שו״ת · אחרונים · בית אפרים

בית אפרים חושן משפט

רבי אפרים זלמן מרגליות

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

בית אפרים חושן משפט

רבי אפרים זלמן מרגליות

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/בית-אפרים-חושן-משפט/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611151759 של הספרייה.

תוכן העניינים

שאלה א 23
שאלה ב 26
שאלה ג 35
שאלה ד 40
שאלה ה 55
שאלה ו 68
שאלה ז 108
שאלה ח 119
שאלה ט 143
שאלה י 172
שאלה יא 178
שאלה יב 191
שאלה יג 193
שאלה יד 197
שאלה טו 201
שאלה טז 213
שאלה יז 215
שאלה יח 218
שאלה יט 220
שאלה כ 221
שאלה כא 235
שאלה כב 252
שאלה כג 256
שאלה כה 262
שאלה כו 270
שאלה כז 286
שאלה כח 333
שאלה כט 367
שאלה ל 378
שאלה לא 385
שאלה לב 392
שאלה לג 396
שאלה לד 403
שאלה לה 411
שאלה לו 427
שאלה לז 431
שאלה לח 438
שאלה לט 444
שאלה מ 454
שאלה מא 456
שאלה מב 468
שאלה מג 473
שאלה מד 487
שאלה מה 498
שאלה מו 500
שאלה מז 503
שאלה מח 512
שאלה מט 518
שאלה נ 523
שאלה נא 525
שאלה נב 528
שאלה נג 533
שאלה נד 535
שאלה נה 544
שאלה נו 547
שאלה נז 552
שאלה נח 555
שאלה נט 557
שאלה ס 561
שאלה סא 589
שאלה סב 595
שאלה סג 602

שאלה סד 605
שאלה סה 609
שאלה סו 617
שאלה סז 627
שאלה סח 639
שאלה סט 646
שאלה ע 649
שאלה עא 652
שאלה עב 653
שאלה עג 661
שאלה עד 665
שאלה עה 671
שאלה עו 674
שאלה עז 676
שאלה עח 677
שאלה עט 678

הקדמה אמר אפרים אהללה את אלהי אשירה אתה אמרת אברא ארץ אמתח אוהל אכונן אור אאזור את אדרתי אבהיק את אדמה אמלא ארץ אורה אפס אמר אחר אשר אנכי אחזה אויבי אדני אנשי און איך אגיה אורי אליהם אין איש אבני אדמה אשר אתוודע אליו אהבת איתן אט אליו אוכיל אותו אסבלנו אור אדיר אמיץ אך אגנוז אותו אל אוצרי אוציא אותו אל אנשי אמנה אחרי אשר אחיה אטומי אדמה אשמע אנקת אסור ארץ אופיל אליהם אפשיט אורי אעדין אותם ארפאם ארצה אכבד אותם. אולם אני אל אל אדבר אותו אדרוש אכריע אליו אפים אלי ואנוהו אלהי אבי ארוממנהו ארחיב ארשי אמלאנו אף אני אהודנו אשר אמר אברא אדם אליו אזיל אמרתי אולם אמר אני אמרתי אלהים אם אקצוף אפאיהם אשבית' אנוש אם אהיה אכזרי אשפוט אותם ארדוף אשיג אחלק איש איש אמדוד אותו אוולתו אמחץ אכלה אותם אך אשתף ארך אפי את אשר אאהב אותו אוכיח אתחסד אל אשר אחון אשר ארחם. וכן אמרו חז"ל בראשית ברא אלהים שבתחלה עלה במחשבתו לבראו במדת הדין וראה שאין העולם מתקיים והקדים מדת הרחמים ושתפו למדת הדין והיינו דכתיב ביום עשות ה' אלהים ארץ ושמים. והענין מובן על פי מ"ש בצל"ח פסחים דף מ"ט בשם הרב המפורסם מוהר"ר אפרים רישר ז"ל בהא דאמרינן בפסחים דף נו"ן בעוה"ז על בשורות טובות הטוב והמטיב על בשורות רעות דיין האמת לעולם הבא כולו הטוב והמטיב ופירוש שהוא ע"ד אודך ה' כי אנפת בי שאפילו הפורעניות אינה רעה אבל טובה להכניע יצרו הרע כו' אלא שהאדם אינו מבין כמו החולה שעושין תחבושת של יסורין השוטה צועק להסירו והחכם מקבל בשמחה כו'. ולכן בעוה"ז על הרעה אומר דיין אמת שלפי דעתו הוא מצד מדה"ד ולעוה"ב כולו הטוב והמטיב שיראה למפרע שהכל מדת טובו יתברך ע"ש והבאתי הדברים בקונטרס מספד רב וכתבתי שמטעם זה לא נזכר עונש הרוחני בתורה שהוא רע ומר בתכלית. משא"כ עונש הגשמי שהוא כדי לפשפש במעשיו ויחזור בו וא"כ עיני ה' מראשית להטיב באחריתו. (ושוב מצאתי דברי הרב ז"ל בספר עוללות אפרים מאמר כ"א ע"ש בנעימות אמריו) ע"ש ומטעם זה כל העונש בהשגחה הוא בא במדה כנגד מדה שע"י העונש ירגיש אשר חטא על הנפש והעונש הזה הוא תקנתו וטובתו ולכן בא לפעמים נבואת הנביא על העונש בדרך שליחות אף שהנבואה שע"י שליחות אינו רק בנבואה לטובה כאשר פירשו ז"ל במ"ש ישעיה את מי אשלח כו':

