שמדחה את המלוה בלך ושוב ואינו רוצה לשלם כשהגיע הזמן פרעון ע"ז שאל וע"ז אמר דכייפינן ליה ג"כ על מצות עשה ומכין אותו על כל מה שמחוייב לעשות ופירש"י שפיר דהמצוה הוא הן שלך יהי' צדק לאמת דבריו ולקיים הבטחתו לפרוע בזמנו שקצב והרמב"ן כתב דמוכח מקרא מדכתיב והאיש

אשר אתה נושה בו וקרא איירי ע"כ באומר שרוצה לשלם לו אח"כ דאם אינו רוצה לשלם לו כלל ונעשה גזל למפרע ולא קרינן ביה כי תשה ברעך משאת מאומה כמ"ש לעיל וע"כ דאיירי בסתמא שרוצה לשלם רק דמדחה לו מדחי אל דחי ובלא"ה ודאי פשטיה דקרא איירי בכל האופנים אף היכא דמבקש ממנו רק הרחבת הזמן וע"ז אמר קרא שיוציא עבוט החוצה וז"ב לענ"ד:

ז

ובמ"ש יש ליישב מה דקשה קצת בש"ס ריש פ' א"נ דמוקי רבא לאו דגזל על כובש שכר שכיר ולמה לא מוקי רבא הלאו דלא תגזול על לוה ואינו משלם לעבור בלאו אף דהוי אין בו מעשה מ"מ חמור לאו ועי"ש בש"מ דגם כשמוקי בכובש שכר שכיר ג"כ אינו לוקה ועי"ש בתוס' ובמהרש"א ולמ"ש א"ש דאם אינו רוצה לשלם כלל נתבטל שם הלואה מעיקרא והוי כגזל ממש וזה כבר ידענו מריבית ואונאה ואם קאי על אם אינו משלם בזמן שהבטיח בזה גילה לנו רחמנא במה דאסרה לבא לביתו לעבוט עבוטו דע"כ אינו עובר על לאו דאל"כ אמאי לא יכנוס לביתו למנוע ממנו איסור לאו ועיין קצוה"ח ונתיבות (סי' ג) ובמשובב שם דלמנוע חבירו שלא יעבור על לאו לא בעינן דוקא ב"ד רק כל אדם מכה עד שתצא נפשו וכתבתי בזה במ"א בארוכה דמוכח מדברי הישׁ"ש ב"ק (פ"ג סי' ה') דביד כל אדם לכוף לחבירו שלא יעבור על לאו אף בשוא"ת ויבואר אי"ה במ"א. עכ"פ שפיר נחתינן לנכסי'ו לקיים המצוה דפריעת בע"ח מטעם עד שאתה כופהו בגופו כפהו בממונו כי באם יבא ליד המלוה זוכה בו דגופו נשתעבד לשלם כיון שבא ממון חבירו לידו ואם תפיס הלוה ודאי זוכה בו ולא בעינן שיקנה לו הלוה דלכך אשתעבד בשעת הלואה אף אם שעבוד נכסי' לאו דאורייתא מ"מ גופו נשתעבד לשלם ושפיר נחתינן כיון שהב"ד לא יעשו שלא כדין כי כשיבא ליד המלוה יזכה בדין דומה קצת למ"ש הר"ן כתובות (דף פ"ו) בהא דאמרינן לבע"ח יהבינן כיון דמהני תפיסה אין הב"ד עושין שלא כדין באם יתנו לבע"ח כיון שאח"כ יזכה בדין כן בהלואה נמי לכך נחתינן לנכסי'ו וברבית אף דתפיסה מהני כמבואר מש"ע יו"ד (סי' קס"א) די"א דאף בא"ר אם תפיס אין מוציאין מידו וברבית קצוצה לכ"ע מהני תפיסת הלוה כיון דמ"מ אשתעבד גופו לשלם מה שקבל אבל מ"מ כשמת אין היורשים מחוייבים להחזיר וע"כ כיון דיהיב מדעתיה קנה המלוה מה שקבל רק רחמנא חייבו לקיים המצוה אף שלא התחייב א"ע לכך לא נחתינן לנכסי'ו:

ח

והה"ד בנידון דידן אף שנתן ת"כ מ"מ צריך הקנאה אח"כ ע"י משיכה וכ"ז שלא משך לא קנה הלוקח ורק מצוה מצד אחר מוטל עליו לקיים שבועתו לכך לא נחתינן לנכסי'ו וכ"ז שאינו רוצה לא נפקע חיובו מן הממון שקבל. ועיין מ"ש בהגהותי בדברי חיים יו"ד שם בדין אם נשבע ומת אם היורשים יורשים זכותו ועי"ש מ"ש ליישב קושית הקצוה"ח (סי'' פ"ז סל"ד) [ועיין מה שכתבתי לעיל דיני תו"מ (סי'' ד')]:

ומ"ש מעכ"ת נ"י מדברי הר"ן שבועות הר"ן לא כתב רק דאין הב"ד נזקקין לו מצד כפייה שלא יעבור המלוה על לא תחמוד אבל מ"מ אין הלוה נפטר מחיובו וחייב בבא לצאת ידי שמים אף שבאמת המשכון ביד המלוה ועובר בל"ת מ"מ לא נפטר הלוה מחיובו וכ"ז שאין המלוה מוחל לו החוב נשאר בחיובו ומזה באמת עמדתי מכבר על דברי הנתיבות (סי'' ק"ז) שכתב דאם לא תקנו חז"ל דמטלטלין דיתמי משתעבדי אף בתפס מ"מ בגזל הוא ביד המלוה וב"ד מוציאין מידו כ"ז שאין היתומים מתרצים דלכאורה משמע מר"ן הנ"ל דעכ"פ אין הב"ד נזקקין ואולי יש לחלק דעכ"פ מחזיק המשכון על המעות משא"כ בנידון הנתיבות וגם י"ל דשם עובר על לאו דלא תחמוד משא"כ לפרוע חובת אביהן ליכא רק מצות כיבוד אב ול"ה רק מצוה דרבנן. ובצדקה דנחתינן לנכסי' ע"כ כמ"ש הקצוה"ח סל"ט ור"צ) דיש שעבוד הגוף ושעבוד נכסי'. הן אמת שיש לעיין בדבריו במ"ש בנשתטה דלכך יורדין לנכסי'ו הא לו יהא דממונו של אדם נשתעבד לעשות צדקה היינו בן דעת המחוייב במצות חל עליו בכל יום ובכל עת השעבוד לעשות בממונו צדקה אבל בשוטה דלאו בר חיוב במצות הוא ונפקע שעבוד הגוף ממילא אין כאן שעבוד נכסי' וע"כ בשוטה הטעם משום דניחא לי' ועיין מח"א דיני צדקה (סי'' א') ויש לי אריכות דברים בענין זה בדברי הר"ן ורשב"א כתובות (דף מ"ח) ואכ"מ:

ט

ומ"ש הנתיבות (סי'' ר"צ) דצדקה הבא מכח דבור פיו הוי כנדר וליכא שעבוד נכסי' רק חיוב צדקה שבא החיוב עליו שלא מכח דיבור פיו עי"ש מלבד שבנ"י ב"ק פ' שור שנגח מבואר להיפך סותר דברי עצמו שכ' (סי'' פ"ז ס"ק י"ב) דלכך באמירה לעני משביעין אותו דממשכנין על הצדקה עי"ש. ומ"ש בחות דעת (סי'' קס"א) דלכך בצדקה ממשכנין משום שלא יעבור על לא תעשה כבר תמהתי עליו הא בריבית הוי לאו הניתק לעשה ולמה לא נחתינן לנכסי'ו כדי שלא יעבור על הלאו דכ"ז שבידו לקיים העשה מנתק הלאו [ועמ"ש לעיל (סי'' ב)]:

ו

ומ"ש מעכ"ת נ"י לדון להפוסקים דבריבית מהני תפיסה וכן בכ"מ דחייב לצאת ידי שמים מהני תפיסה כן נמי בנידון דידן מהני תפיסת המוכר כיון שחייב הלוקח לקיים הת"כ יש לחלק דדוקא בריבית דעיקר חיוב העשה הוא בשביל חבירו הלוה דהקפידה התורה וחי אחיך עמך וחייב לכן מהני תפיסתו ג"כ משא"כ בת"כ לקיים המקח דלא רמיא רחמנא החיוב מצד חבירו רק שחייב לקיים שבועתו ועיין קצות החושן (סי' ר"צ) שכת' מה"ט לחלק דאף דנודר ומת מחייבינן היורשים לקיים נדרו דבמצות צדקה יש בו שעבוד הה"ד בנדר דכתיב ביה בפיך ודרשו חז"ל זו צדקה משא"כ בנשבע ומת דאינו אלא משום לא יחל דברו ואינו מדבר במצוה שבממון אלא להרע או להטיב ודאי לא שייך אלא איסור והיורשין פטורין עי"ש כן נמי אף במקום דלא שייך שעבוד כגון ריבית מ"מ כיון דגוף המצוה הוא שיבא בהחזרה להלוה ממון ריבית שנתן להמלוה מהני תפיסה משא"כ בשבועה דעיקר מצוה דנפשו הוא שלא יחל דברו יש לומר דלא מהני תפיסה ואינו דומה לדעת הפוסקים הסוברים דבכל מקום שחייב לצאת ידי שמים דמהני תפיסה די"ל דוקא היכא דהחיוב ליד"ש הוא לפרוע לחבירו משא"כ בנד"ד דלא מפאת חבירו בא עליו החיוב רק מצוה שבגופו לקיים שבועתו הוא ול"מ תפיסה ומה שהביא מדברי הראב"ן שמבואר דסובר דבמחוייב שבועה דרבנן ואינו רוצה לשבע דלא נחתינן לנכסי'ו ומ"מ מהני תפיסה וכבר הבאתי דברי ראב"ן בהגהותי לדברי חיים דיני טו"נ (סי' ל"ה) וראיתי בס' שער משפט (סי' פ"ז) שהביא דבריו ואינו ענין לנד"ד דליכא עליו שום חיוב מצד חבירו רק חיובא דנפשו לקיים שבועתו בכה"ג ל"מ תפיסה.

ומ"ש להקשות על דברי הקצוה"ח (סי' פ"ז) שכתב דל"מ תפיסה באינו רוצה לשבע דמה שאין כח ביד הב"ד להוציא לא מצי איהו למעבד דינא לנפשיה וכתב שנעלם ממנו דברי רש"י ב"מ דבקים ליה בדרבה מניה דמהני תפיסה הס מלהזכיר לומר על רבינו בעל הקצוה"ח שנעלם ממנו דברי רש"י בפרט שמפלפל בדברי רש"י אלו טובא בסי' א' ובאותו סי' ס"ק כ"ג ובאמת דבריו כנים ואמיתים בשלמא בקלבד"מ דבאמת מחוייב הוא רק דגזירת הכתוב הוא שהב"ד לא ידונו בזה רק ברשעה אחת לכך מהני תפיסה אבל היכא דמן התורה פטור רק מדרבנן חייב שבועה והמה תקנו דכשאינו רוצה לשבע דלא נחתינן לנכסי'ו רק נדוי וכיון דלא נמסר לב"ד להוציא כמו כן לא נמסר לבעל הדבר ול"מ תפיסה:

יא

[ובמקום אחר כתבתי לדון בנידון שנשאלתי עליו בקטנה מבת יו"ד שהגביהה מציאה ובא אחר וחטף ממנה ובא אביה ותפס מן התופס הראשון וכתבתי דלכאורה מהני תפיסה להמבואר ב"י ח"מ (סי' פ"ז) משם הר"י דיכול לתבוע ולהשביע על מציאת חשו"ק ואם אינו רוצה לשבע מנדין אותו עד ל' יום והביא ראיה מש"ס שבועות (דף מ"א) דקאמר לרבנן מאי עבדינן ליה משמתינן ליה וסובר רבינו ירוחם דקאי על מציאת חשו"ק ולפי זה כיון דהב"ד מנדין אותו מהני תפיסתו והבאתי דברי הראב"ן הנ"ל אולם כתבתי דדוקא היכא דהתובע טוען ברי דחייב לו מדין דאורייתא והנתבע אינו רוצה לשבע בזה מהני תפיסת התובע אבל בזה כיון דמן הדין לא נתתינן לנכסי'ו אף שידעינו בבירור שיש בידו גזל מפני דרכי שלום ובכ"ז לא נחתינן לנכסי'ו ממילא ל"מ תפיסה. ונזכרתי מד' רדב"ז (ח"א סתק"ג) שהוכיח ממה שכ' הרמב"ם הל' גזילה וכל מי שיש בידו גזל של דבריהם א"י מידו ומדקאמר אינו יוצא מידו ולא קאמר אינו יוצא בדיינים משמע דאין מוציאין מידו בכח אבל משמתינן ליה רק דלא נחתינן לנכסי' וכתב וז"ל וא"ת ריבית דדבריהם נמי נהי דלא מפקינן מניה מ"מ נשמתי ליה עד דיחזור וכ"ת הכי נמי הא ודאי ליתא דכתב הרא"ש דאי תפיס ליה מנכסי' המלוה כשיעור מה שנתן לו דמפקינן מניה דלוה ומהדרינן למלוה ואם איתא דמשמתינן למלוה עד דמהדר ללוה מה דשקל מניה אמאי מפקינן מניה אי תפיס וי"ל שאני ריבית דמדעתיה יהיב ליה ולא מגזל גזליה יעי"ש באורך חזינן ליה לדעתיה דרדב"ז דסובר כיון דמשמתינן ליה מהני תפיסה ג"כ ולפ"ז בנידון דידן י"ל ג"כ כיון דעכ"פ משמתינן ליה לחייבו לקיים הת"כ מהני תפיסה ג"כ אולם כבר כתבתי לעיל מה שיש לחלק כיון דאין החיוב רק מצדו ולא מצד חבירו ובר מן דין מלבד דהש"ך בספרו ת"כ (סי' ל') האריך להשיג על רבינו ירוחם והעלה מדלא כתבו הפוסקים על גזל מדבריהם דמשמתינן ליה עד דמהדר ע"כ הפירוש בש"ס שבועות שם קאי רק על שבועה שחייב מדרבנן כשאינו רוצה לשבע משמתינן אבל בגזל דדרכי שלום כיון דלא נחתינן לנכסי'ו לא משמתינן ליה רק אפשר שהב"ד יאמרו לו אם לא תחזור אתה עובר על דברי חכמים ושרי למקרי' עבריין עי"ש באורך וכן מבואר בחידושי הר"י מגא"ש שבועות שם בפירוש הש"ס ואף דבס' מקום שמואל (סי' א') הרחיב הדברים להשיג בזה על הש"ך המעיין בדבריו יראה שכל דבריו שם מופרכין ואין בהם רק פטומי מילי בעלמא ואף אם נאמר כדעת רבינו ירוחם י"ל דתפיסה ל"מ והבאתי מדברי הר"ן שבועות הנ"ל ומדברי הנתיבות (סי' ק"ז) הנ"ל. וי"ל דע"כ לא כתב הר"ן דהלוה חייב לשלם רק שם דלא מתקן האיסור של לא תחמוד דאף שאינו

משלם מ"מ המלוה כ"ז שאינו מחזיר המשכון עובר על לא תחמוד משא"כ באם תפס מה דחבירו מחוייב להחזיר דבזה נתקן האיסור שהלה לא יעבור על איסורו בזה י"ל דמודה הר"ן דמהני התפיסה ועיין בזה. ומה שדייק הרדב"ז מלשון הרמב"ם מדכתב (פ"ו מהלכות גזילה) אינו יוצא מידו ולא כתב אינו יוצא בדיינים תמהני הא (בפי"ז שם) כתב סתם מציאת חשו"ק כו' אם עבר אחד וגזלה מידן אינו יוצא בדיינין א"כ ע"כ לשון זה לאו דוקא ואין להכריח מזה דמשמתינן ליה ועיין מ"ש לעיל דיני יו"ט (סי' כ"א אות ז'):

יב

שוב כתב מעכ"ת נ"י לדון למ"ש המר"י בן לב בקנה קרקע בכסף ונשבע דע"י השבועה הוי כפירש שיקנה בכסף לחוד כן נאמר במטלטלין דע"י הת"כ הוי כהותנה שיקנה בכסף לחוד דמהני למ"ש הרמ"א (סי' קצ"ח) והאחרונים בטעם הדבר כיון דמדין תורה הוי קנין יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים עכ"ד ולכאורה דברים נכונים המה ברם י"ל לחלק בזה דשם בקרקע קנין כסף בעצם הוי קנין המועיל רק כיון דלא סמכה דעתו יכול לחזור לכך לא קנה עד שיכתוב השטר וכשבא לידו השטר קנה למפרע כמ"ש הר"ן קידושין (דף כ"ו) לכן כיון שנשבע המוכר שפיר כתב המריב"ל שאילו היה דעתם שיהא ביד כל אחד לחזור עוד כ"ז שלא יכתוב השטר לא היה להם להשבע זה לזה אלא ודאי כיון דנשבעו סמכה דעתם ונשאר קנין הכסף בתקפו וכן מבואר הסברא בדברי מהריב"ל ובמהרי"ט (סי' ס"ה) ועיין נתיבות (סי' קצ"ב) משא"כ בקנין דמטלטלין כיון דעקרו חז"ל לקנין כסף ואף אחר שנתן הכסף צריך לעשות קנין המועיל משיכה דבר שאין דרכו בהגבהה וכאשר הרחבתי הדיבור בזה במקומו א"כ לו יהי' שנשבע שלא יחזור מ"מ אף דבאמת רמיא עליו החיוב שלא לחזור מנין לנו לומר בזה דעי"ז הוי כהותנה שיקנה במעות לחוד דלמא נשבע רק שלא לחזור ומ"מ אף דאינו רשאי לחזור עדיין ל"ה קנין וממילא כשחוזר מחוייב המוכר להחזיר המעות עכ"פ לצאת ידי שמים ואף שאאמוז"ל בס' דברי חיים דיני מכירה (סי' ט') כתב לדון דגם בקנין כסף כשאינו חוזר ומושך אח"כ המטלטלין קנה הלוקח למפרע דלא עקרו חז"ל קנין כסף לגמרי רק לענין חזרה ואני בעניי הבאתי שמה שכן מבואר להדיא בישי"ש גיטין פ"ב (סי' כ"ב) מ"מ הוכחתי מדברי ש"ס ע"ז (דף ס"ג) ומדברי תוס' ב"ק (דף ע') שלא כן הוא ועי"ש בהגהותי ודברי הרמב"ם (פ"ג) הלכות מכירה הוא לעד נאמן לזה דלא חל הקנין למפרע כיון דצריך קנין משיכה והגבה אף אחר נתינת המעות ע"כ דכסף ל"מ כלל אף אם הוציא מרשותו וכבר הארכתי לברר הדברים כשמלה במקומו דאף כונת קנין בעינן במשיכתו חזינן דלא נקנה למפרע ועיין כנה"ג (סי' קצ"ח ס"ק ח"י) מי שאין לו קניה כלל בגוף הסחורה רק לקבל מי שפרע

אינו מקנה אותה בקנין מעות ולא בקנין סודר מהר"מ אלשיך עכ"ל וע"כ דסובר אף כשמשך הלוקח אח"כ לא קנה למפרע דאל"כ למה לא מקנה אותה ללוקח שני ובכה"ג לא הוי דבר שלא בא לעולם כמו דמוכח מדברי הרמ"א (סוף סי'' רי"א) עי"ש ועיין בדברי חיים דיני מכירה (סי'' ל"ב) מ"ש בזה באורך א"ו כיון דעקרו חז"ל לקנין מעות לא קנה עד אם משך ועיין תשובת רשב"א ח"ה הנדפס בליוורנו (סי'' רנ"ו) שנשאל מי שקנה פירות מחבירו ונתן המעות ולא משך מהו שיאסור אותם וכי קמבעיא לי היכא דלא קבעי מוכר למהדר ביה מאי כיון דמדינא לא קנה לא מצי אסר א"ד כיון דמעות קונות דבר תורה מצי אסר והשיב דמסתבר דלא מצי אסר כל דלא משך דדבר שלא בא לעולם הוא לו דהא אי בעו תרויהו למהדר מצו הדרי בהו וכל דל"ה ברשותיה מדרבנן לאו דידיה חשבינן ליה וכמו במקדש בחיטי קרדנייתא אע"ג דמדין תורה דידיה הוא אפי' הכי בערוה החמורה עשאוהו כמקדש בדבר שאינו שלו עכ"ד ומבואר מדבריו דל"מ אסר אף אם משך אח"כ ואם נאמר דקנה למפרע נאמר כשמשך חל האיסור למפרע א"ו דאינו קונה למפרע:

יג

[**ובמ"א** דנתי בנידון שנשאלתי במכר מטלטלין בקנין כסף ומת המוכר ואח"כ נתייקר הסחורה אם היורשים מחוייבים לקיים המקח וכתבתי דודאי יכולים לבטל המקח ואף אם נאמר דכשאינו חוזר נקנה המקח למפרע מ"מ לא נוכל לומר כיון שמת ולא חזר מן המקח אין ביד היורשים לבטל המקח דמ"מ היורשים יורשי' זכות זה של מורישם שהי' לו זכות זה לחזור ואף במי שפרע לא קאי כיון דהם לא מכרו ולא קבלו כסף הקנין ויפה כח הבן מכח האב בזה ועיין ש"מ ב"ק (דף קי"ב) דדעת הרמ"ה דאף אם גבו היתומים הריבית שנתחייב הלוה לאביהן לא מפקינן חזינן דאף במה דאסור לאביהם לקבל חל שם ירושה ואף הרשב"א דחולק שם מ"מ בנידון דידן כיון דביד שניהם לחזור כשמקבל מש"פ י"ל דכ"ע מודים דירשו זכות זה ואינם מחוייבים לקיים המקח ומצוה לקיים דברי המת לא שייך בזה כמובן. ולכאורה יש לדמות למ"ש הכ"מ (פ"ו הלכות ממרים) דהא דחייבין היורשים להחזיר דבר מסויים של ריבית שקבל אביהן ועשה תשובה משום דהוי ההיא פרה כאילו לא הורישה לבניו מאחר שהיה בדעתו להחזירה מבואר דמה שבדעת האב להחזיר לא חל ירושה ואף דריבית נקנה להמלוה רק מטעם מצוה מחוייב להחזיר וגם לא נחתינן לנכסי'ו ואינו צריך להחזיר גוף הדבר וכשמחזיר ללוה בעי קנין ללוה ומ"מ כיון שהיה בדעת אביהן להחזיר חייבין היורשים להחזיר כן נמי י"ל היכא דאביהן מכר בקנין כסף ודאי אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן ובודאי היה בדעתו לקיים המקח ולא לקבל עליו מש"פ וחייבים היורשים לקיים מצד כבוד אביהן בשל

אביהן אולם על דברי הכסף משנה כבר תמה הטו"ז יו"ד (סי'' ר"מ) דא"כ דתליא בדעת אביהן יהיו חייבין להחזיר אף בדבר שאינו מסויים ועיין מחנה אפרים דיני ריבית (סי'' ח') בזה. ומצאתי ברדב"ז (ח"א סי'' של"ז) שכתב יתמי לאו בני מי שפרע נינהו ועי"ש וכן משמע מדברי הפנ"י גיטין (דף י"ג) ועי"ש]. וכיון שנתבאר דחז"ל עקרו לגמרי קנין כסף כ"ז דלא התנו בפירוש אף שנשבעו אמרינן דהשבועה לא היה רק שלא יחזרו והב"ד יכופו לקיים המקח ומ"מ כשחוזר המוכר מחוייב לצאת ידי שמים להחזיר הכסף ואף דלדעת כמה פוסקים בנשבע שלא יעשה שייך לומר אי עביד לא מהני מ"מ לענין זה כ"ז שאינו מושך נשאר הכסף עליו חוב כמובן:

יד

עוד כתב השואל לדון למ"ש הרמ"א חו"מ (סי'' רל"ה) משם הר"ן דאף בהגיעו לעונת הפעוטות דתקנו חכמים דמקחן מקח מ"מ היכא דעושה איסור לא תקנו להם קנין כן בזה נמי כיון דמד"ת כסף קונה ואין ביד אחד מהם לחזור רק מתקנתא דרבנן דיכול לחזור לכן במקום איסור שבועה לא תקנו אלו דבריו ואינו נראה כלל דלא מצינו רק היכא דמדין תורה לאו בר קנין הוא כמו בקטן רק משום כדי חייו תקנו להם רבנן קנין לכך במקום איסורא לא תקנו אבל במקום שעשאו חז"ל לקנין מועיל מדרבנן ודאי אף במקום איסורא תקנו וכן במקום שבטלו לקנין דאורייתא ודאי אף במקום איסור כן הוא ועיין בהגהות משנה למלך הלכות זכיה ומתנה (פ"ט ה"י) מ"ש בזה וראיה לזה מדברי רש"י ב"ק (דף קי"ז) דמבואר משם דקנין אגב מהני לגזלן לקנות אף דלרוב הפוסקים קנין אגב לא הוי רק קנין דרבנן. וכן מדברי תוס' כתובות (דף ל"א ע"ב) שכתב דלגנב לא תקנו רבנן שיקנו לו ארבע אמות וכתבו הני מילי במציאה דלא ליתו לאנצויי ובגט משום עיגונא עי"ש ולמה לא כתבו בפשיטות דבאיסור לא תקנו חז"ל קנין אלא ודאי כיון שתקנו חז"ל לקנין המועיל מהני בכל מקום. א"כ גם היכא דחז"ל הפקיעו הקנין אז לא איכפת לן ואף במקום איסור הפקיעו הקנין ובלא"ה יש אריכות דברים בדברי הר"ן הנ"ל ואכ"מ בזה.

מכל הנ"ל נראה דודאי אף דהב"ד לא כייפינן ליה למוכר להחזיר דמי המקח כי מחוייב לוקח לקיים שבועתו מ"מ באם אין הלוקח רוצה לקיים המקח ומבטלו המוכר חייב לצאת ידי שמים להחזיר דמי המקח ונשאר חוב עליו כנלע"ד ידידו או"נ מאיר אוויערבאך:

סימן ד

יען הואלתי להעתיק השייך לענין ריבית לא אחדל להציג את הנוגע קצת לנידון שלפנינו ואעתיק את אשר השבתי לכבוד ש"ב וגיסי' ידידי הרב הגאון הגדול המפורסם המובהק מו"ה צבי הירש אוייערבאך נ"י האב"ד בק"ק קאנין יע"א. ההוא יצא לדון למ"ש הרא"ש פ' איזהו נשך (סי'' ח') בריבית דבי ר' חייא בדבר שעבר על דברי חכמים ועשה שלא כהוגן אין ב"ד נזקקין לגבות לו חובו דן מזה ש"ב הרב הנ"ל באם נתאנה הלוקח במקחו דהדין הוא בפחות משתות דקנה ואינו מחזיר אונאה אם הלוקח לא נתן עדיין המעות רק משך המקח אין הב"ד נזקקין להוציא ממנו שעור אונאה כיון דהמוכר עשה שלא כהוגן ועבר על לאו כמבואר במהרש"א ב"מ פ' הזהב א"כ כ"ש מדברי הרא"ש הנז' דכאן בגוף המקח עבר על לאו דלא תונו ודאי אין ב"ד נזקקין אלו דבריו:

תשובה. לדעתי אינו דומה כלל לדברי הרא"ש חדא דכבר מבואר בספר דברי משפט מאבינו הזקן הגאון הקדוש זצלה"ה הטעם דצריך ע"פ דין ליתן למוכר האונאה משום דבמשיכת הלוקח שקנה החפץ נתחייב ליתן כמו שפסק כמו שכתב הדרישה (סי'' ר"כ) הטעם בדבר שאין בכדי שהדעת טועה דהוי מתנה דנתחייב במשיכת החפץ כמו כן באונאה פחות משתות כיון דדרך העולם למחול לכן מיד שמשך נתחייב ליתן להמוכר כמו שפסק וכבר בארתי בעזה"י בס' דברי חיים דיני אונאה (סי'' ו') דאף באונאת שתות חייב הלוקח במשיכת החפץ רק המוכר אינו רשאי לקבל כיון שאין בני אדם מוחלין ע"ז עי"ש בעז"ה דברים נכונים אבל פחות משתות המוכר רשאי לקבל חיובו של הלוקח כיון דכבר מחל לו הלוקח ואף טרם שנתן לו הלוקח המעות מ"מ כיון שכבר נתחייב לתת הוי כמו שקבל המוכר תמורת המקח החיוב שנתחייב לו ועל המוכר לנתק הלאו ולהחזיר רק כיון שפחות משתות מוחל הלוקח ומתרצה הוי המחילה כאילו קבל דמי אונאה בהחזרה. ודומה למ"ש הב"ח (סי'' תכ"ד) ובקצות החושן שם ובגזל ג"כ אם מוחל הנגזל ואומר הרני כאילו התקבלתי מינתק הלאו בזה כן נמי באונאה פחות משתות סתמא הוי מחילה. ומה"ט אתי שפיר מה שהרגיש המח"א (סוף סי'' י"ז) דלדברי הרא"ש ימצא מלקות באונאה וזה לא שמענו ולא קשה כיון שהלה זכה בחיובו וכבר נגמר עבירת הלאו במה שנתחייב הלוקח דמי פסי'קת המקח ונתחייב המוכר להחזיר רק חז"ל ירדו לסוף דעת בני אדם דמחלי ע"ז הוי המחילה כחזרת דמים ומנתק הלאו:

ומה"ט יש לפקפק במה שכתב המח"א לדון באם נתן הדמים ועדיין לא משך דיכול הלוקח לחזור וליכא גביה מי שפרע כיון דהמקח נעשה כאיסור ועבר המוכר על לאו ובספר דברי חיים שם הבאתי בזה דברי המח"א אולם נתיישבתי דאינו דומה לכל מקח

שנעשה באיסור דשם גמר המקח ובמה שנותן ונתקיים המקח נגמר האיסור בזה ליכא במש"פ אבל באונאה אם כבר נתן המעות מדין תורה כבר נגמר המקח והמחילה דלאח"כ הוי כקבלה בהחזרה ומינתק הלאו וכבר נסתלק האיסור לכן אף דחז"ל עקרו לקנין כסף מ"מ נשאר בחיוב מש"פ דבקיום המקח כבר נסתלק האיסור ואם נאמר כשמשך הלוקח המקח נגמר הקנין למפרע וכמ"ש אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני מכירה (סי' ט') ואני הבאתי שמה שכן כתב הים של שלמה גיטין א"כ אם מקיים המקח יהיה המחילה ג"כ נגמר למפרע וליכא איסור אלא אף למ"ש שם דיש חולקין בזה וכן הוכחתי שכן דעת הרמב"ם דאינו חל הקנין רק משעת משיכה מ"מ יש מקום לחלק מכל מקח הנעשה באיסור כיון דעכ"פ מדין תורה כבר מנתק האיסור חייב לקיים המקח ולתת אף הפחות משתות ויש עדיין להתיישב בזה. עכ"פ כשכבר משך הלוקח ונתחייב בדמי המקח כפי שפסק והמוכר זכה בחיובו אמרינן דאח"כ מוחל הלוקח מה שעבר המוכר ונתקן האיסור ולכך מוציאין מן הלוקח אף דמי אונאה כמבואר להדיא בסמ"ע (סי' רכ"ז ס"ק י"ד) ומוכרחים לומר כמ"ש דכבר נתקן האיסור דאל"כ אף אינו רשאי ליתן לו דעובר על לפני עור בגמר האיסור של המוכר אלא ודאי הסברא דמה שעבר אין דכבר מינתק במחילתו של הלוקח דהוי כקבלה. וא"כ אינו דומה לדברי הרא"ש דלגבי הערמת ריבית כמובן:

ומלבד זה אינו דומה לדברי הרא"ש דהא מבואר טור יו"ד (סי' קס"ג) דהרא"ש מסכים לדעת הרמב"ן שם דאבק ריבית הוא ואין מוציאין לא מלוה למלוה ולא ממלוה ללוה ואח"כ כתב ואפי' לפ"ז אם רוצה לפרוע לו חטים מותר אלא שאין כופין אותו לפרוע לו חטים כדי להוציא מידו ובס' כהונת עולם תמה ע"ז דמלשון הרא"ש יראה דאינו אבק ריבית אלא הערמה דקולא רק דעכ"ז אין מוציאין מהלוה שעשה שלא כהוגן ונ"מ אם טעו הב"ד או גבה בע"כ דבאבק ריבית מוציאין מהמלוה וכן להסוברים דבאבק ריבית חייב המלוה להחזיר לצאת ידי שמים דאפשר דלהרא"ש בזה אינו חייב והניח בצ"ע אולם להמעיין דברי הרא"ש והטור כפשטן דהרא"ש מסכים לדעת הרמב"ן דהוי אבק ריבית רק אף דהוי א"ר ואין מוציאין מהלוה למלוה לא אמרינן דאסור ליתן לו לכתחילה חטים רק יכול באמת לפרוע לו חטים לכתחילה ולא עביד איסורא רק דאין הב"ד נזקקין לפרוע לו חטים כדי להוציא מידו כל המאה אלא יכול ליתן לו תשעים וכן פירש הב"ח והפלפלא חריפתא והיינו ודאי ע"פ הדין אינו יכול לתבוע שישלם לו בפירות דלא נתחייב לשלם רק מעות ומעות אינו רשאי לשלם רק תשעים מטעם דהוי אבק ריבית רק כיון דרשאי לשלם לו בפירות שוה מנה הי' ס"ד דהב"ד יאמרו לו שיקיים דיבורו וישלם בפירות ע"ז כתב הרא"ש כיון דעשה שלא כהוגן אין נזקקין לו אבל היכא דמדינא הוי קנין המועיל

מדאורייתא וקאי במי שפרע נזקקין וכן לענין אונאה ג"כ כיון דנתחייב נזקקין לשלם לו וכמ"ש הסמ"ע:

סימן ה

ע"ד התורני מ' אהרן במ' זלמן מילידי נ"ש ברוסי'' אשר התגורר זמן רב במדינות האלאנד ומשם בא לשכון כבוד בירושלם ונשא אשה ובקש לקבל חו"ק מקופת כולל הו"ד כנהוג פה אשר כל מדינה ומחוז שולחים פרי צדקתם לקופות בני מדינתם ומחוזם והבאים מחו"ל מקבלים לפי מכסת נפשות ביתו ויען זה שנים רבות כפי דבריו תקע אהלו במדינה הנז' לכן רוצה להסתפח בנחלת כולל הו"ד אשר הציבו להם יד בקודש להקרא כולל בפני עצמן ונשיאהם באשכנז המה הרה"ג פוא"מ דק"ק אמשטרדם יע"א וזה איזה שנים החליפו פוא"מ הנז' את ר' אהרן דבריהם במכתביהם על כי איננו מילידי אשכנז לכן אין בכחם לחתוך הדין אם לרחקו או לקרבו ומסרו הדו"ד הנז' בידי הרבנים הגאונים שליט"א מאלטונא ומווירצבורג שהמה יחתכו הדין ע"פ התורה כאשר יורו המורים והחליפו מכתביהם את הרבנים הגאונים הנז' כאשר היו למראה עיני בהעתקות הנשלח לי מאת פוא"מ הנז' ויען לא נודע להם יסודי התקנות על מה אדניהם הטבעו אם ע"פ התקנות זכה להמנות בין בני כולל הו"ד הי"ו ואף אם אינו מילידי המדינה רק כאשר גר שמה או לא. וכמה שנים צריך לשבת במקום אחד להחשב כאחד מבני המדינה לכן מסרו הדבר בידי היושבים בקדש בני כולל הו"ד וגזרו אומר אם הרוב יסכימו שיסתפחו בנחלתם ויאמרו לדבק טוב המיעוט יהיה נגרר אחר הרוב והפוא"מ דרשו מבני כולל הו"ד וזה אומר בכה וזה אומר בכה ומתחלה קרבו אותו ואח"כ חזרו מזה ואחד מהם השיב אף אם הרוב יסכימו אין הולכין בממון אחר הרוב וע"ז השיב הגאב"ד מאלטונה תשובה ארוכה כי ברובא דאיתא קמן הולכין בתר רוב בפרט דליכא חזקת ממונא ובפרט בעניני הציבור והרבנים פוא"מ כתבו לי וז"ל ר' אהרן בר"ז חותר לבא בכלל אנשי הו"ד ולהשיג חלוקה בעדו ובעד אשתו בתוכם וכבר הובא בהיותו עדן שמה משפטו לפני הרבנים הגאונים דאלטונה ווירצבורג ועל פיהם יצא המשפט כי אין לו חלק ונחלה בתוך אנשי הו"ד והנה לא הטינו לו אוזן לזוז ממשפט הגאונים הנז' אכן הרשנו לו בשובו אל נוהו להקריב משפטו אל רומפכ"ת נ"י ולבא עם איזה מאנשי הו"ד לדין לפניו ע"כ אף אם יארכו עוד ימים טרם ישוב לביתו נבקשה היום כי אחת שאלנו מאתו היום לבל לדון בדבר הזה עד אשר נעתיק לרו"מ את כל הדברות אשר נתחלפו כבר אודות הדבר ההוא למען דעת על מה ולמה מנעו הרה"ג הנז' את הזכות ממנו ועל מה הטבעו אדני הפסק

