שו״ת · אחרונים

אספת גאונים

רבי יעקב מלובלין, רבי העשיל מקראקא

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אספת גאונים

רבי יעקב מלובלין, רבי העשיל מקראקא

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/אספת-גאונים/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611161024 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 4
סימן ב 5
סימן ג 6
סימן ד 7
סימן ה 8
סימן ו 9
סימן ז 10
סימן ח 11
סימן ט 12
סימן י 12
סימן יא 13
סימן יב 13
סימן יג 15
סימן יד 15
סימן טו 16
סימן טז 17
סימן יז 17
סימן יח 18
סימן יט 19
סימן כ 21
סימן כא 24
סימן כב 29
סימן כג 29
סימן כד 33
סימן כה 35
סימן כו 36
סימן כז 40

סימן א

יעיין מעלתו בסי' רנ"ב בח"מ בהג"ה ס"ב כל דבר שנקנה במתנת ש"מ אם קדמו היורשים ומכרו המקבל יכול להוציא מיד הלוקח וכו'. יעיין מעל' מ"ש בעל הסמ"ע וז"ל ונראה דבנותן קרקעו' מיירי וכו' ואמת שב"י ומור"ם תמהו על בעל המישרי' הנ"ל ע"ש בב"י שנדחק בישובו ע"ש עד סוף הסעי':

הנה לענ"ד שכל דבריו תמוהין מ"ש דאיירי בנותן קרקעות קשה האיך שייך לומר מצוה לקיים דברי המת הא בעינן דווקא שהושלש מתחלה לכך וגבי קרקעות לא שייך זה כדאיתא בר"ן פ"ק דגיטין ומ"ש דבעל המישרים איירי במטלטלין הנה בב"י כ' דברי המישרים דכתובה ומזונות אינם ניגבים ממתנת בריא וכו' הן שנתנו יתומים אחר מיתת אביהן וכו' ולענ"ד דר"י איירי אפי' במקרקע וכתובה היינו כתוב' בנין דכרין שאינו טורף ממשעבדי ולדבריו דאיירי במטלטלין ואיירי בכתוב' אשה צריך לדחוק דאיירי שכ' בכתובה מטלטלי אגב קרקע דאל"כ בלאו האי טעמא דתקנת השוק אינו טורף מטלטלי. גם יש לתמוה דהג"ה זו לא איירי כלל בחוב אלא במתנת ש"מ א"כ הוי כאלו מכרו היתומים דבר שאינו שלהם ובזה פשיטא דהיורשים צריכין להחזיר המעות ליד המקבל מתנת ש"מ רק בחפץ עצמו אפשר שייך בו משום תקנת השוק והנה אחר כתבי זה ראיתי בדברי הגהת מרדכי וז"ל ואם אמר תנו חפץ זה לפלוני ומכרו או נתנו לאחרים כו' ואם היה בעין יטלנו ואם אינו בעין יחזיר לו הדמים דהוי כגזל ולא נתייאשו הבעלים רצה מזה גובה וכו' עכ"ל. הנה כב"י דאיירי במטלטלין ודלא כמהרי"ך והנה דברי הגהת מרדכי צ"ע דמה ראיה הביא מגזל ולא נתייאשו הבעלים דשם איירי דלא בא ליד השני בתורת מכירה ואדרבה שלא ברצון הגזלן לקחו אבל הכי בתורת מכירה אתי לידי' ואיכא תקנת השוק וצרי' לדחות דאיירי בהמותר מדמי מכירה אי נמי איירי בשהלוקח ידע שנתנו לאחרי' וליכא תקנת השוק וא"כ גם דברי מהרמ"א צריך לפרש כך גם מה שמדמה תקנת השוק מסי' ס' לתקנת השוק דנ"ד לענ"ד נראה נ"מ לענין דינא דגבי תקנת השוק דטריפת מלוה אינו טורף כלל אפי' יש שם מותר גם אינו מחויב ליתן למלוה גוף החפץ כלל דהמנהג הוא דאינו טורף כלל כאלו לא נכתב מטלטלי אגב קרקע משא"כ בנ"ד המותר של בע"ה גם מחויב ליתן לו לפדותו ומ"ש מהרי"ף גבי מתנה איכא תקנת השוק והביא ראיה דהב"י פסק כן בסי' ס' לכאורה נראה דיש לחלק בין הא דסי' ס' לנ"ד דאל"כ תיקשי בטור י"ד סי' קע"ז סעיף ל"ב הביא דברי הרמב"ם פ"ז מהל' שלוחין דאם נתן המתעסק לאחרים מוציא מידו ע"ש וא"כ הרי בהדיא דליכא תקנת השוק במתנה וע"כ צריך לחלק דהטעם גבי מתנה דאי לא דעביד לי' נייח נפשי' ומסתמא לא עביד לי' נייח

נפשי' בשעת המתנה א"כ הוה כחוב בעלמא וגנב ופרע בחובו ליכא תקנת השוק ואף הרא"ש מודה בזה משא"כ סי' ס' דאף דגבי מלוה מוקדם ומאוחר ליכא תקנת השוק כמ"ש הב"י בסי' ס' מ"מ לענין מתנה ומכירה הושוו מדותיהם דלא מהני למשועבדים הן מתנה הן מכר אף שכת' מטלטלי אגב מקרקע אם לא שיהי' ביד הלוה אם לא שנאמ' שהרמב"ם בי"ד איירי שהמקבל מתנה ידע שהו' של עסק ידוע וכן צ"ל בטח"מ סי' תכ"ה ס"ב בד"א כשהוציא המקח מיד הלוקח בב"ד של ישראל כגון שהמקח מטלטלין והם גנובים או גזולים צ"ל דאיירי בגנב מפורסם או שידע מזה וכל מה שכתבתי נראה אצלי לענין דינא אם יסכים מעל' אגב זה דרך עיון למדתי בסי' שנ"ד ס"ב בהג"ה ואפי' הגנב אינו צריך להחזיר דודאי נתן לשם מתנה וצ"ע דהא קי"ל גמר ונתן לשם פקדון וכן הוא בסי' שע"ג והיותר תימא על מהרי"ף שכ' שכן כתב הטור סי' שע"ג וזה אינו והמרדכי כ"כ למ"ד גמר ונתן לשם מתנה ובעל מישרים אינו בידי **יושע העשיל**

סימן ב

באמת דברי מהרי"ף תמוהין דודאי הג"ה זו מיירי אף במטלטלין כדמוכח בהדיא מהגהת מרדכי מקור דין זה ומ"ש דבמטלטלין אין המקבל מתנה יכול להוציא מידו ונסתייע מר"י לא דמי אהדדי דר"י מיירי בתקנת הגאונים דכתובה ניגבית ממטלטלין דוקא מב"ח אבל לא ממשעבדי ואפי' מכרו היתומים דהבו דלא לוסיף עלה ולא עדיפא תקנת הגאונים מנכסים מועטין דהבנות יזונו כו' וקי"ל אם מכרו מכרו אבל מתנת ש"מ הוא דין הש"ס ודאי יש להמוכר כל דין גזילה פעמי' מחזיר בחנם ופעמי' פודה ונותן מעותיו וזה פשוט. ומ"ש מעל' על מהרי"ף דאי מיירי בקרקע הא גבי קרקע לא שייך שלישות הנה באמת הי' אפשר ליישב דגם בקרקע שייך שלישות אם החזיקו בקרקע ועוד בעל הג"ה משמע דלא ס"ל כר"ת דבעי שלישות וכן הביא הר"ן ראי' מתוספתא דאף בקרקע שייך מתנת ש"מ אך באמת פשיטא דהג"ה זו מיירי אפי' במטלטלין כמבואר בהג"מ. ואם שכתב מהרי"ף שב"י ומור"ם נדחקו בדברי המישרים שכ' דבמתנה לא שייך תקנת השוק והקשה עליהם דגם במתנה שייך תקנת השוק כמבואר סי' ס' מדברי מהרי"ף משמע דלא הי' קשה לב"י רק אמתנה אבל מכר ניחא ליה ובאמת קושיו' הב"י שייך אף במכירה דמכרו שאינו שלהם רק דבמתנה מוציא חנם ובמכיר' נותן דמים ובאמת דברי הב"י תמוהים ודברי המישרים כנים והם בנוים על דברי התו' דפ' נערה דגם התו' מיירי לאחר תקנה כמבואר בדבריהם לא כמו שהבין הב"י דנראה דקודם התקנה מיירי דהא התו' כ' בהדיא דבריהם לאחר התקנה ואדרבה אני תמה על הטור דלכאו' הם סותרים דבח"מ סי' ק"ז כתב ג"כ

דתקנת הגאונים דוקא בעוד שהוא בידם אבל אם מכרו ונתנו מוקמינן אדאורייתא משמע דאין לבע"ח דין על הלוקח ולא על היתומים ובטור אה"ע גבי כתובה כתב דאם מכרו היתומים גובים מהם. ע"כ צדקו דברי הש"ע שפסק בסוף דבריו שאין לגבות ממטלטלין שמכרו היתומים כמו שפסק הטור עצמו בח"מ ודא אחרונ' היא. ומ"ש מעלתו דתקנת השוק דסי' ס' לא שייך לנ"ד ודאי כדברי מעל' כן הוא ואתמול דברתי פא"פ ובאמת גם הב"י כבודו במקומו מונח טעה בזה שכ' בסי' ס' שהרשב"א בסי' שנ"ו חולק על הרא"ש ומה ענין סי' ס' לסי' שנ"ו בנותן באיסור ודאי לא שייך תקנת השוק וא ואפי' במכר אינו נותן לו רק דמים מכ"ש במתנה ודאי דברי מכ"ת ברורים ופשוטים דלא עביד לי' נייח נפשי' בשעת מתנה דאל"כ לא יקרא מתנה. ושאר דברים שכ' מעל' בטי"ד המה פשוטים וגם בסי' רכ"ה בח"מ. ומה שהקשה מעל' על הא דפסק סי' שנ"ד דהוה מתנה יפה הקשה אף דהיה אפשר ליישב דלמה כ' המרדכי דווקא אליבא דמ"ד דלא קיי"ל כוותי' ע"כ הי' עולה בדעתו לחלק דלקושטא דדינא כ"כ. ורציתי לדחות וליישב דברי הרמ"א אך האמת יורה דרכו דכוונת המרדכי מאחר דאיכא מ"ד דאפי' הגנב א"צ להחזיר מכ"ש לדידן דאין הלוקח צריך לשלם אח"ז מצאתי בב"ח שכ' כדברי מעל' ופי' דברי הטור כמו שכתבתי והוא ברור ושלום ממני אהו' **משה**:

סימן ג

הנה לא רציתי להאריך מאחר שמעל' מסכים עמדי גם מ"ש מעל' דהטור סי' ק"ז בח"מ ובא"ע סותרים זא"ז הלא אמר אמרתי למע' וצריך לחלק דגבי כתובה הוא ממש כשלה ולא של היורשי' כלל מאחר שהפרעון חל אחר מותו מיד. והנה עתה באתי בדבר חדש בח"מ בטור סי' שע"ג בהג"ה ס"ב וי"א הואיל וידע שאינו שלו הפסיד אפי' ההוצאה והוא מדברי הרא"ש פ"ק דמציעא שכ' בשם התו' כן. ובאמת לענ"ד יש לתמוה מנ"ל מדברי התו' דאפי' ההוצאה אינו משלם ואף דאין ראיית הרי"ף ראי' מהא דמכר כל זכות וכו' למה יגרע מיורד שלא ברשות דמשלם ההוצאה וליכא למימר דזה נראה כריבית כיון שאינו נוטל מן הגזלן אלא מן הנגזל דלא כמ"ש מהרי"ף סק"ה דהא בסוף סי' שע"ב פסק דהגזלן עצמו נוטל ההוצא' מן הנגזל והלוקח למה לא יטול ההוצאה. ואפשר שזה ג"כ כוונת הרי"ף דהביא ראי' דמה מכר ראשון לשני כל זכותו וא"כ כשם שהגזלן עצמו יש לו ההוצאה ה"ה הלוקח מן הגזלן. ולכאורה היה נראה להביא ראי' דאף ההוצאה לא ישלם מטעם קנס שקנסו ללוקח מהא דאי' בגמ' ב"ק דף כ"ה ע"ב לא בלוקח ת"ח דידע כו' והגמרא מיירי אפי' כנגד ההוצאה כמ"ש התו' ד"ה דאתי בעל ארעא וכו' א"כ

אפי' ההוצאה אינו משלם אם ידע. וז"א חדא דלטעמא דקנסא ע"כ מכ"ש דקנסו לגזלן עצמו וכן מוכח בגמרא וא"כ כיון דקי"ל דאפי' גזלן עצמו נותן לו הנגזל ההוצאה א"כ ע"כ דלא קנסוה ועוד ע"כ צ"ל דהגמרא מיירי היכא שקיבל אחריות וכמ"ש התו' ד"ה דילמא בלוקח ת"ח וזהו דעת הג"ה סי' שע"ב וי"א דאם קבל אחריות בהדיא כו' היינו אפי' אם אין לו קרקע כדמוכח מגמרא זו דלא שייך לומר מעות פקדון ואף שמדברי התו' נראה דאפי' בסתם שלא קבל אחריות בפי' הדין כן מ"מ כתב בהדיא דס"ל כהרמ"ה כמ"ש הטור בשמו וזהו דלא כמהרי"ף ס"ק ו' וכן משמע בתשובת הריב"ש וא"כ הרי הרא"ש לא ס"ל כן דאחריות לא מהני אלא ע"כ צ"ל דסוגיא דשמעתין דב"מ לא משמע כהך סוגיא ולכך לא פסקי כסוגיא זו וא"כ קשה דלמה הלוקח מן הגזלן לא יקח ההוצאה מן הגזלן וכי גרע מגזלן עצמו ובל"ז שכתבתי ע"כ צ"ל דסוגיא דב"ק ליתא דא"כ תיקשי להרי"ף דהכי משמע דאם הכיר בה אינו נוטל ההוצאה מן הגזלן אלא ע"כ כמ"ש הוא עיקר וא"כ ע"כ יש לתמוה למה לא יטול ההוצאה מן הנגזל ואם יסכים מעל' עמי יכתוב לי דעתו כה דברי הטרוד **יושע העשיל**:

סימן ד

ראיתי מעל' והנה המובן מדברי מעל' שלא על הרמ"א והטור יצא תלונות מעל' כי המה העתיקו דבריהם מדברי הרא"ש רק על דברי הרא"ש בעצמו תלונות מעל' למה פסק דבהכיר בה אינו נוטל ההוצאה מן הנגזל מה לי הכיר ומה לי לא הכיר בה למה יאכל הנגזל ויחדי ואפי' לגזלן עצמו צריך לשלם ההוצאה ולמה יגרע הלוקח ממנו ובאמת הי' אפשר ליישב דאף בלוקח ההוצא' מן הנגזל מחזי כריבית אע"ג דקי"ל דמותר לומר הילך זוז והלוה מעות לפלוני מכ"ש כאן שאינו נוטל הזוז בחנם רק בשכר ההוצאה עכ"ז מחזי כריבית משא"כ הגזלן גופי' לוקח ההוצאה מן הנגזל כיורד שלא ברשות דאין כאן דררא דריבית אך לע"ד נראה דכבוד הרב בעל הטור במק"מ ולא הבין דברי הרא"ש ז"ל כלל כי מעולם לא עלה על דעת הרא"ש שהנגזל יקח השבח בחנם רק הרא"ש הבין בדברי הרי"ף שמחלק בין שבח דממילא ובין שבח דמחמת ההוצאה דבשבח דמחמת ההוצאה נוטל הלוקח אפי' בשבח היותר על ההוצאה כי אין זה ריבית כי מעשיו גרמו לו הרווח והנגזל מחוייב לשלם לו שבח היתר על ההוצאה ועל זה השיג וכתב כי אין דומה קרקע למטלטלין ובמטלטלין קונה הגזלן והלוקח השבח אבל קרקע דאינה נגזלת לא עביד תקנתו בלוקח דליקננהו. רק ההוצאה לבד משלם לו כך הוא כוונת הרא"ש והראי' שכך כוונת הרא"ש דהא מי מייתי בדבריו וכן כתב הרז"ה והרז"ה ז"ל כ' בהדיא וז"ל אבל אם

הכיר בה שאינו שלו ולקחו און לו אלא ההוצאה מהנגזל וכן ראיתי לר"י שידוע שכל דבריו בנוים ע"ד הרא"ש רבו וכ' להדיא בחלק יו"ד וז"ל מ"מ אפי' הכיר בה נוטל מהנגזל שבח דמחמת ההוצאה וכו' כי כשנשבחה מחמת הוצאה אין חילוק בין הכיר בה ללא הכיר בה וסיים שדבריו לקוחים מהרא"ש פ"ק דמציעא הרי להדיא שהבין בדבריו כמ"ש לא כמ"ש הטור בדברי אביו ובאמת דברי הרי"ף לפנינו כך הוא כגון שלקח שדה באלף זוז והוציאה מאחרים וחזרה ושוה אלף וכו' דמשמעות לשון זה דגם הרי"ף לא ביקש שיהיה ללוקח יותר מן ההוצאה אבל הרא"ש לא העתיק לשון זה ולדעתי הוא ט"ס ברי"ף דהאי ראי' שהביא מן מטלטלין קאי אשבח ממש וגם לפי גרסא שלפנינו הי' לו לקצר ולומר דוקא שבח אין לו בין ממילא בין מחמת הוצאה אבל הוצאה יש לו אלא בודאי כוונת הרי"ף הי' דאף שבח מחמת הוצאה נוטל וע"ז השיג הרא"ש דאין לו שום שבח ומן ההוצאה לא מיירי ואפשר שהגירסא שלפנינו בהרי"ף הוא מהדורא בתרא וחזר בו בסוף ימיו והסכים לדברי הרז"ה והרא"ש שאינו משלם רק ההוצא' ומפסיד שבח היתר ההוצאה וכן פ' הרמב"ם וכתב המ"מ שכן הוא בהלכות ויהי' פי' הרי"ף כמו שיהי' כוונת הרא"ש אינו רק כמ"ש ואעידה לי עדים נאמנים הרז"ה והר"י דברי אהו' **משה**:

סימן ה

הנה אני רואה שמעל' הסכים עמי לענין דינא דהדין אינו אמת שלא יטול הוצאה מן הנגזל והנה כבר כתבתי למע' שאין כאן משום ריבית ומעל' הסכים עמי אך שכתב מעל' שמחזי כרבית האי מיחזי כרבית לא ידענא ואדרבא הא אפי' אם אמר הילך זוז והלוה לפלוני שרי והתם אמ' מתחילה שמכח ההלואה יתן לו זוז מכ"ש הכא דלא נתן לו בשביל ההלואה. ומ"ש דפי' הרא"ש הוא שהי' מבין מדברי הרי"ף דנוטל כל השבח מן הנגזל אפי' היתר על ההוצאה ונסתייע מעל' מהרז"ה ור"י הנה אף שהשם יודע שבתחילת העיון הייתי סובר כן ודחיתי אותו בב' ידים דאין לו שחר דהא הרי"ף כ' בהדיא אבל הכיר בה שאינו שלו אין לו אלא ההוצאה בלבד באמת מצאתי בבעל המאור דס"א ע"א שהבין בדברי הרי"ף כמ"ש מע' וז"ל וההיא דאמ' רבא לענין גזילת מטלטלין איתמר וכו' ע"ש וכבר מחא לי אמוחא הרמב"ן בדף ס"ג דאין כוונת הרי"ף כן אלא כמ"ש וא"כ נלע"ד דידוע למע' שהרא"ש הביא בכ"מ דברי רמב"ן והאיך לא ראה בכאן דבריו אלא ודאי דכוונ' הרא"ש רק דרז"ה כ' ג"כ דההיא דרבא איירי במטלטלין וא"כ אין ראיית הרי"ף ראי' וא"כ אפי' ההוצאה אינו נוטל גם הרמב"ן כ' שזה קשה לדברי הרי"ף ומדברי ר"י אע"פ שלא ראיתי עדיין דבריו הלא ידעינן שאין לנו לבנות על דבריו יסוד גם יש