ועד"ז פירשתי בפרשת שמות מה שאמר משה למה הרעות כו' ופירש"י וא"ת מה איכפת לך קובל אני על מה ששלחתני שלכאורה הוא תמוה. ולפי מ"ש נדרש כמין חומר על טעות מה איכפת לך שמסתמא הם ראוים לעונש ע"ז אמר קובל אני על מה ששלחתני

שלא היה לנבואה זו לבא בדרך שליחות והשיב לו עתה תראה כו'. וכן כל נבואה לרעה אם היא לתכלית טוב שיהיה נרגש ויעשה תשובה או דלשקול למטרפסיה בעוה"ז כמ"ש דוד המע"ה ולא תורידי שיבתי בדם שאול יכולה היא להיות בדרך שליחות משא"כ עונש הסתרת פנים היא רעה בתכלית שמה שהגיע עליו מעונשין המקריים אין בו די נקיון מעונותיו כמלך שכעס על עבדו וגרשו מעל פניו וכל מוצאיו הכוהו פצעוהו שאע"פ שהוא לקח כפליים ככל חטאתיו אעפ"כ לא עלתה לו לשכך חמת המלך מעליו משא"כ כשהעונש בהשגחה הוא מנוקה מעון ע"י העונש והמופת ע"ז שהעונש בהשגחה כשהוא בא שלא כדרך טבע העולם. ועד"ז פירוש הגאון מוהר"ר יהונתן ז"ל מ"ש בברכות מזמור לדוד בברחו כו' סתם ברא חייס על אבא כו'. וכיון שזה אינו חס ע"כ שהוא עונש בהשגחה והוא טובה לו לטהרו מחטאו והן צדיק בארץ ודפח"ח:

ועד"ז פירשתי בפרשת קרח בזאת תדעון כי ה' שלחני לעשות כו' אם בריאה יברא ה'. ור"ל כשהוא שלא בטבע אז הוא בהשגחה ואם כן הוא בא לטובה ויש בו נבואה על ידי שליחות משא"כ אם יהיה בטבע שקרוב הדבר שהיא על ידי הסתרת פנים שהוא רע בתכלית לא ה' שלחני ואינה רק בדרך הליכה) וכמ"ש ישעיה הנני שלחני והיינו רק לטובה. והשיב לו הקדוש ברוך הוא לך ואמרת השמן כו'. כי כשהחוטא אינו שב מרעתו על ידי העונש היא רעה בתכלית) וגם פירשתי בזה בפרשת חוקת במה שאמר הכתוב ולו גוועו בגוע אחינו שנעשו חוץ לטבע ולכן הם לפני ה' ולא נדחו ממחיצתם מאחר שקיבלו עונשם ולמה העלתנו אל המדבר הרע כו' שהיא ציה ועיף בלי מים מצד הטבע ואנו מקבלים עונש שעון עצמו אינו נמחק למות שם רצה לומר לעולם הבא אנחנו ובעירנו כבהמות נדמו היורדת למטה לארץ. וגם פירשתי בענין זה הכתוב בזכריה רני ושמחה בת ציון כי הנני בא כו' וידעת כי ה' צבאות שלחני אליך והמשכת הכתובים בדברים נאותים לעינים וקצרתי כאן:

סוף דבר הכל נשמע כי על הרוב אין דבר רע יורד מן השמים להיות רע גמור ועיקרו אינו בא מתחלתו אלא לעורר האדם ולהקיצו לאמר מה לך נרדם ועל דרך שאמרו בברכות אם רואה אדם שיסורין באים עליו יפשפש במעשיו. ולפי מ"ש י"ל שיתן לב ביסורים אילו להבין מתוכם מה חטאו שמסתמא הוא נענש מדה כנגד מדה ולכן אמר פשפש ולא מצא רצה לומר שימצא לו עון אשר חטא במדת פורעניות הבא עליו יתלה בביטול תורה. שהרבה פורעניות כלולים בעונש עון זה כאשר כתבו ז"ל בפסוק ומצאוהו רעות רבות כו' וזה ענין מה שכתוב שם ר"ה תקיפו ליה כו' אמר ליה לעיין מר במיליה ופירוש שרצה לומר בדברי עצמו דאיהו דאמר אם רואה אדם כו'. ולפי מה שכתבתי יבואר יותר דהיינו