מאז ועוד האריכו במכתביהם ואח"כ כאשר הקריב ר' אהרן לבא לירושלם שלחו לי כל ההעתקות בענין הלזה ואנכי לא ראיתי שום דבר בפסקיהם בהחלט ע"ד פסק כי אין לו חלק ונחלה. הגאון מאלטונה נ"י אמר שאינו יודע התקנות והגאון מווירצבורג נ"י אמר בפירוש שאינו רוצה להגיד ד"ת בלעדי סמך ידיו על מדברותיו של הגאון מאלטונה לכן אחרי כי שוקד ר' אהרן על דלתותי יום יום ומבקש דינו ע"פ דת תוה"ק או ע"פ התקנו' לא יכולתי מלט א"ע מזה ואחרי כי הציעו לפני ולפני בד"צ איזה מבני הכולל מענותיהם על תביעת ר' אהרן ושמענו כל דבריהם אמרנו לשנות עליו פרק זה וראשית דבר יעבור נא לפני כל דברי קדשו של הגאב"ד דאלטונה בדברי תורה:

מ"ש דהולכין בזה אחר הרוב ואין המיעוט יכול לעכב דהיכא דליכא חזקת ממון הולכין אחר הרוב כמבואר ש"ך ח"מ (סי' רצ"ב סקכ"ו) תמהני ודאי הלכה ברורה היכ' דליכא ח"מ כלל אזלינן בתר רובא אף בממון כמבואר ש"ס ב"ב (דף כ"ג) בנמצא בין שני שובכין קרוב לזה הרי שלו ודוקא כששני השובכין שוין וכן מבואר ח"מ (סי' ר"ס) הן אמת דשם הוא דוקא ברובא דאיתא קמן אבל ברובא דליתא קמן עדיין לא מוכח דאזלינן בתר רובא היכ' דתופס בחזקת שניהם ועיין נ"י וחידושי הר"ן ב"מ ריש פ' הבית והעלייה דמתני' דחולקין אתי לאשמועינן דלא אזלינן בתר רובא דרוב בתים בחבטה נפלי ויש להתבונן אמאי לא אזלינן בתר רובא דמתני' איירי במונח ברשות הרבים ול"ש ביה לומר המוציא מחבירו עליו הראיה וצ"ל כיון דבחזקת שניהם מחזקינן לא אזלינן בתר רובא דליתא קמן אולם זה הכל היכא דלא באנו להוציא זכות חבירו בזה אזלינן בתר רובא אבל כל שבאנו להוציא זכות חבירו שהיינו מחזיקין אותו עד השתא שיזכה והוא ודאי וחבירו ספק בזה לא אזלינן בתר רובא אף דלא הי' מוחזק ממש כמבואר מש"ע ח"מ (סי' ר"פ ס"ז) ברמ"א דאם ראובן ואשתו הלכו למדינת הים וספק אם ניתן להם בן לא חיישינן שמא ילדו ואחי ראובן יירשו את ראובן הרי אף דרוב נשים מתעברות ויולדות מ"מ לא אזלינן בתר רוב להוציא מחזקת יורש שהי' עד עתה:

הן אמת בקצות החושן שם גמגם בזה דמנין לת"ה דמשום מוציא נחלה מחזקתו לא אזלינן בתר רובא ועי"ש אולם דברי התה"ד והרמ"א ברור מלולם דאין ספק מוציא מידי ודאי וכיון דהאחין היו מוחזקין עד עתה ליורשי ראובן כשימות אין בכח הרוב להוציא מחזקתן שהחזקנו אותם וכן מבואר להדיא מדברי הרא"ש קידושין (דף מ"ה) בקטנה שנתקדשה לדעת אביה ונשאת שלא לדעת אביה דסובר רב דאוכלת בתרומה ואם מתה אינו יורשה דאוקי ממונא בחזקת מריה ואפי' הוא מוחזק בנכסי'ם אינו חזקה דנכסי' קיימי בחזקת יורשי האב והא דשרי בתרומה משום דדבר תורה ארוסה אוכלת בתרומה

וכתב הרא"ש ואם היינו מפרשים לפי שרוב הפעמים אין האב מוחה ומסתמא דניחא ליה לאב בנישואיה כיון דכבר נתקדשה לדעתו הלכך אוכלת בתרומה דאזלינן בתר רוב ובממונא הוא דלא אזלינן בתר רובא ואז הי' מותר אף לטמא לה אבל א"א לומר כן דהא רב הוא דאמר דהולכין בממון אחר הרוב וקשה אף לשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב הוא רק להוציא מחזקת ממון אבל היכא דאינו להוציא לכ"ע אזלינן בתר רובא ושם אף אם הנכסי'ם קיימי ברשות אחרי' ג"כ ל"ה להוציא ובפרט אם הבעל מוחזק תפיסתו מהני א"ו כיון דע"ע הוחזקנו לירושתה אם תמות שאביה יירש אותה הוי מוציאין מחזקה הראשונה ואין ספק מוציא מידי ודאי אם לא אזלינן בממון בתר רובא לכך הוצרך הרא"ש לומר דע"כ ל"ה רוב לרב לשיטתו הרי מבואר דאין ספק מוציא מידי ודאי אף אם מסי'יע לו הרוב ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בחידושיו לח"מ שבסוף ס' דברי משפט (סי'' ר"פ) ובספר דברי חיים דיני יבום (סי'' ב') ובדיני אונאה (סי'' ה') ובמ"ש שם בהגהותי:

ובס' ש"ש רצה לומר דהיכא דליכ' חזקת ממון ממש מוציאין ע"י הרוב וכ"כ לגבי קרקע ודברי רמ"א הנז' ודברי הרא"ש קידושין הנז' מבואר דלא כן הוא ובס' עצי ארזים (סי'' ד' ס"ק ס') כ' בפשיטות דאף בטענת שמא דמהני תפיסה היכא דהרוב מסי'יעו לתופס אף אם תפס בעדים וכ' ואפשר דאפי' בקיימא באגם נמי מהני ולא אמרינן אין הולכין בממון אחר הרוב אלא נגד חזקת ממון ממש ולא נגד חזקת מרא קמא ועכ"פ אם תפס ודאי פשיטא דמהני עי"ש והנה ספק שלו מבואר מדברי הרמ"א והרא"ש הנז' דאין ספק מוציא מידי ודאי אף בליכא ח"מ וגם מדברי הרא"ש שכתב מעיקרא אף אם הבעל מוחזק בנכסי'ם אינו חזקה מבואר דסובר דמה דקאמר בש"ס דאם מתה אינו יורשה הוא אפי' אם הבעל מוחזק בנכסי'ם א"כ מדקאמר אח"כ להוכיח דליכא רוב משום דלרב הולכין בממון אחר הרוב משמע מדבריו דהיה אתי שפיר לשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב הרי דאף אם מסי'יעו להתופס הרוב ג"כ א"ה בממון אחר הרוב ובס' נתיבות המשפט (סי'' רל"ב) כתב רק בטענת ברי אם הרוב מסי'יעו מהני תפיסתו ועיין בנ"י פ"א דב"מ דכתב הא דמבואר שם ריש פ"ב דכתובות זימנין דתפסה מאתים ואמרה אנא בתולה הואי אף דלא מהני התפיסה אחר שנולד הספק שם מהני דהוי מילתא דעבידא לגלויי הרי אף דרוב נשים בתולות נישאות ועדיף ממה דלית ליה קלא מ"מ לא מהני תפיסה אף בטענת ברי רק מטעם דהוי מילתא דעבידא לגלויי ועיין בעה"ת (שער נ"א סוף חלק ח') שכתב משום דרוב נשים בתולות נישאות ונהי דלא מפקינן ממונא כדשמואל אבל אי תפסה לא מפקינן מינה משמע מטעם רוב לחוד מהני תפיסתה אולם מ"ש שם וכן בכל מקום דאיכא דכוותה משמע דאף בלא טענת ברי מהני תפיסה כשהרוב מסי'יעו

אולם מדעת הנ"י ויתר הראשונים שם משמע דרוב לחוד עם טענת ברי לא מהני שלא להוציאן מן התופס:

ובמקום אחר כתבתי במ"ש בש"ך (סי'' פ"ז ס"ק כ"ח) בנשבעין ונוטלין אשר מן הדין לא היו ראויין ליטול ואף בשבועה כשתפסו ואינן רוצים לישבע מוציאין מהן וכליל בהדייהו ג"כ שכיר בזמנו דנשבע ונוטל וקשה הא למ"ש הראב"ד מובא בחו"מ (סי'' ע"ח) ובש"ט סוף ב"מ ורמב"ן ב"ב (דף ה') דרובא דאינשי לא פרעי ביומא דמישלם זמנא א"כ למה מוציאין הא טענת ברי ורוב מהראוי שיועיל תפיסה וכנראה דעתו דלא מהני תפיסה [ובאמת יש להתבונן אם הוי רוב כמ"ש הראב"ד יקשה לרב דסובר הולכין בממון אחר הרוב איך יפרנס מתניתין דשכיר בזמנו נשבע ונוטל כיון דבש"ס ב"מ פשטינן מזה דנאמן לומר פרעתיך ביומא דמשלם זמנא מדקתני דוקא שכיר א"כ לרב נאמר דיטול בלא שבועה דהולכין בממון אחר הרוב ויש ליישב אכ"מ]:

עכ"פ זה ברור דל"מ רוב כשהוא בא לזכות מספק להוציא מידי ודאי א"כ אף אם החלוקה עדיין לא בא לידי בני כולל הו"ד מ"מ כיון שכל מעמד ומצב הכולל נעשה מתחלה שכל אחד שהוא בודאי מבני כוללם יזכה משקלי קדש אשר בוא יבא לידי הפקידים וחוק נקצב להם כמה יפרישו מראשית ולא כל ראשית רק תרומה יקחו הפקידים בעד בני כולל הו"ד ומתחלק בין הבאים לשכון כבוד באה"ק לפי מספר ומכסת נפשות בין רב למעט ואם נתוספו מכסת נפשות מבני כולל הו"ד מגרעת יתנו לאלה אשר זכו מכבר וכיון שזה זכות בני הכולל אין ספק מוציא מידי ודאי והמע"ה ולא יועיל לזה רוב להוציא זכות המעוטים ולגרוע זכותם הברור וכלל הוא דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא אף זכות מה. ואם נאמר שגם זכות זה לא זכו והמה רק מקבלים וכטוב בעיני הפקידים לסדר להם יעשו א"כ טורח זה למה לדרוש ולשאול מהם דעתם ורצונם הלא בכחם לעשות כטוב בעיניהם וכרצונם כי המה המשפיעים והיושבים בקדש מקבלים אלא ודאי כיון שצריך שאלת פיהם בשביל דגם דעת המתנדבים והעוסקים בקדש שכל אחד יזכה במה שהוא לזכותו וחלק כולל הו"ד זוכים בעדם הפקידים לכן כשיש איזה ספק צריך גלוי דעתם אם חפצים לותר על זכותם. א"כ זה בא להוציא זכות מהמעוטים ע"י הרוב והרוב ל"מ להוציא:

ומ"ש עוד הגאון הנז' דברובא דאיתא קמן הולכין אחר הרוב להלכה דעת רוב הראשונים אינו כן וכן מבואר מדברי הרמ"א (סי'' רצ"ב) דרק בשנים שהפקידו אצל אחד אזלינן בתר רובא ולא כשאחד הפקיד אצל חבירו ונאבד אחד מהן דאז יכול המוחזק לומר לשאינו מוחזק דילמא שלך נאבד אף דהרוב הוא של השומר בכ"ז אין הולכין בתר רוב אף ברובא

דאיתא קמן. וכן מבואר תוס' ורשב"א וריטב"א והרא"ה והמ"מ סוף פ"א דכתובות וכן העלה הצ"צ (סי'' קס"ה) בפשיטות אף דהנידונין הי' ברובא דאיתא קמן מ"מ א"ה בממון אחר הרוב ומאן ספין לחלק בין רובא דאיתא קמן לרובא דל"ק ולומר חילוקים דקים אשר הראשונים לא אמרו ובתוס' כתובות ר"פ אלו נערות וב"ק (דף ל"ח ע"ב) מבואר ג"כ להדיא דאף ברובא דאיתא קמן לא אזלינן בתר רוב בממון דשם כתבו להקשות רק לשמואל דיהי' פטור מקנס בכותית ולרב מטעם קבוע הרי לשמואל אף ברובא דאיתא קמן א"ה בתריה:

ומה שהוכיח הגליון בתה"ד (סי'' שי"ד) מדברי רשב"ם ב"ב אין להוכיח מדברי פירוש שאינו אומר להלכה ומדברי רשב"ם שם באותה סוגיא (דף צ"ב ע"ב) ד"ה באיסורא מבואר ההיפוך דכתב כגון תשעה חנויות וזה הוי דאיתא קמן וע"ז קאמר בש"ס בממונא לא ועיין ב"ש אה"ע (סי'' ד') במצא תינוק מושלך אף ברובא ישראל מ"מ לענין נזיקין אם נגח תורא דידן לתורא דידי' פטור ואף דהביא מדברי תוס' יומא (דף פ"ה) דלענין נזיקין הולכין אחר הרוב הנה דברי הב"ש מגומגמים בטעם הדבר אשר לא כן כתבו התוס' דהוא כתב אע"ג דבממון א"ה אחר הרוב היינו כשבא לידו מדעת בעלים ודברים אלו לא שייכי לגבי ניזקין רק לגבי אבידה וכבר עמד ע"ז בספר עא"ר שם והעלה בדעת תוס' דרק נ"מ לענין תפיסה וכבר כתבתי לעיל בזה דבלא טענת ברי כנראה דלא מהני תפיסה וגם סתימת דברי התוס' לא משמע דכונתם יהיה על תפיסה ובס' תוס' יום הכפורים שם כתב דכונת התוס' להקשות לרב וגם זה דוחק וקצת י"ל דהא יש להבין מה ראה הב"ש להעתיק דברי התוס' יומא אם נגח תורא דידן לתורא דידיה משלם לו במועד נזק שלם אע"ג דא"ה בממון אחר הרוב היינו כשבא לידו מדעת בעלים ומלבד דבזה דבריו תמוהין דהוי חזקת ממון דמעיקרא ואינו דומה לאבידה כנ"ל הא לא נזכר בדברי תוס' מועד וגם בתם נ"מ לענין חצי נזק לכך יש לומר בדוחק דהא מה דשור של ישראל שנגח שור של גוי דפטור מבואר בש"ס ב"ק (דף ל"ח) עמד והתיר ממונם לישראל לענין זה סברי התוס' דהא עכ"פ המזיק פשע בשורו ונתחייב בבירור בתשלומי נזק רק אם הוא נכרי נפקע מחיובו מטעם עמד והתיר ואם הוא ישראל חייב בתשלומין דומה קצת למ"ש תוס' סנהדרין (דף פ"א) לענין טריפה דאזלינן בתר רוב כיון דעשה מעשה המחייבו בודאי וה"נ דכוותה כיון דבודאי פשע וראוי לחייבו על נזק שורו רק הקב"ה התיר ממונם לישראל וכיון דהרוב הוא שהוא של ישראל לא נפקע חיובו אולם זה דוקא במועד דהחיוב ברור מטעם מזיק אבל בתם דקיי"ל פלגא נזקא קנסא וקנס אינו מתחייב עד שהב"ד יחייבנו אחר העמדה בדין כמבואר ב"ק (דף ל"ג וע"ד) ותוס' ורשב"א דלאו משום דלמא מודה

ומפטר רק דלא זכיה לי' רחמנא עד אחר העמדה בדין דאשר ירשיעון אלהים כתיב וגברא עדיין לאו בר חיובא הוא בזה ודאי לא מהני רוב שהוא ישראל כדי לחייבו דאף רובא דאיתא קמן ל"א לחייבו ממון רק במועד שנגח מטעם הנ"ל:

ועוד כתבו האחרונים די"ל בטעם התוס' כיון דלא נולד הספק רק על התינוק וכיון שהחזקנו אותו לישראל נגרר אחריו כל עניניו אף לענין ממון כמו שכ' בס' הפלאה שם אולם גם על כלל זה חולקים הטור והמ"מ והוכחתי כן ג"כ מדברי רשב"א כתובות (דף י"א) שבש"מ שם ומדברי הרא"ש קידושין הנ"ל ועיין מ"ש בהגהותי בדברי חיים שם:

ועוד מצינו דדעת הרמב"ן אף במקום שאנו דנין על הרוב להחזיק הדבר לענין איסור בבירור גמור ואף לחייבו מלקות מ"מ לענין ממון לא מהני והמוציא מחבירו עליו הראיה שכן כתב בהלכות בכורות (פ"ג) בהא דקי"ל דטינוף פוטר בבכורה וכתב וז"ל ומסתברא לן דכי אין חוששין לטינוף משום דהוא מיעוט ולמיעוטא לא חיישינן דוקא לגבי בכור גופיה לאכשוריה למזבח ולמלקא עלי' בגיזה ועבוד' ולמנהג בגופי' כל דיני בכור ודאי אבל לאפוקי כהן מנייהו דבעלים לא מצי מפיק דקי"ל א"ה בממון אחר הרוב אלא זה כלל גדול בדין הממע"ה עי"ש ועיין תוס' בכורות (דף כ') דמשמע דס"ל דלא עבדינן תרתי דסתרי וכיון דלכל דיני בכור אזלינן בתר רוב ממון נגרר אחריו והוי ודאי לכהן ודעת הרא"ש שם כמ"ש הרמב"ן ועיין ש"ע יו"ד (סי'' שי"ו) [ועיין ח"ס (סי'' רמ"א) מ"ש בדברי רשד"ם המובא בש"ך יו"ד (סוף סי'' קע"ז) וע"פ שיטת הרמב"ן והרא"ש יש לגמגם בדבריו א כ"מ]:

עכ"פ דעת רוב גדולי הראשונים דא"ה בממון אחה"ר אף ברובא דאיתא קמן ומי יבא אחרי סתימת הרמ"א (סי'' רצ"ב) הנ"ל:

וראיתי בספר חק"ל יו"ד ח"א כ' להוכיח דאין מוציאין ממון, אף ברובא דאיתא קמן ממתניתין דחולין (דף קל"ב) בכור שנתערב במאה בזמן שמאה שוחטין את כולן פוטרין כולן אחד שוחט את כולן פוטרין לו אחד ויקשה לחייבו כולם במתנות דהא הוי רובא דאיתא קמן אלא ודאי דא"ה בממון אחה"ר רק א"כ יקשה מתני' לרב דסובר הולכין בממון אחה"ר א"ו דהא קשה דיוקא דרישא דקתני בזמן שמאה הא שנים ושלשה אין פוטרין את כולן וסי'פא קתני אחד שוחט הא טפי מחד כולם פטורים וצריך לומר דלרב רישא דוקא כי נתערב במאה שיש לכל אחד בעל בפני עצמו א"כ אין כאן רוב לגבי כל אחד דלגבי כ"א הוי חד דפטור וחד דחיוב וא"כ רוב דחיוב ואין ה"נ אם יש לאחד ב' בהמות חייב עכ"ד ולפ"ז הרמב"ם וטוש"ע יו"ד שכתבו סתם אם רבים שוחטים אותם כולם פטורים ואינו חייב רק כשאחד שוחט את כולם הרי מבואר דאף ברובא דא"ק

אין מוציאין ממון אולם באמת דברי החק"ל לא נראה דאף אם יש מאה בע"ב מ"מ כיון דאיירי דאינו ניכר לכל אחד שלו יתחייב מטעם כל דפריש מרובא פריש ויקשה לרב אולם למ"ש תוס' בכורות (דף כ') דגם לרב דהולכין אחר הרוב הוא רק בממון שיש לו תובעין ולא במתנות כהונה אתי שפיר אך לאידך תירוצים שם הדרא קושיא לדוכתה אולם באמת משם לא קשה כיון דעכ"פ יש אחד שפטור ממתנות כהונה וכל אחד מצי מדחי ולא אזלינן בכה"ג בתר רובא דא"כ נעשה דין שקר שיוצא המתנות מכל אחד ואחד לכך כל אחד יכול לדחות אצל חבירו אף לרב כיון דיש בודאי אחד הפטור בודאי וז"פ עכ"פ ודאי אף ברובא דאיתא קמן א"ה בממון אחה"ר אף להוציא ספק מידי ודאי:

ברם כל הדברים יגעים לדמות נידון דידן לרוב דהא דהביא הגאון הנז' מדברי הרמ"א ח"מ (סי'' קס"ג) דבצורכי ציבור שאין יכולין להשות א"ע יש להושיב כל הבע"ב שנותנין מס ויקבלו עליהם שכל אחד יאמר דעתו לש"ש וילכו אחר הרוב ויכולין לכוף את המיעוט וכתב הרב נ"י שהוא מטעם דע"י רוב ברור מוציאין ממון וזה אינו להמעיין במקור הדין בהגהות מיימוני שם בצרכי ציבור אשר ההכרח להם לעשות סדר נשתתפו עד"ז דאל"כ יהי' תמיד ריב ומדון וכיון שהרוב מכריעים שכך יהי' הסדר ודבר זה בעצם צורך הציבור הוא וחיובא רמיא עליהם החיוב על המיעוט להתנהג ע"פ הרוב אבל בדבר שאינו צרכי הציבור היעלה על הדעת אם הרוב יבקשו ויבחרו לותר מן ממונם וזכותם שלא ע"פ הדין רק מטעם לפנים משורת הדין יכריחו את המיעוט להיות נגרר אחריהם זה אין הדעת סובל וגם בנידון הרמ"א שם מבואר תשובת מהר"י מברונא (סי'' פ"ו פ"ז) משם מהר"י ווייל ומהר"י מולין שלא רצו לפסוק לילך בדבר הנוגע לממון אחר הרוב ושיהי' כח להרוב לכוף את המיעוט אף בעניני קהילה א"כ אף שהרמ"א הכריע למיזל בתר רובא הוא דוקא בדבר מצרכי קהלות ועיין רמ"א (ס"ג) וסמ"ע (ס"ק ל"ב) דמבואר דרק צרכי העיר אף שמקצתן אינן צריכין כגון מקוה מים צריכין ליתן חלקם כיון דכל ישראל צריכים לבית חתנות או למקוה אף אם אחד א"צ לו מחמת זקנה חייב ליתן משא"כ להוציא הוצאות שיעזור להם השר בענין ש"ח שאינו ענין כללי אין אחרים צריכים ליתן להם לסי'וע ובלי ספק אף אם תשעים ותשעה רוצים ואחד אינו רוצה אם אין ענין כללי וצרכי ציבור אין האחד חייב לסי'יע ולותר על חלקו והאריכות בזה ללא צורך ועיין תשובת מהר"ם אלשיך (סי'' נ"ג) שכתב בני עיר שקבלו מרביץ תורה ת"ח שתורתו אומנתו כ' כל שאין לת"ח הנאה פטור מלפרוע עם שאר העם וכתב ולא מבעיא ת"ח אלא ה"ה גברא אחרינא אם אין הנאה לו בדבר שפורעין הקהל פטור מלפרוע עמהן.

אחר הדברים האלה אם זה ר' אהרן לא יזכה לקבל חלוקה מקופת כולל הו"ד ע"פ הדין הדבר ברור דאף אחד יכול לעכב זכותו כיון דאין זה צרכי ציבור. וגם לכל עניני ציבור אין כל כולל וכולל בכאן נקרא ציבור בפני עצמו רק לחלק פרי הצדקה בזה יתבודדו כוללם אבל לכל הדברים בני אשכנז מרוסי'א ומפולין ומכל המדינות לא נמצא רק שני ציבורים פרושים וחסי'דים וכולל הו"ד כולם לציבור פרושים נגררים בכל דבר במקוה ובית החיים וכדומה ולא שמענו שבני כולל אחד יהי' נחשב לקהל בפ"ע אף אם יחדו מקום לתפלה רק בעניני קבלת חלוקה כל א' מקבל ממחוזו אשר בו נפל גורלו לכן אף אם הי' צרכי הכולל יכול כל א' לעכב ק"ו שאין זה צורך הציבור לותר מן ממונם ואם בתורת צדקה ג"כ אין יכולים לכוף לתת לזה דוקא וטוה"נ לכל אחד לותר מכיסו וחלקו לכל מי שיחפוץ:

ובעיקר הדין גם פה לא נודע בבירור מקור התקנה רק שיחה בפי הבריות שנעשה שכל אחד יקבל ממקום שדר שמה עשרה שנים הי' סי'בת הדבר כי נעשה בשביל שרבו המסבבים במדינות צריך שיקבע לו מקום אחד מאין יבא. וזה הטעם העיקרי כי במקום אשר שכן בלי ספק זרע צדקתו לפעמים ודעתו קרובה עם המתנדבים ואחרי כי גם הבא ממקומו ומשכנו התנדב לפעמים לקופות שמה לכן יקצור לפי החסד וא"כ זה ר' אהרן כפי כתבי תעודה אשר בידו בח"י מיקירי אמשטרדם שתקע אהלו שם אף כי לא ישב שמה רצופים ויצא לקרית חוצות במסחרו מ"מ מבני המדינה יחשב ואם הי' נשאר באמשטרדם אם הוא איש עני הי' מוטל על אנשי העיר לפרנסו מקופה של צדקה ועכ"פ כעניי עיר אמ"ד יחשב וכיון שהעולים משם לאה"ק מקבלים משם חלוקתם לא אדע למה לא יבא בכולל הו"ד נחלתו וגורלו ואם כי דרשנו שקבל כפי מכסת נפשות מקופת בני כולל זאמוט ברוסי'א המה חסו על כבוד משפחתו ורצו לותר כנגדו אבל באמת כיון שיצא מרוסי'א להשתקע במדינות האלאנד וכפי חוקי המדינה ברוסי'א איבד משפט האזרחי אין לך אדם שאין לו מקום ומבני מדינות האלאנד יחשב לענין צדקה אם כנים הדברים כפי כתב תעודתו אשר בידו בח"י שלשה מטיבי צעד ואנכי אין אני מכיר הח"י וגם אינם מקויימים בחותם ב"ד לכן הרבנים פוא"מ אמ"ד היודעים ומכירים חתימת הני תלתא ואם כה הוא אם איש עני הוא ונצרך ללחם חוקו נפל חבלו וגורלו להנות מקופות כולל הו"ד ולא יקבל מקופות בני זאמוט כי אין אדם זוכה לשתי שולחנת:

ואף אם יהבינא דיש ספק אם איבד זכותו עפ"י התקנות הא ספרן פתיחין דכל ספק בתקנה אוקמינן על הדין ועפ"י הדין כבר אמרנו אף אם רק יב"ח תקע אהלו בעיר כבני העיר יחשב. ולדעת רוב הפוסקים כל ספק בתקנה אזלינן בתר ד"ת אף להוציא מיד

המוחזק ממש כמבואר מתשובות הרא"ש מובא טור אה"ע (סי'' קי"ח) דלענין תקנת שלא ירש הבעל כשיש ספק אזלינן בתר הדין ומבואר בתשובות מהרי"ט אף להוציא ממש מיורשי האשה ועין ספר מחנה אפרים דיני גב"ח (סי'' א) דאף הסוברים דאין מוציאין ממון בספק בתקנה הוא דוקא תקנות חז"ל דאלימה טובא דברי סופרים אשר כח להם לאפקועי ממונא ואף בספק שיהי' בתקנתם ראוי שלא להוציא מיד המוחזק אבל תקנות בני העיר שמתקנים איזה ענינים לפי ראות עיניהם דור דור ומנהיגיו בכה"ג ודאי דאין כח ביד שום אדם לבטל ד"ת מפני ספק תקנתם ע"ש ובתשובת פמ"א (סי'י"ב) והארכתי בזה במ"א. וא"כ אין לנו להתנהג בעניני חלוקה ממעות קופות הכולל כשיש איזה ספק ואין התקנה ברורה רק למיזל בתר דין תורה.

סימן ו

תשובה לחכם אחד

ע"ד אשר דרש ממני נידון חומרת הח"ד (סי'' קפ"ד ס"ק י"א) בבדיק' הנשים והפ"ח הוסי'ף חומרא בהטילה מי רגלים ותמה ע"ז א"כ בנשי דידן איך משכחת בדקה ומצאה טהורה הנה גם חומרת הח"ד הוא לשיטתו שם (ס"ק ט') דבאין לה וסט קבוע וכן במשנות ב' או ג' ימים צריך שתהי' לה מוך דחוק כל משך השינוי וכך כתב שם בחידושיו שצריך ללמד זה בתוך ביתו אולם כאשר נודעתי לא נתקבלו דבריו בעיני בעלי ההוראה להחמיר בזה כיון דווסת דרבנן וכמעט הוא דבר שבלתי באפשרות ולא חייבו חז"ל רק במה דאפשר לברר וגם החומרא שהחמיר באם נאבד עד הבדוק לא נתקבל. ויש קצת להוכיח להיפך מש"ס נדה (דף ט"ז ע"א) הא ליכא חרדה טמאה אלמא ווסת דאורייתא ודילמא לעולם ווסת דרבנן ואשמועינן הברייתא אם לא בדקה להעד טהורה שהחרדה מסלקת ובליכא חרדה טמאה ומשמע קצת דאם ווסת דרבנן אף בזה טהורה ודברתי עם גדולי ההוראה ושפה אחת בפיהם שאין להחמיר בזה וגם רוב נשי דידן הווסת נמשך בלתי באפשר להחזיק ברחם מוך דחוק לחולשתם ואף הצנועות ביותר לא יכלו להחמיר בזה ואף אליבא דהח"ד מ"מ אין להחמיר לחוש על הטלת מי רגלים דאין דנין אי אפשר מאפשר ועיין כ"מ הלכות א"ב (פ"ח הי"ד) משם הרשב"א דהיכ' דליכא למיקום אמלתא לא חיישינן ונודע דדעת רוב הראשונים דאם ווסת דרבנן הי' רשאי מדאורייתא לשמש אף בשעת ווסת ממש כמו שכ' הרשב"א בתוה"ב (בית ז' שער ב') ודלא כדעת הרא"ה שם ומכ"ש לענין הטלת מי רגלים וגם מבואר בפוסקים דכמו דיש חזקה דאורח בזמנו

בא כ"כ יש חזקה בנשים המזלפות ושופעות דמים הרבה דאם אינה מזלפת כדרכה לא בא האורח וממילא שיש להקל בנאבד העד.

ובענין הרגשה דאורייתא מהו דהרגשת זיבת דבר לח שכ' הנו"ב דהוי דאורייתא דהא שמואל יליף מבשרה שתרגיש בבשרה וע"כ לאו על מקום המקור קאי שהרי מזה יליף שמטמאה מבפנים כבחוץ וא"כ האי בשרה שתרגיש היינו בשר זה ושם הוא כבר חוץ לפתח המקור ואיך נימא דבעינן שתרגיש פתיחת המקור אע"כ לא בעינן רק שתרגיש בשרה זיבת דבר לח והרגשת המקור לא נזכר בפסוק אלא הרגשת הבשר עיין דבריו במד"ק (סי'' נ"ה) ולכאורה צריך לומר לדבריו אף דאם הי' בא לשם מן השיניים ולחוץ בהרגשת פתיחת המקור כבר מטמאה ולא צריך שוב להרגשה מ"מ אם בא לשם בלא הרגשה דאם מרגשת משם זיבת דבר לח ג"כ גורם הטומאה והוי אז רואת דם בהרגשה מדכתיב בבשרה וכשבא לשם מטמאה אף בלא הרגשה רק משם ג"כ חשיב הרגש' ומטמאה ועיין ח"ד (סי'' ק"צ) שכתב דבעינן שתרגיש שזב ממקורה דאם לא כן מאין יתחיל הטומאה בפרוזדור וכתב שמהראי' שהביא הנו"ב מהא דתנן דם הנמצא בפרוזדור שחזקתה מהמקור משמע מדבריו שאף במרגשת שזב דבר לח בפרוזדור אפי' בלא הרגישה בשעה שזב ממקורה ג"כ מקרי הרגשה והוא תמוה ולא אדע הא שפת הנו"ב ברור מיללו בראשית דבריו להכריח כן מדברי שמואל דדרש בבשרה עד שתרגיש בבשרה ומשם דרשינן שמטמאה בפנים ידענו שאם הרגישה בפרוזדור ג"כ מטמאה.

והח"ס (סקס"ד) כ' על הנו"ב דאינו מכיר הראי' הא כתב הרמב"ם (פ"ה) מא"ב ובשעת גמר ביאה האבר נכנס לפרוזדור ואינו מגיע עד ראשו שבפנים אלא רחוק ממנו מעט לפי האצבע כו' נמצא שפה המקור הוא מקום שהשמש דש ובמס' נידה אמרינן שבין השיניים היינו מקום דישה אלמא דא ודא אחת היא ושם הוא מקום ההרגש כשנפתח פהמ"ק והאריך שם. ותמהני הא כבר העלה באורך לבאר בתשובת משאת בנימין (סי'' מ"ט) מובא בס"ט (קצ"ד ס"ק כ"ד) שמה שכתב הרמב"ם שבה"ח הוא עד מקום שהאבר נכנס בגמר ביאה והוא עד סמוך לבין השיניים ובשעת גמר ביאה האבר נכנס לפרוזדור ואינו נכנס עד ראשו שבפנים לפי האצבעות שאין כונתו שהאבר נכנס בגמר ביאה לפנים מבין השיניים אלא ר"ל עד בין השיניים ולא לפנים ומפני שבין השיניים אינו רחוק מן הרחם רק מעט כתב הרמב"ם כן אבל לעולם אין האבר נכנס לפנים מבין השינים. וראי' דלעיל כתב הרמב"ם עד היכן הוא בין השינים עד מקום שיגיע אליו האבר בשעת גמר ביא' ועי"ש שכתב לענין בדיקת שפופרת בראתה מחמת תשמיש דלא בעינן להכניס אלא עד בין השיניים ולא יותר א"כ מבואר דמה שמטמאה בפנים כבחוץ היינו עד בין

השיניים והשיניים רחוק מעט מראש הפרו' וגם שם מטמאה בהרגשה ושם רחוק מפתח המקור. הרי כדברי הנו"ב.