לדקדק בדבריו שכתב דאין חילוק בין הכיר בה ללא הכיר בה הלא אם לא הכיר בה נוטל ההוצאה מן הנגזל והשבח נוטל מן הגזלן וגבי הכיר בה אינו נוטל אלא ההוצאה בלבד מן הנגזל. וצ"ל דה"פ ששניהם שוים דאינו מפסיד השבח ויהי' מה שיהי' הדין של הטוה"מ אינו אלא נוטל ההוצאה וכמו שהסכים מע' עמי **יושע העשיל**:

סימן ו

עיין מעל' בסי' ר"ט ס"ד בהג"ה ואפי' לא תפס אלא כ' לי' שטר ומסר לי' השטר כמאן דתפיס דמי. מקור דין זה הוא מת"ה סי' ש"ך שהביא כן בשם הגהות מיימוני וראיתי שם שכ' כן שהוא מדברי בעל העיטור. והנה הגאון מהרו"ך כ' וז"ל נראה דאחר שבא לעולם מסר לו השטר אזי מהני השטר דמסר לידו כאלו בא לידו וכ"כ בהגהת מיימוני שם להדיא כו' עכ"ל. והנה אני רואה שלא ראה יפה מקור דין זה שהרי בעל העיטור כ"כ ליישב ההוא דפרק מי שהי' נשוי ההוא גברא דזבין לכתובתה דאימי' בטובת הנאה וא' אי אתי אם ומערערה כו' וכ"כ ג"כ הב"י בשמו סי' רי"א עי"ש שדקדק בלשונו שכ' והאי נמי כיון דזבין וכ' לי' שטר כמאן דתפוס דמי הרי בהדיא דלא מיירי מזה שמסר לו השטר אח"כ דהא הגמרא לא איירי מזה אלא אפי' מסר לו שטר קודם וע"כ צריכין אנו לפרש דבעל העיטור לא בא לתרץ אלא הך גמ' דפ' מי שהי' נשוי ולא לתרץ הקושי' שהקשו מפ' יש נוחלין מהא דאנא מכח אבוה דאימי' קאתינא דאל"ה א"כ ס"ל בכל מקום שנותנין שטר ומוסרין הוא כתפוס תקשי דהא בגמרא פ' מי שמת דקט"ו ע"א בעי שמואל דאקני וקנה מהו וכו' אלא כי תבעי לך אליבא דרבנן דאמרי א"א מקנה דבר שלבל"ע ורש"י פי' כן להדיא דאיירי דכ' לי' דאקני ודוחק לומר דבהע"ט מפרש דלא כ' דאקני רק מכח אחריות ט"ס. לכך נראה דבהע"ט אינו מתרץ רק הגמ' דפ' מי שהי' נשוי דהתם זבנה לכתובתה דאימי' בכתובה ומסירה ולכך הוי כתפוס א"כ דין זה דמהרו"ך לא הוזכר כלל ואם נאמר דעכ"פ הדין של מהרו"ך אמת מכח תשובת הרא"ש שהביא בסי' ר"ז ס"ק ל"ב מי שהרויח מחבירו אלף זוז בשחוק ואח"כ הקנה לו בקנין חליפין שחייב לו אלף זוז ופי' דחייב לשלם לו ואין בו אסמכתא אם לא שהוזכר שהקנין בא מהשחוק. אינו נראה דמהרו"ך קיצר דבתשובת הרא"ש שם שכ' דווקא שאינו יודע שהוא בא מהשחוק אף שלא נזכר בתוך השטר אמרינן מסתמא מכח שחוק הוא מקנה לו ומזה מוכח דלא ס"ל הסברא של מהרו"ך דהוה כנזקף עליו במלוה כדמשמע מלשון מהרו"ך ז"ל וגם אין לומר שהדין אמת מהא דתשובת הריב"ש סי' של"ה דפסק מהא דאמרינן בגמרא ישראל שלוה מעות מן הגוי בריבית זקפן עליו במלוה דהוה כמו פרעון

וס"ל דבכל דין אסמכתא הדין כן אם כבר תפס ופרע לו הוי מחיל' בטעות קני וכמ"ש מהרמ"א סי' ר"ז סעיף יו"ד והוכרח כך מתשובת הרא"ש שהביא מהרו"ך שם דאם נתן לו במשכון הוי כפרעון ובאמת הרואה יראה שהריב"ש לא ראה מעולם דברי הרא"ש בתשובה דהרא"ש מיירי שנתן המשכון בפרעון לא בתורת משכון כדאיתא בהדיא בדברי השואל וגם לישנא דהרא"ש ז"ל שכתב וז"ל ונתן ראובן לשמעון משכון בפרעון כו' פי' שנתן בתורת פרעון ממש וק"ל וזה ברור בדברי הרא"ש בתשובה אף שלכאורה יש לתמוה אהריב"ש ותשובת הרא"ש דמשמע מדבריהם דאם כבר פרע לו תו ליכא גזל וא"כ למאי דס"ד בגמר' דמשחק בקוביא פסול משום דהוה אסמכתא וע"כ משום דהוי גזל א"כ תיקשי הא אם כבר פרע ליכ' גזל ויש ליישב דנראה מתוך תשובת הרא"ש דאנן קי"ל דאסמכתא קניא אלא שאין יכולין להוציא ממנו עד דאיכא ב"ד חשוב והיינו משום דאיתא בגמרא והלכתא אסמכתא קניא והוא דקנו בב"ד חשוב כו' והגמרא דזה בורר איירי למ"ד דלא קניא אסמכתא כלל וא"כ הוה גזל. ועוד נ"ל דמשחק בקוביא נוטל אפי' בע"כ וא"כ לא הוה מחילה כלל וא"כ נחזור לנ"ד דמשום טעם זה דהוה כאלו פרעו אם זקפו עליו במלוה א"כ דינו של מהרו"ך אינו אמת. חדא דא"כ תקשה דאמאי קאמר בשטר א"נ שלא בשטר נמי חייב מכח דזקפו עליו במלוה אם נתחייב בפני עדים. ועוד דכבר השואל של הריב"ש הקשה עליו אף דהשיב הריב"ש שם וגם לדברי הרא"ש שכ' פ' איזהו נשך דאפי' הוי ריבית דאורייתא שרי משום דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה פשיטא דאין תשובת השואל כלום מ"מ לענין דינא נראה דהתשובת הרא"ש לא ס"ל כך דהא כ' אפי' קבל קנין סתמא לא מהני ואמאי לא נאמר דהוי כזקפו עליו במלוה. אף די"ל דתשובת הרא"ש ס"ל דסתמא משמע שאין מקבל קנין לחוב רק לפרעון וא"כ אם אינו חייב כלום אינו חייב לפרעו אבל דוחק הוא אחר כתבו זאת ראיתי בב"י סי' ר"ז הקשה ג"כ קושיא זו מהך דמשחק בקוביא פסול ומיישב באופן אחר והנלע"ד כתבתי אם יסכי' עמי מע' דברי הטרו' **יושע העשיל**:

סימן ז

מה שהקשה מכ"ת על דברי מהרו"ך שפסק דמסיר' השטר לא מהני אלא במסר לו השטר אחר שבא לעולם דבר הנמכר ושכ"כ בהדיא בהגהת מיימוני הנה באמת צדקו דברי מעל' שלא כ"כ בהדיא כי צריך נגר ובר נגר להולמו כי דין זה לקוח מן ספר העיטור ודבריו קשים להבין ומה שפי' בו מכ"ת דכוונתו לתרץ הגמרא דפ' מי שהי' נשוי דהתם זבנה לכתובה בכתיבה ומסירה לכך הוי כתפוס באמת מן הגמרא נראה דהכתובה לא

היתה יד הבן רק ביד האם דהא אמרו בגמרא אי אתי אם ומערער לא מפצינא ואם איתא שהכתובה היתה ביד הבן ומסרה ללוקח מה ערעור שייך אצל האם ודוחק לומר דהיא תטעון שנאבד' הכתוב' ממנה דהא קי"ל דא"צ עדים לענין הקנאה. ועוד לא הבנתי עיקר הענין הלא כל התלמוד מלא דאשה מוכרת כתובה לאחרים בטובת הנאה ומה ענין זה לדבר שלב"לע אלא באמת ודאי מיירי שהבן מכר קרקעות אם תמות אמו והוא יירש אותה ואין חילוק בין לשון ראשון ללשון אחרון רק ללשון אחרון מיירי שכבר מת האב ובאמת פרט לשון העיטור הוא דיש לחלק בין מכירה בשטר והשטר ביד שליש או מכירה בקנין גרידה או כשמכר לו בשטר והשטר הוא בידו של לוקח אחר שיצאו הפירות בעולם דהוה כאלו מכר לו אותם עתה ודברי מהרו"ך לא הבנתי מי לא ידע את זאת אם אחר שבאו לעולם מכר לו האילנות בשטר ודאי קנה ואפשר דה"ק אם השטר נכתב קודם שבאו הפירות לעולם ואחרי שבאו הפירות לעולם מסר לו השטר מסירת השטר הוי כמסירת הפירות ובאמת אין למהרו"ך ראי' מהעיטור דדברי העיטור אינם מתפרשים כך וגם פי' מכ"ת אינו מקובל כמ"ש. והכלל דבריו של העיטור מגומגמים דמה ראי' מביא מן הרי"ף הא זה גמרא ערוכה דאם שמוט ואכיל לא מפקינן מיני' וקרוב בעיני שיש כאן ט"ס בדבריו אבל דינו של מהרו"ך מתקבל על הדעת דאחר שמסר לו השטר אה"נ מוכר לו דבר שלא בא לעול' ופשיטא דמהני ועוד אעיין בשאר דברי מעל' רק קמא קמא דמטי אשיב דברי אהו' **משה**:

סימן ח

אהובי יעיין מעל' כי אני רואה שמעל' כ' לפום רהיט' ואף לא ראה מעל' הלא פי' מעל' פשיט' דאינו כמו שכתבתי מהך גמ' דב"ב ע"ש ופי' שלי אמת וברור דאיירי שמסר לו הכתו' וא"ל כפי' שהוא לא לקח כתו' מן האם רק שהוא מוכר לו מה שיירש מאמו ומודים זה לזה הלוקח ומוכר רק שאם תבא האם ותבטל המכירה שתהי' בטילה וא"כ דברי מע' אינם מובנים מה ערעור שייך וכן כל הדברים מ"ש מע' להקשות על זה הפי' ובחנם רצה מכ"ת לעשות ט"ס בעיטור ומ"ש מע' שאינו מבין מה שייך זה לדבר שלב"לע וכ' מע' שמכר השדה המיוחד לה ידעתי שגם מע' מחמת דוחק הקו' כ"כ ואין לו יד ורגל בדברי רש"י וגם למה אמר אם אתי' אם האב נמי יכול לבטלו ובאמת דברי מע' אין מובנים דודאי אשה עצמה יכולה למכור כתו' בטוב"הנ משא"כ ביורש דהוי מה שאירש מאבא א"כ כל אדם ימכור ירושתו בטובת הנאה דמ"ל אשה ומ"ל יורש אלא ודאי שאני שהאשה יש לה חוב עת' על בעלה משא"כ יורש. ומ"ש מכ"ת שדינו של מהרו"ך פשוט

לא כן עמדי שאינו פשוט במה לי שהשטר כבר בידו מ"ל אם נותן לו אח"כ שהרי לא מכר לו מכירה חדשה וזה א"צ לפנים אם מכר מכירה חדשה דמהני ומזה לא איירי מהרו"ך כלל ואדרבה איפכא מסתברא. ומ"ש מעל' הלא גמרא ערוכה הלא בעה"ע כ' ג"כ על הרי"ף ומסתייע לי' דהא ר' נחמן אמר אף משבאו לעולם יכול לחזור בו ומודינא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מני' עי' בבע"הע מאמ' קנין דף ה' סוף ע"ב רק שהביא ראי' מהרי"ף הטרוד **יושע העשיל**:

הנה ראיתי בטור אה"ע סי' ק' שכתב ואם מכרו היתומים אחר מותו גובה מהם וכ' בב"י הטעם דהוה כמו שמכרו שאינו שלהם. ואח"ז כתב שלא נהגו לגבות ממטלטלין שמכרו היתומים מתקנת השוק וצ"ע הטרוד **יושע העשיל**:

סימן ט

מה שהקשה מעל' בכתב קטן שדברי הש"ע צריכים עיון במ"ש בא"הע סי' ק' דבתחילה כ' דאם מכרו היתומים אחר מותו גובה מהם ואח"ז כתב שלא נהגו לגבות ממטלטלי שמכרו היורשים מתקנת השוק הנה ראיתי בב"י שדברים הראשונים מעותקים מדברי הטור שפסק שאם מכרו היורשים גובה דהוה כאלו מכרו שאינו שלהם ממילא שנותן ללוקח הדמים כמו בכל גזילה ודברים האחרונים הם עפ"י דברי התו' פ' נערה ורבינו ירוחם שכתב לא מבעי' נתן הוא אלא אפי' נתנו היתומים וכשם שבנתן הוא אינו מוציא לגמרי אפי' בכתב מטלטלין אגב מקרקע ה"ה בנתנו היתומים וסברא נכונה היא דלא הוי גזל ממש רק שעבוד דעדיין לא גבתה האשה אך מ"ש בהג"ה מ"ה צ"ע דהתם הוי גזל ממש דהא קנה מדרבנן ועוד אעיין ושלו' דברי אהו' **משה**:

סימן י

ד' מכ"ת תמוהין דהא התו' לא איירי כלל מתקנת השוק ובודאי אי נכתוב מטלטלי אגב קרקע גובה כתובתה מהיו' והתו' לא איירי אלא היכא דלא כ' מטלטלי אגב קרקע וכן מוכח ג"כ שהב"י כ' שהטור הוא דלא כדברי התו' והיינו היכא דלא כ' מטלטלי אג"ק וא"כ זה דעת תו' וזו עיקר כוונתם וא"נ מ"ש לבסוף הוא דעת התו' א"כ גם בתחילה לא הי"ל לסתום כדעת הטור וזה פשוט ולדעתי לא עיין מעל' היטיב רק דרך העברה וכדי שלא יהא בה"מ בלא חידוש אמרתי לכתוב למע' מה שלמדתי היום אך אמתין עד אשר ישיבני על דברי הראשונים הטרוד **יושע העשיל**:

סימן יא

א' היה פשוט בעיני מ"ש התו' אבל במטלטלי דמתנת ברי דהוי דאורייתא לא גבי' כתובתה היינו אפי' בכתב לה מטלטלי דאל"כ פשיטא דלא גבי' ממטלטלי. אך האמת עם מכ"ת דא"נ דכונת התו' לתקנת השוק ג"כ קשה קושיא זו ובאמת הי' פשוט בעיני שר' ירוחם שהיה תלמיד הרא"ש וביחוד גם הר"ז ס"ל תקנת השוק של הרא"ש וא"כ מ"ש ר"י איירי לפי תקנת השוק אבל באמת לא מצאתי בדברי ר"י תקנת השוק של הרא"ש ז"ל ע"כ פשוט שהטעם של ר"י שהגאוני' לא תקנו רק היכא שהי' ביד היורשי' דלא עדיפא תקנת הגאו' מנכסי' מועטי' דק"ל אם קדמו ומכרו מה שעשו עשו ומה שמכ"ת הקשה עלי בפשיטות דדברי התו' איירי בלא כתב מטלטלין אג"ק ומסתייע ממה שהביא הב"י שהטור הוא דלא כדברי התו' והיינו היכא דלא כ' מטלטלין ובאמת דברי הטור מיירי אפי' בכ' מטלטלי אינו גובה ממתנת ברי' דהא כ"כ הטור בחה"מ סי' קי"ג בהדיא בב"ח ומכ"ש בכתו' וא"כ יפה כ' הב"י מאחר דדברי הטו' מיירי אפי' בכ' מטלטלין א"כ חולק הוא על התו' וגם ראיתי בכתב השני מע' בעצמו מוקי להא דר"י או בכתו' בנ"ד וקרקע או בסתם כתו' ובכ' מטלטלי' ואפ"ה פ' ר"י דאין גובה ממטלטלין שמכרו היתומי' משמע דגם בזה שייך תקהש"ו א"כ צדקו דברי הש"ע שמתחילה פ' לדי' כדברי הטו' דלא שייך תק' הש' אבל המנהג כר"י דאף ביתמי שמכרו שייך תק"הש אבל באמת צדקו דברי מע' דהתו' ור"י לא איירי כלל בכת' מטלטלי' ולא מצאתי בשום פוסק דשייך תק' הש' בכ' מט"א ג"ק רק הרא"ש והטור בח"מ וריא"ז וגם הרא"ש לא החליט הדין רק במקום שנהגו אבל כל הפו' הגס מטל"א ג"ק לקרקע א"כ ודאי התו' ור"י מיירי בלא כתב ומש"ה לא כתב בדין דמטל"א ג"ק תק"הש ומה שהקשה מע' פשיטא דאינו טורף הא ל"ק דכשם שתקנו הגאוני' לגבות מן היתומים ה"ה ממקבלי מתנה מאחר שאין להם היזק. ושלום מנאי אהו' **משה**:

סימן יב

יעיין מכ"ת בהלכות גזילה סי' שע"ד בהג"ה שכ' וז"ל וכ"ז לא מיירי אלא בשלא הכיר בה שהיא גזולה וקנאה אבל אם הכיר בה וקנאה לא קנה לוקח והוא מדברי ה' המגיד וכו'. וצ"ע דהא כתבו לפני זה בסי' שע"ג היתה ההוצאה יתירה על השבח כיון שהכיר בה וכו' שהקרן נוטל מהגזלן מנכסים משועבדים והוא מדברי הרמב"ם פ"ט דגזילה ומשמע דקאי אהכיר בה נמי גובה מנכסים משועבדים וא"כ קשה דהא בגמרא פרק איזהו נשך דע"ב ע"ב פריך אלא הא דתניא לשבח קרקעות כיצד וכו' ומשני הכי השתא אי למ"ד ניחא