שיתן לב על עונשו במדה זאת ולכן אמרו שמיע לן דלא יהיב מר שבשתא לאריסיה כו'. שאף על פי שאין הדין נותן שישמעו ויקבלו לה"ר אך שעל ידי שהעונש במדה זו ששמע לן כו' רצה לומר שזה רגלים לדבר שכן הוא ולית ביה משום לישנא בישא ושמיע לן כלומר סבירא לן שכן הוא והוא לטובתך. וכאשר פתרו כן היה דכי קביל עליה הדר חלא כו'. ועל דרך זה פירשתי בירמיה (י"ח) וארד בית היוצר כו' ונשחת הכלי אשר הוא עושה כחומר ביד היוצר. ושב ויעשהו כלי אחר כאשר ישר בעיני היוצר לעשות. והענין הוא כי היוצר הזה כאשר תשמיט ידו ומתקלקל הכלי מתבניתו הנרצה אליו ברצותו אוחז ומתקנו כלאחר יד במיעוך ומשמוש בחלקת ידו במקום המעוות. אפס הלא אם שוה פניו במקום ההיא בלבד אינו חוזר עליו תבנית הכלי אשר עלה במחשבה לפניו בתחלה ולא כאשר דימה כן הוא כי רושם המקום ההיא לא יסור ממנו. והאומן שאינו מוציא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן כראוי דרכו שיאחז ונפץ אותו לגמרי ואז יקרב לעשותו ולא יבצר ממנו כל אשר יזם לעשות וזהו שאמר והנה נשחת כו' רצה לומר השחתה בעלמא והיה בידו בנקל לתקן בהעברת ידו. אך הוא לא עשה כן רק שב ויעשהו כלי אחר כאשר ישר כו' ועל זה אמר הנה כחומר ביד היוצר אתם בידי בית ישראל רצה לומר שאם לא תשובו תענשו עונש חזק לסתור על מנת לתקן וככלי יוצר תנופצו רגע אדבר כו'. ועל זה אמר ברישׁ ירמיה ראה הפקדתיך כו' להאביד ולהרוס לבנות ולנטוע לומר לך שהריסה זו לצורך בנין ונטיעה היא וכן אמר מקל שקד אני רואה ויאמר ה' אלי הטבת כו' ושמעתי זה כביר מכבוד דודי מ"ו הגאון ז"ל לפרש על דרך שאמרו בגיטין דף פ"ח וישקוד ה' כו' שהקדים ב' שנים לונושנתם וזה שאמר הטבת לראות כי שוקד אני כו' ששקידה זו למהר הרעה היא טובה גמורה וצדקה מאת ה' וכמדומה שראיתי אחר כך באלשיך שמפרש כן):

ועל דרך זה שמעתי לפרש בתהלים (כ"ח) דוברי שלום עם ריעיהם ורעה בלבבם תן להם כפעלם כו' כי לא יבינו אל פעולות ה' ואל מעשה ידיו יהרסם ולא יבנם והוא על דרך מ"ש שהעונש מדה כנגד מדה בכדי לעוררו שידע את חטאו וישוב בתשובה. ואולם המדברים שלום עם רעיהם ולבם חורש רעה שלא ירגיש שהוא שוקד על הרעה. אז המדה נכונה לתת לו עונש גם כן שלא ירגיש בו על חטאו ואם העונש היה בא בהרגשה אז ההריסה ההוא על מנת לבנות. מה שאין כן כשאינו מרגיש לשוב על חטאו הוא הרוס עולם וזה שאמר דוברי שלום כו' תן להם כפעלם כו' רצה לומר למדות פעולתם אל חיקם לתת להם גם כן עונש כזה אשר לא יבינו בו אל פעולות ה' ומעשה ידיו ואז יהרסם ולא יבינם.