עוד כתב שם הח"ס הרי אמרינן בבשרה ולא בשפיר ובלי ספק האש' המוציאה דם בשפופרת מן הפרוזדור עד כותלי בית הרחם סמוך למשקופו של שמש והיינו להנו"ב בית החיצון ואם אז יצא דם מן השפופרת ונגע בבשר אין שום הו"א שיטמאה אע"ג דנגע בבשרה דלשם וע"כ האי בבשרה תתפרש לפנים מבית החיצון וע"כ נאמר ב' מיני בשר בהאי קרא והך דרשה בפנים כבחוץ קאי אבית החיצון שמחוץ לפרוזדור ואידך דרשה דבבשרה ולא בשפופרת יהי' קאי אבשר שלפנים מבית החיצון וא"כ הדרשה השלישית שתרגיש בבשרה ע"כ דומה לדרשה דלא בשפופרת דהנך תרתי מיתורא דה' דרשינן. וגם דחיה הזאת לא אדע לדברי הנו"ב דמבשרה דרשינן שפיר ששם עד בין השיניים אם בא לשם בלא הרגשת פתח המקור מ"מ כשהרגישה אחר שזב מהמקור לבין השיניים ולחוץ ואז התחילה להרגיש זיבת דבר לח ג"כ מטמאה וגם ילפינן שעכ"פ בעינן שתרגיש בבשרה ולא בשפיר הה"ד שפופרת שאם נתן שפופרת עד לשם והוציא דם מ"מ כיון שלא הרגישה אינו מטמאה. ובפרט לדעת חידושי הר"ן ריש פ' הרואה דתרתי ש"מ היינו דממילא שמעינן כיון דידענו שצריך הרגשה ידענו ממילא ולא בשפיר אתי שפיר טפי. ואדרבה לדעת הנו"ב אתי שפיר שאלת ר' ירמיה (דף כ"ב) הרואה דם בשפופרת מהו והמ"ב שם כתב דשאלת ר"י היה דוגמת שאלותיו בכמה מקומות בש"ס משום יגדיל תורה דבלתי באפשרות להכניס שפופרת עד פה האם ועי"ש ובס"ט (סי'' קפ"ח) כתב להוכיח מדברי הרמב"ם שכתב אשה שהכניסה שפופרת לפרוזדור ע"כ צריך לומר שהכניסה למעל' מבין השיניים דאל"כ בלא"ה טמא' שמטמא מבפנים כבחוץ ולדברי הנו"ב י"ל דשאלת ר"י הי' ע"ז דמבשרה ילפינן דבעינן הרגשה וגם אם הרגישה בפרוזדור הוי הרגשה ושאל אם לא הרגישה פהמ"ק והוציאה דם ע"י שפופרת מן הפרוזדור אם טמאה כיון דלא הרגישה או דילמא דמ"מ הרגישה ע"י הוצאה וקאמר בבשרה ולא בשפיר וא"ש:

והנה מדברי הנו"ב משמע שם דאם הכניסה עד או מכחול עד פה הרחם והוציאה משם דם אף שיצא לחוץ אין האשה טמאה שכ' שם להשיג על החכם השואל דסובר דבעינן שתכניס המכחול עד פה הרחם וכתב דאם תכניס המכחול לתוך האם ודאי ימצא דם על המוך כי האם של כל הנשים היא תמיד מלאה דם ועוד הא אף הדם שבין השיניים עצמן כלפני' דמי וטהור הוא וכ"ש הדם שע"פ האם או בתוך האם שהוא לפנים מן הפרוזדור שהוא טהור וא"כ אם תכניס המוך יותר מבין השיניים אתה אוסר האשה בחנם שלא

כדין דהא אף שנמצא דם על המוך יכול להיות שהדם הוא מבין השיניים או לפנים מן השיניים ולעולם לא יצא דם מן השיניים והאשה טהורה גמורה היא עכ"ל. ומשמע מדבריו לכאורה דאם אשה הכניסה העד עד מקום שבין השיניים ולפנים והוציאה דם לאו דם ראיה הוא שתהי' טמאה דהתורה אמרה אשה כי יזוב זוב דמה ואינה טמאה רק דרך זיבה וראיה שהדם ממילא ניתק ממקומו ובא לבית החיצון אמנם יש להקשות מריש פ' האשה דר"מ סבר עומדת טמאה דהדר מי רגלים למקור ואייתי דם נימא ג"כ כיון שאינה רואה דרך זיבה רק המי רגלים הוציאו הדם לאו דרך ראיה הוא בכך וצ"ל דמ"מ כיון שזב אף שהוא ע"י סי'בת המי רגלים דלקחו הדם מהמקור מ"מ דרך זיבה הוא משא"כ באם לא זב רק שלקח דם מהמקור דזה לאו דרך זיבה היא כלל ועיין בס"ט בחידושיו ובתשובה (סי'' קפ"ח) מה שהשיג על הב"י וש"י בראתה דם תוך זיבת ליחה לבנה דהוי הרגש' והביא ראי' ממי רגלים ויש לדבר בזה טובא:

ואם הרגישה שנפתח מקורה להוציא דם ובדקה אח"כ ולא מצאה כלום מבואר ש"ע (סי'' ק"צ) דיש מי שאומר דטמאה והוא דעת התה"ד וכתב המנ"י אף דבב"י לא נמצא חולק בזה מ"מ כתב בלשון ויש מי שאומר לפי שלא מצא הדבר בשום פוסק ולכאורה נראה דהר"ח והרמב"ן והרשב"א והר"ן חולקים ע"ז דבנדה (דף י"ב) בעי מניה ר"ז מר"י אשה מהו שתבדוק עצמה לבעלה א"ל לא ותבדוק ומה בכך א"כ לבו נוקפו ופורש ופירש הר"ח בתוס' שם כיון דרואה אשתו בודקת מחשב שאם לא הרגישה לא היתה בודקת לפי שיודעת שהחכמים לא תקנו לבדוק ועי"ש ברמב"ן וחושש כיון שהרגישה ודאי בא האורח וטיפה כחרדל הי' ואבדה בעד וכ"כ שם ברשב"א ור"ן ואם נאמר דאף שלא מצאה כלל טמאה א"כ צריך שכל בנות ישראל יהיו יודעות ומלומדות בזה לדעת שאם הרגישה שנפתח מקורה אף שלא מצאה כלל טמאה א"כ אמאי לבו נוקפו לפרוש הא כל אשה נאמנת לגבי בעלה ובודאי כיון שלא אמרה שנטמאה ודאי לא הרגישה דאם הרגישה אדרבה למה לה לבדוק כלל הא טמאה היא ועוד הא אם מצאה מראה לבן וכי"ב משאר מראו' הטהורים אף שהרגישה טהורה בכל ענין כמבואר (סי'' קפ"ח) א"כ למה יהי' לבו של בעל עליה ודאי יחזיק שמצאה ליחה לבנה וכי"ב אלא ודאי דבאמת אם לא מצאה כלל טהורה רק שיחוש ויהי' לבו נוקפו שמא נאבד הטפה כחרדל בהעד והיינו מתוך שמהומה לביתה לא עיינה שפיר וע"ז יהי' לבו נוקפו. ומפני טרדותי הפעם ע"כ יהיו דברי מעטים ידידו אוהבו דו"ש. מאיר אויערבאך:

סימן ז

נשאלתי מכבוד ידידי הרבני המופלג הותיק מו"ה מאיר נ"י סופר מובהק בק"ק קאנין בהיותי בחו"ל בדבר הסופר שטעה במקום שהי' צריך לכתוב הנטפל לשם אלקיהם וכתב במקום הם כם וכבוד ש"ב וגיסי' הגאון אב"ד דשם נ"י דעתו הגדולה לעשות מן הכ' ה' או על צד היותר לקלוף הכ' לבד כי מה שראוי לשם הוא קודש אולם לא רצה לעשות מעשה בטרם שישאל אותי אולי אמצא תיקון מבורר יותר ומעלתו נ"י כתב לי את כל הערותיו בזה כשאלת חכם חצי תשובה בצדו ושיחר את פני להחיש תשובתי אליו ואמלא רצונו רק בקיצור מילין כי לפי העת והזמן טרדותי מרובים ד' יענגני בנופש.

תשובה. הנה שפה אחת בספרי האחרונים הא דהנטפלים לאחריו אינו נמחק שכבר קדשוהו השם הוא רק איסור דרבנן כמבואר בטו"ז ומהר"מ לובלין ומ"ב ועבודת הגרשוני וכן כתב בפשיטות בנו"ב מהד"ק (סי'' ע"ו) בלעדי מדברי הלבוש נראה דהוי דאורייתא וכסברת החתם סופר ואף דמתחלה הי' דעתו ג"כ דלא הוי רק דרבנן כנראה מדבריו שבסוף ימיו נתישב בדעתו הרחבה לומר דהוי דאוריתא כמבואר בדבריו (סי'' רס"ג) שזה סוף דעתו ומה שכ' (סי'' ר"ס) דל"ה רק דרבנן זה כתב זמן רב קודם לכן. וכבר ישב על מדוכה זאת הגאון בעל תשובת פני ארי' לדון דכמו דהנטפל לע"ז צריך לאבד כ"כ האיסור דלא תעשון כן י"ל דחייב על הנטפל מה"ת בלאו אולם כתב א"כ מה לי בין נטפל לפניו או לאחריו ולכאורה עלה ע"ד לומר דהא דפליגי חכמים ואחרים מס' שבועות (דף ל"ה) בנטפל לאחריו היינו לצורך תיקון דלאו דרך השחתה הוא ולא הוי רק איסור דרבנן בזה סברו האחרים דמאחריו אסור דכבר קדשוהו השם אבל דרך השחתה ח"ו לכ"ע אסור מדאורייתא אף בלפניו מטעמיהו דלבוש והח"ס. אולם מכל הפוסקים מבואר להיפך:

ולענ"ד מדברי הריטב"א מס' שבועות שם משמע דלא אתינן עלה מטעם דרש דאת להיות איסור מחיקה דלאחריו מדאורייתא דכתב וז"ל והלכתא כאחרים בלפניו אפילו האחרים מודים שנמחק ונראין דבריו דנמחק אפילו שנכתב כל השם דאי קודם לכן אפי' א מאלקיכם נמי ואין לומר כיון שנכתב כל השם קדשוהו שמים לשלפניו דלא מיקרי קדשוהו שמים אלא כשקדשוהו בשעת כתיבה שכבר היה נכתב השם ונראה דגירסת הספרים היה לפני הריטב"א לא כמו"ש לפננו שכבר קדשוהו השם אלא קדשוהו שמים] מבואר מדבריו דעיקר הטעם דכבר קדשוהו שמים דכבר נכתב השם לפניו היינו לפני הנטפלים אבל בשלפניו כיון דבשעת כתיבה לא קדשוהו שמים אף שנכתב השם אח"כ כיון דלא קדשוהו בשעת כתיב' שוב ל"ח עליו קדושת הנטפל. ואף דבשם עצמו אם כ'

אות הראשון מן השם אף דקדשהו מ"מ מותר למחוק ואם גמר אח"כ השם שוב חייב אף אם לא מחק אלא אות הראשון זה דוקא בשם עצמו דע"י צירוף אותיות חל בעצמו קדושת השם אבל בהנטפל דהוא בעצמו חול רק דקדשוהו שמים ע"י השם צריך דוקא להיות שקדשוהו שמים בשעת כתיבה ואם לא נתקדשו ע"י השם בשעת כתיבה שוב לא חל עליו קדושת שמים ולפי"ז נראה דאם כתב הנטפל דלאחריו בטרם שכ' השם דלפניו השייך לו כגון אם כתב נ ו והניח פנוי לפניו ואח"כ לחבר אל הנ"ו השם דכשר למיעבד הכי למה דידענו הסוגיא דעלמא דלא בעינן לכתוב השם דוקא כסדרן, ולדעת רבינו מרן עקיבא איגר ז"ל אף דדעת הזוה"ק דבעינן כסדרן הוא רק בשם הוי"ה ב"ה ומכ"ש נטפלין ודאי לא בעינן כסדרן בכה"ג לא נתקדשו הנטפלים כיון דבשעת כתיבתן לא קדשינהו השם דעדיין לא נכתב ויש להנטפלים האלה הדין כמו בהנטפלים דלפני השם דלא נתקדשו ע"י השם דלאחריו כן נמי אף בלאחריו כיון דקודם שכתב השם לא נחית עליהם קדושה בשעת כתיבה לא חל אח"כ כן נראה מדברי הריטב"א הנז' ולפ"ז מוכח דאין צריך לקדש הנטפלים רק דממילא קדשם השם אם נכתב קודם הנטפל השם דהמחובר לטהור טהור וקדוש מקרי דאל"כ רק דנאמר דצריך שיקדש בפה או במחשבה להנטפל הי' הנטפל חמור מן העיקר דעיקר השם לא בעינן שיכתוב כסדרן והנטפלים אלו היה החיוב דוקא לכתוב כסדרן שיכתוב דוקא הנטפלים אחר שיכתוב השם וזה לא מצינו אלא ודאי דא"צ לקדש הנטפלים רק ממילא נתקדשו אם נכתב השם מקודם נתקדשו לענין זה שלא יהי' רשאי למחקן ויבואר עוד לפנינו הדרן לדברינו דנראה דקדושת הנטפלים שקדשום השם הוא כשכבר נכתב השם דצריך שיתקדשו דוקא בשעת כתיבה מזה מבואר דלא תליא פלוגתתן אם דרשינן את או לא כמו שכתב הח"ס דאם מן את מרבינן להנטפלים מה לי אם בשעת כתיבה קדשינהו השם או לא אטו בע"ז הנטפלים אליהם הנעשה בטרם שעשה הגוף לע"ז לא יהי' החיוב לאבד זה ודאי לא ניתן להאמר א"ו דהוא רק מדרבנן וכמ"ש כל האחרונים.

והנה הגאון השואל בנו"ב שם כתב דתליא במחלוקת אם צירוף דאורייתא או דרבנן ואנן קי"ל דצירוף הוא מדרבנן כמו שכתב הרמב"ם (פי"ב מאה"ט) והנו"ב שם כתב דאם היה מטעם צירוף אפי' הנטפלים לפני השם ג"כ יהי' עליהם קדושת השם ולהמבואר מדברי ריטב"א הנז' יש מקום לדברי הגאון השואל אולם יש לי בזה מקום עיון מכבר בדברי הרמב"ם הלכות פסמה"ק (פי"א) הביא בעיית הש"ס מנחות (דף י"ד) מהו לקמוץ מזה על זה צירוף דאורייתא או דרבנן ועי"ש ברש"י דאי מדרבנן לא היה לקולא לענין קמיצה ולמ"ש הרמב"ם הלכו' אה"ט דצירוף כלי לא הוי רק מעלה מדרבנן ובכ"מ שם

כתב דסמך א"ע על הסוגיא דחגיגה (דף כ"ג) א"כ לא הוי לקולא לענין קומץ ואמאי כתב שם ואם הקטיר הורצה ואכ"מ בזה וגם קשה לדמות ולערב בדברים שלא שערו הראשונים וננקוט דלא הוי רק מדרבנן בכ"ז כתב העה"ג דאין לחלק בין אותיות שרשיות של השם לבין הנטפלים ואוסר אף לגרור ע"מ לתקן מדכתב הרמב"ם וכל הנטפל לשם מלאחריו כו' אינם נמחקים והרי הם כשאר אותיות של השם מפני שהשם מקדישם. הרי שכתב שלא לענין מחיקה בלבד ה"ה כשאר אותיות של השם כי כל מה דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון וכ' דאם כתב הנטפלים לשם אף דאין כאן מקומן מ"מ כיון שנוכל לקרוא השם עם הנטפל הזה ומצינו כן במקומות אחרים בתוה"ק ג"כ ממילא קדושת השם עליהם אולם מה שאין לו שייכות ופירוש כלל אין השם מקדישן וכן שפה אחת בפה כל האחרונים דאף דנכתב בטעות נתקדשו אם יש לו שייכות במקום אחר בתה"ק. עד שזכינו לספר בני יונה שהעיר בזה לומר לדמות להקדש טעות ובכ"ז לא העלה דבר ברור להתיר למחוק והניח בצ"ע למעשה וכן כשנשאל ע"ז הלכה למעשה כתב בתשובת מעיל צדקה אבל לא מלאני לבי עד כי יסכימו עמי מורי הדור ועיין שם (סי'' נ"ה) ולא ראיתי מי שהקיל בהלכה למעשה זולתי בספר פני אריה הרחיב הדיבור בזה לדמות לכלי שרת דאינו מקדשין אלא לדעתן ובתשובת ברית אברהם לא דן הלכה למעשה בזה וח"ס זצ"ל כתב דאולי דומה זה למזבח הפנימי דמקדש אפי' מה שאינו ראוי [וראיתי שם בפני אריה שכתב דלא אתפרש במה פליגי אם כלי שרת מקדשין שלא מדעת או לא וכתב מר סבר כל שנותן בסתם סתמא לשמן קאי ר"ל לשם שיתקדשו מן הכלי ואין ה"נ אם התנה בפירוש שלא יתקדשו אין מקדישן ולא נראה כן מכמה מקומות רק למ"ד דמקדש שלא מדעת אף אם התנה בפירוש שלא יתקדשו מקדשן ועיין רש"י סוכה (דף מ"ט ע"ב) שכתב אפילו אינו רוצה שיתקדשו עד מחר הכלי מקדשן מיד שלא מדעת ואין לחלק בין אם התנה שאינו רוצה שיתקדשו עד למחר לבין אם אמר דלא יתקדשו כלל וכן משמע ממס' מנחות דמתקדש אף שלא לרצונו] ובאמת קשה מאד לדמות זה לזה ובפרט למ"ש דנראה מגרסת ריטב"א בש"ס שכבר קדשוהו שמים אולי הכונה הואיל דנמצא בתורתינו הקדושה נטפלים כאלה זכו האותיות האלה באם יש להם שייכות ופירוש אף שאינם ראויים להיות במקום זה:

וראיתי בתשובת מהרי"ל (סי'' קצ"ב) שכתב זכר לדבר שאין כלי שרת מקדשין אלא הראוי להם ואעתיק למעלתו כל דבריו אולי לא יש בידו שם וגם כי יקרים המה דבריו שם וז"ל להשיב להשואל ונוקדת השם על הטעות וכן נגינותיו בטעות אפי' ניקוד הטעמים כהוגן מותר למחקו דהוי כמו פירוש וניתן למרע"ה בע"פ אע"ג דילפינן מנייהו טובא

הוי כמפרש פירוש בעלמא ולשון חז"ל מניין למוחק את השם ומ"ש שהם כמו נשמה לאותיות אי בתר קבלה אזלת א"כ כל התורה אסור למחוק דכל תיבה ואות ותג וניקוד ונגינה רומז למה שהשמות הקדושים רומזים וכל התורה יוצאה משם המיוחד כו' שהוא מקור לכל וכ"ש הכינויים שהתירו רז"ל אלא אין לך להוסי'ף על מה שאמרו חכמים אותיות השם וטעמא דהוא דבר נגלה ומפורסם וקרינן ביה לא תעשון כן כו' ועיקר שאילתא דידך כל שנוקד בטעות נראה דכל כה"ג אפי' אות דאחריו נמחק דהכי תניא מס' סופרים הכותב את השם וכתב יהודה עושה דלי"ת ה"א ומוחק את ה' האחרון משמע לכאורה כסדר קתני לאחר התיקון מוחק ה"א ותו תני התם היה צריך לכתוב השם ונתכוין לכתוב יו"ד ולא כתב בו דלי"ת מוחקו וכותב את השם הרי שהותר בו למחוק כל השם כשנכתב בכונת יו"ד מיהו שמא יש לחלק דבמלתא דידך נכתב השם בקדושה אלא שהנקודה והנגינ' בטעות מ"מ נראה דאפילו הכי אינו מקדש אלא שלא בטעות כדמשמע רישא דעושה ד' ה' זכר לדבר אין מזבח וכלי שרת מקדשין אלא הראוי להם וכל כה"ג נימא דמודו אחרים לת"ק דהקדש טעות אינו הקדש עכ"ל והנה מדבריו נלמוד לכאורה דאף הנכתב לאחריו בטרם שכתב השם ג"כ נתקדש אם ראוי אליו דלא כמו שהוצאתי לעיל מדברי הריטב"א דאל"כ מה ראיה מן עושה דלי"ת ה"א ומוחק ה"א האחרון הא לא נתקדש בשעת כתיבה ורק אח"כ כשיעשה מד' ה' נשלם השם וה' האחרונה כבר נכתב אלא ודאי דסובר דגם אח"כ נתקדש אי לאו דאינו ראוי לו גם משמע מדבריו מדאינו כותב רבותא יותר דאף הנכתב בטעות שיש לו פירוש וראוי לחברו במקום אחר בשם הכתוב בתורה מ"מ אם נכתב בטעות שלא במקומו אינו מקדש משמע קצת דלא רצה להחליט רק במה שמצא ראי' ממס' סופרים והך דמזבח וכלי שרת אין מקדשין אלא הראוי להם לא כ' רק זכר לדבר לא לראיה ברורה ומשמע דסובר כדעת הסוברים דאף הנכתב בטעות מ"מ כבר קדשוהו שמים ואפשר דלא השיב רק בנידון הנשאל עליו [הלום ראיתי בלבוש יו"ד (סוף סי'' רע"ו) שכ' הא דמוחק ה' שהרי לא קדש אותה ה' אלא הד' אותיות הראשונות ומשמע אם קדש אות ה' היה אסור למחוק אף דאין לה שייכות לזה הוי כמקדש שאינו ראוי כיון שכתב קודם לכן הד' וכן יש להוכיח מדברי מהרי"ל ואולי סובר דאם היה כונתו לקדש ה' האחרונה לצורך השם ויש מקום לצרף אם ימחוק הד' ולהמשיך מעט גם ה' באופן שיהי' לה חיבור גם בשביל זה נתקדשו. שוב ראיתי בגליון רבינו עקיבא איגר ז"ל שם ביו"ד שהשיג על הלבוש ויש עוד לעיין בזה]:

והנה השואל הביא דברי הגאון בח"ס (סי'' רע"ד) שכתב הרוצה לסמוך על הגאון בעל כנפי יונה יסמוך ולדידיה כ' מ' נמחק משמע עכ"פ מש"ס דאותיות הנטפלים לשם מלאחריו צריכים להתקדש דאלת"ה אפי' שם בעצמו שלא נתקדש מותר למחקו אלא ע"כ צריכים להתקדש אלא שממילא נתקדשו ע"י שקדשם השם אבל עכ"פ אם נכתב שלא בקדושה פסול וכיון שנכתב בטעות לא קדשוהו שם ומש"ה נתיר למחוק הכ' ממילא המ' שלאחריו אינו קדוש ומה יועיל מחיקת הכ"ף ולהניח המ' ומסתפק אם צריך לקדש את הנטפל בפה כמו בשם או אין צריך עכ"ד החכם השואל ואני לא ראיתי שיהי' חיוב וצורך לקדש הנטפל רק ממילא השם מקדשן ובטו"ז (סי'' רע"ד) הביא דברי הסמ"ג שיאמר עוד כל אזכרות שבו לשם קדושת השם וכ' דכן נכון דשמא ישכח אח"כ לקדש השם במקומו ואם הי' צריך לקדש גם להנטפלים היה מהראוי שיאמר בפירוש כל האזכרות והנטפלים ודוחק גדול לומר דכונתו להשייך להשם ג"כ אלא ודאי דא"צ. ובש"ע (סי'' רע"ו) כתב דצריך לקדש בשעת כתיבת השם ולא מהני מה שאמר מקודם ועיין אלי' רבא (סי'' ל"ב ס"ק ל"ו) וכבר האריך בזה בתשובת דבר שמואל (סי'' ע"ו) וכ' דכונת הסמ"ג וספר התרומה והאזכרות לשם קדושה בהגיע עת הכתיבה לכל אחד ואחד מהן וכ' שם דלא ידע אם הוא מהלכה למשה מסיני לקדש השם או דרבנן והביא משם המבי"ט בקרית ספר דלא הוי רק משום זה אלי ואנוהו מדרבנן [וכבר ראיתי למי שכתב להוכיח דכתיבת האזכרות לשמן הוא מן התורה מהך דגיטין (דף נ"ה) כל ס"ת שלא נכתבו בו האזכרות לשמן אינו שוה כלום ואם ל"ה רק מדרבנן א"כ שוה הרבה דמדאורייתא כשר וקיים בו מצות כתבו לכם ושוה הרבה למי שרוצה לקיים מצוה זו מדאורייתא ודחיתי ראיה הזאת דהא מבואר בתוספות מס' סוכה (דף ג') ד"ה דאמר באם נחסר להמצוה אף תנאי דרמו רבנן עליה לעשות לא קיים המצוה מה"ת ועיין יש"ש גיטין (פ"ה סי'' ט"ו) דאף ללמוד מתוכו אסור וקשה עליו שלא הביא דברי המרדכי המובא ברמ"א יו"ד (סוף סי'' רפ"א) דחייב לשלם כשכר חומש ועי"ש בטורי זהב ומדבריו משמע דסובר דפסול מן התורה מדמדמה לספק טריפה דחיישינן לתקלה ועי"ש בנקודות הכסף ואי לא הוי רק פסול מדרבנן ל"ה חיישינן בזה לתקלה ואולי למ"ש דא"י בו בכה"ג אף המצוה מה"ת חיישינן לתקלה ומ"ש הטו"ז (ס"ק א') מה שהרמב"ם (פ"י מס"ת) כ' נמצא למד שעשרים דברים הן שבכל אחד מהן פסול ס"ת ואם נעשה בו אחד מהן הרי הוא כחומש מן החומשין שמלמדין בהן התינוקות ואין בו קדושת ס"ת דלא קאי אכתבו אפיקורוס זה דבר ברור דהא אם כתבו אפיקורוס ישראל כ' הרמב"ם להדיא (פ"ו מיסה"ת ה"ח) דשורפין אותו עם האזכרות שבו מפני שאינו מאמין בקדושת

השם ולא כתבו לשמו אלא שהוא מעלה בדעתו שזה כשאר הדברים כו' ומצוה לשרפו כדי שלא להניח שם לאפיקורסי'ם ולא למעשיהם עכ"ל א"כ ודאי לא כייל הכל בחדא מחתא ומה"ט שמעתי שאסרו גדולי הדור ללמוד אף מהבא בדפוס ספרי תנ"ך על ידם ושלא להניח שם למעשיהם ואם אף בס"ת שלא שינו בהם שום דבר מצוה לשרוף עם האזכרות ק"ו בן בנו של ק"ו שאסור להניח אף להשתמש בספריהם ושהם תשמשי ע"ז ועיין ש"ע יו"ד (סי'' קל"ט סי"ד) והמעיין בספר חסי'דים (סי'' רמ"ט) יראה שכ' ואפי' לחתכו חתיכות ליהנות בהם אינו ראוי כי ראויים לישרף ועיין עוד שם (סי'' תכ"ט) ומן הדין ע"ז של נכרי רשאים ליהנות ממנה אחר שביטל' אבל הנך ספרי הפסולים הנמצאים בידי משומדי אפקורסי' ישראל הוי כע"ז של ישראל ואף המשמשין בזכה בהם ישראל אין להם ביטול כמבואר ש"ך (סי'' קמ"ו) ובר"ן סוכה מסתפק בזה עי"ש ועכ"פ לשמש בהם לצור בהם איזה דבר מהראוי לאסור רק לקיים בהם המצוה לשרוף אותם ורע המעשה שראיתי יושבי חנויות מונח לפניהם הגליונות הזדונו' וכורכין בהן סחורתם ואני כשראיתי גערתי בהן והרבה יש לדבר בזה ואכ"מ] והדבר שמואל הוציא מדברי הרמב"ם דצריך לקדש מן התורה ואחריו האריך בזה בתשובת מים רבים מ"מ מדלא הזכירו דצריך שיאמר שיכתוב הנטפלים לשם קדושה משמע דאין צריך לקדשן. ובפני אריה כ' בפשיטות דצריך שיכוין שיתקדשו ע"י השם הטפלים לו ואם לא נתכוין אין בהם קדושה ומותר למחקן וכ' שלא מצינו בכה"ג שיחול עליהן שום קדושה אם לא ע"י כונת אדם שמכוין עצמו להקדישו וע"כ צריך להיות נכתב לשם כך דלא עדיפי משם עצמו אבל לא נהירא כי כפי זכרוני הדל לא ראיתי שום רמז בהפוסקים שיזכירו זאת שיהא צריך לקדש הנטפלי' ומדברי האחרונים בפרט בעה"ג שכתב לתקן מבואר דאף דהי' הכונה להנטפלים לטפלם שלא כראוי ונתכוון לכתוב לאות אחר א"כ למה אינו גורר כיון שנתכוין להדיא לאות אחר:

ולדעתי העני' כל מה שנוכל לקבל מן אות הנטפל להשם בטעות נתקדש ע"י השם והטיב מעלתו ידידי נ"י לראות בדברי הר"י הלוי המובא במג"א (סי'' ל"ב) בך' פשוטה שכ' גג הרחב ונטפל להשם דיגרור רק הגג הנראה כרי"ש וישאר הרגל [ומ"ש דמזה ראיה למ"ש הסופר בקבלתו שבתשובת ח"ס לא כן הוא ודאי לדעת כולם הסוברים דאף הנטפל בטוזות נתקדש כיון שראוי להיות במ"א גם הגאון בח"ס מודה דמהני ומה שנוכל להניח בקדושתו טוב יותר כמבוא' זה בכמה מקומות בספרו היקר רק שכתב לדעת הסוברים דמה שנתקדשו בטעות מותר למחוק לא נוכל לאחוז החבל בתרי ראשים כמבואר בדבריו:

ומ"ש ידידי נ"י דהר"י הלוי איירי שקודם כתיבת שיטה האחרונה הי' יכול למשוך הרגל כפלים כגג וא"כ כבר נתקדש הרגל באמת כן עלה ע"ד הגאון מו"ה זלמן מרגליות ז"ל ביד אפרים שם בהגהותיו על המג"א וכתב שאח"כ ראה בגוף הספר שכתב בפירוש שלא היה יכול למשוך הרגל א"כ מבואר דאף חצי אות שנוכל לקבל כבר נתקדש אך י"ל שם היה עכ"פ בדעת הסופר לקדש הך' רק שטעה ושגג בדבר שלא כתב הך' כתיקונו דמהיכי תיתי דנחזיק ריעותא שכונתו היה על ר' אבל היכא דטעה וכיון לכתוב כ' במקום ה' י"ל דאם לא נתקדש מצד שאינו ראוי לו אף מקצת לא נתקדש אולם כבר כתבנו דמנ"ל לומר שצריך דעת להתקדש די"ל כל מה שכותב ויש להשם צורך בו קדשו השם וכמו אם כותב נ"ו לטופלם להשם אם הי' נשאר הנ' לבדה אינו שייך להשם בלי צירוף ו' וכבר כתבנו מדברי הריטב"א דמה שלא נתקד' בשעת כתיבה לא קדשו השם אח"כ א"כ איך יתקדש לאסור למחוק אף לאחר שנכתב הו' אלא ודאי כיון דמ"מ ראוי הנון אל השם לאחר שיכתוב הו' נתקדש מיד כן נמי כל חלק מן האות הראוי לקבל ממנו להיות מחובר לטהור קדשו השם ולא איכפת לן במה דכונתו הי' בטעות.

ומ"ש מעלתו נ"י ראיה לדעת הגאון מופת הדור מוהרמ"ס ז"ל מדברי המל"מ (פ"ג מפסה"מ) שהוציא מסוגיא דסוכה (דף מ"ט) דאף דכ"ש מקדשים כל דבר הראוי להם מ"מ כתב כל דבר שיש לו שיעור ונתן יותר מכשיעור לא נתקדש כלל וכ"כ בנידון דידן הוי כנותן יותר מכשיעור דמן כ' הי' יכול לעשות ה' ומה שמשך בחלק התחתון היה יותר מכשיעור אלו דבריו לא כן אנכי עמדי דבאמת הדבר תמוה למה השמיט הרמב"ם דין זה ולא הזכירו תוך התנאים שהותנה שיקדש הכלי שרת וראיתי שכבר עמד ע"ז בס' יד דוד ונראה דהא התוס' שם הקשו דכלי שרת אין מקדשין אלא בזמנן ואמאי קאמר ואי מייתי במקודשת איפסלו להו בלינה ואף דאח"כ בלילה לאו מחוסר זמן הוא מ"מ הוי כאילו מלאו קוף כמו גבי לחם הפנים מס' מנחות (דף ק') וכתבו דלא בעינן כהן בבגדי כהונה במילוי וכ"כ התוס' שם במנחות א"כ י"ל דוקא בנותן מים בערב שבת בכלי שרת דאז לא נתקדשו ובלילה כשיקדש הכלי שרת אז יש בו יותר מכשיעור אז אינו מקדש כלל אבל אם נותן בכלי שרת בזמנו קמא קמא דבא אל תוך הכלי נתקדש ולא נפקא הקדושה במה שמוסי'ף אח"כ ליותר מן השיעור וגם שם הא כתבו התוס' כיון דכלי שרת אין מקדשין שלא במקומו אלא בפנים א"כ נייתי במקודשת ולא יכניסנו לעזרה עד למחר כדי שלא יפסלו בלינה ותירצו דמה יועיל עי"ש וא"כ בטעה דממילא לא נתקדש עד שיבא בפנים ואז כיון שיש בו יותר מכשיעור לכן אינו מקדש אבל היכא דנתקדש מיד כשבא אל הכלי לא נפקע הקדושה בשביל שמוסי'ף אח"כ על השיעור א"כ כמו כן

בנטפל להשם אף שנתן אח"כ אל האות יותר מכשיעור מ"מ כיון שהיה כוונתו לטפל אל השם כבר נתקדש בטרם שיגמור האות כולו כמו שכתבתי לעיל דמה שיש להשם צורך אליו נתקדש ואף שהוסי'ף אח"כ על השיעור לא נפקע הקדושה וזכר לדבר ממה שהקשו שם תוס' על ר"י דסובר דכלי שרת אין מקדשין שלא מדעת ובמנחות (דף ע"ב) גבי תודה שנשחטה על שמונים חלות קאמר ר"פ דכ"ע כלי שרת מקדשין שלא מדעת ופליגי בסכין וכ' התוס' שאני תודה שמקדש מתוך שמנים מדעת מקדש נמי שלא מדעת והכונה כיון דמ"מ נכלל בתוך שמונים ארבעים דבכלל פ' יש מ' אף דכונתו היה שיתקדשו שמונים ולקרבן גדול מ"מ מקדיש הכלי שרת הראוי אליו ועיין היטב ברש"י מנחות שם חזינן אף דר"י סובר בעלמא כלי שרת אינו מקדש מ"מ היכא דכונתו היה לקדש אף דהיה בפסול לקרבן גדול מ"מ הכלי שרת מושכין אלי' ארבעים מתוך שמונים וה"נ דכוותה כיון דכונתו הי' לטפלו אל השם אף דכונתו היה על כ' מ"מ מה שיש להשם צורך אליו נתקדש ואף דהרמב"ם פוסק כר"י דלא קידש ארבעים מתוך שמונים י"ל משום דא"ל תוך וכלשון הראשון דר"פ שם ואף דלמ"ד דר"פ מנחות כ"ע סברי כלי שרת אין מקדשין שלא מדעת והכא בסכין פליגי אם אלימא מכלי שרת א"כ יש לומר אף אם מכוין לקדש שמונים לא חל על מ"ם ובמל"מ (פי"ב מפס"מ) הביא דהרשב"א פוסק כחזקיה דקדשו וי"ל דמה"ט אף דאין מקדשין אלא מדעת הכא עדיף א"כ יש לומר בנידון דידן ג"כ דמה שהיה בטעות לא נתקדש ומה שיש בו צורך אל השם נתקדש ויש אריכות דברים בזה:

וכ"ז אני כותב לחיבת הקדש מעט מהרבה אשר יש לדבר וגם את זאת אני כותב וצריך אני להפסי'ק בין הפרקים מרוב טרדותי העוטרים אותי מכל צד ובודאי הרוצה לסמוך על דעת הכנפי יונה והפני אריה יכול אף לאחוז החבל בתרי ראשין ולהניח מה שנתקדש אולם קשה להורות דבר ברור נגד כל האחרונים ולנגוע אף באפס קצהו מן קדושת הנטפלים אחרי שאביר הרועים בעל הנו"ב שם כשנשאל ממנו כזאת לא העלה להתיר וגם האחרון בזמן הדרת הגאונים עמוד התורה והוראה מו"ה משה סופר זיע"א אשר החמיר מאד בזה בזקנותו ואף לקלוף לא רצה להורות רק מדוחק והרוצה להורות בזה בכל צד שיבחר ימצא לו חברים:

ומ"**ש** מעלתו בנידון הנשאל בח"ס (סי'' ר"ס) תיקון יותר מבואר ומרויח לתלות הכ' ולעשות מנ"ו מ' סתומה וציין לעיין בנחלת אריאל הספר הזה אינו תחת ידי אפס הגאון השואל שבנו"ב שם הביא דבריו וכתב שדבריו אינם ברורים לו ובאמת הב"ח החמיר מאד שלא לתלות אף בהנטפלים וכתב וז"ל והיתי מורה שלא לתלותו אלא לסלק כל היריעה ולגונזה ע"ש באורך ועי' בהגהות מל"מ (פ"א מתפילין) שכ' שלא מצא בב"ש

ובאמת מבואר כן לפנינו בסוף הספ'. וגם נתן טעות להמעיינים שכתב ובתשובת הב"ח ראיתי שמחלק בין מחיקה לתליה והב"ח לכתחלה אוסר ומצריך גניזה. עוד יש דרכים בהנטפלים להסוברים דאינם נמחקים רק מדרבנן לגרור ע"י קטן דלדעת הרשב"א והר"ן איסור דרבנן ספינן להו בידים וכאשר האריך בזה בבית אפרים ויש בכל אלה פרטים לדבר בארוכה ונכספתי למלאות רצונו להרחיב הדיבור בכל פרט ופרט אפס ההכרח אלצני להפסי'ק באמצע ולקצר אני צריך והנני ידידו דושו"ט מאיר אוייערבאך:

סימן ח

נשאלתי מסופר מומחה פעה"ק ת"ו שמצא בפרשה של תפילין ב' תיבות כפולות ואם ימחוק האחת יהי' מקום פנוי כדי לכתוב ט' יודי"ן של אותו כתב ויהי' שיעור סתומה אם יש לסמוך על מה שהעתיק רבינו הגדול מרן עקיבא איגר ז"ל בגליון יו"ד סי'' ער"ה) בש"ך (ס"ק א') וז"ל לענ"ד יש תקנה לקדור קצת ממקום הפנוי שיהי' המקום נקוב עיין בגן המלך (אות ג'):

והשבתי דהדבר פלא שהגאון ז"ל איחר ולא העתיק דברי הגן המלך באו"ח (סי'' ל"ב). ובאמת בגן המלך הי' שאלתו בתפילין שנשאר מקום חלול מג' אותיות וכ' להכשיר מב' טעמים חדא שכבר נהגו שלא לחוש לשיעוריה דר"ת ועוד אם ההפסק הוא בשביל נקב של הריוח שבנתים אינו ראוי לכתיבה ליכא למיחש ליה כלל עכ"ל ואם הגרע"א ז"ל דן מדבריו דליכא למיחש כלל אף בשיעור הפסק ט' אותיו היה לו להעתיק דין חדש הלזה במקומו בתפילין ובפרט כנראה מדברי רדב"ז וכנה"ג או"ח (סי'' ל"ב) מובא שם במג"א (ס"ק ל"ג) דלא ס"ל דהפסק ריוח בשיעור פתוחה בנקבים דלא יפסול בשביל זה דהא הרדב"ז דן דאם ימחקנה תיבה אחת יתירה אין לחוש לר"ת ואין למשוך האות שלפניה כגון ה"א או קו"ף דהוי שלא כסדרן והיינו דאם יניח רגל הה"א או הקו"ף במקומו יבא אח"כ אחר שימשוך באמצע וסובר רדב"ז דפסול בשביל זה ואם נגרור הרגל ויכתבנו בסוף יהי' שלא כסדרן: והכנה"ג סובר דכשר אף אם נשאר הרגל במקומו וחש לדעת ר"ת וטוב בעיניו יותר למשוך הגג והמג"א כתב דאם היה חלק כמו ט' אותיות דכשיגררנה יהי' פרשה ויפסל לכן כ' דמותר למשוך הה' אע"פ שלא יהיה הרגל בסופו עיי"ש ובאמת זה קולא גדולה להקל בתמונת האותיו' והיה להם לדון שינקוב מקום החלול אי ס"ל דמקום פנוי לא נחשב להבדל פרשה אלא ודאי דלא ניחא להו בזה וגם בספר פ"מ במשבצות שם (ס"ק כ"ו) כ' גם יש לשאול אם הניח חלק ט' אותיות ואכלוה עכברים או תולעה מקום החלק ואין שם חלק כלל אם כשר בכה"ג אי לאו וכתב דלא מצא גילוי