לי' דלא ליקרי גזלנא וכו'. וא"כ אי בהכיר בה גובה ממשועבדים א"כ ע"כ צ"ל דשייך למימר ניחא לי' דליקו בהימנותא או דלא ליקרו גזלנא דאלת"ה לא הי' גובה ממשועבדים וא"כ גם על המ"מ יש לתמוה שכ' סתם על הרמב"ם דהדין הוא דהכיר בה לא קניא וזה דוחק דהרמב"ם לא קאי אלא היכי דלא הכיר בה דלא הוה לי' לסתום אלא לפרש ועוד דבהדיא איתא בדברי בעל התרומות שער מ"ז וז"ל וכן מי שמכר שדה לחבירו והכיר בה שאינו שלו בעת שלקחו וטרפוה ממנו הבעלים ונמצא שדמי המקח חזרו הלואה וטורף אותו מן המוכר אף ממשועבדים דכמלוה בשטר דמי עכ"ל הרי להדיא דס"ל דהכיר בה גובה ממשועבדים ולא הביא שום חולק עליו מיהו אין ראי' מדברי בעל התרומות דבע"הת ס"ל להדיא סוף השער דלעיל מיני' דהכיר בה וחזר ולקחה מבעלים הראשונים דקנאה הלוקח מן הגזלן ועוד נראה להביא ראי' מגמרא דב"ק דצ"ב ע"ב דרצה לאוקמי הך דשבח קרקעות בלוקח ובהדיא איתא בברייתא דלוקח גובה מנכסים משועבדים אף דלא ניתן לכתוב כלל ואף שנדחה לפי האמת דאפי' שבח אינו גובה מן הגזלן אם הכיר בה מ"מ מאיזה טעם ס"ל למאי דס"ד שיגבה אף ממשועבדים ומיהו י"ל דלמאי דכתבו התוס' דכיון דקיבל אחריות גובה אפי' שבח מהגזלן א"ל דאף לענין זה רוצה במכירתו שהרי קבל עליו אחריות מ"מ קשה דאמאי פ' מהרמ"א בלי שום חולק ואין להק' מדברי בעל התרומות שכ' דבן שמכר מה שיירש מאבא שגובה ג"כ מנכסים משועבדים אע"ג דקאמר בגמרא דהא לא סמכי' דעתי' וא"כ נימא לא ניתן לכתוב י"ל דהטעם הוא כמ"ש הבע"הת דלא בעי בגמ' הני טעמא אלא היכי שאחרים מבטלין המקח משא"כ במוכר קרקע שלו לא עמ"ש. וא"כ זה מיקרי ג"כ קרקע שלו לאחר מיתת אביו. ואגב זה באתי להקשות שכ' בע"הת דהיכא דקניא באסמכתא ג"כ גובה ממשעבדי ולא ניתן לכתוב משום איסור ריבית כיון דלא בתורת הלואה כתבו ולא קץ לי' לית בי' שומא משעת כתיבה. ועוד דלגבי קרן מיהא ניתן לכתוב הוא עיי"ש. והרשב"א בסי' ע' הביאו ב"י כ' דבכה"ג לא ניתן לכתוב וכן סתם בעל הש"ע ובאמת לכאורה יש להקשות אטעם שני שכ' בע"הת דמ"מ לגבי קרן ניתן לכתוב משמע אף דהוי שומא משעת כתיבה מ"מ לגבי קרן ניתן לכתוב וא"כ קשה הא מ"מ הוה כשטר שיש בו ריבית שאינו מכר שאינו גובה אפי' הקרן מנכסים משועבדים שמא יגבה בו את הריבית. אבל אין זה קושיא כלל דהכי הוי כניכר הריבית כיון דהתנאי ידוע לעדים א"כ ממילא לא יגבה בו את הריבית ויחזור הפירות שאכל משא"כ אם אינו ניכר הריבית וכן לא בא לומר דהעדים פסולים שחתמו על השטר שיש בו ריבית די"ל דהעדים לא ידעו מזה התנאי שיחזירנו לו אם יהיה לו

מעות אבל קושיא הראשונה במקומה עומדת. ועוד יש לי דברים אם יסכים מעל' ולא ישלח לי הכתבים שלי מה ששלחתי למע'. עד הנה הטרוד **יושע העשיל**:

סימן יג

זה לשון המעתיק הראשון שהעתיק כתבי הקודש האלו מגוף הכתב של הגאונים ז"ל תשובה מהרב מהר"מ ז"ל ונראין הדברים מתוך התשובה שנאבד התשובה הא' וגם מה שהשי' לו שוב הרב מהרי"ה ז"ל אמנם אמרתי להעתי' מה שמצאתי את שאהב' נפשי והחכם יבין אף שאמת כ' מעל' שכתבתי לפום ריהטא מ"מ אין מכל דברי מע' השגה על דברי מ"ש מעל' דהתו' לא ס"ל כהמ"מ כי כ' דבריהם לשמואל מי הגיד זה למע' דשמואל בעי מרב ולא אליבא דרב דהא אדרב' סתמא בעי לי' לדבריו דרב וגם התו' כתבו סתמא משמע דלקושטא דדינא כ"כ גם מ"ש מעל' שסברה רחוקה היא לומר שהכיר בה עדיף דניתן לכתוב בעיני סברא טובה היא דהתם אלו ידע לא קנה והשטר נכתב בטעות אבל כאן ידע וכ' שטר בלשון מכירה כי היכי דנקבל ממנו פקדון. ומ"ש מעלתו דמאחר דאחריות ט"ס א"כ גבי פקדון נמי נימא ט"ס הלא הרא"ש לא כ"כ בהדיא וגבי פקדון ל"א לא שדי זוזי בכדי וזה ברור ומ"ש דאמרי' שכבר נשתמש במעות גם זה כתבתי והלקוחות יאמרו דלמא לא נשתמש וגם הוא נאמן לומר לא נשתמשתי ודי בזה דרך כלל אין על המגיד תפיס' דברי אהובו **משה**:

סימן יד

דברי מע' אינם מובנים על דברי התו' ידעתי גם מעל' יודע שהאמת אתי ועל הסברא אין לפלפל בסברות. ועל מ"ש מעל' ממעות פקדון דברי מעל' אינם מובנים כלל דודאי גבי פקדון ל"א אחריות ט"ס משא"כ הכא שבתורת מכר לקחו מידו והוא מסתמא בתורת אחריות קבלו מידו א"כ הוי המעות הלואה ולא פקדון. והנה ע"ז דאיירי שנשתמש בהן לא רציתי להאריך בה דודאי אינו נאמן הכא שלא נשתמש בהן וכן מוכח מדברי הרא"ש דהא טעמא דרב דשבח אין לו דהוי כמו ריבית וא"כ ע"כ הטעם כיון דלאשתמושי יהבי ניהלי' והויא כהלואה וכמ"ש הרא"ש ופשיטא. דנשתמש בהן וגרע משולחני וכל הגמרא דקאמר דמעות פקדון כתבו התו' דאיירי בדלא קבל אחריות וכדברי כתבו התו' בהדיא דף י"ד בד"ה שעבוד צריך לאמלוכי דהכי הוה הלואה אח"כ כיון דהמקח נתבטל הוי שטר הלואה על הקרן הרי ברור שדברי כנים ואמיתים ודברי מעל' נראה מהתם שאינם ברורים. גם נא אהובי יעיין מעל' בבע"ה כמדומה שכ' בהדיא שהמעות פקדון דקאמר

לא פקדון ממש הוא אלא הלואה עי"ש וא"כ פשיטא דעל בע"הת ל"ק כלום אבל האמת יורה שכל התירוצי' דחוקים והדינים סותרים דאי חזר ולקחה בהכיר בה אין הלוקח זכה בה ואינו גובה ממשעבדי הטרוד **יושע העשיל**:

סימן טו

עתה ראיתי דברי בע"הת. והנה בע"הת כ' להדיא דלא כהרא"ש דמעות פקדון לאו דוקא וכשואל דמי וכלי' דמי וכו' א"כ ודאי אין עליו תפיסה אך אני תמה מאחר שמעל' ראה דברי בע"הת והוא כ' להדיא תחלת השער על לא הכיר בה נתן טעם דגובה ממשעבדי הטעם האמור בגמרא אי למ"ד ניחא וכו' ואח"ז כ' וכך מי שמכר שדה לחבירו והכיר בה שאינו שלו וכו' דכמלוה בשטר דמי הרי שנתן טעם להכיר בה משום מלוה בשטר ולא תלה הטעם משום דאף הוא מצפה שתביא הקרקע לידו כשיקחנה הלה דאכתי לא נתברר לן דין זה עד סוף השער עושה מזה שאלה א"ו בלא זה הטעם פשוט בעיניו מאחר ששניהם יודעים שקרקע אין לו וגמר ונתן הלוה המעות לשם הלואה ודאי ניתן לכתוב ואין לך מלוה בשטר יותר מזה וזה דעת המ"מ והנ"י והר"ן. עוד ראיתי בעל תרומות שכתב אף לשמואל דסבר מעות מתנה היינו אם לבסוף הוציא מידו הקרקע מעות מתנה למר ומעות פקדון למר אבל השתא דרך מקח וממכר נינהו ואם יקנה הלה קרקע מן הנגזל יעמיד הלה בשדה אף לשמואל וזה שלא כדברי מעל' שכ' שהתו' בלא הכיר בה איירי משיטת שמואל ולא משיטת רב והרי בע"הת משוה אותן וכך דלדברי המגיד בין לרב בין לשמואל לא שייך למימר ניחא לי' כו' ולדברי בעה"ת בין לרב בין לשמואל שייך למימר ניחא לי מ"מ בזה שניהם שוים דשטר ניתן לכתוב ומדעת שניהם כתבוהו דתיהוי לפחות מלוה בשטר וכמו שכתב בע"הת בתחילות דבריו. ומ"ש מעל' שמדברי התו' דף י"ד משמע להדיא כדבריו לא ביאור מעלתו במה נסתייע מדברי התו' דהתו' מיירי בלא הכיר בה וקרא לי' שטר הלואה מטעם דאמרינן בא"נ או אפי' בהכיר בה וס"ל כדעת בע"הת דאינו מעות פקדון אלא הלואה אבל אני אמרתי לדעת הרא"ש שכתב להדיא אם נגנבה או נאבדה ולא כתב אם נאנסו משמע להדיא דלא הוה רק שומר שכר א"כ אם הלא יטעון הרי לא נשתמשתי מי יוצא מידו ממון מכ"ש מן הלקוחות וזה נראה ברור בעיני לדעת הרא"ש אבל באמת שמשמעות שאר הפוסקים כדברי בע"הת בדברי הרי"ף מתי דעתי' עדיין לא ראיתי. אגב באתי לכתוב מ"ש זה כמה שנים על דברי הרא"ש שכ' גם יראה שאם בא לתבוע פקדונו וכו' דכוונת הרא"ש הוא אם יתבע הלה הפקדון ואינו רוצה להחזיר הקרקע לבעלי' רק אמר תן לי פקדוני ואני אחזיר הקרקע לכשיבא הנגזל

אז יוכל הגזלן לומר אני זכיתי במעות כ"ז שהקרקע תחת ידו אבל אם הלוקח צועק חלילה עוד מלעשות עבירה לאכול פירות שאינה שלי ורוצה להוציא הקרקע מתתת ידו באומר תן לי פקדונו והלואתו הא אין הלה יזקוק אותו לעשות עבירה לאכול פירות של קרקע גזולה יודיעני מכ"ת דעתו הנקיה בזה. דרך אגב ראיתי בדברי בע"הת שגרס בדברי הרי"ף שהוציא בה הוצאות וכו' (עי"ש ודו"ק) וכמו שגירסא לפנינו משמע שגם הוא היה לו גירסת הרז"ה והרא"ש וכמ"ש כבר דברי אהו' **משה**:

סימן טז

מה שכתב מעל' דברי בע"הת שכ' הטעם דכמלוה בשטר דמיא במחילה לדעתי אין הפי' כן רק עיקר הדין כ' דכמלוה בשטר דמי דטורף ממשעבדי ולא מלוה ע"פ ולא הוא טעם כלל ומה שכ' מעל' שמזה עשה בע"הת שאלה סוף השער אינו כן דזה דבר פשוט הוא בעיני בע"הת שהרי כ' תדע דהא אם חזר ולקחו כו' והשאלה לא הוי אלא על המעות אי הוי כשואל או לא ומה שכ' מעל' דראייתו מהתו' דף י"ד לא ביארתי היטב במה נסתייע דהתו' מיירי בלא הכיר בה וכו' ע"ש עיל סי' ט"ו עד אבל אני אמרתי לדעת הרא"ש וכו' ידעתי שמע' ישיב זה דאיירי בלא באמת דברי כנים דהוה הלואה דקי"ל אחריות ט"ס דאף לשמואל דס"ל דאחריו' לאו ט"ס הוה הלואה אם קבל אחריות א"כ לדידן סתמא נמי לא הוה פקדון והתו' כתבו דהגמרא אייריי בלא קבל אחריות בפי' א"כ גם הרא"ש דכ' דהוי פקדון היינו ג"כ כשלא קיבל אחריות בפי' אבל אם קבל אחריות או סתמא פשיטא דהוי הלואה ולא פקדון וכדמוכח מגמ' דב"ק גם מ"ש מע' שאם יטעון לא נשתמשתי מהני לדעתי לא מהני כיון דניחא לי' להשתמש בהם וגרע משולחני כמ"ש בכתבו הראשון ועוד בר מן דין דלדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל דס"ל דגבי אבידה מתחי' באונסי' אפי' לא נשתמש בהם משו' דמסתמא משתמש בה א"כ הכא יותר ברור שישתמש ופשוט' דחי' באונסים ומ"ש מע' בדברי הרא"ש אינו נראה דאדעת' דהכי קבל שלא יוציאנו מידו וזכה בו הגז' לענין זה ואם רוצה לקדש השם יקדש בשלו ולא יאכל כל הפירות כה דברי הטרוד **יושע העשיל**

סימן יז

מעשה בא לידי בצורף שקבל כסף משני ב"א לעשות להם כלי' ובאו נכרי' ולקחו כל הכסף באמרם שהוא נגד הקיומים שלהם שיהודי יעשה מלאכה זו ואחר השתדלות הוחזר הכסף אך נחסרו כמה לויט והנה יש לעיין אם ההיזק לאמצע או לכל אחד לפי

ערך הכסף שלו או לבעל חלק המרובה לבדו כי נאמר כל דפריש מרובה פריש ואם נאמר דהוי כשותפין או דההיזק נעשה במקו' קביעות וכל קבוע כמחצה וכו' ההפסד ג"כ לאמצע כנ"ל עוד יש מקום לומר דהוה כאלו האנס חייב להם והוה ג"כ ההפסד לאמצע כדין בעלי חובת כידוע והנה המעיין בבע"ה סי' ש"ד יראה מסקנתו דכל שלא הוברר חלקו של א' בתחילה או אפי' הוברר רק שנתערב לבס' ערוב גמור בלי קפידא אז ההפסד לפי החשבון ואין המוחזק יכול לומר שלך נפסד גם אין תולין ברוב אבל היכא דאי' קפידא קצת כמו גבי טלה אז אמרינן סברות אלו והנה בנ"ד איכא קפי' קצת דא"א שיהי' שוה דמסת' יש בא' סוגי' יותר ואם הי' בעין היה נוטל כל א' שלו א"כ אם נאבד אמרינן דממרובה פריש ואם נגנב או נגזל מהקבוע חולקין בשוה ואם ספק גניבה או אבידה יכול בעל המרו' לומר לבעל המועט אייתי ראי' דנאבד אני אומר דנגנב ואף ע"ג דבתשובת מהרי"ל בסי' קצ"ח וקצ"ט מייתי תשו' מהא"ז גבי אתרוגי' שנגזלו דאמרינן דהגוי לקח מן הרוב הא מהרי"ל תמה עליו וכ' דהספק נולד במקום קבוע וכמו שכתב מהר"מ בתשובה:

סימן יח

פסק דין באתי לברר שני שותפין שהטילו לכיס וא' מהן מתעסק במעות אם זה נקרא עסקא וצרי' לשלם שכר טרחא או לא ואם יש חלוק אם הטילו שניהם בשוה או א' יותר מחבירו והנה הרמב"ם פ"ז מהל' שלוחין כ' שכל שהאחד לבדו מתעסק אף שהממון משל שניהם הרי זה נקרא עסקא אף ששניהם הטילו בשוה מ"מ חלקו של בעל המעות הוי פלגא מלוה ופל' פקדון וצריך לתת לו שכר טרחא נמצא המתעס' נוטל ג' חלקי' ובעל המעות חלק א' והא ודאי אם מתרצה המתעסק לחלוק חלק בשוה הרשות בידו מאחר שהמעות של שניהם בשוה אין כאן הלואה רק שהלה עשה טובה לבעל המעות ונותן לו הריוח מחלק הפקדון שלו ולא אסרו חכמנו ז"ל אלא היכי שיש בו הלואה וכמבואר כ"ז בדברי בע"הת ובדברי הר"ן בתשובה ודברי הרמב"ם אמורים בסתם וכן בהוא משמעות דברי התו' בההיא עובדא דפ' א"נ דס"ט שכ' בפשיטות על הא דקאמר ר"א השתא שותפי אנן והלא גם עתה היתה חלקו של ר"א פלגא מלוה כו' כדעת הרמב"ם שכ' נותן סתם חלק של בעל המעות נקרא פלגא מלוה ופלגא פקדון ותירץ דמיירי שהי' טורח בחלקו של ר"א בחנם משמע להדיא כמ"ש ומ"מ דוקא כשאין למתעסק שום הנאה בדבר אבל אם בעל המעות נותן יותר כגון עד"מ זה נותן ר' וזה נותן ק' אם יחלוקו הרווח בשוה מק"ן של כל אחת נמצא הלוה בעל הר' לבעל הק"ן וא"כ טורח הוא בחלק הפקדון בשביל נו"ן

שהלוה לו ומה לי הלואה (מרובה) או מועטה וכן משמעות לשון חכמי לוניל שהביא בע"הת והר"ן בתשובה שכת' היכן מצינו הלואה דלית בי' הנאה דלוה כלל וכל דהנאה דמלוה ובעל הממון הא ודאי לאו הלואה היא הא קמן דכל היכי דאיכא קצת הלואה למתעסק אסור לטרוח בחלקו של פקדון אבל הסמ"ג דף קס"ז בשם שערי הרי"ף כתב ג' שהטילו לכיס זה ק' וזה ר' וזה ש' אף אם נתעסק האחד בממון השכר או הפחת ביניהם בשוה לפי מנינם ולא לפי המעות נמצא בעל הק' לוקח השליש מן הת"ר והוי ק' אצלו בהלואה ובשכר זה טורח לאחרים וזה אסור בלא נטילת שכר ובאמת דברים אלו תמוהים אם המתעסק שאין לו שום ממון אסור להתעסק בחלק חבירו משום דמחזי כריבית מה יועיל שנתן לו מחלקו קצת ג"כ סוף סוף נהנה הוא מחבירו ומה לי הלואה מרובה או מועטה והרמב"ם פ"ד כ' להדיא ונתעסקו כול' בממון דא' נתעסקו כול' א"כ בעל הפקדון טורח לעצמו בחלקו ואין בעל המרובה נהנה מן בעל המועט אדרבה לכאו' נראה דבעל המועט נהנה ממנו רק שהלה יכול לטעון גם אני הייתי מרויח במועט שלי כמו אתה בחלק מרובה שלך כדאיתא בירושלמי אבל כשהאחד מתעסק וא"כ חבירו נהנה ממנו בעסק שלו ועושה לו הלואה וא"כ ודאי מחזי כריבית שבשכר הלואה הוא טורח בעבורו וכ"כ רבינו ירוחם נ' ל"ו שאף אם נעשה בקרן צריך ליתן לו לפחות שכר מועט ולדעתי משנה שלימה היא אין מושיבין תרנגולין למחצה וכדמפורש בברייתא אשה שאמר' לחברתה תרנגולת שלי ובצים שלך דהוה ריבית ובודאי שוה נתינת התרנגולת פרוטה וצריך ליתן לה שכר עמלה ע"כ נראה פשוט שכ"ע מודים לדברי הרמב"ם שכל שהאחד מתעסק אף אם הממון שניהם נוטל שכר טרחו מחלק בעל המעות והא שכ' בשערי הרי"ף אף אם הא' לבדו מתעסק היינו בנותן לו שכר טרחו דאין כאן איסור ריבית רק דלא התנו על החלוקה כיצד תהי' אם לפי המעות או לפי בני אדם ומאיסור ריבית לא קמיירי ובחנם כ' הב"י והרמ"א שיש כאן מחלוקת בין שערי הרי"ף והרמב"ם. אחר כתבי זה ראיתי תשובת מהרלב"ח סי' ל"ט שהאריך בזה ולפ"ד גם דעתו שיש מחלוקת בין הרמב"ם ושערי הרי"ף ואם שהרגיש בזה וכ' ג"כ שיש לומר ששערי הרי"ף מיירי שנתן לו שכר טרחו דאין כאן איסור ריבית אף שכ' שהוא דוחק מחמת שרש"י ז"ל ס"ל להיפך:

סימן יט

ע"ד העיפוש ב"א איך להתנהג עם שכירות הבתים אם כבר נתן כל השכירות או מחצה או לא נתן כלום הנה ראיתי אשר נדפס פס"ד בס' המרדכי בשם חכם א' מהורר מנחם מטיקטין ובאשר לא ישרו דבריו בעיני אכתוב מה שיורני מן השמים ותחלה אכתוב מה

שנמצא בדברי פוסקים בדין נפל ונשרף הבית והנה בתשובת מיימוני ב' תשובת דסתרי אהדדי בסי' כ"ד פי' בשם הרשב"א בעל התו' דמסתברא דבנפל ונשרף הבית צריך לשלם השוכר אף מה שלא דר בו דכל דמי שכירות הבית ברשותו ומחוייב ליתן כל השכר אף דלאחר נפילה ושריפה אע"ג דלכאורה דמי לספינה זו ויין סתם דאמרינן התם אם נתן אמאי לא יטול. דיש לחלק דהתם יפה כח האומר סתם כיון שחבירו פי' זה. ע"כ האומר סתם ידו על העליונה אבל בנשרף ונפל אמרינן מזל דהשוכר גרם וצריך לשלם הכל. אבל בסי' מ"ז מביא תשובת מור"ם דמדמי לה ממש לספינה זו ויין סתם והי' מהראוי להחזיר אף השכר שכבר נטל רק דשאני הכא דאמר לי' אילו עד הכי בעית למידר לא אגרא בעית למיתיב. והנה למעשה הסכימו רוב הפוסקים לדעת מור"ם דבנפל אינו משלם רק מה שדר בו וא"כ ה"ה בנשרף ואם הבית קיים והשוכר מת או נברח מחמת אונס הנה לדעת מור"ם דלעיל דקיי"ל כוותי' בנפל ונשרף דדמי לספינה זו ויין סתם הנה במת השוכר הוא להיפך דדמי לספינה סתם ויין זה דהמשכיר שהוא כעין בעל הספינה אומר אנא הא קאימנא והיה מן הדין דצריך לשלם הכל ואף אם לא נתן יתן מיהו במרדכי מביא תשובת מור"ם דיש לחלק בין ספינה לנדון זה דהת' גבי ספינה גם בעל הספינה אבד ספינתו ע"כ יכול לומר אנא הא קאימנא אבל בבית שמת המוכר שאין בעל הבי' מפסיד רק בטול שכירתו ודמי לאונס שאירע לב"ה ופועל פסידא דפועל מאחר שאין הפועל מפסיד רק בטול הזמן ה"ה הכא פסידא דמשכיר וכן חלקו התו' פ' האומנין בשם ריב"ן ובתשובת הרשב"א כ' בשם הראב"ד סי' אלף כ"ח דהשוכר שמת מחויב לשלם כל השכירות לבע"ה דשכירות ליומי' ממכר הוא ולפי טעם זה הי' הדין כן גם בנפל ונשרף הבית וכבר כתבנו דלא קי"ל הכי אלא די"ל דעיקר הטעם הוא דמדמי לי' לספינה סתם ויין זה ואינו מחלק החילוק של מור"ם. ובב"י רצה להסכים דעת התו' פ' חזקת הבתים דנ"א עם דעת זה מדכתבו התו' דגדול כחו של שוכר דאפי' מת תוך הזמן המקום מושכר ליורשים ואין זה ענין לנ"ד דודאי אם ירצו היורשים לשלם כל השכירות ירשו הזכות של אביהם אבל אם אין היורשים רוצים מזה לא איירי התו' כלל. וכל זה באונס שאירע להשוכר או להמשכיר לבד ומן הדין הי' ראוי לומר מזלו גרם כמו בשוכר שדה ואכלה חגב דאמרינן מזלו גרם רק דצריך לחלק דהתם הי' השכירות הן לרווח הן להפסד וכשם שאם יתברך זרע השדה שהוא של השוכר כן אם אכלה חגב אבל אם מת השוכר ואינו דר בבית ה"ל פסידא דמשכיר לדעת מור"ם דמשכיר הוה כמו פועל המשכיר עצמו ומאחר שאין לשניהם היזק מכיסם א"צ לשלם רק מה שעשה אבל במכת מדינה דמשנה שלימה שנינו דמנכה לו מן חכורו אפי' קבל במעות ואם אירע מכת מדינה להמשכיר כגון שנשרפו

כל בתי העיר כבר מבוא' בתשובת מיימוני סי' כ"ז דאפי' למאן דס"ל דנשרף הבית היה פסידא דשוכר וצריך לשלם אף מה שלא דר בה במכת מדינה מודה אם נשרף כל בתי העיר ומכ"ש לדעת מור"ם דאפי' בנשרף ונפל גרידא דהוה פסידא דמשכיר ואצ"ל במכת מדינה דא"צ לשלם רק מה שדר בו אבל במכת מדינה של השוכר כגון אם ברח מחמת עיפוש ב"מ פשוט לדעת מור"ם דס"ל במת השוכר הוא פסידא דמשכיר מכ"ש במכת מדינה דא"צ לשלם רק מה שדר בו אלא אפי' לדעת הראב"ד שהביא הרשב"א בתשובה דבמת השוכר פסידא דשוכר דשכירות ליומי' ממכר הוא מודה הוא דבמכת מדינה דליכא למיתלי במזל השוכר דהא גם המשכיר ברח מן העיר ואם רוב העיר ברחו הוה מכת מדינה וא"צ לשלם רק מה שדר בו ואם לא ברחו רוב העיר רק בית א' נתעפש זה תלוי במחלוקת הנ"ל במת השוכר וכמו שהכריע מהרמ"א דהכל תלוי במי שמוחזק. ולדעת מוהר"מ פ"א ח"ה איש הירא ורך הלבב שברא מאימת העיפוש לדידי' הוה כמו אונס ותלוי בפלוג' הנ"ל אכן יש לדקדק אם אחר שעבר זמן העיפוש שהשוכר הדר לביתו ורוצה לנכות לו משך זמן העיפוש ולדור מכאן ולהבא והמשכיר א"ל אם תשלם במילואו הרי טוב ואם לאו אזי בטל השכירות ואני חוזר מן השכירות ומשכיר לאיש אחר בזה צ"ע הדין עם מי. והנה דברי מהר"מ פאדווה מלא ממום הנולד להבא אין השוכר יכול לנכות בע"כ של משכיר כי יאמר לו המשכיר אם רע בעיניך השכירות הנח ודבר זה שייך בנ"ד דמהר"ם פאדווה שהחנות עדיין הוי ראוי להלואה רק שנתקלקלה קצת אבל אם נתקלקלה הדבר לגמרי כגון אם נשרפה כל העיר (לא). כללו של דבר אין לחלק בין הניכוי לחזרה כי החזרה היא הניכוי כי מיום שנשרף הבתים ופסק מללמוד הנערים השכירות בטל. ודברי הפס"ד מכאן עד סוף הדיבור בלואים לכן לא העתקתי:

סימן כ

דין בא לפני בא' שהלוה לחבירו עשרה זהובי' על שני משכנות כל א' שוה יו"ד זהובי' והנה יש להסתפק לדעת ר"י ורא"ש דקי"ל כוותי' דהלכה כרבה ואפ"ה כנגד דמי החוב הוי כאלו פירש שמקבלו בתורת פירעון אם הכוונה שכל המשכון דווקא מקבל בפרעון לענין זה שלא יתבע את הלוה אם יאבד כולו אך כ"ז שיש בידו משכון שוה כנגד חובו אף שנאבד ג"כ כדי חובו ואמר מה שנאבד אני ש"ח מה שנשאר אני מקבלו בפרעון או נימא מה שנאבד צריך לקבל בפרעון אף שנשאר בידו הרבה דהא אפי' קתא דמגלא צריך לקבל בת"ק כפו' ה"ה בסתם צריך לקבל מה ששוה האבד' או נימא חלוקה ג' דאם נאבד חצי המשכון אבד חצי החוב דכך היתה ההלואה על הא' ה' זוז ועל הב' ה' זוז א"כ

יפסיד ה' זוז כשנאבד חצי המשכון. והנה דעתי מקור מוציא דין זה צריך לדקדק בדברי התו' והרא"ש ומתוך לשונם נעמוד על כוונת' והנה מדקדוק לשון הרא"ש דפ' שבועות הדיינים וגם מלשון הרמזים שם שכ' דעל המשכון שכנגד החוב הוי ש"ש מדקרי לי' ש"ש ש"מ שדין ש"ש יש לו ומה שנאבד חייב לשלם וכך הוא ריהטא דפשט המשנה הלוהו על המשכון הוה ש"ש ואע"ג דעכ"פ אין המשנה שנוי' בדקדוק דהא מה ששוה יותר א"צ לשלם מביתו צ"ל דמשנה מיירי במשכון ששוה כדי החוב או פחות ובדפירש כמו"ש התו' א"כ אם שוה המשכון כנגד החוב אין צורך לדברי שמואל ש"מ שדין ש"ש יש לו אע"פ שנאבד חצי המשכון והמלוה רוצה להחזיק חצי המשכון עד שישלם לו כל החוב אז עכ"פ צריך לקבל בפרעון מה שנאבד וכן משמע מדברי התו' ד"ה אבל קתא ונסכא שכ' ז"ל ואי אבד קתא לא אבד פלגא אלא מה ששוה וכו' וקשה אחר שהתו' פסקו כרבה למה לא יהי' ש"ח על הקתא ואפי' מה דשוה לא ישלם ואע"פ שיש לדחות שהמשכון אינו שוה כדי החוב וא"כ המלוה תובע את הלוה וע"כ צריך לקבל הקתא בפרעון דמי לא עסקינן נמי דהנסכא שוה יותר מכדי החוב או שהוא של עכו"ם והלוה מוכרח לפדותו וא"כ יאמר המלוה אקתא שנאבדה אני ש"ח והנסכא אני מחזיק עד שישלם לי חובי אלא ודאי פשוט לבעל התו' אפי' תה' הנסכא שוה אלף כפולות מ"מ כדי שווי הקתא הוי ש"ש כפשט המשנ' וכמ"ש. ובר מן דין הלא כלל מסור בידינו להשוות דעת הפוסקים ולמעט המחלוקת בכל מה דאפשר ומאחר דדע' הגאונים דכל מה שנאבד הוי ש"ש ולא מצינו מחלוקת מפורש ביניהם רק במה ששוה המשכון יותר על החוב ואנן ניקום ונחלוק את השווי ולעשות ביניהם מחלוקת חדשה אם נאבד חצי המשכון לדברי הגאונים הוי ש"ש ולדברי ר"י לא יהי' ש"ש כלל או רק על החצי ואיך השמיט הטור חלוק זה ביניהם והמדקדק בלשון הרא"ש פ' האומנין שכתב לדברי ר"י וכו' ומ"מ מלוה על המשכון הוי ש"ש משמע מלשונו שאף שר"י פוסק כרבה מ"מ לדינא ס"ל כדעת הגאונים וכסת' מתניתין דהוה ש"ש ואין חילוק ביניהם באבידת המשכון שצריך לקבל בפירעון וכן יש לדק' מהרמ"א שכ' וי"א דמלו' על המשכו' הוי ש"ח וכו' שאין המלוה נותן ללוה היתרון ואם איתא שאף שנאבד מן המשכון כדי חובו אינו מפסיד חובו אם נשאר בידו או אינו מפסיד רק לפי ערך הו"ל לאשמעינן שהלוה צריך לשלם להמלו' כולו או מקצתן וממילא הוה ידעינן שאם נאבד כל המש' דפשיטא דאין המלוה משלם מביתו. ועוד דהא הכרעת מהרמ"א כדברי ר"י הוא ע"פ המר' שכ' דמספיק' לא מפקינן ממונ' וזה שייך שאינו צריך לשל' מביתו אך להתפיס גוף המש' שאין לו רק שעבוד היאך יתפוס מספיקא בממון חבירו וכבר פ' מהר"י קולן בתשובה סי' צ"ד דלא יוכל התופס

לומר קי"ל כהאי פוסק אלא בנדונית חתנים ואף שהמחבר חולק ע"ז מ"מ מהרמ"א לא הכריע ביניהם וגם מסתמ' קי"ל כמהר"י קולן שהי' בתר' וראה דברי המרדכי ופי' דלא כוותי' ובפרט שידוע שמהר"י קולן רוב דבריו בנוים על דברי המרדכי אע"ג דמהרי"ק לא החליט הדין רק כ' אפשר דס"ל וכו' מ"מ נראה שדעתי' כך הוא. ועוד דהא כתב הרשב"א בתשובה הביאה מהרמ"א בהג"ה סעיף י"ד דאם המלוה אינו יודע כמה נפרע צריך להחזיר המשכון דהוה כאלו הוא תובע אע"ג דהתם איירי שהלוה טוען ברי מ"מ נראה דה"ה אם הלוה טוען שמא ג"כ דינא הכי לפי הטעם שכ' דהמלוה הוא המוציא ודמי לא' שתבע לחבירו והשיב ידעתי שחייב הייתי אך איני יודע אם פרעתי והשיב התובע גם אני א"י אם פרעת דנראה דפטור הלוה דאל"ה הו"ל למנקט רבותא דא"י אם פרעתיך חייב אפי' בתובע אומר שמא ומסופק בפרעון. ועוד נראה להוכיח דפטור הלוה בשניהם מסופקים בפרעון דאל"כ לא מקשה גמ' מידי בב"ק דף קי"א ה"ד אילמא דלא קתבע לי' ומוקי לה בבא לצא' ידי שמים ולא מוקי בפשיטות דכמו שהלוה מסופק גם המלוה מסופק ולהכי ברישא חייב ובסיפא פטור אלא ודאי כששניהם מסופקים פטור בדיני אדם אע"ג דגבי שטר בסי' פ"ב פסק הטור דאם שניהם מסופקים בפרעון גובה שטרו שפיר יש לחלק בין שטר למשכון ואין להאריך באשר ידעתי שיש לדחות ולחלק בין ספיקא דדינא לספיקא דפוסקים ואפי' מהרי"ק יודה כאן דתפס בהיתר קודם שנולד הספק ולא כתבתי כ"ז רק לרווחא דמילתא כי האמת יורה דרכו דמהרמ"א לא פסק רק מה שהלוה א"צ לשלם מביתו ולא שיתפוס במשכון וכן נראה מדברי המרדכי שכ' ומשכנו שלא בשעת הלואה נמי לא הוי ש"ש אלא בכדי מעותיו מדכ' נמי ש"מ שדין א' יש להם וכן סיים בסוף דבריו ובמשכון שלא בשעת הלואה יהיב טעמא דיכול לקדש בו האשה וא"כ אף אי נאבד חצי משכון הוי ש"ש על כל מה שנאבד ועוד נראה לדחות סברא זו דלא נימא על משכון א' הלוה ה"ז על השני הלוה ה' זוז מאחר דקי"ל דאם הלוה רוצה לפדות חצי המשכון וליתן לו חצי המעות אינו יכול ולא עוד אלא אפי' פי' אוכל משני המשכנו' וכמ"ש הרמב"ן א"כ למה ילקה מדה"ד דיאחז המלוה החבל בב' ראשין אם נאבד המשכון אחד יאמר לא הלויתי על משכון זה רק לפי ערך ולא אפסיד מחובי כל שווי המשכון ואם ירצה הלוה לפדות וליתן לו כפי ערך יאמר על כל משכון בפ"ע הלויתי כל המעות ע"כ נראה ברור ופשוט להלכה ולמעשה דאף לר"י מה שנאבד צריך לקבל בפרעון וצריך להחזיר הנשאר ללוה ובאשר שמעתי דייני ק"ק בריסק לא פסקו כן רק פסקו לפי ערך שיווי המשכון הנאבד גם שיווי הנשאר כך ינכה ד"מ כגון אם הלוה ד' זהובי' על ב' משכנות א' שוה שלשים זהובי' וא' שוה עשרה זהובי' ונאבד המשכון

ששוה עשרה זהובי' אינו מנכה לו מן המשכון רק א' זהב כי היתה ההלואה על ערך זה על עשרה זהובי' במשכון הלוה א' זהב ואני הנלע"ד מטעמי' הנ"ל כתבתי והאמת יורה דרכו נאום **משה**:

סימן כא

השגה ממורה אחד ז"ל מקום מנוחתו בק"ק **טיקטין יע"א**:

הנה באתי במגילת ספר כתוב לכ"ת להתווכח עמו ולהשיב על כל דבר על אופני' ומכ"ת יעיין בעיון מ"ש מכ"ת כי נסתפק במשכון שוה יותר על החוב ונאבד קצת מן המשכון ומקצת נשאר ביד המלוה וספיקא דמכ"ת ב"ג חלוקים אם כוונתו של ר"י דסבר המלוה על המשכון ש"ח אפ"ה נגד דמי הרוב הוי כאלו א' בפי' שמקבלו בפרעון ז"ל ר"י ז"ל ונסתפק מכ"ת אם הכוונה כל המשכון מקבל ואם נאבד מקצתן נאבד מקצת החוב או אפשר דנאבד כל החוב כי כנגד דמי החוב הוי ש"ש על כל המשכון וזהו שנאבד ינכה לו מחובו שאף שלא שעבוד עצמו לשלם מביתו לעומת זה קבל עליו שמירתו של כל המשכון כש"ש להפסיד לו מחובו או שמא דדעת ר"י ורא"ש שלזה שיעבד עצמו שאם יאבד כל המשכון לא יתבע חובו והו' כש"ש אך אם יאבד מקצתן הנשאר יחזיק נגד חובו וזו תורף ספיקות מכ"ת:

והנני אומר כיון דר"י אית לי' דשמואל דאמר אבד קתא אבד אלפא זוזי וכגירסת ר"ת ור"א דאפכי שנוי דגמר' פרק שבועות הדייני' מה דמתרץ שם מתניתין בדפי' ושמואל בדלא פירש והם גרס שינוי דגמרא דשמואל בדפי' ומתניתין בדלא פי' כמ"ש התו' שם וכמ"ש הטור כאן והסברא כתבו שם התו' דאין סברא להפסיד למלוה כל חובו בלא פי' וכנגד החוב אף בלא פי' הוי כפיר' שקבלו בפרעון והנה מדשמואל נשמע לר"י כשהמשכון שוה יותר מהחוב דסבר ר"י כשנאבד כולו דהוי ש"ש כנגד חובו משום דהוה כאלו פי' שקבלו בתורת פרעון ואעפ"כ על היתר הוי ש"ח ומדעתו דהכי קבל כל המשכון וא"כ כשנאבד מקצתו ושוה המשכון יתר על החוב אין סברא שיפסיד המלוה כי יאמר המלוה אני קבלתי על המשכון בפרעון שני כחלק המגיע לחובי וא"כ המשכון קנוי' לי להלוואתי דאי לא הוה טעם זה כאלו פרשתי שקבלתי המשכון בתורת פרעון והמשכון קנוי' לי להלוואתי לא הייתי מפסיד כלו' מחובי אפי' כשנאבד כל המשכון והי' צריך הלוה לשל' לי מביתו כל חובי דהא לא פרשתי ולא הייתי ש"ש אפי' מה שכנגד חובו אך משום דאנן סהדי אף כשלא פי' הוי כאלו פי' ובאחריותו עומד המשכון מה שכנגד חובו. והשתא נמי כשנאבד מקצת המשכון יאמר המלוה זה שנשאר קנוי' לו בהלואתי כי כך