מה שאין כן אם היה מבינים בו שהוא לעונש על חטאם אין זו הריסה בהחלט ונידון ע"ש סופו שיזכה להבנות ממנה:

ואחרי הודיע כל זאת מובן בפשיטות דברי חכמינו ז"ל שעלה במחשבה לברוא העולם במדת הדין דהיינו הדין גמור ועונש שהוא רע בהחלט. ולפי שאין זה קיום העולם שותף מדת הרחמים למדת הדין והקדימו רצה לומר שעל ידי מדת הרחמים למען ייטב אחריתו עונשין מן הדין וכמ"ש לעיל שלעולם הבא כולו הטוב והמטיב אף על בשורות הרעות כי אז ישכילו יבינו לאחריתם כי טבותא הוא לגבייהו ועל דרך זה נראה לי לפרש מ"ש חכמינו ז"ל בשבת כל הדן דין אמת לאמתו נעשה שותף להקדוש ברוך הוא במעשה בראשית כו' והכוונה הפשוטה על דרך שאמרו על שלשה דברים העולם עומד על הדין ועל האמת ועל השלום. ועיין בטור ריש חלק חשן משפט בשם רבינו יונה דגרס העולם קיים ומה שכתוב שם בטור בזה ואני אבאר קצת יותר שהנה יש דין שיוכל להיות שאינו אמת כגון שודא דדייני או המע"ה וכיוצא שאף על פי שהדין הוא כן. מכל מקום יוכל להיות שאין האמת כן. אבל יש דין שהוא אמת לאמתו שעל ידי חכמתם וחקירותם מתאמת להם הענין וכענין משפט שלמה המלך עליו השלום וכיוצא בזה. וכיון שנעשה דין כזה נעשה שלום כדאמרינן בסנהדרין האי מאן דשקליה לגלימא בבי דינא לזמר וליזל מנ"ל דכתיב וכל העם הזה על מקומו יבא בשלום. ולכן דין אמת לאמתו היא כולל השלשה דברים שהעולם עומד עליהם והנה מי שבנה בנין מפואר ועל ידי סיבות המתהפכות הוא קרוב ליפול ולהתמוטט ובא אחד ובנה ויקף עמודים גדולים לסמוך הבנין שיעמוד על עמדו נעשה שותף במעשה הזה בקיום הבנין ההוא. ולכן המשילו הדן דין אמת לאמיתו לשותף במעשה בראשית לפי שזה קיומם וכן אמר הכתוב בתהלים שפטו דל כו' לא ידעו ולא יבינו רצה לומר שאם אינם רוצים לתת לב לדעת ולהבין לדין לאמתו אז בחשיכה יתהלכו רצה לומר כענין שהיה קודם בריאה והארץ היתה תהו ובוהו וחושך כו' שעל ידי ריחוקם מדת אמת ימוטו כל מוסדי ארץ רצה לומר אותן הדברים שהעולם עומד עליהם ולפי דרכינו על פי מה שכתב רש"י בסנהדרין שם לזמר וליזל הואיל ודין אמת דנו לא הפסיד כלום אלא גזלה הוציאו מתחת ידו עכ"ל. וכן אמרינן שם משפט לזה שהחזיר לו ממונו וצדקה לזה שהוציא גזלה מתחת ידו נמצא שזה הדין לאמתו אף על פי שדן לזה במדת הדין מכל מקום צדקה ורחמים הוא לו שעל ידי זה יצא הגזלה מתחת ידו ובזה משתתף עם הקדוש ברוך הוא שברא העולם גם כן בדרך הזה לקיים הדין על ידי מדת הרחמים. ועל דרך זה י"ל מה שאמר הכתוב ולך ה' החסד