לדין זה ואם נאמר דמקום נקוב אינו פוסל במקום דלא צריך להיות סתומה כדעת הגו"ר א"כ ע"כ במקום דצריך להיות ריוח ט' אותיות אינו עולה אף אם יש בו נקבים קצת כ"ש אם לא נשאר קלף כלל. וכנראה דאם נשאר קלף חלק רק שיש קצת נקבים פשיטא לי' דכשר רק אם לא נשאר כלל קלף מספקא ליה עכ"פ כנראה מדעתם בתפילין אין לסמוך על זה:

עוד מצאתי בתשב"ץ ח"א (סי'' קמ"ט) דשם האריך שיכול לתקן לקדור וידבק במקום הנקב מעט גויל בדבק ויכתוב עליו אות החסרה כמנהג הסופרים או יניחנו נקוב ואות החסרה יתלנה בין השיטין ואף על פי שמקום הנקב נשאר פנוי מה בכך והלא אם לא הי' נקוב ונשאר חלק אין ס"ת נפסל בכך כיון שאין שם שיעור פרשה וכן נהגו הסופרים להניח מקום פנוי בסוף שיטה כשהתיבה היא גדולה ומתחילין בשיטה שניה עכ"ל. הרי מבואר דדוקא השיעור שאינו פוסל אם לא הי' נקוב ונשאר חלק בזה גם נקב אינו פוסל אבל בשיעור פרשה דאם לא היה נקוב ונשאר חלק דנפסל בכך כן נמי אף מקום הנקוב פוסל וכן יש להוכיח קצת מדעת הרמב"ם שכתב (פ"ח מס"ת) אבל אם טעה בריוח הפרשיות וכתב פתוחה סתומה או סתומה פתוחה או שהפסי'ק והניח פנוי במקום שאין בו פרשה הרי זה פסול ואין לו תקנה וכבר עמד ע"ד הרשב"א והריב"ש (סי'' ז') דלמה אין תיקון ע"י גרירה או תליה וכ' דלא הותר אלא בחסי'רו' ויתירות אבל למחוק אותיות שכבר נכתבו כתיקון ולחזור ולכותבן על המחק או לתלות זה לא שמענו עי"ש בריב"ש ובעל הח"ס (סי'' רס"א) הוסי'ף דהטעם דהוי כמו הורדה מקדושה דמעיקרא נכתבו האותיות על הקלף ובתוך השיטה ועתה על הגרר או לתלות וגם מטעם קדושת הקלף עצמו עי"ש ועדיין יקשה אמאי בהניח פנוי במקום שאין פרשה פסול ואין לו תקנה הא יכול לנקוב המקום פנוי או לקדור ולחתוך כל המקום אלא ודאי דזה לא מכשיר שלא יהי' ריוח כיון דסוף סוף שיעור פרשה פנוי אף שאינו ראוי לכתוב עליו ויש לומר דאף לדידן דנהגו ע"פ דברי הרשב"א דמתקנים מ"מ בכה"ג לחתוך ולהכשיר עי"ז י"ל דאסור ולכן נראה דמרן רבינו עקיבא איגר ז"ל לא סמך ע"ז להקל רק בס"ת דליכא חשש דאורייתא כ"כ רק בקיום המצוה דכתבו לכם אבל הקריאה לכ"ע ליכא חשש דאורייתא רק מדרבנן ואף קריאת פרשת זכור אינו מן התורה לקרוא דוקא הפרשה בס"ת כשרה ועיין הגרא"ו ז"ל או"ח (סי'' קמ"ג) אבל לענין תפילין לא הזכיר דבר זה כלל כי גם לא ידענו אם פשיטא ליה לבעל גן המלך להתיר לנקוב אף במקום תשעה אותיות ואף אם פשיטא ליה מ"מ כנראה המג"א והפ"מ לא רצו להקל בזה ובפרט שכן כמעט מבואר

בתשב"ץ לפסול בכה"ג א"כ בתפילין אף אם הוי רק ספק הוי ספק תורה ולחומרא ולכן גם בס"ת לענ"ד אין לסמוך להקל:

ועיין רדב"ז (ח"ה ש"א קפ"ה) שנשאל ביש שיעור מקום פנוי כשיעור פרשה אם יש תקנה בלי שיסולק היריעה והשיב דאין לו תקנ' מבואר דלא עלה ע"ד להכשיר לחתוך ושישאר אויר פנוי גם ראיתי בס' הלכות קטנות (ח"ב סי'' מ"ט) בתפילין שנמצא בהם קידור והי' אויר בין תיבה לתיבה שיעור ששה או שבעה אותיות וכתב דמצינו בסוכה שאויר פסול חמור מסכך פסול דאינו פוסל אלא בארבעה ואויר פוסל בג' והכא שאם היה שם קלף היה פסול בג' אותיות כגון אשר או ט' יודין משום פרשה סתומה כ"ש שבנקב פסול בז' אותיות עכ"ל ואף כי אינו ראיה דאין למדין מהלכה למשה מסי'ני דשם הוא הלכה לממ"ס דאויר פוסל מ"מ חזינן לדעתו דאויר פוסל יותר מאם היה שם קלף ע"כ לענ"ד אין להקל:

סימן ט

הוי עובדא באשה יקרה מ' גאלדע ברכה בת מ' צבי מק' ווארשא שנשאה לבבה לשלוח לעה"ק ירושלם ספר תור' שצוותה שמה לכתוב מחדש ומסרתי ביד בעל מגיה לבדוק אחרי הסופר ומצא במקום אחד נדבק טלאי מבחוץ על הנקב שהיה באמצע היריעה ונכתב חצי אות על היריעה והחצי על התלאי ורע המעשה מסופר מומחה שיעשה לכתחלה כזאת נגד דעת הב"ח והש"ך והאחרונים שפסלו כזאת אף בדיעבד בפרט להטעות לבעלים שבלי ספק לא היו חפצים הבעלים בזה ובל"ס הסופר נכנס בזה באיסור אונאה וגזל וראיתי שהטלאי נעשה באומנות טוב ויפה שכמעט נעשה כגוף אחד בדבק יפה והנה הטו"ז מקיל בזה כמבואר יו"ד (סי'' ר"פ) דכיון דאנן מכשירין לדבק ואומרים לדבק טוב כשר אף אם נכתב חצי אות על היריעה וחצי על הטלאי וראיתי בתשובת דבר שמואל (סי'' קצ"ט) בדין דבק הטלאי אם הוי חיבור שכתב לבי מהסם אם יש בו חשש פיסול דאורייתא כו' לבלתי יצא בעליו ידי חובת קיום מצות עשה של תורה מלבד איסור הקריאה בציבור וברכותיה שנחלקו בו מהרי"ק ומהרשד"ם אע"ג דבהאי מודו דמלתא דרבנן הוא עכ"ל מבואר מדבריו דל"ה ספיקא דאורייתא לגבי שום דבר רק לגבי מצות עשה דכתיבת ס"ת ויש לומר כיון דהספק נולד על דאורייתא ודרבנן יחד מחמרינן אף בדרבנן ולכך כמעט כל האחרוני' לא רצו לסמוך ע"ד הטו"ז ולפ"ז באשה שצוותה לכתוב ס"ת דאינה מחוייבת במ"ע דכתיבת ס"ת כמו שכ' הרמב"ם ועיין ש"א (סי'' ל"ה) ובמ"ש לעיל דיני או"ח (סי'' י"א) וא"כ בזה אם כתב הסופר במטלית כנ"ל והשתא ליכא כאן

ספק לדון על של תורה רק לענין אם מותר לקרות בו הוי ספיקא דרבנן ולקולא וכה"ג כל היכא דליכא נ"מ לענין של תורה הי' מקום להקל ומ"מ יש למצוא נ"מ לענין מצוה דאורייתא אם איש קונה אותה. ברם חזינן לרוב אחרונים דמתירין בזה לפסוק כדעת הב"ח והש"ך. ואני לא אדע מדוע לא נאמר כיון דע"כ נהגו במטלית לתלות וסברי דדבק הוי חיבור עם היריעה והוי דבר אחד דאל"כ היה לנו לאסור לכתוב אף תיבה שלמה על הטלאי דאין כאן יריעה או אף דף אחד ולא נתפר כהלכתו בגידין כמו כל ס"ת דנתחבר מן יריעות וע"כ אנו צריכים לומר דהוי חיבור ודבק אחד עם היריעה ולמה נפסול אם נכתב חצי אות על היריעה וחצי על הטלאי כיון דדבר אחד הוא. והב"ח כתב דזה פסול לדברי הכל דהא אפי' היכא שנקרע האות באמצע אע"פ שהדבק מחזיקו פסול לד"ה כיון שאינו מוקף גויל אע"פ שכל האות על היריעה כ"ש כשמקצת אות על היריעה ומקצת על הטלאי דכשנתחלק הטלאי נמצא חצי אות כאן וחצי אות כאן ובטו"ז כ' דהוי כנכתב על היריעה אולם לא כתב למה אם נחלק האות ע"י הקריעה פסולה ולא מהני מה שמדבקו מאחוריו ואז הוי מוקף גויל:

וראיתי בפ"מ בא"א (סי' ל"ב ס"ק כ"ב) דהקשה באמת אמאי ל"מ הא קי"ל שם כל דנוקב לאחר הכתיבה אינו צריך מוקף גויל אלא י"ל הטעם דאין צורת האות עליה הואיל ונחלקה אינה מצטרפת ע"ש ועיין ב"ש אה"ע (סי'' קכ"ה ס"ק ל"ו). ואכתי אינו מובן אמאי לא מצטרפת כיון דהוי חיבור. גם המעיין במהרי"ק יראה דכ' וז"ל נראה לחלק בין היכא שנקרע גוף האות להיכא שהקרע עובר בין אות לאות דודאי היכא שנקר' גוף האות והדבק מחזיקו נמצא שאין כתב כי אם ע"י הדבק ואע"ג ששפתי הקריעה נוגעים זו בזו ולא נחסר הקלף כלל אלא שנקרע ונסדק מ"מ בעינן שהאות יהי' מוקפת גויל ואפילו היכא שירך האות שלם ולא נסדק כלל אלא שנחסר הקלף שבתוך חלל האות פסול כש"כ היכא שגוף האות נחלק לשנים אלא שהדבק מעמידו עי"ש עוד הרי דמהרי"ק אתי עליה מטעם דאין מוקף גויל אולם באמת בנקרע האות לשנים גרע יותר משאינו מוקף גויל ונפסל אף שהי' בשעת כתיבה מוקף גויל מ"מ כיון שנחסר אח"כ מגוף האות אז אף אם לא נשתנה צורת האות מ"מ הא בשעת כתיבה האריך האות ול"ה אז במקומו של עכשיו אחר הקרע מוקף גויל ומה שמחברו יחד ע"י דבק אף אם הוי חיבור מ"מ אינו כתב כ"א ע"י דבק והכונה דהוי כחק תוכות דא"ז כתב. וכן מצאתי בספר קרית ספר מבעל המאירי הנדפס מחדש וז"ל (דף י"ב ע"ד) הא מ"מ כל שהקרע נגע בהאות לא יתפור אלא יסלק שא"א שלא יהי' הקרע זז ממקומו ותפסד צורת האות אלא שאפשר שיהא לה תיקון בדבק או במטלת מאחורי הכתב וכן היו מנהיגים גדולי זקנינו בנרבונא

בדבק של דג מאחוריה ולא בדבר אחר וכן העיד לי אבי מרי ז"ל ואני חוכך להחמיר אף באלו שהרי מ"מ כשנקרע גוף האות כבר נפסדה צורתה וכשיתקן בתפירה או בדבק ומטלית נשארה האות עשוייה מאליה והו"ל כחק תוכות זהו דעתי בענינים אלו ע"כל. הרי מבואר דעיקר הטעם כיון דקודם הדבק ומטלית נפסד צורות האות מה שמחברו אח"כ אף שהוא אחד מ"מ נעשה ממילא ולא ע"י כתיבה וזה ג"כ כוונת מהרי"ק ומ"ש דבעינן שהאות יהי מוקפת גויל היינו אף בלא נפסד לגמרי צורות האות כגון שגג הה' או בית או ד' רחב וע"י הקרע שנקרע נשאר עוד צורתו עליו בחלק הגדול מ"מ כיון דבשעת כתיבה לא סי"ים שם ל"ה כמוקף גויל במקום הזה והחיבור שמחברו נעשה מאליו והוי כחק תוכות וכמ"ש המאירי וא"כ זה א"ש היכא דנכתב ואח"כ נקרע ומחברו אבל אם מחברו בדבק או במטלית ואח"כ כותב האות למה יפסול בשביל זה כיון דנקטינן דע"י הדבק ומטלית הוי חיבור היכא שנכתב כל האות ע"י המטלית למה נפסול אם נכתב החצי על היריעה והחצי על המטלית וכמו שכ' הט"ז. ובדברי רמ"א ומהרי"ק מבואר בנקרע אחר שנכתב. ואף דמהרי"ק כ' זה כדי לתרץ הא דמבואר במס' סופרים אין דובקין בדבק ואין כותבין ע"ג מטלית ומפרש דמיירי בנחלק האות ע"י הקרע והרא"ש הל' ס"ת מובא בב"י (סי' ר"פ) מפרש הך דאין דובקין בדבק מיירי קודם הכתיבה מ"מ המעיין בדברי מהרי"ק יראה דעיקר מה שפוסל הוא אם נעשה הקרע בהאות אחר הכתיבה:

וראיתי ברדב"ז ח"ה (ש"א רנ"ח) שכתב על הקרע בס"ת באמצע האותיות וכבר הי' אפשר לעשות תקנה ע"י הדחק לדעת מהרי"ק להרחיב הקרע עד שיוסרו משם כל אותיות הפסוקות ולעשות לו טלאי מגויל ולהדביק אותו יפה מאחורי הדף ולכתוב האותיות על הטלאי בעצמו ואע"פ שתהי' התיבה מקצתו על הטלאי אין בו כלום להאומרים לדבק טוב הוא אבל לא הסכמתי לזה התיקון עי"ש שהחמיר כי אינו אומר לדבק טוב בכל אופנים אבל לדידן דנוהגים לומר לדבק טוב לא אדע שום הפרש בין חצי אות על הקלף וחצי על הטלאי וכן אם כל האות על הטלאי ודברי הט"ז ברורים ואולי אם האחרונים הי' חזו עיניהם בדברי הרב המאירי שמעיד שגדולי נרבונא היו נוהגים לדבק אף בנקרע אחר המכתב רק ע"ז טוען המאירי דפסול מטעם חק תוכות אבל לא מטעם מוקף גויל אם נכתב בכשרות אחר שנדבק ביחד דהוי כגוף אחד היו מסכימים לדעת הטו"ז שוב ראיתי בביאורי מרדכי מהגאון האמיתי מ' מרדכי בנעט זצ"ל דהסכים לדעת הטו"ז וידענו כמה נפיש חיליה דהאי אילנא רבה לכן לא מלאני לבי לגרור האותיות ולצמצם שיבא אות שלם על הטלאי כי כבר זכו התיבות והאותיות שיעמדו במקומן ביפין וסמכתי להקל בדיעבד ע"ד הטו"ז אחרי שמצינו שכן הי' דעת הראשונים ומן האחרונים המסכימים עם

הטו"ז. ומ"מ הסופר ראוי לגעור בו שכן לא יעשה לכתחלה וראיתי בתשובת רבינו הגדול מרן עקיבא איגר ז"ל (סי' י"א) בענין אם דיבוק הוי חיבור שהביא מדברי רמ"א אה"ע (סי' ק"ל ס"ז) שכ' דחיבור בדבק הוי ספק והוכיח מזה לענין בתים דתפילין דהוי ספק ולכאורה שם הספק משום ספר אחד אמר רחמנא ולא שנים ואף דהוי חיבור ע"י הדבק מ"מ כיון דניכר הוי כב' ספרים משא"כ לגבי תפילין כיון דכתיב רק והיו לטוטפות מנין לנו דלא מהני ע"י חיבור דלמא דומה הוא לס"ת אף דהחיבור הוא דוקא ע"י יריעות וע"י תפירה מ"מ הא חזינן דגם מטלית ע"י דבק הוי חיבור כמו דפסקינן ביו"ד (סר"פ) וכיון דאנן נוהגין להתיר אף לכתחלה בטלאי ודאי כדאי הטו"ז לסמוך עליו שלא לקלקל תואר ויפוי הכתיבה ע"י שיגרור האותיות ולכתוב על המחיקה אות שלם דוקא על הטלאי ובפרט כי מצינו לו סי'יעתא מראשונים ואחרונים וה' יצילני משגיאות:

סימן י

נדרשתי מכבוד ידיד נפשי ה"ה הרב הגאון הגדול חריף ובקי המפורסם כקש"ת מו"ה ישראל יהושוע שליט"א אבד"ק קוטנא יע"א בעה"מ ספר תפארת ישראל על ח"מ וז"ל אגב אורחא אמרתי לכתוב בהא דכתב הרמב"ם (פ"א מכלאים) דאין איסור כלאי זרעים אלא בראוים לאכילה ולא בעשבים שראוים לרפואה והכ"מ תמה מהא דזונין דמאכל ליונים וכן קוצים שהוא מאכל גמלים וכתב דלאו דוקא כ' רבינו מאכל אדם ולא נתכוין רק לשלול עשבים המרים בלבד ותמוה לי מה בין רפואה למאכל בהמה אבל לענ"ד ברור דכלאי זרעים כהרכבת אילן ואילן סרק באילן סרק אין בו איסור הרכב' ואם הרכיב אילן סרק במאכל לוקה ה"נ בכלאי זרעים אם שניהם אינן למאכל אדם לא מתסר כלל ואם אחד ראוי והשני אינו ראוי אסור מדאורייתא אלא דבעינן עכ"פ שיהי' ניחא ליה בזריעה דבלא נ"ל לא מתסר כלל אפי' בשניהם ראוים ולזה כל היכא שדרך בני אדם לזרוע כגון למאכל עופות ולבהמה ולרפואה או לצביעה בעלמ' מתסר מדאורייי' בניחא ליה ובלא נ"ל אסור עכ"פ משום מראית העין ובהכי ניחא הא דחטים וזונין וכן המקיים קוצים בכרם ומקום הניח לי הרב הכ"מ ז"ל עכ"ד במכתבו היקר אלי:

וזאת תשובתי אליו

אנכי לא ידעתי מקור נאמן לזה לדמות מאכל בהמה ודברים שהם לרפואה בזרעים להרכבה דאילן סרק דשם לגבי הרכבה כתב הר"ש הטעם דמין באינו מינו כחד מין יחשב והרא"ש כתב הטעם כיון שאינו פרי וזה אתי שפיר לגבי הרכבה דילפינן משדך לא תזרע כלאים דומיא דבהמתך לא תרביע כלאים מה בהמתך דבר המסויים הוא וניכר

לכל שמרביע מין על שאינו מינו אף שדך בעינן דבר המסויים דהיינו הרכבה ואילן סרק דאינו עושה פרי כלל אינו דומיא דבהמתך ובכל כלאי זרעים י"ל דבכלל לא תזרע הוא כשזורע שני מינין אף שהוא אינו מאכל אדם כלל רק לבהמה או לרפואה ובאמת יש להתבונן בדברי הר"ש הא מצינו מינים טובא באילני סרק למה לא יהי' אסור וראיתי בתשובת חתם סופר יו"ד (סי' רפ"ז) שעמד ע"ז והוכיח דיש כמה מיני אילני סרק וכנראה במוחש וכתב דמגופיה דקרא דמעשה בראשית דכתיב למינהו באילנות נפקא להו דשם כתיב עץ פרי עושה פרי ואהני כתוב למינהו ולא סרק דבר שאינו נושא פירות והעלה עפ"ז להתיר שני מיני עצי ריח אף שמשונים במינם ובריחם וראיתי בספר מור וקציעה (סי' תרמ"ז) שכ' ונ"ל בהדס אפי' ודאי מורכב אינו פסול אם אין בו שום שינוי מהדס גמור ועיי"ש (סי' תרמ"ט) וכנראה דסובר דלית ביה איסור דהרכבה ועיין תשובת שבות יעקב (סי' ל"ו) וח"צ (סי' קס"א) דמשמע מדבריהם קצת דלא נחתו לזה שלא יהי' כלל איסור בהרכבה בהדסי'ם ואולי משום שיש בהם ענבים וזה פרים. ובש"ס סוכה (דל"ג) גבי ענבים מרובים מן העלים קאמר אם לקטן לאכילה. וכנראה דזה ג"כ כונת הרא"ש במ"ש שאינו פרי דבשביל זה כחד מינא יחשב דאינו נושא פירות [וראיתי בלבושי שרד בליקוטיו שכ' להתיר הרכבת עצי יער אף שעושין פירות דחשיבין כאילני סרק ולדבריו שם היה מותר להרכיב אילן יער ביער וזה תימא למאד הא כשעושין פירו' כתיב בהו למינהו במעשה בראשית ואין למדין מן מה דנ"מ לענין ברכות הנהנין דשם תליא בענין חשיבות לקבוע להן ברכה מבוררת אבל לענין הרכבה תליא אם אינו סרק ממש דזה מותר וכחד מין יחשב אבל כשנושא פירות ובני אדם אוכלים אותם אף אם לאחר תיקונם הרי זה בכלל עץ פרי עושה פרי ואסור בהו הרכבה במין אחר שאינו למינהו ובל"ס הא דמבואר בתורת כהנים ובירושלמי להתיר אילן סרק באילן סרק היינו כשאינו עושה פירות אף שנפרדים הם במינם וניכרים שזה מין בשאינו מינו מ"מ למיניהם תליא בעושה פרי אבל כשנושאים פירות הנאכלים נאמר בהו למינהו ואסור ההרכבה בהו ובמתני' דכלאים (פ"ו) לענין המדלה את הגפן דר"מ אומר לענין זה הכל אילן סרק חוץ מן הזית הכי נאמר ח"ו ששאר אילנות הנושאים פירות שאינן בהרכבה זה ודאי אינו ואף לענין המדלה את הגפן אמרו שם חכמים איזהו אילן סרק כל שאינו עושה פירות והכי נמי לענין הרכבה אם אינו עושה פירות הוי אילן סרק ולא כשנושא פירות אף אינם חשובים כ"כ כתיב בהו למינהו] וזה הכל לענין הרכבה אבל לענין כלאי זרעים מה לי אם הוא מאכל אדם או מאכל בהמה כיון דלא כתיב בהו פרי ומנא לן לומר באם זורע שני מיני זרעוני מאכל בהמה או לרפואה שאינם בכלל שדך לא תזרע כיון שהם זרעונים

ולא כתיב בהו פרי ואם אחד הוא מאכל בהמה או לרפואה והשני הוא מאכל אדם יהי' בו איסור [ומ"ש מעכ"ת נ"י שוב שנית דיש לדמות זה לכלאי בגדים דלא אסרה רחמנא כלאי בגדים רק בלבישה וכלאים בציצית יוכיחו דאם חיבר חוט אחד של צמר אף שאין בו הנאה דלבישה כל הבגד נאסר לפי שלובש בכלאים וכמו כן בכלאי זרעים כשאחד מהן מאכל אדם וזורע לאכילה כשזורע במתכוין מין אחד שאינו ראוי לאכילה אסור מן התורה ולוקה. לא אדע שם אסר' התור' צמר ופשתים כשהן יחדיו נאסר כל הבגד אף מחוט א' דהחבור אסר' תורה ללבוש אבל לענין כלאי זרעים אם נאמר דמאכל בהמה ולרפואה אף משני מינים לא אסרה התורה בזריעה רק במאכל אדם מנין לנו להוסי'ף דאחד מאכל אדם יהי' אסור לזרוע עם מאכל בהמה כיון דכל שאינו מאכל אדם אינו בכלל שדך לא תזרע כלאים]. אלא ודאי דדעת הרמב"ם דרק עשבים שאינם ראוים כלל למאכל רק לרפואה אין בו משום כלאי זרעים.

והטעם כמו שכתב הלבוש הלכות כלאי זרעים וז"ל אינו אסור משום כלאי זרעים אלא הראוי למאכל בין לבהמה בין לאדם אבל עשבים המרים וכיוצא בו מן העיקרים שאינם ראוים למאכל כלל אלא לרפואה וכיוצא בו אין בו משום כלאי זרעים דסתם שדך לזרעים הראויות לאכילה עומד עכ"ל ונראה כיון דאין דרך לזרוע לא אסרה תורה והרמב"ם כנראה לא מצא מקום מבורר שיהי' מקום שדרך לזרוע לרפואה לכך כתב (פ"ח הח"י מכלאים) ברישא אע"פ שרוצה בקיומו לבהמה ולרפואה ה"ז לא קדש ובסי'פא כתב המקיים קוצים כו' בזורע לבהמה ולא הזכיר לרפואה משם יש לדקדק דאף עם מאכל אדם כ"ש לרפואה אינו מן התורה כיון דאין דרך לזרוע ובאמת במקום שזורעין לשדה לבהמה הוי כלאים אף בשני מיני זרעים שהם למאכל בהמה ומ"ש מעכ"ת נ"י לדברי הכ"מ מה בין מאכל בהמה לרפואה כנראה דכונת הכ"מ דלרפואה אין רוב העם זורעים אף במקום אחד ועיין חידושי רמב"ן וחולין (דף ס') בהא דבעי רבינא הרכיב שני דשאים זה על גבי זה מהו כיון דלא כתיב בהו למינהו דדוקא לענין הרכבה הוא דקבעי אבל לענין כלאי זרעים פשיטא דלית בהו שאינו אסור משום כלאי זרעים אלא מיני תבואה וקטניות וזרעוני גינה אבל לא בדשאים ובתשובת דבר שמואל (סי'' רנ"ב) נשאל ע"ז דמאי פשיטותיה כיון שהכל נקרא דשא בלשון הכתוב והשיב שהוא מהכלל שבידינו במדת הק"ו דאמרינן דיו לבא מן הדין להיות כנדון וכיון שהדשאים כולם נשאו ק"ו מן האילנות המחוייב לאותו הלמד מק"ו לא יהי' יותר חמור מן המלמד עצמו דהיינו האילנות וכשם שבאילנות לא נאסר זריעת זרעוניהם כלאים כדמייתי הר"ן מתוספתא אף אותם הדשאים שלא נאסרו מגזה"כ שדך לא תזרע א"א לאוסרם מדין הק"ו האילנות ולהוסי'ף בחומרתם

יותר מן האילנות עכ"ל ומבואר דהדשאים אינן בכלל שדך לא תזרע שאינן במאכל ואף שאין מין זרע שלא יהא או בכלל תבואה או זרעוני גינה או ירק והנך אסורין בכלאי זרעים והן בכלל דשא מ"מ בדשאים שאינם ראוין ועומדין למאכל דומין לזרעוני אילן וכמו בזרעוני אילן דמותר לזרוע זרע אילן עם זרע גינה כמבואר בירושלמי (פ"א דפאה) זורעין זרעים וזרע אילן כאחת וכמו שהביא הכ"מ (שם ה"ו) והטעם מבואר שם שאין דרך בני אדם להיות קורין אותם זרעים וכמו כן דשאים ובהרכבה אסורין וממילא במאכל בהמה אם נאמר דלא הוי כלאים כשזורע שני מינים יחד לא הוי כלאים אף אם זורע עם זרע אחד ממאכל אדם. לכן הוכיח הכ"מ קוצים במקום שזורעים הוי כלאים אם נמצא עוד מין אחד ממאכל בהמה שרוב בני אדם זורעין ושפיר הקשה למה כתב הרמב"ם הזרעים הראויים למאכל אדם הא כיון שמצינו דמאכל בהמה הוי כלאים בכרם חזינן דלא תליא במאכל אדם דוקא ומתרץ דבא לשלול רק עשבים המרים בלבד דבזה לא מצינו דרוב בני אדם באיזה מקום שיזרעו:

וכן הר"י קורקוס כתב דהא איכא שאינו ראוי למאכל אדם ויש בו כלאים כמו קוצים וזרע פשתן וזולתו הוא לא בא למעט אלא עשבים המרים מה שאינו ראוי אלא לרפואה ופירש ראוי למאכל אדם בין שראוי כמות שהוא או שהיוצא ממנו ראוי לזרעוני גינה עכ"ל. ובאמת מדברי הרמב"ם משמע שירק הפשתן ראוי למאכל אדם כמו החרדל וברדב"ז ביקר תפארת כתב מימינו לא ראינו מי שאכל ירק הפשתן ואפשר כשמשקין אותו מין הירק יהי' ראוי לאכילה ובאמת לא הבנתי דברי הרי"ק דזרע פשתן ראוי לאכול הזרע והגרעינין והוא מאכל אדם ומרבה החלב להאשה כמו שידענו ובמתני' דפאה (פ"ו) שני הוצני פשתן שכחה ובלי ספק דבר שלא נזרע למאכל אדם לא שייך ביה שכחה כמ"ש ג"כ מעכ"ת נ"י ואיירי שם שזרען לאכול הזרע עכ"פ הוי מאכל אדם רק קוצים הוי רק מאכל בהמה. וע"כ דתליא במה שדרך השדה בזריעה וז"ל ס' קרית ספר מבעל המבי"ט (פ"ח) עשב שאין דרך בני אדם לזורעו אע"פ שרוצה בקיומו לבהמה ולרפואה לא קדש עד שיקיים דבר שרוב העם מקיימים באותו מקום דאשר תזרע משמע מה שנהגו בני אדם לזרוע ורוצין בקיומו עכ"ל ומסתבר דהם קאו על כלאים שיהי' אסור מדאורייתא ומה שבני אדם מקיימין וזורעין שדות מהן כמו קוצים וכדומה הוי כלאים מן התורה וכמו שכ' הלבוש ומעכ"ת נ"י בכתב במכתבו השנית דבאינו ראוי לאכילה לא מתסר מן התורה ולרפואה שרי לגמרי ורק לבהמה ולצביעה הוי מדרבנן וגם הכ"מ מודה דלא מתסר מדאורייתא והלבוש יחידאי הוא לענ"ד משמע מדברי הרי"ק והכ"מ והמבי"ט דהוי כלאים מן התורה ולא תליא כלל במאכל אדם רק במה שדרך לזרוע מהן שדות

וכן משמע מירושלמי ריש כלאים דקתני במתני' החטים והזונין אינם כלאים זה בזה הא עם השעורים הוי כלאים מטעם שכן מקיימים אותם ליונים ועי"ש בשנות אליהו הגרסא בירושלמי ומשמע ברור דעם שעורים הוי כלאים מה"ת ולוקה ומר"א דסובר בקוצים הואיל שכן מקיימין אותם לגמלים בערביא נאסר מינן בכ"מ שהוא מבואר ג"כ דהוא מה"ת דאל"כ לא הי' אוסר במקום שאין מקיימין ואין לנו טעם אחר לחלק בזה רק כמ"ש הלבוש והמבי"ט דתליא במה שדרך בני אדם לזרוע דאל"כ מ"ש הנאה דבהמתו מהנאה דלרפואה.

ומ"ש מעכ"ת נ"י ליישב דברי הכ"מ למ"ש בחידושיו ליו"ד ליישב הקושיא בהא דלא יסי"ק בחמץ תנור ריש פ' כל שעה הא הוי שלא כדרך הנאתן וחידש דהא דשלא כדרך הנאתו לאו למימרא דלחם שהוא ראוי לאכילה אינו ראוי להנאה דהדלקה דזה אינו אלא דלא אסר' התורה אלא הנאה כעין אכילה כהא דפ' לולב הגזול דלר"י מותר לעשות מפירות שביעית כביסה ולא לרפואה שאינו דומה לאכילה שהן מרים ואינן שוין לכל אדם וכ"כ באיסורין לא קפדינן על עצם הדבר שנהנה ממנו אם עומד לכך אלא על הנאה והנאה דהדלקה שוה לכל אדם והכל צריכין משא"כ רפואה כמו דאסור ביו"ט לבשל דברים מרים לרפואה ומאן דמתיר אינו אלא משום מתוך והא דאסור להריח והמריח מעל אף על גב דלדעת תוס' פסחים מעילה שרי שלא כדרך הנאתו מלבד למ"ש במ"א בקדשי מזבח אסור שלכדה"נ גם נראה דדוקא ביו"ט מקרי ריח אינו שוה לכל נפש דאינו הכרח כ"כ אבל עכ"פ כל אחד נהנה קצת מזה עכ"פ יש לחלק גם בכלאים כעין זה ותדע דהא איסטיס מבואר (פ"ז) דשביעית דהוא בכלל הצובעין ואינו מאכל אפ"ה אסור בכלאים כדמוכח (פ"ב) אלו דבריו והאריך עוד בזה לענין הרכבה באילן של ריח:

והנה אף כי מאד אני מחבב דברי קדשו מ"מ בזה לא אדע דבאמת מיני צבעונין בכלאים לא ראיתי רק איסטיס ומה דפשיטא לי' למעכ"ת דאינו ראוי למאכל אדם ז"א דספיחי סטיס ראוים לאכילה ע"י הדחק ונדברי הר"ש פ"א דפאה סטיס עצמו לא חשיב כלל ובתוס' שבת (דף ס"ח) מספקא להו דשמא סטיס הוי מאכל גמור ועיין תוי"ט פאה שם עכ"פ הוי מאכל אדם ע"י הדחק וכמו תלתן וצריך למעטן מחיוב פאה ואינו ראי' דצביעה יהי' דומה לשביעית דשם דרשינן למיני צבעונין דחל עליהן קדושת שביעית מהפסוק כמבואר בתו"כ וירושלמי (פ"ז דשביעית) תהי' לרבות הדלקה ולצביעה וקדושת שביעית חל על הצבעים ומבואר עוד שם בירושלמי בשמים מהו שיהא עליהן קדושת שביעית ועי"ש במפרש היינו להריח והרמב"ם לא הביא זאת ואפשר כיון דכ' (פ"ז) דבאילן סרק אף היוצא מן העלים ומן העקרים כפרי שלהן ויש לו ולדמיו שביעית והוא מתוספתא

ק"ו דבושם העומד להריח. אולם לענין כלאים אין לדמות מסברא מה דהתורה אמרה לא תזרע כלאים והיינו שני מינין נאמר דמאכלי בהמה ולצביעה יהי' בהן כלאים דאין חילוק בין מאכל אדם ולרפואה לא יהי' סוף סוף אם הוא דבר המתקיים וזורעין אותם בני אדם הוי כלאים וראיתי ברדב"ז (ח"ה סי'' ש"א רנ"ג) שנשאל על מי שיש לו גינה קטנה בא"י וזורע בה מיני זרעים ואינו מכוין בהם לאכילה אלא למראית עין וכ' דלא תליא באכילה אלא בזריעה והרוצה לעשות כן יזרע מיני דשאים שאינם מאכל אדם אע"פ שכתב רבינו אבל עשבים המרים וכיוצא בהם שאינם ראוים אלא לרפואה לאו דוקא מרים אלא אע"ג שאינם מרים מותר כיון שאינם ראוים למאכל אדם ומה לי אם זרען לרפואה ומה לי אם זרען ליהנות בראייתן ואפשר דכ"ש הוא דאם זרען לרפואה סוף סוף למאכל אדם זרע להו מותר כ"ש אם זרען ליהנות מראיתן וזה ברור אצלי עכ"ל ובלי ספק מודה דמאכלי בהמה יש בהם כלאים מן התורה ושם אף דראוי למאכל בהמה מ"מ כיון שלא זרען למאכל בהמה רק להנות מראיתן אף דודאי דבר זה שוה לכל אדם ואף ברפואה בדבר שאינו מר מ"מ לא הוי כלאים וע"כ דתליא רק במה שדרך לזרוע זה אסרה התורה ואם זורע להנות מריחן צריך עיון אם יש לדמות לדברי הרדב"ז הנ"ז. ומ"ש בענין שלא כדרך הנאתו דלא קפדינן אם עומד לכך אלא על הנאה והנאה דהדלקה שוה לכל אדם. לא כן כתבו התוס' ב"ק (דף ק"א) בהא דערלה דצריך קרא לאסור צביעה כתבו משם ר"ת דצריך קרא לאסור צביעה והדלקה שלכדה"נ כגון צביעה דתאנים ורימונים ודברים דלאו אורחייהו והדלקה איצטריך לשמן שאין עומד להדלקה כלל ומבואר אף דעושה דבר הנאה ששוה לכל אדם אם עצם הדבר שנהנה ממנו אינו עומד לכך הוי שלא כדרך הנאתו וכן מהא דמשני בפסחים (דף כ"ו) שאני היכל דלתוכו עשוי ופי' רש"י דהנאת צל אין זה דרך הנאתו ובתו' שם דבצל אשירה לצל עשויה והוי דרך הנאה מבואר דהנאת צל שוה לכל אדם וכל העומדין שם נגד השמש צריכין להצל ובכ"ז תליא בעצם הדבר שנהנה ממנו אם עומד לכך וכן מוכח עוד מכמה מקומות אפס אדמה כי גם מעכ"ת נ"י עמד ע"ז וקיצר בדבריו לכן אקצר בזה:

ומ"ש מעכ"ת נ"י במכתבו השנית דלדברי הכ"מ בהרכיב אילן לא נאסר רק הרכבת אילן מאכל לא העומד להדלקה או לצביעה ואם מין אחד עומד לאכילה אסור ובכלאי זרעים נאסר כל מיני זרעים גם שאינן נאכלין כל שדרך לזרוע מהן שדה שלמה רק לרפואה שרי וצריך שיהיו ב' המינין ראוין ופשוט שאין נראה כן מדברי הרמב"ם דבהלכה ד' בכלאי זרעים כתב דאינו אסור עד שיהא ראוי למאכל אדם לא לבהמה ובהלכה ה' כתב דכלאי אילן הוא בכלל שדך לא תזרע משמע דשוין הן. לא אדע לכלכל הדברים האלה הא לא

כתב הרמב"ם רק הראוין למאכל אדם ולדברי הכ"מ לא בא לשלול מאכל בהמה רק לרפוא' עשבי' המרים שאין דרך לזרוע מהן שדה ומ"ש בה"ה דכלאי אילן הן בכלל שדך לא תזרע שהוא דוקא בהרכבה ובודאי לדעתו אינם שוין דאף זורעין זרעים וזרע אילן כאחת ומ"ש מהא דלא הביא הרמב"ם הך בעי' דהרכיב שני מיני דשאים כבר עמד ע"ז בכ"מ ועיין מהרש"א חולין שם מה שכ' דעתו בדעת הרמב"ם ויש לעיין טובא בדבריו וגם יש לראות במ"ש הכ"מ דלכך לא כתב רבינו דאם הרכיב ירק בירק בא"י דלוקה דלא אצטריכא ליה שאם על זריעת שני מיני זרעים בא"י לוקה מכ"ש שלוקה על הרכבתן הא לדעתו אכתי אצטריך בדשאים המרים שאינן ראוין אף למאכל בהמה והם מרים דא"ח משום זורע כלאים ובהרכבה י"ל דאסור וכמו שהוא דעת הרמב"ן והר"ן אף מה שמותר בזריעה מ"מ בהרכבה אסור וזה לכ"ע דהא בזורע אילנות כ' הרמב"ם דאין לך כלאים באילנות אלא הרכבה בלבד ועיין תוס' סנהדרין (דף ס') דכתבו דל"ה אסרינן הרכבה באילנות בישראל מדרש מה בהמתך בהרבעה אף שדך בהרכבה דל"ה מפקינן קרא ממשמעותי' דכתיב לא תזרע אי לאו דאשכחן כבר למילהו במעשה בראשית ויש להבין כיון דכל מה דאסרינן בהרכבה דומיא דהרבעה הוא מדכתיב למינהו וא"כ גם השתא מנ"ל דמפקינן גם ממשמעותי' להתיר בזריעה וע"כ הטעם כמ"ש בירושלמי דאין דרך כל אדם לקרוא אותן זרעים ולדברי הכ"מ עכ"פ בהרכבה יש לומר דאסור אף בעשבים שאין בו איסור זריעה וכנראה בזה דדעת הרמב"ם לסמוך ע"ד הירושלמי (פ"א דכלאים) דכיון שלא נצטוו אינם בכלל את חוקותי וכמ"ש מעכ"ת נ"י וכן ראיתי בדברי רדב"ז בס' יקר תפארת שם שכ' דבחו"ל ירק בירק מותר ודבריו שם עדיין צ"ע דמ"מ בארץ ישראל למה לא הביא הרמב"ם ומ"ש דלא שייך גבי ירק בירק הרכבה והוא מיני זרעים ואינו נוהג אלא בא"י הא בש"ס דילן היא בעיא וי"ל דשייך הרכבה לאסור מה"ת אף בדבר שאינו חייב בזריעה וכמו באילנות וכנ"ל ולדברי מעכ"ת נ"י שסמך על הירושלמי אתי שפיר ועיין בביאורי הגר"א ז"ל (סי' רצ"ה ס"ק ב') שכתב ג"כ בדעת הרמב"ם ע"פ דברי הירושלמי הנז' וכ' דלענין מלקות לא נקיט הרמב"ם ירק בירק והא דתנן במתני' איסורא בעלמא מדרבנן אולם מה שסי'ים וכן דעת הטור שסתם וכתב בין ירק בירק אינו מובן הא הטור כ' שלא אסרה התורה אלא הרכבה בין אילן באילן בין אילן בירק בין ירק באילן בין ירק בירק משמע דכולן שוין ואסר' התור'.