קבלתי בתורת פרעון ואני מוחזק וע"כ אחריות שלי עליו. ועל דידך שהוא היתרון אני ש"ח דידך ופטור אני מגניבה ואבידה כדין ש"ח מה א"ל שוב למימר הא אין ברירה ולא נרשם על המשכון איזה דידי ואיזה דידך על זה וכיוצא בו כ' מהרמ"א בהג"ה דמספיק' לא מפקינן ממונא מיד המוחזק דהמלוה הוי מוחזק דמאחר דמה שכנגד החוב קנוי לו בהלוואתו וכאלו פי' שקבלו בתורת פרעון דאל"כ לקתה מדה"ד דכשנאבד, והוא כנגד חובו מפסיד המלוה כל החוב מהאי טעמא דאנן סהדי שקבלו בתורת פרעון והמשכון קנוי לו וע"כ מפסיד המלוה כל החוב וכשאבד המקצת ונשאר המקצת ביד המלוה לא יהי' נחשב כאלו קבלו בתורת פרעון ולא יהי' המשכון קנוי לו ולא יהי' נקרא מוחזק לכן נ"ל דהדין עם המלוה ויחזיק הנשאר בידו כנגד חובו זו מ"ש מכת"ר ועל דברי אלה השיב לי כת"ר בזה"ל מעל' כיון דעתו להרב הגדול מהר"י בן לב ז"ל ואני לא ראיתי ספריו וכ' כת"ר שגם הוא כתב בספרו שהדין עם המלוה להיות הוא המוחזק ומה שנשאר יחזיק המלוה נגד חובו אך א' כת' אבל הוא לא כ' שום טעם לדבריו ולא שום ראי' והוכחה ע"כ אין דבריו ברורים בעיני מכ"ת ואין לסמוך עליו ועל טעם והוכחה שלי כ' מעל' לדחות דברי ועל מוכ"ת שכ' בהוכחה שלו שהמלוה הוא מוחזק כו' קשה דאדרבה אם הוא ספק כאשר כ' מעל' הדין עם המלוה דהא כן כ' בש"ע בהג"ה סעיף י"ד דבכל ספק הוה הלוה מוחזק והמלוה המוציא כמ"ש בתשובת הרשב"א כי המשכון תמיד בחזקת הלוה ואין למלוה עליו אלא שעבוד ותוכן דברי מכ"ת דאדרבה משם מוכח דהדין עם הלוה להיות הוא מוחזק והמלוה מחוייב להחזיר המשכון הנשאר כשאבד מקצת להלוה כששוה הנאבד דמי חובו והמלוה אינו יכול לתפסו והאריך מכ"ת בהוכחות עד שנראים לו דבריו להלכה למעשה דהדין עם הלוה להחזיר לו הנשאר ולא כדעת הרב בן לב ולא כדעתי אשר כוונתי לדעתו והנה כפי פרושות השמים בשבח והודי' אשר כוונתי לדבריו ומעי המו עלי ולבי לא רצה להטות מן הדרך אשר דרכתי בו במושכל ראשון להיות הדין עם המלוה אמרתי הרב בן לב לא הי' מרים ראשו לכתוב נגד כל הפוסקים שהיו לפניו בלי ראי' והוכחה ואם הוכחתי בעיני מכ"ת דחוי' ובעיני הם ראוי' ונכוני' והנני אומר על מה שסמך מכ"ת על הרשב"א בדיני' שהביא בש"ע סעיף י"ד וסעיף כ"ז שאין למלוה על המשכון רק שעבוד אומר אני דהיינו דוקא מ"ש בסעיף ההוא שהמלוה טוען ספק דלא ידע כמה נפרע או הלוה וכן אם לא ידע כמה הלוה לו בזה ודאי דעת הרשב"א וכל הפוסקים עמו דאין למלוה רק שעבוד על המשכון דהא עכ"פ אין המשכון חלוט לו אלא שאם בא לו לפדותו מחויב ליתן לו לפדות וא"כ כשהלוה בא לפדו' ודאי מחוייב המלוה לידע כמה הלוה לו או כמה נפרע לו על המשכון ולכן בכל זה אינו יכול להחזיק

במשכון ואין לו עליו אלא שעבוד ונקרא המלוה המוציא ואין לו להחזיק בממון חבירו אבל בנ"ד שהמלוה והלוה אינם חלוקי' בעיקר הלואה או בפרעון רק על המקצת שנאבד והמשכון כבר קנוי לו להלוואתו כאלו פי' שקבלו מה שכנגד החוב בתורת פרעון בנ"ד הוי המלוה מוחזק ואפי' לדברי הרשב"א ואדרבה מדברי הרשב"א יש לדקדק כמותי שהוא בעצמו כ' בסי' תתקצ"ח וז"ל ונשאל עוד המלוה את חבירו על המשכון מלוה אומר סלע הלויתיך ולוה אמר לא כי אלא דינר הלויתני בטענת ברי וסוף דבר והכי אסיקנא דמלוה נשבע ונוטל דלפי שהמשכון קנוי לו להלואתו עכ"ל. ומלישנא דקאמר שהמשכון קנוי' לו להלוואתו נשמע דמה שכנגד החוב קנוי' לו וזהו להלוואתו וקנוי לו להיו' הוא המוחזק כשטוען ברי כך הלוותיך וא"כ המלוה קרוי מוחזק ומה שעכשיו נאבד המקצת ואמר המלוה מה שבידי קנוי' לי להלוואתי וקבלתי בפרעון חובי ומה שנאבד דידך הוא דהיינו היתרון ואני ש"ח עליו ואני מחזיק במה שקנוי' לי ולפ"ז כתבתי מדשמואל נשמע לר"י דהדין עם המלוה ויחזיק במה שבידו ואפשר הוא סברת בן לב ולכן לא כ' שום הוכחה כי נשמע מני' ובי'. ומ"ש מכ"ת דהוא הכרעת מהרמ"א בש"ע בהג"ה ע"פ המרדכי שכ' דמספיק' לא מפקינן ממונא וזה שייך שאין המלוה צריך לשלם מביתו אך להחזיק בגוף המשכון ואין לו עליו אלא שעבוד איך יתפוס בממון חבירו וכ"כ מהרי"ק בתשובה דלא יוכל לתפוס ולומר קים לי וכו' הנה מכ"ת עצמו כ' שמהרי"ק אינו חולק על המרדכי להדיא אלא משמעות לשון ובשביל שהרמ"א לא הכריע הכריע מעל' לפי סברתו ואני אומר שהרמ"א ז"ל הכריע כדברי מהרי"ק חדא בסי' קע"ה סעי' מ"ה כ' בהג"ה וז"ל וכן במקום שהפוסקים חולקים אין מוציאין מיד הלוקח הואיל והוא מוחזק הרי הכריע דווקא במוחזק אין מוציאין ויכול לומר קים לי אבל אם תפס ולא הוי מוחזק מוציאין מידו דאינו יכול לומר קים לי כהאי פוסק הרי הכריע להדיא כדברי מהרי"ק דדווקא המוחזק יכול לטעון קים לי ולא התופס ואעפ"כ אין למכ"ת ראיה ממהרי"ק כי אף אם נתבטל דעת המרדכי נגד מהרי"ק דמהרי"ק בתרא הוה צ"ל דמהרי"ק לא קאמר אלא בתופס תפיסה ממקום שלא הי' מקדם מע"ז וע"ע דרך משל שאם היה הלוה תופס ממון המלוה ממקום אחר ואמר קים לי כהגאונים דמלוה על המשכון הוה ש"ש אף על היתרון ודלא כהר"י ובודאי בזה ובכיוצא אין יכול לטעון קי"ל אבל המלוה קודם שנאבד הי' המשכון קנוי לו בתחיל' ההלואה נגד החוב שלו ועתה לא יצא מידו והוי כאלו פי' שקבלו בתור' פרעון השתא הוי הלוה המוציא וסבר מהרי"ק בשביל שהוא מוחזק אין מוציאין מידו במקום שהפוסקים חלוקים. לכן נ"ל דאינו יכול להוציא מן המלוה השאר שאומר מה שבידי קבלתי בפרעון ודידך נאבד כנ"ל אף למהרי"ק. ובזה מיושב ג"כ מה

שהפליג מכ"ת וז"ל ובר מן דין כלל מסור בידינו להשוות הפוסקים למעט המחלוקת כל מה דאפשר וכו' גם זה אינו הוכחה דמאי מחלוקת חדשה היא זו דבר ממילא נמשך לפי דברי ר"י ולא אנו באים לחלוק רק ר"י קם בשיטת' דפ' זכות למלוה להיות על היתרון ש"ח ומה שנאבד המשכון אנן סהדי כאלו פי' שמקבלו בפרעון וע"כ הוא עליו ש"ש וגם הי' עליו ש"ש עדיין אם נאבד כולו שאין הלוה מחויב לשלם לו חובו אך כיון שנאבד המקצת אומר המלוה המשכון קנוי' לי נגד חובי וקבלתי בפרעון והיתרון אני עליו ש"ח אם יאמר הלוה אין ברירה יאמר המלוה אני מוחזק והלוה המוציא ואין מוציאין ממון מספק. ומ"ש כ"ת וכן יל"ד מלשון מהרמ"א שכ' בהג"ה וי"א דהמלוה על המשכון הוי ש"ח שאין המלוה נותן ללוה היתרון ואם א"י שאף אם נאבד מן המשכון כדי חובו אינו מפסיד חובו אם נשאר בידו ויכול להחזיק הנשאר וכו' דאל"כ עדיפא ה"ל לאשמעינן וכו'. הנני אומר דאין זה קו' על הרמ"א לאשמעינן רבותא דהרמ"א לא בא אלא לגלות מה שהסתיר והשמיט בעל המחבר ב"י בש"ע כי בש"ע לא הזכיר כלל הי"א שהם דברי ר"י ולא כתב להלכה אלא מ"ש הגאונים ואין שייך לומר שישמיע לנו רבותא כי הוא בא לגלות דברי ר"י כהווייתן ואדרבה הלכה כמותי דהא אין בין הגאונים לדברי ר"י מחלוקת רק לענין היתרון שלדברי ר"י הוי המלוה עליו ש"ח ולהגאונים ש"ש וא"כ הוצרך לגלות דברי ר"י עצמו שמביא הטור והמחבר השמיט ומנ"ל להזכיר ענין אחר דהכל ממילא נמשך כנ"ל:

והנה מכ"ת כתב ז"ל ולדעת מקור דין זה צריכין אנו לעמוד ולדקדק בדברי התו' והרא"ש ומתוך לשונם נבוא אל כוונתם והנה מדקדוק לשון הרא"ש כ' מדקרי לי' ש"ש ש"מ שדין ש"ש יש לו וכו' לא ידעתי איך בנה מכ"ת יסודו על משמעות הלשון הא אליבא דכ"ע בין להגאונים בין לר"י בזה הם שוים שאם נאנס המשכן שנאבד באונס ע"י לסטים מזוין או כיוצא אף שנאבד המשכון מחוייב לשלם למלוה כל חובו כמ"ש הטור ובעל הש"ע להדיא וא"כ מוכרחים לומר לשון ש"ש שאין חייב אלא בגניבה ואבידה לאפוקי שאין לו דין שואל להתחייב באונסין דאלו אמר שחייב בשביל שקבל המשכון בתורת פרעון הייתי אומר שגם באונסין חייב וכן נמי אמרינן פ' אלו מציאו' לגבי פלוגתא דרבה ור"י לענין שומר אבידה דלרבה דאמר שומר אבידה הוי ש"ח בהנאת שמושו שהתירו לו לשמש בדמי אבידה נעשה ש"ש ולר' יוסף דאמר דש"ש בהנאת אבידה נעשה שואל וחייב באונסין לכן תפסו לשון ש"ש לאפוקי דלא יתחייב באונסין. ומ"ש מוכ"ת דעיקר יסודו ובנינו על התו' דפ' שבועות הדיינין בד"ה אבל קתא דמגלא ונסכא לא וכו' וז"ל התו' ואי אבד קתא לא אבד פלגא אלא מה דשוה והקשה מכ"ת מאחר דהם פסקו כרבה

למה לא יהי' ש"ח על הקתא ואפי' מה דשוה לא ישלם אלא ודאי פשוט לבעלי התו' אף אם הי' שוה הנסכא אלף כפולות מ"מ כדי שיווי המשכון הוא ש"ש עכ"ל מכ"ת והנה אהובי לא ידעתי מה ראה מעל' לבנות יסודו על קו' זו אשר במושכל הקל יפול כמ"ש מע"ת בעצמו דמיירי שאין הנסכא שוה כדי כל החוב ולכן צריך לשלם הקתא ולקבל בשווי' הא אם הי' הנסכא שוה כדי כל החוב באמת פטור מלשלם הקתא דיכול לומר ש"ח אני על הקתא שהוא היתרון על החוב. ומכ"ת דחה תי' זה וכתב מי לא עסקינן נמי דהמשכון שוה יותר מכדי החוב כ"ז מסברא דיליה רצה מכ"ת להחזיק קו' בלי הוכחה איזה היכר יש לכ"ת לדחי' זו אדרבה נראה בעיני דמוכח מתוך הסוגיא דמיירי שאין הנסכא שוה כדי כל החוב דהא התו' לא כיוונו לשנות הסוגיא רק לפרש דברי ר"נ האומר אבל קתא ונסכא לא דלא כרש"י וכתב אמאי דקאמר ר"נ אבל קתא ונסכא לא ה"ק שלא אבד כל חד וחד לפי שווי' דאם הנסכא שוה עשר קתא אבד נסכא אבד עשר חלקים אבד קתא אבד חלק א' ור"נ קם בשיטתו דשמואל דהא על מימרא דשמואל קאי דאמר אבל ב' קתא לא ושמואל איירי בלא שוה דהא זה עיקר מילתא דשמואל דאמר אבד קתא אבד אלפא זוזי וא' ע"ז אבל שני קתות לא וקאמר ר"נ עליו אפי' שני קתות אבל קתא ונסכא לא וכפי' התו' ולמה ידחה מוכ"ת עצמו דנסכא שוה כדי כל החוב ולעולם אם היה הקתא שוה כדי כל החוב באמת פטור מהנסכא שנאבד דיאמר המלוה ש"ח אני על היתרון ולכן נ"ל שהדין עם המלו' שיכול להחזיק הנשאר בידו אם המשכון שוה יותר ונאבד המקצת והנה אהו' ידוע כל מחלוקת שהיא לש"ש כמחלוקת הלל ושמאי כו' וצריכין אנו לברר הדין כי הלכה היא ואין להקב"ה אלא ד' אמות כו':

והשתא לפנינו ג' חלוקות מכ"ת הכריע דהדין עם הלוה ואני בעניי נ"ל דהדין עם המלוה. ודייני ק"ק בריסק הכריעו הכרעה שלישית לפי ערך וכנ"ל בשמם ומה (נמחק בכאן נכון בעיני דמעל' אין זה כ"א פשר דבר ומדינא יהי' הדין או עם הלוה או עם המלוה וצריכין אנו לברר וע"ז נאמר דרכי' דרכי נועם ונתיבותיה שלום דברי אהו' **דוד נתן** הרובץ בין המשפתים. וכותב בעצלתים:

ומה שכ' מכ"ת דא"כ לקתה מדה"ד דהא אם רוצה הלוה לפדות חצי המשכון אינו יכול וכו' י"ל דאין זה לקתה מדה"ד שאם בא הלוה לפדות החצי שפיר יאמר המלוה דלכן הלוותי לך על המשכון ששוה יותר מחובי שאהי' בטוח ביותר ותמהר לפדותו ואם נאבד מקצת המשכון י"ל דעכ"פ דאינו חייב לר"י אלא מה שכנגד חובו ולא יותר לפי שמה שכנגד חובו קנוי לו כאלו אמר בפי' קבלתי אל הפרעון ולא היתרון דאל"כ יקשה בלא זאת על דברי ר"י דקי"ל כוותיי' דפטור על היתרון והוה ש"ח יאמר המלוה יאחז ג"כ

המלוה החבל בתרי ראשים שאם הי' שני משכונות ששוים כ"א יותר על החוב ואם בא הלוה לפדות א' שהוא היתרון אין צריך המלוה ליתן לפדות וכשנאבד יהי' פטור על היתרון אלא אין זה לקוי מדה"ד דלכל צד יש טענה בפ"ע אדרבא היכי דילקה מדה"ד מצד אחר כאשר כתבתי לעיל דאם יחייב המלוה להחזיר המקצת יאחז הלוה החבל בשני ראשון דיאמר המלוה כשנאבד המשכון מכולו הפסדתי חובי לפי דאנן סהדי שקבלת בתורת פרעון. (בכאן נמחק איזו תיבות) והמשכון קנוי' לו להיות באחריותי והשתא דאבד מקצתו לא יהי' קנוי לי להיות מוחזק במה שנשאר בידי ושלו' תניינא:

סימן כב

דרך כלל. תמה אני איך מעל' לא יישב הראיות שהבאתי מתו' והחילוק שחולק מעל' בין ספק פירעון או הלואה כן הוא אלא הי' מכ"ת מביא ראי' לדבריו וכ"ז דאין לנו ראי' למה נחזיק את המלוה במשכון של א' חנם ונאמר דמסתמא כן הי' כבר כתבתי שלא בדעתו תלי' דג"כ יש סברא להיפך מסתמא דעת הלוה הי' שלא לשלם לו כ"ז שאינו מחזיר לו בשלימות ודי בזה:

סימן כג

שואב מי ששון. כנהר פרת ופישון. קנקן חדש מלא ישן. עולה מן המדבר כתמרות עשן. על פתחי כל מגדים חדש עם ישן. מאיר כאבני חושן. משוח בשמן שמן ודשן נ"י פ"ה ע"ה כמגדל השן. כבוד מהורר משה, יצ'. לאיש אשר לו ככה. מהשם ישא ברכה השקט מנוחה:

זכיתי לראות פיתוחי חותם דמר נ"י אשר כתב לאחי היניק וחכים בדין אין מקבלין עדות בפני קטן ואמרתי להשיב מפני הכבוד. בטור סי' כ"ח כ' וקטן אפי' בפניו כשלא בפניו דמי וכו' נלמוד מעובדא דבי חמו' דר' ירמי' פ' הגוזל בתרא ריש הפ' והנה ב"י וב"ח פרשו דברי התו' בזה שלא כדעת ריב"א כמבואר שם ומכ"ת תמה עליהם על זה והשווה דעת התו' לדעת ריב"א כאשר באמת משמע כך מדברי התו' לכל מעיין וכן פי' הרב מהרי"ך בסמ"ע סק"י סעיף י"ג. אמנם קצת יש לתמוה על מהרי"ך שכ' שם וז"ל והוכיחו שם התו' דהא דמניחים אותו ביד הקטון כו' היינו דווקא בדאיכא תרתי וכו' ע"ש דמשמע מדבריו דהתו' הוכיחו זה מכח קו' או ראי' ואין זה במשמע כלל דאע"ג דכך נראה לפרש דברי התו' כמש"כ מכ"ת מ"מ אין הוכחה לזה כלל ומי יתן ואכוין דעתו והנה מ"מ בזה דבריו נכוחים דיש לפרש דעת התו' כדעת הרב"י ע"כ אמרתי ליישב דעת הב"י והב"ח