כי אתה תשלם לאיש כמעשהו דהיינו מדה כנגד מדה אז סימן לדבר שהוא בא לעוררו על מעשה התשובה ועל ידי מדת החסד הוא ועוד יש לפרש בכמה פנים וקצרתי):
וגם נראה לפרש על פי מה דאמרינן בעירובין פרק כיצד מעברין מניין שחייב להראות לו פנים שנאמר אלה המשפטים אשר תשים לפניהם. ופירש"י מדלא כתיב אשר תלמדם מוכח שצריך להסביר ולתת טעם לדבריו המתיישב על לבם ולכאורה למאי דבסנהדרין מוקמינן הך קרא בדיינים ובחשן משפט מבואר דאף באמר כתבו לי מאיזה טעם דנתני אין צריך לכתוב לו הטעמים וראיות רק הטענות והפסק. אך שם מבואר שיש חילוק בין אם דנו בכפיה או מרצון הבעל דין והוא על פי מה שכתבו התוספות והרא"ש בבבא מציעא דף ס"ט בעובדא דהני כותאי דעבדי עסקא כו' דאמר רב פפא כגון דא צריך לאודעי. ובסנהדרין אמרינן אשר תשים לפניהם נגד מקל ורצועה תהא זריז והיינו לדון בכפיה ואם כן בזה שפיר קאמר שצריך להסביר לו פנים אמנם שם מבואר דאף בדנו ברצון אם יש מקום לחשדו לפי שרואה שני פסקים שאין הדיין משוה מדותיו צריך להודיעו חילוק טעמים שביניהם. ועל דרך זה כתב בצפנת פענח בשם מוהר"ר יחיאל מה שכתוב כי יבא אלי העם לדרוש האלהים זה חלוקה ראשונה שדנים ברצון בזה איני מודיע אך כי יהיה להם דבר בא אלי רצה לומר שאחד מבע"ד קובל על חבירו ואז הדין בכפי' אז ושפטתי בין איש ובין רעהו רצה לומר שאני צריך לשפוט משפט חלוק לזה ולזה כך אף על פי שנדמה שהיא ענין אחד כיון שאיני משוה מדותי ובזה אני צריך להודיע טעם הדברים והודעתי כו' ודפח"ח. ואמנם נראה שלא נאמרו הדברים אלא אם הבע"ד הם ע"ה ולפעמים נדמה להם שהדין מתנגד להשכל בזה חיוב על הדיין להסביר לו פנים כי דרכי' דרכי נועם. מה שאין כן אם הבעל דין תלמיד חכם אלא שהוא בא להתוכח אין חיוב על הדיין רק לומר לו שורת הדין כך היא אלא שצריך לכתוב לו הטענות והפסק אם רוצה לשאול מבית דין הגדול ובזה יצא ידי שמים וחובת הבריות כמו שכתוב בסמ"ע סימן י"ד ס"ק כ"ד ויש לפרש מה שאמר הכתוב יורו משפטיך ליעקב ותורתך לישראל שע"ה הם מכונים בשם יעקב וכדאמרינן ולבית יעקב חטאתם אלו עם הארצים כו' וישראל הוא כינוי לת"ח ולכן אמר שלע"ה צריכים להורות משפטים דהיינו להשמיע לאזנם הדברים בטעמם ולהעביר להם פנים למען דעת שצדקו יחדו ואין מתנגדים אל השכל ותורתך לישראל שלת"ח אין צריך לבא במשפט עמו בטעמי הדברים רק לומר לו כך הוא משפט התורה. ואמנם הדיין המתנהג בענוה יתירה הוא דן דין אמת לאמתו ר"ל לאמת הדברים להבע"ד שיסבירו להם פנים עד שהם בעצמם יאמרו יפה דנתם יפה זכיתם יפה חייבתם. וזה היה ענין משה רבינו ע"ה שהיה עניו

מכל האדם שאע"פ שבמקום שלא היה משורת הדין שיתן טעם היה מטעים דבריו ולכן אמר כי יבא אלי העם כו' וכן כי יהיה להם כו' והודעתי את חוקי אלהים (וגם י"ל דכלפי מ"ש יתרו מדוע כו' שהיה לפלא בעיניו שכולם יהיה צריכים לדין זה עם זה וע"ז השיבו שהם מחולקים לשלש מחנות הא' כי יבא אלי העם לדרוש את אלהים והוא מה שצורך להם לשאול מפי הגבורה דרך נבואה ע"ד ותלך לדרוש את אלהים וגם בחליו לא דרש וכמוהו רבים והחלוקה השנית כי יהיה להם דבר כו' והוא מה שצריך לשפוט בעסקים שביניהם. והשלישי הוא והודעתי כו' שהם באים ללמוד החוקים והתורות. וע"ז השיבו לא טוב הדבר כו' ר"ל שע"י שכולם באים בערבוביא יוכל להיות שיצא משפט מעוקל אלא יתחלק לחלקים היה אתה כו' וקצרתי ושוב ראיתי שכ"כ הרמב"ן בפירוש התורה על הדרך הזה ושמחתי מאד) וכיון שמסביר להם פנים עד שהם בעצמם מבינים הדברים בטעמם הרי הם בעצמם גומרים הדין עמו והוא א' ממדותיו של הקב"ה כשבא לשפוט את הארץ ע"ד שכתבתי במקום אחר לפרש מ"ש באיוב אף ע"ז פקחת עיניך ואותי תביא במשפט עמך. והנה במ"ש הכתוב נעשה אדם אמרו חז"ל שהוא ללמד ענוים דרכו להיות הקטן נמלך כו' ולכן אע"פ שעשה בעצמו אמר לשון נעשה כביכול כאילו המלאכים נשתתפו עמו במעשה ההוא ולעומת זה אמר כל הדן כו' שאז אוחז מדת הענוה וע"י מדה זו נעשה שותף כו':

וגם י"ל ע"פ מה שמבואר בח"מ בדיין שדן את הדין אי קם דינא אזי אמרתו הוי כמעשה משא"כ אם טעה בדבר משנה שחוזר אמירתו לאו כלום הוא ולאו מידי קעביד. ולכן בדן דין אמת שאז בדיבורו קעביד מעשה דוגמת בריאת העולם שבעשרה מאמרות נברא העולם ואמרינן בראשית נמי מאמר הוא והוי מעשה כדכתיב בדבר ה' שמים נעשו ויומתק בזה מ"ש שותף במעשה בראשית דאמירת בראשית נמי מעשה הוא ויש לי עוד מילין וקצרתי:

ומה שאמר נעשה שותף כו' כתיב הכא ויעמוד העם על משה מבקר עד ערב וכתיב ויהי ערב ויהי בקר יום א'. ונראה ע"פ מה שפרשתי ביחזקאל ועל ריב המה יעמודו למשפט במשפטי ישפטוהו וי"ל ע"פ מה דאמרינן בשבועות שאם ת"ח בא לפניו לדון יש לעמוד לפניו ועיין בש"ע ח"מ סי' י"ז ובש"ך שם. וגם מבואר בשבת בהא דקאמר תיתי לי כו' מהפכינא בזכותיה וכן פסק בסי' ט"ו וכן הקב"ה כי בא לשפוט את הארץ מהפך בזכות ישראל כמ"ש ז"ל. ולזה אמר ועל ריב כו' שאם הריב הוא בענין שגם המה דהיינו הכהנים היושבים על מדין יעמדו ג"כ למשפט לפי שהוא דין ת"ח אז במשפטי ישפטוהו ר"ל שיהפכו בזכותו כאשר אני עושה במשפטי וגם י"ל ע"פ מה שאמרו הוו מתונים בדין

לפי שאז יצא לאור משפט ופירשו בזה מ"ש הכתוב כי אקח מועד אני משרים אשפוט ועמידה הוא לשון מתינות ועכבה ולכן אמר אם על ריב יעמדו למשפט שיהי' מתונים בדין אזי במשפטי ישפיטוהו שבודאי יצא מתוקן ומקובל ע"פ משפטי התורה. ולכן אמר ויעמוד העם כו'. ויתרו היה סובר שהיו מתונים עד שיוציא אותו לאמתו ולכן אמר מדוע אתה יושב לבדיך וכל העם כו' שבודאי יש ביניהם ת"ח שצריך לעמוד לפניהם אף בשעת הדין והוא השיבו שאין כולם על הדרך הזה רק שבאים רובם למתבע אולפן ודינא הכי שהרב בישיבה והתלמידים בעמידה. ומ"ש וכתיב ויהי ערב כו' נראה דא"ש ע"פ מ"ש שמה שאמרו נעשה שותף ענינו שבמעשה בראשית שיתף הדין ברחמים והוא נרמז במ"ש ויהי ערב ויהי בוקר שניהם היו יום אחד. ועד"ז אמרו בברכות להזכיר מדת לילה ביום כו' ולפי שמדה"ר בלילה וב"ד של מטה אין דנין בלילה כדאמרינן בסנהדרין מה נגעים ביום אף ריבים ביום ולכן אמר כאן שנעשה שותף כדכתיב ויעמוד כו' מן הבוקר עד הערב והיינו לפי שיש דין ביום למטה. ואמרו חז"ל במקום שיש דין למטה אין דין למעלה והרי זה כאלו הם שותפים. ועד"ז י"ל מדוע אתה יושב כו' ע"פ מה שפירשו ושפטתי בין איש ובין רעהו שאיני צריך לעדות וראיה רק אפילו מה שנעשה בין הבע"ד לבד אני שופט מפי הגבורה ואמרינן דגמר דין מותר בלילה דכתיב ושפטו את העם בכל עת דהיינו אפילו בלילה לגמר דין כמבואר בסנהדרין דף ל"ד וא"כ י"ל שיתרו שאל שאין נצבים רק עד ערב לבד ומי לא מתרמי גמר דין שנמשך גם בלילה ולזה השיבו ושפטתי כו' ואין כאן תחלת דין וגמר דין כלל שאפילו הטענות אני יודע שהדבר בעצמו בא אלי ולכן אין דינם רק ביום בלבד וע"ז השיבו יתרו נבול תבול כו' אלא תעמיד שופטים ואע"פ שיומשך ע"י הטענות ולא יספיקו לגמור ביום ע"ז אמר ושפטו את העם בכל עת שהגמר דין יכול להיות אף בלילה. והנה בסנהדרין שם אהא דקתני במתני' גומרין בלילה אמרינן עלה מתני' דלא כר"מ דתניא ר"מ אומר על פיהם יהיה כל ריב וכל נגע מקיש ריבים לנגעים מה נגעים ביום דכתיב וביום הראות בו הנגע אף ריבים ביום ואכתוב כאן מה שהעלתה מצודתי בזה ענין נאה ומתקבל ואף שהכנסתי הדברים בדרך דרוש לחבר בלולאות הלכה ואגדה ולענבינהו מענב בהדדי מ"מ הענינים בעצמם הם במסילת יושר דברי אמת וינעמו לנפש היפה כי יתן את רוחו עליהם הנה בסנהדרין דף י"ד אמרינן ר' זירא הוה מטמר מלסמכי' דאמר רבי אלעזר לעולם הוי קבל וקיים ם (פירש"י קבל לשון אפל ר"ל הוי עניו ושפל ותחי') כיון דשמעה להא דאמר ר' אלעזר אין אדם עולה לגדולה אא"כ מוחלין לו כל עונותיו אמצי ליה נפשיה עכ"ל ויש לדקדק דא"כ דברי ר"א סותרין זא"ז ומאי חזי ר' זירא דסמיך אהא דר"א טפי עד דאמצי ליה נפשיה