ואשר כ' מעכ"ת נ"י בדברי הכ"מ (פ"ה ה"ג) שכ' בד' הרמב"ם לענין זרעים בכלאי הכרם דהנאכלין אסורים מדרבנן ושאין נאכלין גם מדרבנן שרי ולא נתברר אם גם בזה דעתו דלא קפדינן אם ראוי לאכילה ממש או להנאה חשובה כמו צביעה והדלקה ומ"מ קשה

לי' שהרי פול המצרי חייב במעשרות ואפילו הכי אינו כלאים בכרם אף דהוא מאכל אדם גם בלוף שכ' הכ"מ דאינו אוכל קשה דהא חייב בשכחה ואינו נוהג אלא באוכל אדם ויש לדחוק ומ"מ מפול המצרי קשה לכן נראה עיקר כמ"ש הראב"ד אלו דבריו והנה ידידי נ"י שם למטרה לירות בדברי הכ"מ והכ"מ הביא דברי הר"ן חולין פ' ראשית הגז שכ' לאפוקי שאר זרעוני גינה שאינן נאכלין דומיא דקנבוס ולוף שאינן כלאים בכרם כדתניא בתוספתא עי"ש ולוף הוא מין בצלים כמבואר ברמב"ם פירוש המשניות ועוד הא בתוספתא שהביא הר"ן קתני פול המצרי ולפננו הגירסא שהן כלאים והרמב"ם (פ"ה) שכתב פול המצרי מין זרעים הם ואינו מקדש וציין הכ"מ בתוספתא (פרק ג') ושם קתני הקישואין והדלועין כו' ופול המצרי מיני זרעים ה"ה כלאים ואינו מובן הא קשואין ודלועין מיני ירק נינהו ולמה קרי להו מיני זרעים. ולא נוכל לומר דהוא ט"ס בתוספתא וצריך להיות אינם כלאים א"כ קאי גם על דלועין בכלל התירא וזה בלתי אפשר דהן ירקות ולדעת הכ"מ בדברי הרמב"ם הן אסורין מן התור' והגר"א ז"ל בביאוריו (סי' רצ"ו ס"ק ז') גרס בכולן שבתוספתא מיני זרעים הן ואינן כלאים בכרם ושיטתו שם דמה דמותר אף מדרבנן הוא שלא במפולת יד ומ"ש שם בסעיף א' והוא דברי הרמב"ם שאר הזרעים אסורים מדבריהם היינו במפולת יד ושלא במפולת יד מותר שאר מיני זרעים ועי"ש (ס"ק ל"ג) דהא דנקיט פול המצרי אע"ג דאמרינן בנדרים שהוא ירק או דגן וצריך ביאור אמאי אינן כלאים וגם הא הגר"א ז"ל כנראה מודה דמיני ירקות אסורים מן התורה ובתוספתא קתני הקישואין והדלועין והאבטיחים והא ודאי מיני ירקות הן אולם כנראה מ"ש הר"ן והכ"מ דשאר זרעוני גינה שאינן נאכלין דומיא דקנבוס ולוף שאינן כלאים היינו אף דהם נאכלין מ"מ הזרעים אינם ראויים למאכל אדם והפרי של אותו הזרע מאכל אדם כמבואר ברמב"ם (פ"א ה"ח) וזרע פשתן הוא בכלל זרעוני גינה וסובר הרמב"ם דזרעוני גינה שאינן נאכלין היינו הזרע זה אינו כלאים רק פשתן ולוף ושאר זרעוני גינה שאינן נאכלין מותר אף מדרבנן אף שהפרי נאכל רק זרעוני גינה הנאכלין הזרע זה אסור מדרבנן לדעת הכ"מ וכל הנך דקתני בתוספתא ופול המצרי אף דנאכלין מ"מ הזרע אינו מאכל לכך אינן כלאים בכרם:

ודעת הרדב"ז בס' יקר תפארת דמיני ירקות הקנבוס והלוף מה"ת ושאר ירקות הואיל דאית בהו שאסורים מה"ת כקנבוס ולוף גזרו מדרבנן אבל שאר זרעים דלית בהו איסור תורה לא גזרו בהו ומותרים לכתחלה. ולדבריו הא דכ' הרמב"ם (ה"ג) וכיוצא בהם מזרעי' שנגמרים עם תבואת הכרם היינו זרעי ירקות אבל שאר הזרעים אסורים מדבריהם היינו נמי זרעי ירקות הואיל דאית בהו שאסורים מה"ת כמו קנבוס ולוף ושאר זרעים

כולם מותרים לכתחילה ולדעת הכ"מ תליא בין זרעים הנאכלין היינו הזרע עצמו ועיין בהרע"ב ותוי"ט כלאים (סוף פ"ה) ועי"ש בשנות אליהו דגרס במתני' וכל מיני זרעים כלאים בכרם וצ"ע להבין עם דבריו שבביאוריו ליו"ד ואפשר כונתו דכל מיני זרעים כלאים בכרם כשזרען במפולת יד אסור מדרבנן כל מיני זרעים כמו שדעתו בביאורי יו"ד ולדינא מי יכול להכריע בין הרמב"ם והראב"ד אף דאינו אלא מדרבנן מ"מ כיון דבש"ע פוסק כשיטת הרמב"ם והרמ"א לא הגיה ולדברי הכ"מ לכל אחד הוא קולא וחומרא דבזרעים הנאכלין לדעת הרמב"ם אף אם דרכן לקיים אסור ובאין נאכלין מותר ולהרדב"ז אף בנאכלין מותרים לגמרי אף בדרכן לקיים ולדבריו כל הני דקתני במתני' האירוס הוא (נאנ"ע בל"א) והם מיני מרקח' שדרכן להשימן בתבשיל והשאר הם זרעים חשובים ומועילים ודאי מקיימים ולשיטת הראב"ד באין דרכן לקיים לעולם מותר אף בזרעים הנאכלים ולא הכריע בש"ע אף שהוא רק דרבנן וכשזורע בצד הגפן דעת הרמב"ן והריטב"א סוף פ"א דקידושין והר"ן פ' ראשית הגז [ובטו"ז ס"ק ב' הוא ט"ס שכ' והר"ן פ' כל גגות ושם לא נמצא רק בר"ן פ' ראשית הגז] שלא נאסר כלל אם לא נזרעו שני מינין בכרם ומין אחד מותר לזרוע בכרם אפי' בארץ וא"כ אם זורע בצד הכרם מין זרעוני גינה שאינן נאכלין או אם נאכלין ואין דרכן לקיים ודאי יש להקל ולצרף דעת הנך פוסקים. ולדעת הגר"א ז"ל שרי בכל מיני זרעים בכה"ג אם אינו במפולת יד רק מיני תבואה ומיני ירקות וכנראה דעתו דמיני ירקות הוא מן התורה וכדברי הכ"מ בדעת הרמב"ם ודלא כרדב"ז ובאמת ע"ד הר"ן והתוס' דסברי דכל מיני ירקות לבד קנבוס ולוף לא הוי רק מדרבנן יש לדקדק מהך תוספתא שם בצלף לב"ש דאמרי כלאים ומבואר בש"ס ברכות (דף ל"ו) דספוקי מספקא להו ועבדי הכא לחומרא והכא לחומרא ואם מין ירק הוא ג"כ לא הוי רק איסור דרבנן נימא לקולא וצריך לדחוק בזה. שוב ראיתי בצל"ח ברכות שם שעמד ע"ז מש"ס קידושין (דף ל"ח) ויש ליישב להמעיין:

גם ראיתי בתוס' חולין (דף ס') כי יש להם שיטה חדשה בכלאי זרעי' כי כנראה מכל הפוסקים ומכמה משניות הא דאמרו במנחות (דף ט"ז) לא אסרה התורה רק קנבוס ולוף הוא רק בכלאי הכרם אבל בכלאי זרעים כל שני מינים הנזרעים יחד חייב עליהם והתוס' שם כתבו שם בהא דבעי רבינא הרכיב שני דשאים א"נ בשאר כלאי זרעים ואליבא דרבנן איירי הכא דאמרי בהקומץ קנבוס ולוף אסרה התורה ושאר זרעים לא והדברים אינם מובנים מה ענין הרכבה לכלאי זרעים וכלאי הכרם ופירושם לא אדע:

אגב ראיתי שם בח"ס (סי'' רפ"ז) שכתב דלר' יהודה דס"ל עיקר אילן ארעא שדך דכלאים הוא פירוש רק לכל הרכבת אילן לחוד ואין לכלאי זרעים שורש בתורה כלל וכתבתי

על הגליון עיין מתניתין דכלאים (סוף פ"א) ושם בירושלמי דלר"י דאוסר ששה על ששה הוא ללקות מבואר דלר"י ג"כ כלאי זרעים דאורייתא. ע"כ כתבתי תשובתי לכבוד ידי"נ הרב הגאון הגדול מ' ישראל יהושע שליט"א:

ויש לחקור בדיני כלאים בכרם דהמקיים וניחא לי' הרי זה קידש אם רואה בשבת ויו"ט דאי אפשר לו לעקור אם קדש אם נשתהה הזרע עד שיגיע לעונה שמקדש אם נאסרו הזרעים או דילמא כיון דהוי אונס לא קידש ובמתני' פ"ז דכלאים האנס שזרע את הכרם ויצא מלפניו קוצר אפי' במועד ומוסי'ף לפועלים עד שליש וכ' שם הרע"ב אע"פ שאינו דבר האבוד התירו לו מפני מראית עין לקצור במועד אי נמי אם הוא ירא שמא יוסי'ף מאתים במועד אז הוי דבר האבוד וכך כתב שם הרא"ש בפירושו ועיין ש"ע (סי'' רצ"ו ס"ח) וראיתי בתוס' רבינו הג' מרן עקיבא איגר ז"ל שהקשה דלמה נתיר לו שיקצור בשביל דבר האבוד הא אם לא נתיר לו לקצור הוי אנוס בדבר א"כ לא נתיר לו שיחלל המועד וממילא לא יהי' נאסר ג"כ כיון דהוא אנוס בדבר ולכאורה הי' נראה בפשיטות דאין אנו יכולים לאחוז החבל בתרי ראשין דאם נאמר דאסור לו לקצור והוי אנוס שוב ניחא ליה במה שמוסי'ף ודומה למ"ש התוס' פסחים (דף כ"ו) בהא דעלה עלי' זכר פסולה אף דודאי לא ניחא ליה להפסי'ד פרה שדמיה יקרים מ"מ כיון דאם נאמר שכשרה הוא מצד דהוי אנוס בדבר שוב ניחא ליה והכי נמי דכוותה כיון דנאמר דלא נאסר בהתוספות משום דאנוס הוא בדבר שאינו יכול לעקור שוב ניחא ליה בהתוספות בקיום הכלאים ולכך בהכרח אסרינן לי' וכיון דנאסר הוי דבר האבוד:

ברם זה אינו מלבד דהרא"ש בעצמו כנראה שחולק בזה על סברת התוס' כמבואר בשיטה מקובצת ב"מ (דף ל') וכתב כיון דשאר פרות ניחא ליה פוסל הפרה וחשיב ניחא לי' ועוד כתב שם משם הריטב"א כיון דהוא לפנינו ולא הקפיד לסלקו מעליה אנן סהדי דניחא לי' עי"ש מבואר דזה לא אמרינן כיון דאם תשרי לי' יהי' ניחא לי' ולאסור בשביל זה כיון דסוף סוף לא ניחא לי' רק היכא דיש גילוי דעת בלא"ה ובר מן דין אינו דומה לשם דשם המלאכה המבוררת הפוסלת בפרה נעשה רק דבעינן דניחא לי' ג"כ שפיר אין לנו להכשירה מסי'בת דבר הפוסל ולסלק הניחותא והפוסל לא יוכל להיות סי'בת הכשירה אבל בכלאים דליכא איסור כלל בקיומו רק אם ניחא לי' ומקיים מרצונו ושלא בהכרח ועיין תוס' ריש ב"ב הטעם משום דכתיב לא תזרע כרמך כלאי' דומיא דזריעה דניחא לי' וא"כ כ"ז דאין הניחותא בהקיום בעצם מבלי אונס ליכא מעשה איסור כלל וממילא היכא דאי אפשר לו לעקור ולסלק שוב לא איכפת לן במאי דניחא ליה דהוי לא אפשר וקמכוין דלא אסור רק דוקא בלא אפשר רק בטורח אבל בלא אפשר כלל

מותר כמו דמבואר תוס' פסחים (דף כ"ה) ומכ"ש בזה דבאונס לא אתעבד כלל מעשה איסור וכיון דאם לא נתיר לו לקצור במועד הוי כלא אפשר כלל ליכא איסורא בשביל דניחא ליה ולא הוי דומיא דזורע וכמו בזורע באונס דלא נאסר כן בזה ולא נאסר ע"י המחשבה לחוד ועיין כתובות (דף נ"א) דנראה דאף לאבוה דשמואל דסובר אשת ישראל שנאנסה אסורה לבעלה דחיישינן אף דתחילתה באונס שמא סופה ברצון אינה אסורה מטעם הרצון בלבד באם בלתי באפשרות לסלק המעשה איסור רק באם יכולה לפרוש ממנו בכח שני או שלישי ואינה פורשת ברצונה אבל אם אינה יכולה לפרוש ממנו אף דנתרצית במחשבה ונהנית מביאתו ואיתעבד האיסור תורה בכ"ז מותרת לבעלה דהוי כלא אפשר והכונה לבד אינה אוסרה עליו וכ"כ שם להדיא בספר בית יעקב מהגאון בעל ח"ד ז"ל ק"ו בכלאים דהתורה הקפידה על הזריעה והקיום ברצון הטוב כמו דגלי לן קרא דבעינן דומיא דזריעה מדעתו ורצונו דראוי לומר דלא נאסר ע"י המחשבה בלבד באם הוא אנוס בדבר שא"י לעקור וצריך לומר דבכ"ז התירו חכמים לו במועד לסלק אף שם איסור אבל בשבת ויו"ט דאי אפשר לעקור והוי אנוס י"ל דאף אם נתוסף מאתים וידע דניחא ליה דמ"מ לא נאסר וצ"ע בזה:

סימן יא

זה איזה שנים אשר לא הי' נמצא פעה"ק יין לקידוש כי לקו הכרמים והביאו מחו"ל מאי (קיפרו"ס) מן הנגמר בהכשר אצל סוחרי יינות מאחב"י ורבים מהחרדים לדבר ה' רצו שיפרישו ממנו תו"מ מטעם המבואר ברמב"ם וש"ע יו"ד (סי' של"א סי"ב) דפירות חו"ל שנכנסו לארץ חייבין אם נקבעו למעשר ביד ישראל אחר שנכנסו לארץ ובש"ך שם הביא דברי הכ"מ דאם נכנסו לארץ קודם שנקבעו למעשרות חייבין מן התורה ואם נקבעו למעשרות בחו"ל ואח"כ נכנסו לארץ מאחר שבשעת קביעותם היו בחו"ל פרח מהן חיוב תו"מ ופטורים מה"ת ואינן חייבין אלא מדבריהם וכך כתב הלבוש וא"כ כיון שנקבעו היינות ביד ישראל בחו"ל חייבים עכ"פ מדרבנן בתו"מ ונשאלתי ע"ז והשבתי הלא מעשה רב בכל שנה ושנה שמביאים אתרוגים מהודרים מחו"ל מקורפ"ו ואין פוצה פה ומצפצף ע"ז לחייבם במעשר אף דנתמרחו בחו"ל ביד ישראל ונקבעו שם ביד הישראל למעשר ובאמת אף כי הש"ך העתיק דברי הכ"מ בסתימות ברמב"ם הל' תרומ' (פ"א) כ' ואם נקבעו למעשר ביד ישראל אחר שנכנסו לארץ חייבין במעשרות מדבריהן והכ"מ שם למד בפשיטות הדברים בדעתו דרק אם נקבעו בארץ חייבים מדבריהם ובנקבעו למעשר בחו"ל אז פטורין אף מדבריהם ואח"כ מסתפק בדברי רמב"ם עי"ש והרדב"ז שם

בספר יקר תפארת פשיטא ליה בדעת הרמב"ם שלא להשות הדין כתב רק משום דילפינן לתרויהו מחד קרא ומ"מ דוקא לחלה אף שהוקבעו למעשר בחו"ל חייבת בחלה שחיוב החלה בשעת גלגול העיסה הוא אבל פטורה מתו"מ ואם הוקבעו למעשר אחר שנכנסו לארץ חייבת במעשר מדבריהן עי"ש וא"כ אין ספיקותו של הכ"מ מוציא מידי פשיטותו של הרדב"ז בבא לארץ לאחר שנקבעו למעשר ולא נתחייב שם בשעת קביעותו שוב לא חל עליהן שום חיוב בבואן לארץ וכן כתב הבית חדש להדיא דמדאורייתא בכל ענין פטורין כיון שגדלו בחו"ל אלא שמדבריהם חייבים דכיון דנקבעו למעשרות בא"י מחלפו בפירות שגדלו בא"י אבל אם נקבעו כבר למעשר בחו"ל ואח"כ נכנסו לארץ ישראל לא מחלפו בפירות א"י וכן בחלה אינו חייב בנכנס לא"י אלא מדבריהם ובנכנסו לארץ בעודן פירות דהיינו קודם גלגול והא דלא כ' הרמב"ם כן גבי לפי שאין דרך להכניס לאחר גלגול העיסה ובתבואה אין דרך להכניס רק לאחר מירוח לכך צריך להפריש עי"ש שכ' ע"ד הכ"מ שאינו מתיישב כלל ויש בזה ג"כ נ"מ לענין הפרשת חלה אם מפריש מן עיסה מקמח של חו"ל על קמח של א"י דלדעת הרדב"ז והכ"מ דהבא קודם גלגול חייבת בחלה מן התורה הוי מן החיוב על החיוב ולדעת הב"ח יש בו מן חיוב דרבנן על חיוב תורה. עכ"פ דעת הרדב"ז והב"ח בפשיטות דהבא לאחר מירוח פטורין מתו"מ אף מדבריהן וכן משמע להדיא דעת המבי"ט בקרית ספר שם שכ' רק פירות חו"ל שנכנסו לארץ חייבין בחלה שכ' דמה אתה חייב אפי' פירו' חו"ל ולא כ' כלל דין דתו"מ ע"כ דדעתו דרק אם נקבעו בארץ אז חייב' ובלא נקבעו בארץ פטורין מתו"מ לכן אין להחמיר כלל בזה דהא גם העושין היינות בחו"ל גמרו למכרן ופטור אף בא"י מן התורה ולא הוי כלל עיקר מן התורה ע"כ אין להפריש כלל מן היינות הבאין לארץ ושוב חקרתי אצל רב גדול אחד מחכמי הספרדים והעיד כי זוכר שבקטנותו היו צריכין יושבי עה"ק ליין מחו"ל והי' אז ג"כ עוררין לומר שצריך לעשר ונזרקה הלכה דאין לעשרן:

והנה האתרוגים אשר סוחרי ישראל בעה"ק ירושלם ת"ו עושין בהם מו"מ מהגדלין בא"י נהגו האשכנזים תמיד להפריש מהן תו"מ כשקצצו ישראל וכמו שהביא המג"א (סתרמ"ט סק"ד) משם ר"ב אשכנזי דהו"ל נתמרח ביד ישראל והו"ל טבל. ובשנה הזאת הוי עובדא דהישראל חתך בעצמו הרבה אתרוגים וגם שלח להגן ישמעאל אחד שכירו שהוא יחתוך משם אתרוגים ונתערבו יחד ואח"כ הפריש מהם תו"מ והיו עוררין לומר כי אלה שנתמרחו ביד ישראל חייבין מן הדין ואלה שחתכן הגוי לא נתחייבו וא"כ דילמא הפריש מן הפטור על החיוב והי' קשה למצוא לתקן כולם מחדש ונשאלתי ע"ז. והורתי דהא בלא"ה דבר זה שהביא המג"א משם ר' בצלאל המעיין בתשובת ר"ב יראה

דרק החכם הגדול השואל שם שקרא תגר בדורו על מנהג שנהגו בעה"ק צפת ת"ו בענין תרומות ומעשרות העיר בזה שחותכין האתרוגים הישראלים ואמר שחייבין במעשר והר"ב שם לא השיב ע"ז וכנראה אותו החכם שלח אז דבריו גה למהרשד"ם כמבואר בתשובת רשד"ם (סי' קצ"א) והרשד"ם ז"ל השיב שם לסלק כל ערעורו של השואל וכתב ועל ערעור האתרוג יש לי לומר שאין בו גמגום כלל כיון שמצינו שהרמב"ן ז"ל מכשיר לצאת אף באתרוג של טבל מה"ת וכדאי לסמוך עליו וכ"ש ע"פ דרכנו שאמרנו שאין טבל בזמן הזה אלא מדרבנן ואתרוג דמאי יוצאין בו עוד אני אומר לרווחא דמילתא שאפי' הי' בזמה"ז טבל מן התורה יוצאין בו ידי חובה כיון שהיהודי כשחותך האתרוג מן האילן אינו חותכו לאכלו אלא לצאת בו ידי חובת מצוה ואני לומד זה ממ"ש הרמב"ם ז"ל (פ"ב ממעשר) אינו חייב להפריש מה"ת אלא הגומר פירותיו לאכלן והביא ראיה מן הפסוק א"כ זכינו לדין כיון שזה אינו גומר לאכול יכול לצאת בו אברא שאם אוכלין בלא עישור טועין עכ"ל הצריך לענינינו הן אמת דראיתו מדמאי אין מובן הא שם הטעם משום דמאכילין את העניים דמאי אבל טבל דרבנן שאין מאכילין את העניים הוי אין בו היתר אכילה וגם א"ב דין ממון:

וגדולה מזו דעת התוס' רי"ד דאף ערלת חו"ל דמותר אף בהנאה לדעתו מ"מ אינו יוצא בו דלא הוי היתר אכיל' ועיין בש"ג מס' סוכה שחולק ע"ז וזכיתי לראות בתוס' רי"ד הנדפס מחדש מסכת סוכה (דף ל"ה) שכתב דבריו על הקושיא שם בש"ס דלמה להו לאהדורי בתר הטעם דאינו יוצא בשל ערלה הא כיון דלשריפה קיימא כתותי מיכתת שיעוריה וכתב דהא קתני ערלה סתם אפי' בחו"ל שאינה אסור' אלא באכילה ולא בהנאה כדאמרינן פ"א דקידושין דהלכה למשה מסני דודאי אסורה וספק מותרת וכדאמרינן ספק לי ואנא אוכל הלכך לאו לשריפה קיימא שהרי מוכרו לחבירו ואינו מודיעו שהוא ערלה ומותר בה לכך מפרש טעמא לפי שאין בו היתר אכילה והאי דאמרינן לפי שאין בו ד"מ בא לחלוק עליו ולאסור מע"ש בירושלם לר"מ ולאו אערלה קאי וכשמקשה לו מת"ט ואינו מקשה לו מערלה משום דהוה מצי לאוקמי בערלה דא"י דאסורה בהנאה עכ"ל מבואר דסובר דערלת חו"ל מותר בהנאה ומותר למכרו לאחרים ושלא להודיע וע"כ דסובר דדוקא בעינן שיהי' בעצמו מותר לאכול ובתרומה איירי בכהן וכדעת הר"ן וסי'יעתו ודעת הש"ג דכיון שיכול להאכיל לאחרים כשלא נודע לו ומותר בהנאה קרינן ביה היתר אכילה אולם דעת כל הפוסקים נראה דערלת חו"ל אסור בהנאה ולדעת הב"י אף לאחרים אינו רשאי להאכיל ודאי דאינו יוצא באתרוג של ערלת חו"ל ועיין מ"ש לעיל דיני יו"ט (סי' כ"א אות ט"ו) להקשות על המג"א וגם הא לדעת הרשב"א

והר"ן וסי'יעתם דאיסור דרבנן מותר להאכיל לקטן א"כ נימא דהוי היתר אכילה בשביל זה ואמאי א"י בשל טבל לדעת החולקים על הרמב"ן ובתרומת פירות שהוא מדרבנן כמבואר שם בריטב"א אף דאסור להאכיל לקטן משום דאסור בהנאה של כלוי מ"מ יש אופני טבל שמותר בהנאה של כילוי כמו שביארתי בזה בדיני שבת (סי'' ט') אלא ודאי מה דיכול להאכיל לאחרים לא חשיב היתר אכילה וכ"ש ערלת חו"ל לדידן ולשון מתני' דמס' ערלה וקידושין (דף ל"ו) משמע דערלת חו"ל הוא מהלכה אף לענין הנאה ומ"ש עוד שם התוס' רי"ד דעל תרומה טמאה לא קשיא דקאי לשריפה וכתותי מכתת שיעוריה שכן נהנה משריפתה אינו מובן לכאור' אטו דברים המותרים בהנאה בשעת שריפה לא שייך בי' כתותי מיכתת שיעוריה הא מ"מ כיון דצריך לשרוף אף דמותר להנות בשעת הבערתן הא מ"מ צריך שיהי' השיעור מחובר ביחד בשלמות וכיון דצריך שריפה הוי כאינו ביחד ועי"ש בסוכה בריטב"א ובתוס' מס' סוכה (דף כ"ה) ואכ"מ] עכ"פ אף בטבל הטבול מדרבנן דעת הפוסקים דלא הוי היתר אכילה ואינו יוצא לדעת הרמב"ם וסי'יעתו שוב ראיתי בכפות תמרים שם שהביא דברי מהרשד"ם וכתב שאין דבריו מספיקין ושם כת' להשיג על ראיתו מהרמב"ם דאינו ראי' דלא כתב רק למעוטי גומר פירותיו למוכרם דמוכר ולוקח פטור מדכתיב עשר תעשר ואכלת אבל הגומר פירותיו למצוה זה לא נתמעט מהפסוק דאינו חייב לעשר שהרי לענין ערלה כתיב ונטעתם כל עץ מאכל ואפי' הכי אמרו בירושלמי הנוטע למצוה חייב בערלה וכמבואר ברמב"ם (פ"י ממע"ש) לכן העלה להחמיר להפריש מהם תו"מ. ובאמת ראיית רשד"ם מדברי הרמב"ם הוא דהא לא כתיב בתורה פרט לגומר פירותיו למכרן ובש"ס ב"מ (דפ"ח) קאמר ואכלת לא מוכר והיינו מדכתיב ואכלת לא חייבה התורה רק לגומר לאכול ונקט הש"ס מוכר והרמב"ם כתב השלילה אין חייב אלא הגומר תבואתו לאכול ומזה למד הרשד"ם דכל מה דאינו גומר לאכול אף שהוא לצורך אחר כמו למצוה פטור ממעשר ומ"ש הכפות תמרים דהנוטע למצוה חייב בערלה הא מבואר בירושלמי פ"א דערלה הטעם דלא הוי כנטעו לעצים דפטור מערלה דהא רוצה הוא בפריו ואינו רוצה בעצים ועוד דאמר ר"ח פרי אם אומר עצי אין אדם יוצא בו ידי חובתו בחג והיינו כיון דכתיב פרי ואתה רוצה לומר דלאו פרי הוא כיצד יוצא בו. והרא"ש והטור והש"ע יו"ד (סי'' רצ"ב סי'' כ"ד) כתבו הנוטע לצורך מצוה לולב או אתרוג חייב בערלה וכבר תמה ע"ז בס' מעדני יו"ט כי בירושלמי לא נזכר לולב ולא גרע מנוטע לקורות ובהכרח צריך לומר כיון דלולב צריך להיות כפות תמרים א"כ נוטע שיהי' כפות תמרים לכך חייב בערלה כמו באתרוג דצריך שיהי' נקרא פרי. עכ"פ אין ללמוד ממה דחייב בערלה הואיל דקרי רחמנא והוצרך ליקח

פרי שיתחייב ג"כ במעשר דלענין מעשר לא תלי במה דנקרא פרי רק במה שנגמר לאכול דוקא. אולם מי יכריע בזה נגד דעת הכפ"ת ובודאי צריך להפריש אבל מ"מ מידי ספיקא לא יצא הדבר וא"כ י"ל כיון דנתערבו והפרישו מהן הוי כס"ס להתירן לצאת בהן חדא דילמא כדע' הרשד"ם דא"ח במעשר ואף אם נאמר דחייב לעשרן כמו שנהגו דילמא עישר מהן מן החיוב על החיוב:

ועוד הא כבר הביא הכ"מ (פ"א מתרומות הי"א) משם האורחות חיים בישראל הקונה מעכו"מ דגן בשבולים לצורך מצוה ומרחן נכרי בשביל ישראל חייב בתרומה דשלוחו של אדם כמותו אבל אם המוכר נכרי מרחו פטור והוא כ' דמניין לו לחלק בין מוכר עצמו לנכרי אחר וגם כתב יש לגמגם דהא אין שליחות לנכרי ובב"ח מפרש דברי הראב"ד שבאו"ח דאם קנה שבלים מן הגוי ולא התנה עמו שחייב למרחן והישראל העמיד גוי שימרחן בשבילו בין בחנם בין בשכר הו"ל כאילו מרחן הישראל כיון דאינו עושה אלא מלאכתו של ישראל ולאו דוקא שליח גמור דהא אין שליחות לגוי אלא כלומר מלאכתו של ישראל עושה בצוויו של הישראל ואינו נקרא בשם דיגון גוי כיון שאינו של גוי אלא של ישראל והגוי עושה רק מלאכתו אבל אם מוכר מרחו פטור היינו כשהי' מחוייב למרוח שכך התנה עמו והוי בשעת מירוח של גוי עי"ש וא"כ כמו כן בנידון דידן כיון דהגוי חתכו בשביל ישראל הוי כמו שחתכו ישראל אף דאין שליחות לנכרי מ"מ כיון שעשה בשביל ישראל הקונה הוי כמרחו ישראל ובאמת לסברת הב"ח דלא צריך לזה שם שליחות רק כיון שעשה לצורך ישראל ובצוויו נתחייב י"ל אף אם עשה שלא בצוויו של הישראל ג"כ נתחייב דהא מבואר בירושלמי (סוף פ"א) דמעשרות הממרח כרי של חבירו שלא מדעתו ר' יוחנן אמר נטבל ר"ל אמר לא נטבל וקי"ל כר"י דאטבל כמו דמבואר ברמב"ם ויו"ד (סי'' של"א) ועיין מ"ש לעיל דיני פסח (סי'' כ"ג) וא"כ כיון דאין צריך שליחות ודעת בעלים מהראוי לומר דאף אם מרחו גוי שלא בצווי ישראל הבעלים דנתחייב במעשרות:

וראיתי במח"א הלכות שלוחין (סי'' י"א) שכ' ליישב דברי האו"ח דאיירי כשמרחן ע"י פועלים נכרים ונהי דאינו נעשה שליח לישראל מ"מ פועל שאני דידו כיד הבעה"ב וכמרחן בעה"ב דמי הכי משמע מהירושלמי מס' פאה אמתני' דקצרוה הגוים ה"ז פטורה ומשום דקצירך אמר רחמנא ולא קציר נכרים אמרו דאם קצרוה פועלים כותים ה"ז חייבת עי"ש ודבריו בראיתו אינו מובן ואדרבא מירושלמי שם יש ראיה להיפוך דאף בפועל נכרי אינו בתורת שליחות דקאמר שם מתני' כשקצרוה לעצמן אבל קצרוה לישראל חייבת ותני כן אין שוכרין פועלין גוים מפני שאינן בקיאין בלקט ומה ראיה

דילמא לעולם בעינן דוקא שיקצור ישראל לצורך ישראל אבל גוי אף אם קצר בשביל ישראל אינו חייב בפאה ופועלין שאני דידן כיד בעה"ב אלא ודאי דאילן בני שליחות אף פועל ובא בשכרו וכיון דחייבת בפאה כשקצרוה פועלין גוים מדעתו של הישראל שוב אין לחלק דאף בקוצר שלא מדעת ובחנם בשביל ישראל חייבת בפאה ועיין מ"ש לעיל דיני תו"מ (סי'' ח"י) ומ"ש הפ"ח בספר מים חיים מס' פאה שם ובפי' המשניות שם. ובשעה"מ הלכות תרומות הקשה על המח"א מהך דב"ק (דף נ"א) בור של שני שותפין היכ' משכחת לה אי דשוי' שליח אין שליח לדבר עבירה וכתב הרשב"א דאין לומר דשוי שליח גוי דאין שליחות לגוי ואם איתא דפועל שאני אכתי קשה הא משכחת לה כששכרו פועל גוי דידו כיד בעה"ב א"ו דל"ש ובאמת אין ראיה הזאת מכרעת די"ל דגם נכרי חייב בנזקין ועיין רמב"ן עה"ת פ' וישלח שכ' ולדעתי הדינין שמנו בני נח בז' מצות שלהם כו' צווה אותם בדיני גניבה ואונאה ועושק שכר שכיר ודיני שומרין ואבות נזיקין עי"ש ועיין תשובת רמ"א (סי'' יו"ד) ובישו"ש ב"ק (פ"ה סי'' מ"א) שכתבו דנכרי הוי ב"ח להחזיר אונאה [ונשמטו דבריהם מבעל שבות יעקב (ח"ב סי'' קס"ח) ואכ"מ ויבואר אי"ה במקומו] וכיון דמצווה על נזקי בור שייך שוב לומר אין שליח לדבר עבירה ואינו ראיה מש"ס הנ"ל ואכ"מ בזה עכ"פ בנדון דידן כיון דמה שחתך הנכרי הי' בצווי הבעה"ב הישראל והי' שכירו ולקיטו י"ל דחיוביהן שוין ונפטרו בהפרשתן לכן אין להחמיר בזה לענ"ד:

סימן יב

שאלה מרב חכם אחד

הוי עובדא בישראל שקנה מנכרי פרה אחת מעוברת מבין שתי פרות מעוברות שהי' להנכרי האחת היתה מבכרת והשנית שאינ' מבכרת והתנה הישראל עם הנכרי שישארו תחת ידו עד אחר הלידה אז יהי' הברירה ביד ישראל לבחור לו באיזה שירצה והקנין הי' בכסף לבד ואחר שילדו שתיהן בחר לו הישראל לעצמו בהמבכרת לקחת עם הולד ונולד הספק אם נאמר דכסף קונה א"כ ממילא היתה הפרה של הישראל וקדש הולד בבכורה וראיתי בתשובת דבר משה מגדולי חכמי ספרד שכתב לדון דפטורה מבכורה מטעם ס"ס חדא דילמא כסף אינו קונה ואף אם ת"ל דכסף קונה מ"מ הא קי"ל בדאורייתא אין ברירה וא"כ הוי ספק דילמא לא הוברר הפרה הזאת שהיא שלו משעה הראשונה דומיא דאחין שחלקו דהוו כלקוחות ע"ש ע"כ דברי השואל והספר דבר משה אינו בידי:

א

והשבתי כי לענ"ד יש לדון בזה טובא להחמיר למ"ש הרשב"א בתשובה בתולדות אדם (סי'' פ"ב) שנשאל במוכר לחבירו איזה מקרקעותיו דקי"ל שיתן לו איזה שירצה היכי קונה הא קי"ל אין ברירה וכ' דאין דין יש ברירה ואין ברירי אלא במה שאנו צריכין לומר הוברר הדבר שמה שהוא עכשיו כבר הי' אז חל מעיקרא שאם לא נאמר הוברר אין לו קיום לפי שאנו צריכין לקיומו של דבר כההיא דהלוקח יין שהוא מפריש לאחר ששתה ואי אין ברירה נמצא זה שותה טבלים למפרע וכן בה"ז גיטך מעכשיו אם מתי דאי א"ב אינו גט לאחר מיתה וכן בכתוב גט לאיזה שארצה אגרש דאנו צריכין לעיקרו דהיינו שעת כתיבה כו' וכן כולן אבל במוכר או נותן למה אנו צריכים לברירה כל שנותן לו אחד משדותיו מחמת מכר או מתנה ה"ז קנוי לו ואפי' לא נתן עד עכשיו ה"ז קיים ואינו צריך לקיום המכר והמתנה לדמעיקרא שאם אי אתה אומר כן בטלת משנה האומר חצי שדה אני מוכר משמנין ביניהם וכן בטלת האומר הרי עלי עולה שהוא חייב באחריותה ואין לך נדר אלא נדבה באומר ה"ז ואל תשיבני שאפילו במכר שייך דין ברירה שאנו צריכין לשעת המכר ממש כיצד הרי שמכר לו בקנין או בכסף או בשטר בית בבתיו בתשרי ולוין במרחשוון וברר ללוקח ונתן לו בכסליו ובא המלוה לגבות אותה שדה מן הלוקח ואם לא שנאמר הוברר הדבר שקדם המכר משעת הקנין או השטר הרי המלוה גובה ממנו דמ"מ לקיומו של מכר אין אנו צריכים לברירה וכמו שאמרתי וכיון דלקיומו א"צ ברירה ונתקיים המכר באותה שדה שוב אין אנו צריכין לברירה והלואה שנעש' בין מכר לברירת השדה אינה מגרעת כח המכר עכ"ד:

ב

והנה כנראה מתחלה מדברי הרשב"א קושיתו שלא יחול כלל אף דמ"מ הקנה לו קרקע אחד מ"מ כיון דבשעת הקנאה לא אתברר איזהו לא יחול כלל דאי אין ברירה לא יחול כלל ועיין תוס' גיטין (דע"ג) וברשב"א שם דכ' להדיא במאמר מעת שאני בעולם לפירש"י שם דלית לי' ברירה אפי' כשמת לא להוי גט כלל כיון דאי אפשר לברר שעה שהוא חל כמו בעירובין למאן דלית לי' ברירה לא חייל כלל העירוב כל היכא דשייך ביה דין ברירה וכן מבואר בתוס' עירובין (דף ל"ז) ד"ה אלא למאן דלית לי' ברירה באומר תרומת הכרי בתוכו לס"ד דלא ידע דאיכא סביביו לטעמא דאין ברירה לא קרא שם והיינו דלא חל על דבר שאינו מבורר בשעת מעשה לכן הקשה למה במוכר קרקע מקרקעותיו היכי קנה הא קי"ל אין ברירה ואי אין ברירה לא חייל כלל על ספק וכן מבואר מכל דברי הרשב"א דעל עצם עיקר הקנין קשיא ליה לא דוקא לענין בע"ח וכדומה ובאמת יש

לדקדק בדברי הרשב"א דבתחלה השיב יכול היתי להשיב לך דההיא דבית בבתי ושור בשורי ר"מ הוא דאית ליה ברירה הא מבואר מתני' נזיר (דף ל"א) ב"ש אומרים הקדש טעות הוי הקדש וב"ה אומרים אינו הקדש כיצד אמר שור שחור שיצא מביתי ראשון הרי הוא הקדש ויצא לבן וב"ה אומרים אינו הקדש ומבואר אם יצא שור שחור הוי הקדש ובמס' ביצה (דף ו') מפלפל הש"ס בהא דמת בבית ולו פתחים הרבה אם ס"ל לב"ה ברירה או לא וכן בש"ס סוף מעילה באומר פרוטה מן כיס זה הקדש דקאמר בש"ס כיסי'ן אלוגין רמי לי' לפירש"י ותוס' שם מבואר דאף אם אין ברירה מ"מ חייל על אחד ויש לישב להמעיין. וע"ז העלה הרשב"א כיון דאין צריך לקיום המכר לדמעיקרא למה אנו צריכין לברירה וע"כ אין הכונה דאינו חל כלל הקנין רק מדהשתא דמברר דאם כן הי' יכול לחזור קודם שמברר לו וכן לא הי' מהני הקנין סודר דכבר הדרא סודר למאריה כמבואר בדברי רשב"א קידושין (דף ס"ג) דקנין סודר לא מהני על אחר זמן ולהדיא כת' הרשב"א במכר לו בקנין או בשטר בית בבתיו בתשרי ולוה במרחשון וברר ללוקח ונתן לו בכסליו ובא המלוה לגבות אותה שדה מן הלוקח אם לא שנאמר הוברר הדבר שקנה המכר משעת הקנין הרי המלוה גובה ממנו מבואר דרק לענין גביית המלוה צריך שיקנה המוכר משעת הקנין ולא לענין קיומו של מכר ואמאי הא כבר הדרא סודר למאריה א"ו דדעתו באמת לגבי קנין חל אף על דבר שאינו מבורר והיינו או דנעש' שותף עמו בבתיו ובשדותיו והברירה בידו לברר לו אח"כ ואינו דומה קנין לדברים אחרים כגון גט דצריך לדעת מעכשיו וכן בעירוב צריך שיחול הקנין בין השמשות לדעת באיזה מקום וכיון שאינו מבורר לא חל כלל אבל בקנין ממון חל עכ"פ שיקנה שדה אחת שיברר לו אף שאינו מסויים מ"מ חל. או לענין שיתחייב עכ"פ לתת לו אחד:

ג

וכן משמע קצת בדברי הרשב"א דמצד חיוב אתי עליה דקאמר וכן בטלת האומר הרי עלי עולה שהוא חייב באחריותה ואין לך נדר אלא נדבה ומאי קשיא ליה הא שם נתחייב ונשתעבד גופו להביא עולה והגוף יכול לחייב את עצמו לעשות ובאמת אינו חל מעכשיו על נכסי'ו רק על גופו אלא ודאי כונת הרשב"א דעכ"פ כמו דיכול לחייב גופו כמו כן יכול למכור בית בבתיו ושיתחייב לברר לו אח"כ איזה שירצ' ואף דאינו דומה להרי עלי עולה דשם נשתעבד והוא באחריותו עד שיביא ויקיים חיובו ובבית בבתים אינו על אחריותו דהא אם נפל מראהו נפל ועיין קצות החושן (סי' ר"ג) שהאריך לבאר דחיוב שמתחייב לתת חפץ באם יהי' בעין ואינו באחריותו לאו שם חיוב הוא רק קנין מ"מ כאן אף דאינו חייב באחריותו מ"מ חל עליו החיוב לברר לו ועי"ש בנתיבות המשפט

דאף בהרי עולה ע"מ שלא אתחייב באחריותה חל עליו החיוב כשהוא בעין להביאה לעזרה עי"ש שחולק על הקצוה"ח וסובר דחל חיוב אף בלא קבלת אחריות וכן נראה מבואר מדברי הרמב"ן ור"ן ר"פ הכותב מובא ברמ"א אה"ע (סי' צ"ב ס"ז) דאף דל"מ תנאי וסי'לוק ירושת הבעל לאחר שנשאת מ"מ אם מחייב עצמו להחזיר מה שיורש צריך לקיים ואף דשם לא יש קבלת אחריות מ"מ מהני החיוב וא"כ י"ל דבבית בבתי אני מוכר לך היינו ג"כ חל החיוב שיתן ויברר לו אחד אולם לא משמע כן דרק מטעם חיוב הוא דא"כ הי' נ"מ לענין אם מת המוכר קודם שבירר להסוברים דחיוב לא חל על היורשים לקיים אם מת המתחייב א"כ אם נאמר מצד חיוב חל על המוכר לברר אם מת מקודם לא היו חייבים היורשים לברר לו וזה לא משמע:

אלא נראה דדעת הרשב"א דכמו דחל החיוב אף על דבר שאינו מבורר כן חל קנין ג"כ שיהי' נקנה ללוקח מה שיברר לו לכן אינו יכול לחזור וגם קנין סודר מהני וכיון דמהני הקנין שיש לו להקונה בהבתים שיברר לו המוכר עכ"פ אחד בזה דן הרשב"א לומר דמ"מ נ"מ לענין בע"ח שהלוה קודם הבירור אם גובה מזה דאם נאמר אין ברירה הי' גובה דדילמא לא זה מכר לו ונ"מ אף שהחליף הלוקח עם המוכר כיון דהשאיר לו חלופיו ביד המוכר מ"מ אף לוה המחליף ביתו עם אחר על בית יכול הבע"ח לגבות משניהם כמבואר בתשובת צמח צדק (סי' ד') ואף דבס' בית מאיר (סי' קי"ג) השיג עליו והעלה כיון דלא אפסי'ד לו שעבודו כיון דנתן לו תיכף בית אחר מ"מ אינו נראה כן רק בכל מקום שהבע"ח מוציא שעבודו גובה וראיה מח"מ (סי' ק"ד וסי' קי"א) באם הלוה מכר קרקע שהיה לו ופרע לבע"ח מוקדם יכול הבע"ח המאוחר לטרוף מן הלוקח אף דלא אפסי'ד לו הלוקח כלל דאם לא היה קונה הי' המוקדם גובה ועיין תומים (סי' ק"ד סק"ט) ובחידושי מהרי"ט פ' אלמנה ניזונית (דף צ"ז) כתב והה"ד נמי בע"ח שמכרו ב"ד קרקע במקצת חובו אינו יכול לחזור ולטורפו בשאר חובו דיאמרו ליה הלקוחות מאי אפסי'דנך הרי לא היה לפניך אלא קרקע זו בלבד ומדבריו משמע קצת דהיכי דלא הפסי'דו בקנינו אין הבע"ח יכול לטרוף. אבל זה אינו דוקא במכרו ב"ד אבל באם הלוה בעצמו מכר אף אותו הבע"ח חוזר וטורף וכמ"ש שם התומים וכן משמע בח"מ (סי' קי"ג סי"ג) די"א סוברים במקום יתומים קטנים גובה הבע"ח מלוקח ונימא הלוקח ג"כ מאי אפסי'דנך אם לא היתי קונה הי' נשאר ביד היורשים ולא היה הבע"ח גובה א"ו דלא איכפת ליה לבע"ח בזה ובכ"מ שמוציא שעבודו גובה ואכ"מ בזה. עכ"פ שפיר אם נאמר אין ברירה והוי כהחליפו הי' הבעל חוב גובה מ"מ כיון דלקיומו של מכר אינו צריך

לברירה ונתקיים המכר באותה שדה שוב אין אנו צריכין לברירה והלואה שנעשית בין מכר לברירת השדה אינה מגרעת למכר ומתנה:

ד

והנה אף דאינו מבואר להדיא ברשב"א היכי עבדינן אם באמת יכול הבע"ח לגבות כיון דאינו חל רק על שעת הברירה או דבאמת כיון דלא צריך לברירה לקיום הדבר ואפשר להתקיים בלא ברירה שוב אמרינן דקונה משעת המכר ואין הבע"ח שהלוה אח"כ גובה [ובאמת כיון דעכ"פ חל הקנין על בית אחד אף אם אין ברירה מ"מ ספק הוי כיון דמתחילה היה דעתו לתת השדה או הבית הזה והוברר למפרע בפרט אם לדידן הוי ספק אם יש ברירה או א"ב הוי הלוקח מוחזק ובלאו הכי אין הבע"ח גובה אך מ"מ נ"מ לענינים הרבה אם חל קנין על בית זה למפרע או לא] ואאמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים חיו"ד (סי'' מ"ג) העלה כיון דיכול לחול גם אח"כ ממילא יכול הקנין לחול שיקנה למפרע וכמו שכ' בס' נתיבות המשפט ח"מ (סי'' ס"א) סברא זו מדנפשיה וכתב דמדברי התוס' ב"ק (דף ס"ט) ד"ה, כל הנלקט מוכח שחולקין על סברא זו דאף שיכול לחול אח"כ מ"מ אינו חל למפרע מטעם אין ברירה וכשאני לעצמי אחרי המחילה מאאמ"ו ז"ל אף שנטיתי מקצת דבריו בביאור דברי הרשב"א כאשר יבין וישכיל המעיין מ"מ אם באנו לידי מדה הזאת לומר דכונתו אם יכול לחול אחר כך חל למפרע ובכה"ג יש ברירה מוכרחין אנחנו לומר דהתוס' ב"ק אינם חולקים בזה ע"ד הרשב"א דכן מבואר ככל דבריהם שמה גם בחידושי הרשב"א שם ודבריו ודברי התוס' אחדים המה אולם באמת אם באנו לומר ע"פ סברת הנתיבות הנז' יתכנו הדברים דאף התוס' ב"ק אינם חולקים בזה והטעם דבאמת י"ל כיון דהקנין כלל בהחלט על אחד מהבתים כמבואר מדברי הרשב"א כמו שהוכחתי למעלה לכך אמרינן דמיד שחל הקנין על האחד חל מהשתא זה שיברר המוכר אח"כ וכמו שכ' הנתיבות שם הסברא לשיטתו דכיון דבשעה שהוברר יכול לחול הקנין אפי' אם אומר מעכשיו חל הקנין כיון שיכול להקנות שיחול הקנין לכשיתברר יכול להקנותו ג"כ שיהי' הקנין חל מעכשיו כמו בדבר שלא בא לעולם לר"מ דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכול להקנותו ג"כ במעכשיו כמ"ש התוס' יבמות (דף צ"ג) והיינו דבב"א חל הקנין דמה שיברר אח"כ יהי' חל מעכשיו וזה דוקא בדבר שחל בבירור על אח"כ כמו במוכר בית בבתיו דחל בבירור על אחד שחייב לברר לו אמרינן דמקנה לו מעכשיו בית זה שיברר לו אח"כ ואינו דומה לדברי התוס' ב"ק הנז' דשם גם על אח"כ אינו חל בבירור דילמא לא ילקטו כלל רק שיכול להפקיר אם ילקטו אח"כ בזה אמרינן דחל מאז ההפקר וכיצד נאמר דכיון דחל מאז חייל מהשתא כיון דגם זה אינו ברור שיחול מאז דדילמא

לא ילקטו כלל לכן בזה אינו יכול לחול מעכשיו משא"כ היכא דחל הקנין בבירור גמור על אחד מבתיו ובהכרח שיבא לידי בירור בזה יכול להקנות שיחול מעכשיו מה שיברר אח"כ ועיין קצוה"ח (סי'' ס"א) שכ' ג"כ סברא זו דלמאן דסובר אדם מקנה דשלב"ע כמו דיכול להקנות שם מעכשיו כן בדבר שאינו מבורר יכול לומר שיחול מעכשיו:

ה

ושפת אמת בפי הגאונים גדולי המחברים הנז'. דכן כתוב סבר' כזו בספר הישר לר"ת מס' פסחים (סי'' ד"ש) לדון דטעם אין ברי' הוא בכל מקום כמו בשחיטת קרבן פסח על מי שיתברר אח"כ כיון דבשעת קנין עדיין לא נודע מי זכה כלומר וכי קונין דבר שלא בא לעולם ובעירוב אין העירוב קונה דבר שלא בא לעולם ומחלוקת יש ברירה או א"ב דוגמת מחלוקת ר"מ ורבנן דפליגי באדם מקנה דשב"לע ודוגמת ר"י ורבנן בהמזכה לעובר דהיינו לדבר שלא בא לעולם ועי"ש שכ' דאיכא תנא דאית ליה ברירה ולית ליה אדם מקנה דשבל"ע עי"ש עכ"פ לא נפלאת היא ולא רחוקה הסברא הזאת גם מן הראשונים דיש סברא לומר אם אדם מקנה דשבל"ע אמרינן יש ברירה וא"כ שפיר בבית בבתים כיון דעדיף מדשב"לע דחל הקנין שיברר לו בית אחד ויבא לידי בירור עכ"פ יכול לקנות זה מעכשיו כמו לר"מ בדבר שלא בא לעול' ועיין מ"ש בהגהותי בדברי חיים דילי קידושין (סי'' ל"ג) בדברי רשב"א בתשובה המובא בח"מ וב"ש (סי'' מ') דאף דבדשבל"ע כשהוא בידו דיכול להקנות ולקנות לכשיבא לעולם מ"מ מעכשיו אינו חל וגרע מדשבל"ע לר"מ עי"ש ומ"מ זה דוקא היכא דאין בידו בשום אופן שיחול הקנין מעכשיו משא"כ במוכר בית בבתיו דגם באפשרות שימכור אותה השדה מעכשיו בבירור גמור ממילא כיון שחל הקנין על הבירור שיברר לו אח"כ שוב בכח הקנין הלזה שיחול מעכשיו לכ"ע ועוד עדיף מדשבל"ע לר"מ וכמובן וזה דוקא היכא דחל בבירור על אחד עכ"פ משא"כ בכל הנלקט דמתנה בתנאי על הנלקט בזה דאפשר שלא ילקטו כלל ל"מ מעכשיו אף אם יכול לחול אח"כ וזה נראה פשוט וברור:

ו

ובזה מובן דעת התוס' עירובין שם דס"ל לדברי הר"י שם בהא דמבואר בש"ס שם בדברי רבא דקאמר דר"ש אית ליה ברירה וטעמא דר"ש גבי הלוקח יין דבעינן ראשית ששיריה ניכרים ואמר לי' אביי אלא מעתה הי' לפניו שני רמונים של טבל ואמר אם ירדו גשמים היום יהא זה תרומה על זה ואם לא ירדו גשמים יהא זה תרומה ע"ז ה"נ בין ירדו בין לא ירדו דאין בדבריו כלום וכ"ת ה"נ והתנן תרומת הכרי הזה ומעשרותיו בתוכו כו' ר"ש אומר קרא שם וכתבו התוס' ליפרך נמי אי הוי טעמא משום א"ב וכתבו בתירוץ הראשון

דבאמת אינו חל ובפי' הר"י כתבו דאי טעמא דר"ש משום דא"ב אתי שפיר דודאי היתה אחת מהן תרומה ומותר הכהן לאכלו ואע"ג דא"ב דחד מנייהו ודאי תרומה אבל אטעמא דראשית פריך שפיר דיהי' כהן אסור לאכלו וכן בתרומת הכרי בתוכו קרא שם וכהן מצי אכל לכל מה שבתוך הכרי אפי' אין ברירה וקשה אף אם חל גם אם אין ברירה זה אתי שפיר באומר בתוכו אבל בשני רמונים אם א"ב כיצד נוכל לומר דודאי אחד מהן תרומה הא אם ירדו גשמים נימא דאותו רימון שהתנ' עליו אם ירדו גשמים יהי' תרומה לא היה עומד לכך שירדו גשמים ומ"מ גם השני לא הוי תרומה כיון דסוף סוף ירדו גשמים ולא נתקיים התנאי הא תרתי בעי ירידת הגשמים ושעומד לכך מתחלה ומצאתי שעמד ע"ז רבינו עקיבא איגר ז"ל בדו"ח (ח"א מערכה ד') והוסי'ף עוד להקשות על פי' רש"י דסובר ג"כ כמהר"י דעכ"פ חל קריאת שם דחד ממה דמפרש במס' חולין (דף י"ד) בהא דהלוקח יין דר"י ור"ש אוסרים דלית להו ברירה דחיישי שמא תרומה שתה מבואר דאף אם א"ב מ"מ חלה התרומה ומעורב בתוך היין וכל טפה וטפה מספקינן שמא זהו תרומה ואיך אפשר הא אף אם עומד לכך דמה ששותה בפיו יהי' מפרישו לבסוף הא סוף סוף לא בא לידי הפרשה ולא נתקיים התנאי והוי כמו בקיעת הנוד ואין כאן תרומה והניח בצע"ג ובאמת הוא תימה רבתי ועיין רש"י סוף מעילה שכתב להדיא דאכל כוס וכוס י"ל שהוא תרומה עי"ש וכן למעיין ברש"י עירובין יראה ג"כ דמפרש כמהר"י והדברים צריכים ביאור:

ז

אולם נראה ודאי דאין דעת רש"י שיתחייב משום תרומה על מה ששתה דסוף סוף לא בא לידי הפרשה רק דסובר כיון דבתרומה ג"כ אמירה לגבוה כמסי'רה להדיוט כדמבואר בתוס' יבמות (דף צ"ג) וברשב"א קידושין (פ"ג) א"כ כמו באומר בית בבתי אני מוכר לך חל הקנין שחייב לברר לו בית א' אף אם לא יקנה אותו הבית מעכשיו כ"כ בתרומה אם קרא שם להעתיד להפריש חייל הקריאת שם וממילא אסור לשתות דכל טפה וטפה חיישינן דלמא זהו עתיד להפריש ולהפריש חייב ומהני הקריאת שם רק אם אמרינן יש ברירה אז אף מה ששותה עכשיו הוברר שזה לא יפריש כמו דנאמר שמה שמפריש אח"כ חל שם תרומה דיש ברירי' והוברר למפרע דע"ז חל שם תרומה כן נמי הוברר דמה ששותה חולין הוא אבל אם א"ב בזה אף דמה שלא בא לידי הפרשה לא חל בודאי שם תרומה מ"מ מלבד איסור טבל אסור מצד קריאת השם לשתות דשמא זהו ששותה עומד להפריש וכמו דאינו יכול לחזור באומר סלע זו לצדק' לאחר ל' יום מטעם אמירה לגבוה כמבואר בר"ן ורא"ש נדרים (דף כ"ט) כן נמי בזה אסור לשתות רק להניח ויקיים התנאי

שיפריש אבל ודאי שם תרומה אינו חל בטרם שיפריש אם א"ב אבל אם י"ב שפיר הוברר גם על מה ששותה דחולין הוא ומה שמפריש אח"כ ע"ז חל למפרע שם תרומה. וכן צריך לפרש ד' התוס' תמורה (דף ל) ד"ה ואידך דכ' לתמוה הכא משמע שאם איסור מעורב בהיתר נוטל האיסור וסמכינן אברירה לומר שזהו האיסור שנסתלק וכן בהלוקח יין סומק אברירה לומר שזהו החולין שהוא שותה א"כ בכל איסור המעורב בהיתר נסמוך על ברירה הא שם אומר מה שאני עתיד להפריש ולא קרא שם תרומה רק מה שמפריש אח"כ א"כ אין כאן תערובת איסור ולמ"ש אתי שפיר דע"כ גם מה ששותה צריך לומר ברירה דאל"כ לא ישתה שמא זהו שעתיד להפריש ולכך שפיר הקשה דהוי כמו תערובות איסור והוצרכו לחלק בין איסור מבורר שנפל ונתערב לאיסור הנולד בתערובות.

ולפ"ז אתי שפיר בשני רמונים דמטעם שיריה ניכרים פריך שפיר דמטעם דא"ב עכ"פ כהן מותר לאכלו דחד מנייהו הוי ודאי תרומה דאם ירדו גשמים או לא ירדו ועל זה חל הקריאת שם ואמרינן דבהדדי בעת שקורא השם דעתו שזהו שיתברר אח"כ יהי' תרומ' מעכשיו כיון דעכ"פ יתברר אח"כ וממילא כונתו מה שיעשה בפועל או אם ירדו גשמים או לא וכל מה שיתברר אח"כ יחול עליו שם תרומה וכיון דחל על אחת מהן יכול לקרא שם שיחול מהשתא והכהן רשאי לאכול אף אם א"ב מ"מ כיון דלעצם חלות שם תרומה לא צריך לבא לברירה דיכול לחול אח"כ שוב יכול לחול למפרע מהשתא מה שיתברר אח"כ ויכול הכהן לאכלו משא"כ בשני לוגין שאני עתיד להפריש כיון דאינו מבורר בפני עצמו אם א"ב כל טפה וטפה בספק דלמא זהו שיפריש ואסור אף כהן לשתות בטרם שנתקיים התנאי כמובן אבל בשני רמונים דלא תליא בהפרשה רק בקיום תנאי הגשמים וזה יתברר בודאי יכול להחליט לעשותו תרומה מעכשיו כמו דמקנה דבר שלא בא לעולם מעכשיו לר"מ וכנ"ל אבל לטעם דבעינן שיהיו שיריה ניכרים בשעת מעשה כיון דא"ב ואין שיריה ניכרים אח"כ על למפרע אסור הכהן לאכול:

ח

וי"ל דאף בתירוץ הראשון דסברי התוס' דאי א"ב באומר תרומת הכרי הזה בתוכו דלמאי דל"י דאיכא סביביו הוי מצי לאקשויי וכן בב' רמונים דלא חל כלל י"ל דמ"מ אין חולקים על הסברא הנז' דמה דיכול לחול אח"כ מהני שיחול מעכשיו כמו בבית בבתי וי"ל דשם גבי התרומה סברי בקושית הגמרא דאין הכונה שיחול מהשתא מה שיתברר אח"כ בפועל רק שרוצה להפריש על סמך ברירה דנאמר מה שיתברר אח"כ יחול ואי א"ב לא אתברר או דסברתם למ"ש הרשב"א חולין שם הא דמהני לגבי שני לוגין מה שאני עתיד להפריש אף דאין שיריה נכרים וכתב כיון די"ב אתברר דהי' שיריה ניכרים ומה

שהפריש עכשיו לשתות הי' חולין מתוקנים עי"ש וזה דוקא אם י"ב אבל למאן דסובר א"ב אף דיכול לקרא שם מעכשיו מה שיתברר אח"כ מ"מ השתא לא הוי שיריה ניכרים ולכך אתי שפיר דה"ה דהי' הש"ס יכול להקשות מאומר תרומת הכרי הזה בתוכו נמי לטעמא דא"ב דאף דיכול לחול אח"כ מה שיפריש מ"מ מעכשיו אי אפשר לחול דלא הוי שיריה ניכרים כיון דא"ב וכן גבי רמונים אף דיחול אח"כ על אחת בודאי שם תרומה מ"מ כיון דא"ב ל"ה השתא לעולם שיריה ניכרים אבל זה דוקא לענין תרומה משא"כ בבית בבתי יכול לחול מהשתא ומעכשיו הקנין על מה שיתברר אח"כ. וכן נראה דהא מבואר סוף מעילה באומר פרוטה בכיס זה הקדש דאף דא"ב מ"מ חל על פרוטה אחת שם הקדש והיינו דשם יכול להקדיש מהשתא מה שיעלה אח"כ כיון דחייב להעלות אחת מן הפרוטות ושם לא בעינן שיריה ניכרים ובתירוץ השני סברי התוס' דאף אם א"ב מ"מ גבי שני רמונים דהוי נפרדים ואחת יתברר אח"כ בבירור שחל שם תרומה חל מהשתא לענין זה שיכול הכהן לאכול כיון דיתברר עכ"פ למפרע שהי' שיריה ניכרים ועיין היטב:

[**ועיין** מ"ש בהגהותי בדברי חיים דיני חמץ (סי'' כ"א) שהבאתי דברי התוספתא מס' עירובין דאף אם א"ב מ"מ חל והוי לענין עירוב חמור גמל והבאתי דברי הירושלמי גיטין ר"פ כל הגט באמר לאומן עשה לי ב' זוגין אחד לקרקע ואחד לבהמה ר"ש מטהר עד שיפרישן בטומאה דמבואר לר"ש אי א"ב לא חל כלל וקשה בש"ס גיטין (דף כ"ה) ועירובין שם דמסי'ק רבא אליבא דר"ש דאית ליה ברירה רק מטעם שמא יבקע הנוד וצריך לומר ע"כ לחלק בין היכא שמברר דבריו ומתנה בפירוש וכמ"ש התוס' שם ולפ"ז הא דמביא הש"ס עירובין שם המתני' דתרומות (פ"ג) האומר תרומת הכרי הזה בתוכו ר"ש אומר קרא שם ע"כ דוקא מטעם דאיכא סביבותיו והוי רק מדומע וכמו דמבואר בירושלמי מס' תרומות שם ואכ"מ בזה]:

ט

אך אם נאמר דמה דיכול אח"כ לכשיתברר יכול לחול גם מהשתא יקשה מש"ס עירובין שם דהקשו ת"ש האומר מעשר שיש לי בבית מחולל על סלע שתעלה בידי מן הכיס ר"י אומר מחולל ופירש"י וכי סליק סלע בידו אמרינן י"ב דאי א"ב לא אמר מידי אלא אמרינן דהאי סלע דסלקא בידי' השתא ל"ה דעתי' להחליף ואשתכח דאכל מע"ש בלא פדיה ולמ"ש מאי קשיא ליה הא י"ל דאומר שיחלל על סלע שתעלה בידו יהי' איזה שיהי' וקאמר דיחולל מהשתא על סלע זו דומיא דבית בבתי הנ"ל דאמרינן שמוכר לו הבית שיברר אח"כ וכיון דחל הקנין שיברר חל קנין מעכשיו על מה שיברר ה"נ דכוותה כיון

דחל על סלע אחד שבכיס יכול לומר דיחול על שיעלה בידו ודומה להא דשני רמונים ומתנה אם ירדו גשמים דאמרינן דכהן יכול לאכלו ה"נ דכוותה כיון דיעלה אחד בהכרח לקיים דבריו דגם בזה לחלל מע"ש אמרינן אמירה לגבוה כמסי'רה להדיוט ואסור לחזור בו א"כ יכול להחליט שיחול מעכשיו שם קדושת מעשר על הסלע שתעלה בידו. הן אמת הרמב"ם אף דפוסק בדאוריית' א"ב מ"מ פוסק (פ"ז ממע"ש) להך דר"י באמר יהי' מחולל על סלע שתעלה בידי מכיס זה כו' ה"ז חילל וסלע שתעלה בידו תהי מעשר. ובכ"מ שם הקשה הא בדאורייתא א"ב וכתב לתרץ משם הר"י קורקוס דהכא אין צריכין לטעם ברירה כיון דאמר ה"ז מחולל על סלע שתעלה בידי ממ"נ פדוי המעשר ופדיון המעשר בכיס זה וכולם בספק מ"מ יהי' איזה סלע שיהי' ה"ז מחולל ובשעה שיעלה הסלע נאמר דזהו הסלע שחילל עליו ועיינתי בס' הר"י קורקו"ס והוסי'ף ואמר אבל אחרים חולין שהרי אמר סלע שתעלה בידי והרי עלה זה ונתפס למפרע' ומה דהש"ס לא מתרץ כן אבל אמר איפוך משום דע"כ צריכים להפכה משום סי'פא וליכא תו לאקשויי אפי' אי תלי טעמא בברירה לא חש לחלק וצריך לפרש דבריו הא נהי דלא צריכין להתיר המעשר מטעם ברירה כיון דפדיון המעשר בכיס זה מ"מ הא בכולן הספק ובמה יהיו חולין הנותרים כיון דא"ב וצריך לומר דיכול לחלל ולפדות דאם הוברר שעל זה חל שם מעשר טוב ואם א"ב יחולל האחר ע"ז וראיתי בספר יקר תפארת מהרדב"ז שכ' שם על הרמב"ם שכתב האומר דמשמע בדיעבד הוא הדין לכתחלה מותר רק דנקט לשון התוספתא ואגב דאמר ר' יוסי' לא חילל אמרו רבנן חילל ומהתימה שלא הרגיש כלל מה שיש להרגיש בדברי הרמב"ם ולמ"ש הר"י קורקו"ס י"ל בדיוק נקט הרמב"ם רק בדיעבד דלכתחלה אסור כיון דע"כ יבא אח"כ לידי חילול כסף על כסף כדי שיצאו לחולין הנשארים בכיס ולכתחלה כתב שם הרמב"ם (ה' ה) דאין מחללין כסף על כסף וגם יש לומר דאיירי שהי' בכיס כמה סלעים ומדין תורה חד בתרי בטיל ורק מדרבנן לכך סמכינן אח"כ על ברירה לכך ג"כ אתי שפיר הא דנקט הרמב"ם בדיעבד דלכתחלה אסור לבטל איסור:

ו

ולמ"ש אתי שפיר ברווחא כיון דעכ"פ חל על סלע שיעלה שיחול אח"כ עליו שם מעשר יכול לומר שיחול מעכשיו את אשר יעלה אח"כ ואף הכיס אינו בספק כיון דאמר את אשר יעלה בידי אז יחול עליו מע"ש יכול שפיר לומר שגם מעכשיו יהי' חל ובכה"ג אין ענין לברירה ובסוגיא דלא משני כך צריך לדחוק כמ"ש הר"י קורקו"ס אך זאת קשה הא הרמב"ם שם כלל עוד דין אחד המבואר ג"כ בתוספת' על סלע שאפרוט מדינר זהב זה על פונדיון שאפרוט מסלע זו ה"ז חילל וסלע שתעלה בידו או שיפרוט תהי מעשר ובפודה

על סלע שיפרוט מדינר זהב אי אפשר לחול עכשיו דהא אין פודין אלא בכסף שנאמר וצרת הכסף כמבואר שם ברמב"ם (ה"ט) ואפשר דכסף רק להוציא אסי'מון ואם פודה על דינר זהב ג"כ אתי שפיר וחל עליו הפדיון שיפרו' ויתן סלע מדינר זהב זה לכך חל ג"כ מעכשיו. דהא קי"ל כב"ה הכסף ה' יתירה מרבה זהב כמבואר ריש פ' הזהב דדהבא ג"כ טיבעא לגבי פרי וברי"ף שם וא"כ הוי כחל חלק מהדינר שהוא סלע שם מעשר:

יא

ועיין ש"ס מנחות (דף ע"ח) בהשוחט תודה על שמונים חלות פלוגתת חזקיה ור"י וקאמר ר"ז הכל מודים היכא דאמר ליקדשו מ' מתוך פ' קדשו וכתבו התוס' אף דר"י לית לי' ברירה הכא קדשו כל היכא דאיתנהו וכשבא להפריש של תרומה ד' חלות צריך להפריש י"א חלות מכל מין ומין דאי לאו הכי כיון דא"ב דילמא דחולין קא שקיל אולם הרמב"ם (פי"ב מפ"מ) כתב סתם דנוטל מ' והשאר יפדו ויצאו לחולין ותמהו עליו הא א"ב פסקינן בדאורייתא עיין לח"מ (פ"ח מתמידין ומוספין) ולמ"ש יש מקום ליישב דבריו כמו שיכול להקדיש שהשותפות יחול וההקדש יהי' לו החצי שיברר אח"כ מאותו הדבר ולא צריך בזה לברירה כיון דחל עכ"פ שיברר לו יהי' איזה שיהי' ושוב יכול לומר שיהי' חל מעכשיו כיון דלא צריך לומר ברירה שהוברר למפרע שזהו יעלה לחלק ההקדש ממילא חייל מעכשיו ע"ז שיעלה ויבורר אח"כ כמו בית בבתים כן נמי יכול לשחוט התודה ושיתקדשו מ' מתוכם אותם מ' שיבורר אח"כ ולא צריך למימר שזהו הוברר למפרע רק עכ"פ חל שיצטרך לברר אח"כ שוב נתקדשו גם מעכשיו אותן שיבורר אח"כ דכל כלפי שמיא גליא יכול להקדיש גם באופן זה וכמו דמהני הקנין לגבי בית בבתים שיחול גם מהשתא על אותו הבית שיבורר אח"כ כן יכול לעשות ההקדש ג"כ באופן זה שיתקדשו מ' מתוך שמונים שיבורר אח"כ ואותן שיבורר אח"כ יתקדשו מעכשיו ואף דאינו אומר כלל רק יקדשו מ' מתוך פ' וממילא כולן הן בספק. ובכה"ג כתבו התוס' רי"ד קידושין (דף נ"א) דלכ"ע אי אפשר לסמוך על ברירה מ"מ י"ל דרמב"ם חולק ע"ז וסובר כמ"ש תוס' בכורות (דף נ"ה ע"ב) בהא דפריך ליברור חד מנייהו לבהדי כלב דאף דאין ידוע איזהו שכנגד הכלב מ"מ סבר' הש"ס כיון שיש ברירה שיש לדבר להיות תלוי בדעתו דמסתמא כך דעתו מתחלה דאותו שיברר הוא כנגד הכלב וה"נ דכוותה י"ל דכך הי' דעתו שיהי' תלוי בדעתו אותן מ' שיברר אח"כ יתקדשו רק שם כיון דממילא חל האיסור תלוי בברירה דאי אין ברירה לא סמכינן על מה שיברר אח"כ כיון דעכ"פ חל אחד ואולי לא הי' ע"ז ובלתי באפשרות שיחול אחר כך אם לא מהשתא משא"כ בקדושת פיו יכול להקדיש מה שיברר אח"כ וזהו שיברר יחולו מהשת' כנ"ל:

יב

וכן מיושב באופן זה בהא דעמדו בסנהדרין (דף קי"ב) עיסה חציה של עיר הנדחת וחציה של עיר אחרת מותרת דכמאן דפליגא דמיא בהמה אסורה דכמאן דלא פליגא דמיא ופיר"שי בעיסה דכל אימת דבעי פליג לה ואין חלק של איסור הנאה מעורב בה וכן פסק הרמב"ם ומאי מהני דכמאן דפליג דמיא הא קי"ל בדאורייתא א"ב ועיין פרי חדש הלכות עכו"מ וש"א (ספ"ט) ומ"ש בס' מקור חיים (סי' תמ"ח) לתרץ כבר כתבתי לגמגם ע"ד בהגהותי בדברי חיים ח' יו"ד (סי' כ"א) ועי"ש מ"ש ליישב ע"פ סברת הפ"ת דלרמב"ם דספקא דאורייתא מה"ת לקולא כשנתערב חד בחד אינו אסור מה"ת אולם לא נראה כן מדברי הפוסקים ולמ"ש אתי שפיר בפשיטות דכמו דיכול להקנות חלקו לאחר את אשר יברר אח"כ לחלקו ושיחול הקנין מעכשיו כן נמי בידי שמים חל האיסור והיינו כשנגמר דינם להריגה ונאסר ממונם חל האיסור מן השתא את אשר יבורר אח"כ לחלקם וזה לא תליא בברירה דחל על דבר המבורר אח"כ שיפול לחלקם זה נאסר מהשתא ובהמה אסורה דבעיסה לא חייל האיסור רק על פלגא משא"כ בבהמה דחייל על בעלי חיים ובע"ח לאו בני חלוקה נינהו ועי"ש חידושי רמ"ה שכתב כן להדיא דבעיסה לא חייל איסורא אלא אפלגא משא"כ בבע"ח ומה"ט משמע דגם בלח בלח שייך לומר כמאן דפליגא דמיא אף דמעורב ונבלל מ"מ כיון דאמרינן התורה לא אסרה רק ממונו לאחר שיתברר חלקם נאסר מהשתא לא איכפת לן במה שהוא עכשיו מעורב וכן משמע מדנקט רק בע"ח דלא שייך כמאן דפליגא כיון דהחיות לא אתפלג ואף אם תאמר דלא נאסר רק מה שיתברר אח"כ שהוא חלקם מ"מ כיון דע"כ חייל מהשתא האיסור והשתא החיות בלתי אפשר להתפלג לכך אסורה אבל בלח בלח ג"כ אמרינן דלא נאסר רק מה שיתברר אח"כ וזה דלא כמ"ש המקו"ח שם ע"פ דרכו:

העולה מן המקובץ דיש מקום לדון דנקנה לו הפרה למפרע אף אם א"ב מ"מ בכה"ג נקנה לו למפרע וחייבת בבכורה דבשעת לידה היתה של ישראל דחל הקנין שיברר לו אח"כ איזה פרה וכיון דהישראל בירר לו את המבכרת מקרי צאנך וחייב בבכורה:

יג

וראיתי בתשובת חתם סופר חלק חו"מ (סי' ק"ה) שנשאל בישראל שקנה פרה מגוי ושניהם לא ידעו שהית' מעוברת וילדה בבית גוי אחר שלקחה לביתו בעד הישראל ואמר המוכר לולא פני היהודי הקונה אני נושא כי אהבתיו חזרתי מהמקח כי שנינו לא ידענו שהיא מעוברת ואדעתא דהכי לא מכרתי והישראל הקונה פשיט' שאיננו רוצה בולד לטפל בבכור תם והעלה ודאי אם הי' הנכרי חוזר מן המקח לא הי' חל קדושת בכור רק

כיון דאמר דנושא פני הלוקח משמע דאגלאי מילתא למפרע שגם מעיקרא איננו מקח טעות וברשות ישראל נולד אולם דן בדבר חדש דמ"מ י"ל כיון דלא הי' מבורר בשעת לידה שהוא בכור פטר רחם לא אמרינן הוברר למפרע דבעינן צאנך דומיא דבנך דמבורר מיד בשעת מעשה כמבואר בכורות (דף נ"ז) וכעין זה בהגהת מרדכי סוף חולין וש"ך יו"ד (סי' ס"א ס"ק ט"ו) ומבואר שם בפ"ח בשם הספרי דכתיב מאת זובחי הזבח שיהא מבורר בשעת זביחה וכל דלא ברירא ליה בשעת זביחה אע"ג דנתברר אח"כ שהיתה כשרה בשעת זביחה ועדיף מברירה בעלמא דאינו רק גילוי מילתא בעלמ' שכבר היה מבורר בשעת זביחה אפ"ה כיון דגלי קרא דבעינן צאנך מבורר דומיא דבנך והאי לא הוי דומיא דבנך ע"כ נראה להקל עכ"ד. וק' לחדש דרש חדש מה שלא נזכר בש"ס בהחלט והש"ס לא קאמר רק אליבא דר' יוחנן דצריכא לאשמועינן בתרויהו לומר דאחין שחלקו כלקוחות הן דאי אשמועינן בחלקו גדיים כנגד גדיים ט' נגד ט' דאין אומרים זה חלקו המגיעו משעה הראשונה והיינו סוברים משום דבעינן צאנך דומיא דבנך בבירור לך אבל באמת טעמא דר"י משום דסובר א"ב ולא משום דבעינן צאנך המיוחד לך ולכך אמר משום דלא אמרינן זה חלקו המגיעו משעה הראשונה לכך ומה"ת נאמר דגם בזה חולק שם עם ר"ע ור"א דהא הם כיון דסברי י"ב סברי דבחלקו ט' נגד ט' אמרינן זה חלקו המגיעו משעה הראשונה והרמב"ם דפוסק בהלכות בכורות (פ"ו) דפטורין אף בחלקו בשוין הוא משום דפוסק א"ב וספק מעשר פטור כמו שכ' הב"ש אה"ע (סי' קל"א ס"ק ד') ורב ענן ור' אלעזר דסברי דאמרינן זה חלקו משעה הראשונה ע"כ דלא סברי דבעינן צאנך בברור לך או כיון די"ב הוי זה כברור לו ואף דשם נולד אחר שחלקו ולכך כיון דסברי י"ב הוי ברור לך מ"מ אף כשנולד לא הי' ברור לו לא מצינו דיפטור בשביל דלא הי' ברור בשעת לידה. ובדבר דאיגלאי מילתא למפרע דלא תליא בבריר' או אף בדבר דתליא בברירה כיון דהוי לדידן ספק אם י"ב לא נוכל לפטרו מבכורה מטעם דלא הי' מבורר בשעת לידת הבכור גם בנידון דהח"ס דומה למוכר ע"מ שלא ימחה אח"כ דאם אינו מוחה וחוזר כשיוד' להמוכר שהיתה הפרה מעוברת שוב אינו יכול לבטל המקח כמו שכתב שם ודומה למקדש ע"מ שלא ימחה אבא הואיל דהוי שב ואל תעשה אמרינן כשלא מיחה אח"כ י"ב כמו שהאריך סברא הזאת בש"א דיני מצה וכן מבואר להדיא בחידושי רמב"ן ור"ן גיטין (דף כ"ה) וה"נ דכותה ואם הגוי אינו מבטל המקח לדבריו שם דנתקיים המקח למפרע אמרינן הוברר הדבר למפרע והוי צאנך:

יד

ומה שהביא מד' המרדכי ורמ"א (סי'' ס"א) באמת מעולם נתקשתי בזה כיון דנתברר אח"כ דהיתה כשרה לא תליא בבירה כנ"ל וע"כ צריך לדחוק דשם לא הי' לישראל עדיין שום קנין ולא משך הגדי או השור וגם ממון לא נתן רק כך הוא המנהג וכיון דלא ברירא בשעת זביחה דתהוי דידי' לא קנה רק אחר הזביחה שוב ראיתי בכנה"ג יו"ד שם שתמה באמת ע"ז והביא דברי ספר דמשק אליעזר שכ' שלא הבין דברי המרדכי ומ"ש הפ"ח מדברי הספרי אין לו אלא בשעת זביחה בלבד לא נזכר בספרי כלל דבעינן שיהי מבורר בשעת זביחה לחיוב ואדרבא קתני מכאן אמרו גר שנתגייר והיתה לו פרה נשחטה עד שלא נתגייר פטור משנתגייר חייב ספק פטור והמוציא מחבירו עליו הראיה עכ"ל הספרי פ' שופטים הרי דלא ממעט רק מה שהיה בשעת זביחה במציאות דפטור מטעם דהי' אז נכרי ובספק הממע"ה דלא אמרינן שיהי' משפט הכהנים ליקח מ"מ ממעט מאת זובחי הזבח דאין לו אלא בשעת זביחה אם נתחייב בבירור והוא בר חיוב והפרי חדש כתב שם להדיא נמצא שהישראל קונה אותה לאחר שחיטה והמתנות תלוי בשעת זביחה אבל אם יש לו קנין מוחלט למפרע לא שמענו דיהי' פטור ובדברי הספרי הנז' דקתני ספק פטור והממע"ה ולא קתני כמו דקתני במתני' דחולין (דף קל"ד) שהממע"ה יש לדקדק קצת דתרי עניינים הם ספק פטור ואם תפס מהני שהממע"ה כדעת הרמב"ם וראיתי בספר דבי רב שהעיר בזה] וכנראה אם קונה בקנין גמור על תנאי מעכשיו אם ימצא כשרה ולא שייר המוכר הנכרי לעצמו זכות ואם מתה הבהמה מתה ללוקח אם שחטה ונתברר אח"כ שנתקיים המקח חייב במתנות וכמו כן לענין בכור דהוא איסור תורה כיצד נקל להתיר בגיזה ועבודה אם נתברר למפרע שנתקיים המקח ובשעת לידה היתה של ישראל:

ועוד לדבריו דצריך שיהי' מבורר דוקא בשעת לידת הבכור שהוא צאנך א"כ אם מוכר ישראל לנכרי מבכרת על תנאי אם יתקיים התנאי תהי' קנויה לו לנכרי מעכשיו ואם לא יתקיים התנאי לא תהי' קנויה לו ובינתיים ילדה ואח"כ לא קיים הנכרי התנאי נאמר דכיון דבשעת לידה לא הי' מתברר פטורה מבכורה וזה ודאי אינו דכיון דאגלאי מלת' למפרע שלא נתקיים התנאי ונתבטל המקח וקאי ברשות ישראל חייבת בבכורה וכן מבואר להדיא בתשובת רבינו ישראל מברונ"א (סי'' רמ"ד) דהי' תנאי עם הנכרי שיביא המעות ביום ו' והכבשה ילדה בליל ה' ולא הביא המעות ביום ו' וכ' דא"ל הואיל עד חצי יום ו' קיימא בחזקת הנכרי וחשיב יד נכרי באמצע דלא אמרינן איגלאי מילתא למפרע דקי"ל כרבא דמכאן ולהבא גובה דה"מ כשהם מתחלה של נכרי מעולם והשכינ' ביד

ישראל אבל הכא הוי ממש של ישראל ולא נפק לגמרי מעולם לחזקת הגוי שפיר אמרינן איגלאי מילתא למפרע דהא מודה רבא היכא דאמר מעכשיו דאמרינן איגלאי מילתא למפרע הה"ד בנד"ד עדיף טפי מעכשיו עי"ש עוד הרי אף דבשעת לידה הי' ספק אם קאי בחזקת ישראל מ"מ אמרינן אגלאי מילתא למפרע וא"כ אף להיפוך ג"כ אם מכר גוי לישראל מעכשיו על תנאי ונתקיים התנאי ונקנה למפרע לישראל דחייב בבכורה כיון דאיגלאי מילתא למפרע שהי' אז של ישראל ואין חילוק בין אם הי' מעיקרא ברשות ישראל או להיפך אם קונה מנכרי ואמר מעכשיו על תנאי כשנתקיים התנאי הוי למפרע בחזקת ישראל וכן מבואר להדיא שם בתשובת רי"ב (סי'' רנ"ז) וז"ל והא דצריכין לומר מעכשיו דוקא אולי הי' מעולם כבשים של גוי והשכינם ביד ישראל דלא נפקי מרשות הגוי אלא כי אמר קני מעכשיו אם לא אפדנו לזמן הזה ע"ש ובכמה מקומות מצינו דבמעכשיו הוי כשלו ממש הן לענין גט וקידושין דחלין כמבואר ממתני' דגיטין (דף ע"ג) לא תתייחד עמו דחל הקידושין וכמו שהוכיח משם בס' אבני מילואים (סי'' מ' סק"ט) דמשיג על המל"מ משם וכן לענין קנין יכול למכור לאחר מעכשיו ולא חשיב דבר שלא בא לעולם כמבואר ברמ"א ח"מ (סוף סי'' רי"א) ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני מכירה (סי'' ל"ב) וכ"כ לענין בכורה כשנתברר אח"כ דקנה הישראל למפרע הוי צאנך הברור לך אף שהי' בשעת לידה בספק וכמו כן בנידון דהח"ס כיון דע"י שלא מיחה הנכרי לבטל המקח נתקיים למפרע קיימא בשעת לידה בחזקת ישראל. [ובנידון דתשובת הר"י מברונ"א שם יש לעיין אף דהתנה עם הגוי שיביא המעות ביום ו' בחצי היום ולא הביא מ"מ הי' יכול הישראל לומר הרני כאילו התקבלתי ולמחול על תנאי ושיתחייב מחדש ועיין מ"ש לעיל דיני נדרים (סי'' כ"ג) ואולי שם הי' הישראל מבטל המקח]:

טו

והנה בנידון דידן דל"ה רק קנין מעות ולדידן הוי ספק אם ישראל מנכרי קונה במעות ואם נאמר דהוברר שזאת הפרה קנה הוי ספק בכור וכמו שכ' הש"ך (סי'' ש"כ ס"ק ח') בשם המהר"מ מינץ וכבר העירותי בהגהותי בדברי חיים חיו"ד (סי'' נ"ו) דנימא כיון דאם באנו לדון מצד הממון מוקמינן הפרה בחזקת מרא קמא ואם אין הנכרי רוצה לקיים המקח אין מוציאין מידו א"כ הוי כיד נכרי באמצע ואף אם מקיים המקח תהי' פטורה מבכורה ואף למ"ש הרא"ה בש"מ כתובות סוף פ"א דלא שייך לדון לגבי נכרי חזקת ממון מ"מ ג"כ מה"ד אין מוציאין מידו ולכל היותר נוכל לדון לגבי נכרי בספק קנין לומר יחלוקו כדין ממון המוטל בספק אבל מ"מ אין הנכרי מסולק מכל וכל. וכעת מצאתי במהרי"ט אלגזי הלכות בכורות שהעיר בזה. וראיתי בזה בתשובת חמדת שלמה

יו"ד (סי'' ל"א) שדן דהיכא דמהני תפיסת הנכרי מן הישראל המוכר לו הפרה הוי כיד נכרי באמצע ופטורה מבכורה והיינו אף אם לא אזלינן לענין איסור בתר דיניהם כמ"ש המג"א (סי'' תמ"ח) מ"מ היכא דאם תפס אין מוציאין מידו ע"פ דין תורה עדיף והוי כיד נכרי באמצע אך יקשה קצת לדבריו חדא א"כ למה המחבר בש"ע הוצרך למכירת הפרה לשני קנינים כסף ומשיכ' או חצר כמבואר (סי'' ש"כ) ובש"ך שם הא לדעת המחבר (סי'' שט"ו) דפוסק כדעת הרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאין מידו א"כ סגי בקנין א' לבד אף לכתחלה כיון דעכ"פ יהני תפיסת הנכרי ודוחק לומר דדוקא בספק בכור דלא שייך כ"כ חזקת מר"ק כמו שכ' הרשב"א בתשובה בזה סובר המחבר דמהני תפיסה דהא משמע מכמה מקומות דבספק' דדינא מהני תפיסה ועוד הא למ"ש המר"מ הנז' אף ביש לנכרי חזקת מר"ק אם באנו לדון בישראל שקנה מנכרי וא"מ ומ"מ חייב בבכורה מספק אף דהגוי מוחזק מכ"ש דאינו פוטר ע"י יד נכרי באמצע מצד תפיסתו אם מהני ועוד למ"ש הש"מ הנז' יש לדון דלא מהני בנכרי חזקת ממון וממילא בספיקא דדינא לא מהני תפיסת הנכרי מן הישראל ע"פ ד"ת. ולפ"ז י"ל קצת אף בגוני דיש ס"ס כמו שכתב שם הח"ש מ"מ לא מהני תפיסת הנכרי נגד חזקת מר"ק של ישראל כיון דלא שייך כ"כ חז"מ שלו נגד ישראל ומ"מ בהכרח צריך לומר אף בקונה מן הנכרי דאין מוציאין ממנו ע"פ דיננו אין חזקה שלו מבררת לענין איסור ומספק הבכור אסור בגיזה ועבודה ועיין שם במ"ש אאמ"ו ז"ל בדברי חיים והדברים ארוכים במ"א:

טז

ושם בס' ח"ש הביא סברת השואל שהוכיח מש"ס ב"מ (דף ע') דאלמות הנכרי מהני לפטור מבכורה מדקאמר בש"ס דאי לא משכח תפיס הולד הוי יד נכרי באמצע והוא ז"ל דחה דבריו. ובתשוב' עבודת הגרשוני (סי'' ק"ב) וכן כמדומה בתשובת פנים מאירות הוכיחו משם דאזלינן בתר דיניהם דודאי מצד הדין אינו יכול לתפוס ואני לא הבנתי שם הי' של נכרי מעיקרא וכיון דנשאר לו צד זכות הוי יד נכרי באמצע וכמ"ש התוס' שם וכן כתב בפסקי מהר"י שבתה"ד (סי'' ק"ל) דדוקא בישראל המקבל צאן ברזל מנכרי פטורה מבכורה הואיל דנשאר זכות לנכרי בעלים הראשונים אבל נכרי המקבל מישראל אינו מחוייב בשביל זה בבכורה מטעם הנז' עי"ש שוב ראיתי שהרגיש בזה בעה"ג בעצמו ולא רצה שם לסמוך על דיניהם וא"כ בנידון דידן דהיתה מעיקרא של נכרי הי' קצת מקום לומר להקל אולם כנראה מכמה וכמה תשובות לא סמכו ע"ז ובפרט אם בדיניהם כסף קונה. וגם בתשובת משאת בנימין שהקיל לסמוך על דיניהם היינו לענין חמץ דמהני קנין דרבנן ג"כ ולא לענין בכור להפקיע איסור תורה ותליא במחלוקת גדולי הראשונים

והאחרונים אם קנין דרבנן מהני להפקיע איסור תורה ועיין מקור חיים (סי'' תמ"ח ס"ק ה') בישוב דברי המ"ב וקצת סותר לדברי עצמו שם (ס"ק ח') דכ' דקנין דרבנן מהני שיהי' הפקר עי"ש א"כ לענין בכור נמי אם עשה הנכרי קנין דמהני מדרבנן יהי' מועיל עכ"פ להפקיע מרשות ישראל ולא גרע מהפקר דפטור ג"כ מבכורה וכבר כתבתי בזה בהגהותי בדברי חיים שם עכ"פ בנידון דידן קשה להקל מטעם זה באיסורי תורה:

יז

וראיתי מכבר בתשובת כנסת יחזקאל שכ' דצו שלאק מהני בדיעבד לענין חמץ וכתב דהא דתיקנו כסף ומשיכה במכירת מבכרת אפשר דאה"נ דצו שלאק מהני רק הם השוו מידותיהם דין דמהני בכל אתר ואתר וצו שלאק לא מהני בכל מדינה וכמדומה שכ' שזוכר למעשה שהתירו בשר בכור שנמכר בצו שלאק ואינו כעת ת"י ולא אדע הא דבר זה תליא במחלוקת אם קנין דרבנן מהני להפקיע איסור תורה אף אם לא הזדמנו ביחד האיסור וממון כאשר האריכו בזה כל האחרונים וגם אני בעניי הארכתי בזה בכמה מקומות והאנ"ד שלא"ק הוא כמו מנהג וכמו סי'טומתא דמבואר ב"מ (דף ע"ד) דקניא וקאמר שם למקניא ממש ולא עדיף משאר קנינים שתקנו דלא מהני לענין איסור תורה וכן כתב בנתיבות המשפט (סי'' ר"א) דקנין דרבנן ודאי לא גרע ממנהג שנהגו הסוחרים ואפי' הכי לא חשיב אותו רק לקנין דרבנן לענין קידושין וכ"כ סי'טומתא עי"ש וראיתי בשב יעקב (סי'' כ"א) שכ' כל שדרך התגרים לקנות הוי קנין גמור אף מדאורייתא ולא אדע מנין לו ולא תהא כהנת כפונדקית כל מילי דרבנן קיימנו וקבלנו עלינו לקיימם ולדעת הרמב"ם קיימנו עלינו ונתחייבנו מן התורה מדכתיב לא תסור וגו' ושמרת לעשות ככל אשר יורוך ואף לדעת הרמב"ן דחולק מ"מ התורה נתנה רשות לחז"ל להורות וישראל כשרים מקיימים טובים דודיך מיין חביבים דברי סופרים ובכל קניני דרבנן כופין עליהם ונחתינן לנכסי' כמבואר בתשובת הרדב"ז ואף נעשה מנהג קבוע ע"י תקנותיהם ובכ"ז לא מהני לענין דאוריית' לאלה הסוברים כן ואף בישראל נגד ישראל חבירו ק"ו מנהג שנהגו הסוחרים מעצמן לעשות שאינו זוכה כזוכה דלא עדיף מקנין שתקנו חז"ל ואף כבר נהגו כך ויש מקום לומר דאף אלה הסוברים דקנין דרבנן מהני לענין איסורי תורה היינו לגבי ישראל עם חבירו דעכ"פ יש לחז"ל כח מה"ת ומצווין על לאו דלא תסור אבל נגד נכרי דאינו מצווה על לאו דלא תסור כלל מודים דקנין דרבנן ל"מ שיהי' שלו מן התורה וכמו כן מנהג וסי'טומתא שוב ראיתי בחתם סופר ח' יו"ד (סי'' שי"ד) שמשיג על הגאון בנתיבות המשפט דלא דמי לקניני דרבנן דלא מחלו בכך הסוחרים מרצונם אלא אנוסי'ם בתקנות חכמים ומטעם הפקר ב"ד בזה י"ל אין כח ביד ב"ד אלא להפקיע

ולא להקנות אבל מה שהנהיגו מרצונם הטוב כל תנאי שבממון קיים מה"ת עי"ש ואין לזה טעם דמה מהני תנאי שבממון לעשות שאינו זוכה כזוכ' וגם בקנין דרבנן מי יימר דאף ישראל כשרים לא ימחלו ע"ז מרצונם רק חשובים כאנוסי'ם בתקנות חכמים ודאי מקבלים עליהם לקיים ברצון טוב כפי תקנתם ואם זה לא מהני מן התורה כיצד יהני מנהג מרצונם מה"ת ועיין ריטב"א קידושין מובא בש"ך ח"מ (סי'' קצ"ח ס"ק י) דכ"מ שאמרו חכמים שאין קונים מן הקנינים אע"פ שפירש המוכר והלוקח שיקנו בו אינו קונה והרי הוא כאילו אמר שיקנה באמירה בעלמא עי"ש הרי דלא מהני לעשות שאינו זוכה כזוכה ולא אמרינן בזה כל תנאי שבממון קיים:

יח

ומצאתי רב בזה דפשיטא לי' לרבינו הרמ"א בתשוב' (סי'' פ"ז) דקנין איסטומתא אינו קונה רק מדרבנן. דשם נשאל בישראל שקנה פרה מנכרית בקנין כסף לבד והניח אצלה הפרה לשמור ולרעות ואח"כ נגנבה הפרה ונתרצית הנכרית לשלם ולהחזיר לו מעותיו ואח"כ נמצא הגנב ושלחה אל הישראל שיקח פרתו ויפדה אותה ממקום שמשכנה הגנב ובעוד שהלך שם הישראל ילדה הפרה זכר ודן שם מתחלה אחר דקי"ל כר"ת דלנכרי במשיכה פשיטא דלא קנה הישראל ועדיין ברשות הנכרי עומדת ופטורה מבכורה וכ' וא"ל דאע"ג דמדין תורה אין מעות קונות מ"מ לא גריעי מעות מסי'טומתא דקניא מדרבנן כדאיתא פ' איזהו נשך דזה אינו חדא כ"ז שלא משך הישראל הפרה היה הנכרי יכול לחזור בו דיד בעל המעות על העליונה לפי מנהג המקום שנקנה שם הפרה זו לפי הנראה ועוד דא"כ דלא קנה הישראל רק מדרבנן מכח המנהג א"כ מה שאמר לו הכותי לשלם נמי הוי קנין לכותי מכח מנהג שאמרו שאר הנכרים שצריכה לשלם החצי א"כ החצי שלה משעת גניבה והוי שותפות הכותי דפוטר בבכורה עכ"ל שם הרי להדיא דאינו קונה מצד המנהג רק מדרבנן וגם כנראה דע"ז דן שם מתחלה אם קי"ל כרש"י דלנכרי קונה בכסף או כר"ת ולמה צריך לזה הא כיון דמנהג הוא שם שלא לקנות בכסף רק במשיכה הכל הולך אחר המנהג אלא ודאי דמנהג זה אינו מפקיע מאיסור תורה ואם מה"ת הי' כסף קונה הי' בכור ולכך דן דקי"ל כר"ת ושוב חקר מצד המנהג דהוי עכ"פ מדרבנן קנין עכ"פ מבואר להדיא דאיסטומתא ל"ה רק קנין דרבנן:

ומה שהביא הח"ס מדברי תשובת רשב"א המיוחסת להרמב"ן (סי'' רכ"ה) שכתב דסוגיא דבכורות רפ"ב מיירי באתרא דלא נהיגי במשיכה אבל היכי דנהיגי במשיכה פוטר מבכורה מטעם סי'טומתא עיינתי בתשובת הרשב"א הנז' וראיתי שדבריו שם צריכין ביאור כי המח"א דיני קנין מעות (סי'' ח') כ' משם הרמב"ן הנ"ל דישראל שקנה מטלטלין

מנכרי מכי נתן דמים קנאם כיון דנהגו הנכרים להקנות הדמים אבל אם מכר מטלטלין להנכרי ולא משך אע"פ שנתן דמים לא קנה לדעת ר"ת ויכול הישראל לחזור דבתר דינא דאורייתא דיינינן ליה ושם (סי'' ט') כתב בנו של המח"א הרב ז"ל על קושית אביו דלמה צריך לתרתי לענין בכור קנין כסף ומעות הא כשיתנה עם הנכרי שיקנה במשיכה או בדמים סגי כדמוכח פ"ב דבכורות וכתב בנו הרב ז"ל משם הרמב"ן דלר"י דלישראל בכסף ונכרי במשיכה ישראל שנותן לנכרי מעו' בבהמתו פטורה כיון דלא משך ואפי' נהגו לקנות בכסף מ"מ ברשותיה דישראל לא קאי להתחייב בבכורה שהוא מדאורייתא עד דמשך כדינא דאורייתא והיינו דכייפינן ליה ליתן מצד המנהג ומ"מ קנין ל"ה עד דמשך וע"כ כונתו דתנאי ג"כ לא עדיף מן מנהג. עכ"פ מדבריהם מבואר דסברי בדעת תשובת הרשב"א המיוחסת הנ"ל דישראל מנכרי אף דקונה בכסף ע"פ מנהגיהם מ"מ קנין אינו עושה לחייבו בבכורה ונכרי הקונה מישראל ע"פ קנין שהוא מצד המנהג אף חיוב אין כאן מן הישראל לקיים וא"כ כנראה דלענין בכורה בנכרי הקונה מישראל פרה בקנין כסף להסוברים דאינו קונה מה"ת אף מצד מנהג לא הוי רק קנין דרבנן שוב עיינתי בדברי הרמב"ן וראיתי דמשמע מדבריו באמת דמצד המנהג מהני הקנין הן לגבי ישראל מנכרי הן לנכרי מישראל ועי' בס' קרמ"ר מבנו של הבעל מח"א ח"ב הלכות זכיה ומתנה (דף כ"א ע"ב) דמפרש ג"כ דברי רמב"ן נגד דעת המח"א אביו ז"ל רק דס"ל דאזלינן בתר מנהג קבוע שלהם אף לפטור מהבכורה עי"ש:

שוב ראיתי בנתיבות המשפט (סוף סי'' קצ"ד) שכ' לישב דברי רמ"א שם שכ' אבל במטלטלים קנה מקושיות הש"ך שם ע"פ דברי רמב"ן במיוחסות הנ"ז שכ' דקנה אף במעות לבד אפילו לדעת ר"ת כיון דנהגו הגוים להקנות בדמים רק במכר מטלטלין לגוי במעות לא קנה לסברת ר"ת ואתיין דברי הרמ"א בפשיטות והדברים נפלאים דהמעיין ברמב"ן שם דאם מצד מנהג אין לחלק בין אם קנה מנכרי או מכר ואדרבא מבואר שם דכתב ואפשר נמי דהיינו דאמר רב אשי בע"ז (דף ע"א) רמות רוחא הוא דנקיטא להו תלה הענין בגסות הרוח לבד ולא במנהג קבוע לומר דאינו קונה כלל ואפילו משום מנהג מדאמר להנהו סבויתא שקלי זוזי אלא התם גסות הרוח הוא שנהגו בעצמן שלא לחזור אחר שמשכו אבל אם הי' מנהג קבוע ודאי לא היה מצריך רב להקדים וליטול דמים עכ"ל הרי דאם מצד מנהג אין חילוק בין אם קונה מגוי או אם מכר לגוי וע"כ מ"ש אח"כ ואותו שאמר ישראל שנתן מעות וכו' התם במקום שאין מנהג ידוע כו' ואין נראה שנהגו לקנות במשיכה כו' והאריך לומר דיש מקום לחלק בין נכרי מישראל לישראל מנכרי אולם כ"ז אינו נראה וכמו שכתב בס' קרמ"ר עכ"פ כנראה דדעת הרשב"א המיוחסת

באמת דקנין מצד המנהג מהני לענין חיוב בכורה אך מ"מ אין סברא לומר דמהני כקנין של תורה דודאי ל"ה רק קנין דרבנן רק די"ל דהרשב"א לשיטתו דהוא מהסוברים לענין ממון דהפקר ב"ד הפקר מהני אף לענין איסור תורה כמבואר משמו בש"מ ב"מ (דף ע"א) ולעולם י"ל להסוברים דקנין דרבנן ל"מ לענין איסור תורה אף במקום שנעשה הקנין טרם שבא הנידון לדון על איסור אעפ"כ אין הדיני תורה לענין איסור נגרר אחרי קנין דרבנן ודלא כמו שכ' הנ"ב תנינא אה"ע (סי'' נ"ד) לחלק בזה [עימ"ש לעיל דיני יו"ט (סי'' כ"א אות ה') ויבואר עוד אי"ה במ"א] לא עדיף ג"כ קנין סי'טומתא ומנהג משאר קנינים דרבנן וכמ"ש להדיא בתשובת הרמ"א הנז' [ובמ"ש עוד שם הנתיבות ליישב דברי הרמ"א דבדיני ישראל המחזיק חייב להחזיר כיון דהוא ספיקא דדינא ואולי מעות קונות ושל הלוקח הוא ותחת יד ישראל המחזיק הוא ודאי גזל ואסור להחזיק מספק דשמא של ישראל הוא הדברים תמוהין הא לדעת המחבר שם והרמ"א לא הגיהו סובר ג"כ דחייב לתת הדמים ללוקח א"כ ליכא נ"מ להנכרי המוכר ובודאי הוי המחזיק ככל מחזיק ואסור לישראל להודיע דאינו גזל ביד המחזיק דברוצה למכור ועומד למכור יכול ליקח שלא מדעת בעלים ע"מ לשלם אף מישראל כמבואר בראב"ד ור"ן פ' ואלו מגלחין ועיין מח"א הלכות גזילה (סי'' ה') ק"ו בנכרי שכבר מכר ולו ליכא נ"מ רק בין המחזיק והלוקח וגם כבר כתבנו במ"א דחמסן דיהיב דמי דאסור כתיב ביה רעיך עמ"ש בהגהותי בדברי חיים דיני גזילה (סי'' ג') כ"ש באם כבר מכר הנכרי וקבל הכסף והדו"ד רק בין הלוקח והמחזיק דודאי אם נותן הדמים אין מוציאין ממנו ויבואר אי"ה במקומו עוד בטעמים נכונים ואכ"מ]:

כ

ובדברי הרמ"א שם יש לעיין בכמה דברים שכ' דאף אם נאמר דקנה הישראל במפות מ"מ כשנגנבה אח"כ ואמר' הנכרית הריני משלם נקנה הפרה לה בכ"מ שהיא כדאמרינן ר"פ המפקיד כו' דאם אמר הרני משלם נעשה כאומר הרי פרתי קנוי' לך מעכשיו והה"ד לענין בכורה דאין לחלק בין איסור לממון בכה"ג ואע"ג דשבחא דאתא מגופא לא אקני ליה שם מ"מ לענין בכורה דהוי טובה למקנה מקני לה גופה דאומדן דעת זה עדיפא עי"ש עוד וסי'ים וכ"ש אם נולד זכר זה בבית גנב דודאי הא ילדה בחזקת הגנב והקונה דהוי התם שינוי רשות ושינוי השם לכן פטירי עכ"ד וצריך להבין הא אם נאמר כדעת רש"י דקנה הישראל בכסף א"כ כמו כן נכרי מישראל אינו קונה במשיכה רק בכסף א"כ אינו דומה להא דריש פ' המפקיד דשם אמרינן נעשה כאומר כו' הרי פרתי קנוי' לך מעכשיו וקנה הישראל במשיכתו שמשכה מן המפקיד אבל לא אח"כ דאח"כ אף אם מקנה גוף

הפרה הוי דבר שאינו ברשותו ואינו יכול למכור וא"כ בנידון הבכור דל"נ לומר דנעשה כאומר והנכרית ג"כ ברצונה לקנות אז משעת משיכה דהא משיכה אינו קונה ורק אח"כ בנתינת הכסף וכמו שכ' הרמ"א שם וא"כ הוי אז אינו ברשותו ולא חל כלל הקנין גם אף אם במשיכה קונה למפרע לא מצינו זה רק היכא דשייך דין שמירה אמרינן נעשה כאומר כו' הרי פרתי קנויה מעכשיו משא"כ בנכרי דלאו בני שמירה וכמו דאנו ממעטין מרעהו דישראל אינו בחיוב ודיני שומרין מנכרי כמו כן נכרי מישראל וכמבואר בסמ"ע ח"מ (סי'' ש"א) וכיון דליתא בדיני שומרין מנין לומר אומדנות שדעת הנכרי לקנות למפרע ובמקו"ח (סי'' ת"מ) כנראה דפשיטא ליה דגם בישראל שקבל מנכרי בשמירה יש דין זה דכשנגנב ומשלם קונה למפרע ויש לו רב בזה רבינו הרמ"א ז"ל אולם הדברים תמוהין כיון דלא שייך בזה דין שמירה וחיוב שבועה הן ישראל מנכרי הן נכרי מישראל מה"ת נימא כשמשלם דקונה למפרע ועיין נתיבות המשפט (סי'' קצ"ז ס"ק ד') שכתב בהמפקיד אף דנתכוין להקנות מ"מ בעינן כונת קנין מהקונה ודעת אחרת מקנה ל"מ שם כיון דלא הי' דעת קונה סמוך לגניבה והעלה דמטעם חצר קונה וכיון דאיכא אומדנא דמוכח שהמפקיד רוצה להקנות קונה הנפקד מטעם חצר וחצרו קונה שלא מדעתו וא"כ בנידון דהרמ"א דודאי ליכא כונת קנין מהנכרית וגם לכמה אחרונים שכתבו דלנכרי ל"מ דעת אחרת מקנה ע"כ דקנתה סמוך לגניבה מטעם חצר וסובר דחצר קונה לנכרי אף דאינו עומד בצידו וכמו שהעלה המקו"ח (סי'' תמ"ח ס"ק ה') עי"ש דבגדול קונה מטעם יד כשהיא משתמרת אולם עכ"פ הי' לו לבאר אם היתה הפרה נגנבת מחצרה המשתמרת של הנכרית ובכ"ז הדבר צריך עיון אם נידון בין ישראל לנכרי ג"כ לומר דקונה הפרה ממש סמוך לגנבה וכנראה מדברי הרמ"א דנקנה הפרה בכל מקום שהיא להנכרית והיינו אח"כ וזה אינו מובן הא אחר הגניבה הוי אינו ברשותו להקנות ואף שדעת הש"מ ב"ק (דף ל"ג) כשמחזיר הגנב חל ההקדש למפרע כבר כתבתי במ"א דרבו החולקין ע"ז ועימ"ש לעיל סוף דיני פסח בזה וצ"ע:

כא

גם מ"ש דהוי שינוי רשות במה שהשכין הגנב הפרה זה דבר חדש דאם השכין הגנב אצל אחרים יהי' נידון כשינוי רשות ואף אינו מבואר ברמ"א מי הי' הגנב אם ישראל אם נכרי וגם אצל מי השכין הגנב דאם השכין אצל נכרי ובודאי כך היה דאל"כ יתחייב ביד ישראל בעל המשכון ואז אף אם הגנב הי' ישראל או להיפך אינו קונה משכון וא"כ לא הוי ש"ר כלל ואף בישראל מישראל דקונה משכון צ"ע אם הוי ש"ר כיון דיש שיור בקנינו ואם נאבד באונס חייב לשלם ולא גרע מאם מכרו באחריות דכ' ברמ"א ח"מ (סי''

שס"א) די"א דלא מקרי ש"ר. ועוד הא מבואר ברמ"א (שנ"ו) דהכי נהיגי עכשיו בכל גניבה להחזיר אפי' לאחר יאוש וש"ר מכח דינא דמלכותא א"כ הוי כילדה הפרה ברשות ישראל ואיך יהי' פטור מצד זה מבכורה ובלי ספק הרמ"א לא כתב טעמים האלה רק לסניף בעלמא ומ"מ צ"ע [ועיין בס' דברי משפט מאאזמ"ו זצ"ל (סי'' שנ"ו) שחקר אם הגנב נותן לאחר במעמלה"ח אם הוי ש"ר ולדברי הרמ"א דבהשכין הוי ג"כ ש"ר ק"ו מעמל"ה אולם דברי הרמ"א צ"ע גדול]:

כב

ומ"ש הרמ"א דאם נולד זכר זה בבית גנב או בבית שהשכין דהוי שינוי השם. הנה דעת הרמב"ם כמובא בח"מ (סשנ"ד) דלידה לא חשיב שינוי אף לגוף הולד ודעת הראב"ד (פ"א מגניבה) דהוי שינוי וקונה אפי' קודם יאוש והרמב"ן מלחמות ס"ל דלא הוי שינוי אלא לגוף הולד ודעת בעה"מ והרא"ש דהוי הלידה שינוי אף לגוף הפרה דמעיקרא גופא מליא והשתא גופא סריקא ולכאורה נראה דלא קנה הגנב עד שיגמר הלידה ואפשר דסגי כשיצא רובא לחוץ א"כ אם נאמר למפרע קדיש כרב הונא חולין (דף ס"ט ע"ב) וביצא שליש ומכרו לנכרי וחזר ויצא שליש דקדיש ומטעם דלמפרע קדיש ואגלאי מילתא דכי זבין לנכרי לאו כלום הוא זבין דאין לו חלק בו כמ"ש רש"י א"כ ה"נ דכוותה כיון דע"י השינוי דלידה לא חל הקנין של הגזלן רק אחר גמר לידה ואז חל למפרע קדושת בכור אלא אף לרבה שם דסובר מכאן ולהבא קדיש מ"מ אתו תרוויהו בהדדי וי"ל דקדושת בכור חל ויש לדמות להא דתמור' (דכ"ה) באומר על בכור עם יציאת רוב עולה דבכור הוי דמסי'ק הש"ס משום דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין וה"נ דכוותה דקנין שע"י השינוי בא ע"י מעשה הגניבה ואלים קדושה הבא מאליה שיחול ושלא יקנה הגנב בהשינוי ועיין ש"ע יו"ד (סי'' שי"ט) דהמחבר פוסק כדעת הרמב"ם דנתקדש למפרע ובודאי י"ל דאין קנין דשינוי מבטל קדושת בכור והרמ"א שם כתב י"א דאינו קדיש למפרע והוא דעת הרא"ש ומ"מ אף לדעתו צ"ע מטעם הנ"ל דקדושה הבא מאליה דוחה לקנין של הגנב וכנראה סובר רבינו הרמ"א ז"ל כיון דקנין שינוי מעשה הוא מן התורה וחל ממילא אלים ג"כ לדחות הקדושה הבא מאליה אולם לדעת הרמב"ם דחל למפרע ואף דרשאי לחתוך אבר שיצא הראשון ולהשליכו לכלבים כמבואר מס' חולין שם ובתוס' דרק כשהוא בעין חל הקדושה למפרע [ומה"ט לא אתי שפיר מ"ש בס' ש"ש (ש"ד פ"ו) בהא דספק בכור דפוסק הרמב"ם דמהני תפיסה ובש"ס ב"מ מוכח למסקנא דל"מ תפיסה בס' בכור והעלה דרבה לשיטתו דמכאן ולהבא קדיש ויש חזקת בעלים ממש במיעוט אשר יצא אבל אם אמרינן למפרע קדיש מעולם לא היה לו חזקת מרא

קמא דבשעה שנולד ספיקו עמו וליכא ראיה מס' פטר חמור לס' בכור עי"ש וזה אינו דהא אף אם למפרע קדיש מ"מ היינו כשהוא בעין אבל בהמיעוט יש לו שפיר חזקת מר"ק ג"כ דקודם שיצא הרוב יכול לחתוך ולהשליך לכלבים ואכ"מ בזה] מ"מ כמו לד"מ מכירה לנכרי מקודם לדחות קדושת בכור שלא יחול כמו כן ל"מ מכ"ש קנין של השינוי דאח"כ להפקיע מקדושת בכור.

ולכאורה י"ל דכיון דבגמר הלידה קונה הגנב ע"י שינוי למפרע כמו דמוכח מדברי הרא"ש ר"פ הגוזל עצים דא"צ לשלם רק כמו שהי' שוה בשעת גזילה רק בתברא או שתייה דהוציא מן העולם ומזה הוציאו המחברים דע"י שינוי מעשה קונה למפרע עיין מ"ש אאזמ"ו ז"ל בדברי משפט (סי' רצ"א) ואאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני גניבה (סי' ח"י) וא"כ ה"נ נקנה הולד למפרע ולא חל קדושת בכור אולם כבר בארתי שם בהגהותי דאינו ראי' מדברי הרא"ש שיהא קונה למפרע עי"ש בדברים נכונים וגם הא אף לדעת המחברים ע"כ שהתוס' והרמב"ן והריטב"א חולקין ע"ז וגם יסוב קושיות רבות על סברא הזאת וקשה לומר שכונת הרמ"א הי' בזה שקונה למפרע להפקיע קדושת בכור:

כג

ועוד יש לגמגם אם נאמר דביאוש לחוד אינו קונה הגנב הגוי וכמו דמוכח מש"ס ב"ק וסוכה ר"פ לולב הגזול ועיין בדברי חיים דיני גניבה (סי' ג') שהשיג על המח"א שדעתו דנכרי שגנב קונה ביאוש לחוד והוכיח שם דלא כן הוא ועי"ש בהגהותי שהעירותי להוכיח דע"כ חייב ג"כ בוהשיב דאל"כ לדעת רמב"ן ראוי שיקנה ביאוש לחוד ולדעת רש"י עירובין (דף ס"ב) דבן נח נהרג על פחות משוה פרוטה ולא ניתן להשבון דבנכרי לא כתיב והשיב א"כ שם בפ' לולב הגזול למה צריך לשינוי רשות הא אם גזזו נכרי קונה ביאוש לחוד כיון שאינו מחוייב בוהשיב או מטעם קלבד"מ ואף שהוא בעין נקנה ביאוש אולם מ"מ יהי' הטעם מה שיהי' מבואר דאינו קונה ביאוש. א"כ י"ל דעכ"פ גם ע"י שינוי מעשה אינו קונה כיון דעכ"פ אינו במ"ע דוהשיב ואנן ילפינן דשינוי קונה ממה דכתיב והשיב הגזילה אשר גזל אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים ישלם ולגבי גנב וגזלן נכרי דלא נאמר והשיב מנין לנו לומר דקונה בשינוי מעשה ועיין נתיבות המשפט (סי' שס"א) דאף בישראל היכא שקנאו בדמים והוא בעין דחייב להחזיר אינו קונה בשינוי כיון שאינו חייב בהשבה היינו דלא לאמר בזה והשיב ק"ו לגבי נכרי דלא נאמר בהו כלל והשיב אם אינו קונה ביאוש לחוד מנין לנו לומר דקונה ממילא בשינוי מעשה ושינוי השם וכיון דהרמ"א לא אתי עלה מצד יאוש לחוד מנין לנו דקונה ע"י השינוי ברם יש לומר למה דהוכחתי בכמה מקומות כדעת הראשונים דביאוש לחוד יצא מרשות

הבעלים רק הגזלן אינו קונה והוי כהפקר והפקר ממש שאחרים יזכו בו אינו שמעכב קנין של הגזלן כמבואר תוס' ב"ק (דף ס"ט) א"כ עכ"פ לענין חיוב וקדושת בכורה דהפקר אינו חייב בבכורה ועיין מ"ש בהערותי בדברי חיים חיו"ד (ס"ס נ"ו) להוכיח כן מדברי התוספתא מס' בכורות א"כ ע"י יאוש דבעלים כיון דהוי כהפקר רק מכח זכותא דגנב הגוי אין אחר יכול לזכות בו עכ"פ מרשות בעלים הישראל יצא וי"ל דפטור מבכורה אך עכ"פ הרמ"א לא אתי עלה מטעם זה רק מטעם שינוי מעשה ושינוי השם וזה צ"ע כמ"ש:

כד

עוד יש להבין בדברי הרמ"א וכן הביא הש"ך משם מהר"מ מינ"ץ דבקנה מנכרי הוי ספק בכור וע"כ כמ"ש לעיל דח"מ אינו מברר לענין איסור ובפרט ספיקא דדינא מ"מ יקשה דהא התוס' ב"ב (דף נ"ד) ד"ה וישראל לא קנה עד דמטי שטרא לידיה הקשו אמאי לא קנה בכסף לבד מעפרון בק"ו מגופו דל"ל שאינו גומר בדעתו לקנות עד שיהי' שטר דמאחר דנכרי מסתלק למה לא יגמור בדעתו לקנות ויניחנו להיות הפקר וכ' דאנן סהדי שלא הי' בדעתו אלא כמות שהוא רגיל עם ישראל דהיינו בשטר מדלא פירשו א"ב בכספא איקני ושוב הקשו מהא דבכורות בנתן מעות לנכרי בבהמה בדיניהם אע"פ שלא משך קנה וחייבת בבכורה ואמאי לא אמרינן אע"ג דקנה מה"ת מ"מ אין בדעתו לקנות עד שימשוך כמו שהוא רגיל לקנות עם ישראל וכ' ויש לומר דהתם בדיניהם קאמר והיינו דרוצה לקנות כמו שהוא דיניהם שפסקה להם התורה ובמפרש כן אבל בסתם אם אינו מפרש סברי התוס' דדומה מטלטלין כמו קרקע דאמרינן שם דנכרי מכי מטא זוזי לידיה אסתלק ליה ישראל לא קני עד דמטי שטרא לידי' והוי כהפקר כ"כ מטלטלין אין בדעתו לקנות עד שימשוך כמו שרגיל לקנות עם ישראל וכ"ז דל"ק הישראל אף דנכרי אסתלק מ"מ ל"ה רק כהפקר דג"כ פטור מבכורה והרמ"א ומהר"מ מינ"ץ והש"ך סתמו דבריהם ומשמע אף בשאינו מפריש שקונה בדיניהם שפסקה להם התורה אעפ"כ הוי ספק בכור דדילמא כסף קונ' וצריך לומר דהם סמכו ע"ד הרא"ש והטור ח"מ (סי' קצ"ד) וכן סתם הרמ"א שם דדוקא בקרקע אמרינן דישראל אין בדעתו לקנות בלא שטר משא"כ במטלטלין אם כסף קונה סומך דעתו ועי"ש בש"ך ח"מ וכן מבואר בש"מ ב"ב שם משם תוס' הרא"ש ע קושית התוס' הנז' וז"ל דגבי קרקע שאני שירא שמא תמצא גזולה וא"ר לקנות אלא בשטר שיהא בידו לראי' עכ"ל וקצת יש לומר דהוי עכ"פ ס"ס באם קנה סתם ולא פירש שקונה כמו שהוא דיניהם שפסקה התורה חדא דילמא כסף אינו קונה בנכרי ואף אם כסף קונה מ"מ דילמא כדעת התוס' דאין בדעתו לקנות עד שימשוך כמו שהוא רגיל עם ישראל ובפרט דמסי'יעו חזקת ממון ומר"ק של הנכרי וגם חזקת הולד שלא

נתקדש בבכורה כמ"ש תוס' בכורות (דף כ') וחולין (דף י"א) דיש לעובר חזקה חזקת זר כמו דלא הי' קדוש קודם לידה כן לא נתקדש עם הלידה ובפרט הרמ"א בשיטתו שם קאי דרוב הפוסקים סוברים כשיטת ר"ת וסי'יעתו דכסף א"ק בנכרי א"כ הוי ס"ס מעליא וצ"ל דזה פשיטא לי' לרמ"א דבמטלטלין ל"א דלא סמכה דעתו וכשיטת הרא"ש והטור וכמו שסתם שם בח"מ וצ"ע בכ"ז:

סימן יג

נשאלתי מן גביר משכיל א' אם יש מקום עפ"י דתוה"ק שאדם ישתף א"ע עם חבירו להמציא לו פרנסתו כדי שיעסוק בתורה והוא יחלוק עמו בהשכר. ובקש ממני לחות דעתי לו ע"פ התורה.

והשבתי האומנם באמת הדבר מובא ברמ"א יו"ד (סי' רמ"ו ס"א) דיכול להתנות כן קודם עסקו בתורה שיחלק עמו בשכר וע"ש בש"ך שכר תורה ושכר מה שירויח זה יהי בין שניהם ביחד. אולם אף כי דברי הרמ"א נובעים מדברי רבינו ירוחם. לכאורה אינו כן דעת רבינו האי גאון מובא בתשובת מר"מ אלשקר (סי' ק"א) דשאלוהו מי שנתן לאדם זהב ע"מ שיקרא בתורה וזכות הקריאה יהי' לו והשיב שדברים אלו דברי הבל שאין לסמוך עליהן ואיך יעלה על לב כי שכרו של זה של מע"ט שעשה זה לזה והכתוב אומר צדקת הצדיק עליו תהי' כו'. היחשוב כי מתן שכר של מצות דבר שישאהו אדם בחיקו כו' אילו ידעו מהו השכר לא הי' זה נותנו לזה ולא זה מקבלו מזה וכן הוא מתן שכר כבוד ויקר שנותנים לו לצדיק על מעשיו הטובים שהן מקבלות פני שכינה ומקלסי'ן לפניהם שבח ואומרים לו לצדיק עלה למדרגות ועמוד במחיצתך אתה הוא שכבשת יצרך ונשאת משאת המצות ולא נטית להנאה מצויה אלא עזבת את תאוותיך וסבלת עול יוצרך וסי'גפת עצמך ביראתך עתה בוא וקבל שכרך ותהנה מזיו השכינה כמו שאמרו חז"ל וכל אחד ואחד לפי מעשיו כמ"ש ושבתם וראיתם כו' והאריך בזה וכ' ודאי מי שעוזר עוסקים בתורה ומצות להפנות לבותם לעסוק בה יש לו שכר והשכר שי"ל על פעולתו הוא ע"ש עוד ולכאורה דבריו הם להיפוך מדברי רבינו ירוחם ורמ"א:

אולם יש למצוא בזה דרך להשוות דבריהם שלא יהיו חולקים בדבר ע"פ מה שלמדתי מפי סופרים וספרים הא דאמרו חז"ל דשכר מצוה ושכר עבירה עבירה. כי פי שנים יש בעונשי עוברי עבירה ר"ל ב' מיני עונשים האחד הוא סגולי דבק בפעולת הרע כמו"ש עוונותיו ילכדנו את הרשע תמותת רשע רעה. כי פוגם בנפשו פעולת הרע ממש כמו מי ששותה סם המות הממית ומשחית גופו כן משחית נפשו הרוחנית בפעולות

המגונות בעשותו הרע מדברים אשר לא תעשנה כפי גזירת הקב"ה ועצת התורה כמו"ש דהע"ה אברך ה' אשר יעצני כי כל המצות המה אך עצות הראויות לאדם באשר הוא אדם ויש בו חלק אלקי ממעל ובמדרש (שוחר טוב) ע"פ להגיד כי ישר ה' אמרו למשה מי עשה שלא תכנוס לארץ אמר להם אני גרמתי לעצמי א"ל ולא הקב"ה עשה לך אמר להם ח"ו אפילו אתם רואים הקב"ה הצדיק את הרשע ומחייב את הצדיק אל אמונה ואין עול אמרו לו לאדם הראשון מי גרם לך מיתה א"ל אני גרמתי לעצמי א"ל ולא עשה לך הקב"ה דבר זה א"ל ח"ו לא אבל גרמתי לעצמי משל למה"ד לחולה שהי' מוטל במטה הלך הרופא וראה אותו התחיל מצוה ואומר לו דבר פלוני לא תאכל אותו שהוא רע לו ומסוכן למות לימים אכל מה שאמר לו הרופא שלא לאכול אותו שהוא מסוכן למות אמרו שמא הרופא עשה לך דבר אמר להם לאו אני הוא שעשיתי לעצמי כך כי מעץ הדעת טוב ורע לא תאכל שהוא רע לך ומסוכן למות ואני הוא שעשיתי כי ישרי' דרכי ה' הוי להגיד כי ישר ד' עכ"ל. וכל עבירה לפי ערכה משחית נפש הישראלי עד כי צריך לתרופות רבות יסורים ועונשים כפי ידיעתו ית"ש הרופא נאמן לרפאותו:

ועוד יש בלעדי זאת עונש גמולי ג"כ כי עבר על גזירתו ית"ש והשחית נפשו ממש כעובר על גזירת המלך ומשחית עי"ז כלי יקר של המלך שענשו בכפלים. ובזה מובן מה שמצאנו כמה מאמרי רז"ל בעניני תשובה הנראים כסותרין א"ע כי אמרז"ל עבר אדם עבירה ושב לא זז משם עד שמוחלין לו ותשובה היא רפאות תעלה לכל עבירות שבעולם ועיקרו של תשובה הוא חרטה ועזיבת החטא. ויש כמה מאמרים שצריך לסבול תשובת המשקל של כל חטא וחטא ולסגף א"ע ואמרו רז"ל כי בתחבולות תעשה מלחמה עבר אדם חבילות עבירות יעשה כנגדן חבילו' של מצות וע"כ אף דאין מצוה מכבה עבירה בכ"ז צריך תרופות רבות. ולהאמור יש לומר דעל חלק העונש הגמולי אשר צריך האדם לקבל בשביל שעבר על מצות הקב"ה בזה עושה ד' חסד ומקבל לשבים מיד בחרטה ועזיבת החטא מוחל לו הקב"ה וחותר חתירה מתחת כסא הכבוד לקבל השבים. אבל בכ"ז להשיב ולהבריק הפצעים והחבורות הנעשים בנפשו במה יתרצה זה אל אדוניו. ממש אם החולה העובר על מצות הרופא ושתה ואכל דברים המקלקלים גופו אף אם יפייס ויתרצה להרופא מאה פעמים וימחול לו בכ"ז צריך לקבל רפואות וסמים להחזיר גופו לבריאותו כן עונש הסגולי לא ניתן למחול רק הקב"ה חותר חתירה מתחת כסא הכבוד לקבל השבים ומבריא נפש החוטא ולזה צריך שיסבול יסורים כפי ערך החטא:

וזה מאמר הנביא בשם ד' יעזוב רשע דרכו כו' וישוב אל ד' וירחמהו ואל אלקינו כי ירבה לסלוח. הרחמים הוא על סוג העונש הגמולי כי ד' ברב רחמיו מוחל וע"י חרטה ועזיבת

החטא כשיעיד הבוחן לבבות ע"ז נמחל לגמרי וחלק מעון עצמו נמחק ואל אלקינו המדה של הדין אף כי מתהפך לרחמים ונמחק הדין ע"י תשובה מ"מ חלק מעונש הסגולי הדבק בפועל הרע והשחית נפשו בזה צריך כי ירבה לסלוח ישלח דברו וירפאהו להבריק נפשו מזוהמת וחלאת העבירה והקב"ה הרופא הנאמן מעורר ע"ז רפואתו ע"י יסורין או שע"י קבלת היסורין באהבה תתרפא נפשו מזוהמתה חוץ לדרכנו יש לפרש מה שאמר כי ירבה לסלוח ע"פ מה שביארתי מה שאמר הקב"ה למרע"ה וחנותי את אשר אחון ורחמתי את אשר ארחם. כי מידתו של הקב"ה כי רגע באפו חיים ברצונו כמשחז"ל כשהוא בכעס הוא ברצון להשפיע חיותו אף על עוברי רצונו ועזה כמות אהבה אף כי קשה כשאול קנאה כי באם ח"ו הקב"ה הי' מסי'ר השגחתו מהחוטא נשאר כפגר מובס. ועוד זאת אף החוטא כשמתעורר בתשובה הקב"ה דן אותו באותו זמן ע"ד כי אקח מועד אני מישרים אשפוט בוחר בהזמן המוכשר לקבל רחמים ע"י התעוררותו בתשובה ואף שלפני הקב"ה גלוי וידוע שישוב ויחטא וישוב ויתודה פעם אחר פעם כך מדתו לקבל שבים אם עכ"פ אינו אומר אחטא ואשוב וזהו וחנותי אתן חנינה לאשר אחון אף כי יודע אני שלא יספיק החנינה רק לפי שעה ויצטרך עוד שוב לחנינה וכן ורחמתי את אשר ארחם שיודע הקב"ה שיצטרך לרחמים פעם אחר פעם וההבדל בין גדר חנינה לרחמים ידוע וע"ז אמר כי ירב' לסלוח ברבוי אחר רבוי ואכ"מ להאריך בדרוש] וכמה פסוקים ומאמרי חז"ל מורים על הבחינה הזאת שיש פי שנים בסוגי עונשי עוברי עבירה ר"ל הדבק בפעולה ושאינו דבק בפעולה ואכ"מ להרחיב הדיבור בדרוש:

וכן מרובה מדה טובה שכמו כן גמול ושכר על פעולת המצוה וההולך בתום בדרכי הקב"ה פי שנים אל הטוב הצפון שכר סגולי הדבק בפועל הטוב ע"ד אמרת אלוק צרופה ארז"ל לא נתן הקב"ה המצות אלא לצרף בהן את הבריות היינו אף כי עבודה צורך גבוה הוא ופועל בעליונים עיקרו שמושך על עצמו שפע אלקי וחיות רוחני חיי עולם בעשיות המצוה לשמן לשם פועלן והן קישוטין דנפש הישראלי ולבושי יקר דנשמתא כמבואר בזוה"ק. ומרע"ה אמר שימו לבבכם לכל הדברים כו' אשר תצום את בניכם לשמור לעשו' את כל דברי התורה הזאת כי לא דבר רק הוא מכם כי הוא חייכם ופירש הר"י אדרב"י כי כל חכמות חיצוניות יכול אדם לחיות בלעדם ולהיות נפרד מידיעתן בלעדי חכמת התורה והמצות לא יכול אדם להשלים נפשו ולהקרא אדם המעלה אך ורק ע"י זאת התורה והמצוה וזאת עיקר חיות האיש הישראלי ממש כמו שבלתי באפשרות לחיות בלא לחם ומים כן התורה נמשל ללחם ומים ושע"ה אמר שמור מצותי וחיה ותורתי כאישון עיניך כי עיקר חיות איש הישראל הוא בקיום מצות ה' ורשעים בחייהם

קרויים מתים וכמו באמצעות העין רואה למרחוק כן ע"י התורה עינים לו לראות בעוה"ז ובעוה"ב. ואמר קשרם על אצבעותיך כתבם על לוח לבך כי לא בשכל העיוני לבד משלים נפשו לחיות חיים נצחים רק שהמצוה בפועל יביא השלמות והוא דבר הצריך לכתוב על לוח לב האדם שלא ישכח:

והחכם מכ"א אמר במעלות התורה והמצות יקרה היא מפנינים וכל חפצך לא ישוה בה כי התורה נמשלה לצורך הנפש להשלים ללחם ומים. והמה נמצאים ברב בכ"מ וזמן כמו"ש הרמב"ם ז"ל שכל הנצרך לחיי אדם בהכרחי יש בו רבוי המציאות ואינו כל כך יקר ערך. כן נמשלה התורה לזה לכן כאשר רצה הקב"ה לזכות את ישראל שינצחו ליצה"ר ויכניעו חלק הרע הרבה להם תורה ומצות אולם אף כי נמצא ברב ודרך הטבע דבר המצוי אינו כל כך בחשיבת. ובשלמות התורה אף כי הוא דבר המצוי יקרה היא מפנינים ולא תאמר שגם בלעדי זאת ח"ו יוכל לחיות חיי הנצחי רק כל חפצך מה שחיי אדם תלוי בו לא ישוה בה אין לו השתות לחפץ קיום התורה. ועי' בביאור הגר"א משלי שם. וההבדל בין חפץ ורצון הוא כי רצון הוא גדר דבר שאינו הכרחי ע"ד רצון יראיו יעשה אף מה שאינו הכרח. וחפץ הוא בדבר שנפשו תלוי בו והוא הכרחי להחפץ כמו"ש ולא אחר הנער לעשות כי חפץ בבת יעקב והיתה אליו הכרחי. ואמר אשרי איש ירא ד' במצותיו חפץ מאד ודרשו רז"ל ולא בשכר מצותיו כי אחרי שאמר במצותיו חפץ שנעשה אצלו חפץ והכרחי ובלתי באפשרי לחיות בלא קיום מצות ה' א"כ לא יעלה ע"ד לבקש שכר כמו מי שעושה רצון אדונו ואוכל מכל למלאות תענוגיו היעה"ד שיבקש שכר לאמר כי מילא רצון אדונו וישלם לו שכר ע"ז זה נגד השכל ואמר כיון שיודע ומבין ומרגיל עצמו לדעת שעיקר חיי איש ישראלי בקיום מצות ד' נעשה אצלו טבע ממש ובלתי באפשרות למנוע מהם ע"ד שאמר שע"ה חסד ואמת אל יעזבך שירגיל א"ע לעשות חסד ולבקש אך האמת עד שנעשה טבע ממש ואין מדת החסד והאמת יכול לעזוב אותו וכשם שהליחות פועלת במדות כך המדות פועלת בליחות ונעשה טבע ממש וכתיב מתהלך בתומו צדיק אשרי בניו אחריו שהבנים של הצדיק נקל להם לעשות אך הטוב לכן אמר במצותיו חפץ מאד כמו דבר הכרחי לזה אשרי בניו אחריו גבור בארץ יהי' זרעו דור ישרים יבורך כי מעשה אבות ירשו בנים:

וכן אם חפץ ד' בנו כי אחרי שברא הקב"ה עולמו ורוצה בקיומה חפצו בישראל וכשם שא"א לעולם בלא רוח כך אי אפשר בלא ישראל ולכך מוכרחים ישראל שיהי' לכלי חפץ. וקיום התורה והמצות יש בו ג"כ רצון וחפץ רצון הוא גדר שיהי' בתכלית המעלה יתירה לעשות אף לפמשה"ד כמו שדרז"ל אשר יעשון זו לפנים משה"ד. ואמר דהע"ה

לעשות רצונך אלוקי מה שהוא רק בגדר רצון חפצתי אצלי כ"כ חזק התשוקה כאלו רק חפצי בה ותורתך מה שצוית בקיום המצות בתוך מעי שאף החומר נהפך אצלי כ"כ ונהנין מקיום התור' והמצו' כי ידעתי שזה עיקר מזוני וחיי רוחי. ואצל הקב"ה כב"י לא נוכל לכנות קיום התורה והמצות לחפץ כי אף אם מבקש קיום עולם א"כ ההכרח לזה. בכ"ז אם צדקת מה תתן לו אולם רצונו הוא שישלים אדם נפשו ויאחז בסנסני קיום התורה והמצות ויכיר כי הוא הבורא הוא היוצר הוא העושה ומשגיח על הכל ואמר דוד הע"ה כי לא תחפוץ זבח ואתנה היינו קרבן תודה אף שחביב לפני הקב"ה ורצונו בזה ולעתיד לבא יתבטלו כל הקרבנות מלבד קרבן תודה ונאמ' זובח תודה יכבדנני בכ"ז אינו רק בגדר רצון אצל הבית"ש עול' שבא לכפר רק הרהורי עבירה לא תרצה. בזה אין אף רצון הבורא:

כלל הדבר עסק התורה והמצוה המה לישראל חיות ומזון הנפש ואמרו (במ"ר רות) יש כנפים לארץ שנאמר מכנף הארץ זמירות שמענו ויש כנפים לשמש שנא' ומרפא בכנפיה כו' גדול כחן של עמלי תורה שאין חסי'ן לא בצל הארץ ולא בצל השמש כו' אלא בצל מי שאמר והיה העולם שנאמר מה יקר חסדך כו' בצל כנפיך יחסי'ון. והיינו כי ע"י כנפיים יש בכחו לעשות תנועה ולעלות למקום חפצו ומתעלה וע"י תהלוכי עניני ארץ יתעלה אדם המעלה ויתבונן על השגחתו של הבורא וכן ע"י תהלוכות השמים וכוכביהם אולם לא יושלם נפשו לקרב אל הקב"ה ולהנות מזיו הטוהר רק ע"י עמלו בתורה וגדול כחן שאינם חסי'ן בדרכי הטבע הארץ ושמים רק ע"פ חוקי והנהגות התוה"ק ונמשלו המצות לכנפים שנאמר כנפי יונה כו' כמאמר רז"ל מס' שבת.

והמקיים חוקי ה' ותורתו מלבד מה שמתעלה עי"ז שכר מצוה והוא שכר סגולי הדבק בפועל אשר אין קץ ועין לא ראתה אלהים זולתיך יש כ"כ שכר מצוה גמולי אשר הקב"ה משלם שכרו כיד המלך ממ"ה הקב"ה כאילו עשה לו כב"י עבדות וכמשה"כ ויצונו ה' לעשות החוקים האלה ליראה את ה' אלהינו לטוב לנו כל הימים לחיותינו כו' כי עצם המצוה מסבב הטוב לכל הימים עוה"ב שכר הצפון ועין לא ראתה וצדקה תהי' לנו כי נשמור לעשות את כל המצוה הזאת לפני ה' אלהינו כאשר צונו וכאלו עשינו צדקה לנגד ה' אשר ישלם הגמול ודה"מ אמר במעלות התורה ומתוקים מדבש ונופת צופים בעצם אין מתיקות כתוה"ק שמיזן לנפשו ונשמתו בעוה"ז ועוה"ב ושכר מצוה מצוה בעצם ואמר גם עבדך נזהר בהם מוסי'ף עוד במעלות התורה שהקב"ה משלם לו שכר כאילו עשה עבדות לה' ונקרא עבד ה' מי שנזהר בהם בשמרם עקב רב כנגד זה יקבל שכר גמולו שהשלים והמריק נפשו וזה ממש כמו נדיב גדול המבקש מאיש

רעב וצמא שיאכל וישתה וישביע נפשו או רופא מחול' שישתה הרפואות ויבריא גופו ומשלם לו על אשר שמע לקולו ועש' עבודתו וזהו ולך ה' חסד כי אתה תשלם לאיש כמעשהו התשלומין מלבד הדבק בפועל מעשה המצוה.

ומובן לדרכנו מאמרם ז"ל מס' שבת דרש ר' שמלאי בשעה שהקדימו ישראל נעשה לנשמע באו ס' ריבוא של מה"ש לכל אחד ואחד מישראל קשרו לו שני כתרים אחד כנגד נעשה ואחד כנגד נשמע והקשו המפרשים הא עכ"ז עיקר הוא עשייה וא"כ למה ב' כתרים ויובן ע"פ (מ"ח שה"ש) כל אשר דבר ה' נעשה כבר נעשה כבר קיימו אבותינו את התורה והכונה כי עמידתם נגד ההר הלביש לכל אחד מישראל רוח נבואה ואמרו ז"ל ראתה שפחה בים מה שלא ראה יחזקאל וקריבתם אל הר סי'ני הזדכך את הדור דעה הלזה ביותר ופסקה הזוהמא לגמרי ונפתחו עיני שכלם להבין ולהשכיל כי לא יש מציאות לחיות חיי עולם רק ע"י קיום התורה והמצות וע"ד שפירש בס' נה"ח וכל העם רואים את הקולות מלשון רואה אני את דברי אדמון שראו שבלתי באפשרות לבא לחיי עולם בהשארת הנפש רק ע"י הקולות של התורה [ועד"ז מובן מאמרם ז"ל ויתיצבו בתחתית ההר שכפה עליהם את ההר כגיגית ואמר להם אם אתם תקבלו התורה מוטב ואם לא כו' שע"י קדושת ההר ששכן עליו הכבוד הזדככו והבינו שאם לא יקבלו את התורה לא יש השארת הנפש וזה באמת מודעה רבא לאורייתא דאז הבינו כולם וראו בעיני השכל ההכרח והחיוב לקיים התורה והמצות ופסקה הזוהמא ואחר כך כשאמר להם הקב"ה ע"י משה אמור להם שובו לכם לאהלכם שצריכין לקיים התורה בהתלבשות החומר וגם אח"כ שנתגשמו ביותר א"כ יש מודעה רבה דהוו כאנוסי'ם כיון דנשתנו והדר קבלוה בימי אחשורוש] ומהיכן זכו ישראל לזה הוא כי מעשה אבות ירשו בנים וטבע המוליד בנולד ואמרו כבר נעשה כבר קיימו אבותינו כי אברהם אף שלא נצטווה הבין כי אין מזון וחיי הנפש רק קיום התורה והמצות כן אנחנו יודעים רק רצוננו ג"כ להיות מצווים ועושים ואמרו ונשמע וא"כ שוב יש בלעדי שכר הסגולי שכר גמולי לכך קשרו להם מה"ש שני כתרים א' כנגד נעשה שכר הסגולי הדבק בהפעולה ואחד כנגד נשמע שכר גמולי כאילו עשה עבדות לה' כה"ר:

וא"כ יש מקום לומר דודאי עצם שכר התורה והמצוה הדבק בהפעולה בלתי באפשרות להשתתף בהן כי עין לא ראתה ואין מי שיראה רק הפועל והעושה ואם אחד ישתה לרוות צמאונו ויאכל להשביע נפשו הכי יוכל חבירו השמתדל בזה להביא לחמו ומימיו לפניו לשתות לשבר בזה רעבונו ולרוות צמאונו אם גופו ריק ולא בא אל גופו מהלחם אשר הוא אוכל. כ"כ המחזיק בידי ת"ח אף כי שכרו הרבה מאד זה הדבק בפעולתו אולם העושה

באשר עושה אין בכחו להשביע נפש המחזיקו רק שכרו רב כמרז"ל עתיד הקב"ה לעשות צל לבעלי מצות בצלן של בעלי תורה שנ' כי בצל החכמה בצל הכסף וזכותן יגן גם עליו ואמר עץ חיים למחזיקים בה היינו שמשך עליו ממש חיים הנצחים ועיין תוס' סוטה (דף ל"ג ע"ב) אולם ת"ח עצמן עין לא ראתה כו' אינו יכול למכור ולהשתתף בהדבק בהפועל ומסוג זה דן דינו תשובת רב האי גאון כמובן.

אולם סוג שכר הגמולי שאינו דבק בהפעולה בזה איירי ר"י והרמ"א ז"ל בזה שפיר יכול להשתתף ויש לו עקב רב בעושה רצונו של הקב"ה להחזיק בידי ת"ח אשר מביאו תורתו לחיי העוה"ב ולהשלים נפשו ורצון הבורא ית"ש בזה ומלבד השכר הדבק בפעולת המחזיק שכר סגולי אשר יש לו בקיום הברית אשר יקים את דברי התורה יכול להשתתף גם בחלק שכר הגמולי אשר ע"י שמחזיק בו בא יבא ברנה לקבל גם שכר הגמולי ובזה יקבל חלקו ג"כ ועץ חיים היא למחזיקים בה ושכר מצוה מצוה עד אין קץ. יוסי'ף לו ה' ברכה וחיים עד בלי דיים. כנפשו הטוב ונפש שוחר טובו. מאיר אויערבאך:

נשלם חלק ראשון. בעזר נוצרנו כאישון:

יתברך אלהים המלמד דרכיו, ויורה נתיב המצפים לישועתו, אשר עזרני עד כה לגמור חלק הראשון, לא אשא עיני לזכותי להתחיל ולגמור חלק שני, ואפיק רצון מאת אלהי לשועתי רזי תוה"ק ללמדני, וביראתו יחכמני ויחזקני ויאמצני, ללמוד וללמד לשמור ולעשות בדחילו ורחימו ורחימו ודחילו ולא ימוש התורה מפי ומפי זרעי וזרע זרעי ע"ע אכי"ר:

תושלבע

סב דמה לך דודי לצבי! (שה"ש ב י"ז)

מה צבי זה קל כך ארץ ישראל פירותיה קלים לאכול (מ"ר פ' משפטים)