כמו שיבואר למטה בטוב טעם ודעת. מ"ש מכ"ת שנראה שגם הרב ב"י שמפורש כוונת התו' כדעת ריב"א מדכתב אמנם פ' ריב"א ולא כתב אבל פי' ריב"א תמה אני איך סמך על דקדוק קל כזה דמרגלא בפומ' דהרב ב"י לומר כך ובהדיא משמע מדברי הב"י שפ' דברי התו' שלא כדעת ריב"א מדכתוב בסוף דבריו ולדעת התו' הא דמשמע וכו' וכמו שאפרש אח"כ כוונת הב"י שהם דברי הגהת אשר"י פי' הגוזל בתרא ודלא כמ"ש מר שלשונו מגומגם בזה. גם נדחק כת"ר לפרש דברי ר"ת ולהשיג בזה על הב"י וסוף דברי כ"ת וע"כ סיים בהגהת אשר"י ומיהו לפי' רשב"א אתי שפיר כלו' שגם מפי' רשב"א שהביא לפני זה ג"כ אתי שפיר דהא גם הרשב"א מודה אלו לא הוציא הקטן את ר' ירמי' לא היו הב"ד מוציאין אותו וא"כ אין ק' מרבה בר שרשום עכ"ל דמר. אגב חורפי' לא עיין שפיר בהג"א דכן כתוב ומיהו לפי רשב"ם אתי שפיר והיינו רשב"ם בפ' התלמוד ולא פ' רשב"א שהביא לפני זה כלומר שר"ת מפרש ור' ירמי' לא הי' מוחזק אז בביתו וכו'. פ' בשעה שהי' ר"י בא לפני הב"ד לא הי' ר"י בבית שהקטן סגר הדלת בפניו וכן דקדוק בלשונו וכתב לא היה מוחזק אז פי' בשעה שבא לפני ב"ד ע"כ לא היה מקבלים עדותם אבל אם הי' ר"י אז בשעה שבא לפני ב"ד דר בבית לא כל כמינ' לאפוקי והוא ממש כדעת ריב"א ובהכי יתכן ההיא דרבה בר שרשום דמשמע דאי הוה טען לקוח הוא בידי הי' מקבלין עדותו מפני שרבה ב"ש הי' דר באותו שעה בבית ע"כ דקדק וכ' ה"ז מוחזק בקרקע באותו שעה דהעיקר הוא אם הוא עכשיו בשעה שבא לפני ב"ד מוחזק בבית כדעת ריב"א ואין חלוק בין ר"ת לריב"א אלא בהבאת עדים וכמ"ש הב"י וב"ח משמע מכ"ז לחלק בין עובדא דר"י לרבה ב"ש דהתם הי' רבה ב"ש דר באותו שעה אבל ר' ירמי' לא הי' דר בו באותו שעה לכך לא הי' מקבלין עדותו. וע"ז סיים הגהת אשר"י וכו' ומיהו לפי רשב"ם בפירש התלמוד דפ' על רבה ב"ש דהא אכילתו שני חזקה בחיי אביהן וכו' אתי שפיר בלאו האי חילוק דלעיל ואפ"ה לא קשה מידי מרבה ב"ש דאפשר לומר דאף אי הי' ר' ירמי' דר באותו שעה בבית אפ"ה היו מוציאין מידו כיון דאית לי' לקטן חזק' אבוה כדעת התו' לפי' פ' הב"י והב"ח דהא דהיה רבא ב"ש מהימן אי הוה טען לקוח בידי אע"ג דהוה קטנים בני ג' שנים דאכיל שני חזקה בחיי אבוהן ולא משום שהיו' מוחזק באותו שעה כדעת ר"ת וזהו כוונת הגהת אשר"י במ"ש ולפ' רשב"ם אתי שפיר ולא כמ"ש מכ"ת דלפ' הרשב"א אתי שפיר:

והיניק וחכי' אחי מכ"ת הליץ בעדו לומר שמא כך מצא בספרו שגילה לי שמוכ"ת רוב לימודו הוא מתוך ששה סדרים דפוס באזליא ולא נחתי ולא שקטי עד שהבאתי אל תוך חדרי ומצאתי הגירסא כך שם והנאני מ"מ האמת יורה דרכו כאשר כתבתי פ' הגהת

אשר"י וכדברי הם ממש פ' הרב ב"ח ולדעת התו' הא דמשמע פ' חזקת כו' ומסיים וכן פ' רשב"ם כלומר דהרי לר"ת ולריב"א שהביא לפני זה אתי שפיר הא דאיתא פ' חזקת דרבא הי' מהימן אי טען לקוח אע"ג דקטנים הי' משום שרבא ב"ש הי' מוחזק באותו שעה כשבא לפני ב"ד ור"י לא הי' מוחזק באותו שעה כשבא לפני ב"ד אמנ' לדעת התו' דפ' אף אי הוה ר"י מוחזק באותו שעה בבי' מ"מ הי' מוציאין מידו כיון דהוה לקטן חזקת אבוה א"כ קשה למה הי' רבה ב"ש מהימן גבי קטנים ע"כ פ' לדעת התו' צריך לומר דרבה ב"ש אכל שני חזקה בחיי אבוהון וע"ז כ' וכן פירש רשב"ם על עובדה דרבה ב"ש ודברי הב"י הם ממש דברי הגהת אשר"י במה שמסיים ולפ' רשב"ם א"ש א"כ לשונו של הב"י מיושב ולא מגומגם כמ"ש מכ"ת ולא דק:

ואית לן להוכיח מדברי הרב ב"י והב"ח כדפרשו דברי התו' שלא כדעת ריב"א נכונים המה ולא כמ"ש מהרו"ך דברי התו' בזה דהרי הרשב"א שהביא כהגהת אשר"י שם פי' הם דברי התו' וכ' דאפי' הי' ר"י בתוך הבית וכו' ואח"ז הביא דברי ר"ת דר"י לא הי' מוחזק וכתבו שלא כדעת רשב"א ומסיים ומיהו לפ' רשב"א אתי שפיר ואי הוה כוונת הרשב"א ותו' לומר דאפי' הי' ר"י בתוך הבית היינו מתחלה היה בתוך הבית ועכשיו כשבא לב"ד לא הי' בבית וע"כ לא הי' מקבלין עדותו אבל אי הי' ר"י בשעה שבא לב"ד בתוך הבית והקטן בא לב"ד להוציאו לא הי' מוציאין מידו כדעת הריב"א א"כ למה כ' הגהת אשר"י דלפ' רשב"א אתי שפיר הלא גם לפ' ריב"א א"ש הא דרבה ב"ש הי' מהימן לטעון לקוח משום שהי' מוחזק באותו שעה אבל ר"י לא הי' מוחזק כאשר באמת כך הביא מוכ"ת דברי הגהת אשר"י לפי גירסא המוטעת שנזדמנה לכ"ת:

ועוד אי הוה דעת התו' ודעת הרשב"א לחלק בין כשהוא עכשיו מוחזק כשבא לב"ד ובין כשאינו עכשיו מוחזק א"כ לפי דקדוק לשונו של ר"ת שכ' בתחילה לא הי' מוחזק אז בבית ולבסוף דקדוק מכ"ת שרבה ב"ש הי' מוחזק בקרקע באותו שעה משמע ג"כ לחלק בין כשהוא עכשיו מוחזק כשבא לפני ב"ד ובין כשאינו עכשיו כמו שבארתי למעלה א"כ אין חילוק כלל בין דעת רשב"א לדעת ר"ת ולא כן משמע דעת הגהת אשר"י אלא ודאי דעת הרשב"א ודעת התו' הוא לומר דאפי' ר"י מוחזק כשבא לפני ב"ד מ"מ לא הי' מקבלין עדותו וכן משמע מלשון הרשב"א שכ' דאפי' הי' ר"י בתוך הבית ולכך דקדק בתוך הבית ולא כ' מוחזק בבית דומיא דההוא תינוק שבעל השדה עומד בשדה ע"כ והתם הי' מוחזק באותו שעה כשבא לב"ד אע"ג דתקף בעבדיו מ"מ גבי שדה דלא שייך בה לומר שעתה יושב בה דלחרישה וזריעה עומדת מיקרו עכשיו מוחזק הכא נמי ר"י אע"ג דהי' מוחזק עתה מ"מ לא הי' מקבלין עדותו וא"כ חילוק גדול יש בין רשב"א לר"ת

ע"כ כ' לפי דברי ר"ת תנן ההוא ד"פ חזקת הבתים גבי רבה ב"ש וכו' אבל לפי' רשב"א לא יתכן דלדבריו אפ' הי' ר' ירמי' מוחזק באותו שדה לא הי' מהני א"כ קשיא דרבה ב"ש ולכך מסיים מיהו לפרש רשב"א אתי שפיר דרשב"א ותו' מפרשים כרשב"ם דרבה ב"ש אכל שני חזקה בחיי אבוהון לכך הוא מהימן:

עוד יש להוכיח מדברי התו' עצמם כמו שפי' הב"י והב"ח דאלו לא הי' כוונתו אלא להוכיח דאף אם הי' דר בו מתחילה כיון שעכשיו בא לב"ד ואינו דר בו מוציאין מידו אבל באמת אם כשבא לב"ד הי' ר' ירמי' דר בו עדיין והקטן בא לב"ד להוציא מידו אין מוציאין כדעת ריב"א א"כ למה הוכיחו תו' זה מדלא מפליג התם בעל השדה מוחזק בשדה הכא ר' ירמיה לא הי' מוחזק דהא יש לדחות ולומר המ"ל כדאית' הרבה פעמים בש"ס ולא הוכיחו מפשטא דתלמודא מדמתרץ התם גבי תקף בעבדיו לא הי' חזקת אבוה משמע אי הוה לי' חזקת אבוה לא הי' מוציאין מידו אע"ג שהמחזיק הי' מחזיק מתחילה כדמשמע מלשון שאמר ותקף בעבדיו וירד לתוך שדה של חבירו דמשמע שהוציא חבירו אפ"ה לא הי' מוציאין מן הקטן כיון שעכשיו הקטן מחזיק בשדה ולא האחר ולמה להתו' להוכיח את זה מדלא מפליג בשנוי' אחרינא א"ו דעת התו' להוכיח דלא תלי' מידי במוחזק ואף אי הי' ר' ירמי' דר בו באותו שעה אפ"ה הי' מוציאין מידו וזה אינו מוכח מפשטא דתלמודא ותקף בעבדיו והוכיחו מדלא מפליג וכו' ע"כ דקדקו בלשונם וכתבו דלא תלי' בהכי מידי כלומר. וכן נראה להוכיח מלשון התרצן לפי גרסא שלפנינו מי דמי כו' אבל היכא דאית לי' חזקה דאבוה לא, דגרסי אבל היכא דאית לי' וכו' ולא אבל הכא דאית דאי הוה אמר אבל הכא ה"א דדוקא כי הכא דר' ירמי' לא הוה מוחזק באותו שעה ע"כ לא הי' מקבלין עדותו אבל אי הוה דר באותו שעה מקבלין עדותו להכי קאמר אבל היכא ר"ל לאו דוקא בעובדא דר"י אלא כל היכי דאי לי' חזקת אבוה מוציאין מיד המוחזק בין שהי' דר בו בתחילה ובין כשהוא דר בו עכשיו כשבא לב"ד דלא תלי' מידי במוחזק אלא בחזקת אבוה ומעשה דר"י כך הי' וכן משמע קצת מלשון הב"י שהביא הגירסא ה"מ היכא דלית לי' חזקה כו' אבל היכ' דא"ל מוציאין מיד המוחזק אע"ג די"ל דהוא דברי עצמו ושונה לשון התלמוד מ"מ אית לן למימ' דכך היתה הגרסא לפניו אמנם באשר"י גורס התם לית לי' הכא א"ל וכו' ואפשר לומר דריב"א ור"ת גרסו התם והכא ולכך פי' דווקא בעובדא דר"י שלא דר בו עכשיו והתו' ורשב"א גרסו היכא דא"ל ולכך פי' דלאו דווקא בעובדא דר"י אלא אפי' מוחזק עכשיו אין מקבלין עדותו וכן משמע קצת בפסקי תו' שדעת התו' כמו שפי' הב"י והב"ח ודלא כמהרו"ך וכמעכ"ת עתירת חד מן חבריא. **מנחם מענדיל** בהר"ר **אברהם** זל"הה:

ומה שכ' מכ"ת על הב"ח דא"כ לא שבקת חיי לכל ברי' דכל מי שילקח וימות המוכר ויניח בנים קטנים יוציאו מידו השדה לק"מ דרובא דאנשים יש להם שטר מקוים על מה שקנו ואין מוציאין מידו כמבואר סי' ק"י סעי' י"א בשם תשובת הרא"ש:

סימן כד

מורה על נכונה. דין אמת לאמיתו עונה. וכמה עונה. יום ולילה שונה. מלאך ה' סביב חונה. ה"ה האלוף בחכמה לקבל אלפא חמר שתי יין ישן המשומר בענווים שדעת זקנים ממנו נוחה כמה' מענדיל נ"י יצ"ו זאת הברכה לרגליך ולרגל השואבים יצ"ו:

ראשון לציון אמרי מעלתך עם הספר שגרסא מוטעת נזדמנה לפניו בהגה"ת אשר"י וצ"ל לפי גרסת רשב"ם אתי שפיר לא ידעתי אי סליק מע' לעילא שטוען ברי שגרסת רשב"א הוא ט"ס והעיקר הוא גי' רשב"ם ועוד שמוכח שגי' רשב"ם ט"ס דהנה לפי מה שפי' מעלתך דהא דלגירסת הרשב"ם א"ש. משום דהרשב"ם פי' שאכלה שני חזקה בחיי אבוהון ע"כ היה נאמן והנה לא פי' בדבריך הא גם הכי ר"י הי' טוען שהחזיק בחיי אבוהון היינו ג' שנים כסתם חזקה שבכל הש"ס ולא כמ"ש הב"י דמיירי דטען שיש לו עידי קנין וא"כ מה בין ר"י לרבה ב"ש ואף אם נאמר הפי' כמ"ש הב"י שר"י הי' רוצה להביא עידי קנין לא עידי חזקה מ"מ מה בכך למה קבלו עידי רבה ב"ש יותר מעידי ר"י ובוודאי צריך לדחוק דחק גדול שרבה ב"ש היה יודע לעולם ואפשר שגם הב"ד עצמם הי' יודעים שרבה ב"ש אסף הפירות ג' שנים הדין חזקה ולא זזה ידם שא"צ לקבלת עדות כמבואר סי' ק"י במוסר דבריו לב"ד א"צ קבלת עדות דאם הב"ד לא היו יודעים אף שהי' ידוע לרוב העולם מ"מ צריך קבלת עדות דתרי כמאה וא"כ זה הי' דוחק גדול לאוקמי רבה ב"ש בהכי שהב"ד היו יודעים ואיך יקצר בעל הגה"א בדברים קצרים ואנחנו לא ידענו מפי' רשב"ם ואף אם הי' פי' רשב"ם מועתק לפנינו הי' צריך נגר ובר נגר לפרש דבריו והחילוק בין ר"י לרבה ב"ש ששניהם הי' להם עדים ואיך לא ביאר ויותר קשה דאדרבה מפי' רשב"ם משמע שרבה ב"ש הגיד לאביי שהיה הדין שאכלה שני חזקה דאל"כ לא היה לרשב"ם לומר אכלתי שני חזקה אלא אכלה שני חזקה וא"כ משמע מדברי רשב"ם שלא הי' ידוע לב"ד אם לא שנאמר שהי' ב"ד אחר בעיר שהי' ידוע להם וכ"ז דוחק גדול ואפשר שאף אי הי' הב"ד עצמם יודעים אין עד נעשה דיין ודווקא גבי צוואה במוסר דבריו לב"ד ביום בשעה שראוי לדין אך לא גבי מלתא אחריתא ומאוד אני תמה מה ביאר רשב"ם יותר מפשט הגמרא אטו בלא רשב"א לא ידענא שאכלה ג' שנים בחיי האב דאל"כ איך הי' יכול לטעון לקוחה היא ע"כ מאוד אני תמה על מעלתך שרצית לפרש דברי הג"א ולחלק

בחלוקים ע"פ אשר אינם לא כדברי הג"ה ולא כדברי רשב"ם רק חילוק חצוני בין עובדא דר"י ועובדא דרבה ב"ש לא היית צריך להגי' רשב"ם רק להניח גירסת רשב"א ולפרש ג"כ החילוק בין עובדא דר"י ורבה ב"ש מאחר דהצד השוה שביניהם לא זה ולא זה יש בהם רמז תי' וחילוק וכבר ידע מעל' כי אפי' אמורא צריך לפרש דבריו כמבואר ברש"י בגיטין וברשב"ם ערבי פסחים ובחולין ובעירובין ובכל הש"ס מכ"ש פוסק שצריך לפרש כוונתו וכ"ז הייתי סובל אילו הי' חילוק טוב אך לדעתי אין כאן חילוק והתי' דוחק גדול. ועוד לדברי מעל' מה הוכיחו תו' מדלא משני התם הי' מוחזק הכא לא הי' מוחזק שמ"מ גם כאן הי' מוחזק אכתי תיקשי החילוק שאנו צריכין לחלק בין עובדא דרבה ב"ש לעובדא דר"י דהתם לא הי' צריך קבלת עדות דא"כ הכא נמי הכא דאף דהי' לקטן חזקת אבוהי' כההוא דתקף אפ"ה מוציאין דמיירי דתקף לפנינו וכ"ע יודעים שהי' בחזקת האחר כמה שנים והי' תקף בחזקה ודאי והוציאו אז מוציאין מידו כיון שהכל יודעים שדר בו כמה שנים אלא ודאי במחילת מעל' אין לדבריך עיקר ושורש והיותר תימה ראה כמה כתך גדול הנה במעט עיון שרמזו לך לפי' רשב"ם אתי שפיר מיד הבנת וחלקת חילק בין ר"י לרבה ב"ש ורבי' שבכה"ג הרא"ש אף שראה דברי הרשב"ם כמותך עכ"ז הקשה קושיא זו בפ' חזקת הבתים ומוכרח לתרץ באריכות ולעשות סמיכת לדבריו מסברת הלב שכ' דאל"כ לא שבקת חיי הרי בהדיא שלא הבין דברי רשב"ם כמותך גם ידוע שרוב דברי הרא"ש בנוים על דברי התו' וכאן כ' הרא"ש להדיא דאם האחד מוחזק אין כח ביד הקטן להוציא הפך דברי הרשב"א בעל התו' ור"י בעל התירוץ המוזכר בהגה' מרדכי ולא הזכיר דעת' כלל וכן פסקו הטור בפשיטות סי' קמ"ט סעי' נ"ה ולא הזכיר דעת התו' גם הב"י שם כ' זה פשוט ולא זכר כלל דברו הטוב אשר דיבר בסי' כ"ח שהתו' חלוקים ע"ז גם הי' צריך לדחוק ולפרש שטרק גלא לאו דווקא ומעשה שהי' כך הי' וגם לדברי התו' הי' לר' אבין לומר אף אם לא הי' התינוק עושה אנו ב"ד אבוהון של יתומים מחוייבין לפקח בעסקיהן וכן בזה"ז לדברי התו' הי' הב"ד מחוייבי' מיד כשימות איש ויניח בנים קטנים ליקח כל הקרקעות שמכר אביהם אף אם היתומים שותקים ואפשר אף במטלטלין כל דאיתא עדים וראה אף שיש לו עדי קנין הי' מוציאין עד שיגדלו חלילה להעלות כזה על הדעת. והנה אין מהצורך להשיבך על פרטי' שכ' מעל' שרצה להוכיח דלמה כ' הגה"א דלרשב"א אתי שפיר ולא להריב"א הנה תלית הענין בחגורתך ומביא ראי' מדברי עצמו וכבר כתבתי במה שיש בו די דגירסת הרשב"ם אין לה מקום. ומ"ש מעל' דלפי דקדק לשון ר"ת שכ' לא הי' וכו' משמע שדעתו כדעת הרשב"ם כבר כתבתי שהם מחולקים דלרשב"ם ר"י הי' מוחזק והקטן תוקפו ולר"ת מפרש שהקטן לא תפס כלל והוא לא היה