ועוד קשה דלקמן בסנהדרין דף צ"ב איתא ג"כ להא דר"א דאמר לעולם הוי קבל וקיים ואמרי' עלה אמר ר' זירא אף אנן נמי תנינא בית אפל אין פותחין בו חלונות לראות נגעו ש"מ (פירש"י משום דכתיב כנגע נראה לי ואמרינן לי ולא לאורי אלמא אפלתו הצלתו מלטמא) וא"כ כיון דר"ז גופא מייתי סייעתא להא דר"א ממתני' דבית אפל איך דחי הך קמייתא דר"א מקמי אידך דר"א דמוחלין לו דאכתי סייעתא דמתני' במאי קא דחי לה ולמה אמצי ליה נפשיה. ונלענ"ד דהנה בחולין דף י' ע"ב אמרינן מנא הא מלתא דאמור רבנן אוקי מלתא אחזקי' אמר ר' שמואל בר נחמני אמר ר' יונתן אמר קרא ויצא הכהן מן הבית אל פתח הבית והסגיר את הבית שבעת ימים דלמא אדנפק ואתי בציר ליה שיעורא אלא לאו משום דאמרינן אוקי אחזקי'. מתקיף ליה רב אחא ב"י ודלמא כגון שיצא דרך אחוריו דקא חזי ליה כי נפק א"ל אביי שתי תשובות בדבר חדא יציאה דרך אחוריו ל"ש יציאה ועוד אחורי הדלת מאי איכא למימר וכי תימא דפתח ביה כוותא והתנן בית אפל אין פותחין בו חלונות לראות את נגעו א"ל רבא דקאמרת יציאה דרך אחוריו ל"ש יציאה כה"ג ביוה"כ יוכיח דכתיב ביה יציאה ותנן יצא ובא לו דרך כניסתו ודקאמרת בית אפל כו' ה"מ היכא דלא אתחזק אבל היכא דאתחזק אתחזק (ופירש"י כ"ז שלא ראה הכהן את הנגע שהיה במקום אופל אין לראות ע"י נר וחלונות אבל עומד אחורי הדלת שכבר הכיר שהיא נגע וא"צ חלון רק להעמיד בחזקתו פותחין) ותו אמרינן מנ"ל דאזלינן בתר רובא דליתא קמן אמר ר"א אתיא מרישא של עולה וכן עוד שם כמה לימודים ולבסוף אמרינן אמר רב אשי אמריתא לשמעתיה קמיה דרב כהנא ואמר לי ודלמא היכא דאפשר (ופירש"י היכא דאפשר לעמוד על בירור הדבר בודקין כגון טריפות דבהמה או קטן וקטנה שאפשר להמתין עד שיגדלו ויתברר שאינו סריס היכא דלא אפשר לא אפשר כו' (ופירש"י אלא ודאי הלכה למשה מסיני הוא דסמכינן ארובא אפילו היכא דאפשר א"נ משום דאחרי רבים להטות משמע בכל גווני כו'). והקשו התוס' אהא דפריך מנ"ל דאזלינן בתר רובא וא"ת כיון דמוכח דאזלינן בתר חזקה כ"ש דאזלינן בתר רובא דהא רובא וחזקה רובא עדיף (ור"ל וכיון שאין לנו לימוד ע"ז ע"כ דמסברא אמרינן הכי דרוב עדיף מחזקה וכיון דמוכח חזקה מקרא כ"ש רובא) וי"ל דלראב"י בעי דלא קים ליה חזקה מקרא (פי' מהרש"א דודאי גם ראב"י לא פליג על חזקה רק דלא יליף ליה מקרא רק ס"ל דהוא הלכה ל"מ ואין דנין ק"ו מהלכה) ולמאי דמפרש רבינו חיים דמאי דאמרינן דרובא עדיף מחזקה אינו מחמת סברא אלא ילפינן מפרה אדומה דאזלינן בתר רובא אע"ג דאיכא חזקה נגד הרוב דאוקי גברא שמזין עליו בחזקת טמא א"ש הכא עכ"ד התוס'. ויש לדקדק בדבריהם שכ' ולפי מאי דמפרש ר"ח כו' ולא כתב ועוד י"ל וגם