מוחזק לגמרי ואף שסיים גבי רבה ב"ש הי' מוחזק ולפי דבריו הל"ל עדיין מוחזק אין זה דקדוק דידוע ומובן הוא שרבה ב"ש הי' מתחילה מוחזק ועד סוף דהא הקטנים לא תבעו אותו שרק בני המדינה לעזו ממנו:

ומה שרצית להוכיח מדברי התו' עצמם דלמה להם להוכיח מדלא מפליג ולא הוכיחו מגוף דההוא דתקף דמשמע אלו הי' קמן חזקת אבוה דיפה עשה שהוציא אותו א"ו דעת התו' להוכיח, אפי' הי' דר ר"י באותו שעה בבית אפ"ה מוציאין מידו וזה מוכח מדלא מפליג וכו'. מאוד אני תמה על מעל' אשר הגיד לי כי לבך כו' איך טעית ברואה דבשלמא אם ההוא דתקף הי' מעשה שהקטן רוצה ותוקף בדעת ב"ד ודאי הי' התו' מוכיחין שפיר למה לא מפליג שאני התם דבעל השדה עדיין, מוחזק משא"כ נידון דר"י דהתינוק טרק גלי' דר"י הי' המוציא א"ו אין חילוק בין עדיין מוחזק לאינו מוחזק. אך נ"ד דמיירי שהתינוק תפס בעבדיו שלא בידיעת ב"ד וכאן ג"כ התינוק טרק גלי' והי' מוחזק א"כ מה לו לחלק התם עדיין מוחזק שהקטן יוציא ממנו זו לא עלה על דעת התו' לחלק דשאני הכא דר"י לא היה מוחזק בעולם ולא הוציאו ממנו הקטן כלל רק שלא הניחו ובזה שפיר אמרו התו' דהוה מצי לחלק וע"ז אמרו דלא תלי' בהכא אפי' היה ר"י ג"כ בתוך הבית כמו התם רק שהקטן תקפו כמו התם מהני אי עביד דינא לנפשי' במקום דא"ל חזקה ולדעת ר"ת דג"כ התם לא תקפו רק בחיי האב הו' בעל השדה מוחזק ועכשיו בא הקטן ותקף בעבדיו:

סימן כה

נשאלתי בא' שתבע לחבירו סך ק"ן והשיב נ' ידענא ונ' לא ידענא ונ' בוודאי איני חייב לך אם נאמר מאחר דא"י לשבע על נ' דאומר לא ידענא אם ישלם גם ה"נ שאומר ברי שאיני חייב לו ובאמ' ה"ז בעיני מילת' דתמי' מהיכי תיתי לומר דישלם מה שיכול לישבע ורבא לא אמר רק מתוך שאינו יכול לישבע משלם וקרוב בעיני לומר אפי' מה דאמר לא ידענא אם אח"כ אמר נזכרתי וברי לי עתה שאינו חייב נאמן וכמו דגבי שטר פסקו הפוסקים אם בתחלה אמר איני יודע אם הוא פרוע דנאמן לומר אח"כ נזכרתי וכן משמע מהרשב"א בתשובה הביאו ב"י בסי' ס' וכן הוא במרדכי הובא דבריו סי' ע"ה ואף דאפשר לחלק בין שטר לנ"ד מ"מ זה פשוט בעיני על מה שאמר נ' ברי שאיני חייב האיך יעלה על הדעת לחייבו. והנה עלה בדעתי שדין זה א"צ ראי' אך ראיתי בדין גלגול שבועה יש להסתפק במ"ש הטור בשם הרמ"ה דאם טען על הגלגול איני יודע הוי מחוייב לישבע וא"י לישבע ומשלם ואף שגם זה יש לפרש כפשוטו דמשלם מה שאינו יודע דהיינו הגלגול אבל

גוף השבועה במק"ע אך משמעות הלשון שכ' לפני זה אין דנין כך על הגלגול דמשמע שעולה על הדע' מאחר דא"י לישבע על גוף השבועה גם הגלגול צריך לשלם וא"כ היה אפשר לומר דהרמ"ה ס"ל דמשלם הכל אף מה שיכול לישבע וכן ראיתי בסמ"ע סי' ע"ב ס"ק צ"א שכ' ג"כ סברא זו דמגו דאינו יכול לישבע שבועה אחת משלם גם מה שיכול לישבע ובאמת הדברים תמוהים כאשר יראה הרואה בדבריו שם שנדחק בזה ומה מאוד הדברים תמוהים כאשר סיים שם ואם פשע לוי אזי נשבע שמעון עלי' שלא הי' שוה ג' דינרים ומשלם דינר הג' וא"כ לפ"ז קשה למה ישלם הדינר הג' אף אי לא ידעינן אם פשע שמעון דממ"נ מה טען ראובן אם פשע לוי אין לו עליו רק שבועה ודינר א' ואם לא פשע פטור מכל. והנה קודם שאפרש דברי בעה"ת בדין זה אומר דרך כלל שא"א להעלות על הדעת ולומר דנ' לא ידענא יהי' עדיף מהודא' פיו ושני עדים דא"כ יהי' כח לע"א יותר משני עדים דהא הגמרא מדמה נ' לא ידענא לנסכא דר'"א דהא א' רבא כוותי' דר' אבא מסתברא ומייתי ראי' מנ' לא ידענא וא"כ לפי הנ"ל אם חטף ממנו ב' נסכין וע"א מעיד על נסכא א' הוה ג"כ הדין דמתוך שא"י לישבע משלם אף הב' ובעובדא דההוא רעיא מוכח דאף דאיכא ב' עדים דאכל תרי מנייהו הי' נשבע על השאר אם לא שהי' חשוד עוד תימא למה נקט בגמרא נ' ידענא ונ' לא ידענא ולמה לא נקט הך דינא. ועוד בכל שומר שמסר לשומר לא שבקת חיי לכל כו' דהלה ימסור לשומר שוה פרוטה והלה יטעון עליו כל אשר לו ומיהו בזה יש לדחות דכל שטען לא הפקדת ה"ל כטענה אחרת ודווקא בשווי המשכון דהוא גוף א' ועוד למה לא יהפך מה שיכול להפך וישבע מה שיכול לישבע כמבואר סי' צ"ד גם דעת הרמ"ה אפשר לומר שהגלגול לבדו משלם וכן משמע קצת מדברי הסמ"ע דוק שם:

סימן כו

מה שכתב מהר"מ ז"ל בדיני תפיסה

ראשון לציון כבר נפסקת הלכה בהלכה בהגהת הרב בטי"ד שט"ו ס"ל דתקפה כהן מוציאין מידו ודלא כהרמב"ם ואף שהרשב"א בתשובה סי' שי"א מראה פנים לדברי' גם במשמרת הבית דף ס"ו בית ג' חלק ג' משמע דס"ל כוותי' מ"מ כבר כתוב מהרי"א בפסקי' ס' קס"ו דק"ל דתקפה מוציאין מידו כן כ' ומפיו אנו חיין כי הוא ראש האחרונים וכן כ' נ"י בריש ב"מ דמסקינן דתקפה כהן מוציאין מידו דשמעינן מני' דכל ספקא דממונא אי תקף התובע בפנינו או בפני עדים כו' והאריך שם. וכבר כתב מהרי"ק ס' צ"ד קס"א בש' רי' ור"ש משנץ והסמ"ג שפסקו דכל מתחלת דינו המע"ה אפי' תפס מפקינין מני' וכן

פי' בפשיטות בעל ת"ה ס' שכ"א וכ' דאנן קיי"ל כשינוי התו' דלא מהני תפיסה לאחר שנולד הספק וכ' שכן הסכים המר' פ' השואל גם הרב מהר"י בן לב חלק א' ס' ס"ז פסק דתפיסה לאחר שנולד הספק לא מהני לפי רוב הפוסקים אפי' שיטעון ברי מכ"ש בנ"ד שא"י לטעון אלא שמא דהלכה כדברי הגאוני' או כדברי המאור. ובנ"ד כל אפי' שוין זולת הרמב"ם וכ"כ עוד הרב הזה ס' ע"ג הכלל אין צריך להאריך בזה זיל קרי ולא רבותא למחשב גברי אך את זה ראיתי להגאון מהרש"ל לקח לו דרך לעצמו ופ' דכל דבר המסופק ביד התלמוד או ביד הפוסקי' יכול התופס לתפוס דבר המסופק ומהני תפיסה עיין שם פרק כיצד הרגל סימן ה' והנה באשר הרב הזה רב מובהק וקבעו התלמידים הלכה לדורות אמרתי לברר הדברים ולהראות כמעט כל הראשוני' והאחרונים ס"ל דלא כוות' ובאשר שהרב הזה בעצמו כ' אם הדין מכריע מחמת שרבים חולקי' על היחיד או שמסתבר להדיין כסברת היחיד בראיות ברורות אפי' הרבה חולקי' אין התופס יכול לומר קים לי כאידך אלא הדיין מוציא מידו והנה אף שידעתי מיעוט ערכי נגד ערך הרב ז"ל עכ"ז מאחר שהרב נתן רשות להכריע בין הגדולים אמינא מצוה קא עבידנא והנה שני הדרכי' הם כאן שרבי' חולקי' על הרב גם מסתבר טעמיי' דרבינו החולקי' עמו והנה לפי דרך הרב ישתנו הרבה דינ' אשר פסקו הפוסקים לבעלי ש"ע בפשיטות ולדעת הרב יועיל תפיסה ואציע קצת מהם:

הנה בגמרא ב"ב דקל"א איבעיא לרבא בברי היאך ושקיל וטרי למפשט הבעיא וכ' הפוסקים דהבעיא נפשטה דאפי' דברי אמר וכפ' רשב"ם אבל הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ורב האי כתבו דהבעיא לא נפשטא ולא עבדינן בה עובדא והנה לפי דרך הרב אם תפס המקבל זוכה מב' טעמים חדא דיאמר דס"ל כהרבה פוסקים דא"ל דנפשטה הבעיא ואפי' לפי דברי הרמב"ם והחולקים קים לי' כסברא זו מאחר דלא נאמר תיקו. ואפ' הכי פסוק הרמב"ם דאין דבריו קיימים משמע להדיא דאין הדברים קיימים כלל וכן משמע מדברי המ"מ וכן פ' בנ"י להדיא דלא מהני תפיסה כלל וא"כ הדברים ק"ו אפי' להרמב"ם דס"ל דאפי' בפניו מהני תפיסה וכאן נכסי בחזקת יורשים קיימי ואיך פ' הרב דיועיל תפיסה בספיקא דדינא ובאיבעי' דלא איפשטה וכאן שניהם יחד ולא יועיל תפיסה וכן גבי כליו של מוכר ברשות לוקח וכן להיפך כ' הרא"ש ובעיין דלא אפשטא ע"כ קנה בתרוויהו ולדעת הרב יאמר הלוקח ס"ל כסברא זו דקנה וכן בס' רמ"ג גבי זרק ארנקי בפתח זה הוא איבעי' דלא אפשטא ופ' הרא"ש וש"ע דלא נפקה מחזקת מרא קמא מוציאין מיד התופס ולדעת הרב יאמר התופס ס"ל כסברא זו דאין חלוק בין מתגלגל לזורק למה לי להאריך הנה הרב מהרמ"א העתיק דעת הרא"ש ור"י דבספיקא דדינא לא מהני תפיסה

ואם איתא כדעת מהרש"ל אין נפקותא הא אנן בכל פלוגתא דרבוותא קי"ל דאין מוציאין מיד התופס ואם חזר הראשון ותפס גם לדעת הרמב"ם מהני וכמ"ש ס' קל"ח:

ואשיב ידי על דברי הרב מ"ש בראש לחלוק בין תיקו שאסו' לפשוט הבעיא דשם דברי התו' עיקר ובין היכא דלא נפשוט הבעיא הנה אנו רואין להיפך שהרמב"ם והב"י שנמשך אחרי דברי הרמב"ם דפסקו מהני תפיסה ובדין מתגלגל דלא נפשטה האבעי' כן בדין כליו של לוקח. וכן בדין ברי שצוה בכולם לא נפשטה הבעיא ובכולם פסק דלא יכול לתפוס ומוציאין מיד התופס להזוכה גם מ"ש אף מי שאין בידו להכריע ואפי' טעם וסברא אינו יכול להציע מ"מ מאחר שאם הי' ת"ח מופלג והי' יכול להכריע מ"מ מצי לומר קים לי כהך דיעה לתפוס מספק כמה לא מעליא הא שמעתא מי איכא מידי דאנן לא ידעינן והתופס יאמר ק"ל כהך ומה שפי' בדברי הרא"ש דכל כמה דלא דמי לס' בכור לא מהני תפיסה הנה הרא"ש וכל מפרשי דבריו נקטו בלשונם טענת ברי ומי הוא הנביא שיפרש דטענת קים לי הוי ברי למי הכריח לחלק על ת"ה בחנם וכבר כתב עליו באו"ה שלו שהוא הגדול שבאחרונים וכן מהרי"ן לב כמ"ש לעיל גם כל הפוסקים כללי דכל שתחלת' דינו המע"ה אין כאן תפיסה וכ"כ הריב"ש ס' ק"ס בש' הרמב"ן דאין תפיסה מועלת רק כשהספק מחמת הכחשה אבל בספק מחמת הדין כגון תיקו בש"ס כיון שדינו קולא לנתבע כו' וידוע בכל פלוגתא דינו קולא לנתבע:

עוד כ' הרב תדע דהא מסיק במרדכי בשם ר"ש בר' ברוך וכו' והנה מאוד אני תמה על הרב הזה אם דעת רשב"ב הי' בכל התלמוד בפלוגתא דרבוותא תועיל תפיסה מאי בעי הכא ולמה ישתנה הדין כאן א"ו דווקא פסק כן וכמ"ש מהרי"ק ז"ל די"ל בלא"ה כרש"י רק דלא רצה להכריע נגד ר"ת רק בתפס ואף שמהרי"ק פ' דכן אפשר נראה בעיני שהוא פשוט ובד"מ ראיתי שהשמיט תיבת אפשר והנה הרב רצה להכריח מדברי המרדכי שמחלק בין תיקו לפלוגתא דרבוותא ואדרבה מדברי המר' מוכח להפך דהא גם תרי ותרי ה"ק המר' למה לא תועיל תפיסה והא קי"ל תקפו כהן מוציאין מידו ותירץ לפי שהוא טוען ברי שחייב לי משמע להדיא דווקא ברי הא אם מצא שט' בין שטרותיו לא מהני ולדברי מהרש"ל הי' יכול לחלוק דתרי ותרי הוי כעין פלוג' דרבוותא ויכול לומר קי' לי כתרי ואדרבה תרי ותרי עדיף כמבו' בנ"י פ"ק דמציע' וכדברי הרשב"א במקום זה כמו שהעתק גם לשאר מקומות מנדונית חתנים המדקדק יראה דדווקא בטענת ברי כמו שמסיים בדבריו וא"כ דבר פשוט שיש לקק בלוניא כמה טענות ואמתלאות לטעון טענת ברי רק שמביא דברי רשב"ב לרא' דאפי' בטענה רעוע דקים לי כרש"י יועיל לפרקים

תפיסה מכ"ש בטענת ברי ועיקר דבריו סמך על הת' דלהתו' דמהני תפיסה בברי אחר שנולד הספק:

גם מ"ש הרב דיפתח בדורו וכו' הנה הריב"ש וכמה גדולים כ' על הראשונים דאם הי' כנביאים אנו כאנשים ולא רצו להכריע והוא חולק על כל הגדולים ורוצה להכריע וכמה פעמים כתב הרמב"ן להרשב"א אף שאין דעתו מסכמת לדברי הראשונים מ"מ אנו כופפים ראשינו לדבריהם וא"כ מי הוא בדור הזה שיכריע מאי דלא הופשט לראשונים ומכ"ש לבעלי התלמוד ויפה כ' מהרי"ק שיש לחלק בין פלוגתא דקדמאי דודאי אין בדור הזה שיכרי' בניה' ובין פלוגת' דבתראי דאפשר שז' יש בידינו להכריע ואפי' לחלק עליה' הרשו' בידינו ומעש' בכל יום:

נחזור לענין ולתמוה על מה שכ' המרש"ל לומר שכל הספיקו' שגמ' יכול לתפוס מאחר שאפשר להכריע ומכ"ש מחלוקת הגאונים והפוסקים ואני כבר הראיתי לדעת שכל מה שנסתפקו להגאונים מוציאין מיד התופס אפי' תפס בהתר אבל לפרקי' היכא דנסתפק הדבר ביד הדיין ודעתו נוטה לצד ה' אפשר לומר דאי תפס לא מפקינן מני' וגם זה אפשר לומר דווקא דתפס בהיתר וכן מ"ש מהרמ"א בסי' ת"ב דמספיקא לא מפקינן ממונא ג"כ מיירי דאף אם תפס הלוה בהיתר מפקינן וכן משמע מדברי המרדכי. ונראה להביא ראי' דהא אבק ריבית אינה יוצאה בדיינים ואע"פ שהלוה תפס המעות אמרינן בגמרא כל סילוק בלא זוזי אפיק הוא ש"מ דאף אם תפס בהתיר אם הי' מוחזק המעות בידו הוי כעין הוצאות ממון:

נחזור לעיקר הדין הנה בגמרא איפליגו תנאי אי לוי מיקרי עם ופסק ר"ב מחמת ספק אין מוציאין והרמב"ם פסק דף הכהן מלוי לא יחזיר ותמה הר"ן דהא קיי"ל דתקפו כהן מוציאין מידו ומאי קושיא שאני הכא דיכול התופס לומר קים לי כהאי תנא אלא ודאי פשוט לו להר"ן דאין חילוק וכן סתם בלשונו שכך הדין בתופס ממון שהוא מסופק מצד הדין דמוציאין מידו גם הרשב"א במשמרת הבית לא רצה לחלוק חילוק זה דקים לי כהאי תנא ש"מ דכל הפוסקים לא ס"ל חילוק זה ועוד מצאתי ראי' ברורה לקמן ס' קט"ו פסק מהרמ"א בתחלת הסי' דהלכתא תקפו כהן מוציאין מידו ומונה והולך כמה ספיקות ספק בכור ואנדרוגינס וכ' בב"י דדין זה הוא פלוגתא דרבוותא ולדברי הרב מהרש"ל הי' לו להרמ"א להג' דבספק זה אין מוציאין מיד התופס דיכול לומר קים לי אלא ודאי דכל שהדין מהסופק לנו גם התופס אינו יכול לומר קים לי וכן משמע מדברי הב"ח שהחלק ג"כ בי"ד גבי מתנות כהונה שאין מוציאין מיד הלוי:

סימן כז

העתק כלל דיני תפיסה מהרב הגאון מהרו"ך ז"ל אשר נשמט מספרו סמ"ע סימן כ"ה כאשר הורה בעצמו עליו סעיף קטן י"ז:

זה לשון הרא"ש פ"ק דב"מ דף קכ"ח ע"ד דלעולם אימא לך תקפו כהן מספיקא בכור שתקפו כהן מוציאין אותו מידו פי' דתפיסה לא מהני אלא למ"ד שטען ברי אבל ה הכהן הזה אפי' אחר שתפס אין לו אלא שמא הילכך מפקינן מיני' דמוקמי לי' בחזקת מרא קמא והכי א"ר נחמן גבי חודש העיבור דאוקמי קרקע בחזקת בעלי' ואע"ג דתפס השוכר ולא מהני תפיסה מספיקא וכו'. כללא דמילתא לטענת ברי מהני תפיסה דכיון שהוא טוען ברי ומוחזק בה אין לנו כח להוציא מידו אבל מי שהוא מספק בדבר אם הוא שלו אם לאו לא מהני תפיסתו לאפוקי מחזקת מרא קמא עכ"ל. ובריש כיצד הרגל כ' וז"ל ומיהו תימא על הרי"ף ז"ל למה לא הביא הך בעיא דרבא יש העדאה לצרורות לרביע נזק וסלקא בתיקו ואפשר דסבר דאין נפקותא בהך בעיא משום דלא מצינו בבבל צרורות דביעוט העדאה לצרורות לרביע נזק וסלקא בתיקו ואפשר דסבר דאין נפקותא בהך בעיא משום דלא מצינו בבבל צרורות דביעוט הוה משונה וקנסא הוא אא"כ תפס וכי תפס לא מפקינן מיני' עד דמשלם חצי נזק כיון דעלתה בתיקו והוא מוחזק הילכך אין נפקותא בבעיא זו דבלא תפיסה לא דיינינן ואי תפס גובה חצי נזק מיהו תימא כיון דספיקא דדינא הוא מאי מהני תפיסה כיון דלא איפשט הבעיא אוקי ממונא בחזקת מרא ושלא כדין תפס ודמי לספק בכור דפ"ק דב"מ דאם תפס מוציאין מידו כיון דאין לו אלא טענת ספק לא מהני תפיסה וכן נוטה דעת בעל התוס' בפ"ב דכתובות הילכך נראה דאם ביעטה והתיזה אפי' אי תפס לא גבי רביע נזק ואידך מפקינן מיני' עכ"ל. מבואר מדבריו דכל היכא שאין הספק מחמת טענותיהם כלומר שאין התובע טוען ברי לא מהני תפיסתו ולכן גבי ספק בכור וכל כיוצא בו שהמתפיס עצמו מסופק אם הדין עמו אם לאו בזה לא מהני תפיסה וכמ"ש בסמוך ומ"ש בשם התו' הוא שם דף כ' גבי שנים חתומים על השטר ואתו שנים ואמרו ידענו כתב ידם הוא אבל אנוסים הי' כו' וכת"י הראשונים יוצא ממקום אחר ואר"נ אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מרי' ע"ז כתבו ז"ל פ"ה לא מגבי' ולא קרעינן לי' ונ"מ אי תפס לא מפקינן מיני' וק' דאמרי' בפ"ק דב"מ גבי תקפו כהן מוציאין מידו וי"ל דשאני גבי בכור שכהן עצמו טוען ספק אבל הכא שטוען ברי מהני תפיסתו. ועוד כתב הרא"ש תפיסה מהני והוא שתפס ברשות וכמ"ש הרא"ש פ"ק דבכורות וז"ל אם תקפו כהן מוציאין מידו אלא כשתקפו אבל נתנוהו לו בעלים הדר הוי להו כהן בעלים ובעלים הוי להו הממע"ה כדתנן וכו' והכי אמרינן

בכל ספיקא גבי כור בלמ"ד סאה בסלע אני מוכר לך ראשון ראשון דמספקא לן אי תפס ל' ראשון אי תפס לשון אחרון ומשום דתפס קנה וכן בפ' השוכר את האומנין השוכר ספינה וטבעה בחצי דרך ר' נתן אומר אם נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן משום דספיקא הוא ולא מפקינן ממונא ממאן דתפס הואיל ותפס ברשות עכ"ל וז' הנימוקי יוסף בפ"ק דב"מ דף ס"ז ע"א בשמעתא דתקפו כהן דף ו' ע"ב שמעינן מהא דכל ספק ממונא דקי"ל דהוא קולא לנתבע וחומרא לתובע אי תקפו בפנינו או בפני עדים מפקינן מיני' דאוקי ממונא בחזקת מרא קמא ותקיפה לא מהני ומיהו היכא דספיקא דממונא אתי מחמת טענות של בעלי דבר שהם מכחישין זא"ז ולא נתברר לנו האמת בכה"ג אי תפס שלא בעדים מהני לי' תפיסה במיגו דאי בעי א' להד"ם אבל היכא שהספק מחמת הדין עצמו לא מהני תפיסה אפי' שלא בעדים דהא ליכא למימר מגו והיינו דווקא היכא דאיכא ספיקא דהוי קולא לנתבע וחומרא לתובע אבל ספיקא דממונא שאין אחד מהם מוחזק יותר מחבירו אם תפס אחד מהן אין מוציאין מידו והאריך שם בפרטי דינים ולבסוף מסיק וכ' ז"ל אמר המחבר כללא דספיקא הוא כי יש שני מינים הא' היכי שמוחזק א' יותר מחבירו דק"ל קולא לנתבע המין השני שאין א' מהם מוחזק יותר מחבירו במין הא' שא' מוחזק יותר יש ב' חלוקים הא' כשהספק הוא מחמת הדין בעצמו כגון כור בלמ"ד סאה בסלע וספק בכור וכיוצא בהם. הב' כשהספק מחמת טענותיהם כגון זה אומר שלי הוא וזה אומר שלי הוא. כשהספק הוא מחמת הדין בעצמו ותובע תפס אי מפקינן מיני' תלוי בד' תנאים במילתא דלא עבידא לגלוי ושלא יהא תרי ותרי ושלא יהא ברשות ושיהי' מטלטלים שאם איכא תרי ותרי לא מפקינן מיני' דבכל תרי מינייהו סמכינן בוודאי ואינו בדין שנוציא ממון מרשות התופס כיון שב' עדים מעידי' כדבריו ומוכח בפ' האשה שנתארמלה דאף בענין איסור הדין כן דלא אוקי תרי להדי תרי ואוקי מילתא אחזקתי' וכדמוכח בההוא דינאי המלך בקידושין פ' האומר וכן נמי עבידא לגלוי לא מפקינן מיני' משום אטרוחי בי דינא וכן אם הוא ברשות ובמטלטלי לא מפקינן מיני' כי ההוא דלמ"ד סאה בסלע אבל בקרקע אפי' ברשות מפקינן מיני' ובכל אלה אין חילוק בין אי תפס בעדים לתפס שלא בעדים אבל כשהספק מצד טענותיהם יש חילוק בין אי תפס בעדים לתפס שלא בעדים דשלא בפני עדים איכא מגו וכשאין א' מוחזק יותר אלא יש לשניהם בשוה כשנים אוחזין בטלית אם קדם א' ותפס מחבירו והלה צווח מעיקרא מפקינן מיני' שתק ולבסוף צווח לא מפקינן מיני' ואם אין ביד שום אחד מהם אי קדם אחד ותפס בין בעדים בין שלא בעדים לא מפקינן מיני' עכ"ל. ונראה דאע"פ דגבי תרי ותרי הנ"ל ובפ"ב דכתובות נראין דברי הר"ן (הנ"י) שלא כדברי התו' והרא"ש ז"ל שהרי

מכח קושיא דתרי ותרי הקשו התו' וחלקו בחילוקים אחרים ולא חלקו בין תפיסה דתרי ותרי לתפיסה דגבי שאר ספיקות מיהו בכל הנך שכ' הר"ן (הנ"י) נראין דשווין הן גם כתב הרא"ש זו. כלל העולה דכל היכא דאיכא מיגו בתפיסתו ודאי מהני תפיסה כדקי"ל בכל התורה דמהני מגו ומאמינין לכל אדם והוא החילוק שבין ספיקא דדינא לספיקא דטענות אי תפס שלא בעדי' יש לו מיגו דהא יכול לומר להד"ם להכי נאמן נמי על מה שטוען ברי לי שזה הוא שלי או שזה חייב לי כך וכך. וז"ש רבינו בסי' ע"ב גבי משכון זה אומר כך וזה אומר כך הלוויתיך עליו וז"א לא כי אלא פקדון הוא בידיך דנאמן התופס לטעון עליו עד כדי דמיו היכא דליכא עדים או ראו עתה בידו וכ"כ סי' צ' וסי' רצ"ד ע"ש אבל בספיקא דדינא אפי' תפס שלא בעדים ליכא למימר שום מיגו דהא לא טען טענת ברי שהוא אינו יודע מה הוא הדין ולא שייך לומר אי בעי הוה טעון כך ולהכי לא מהני תפיסתו ומעמידין הממון בחזקת מרא קמא והוא מה שכ' הרא"ש ז"ל וכשאין טענתו ברי כלומר בספיקא דדינא ל"מ תפיסתו. ומעתה נבוא אל הביאור דברי רבינו הטור הנה מ"ש בריש סי' ש"ץ כשכשה באמתה מיבעיא וכו' ור"י פי' כיון דספיקא דדינא הוא לא מהני תפיסה וכן כ' אח"כ גבי ביעטה והתיזה צרורות וכו' ולדעת ר"י שאין מועיל התפיסה כו' אע"פ דלא מצינו בהדיא כתוב גבי כשכשה באמת' בשם ר"י דלא מהני תפיסה מ"מ שפיר כ' רבינו ור"י פי' כו' כיון דאביו הרא"ש הביאו על הני דינים דנזיקין הנ"ל דברי הר"י דפ"ב דכתובות דמוכח מיני' דלא מהני תפיסה בכה"ג וכנ"ל אך מ"ש בסי' שפ"ח גבי זרק כיס לים וטען חבירו שהוא מלא מעות ז"ל וכ' הרמב"ם ואם תפס אח"כ אין מוציאין מידו וא"א ז"ל כתב כיון דספיקא דדינא הוא אין מועיל בה תפיסה ג"כ קשה להבין דלמה הוא ספיקא דדינא נהי נמי שמה שזרק לים ס"ל הי' מסופק אם דרך אינשי ליתן בכיס מעות מ"מ הא זה טוען ברי לי שהי' בכיס מעות והזקתני כך וכך ואמאי לא מהני תפיסתו הא כו' התוס' והרא"ש והר"ן בהדיא דבספיקא דטענות מהני תפיסה כיון שזה טוען ברי וכן ק' מ"ש אח"כ סעיף ד' בדין מסור דלהרמב"ם אי תפיס נשבע ונוטל ולהרא"ש ל"מ תפיסה כיון דספיקא דדינא הוא למה קראו ספיקא דדינא הלא דין ברור שמסור חייב לשלם מה שהזיק ואין כאן ספק אלא נאמן על טענתו בשבועה שהוא טוען כך וכך הזקתני וזה מקרי ספיקא דטענה. ולכן נלענ"ד דע"כ איירי בניזק ומסור דתפוס בעדים דאי לא תפסו בעדים מאי איריא להרמב"ם דמהני תפיסה בניזק ומסור והלא ידוע שהזיקו או מסרו רק שמחולקים בכמה ואפי' אין ידוע שמסרו או הזיקו כלל מ"מ נאמן במיגו דלהד"ם או החזרתי במה שטען שהזיקו א"ו מיירי דתפסו בעדים ולא הוצרך לפרשו דסתם תפיסה פי' כך כשתפסו ממה שהוא ידוע בעדים שהוא

של חבירו וכיון דליכא מגו הממון שתפס ברשות בעליו אלא להרמב"ם ס"ל כיון שזה הזיקו ומסרו בעדים אלא שמחולקים במסור בכמה ובהיזקו אי דרך לאנוחי בסל מעות א"כ נאמן הניזק בטענותיו ובשבועתו וכיון שתפס ממון המזיק והמסור לידו ויש ספק בדין אי נאמין לו אין מוציאין מידו ונשבע על טענתו ומאמינים לי' בשבועתו ולהרא"ש ס"ל כיון שאין כאן אלא ספיקא דדינא לא מחשבינן התפיסה לכלום ומ"ש רבינו כן בשם הרא"ש אע"ג דלא מצינו שדבר הרא"ש בו לשון כזה נראה פי' דהכל עולה בקנה אחד דהטעם דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא הוא משום דליכא מגו כמ"ש הרא"ש בעצמו והוא הטעם בזה דגם בכאן אינו אלא ספיקא דדינא אם נאמין לו וחייב המזיק והמסור וליכא מיגו ולכך פשוט לרבינו דלדעת הרא"ש ל"מ תפיסתו בכה"ג ונוכל לומר דבכל מקום שהוזכר תפיסה סתם משמעותו שתפס בעדים ואפ"ה ס"ל לרמב"ם דמהני תפיסה אפי' לית לי' מגו היכא דאיכא עדים שזה היה שלו או כיוצא בדבר וכמו שנתבאר סי' צ' וסי' קל"ח איך שלהרא"ש ל"מ תפיסה אי תפס בעדים אפי' בספיקא דטענת בספיקא דדינא אפי' שלא בעדים לא מהני תפיסתו ודו"ק. ומה שכ' רבינו בסי' שס"ב גבי מכרה גוי לישראל אחר שהשביחו מבע"י השבח למי ולפיכך אי תפס נגזל לא מפקינן מיני' אע"ג דהיא ג"כ ספיקא דדינא ואין התובע טוען ברי ר"ל דס"ל לרבינו כיון שעכ"פ צריך להחזיר לנגזל גזילתו דהא מיירי שם דלא אשתני מחמת שבח וגם מיירי לפני יאוש ואפי' שבח שעלי' הכל של נגזל דהא ברשותו אשבח וכמ"ש בסי' שנ"ד אלא שמפני תקנת השבים תקנו שיהי' השבח של גזלן וא"כ כיון דעד השתא הי' ביד גוי ולא שייך בי' תקנת השבי' ונמצא שעדיין לא יצאה מרשות הנגזל וברשותו השביחה ועכשיו בא הלוקח מן הגוי זה להוציא ממנו ולית ליה טענת ברי אע"ג דגם לו אין טענת ברי מ"מ תפיסתו מהני וכאלו לא יצאה עדיין מרשותו דמיא:

ונראה דזה ג"כ הטעם לעיל סי' ק"ן סעיף י"ג גבי בקש למכור שדה במאה והי' מוצא למכור במאה ולא טרח והלך ומכר במאתים איבעי' לן כיון דהי' יכול למכור במאה ומכר במאתים לא ניחא לי' קרקע זו והוי כמוכר שדה מפני רעתה והדין דאפי' עייל ונפיק אזוזי אין א' מהם יכול לחזור וכו' או דילמא כיון שאין ניכר דעת בעל השדה ל"א דמכ' מפני רעתה ומה דעייל ונפיק אזוזי הוא ועדיין לא גמר ומקנה יכול לחזור בו ולא איפשטא וכ' הרמב"ם דאי תפס המוכר במקח שמכר כנגד המעות שנשארו ביד הלוקח אין מוציאין מידו וכן כ' רבינו סתם דעת הרמב"ם אע"ג דזה נמי ספיקא דדינא וקי"ל לרבינו דלא מהני תפיסה אלא ודאי כמ"ש דכיון דקרקע מוחזקת שהיא של המוכר אך שמכרה ומספקא לן

אי כבר גמר ומקנה או לא בכל כה"ג כיון דלא ברור לן שלא מרשותו ודאי מהני תפיסה דהתפיסה מחזקת ומוקמ' לממונ' ברשותו דמר' קמא דומי' דגזלן דהכי:

ועוד נראה דהתם לק"מ דהא כ' הרמב"ם ותפס המוכר המקח שמכר וכו' אבל אי תפס מידי אחרינא לא ותפיסה במה שהיתה שלו ודאי מהני לכ"ע כיון דעדיין לא יצא הדבר מרשותו אלא ע"כ שאין זה דקדוק שא"כ קשה לדעת הרמב"ם דס"ל דתפיסה מהני בכל מקום למה כ' דתפוס ממקח שמכר הא אפי' מידי אחרינא נמי וצ"ע ומה שכ' רבינו בסי' ד' גבי כור בל' סאה וכו' דמבעיא ולא איפשטא בתר איזה לשון אזלינן ופ' רבינו דמהני תפיסת הלוקח במה שבא לידו אע"ג דהוי אפוקי ממונא מחזקת מרא קמי' כבר כתבתי בשם הר"ן דפשיטא דמהני תפיסה כיון שברשות תפס שהרי המוכר עצמו מודה לו בזה ותפיסה ברשות גבי מטלטלי מהני:

ומה שכתב רבינו בסי' ר"ב גבי הקנה קרקעות לאחד ולשני מטלטלין אגבי' דמבעיא ולא אפשטא וכ' בש' הרמב"ם דמהני תפיסה אחר שחזר המקנה אין מוציאין מידו אע"ג דגם שם הוי ספיקא דדינא ותפיסה להוציא קרקע מחזקת בעלי' לק"מ דהא זה המוכר ע"כ הוי דעתו מתחילה שקנה זה קרקע וזה מטלטלין והוציא זה מטלטלין מרשותו ולא רצה בהם כלל אי הי' זה הקונה תפס אותם קודם שחזר המוכר בודאי פשוט הי' ששוב אין המוכר יכול לחזור דקני לי' זה בתורת משיכה או תפיסה לרשות' להכי השתא נמי נהי שעתה כבר חזר המקנה מ"מ כיון שדעתו מתחילה הי' להקנות לזה אגב קרקע אלא שמספקא לן אי קנה בכה"ג להכי אהני לי' תפיסתו של זה להקנותו בתפיסה זו כדין קנוי' מטלטלין אף שזה כבר חזר בו מ"מ הא אפשר דאף אם רצה לחזור אין יכול לחזור כיון שכבר הקנה לו בתורת אגב:

ומה שכתב רבינו בסי' רמ"ח בדין ש"מ שאמר כל נכסיי לפלוני דקנה כל המטלטלין ומבעי' לן אי קנה ס"ת או לא ועלתה בתיקו ואפ"ה פ' רבינו אי תפס לא מפקינן מיני' לק"מ דהכי כיון שזה הש"מ מוציא כל המטלטלין מרשותו שנתנום לזה שזה יתפוס בהם אלא שבאו שאר היורשים אין זה בכלל מהני תפיסתו דהא גם היורשים אינם מוחזקים בממון זה והוי כאלו אין שום אחד מהם מוחזק בדבר וכל א' אומר שלי דאמרינן דכל דקדם ותפס מהני תפיסתו, אפי' תפס בעדי וכנ"ל בשם הר"ן. אך ז"א דהא דין זה כתבו הטור גם במתנת ברי בקנין והרי הנותן עצמו עומד ואומר עדיין לא הוצאתי' מרשותי. וצ"ל דכיון דנתן לו הכל והרשה לו לקחת ויש להסתפק אי ס"ת בכלל והנותן עצמו אינו יכול לטעון ברי שאיננו בכלל נכסיו מש"ה אי קדים ותפס המקבל ה"ל כאילו תפיס ברשותו כנ"ל גבי כור בל' סאה בסלע דמהני תפיסתו. ומה שכ' רבינו ס"ס שי"ב גבי

עלי' ונפחת התחתונה דאבעיא לן אי ירד לדור למטה בבית או ידור בעלי' ולא איפשטא. וכ' שם ואם דר בבית אין מוציאין מידו השכירות של בית היינו משום דהתם לא שייך אוקי ממונא בחזקת מרא קמא שהרי גם המשכיר מודה עכ"פ שיש לזה לדור בביתו אלא שמחולקים אי צריך לעלות לעלי' עליונה לדור או לא לכך מהני התם תפיסה תדע לך שבאותו סי' עצמו כתב רבינו גבי י"ב דינרים לשנה דינר לחודש דמספקא לן אי תפיס לשון ראשון או אחרון ופסק דלא מהני תפיסה וצריך לחלק בכך וכמ"ש שם בפנים ע"ש ודו"ק ועיין בת"ה סי' שכ"א שכ' שם דין תפיסה בספיקא דדינא והאריך להביא שם כמה ענינים ע"ש:

סליק