סיימו דבריהם א"ש הכא ולא כ' נמי א"ש משמע דלא ניחא להו בתירוץ קמא לבד אם לא בצירוף מ"ש לפי' ר"ח וכ"כ המפורשים בסוגית התוספות בכה"ג שהם כותבין ועוד י"ל שני התירוצים צריכים להדדי. ולכאורה צריך להבין כ"א הוא תירוץ נכון לעצמו ולמה צירפו התוס' שניהם יחד גם מ"ש התוס' א"ש הכא תיבת הכא הוא אך למותר. וכדי ליישב דברי התוס' נקדים פלוגתת הפוסקים בענין חזקה אם סומכין על החזקה אף במקום שיכולים לברר או לא. ולכאורה מוכח מהתוס' דסומכין על החזקה אף במקום שיכולין לברר דאם נאמר דבחזקה לא אזלינן בתרה היכא שיכולין לברר א"כ מה קא קשיא להו דהא מוכח דרובא מהני מק"ו מחזקה דהא רובא עדיף מחזקה ומאי קושיא דהא בפשיטות י"ל דהא דקי"ל דרובא עדיף מחזקה היינו למאי דמסקינן דאזלינן בתר רובא אף היכי דאפשר וכיון דבחזקה לא אזלינן כ"א היכי דלא אפשר מוכח דרובא עדיף מחזקה אבל כל כמה דלא ידעינן רובא באמת מצד הסברא אין הכרח דרובא עדיף כי היכא דנילף רובא מק"ו מחזקה וא"כ לא מקשין התוס' מידי אלא ע"כ מוכח דהתוס' סוברים דגם בחזקה מהני אף היכא שאפשר לברר וא"כ ע"כ הא דאמרינן דרובא עדיף מחזקה ע"כ דהוא מצד הסברא ושפיר מקשין דנילף רובא ק"ו מחזקה. אך לפי"ז קשה על תירוצם דלפירוש ר"ח לא מסברא אלא משום דיליף מפרה כו' דלפי"ז קשה מאי פריך ודלמא היכא דאפשר אפשר כו' דהא כיון דע"כ מפרה ילפינן דרובא עדיף מחזקה דלא מוקמינן לגברא שמזין עליו בחזקת טמא וכיון דחזינן דרובא עדיף ממילא דאית לן למיזל בתר רובא אף היכא דאפשר קל וחומר מחזקה דאזלינן בתרה אף היכא דאפשר כיון דרובא עדיף כדמוכח מפרה (ואע"ג דרובא דפרה הוא רובא דלא אפשר מ"מ לענין זה דרובא עדיף מחזקה אין מקום לחלק דס"ס מוכח דרוב עדיף מחזקה וממילא דאף באפשר ילפינן רוב ק"ו מחזקה דאזלינן בתרה אף היכא דאפשר) והוא תימא לכאורה על תירץ זה של התוס' ועל תירץ ראשון של תוס' דלרב אחא ב"י בעי דלא קים ליה חזקה מקרא קשה טובא דא"כ באמת תיקשי לר"ש בר נחמני א"ר יונתן ולאביי דסבירא להו דחזי שפיר ילפינן מקרא א"כ מ"ט דר"מ דלא אזיל בתר רובא דהא גם ר"מ מודה דאזלינן בתר חזקה וא"כ מכ"ש רובא כיון דרובא וחזקה רובא עדיף ופשיטא שאין סברא לומר דר"מ ורבנן פליגו בסברת הפוכות דר"מ ס"ל חזקה עדיף מרובא ורבנן סברי רובא עדיף ואף לפי מ"ש התוס' דף י"ב ד"ה פסח וקדשים דר"מ לא חייש למיעוטא רק מדרבנן נמי תיקשי כיון דבחזקה אזיל בתרה אף מדרבנן למה נחמיר ברובא מדרבנן כיון דרוב עדיף מחזקה וגם בלא"ה דעת התוס' בכמה דוכתא וכן דעת הראשונים דר"מ מדאורייתא לא אזיל בתר רובא. ועיין בתוס' דחולין דף פ"ו בד"ה סמוך מיעוטא) וא"כ אנו צריכים

לתרוצי מלתא דרשב"נ אמר ר' יונתן ואביי אליבא דר"מ כיון דלדידהו איכא הוכחה גמורה מנגע דאזלינן בתר חזקה א"כ כ"ש דאית לן למיזל בתר רובא לפום מה דס"ל להתוס' בהך תירוצא דמסברא אמרינן דרובא עדיף מחזקה:

אמנם בזה יובן לשון התוס' דצריך לצרף שני התירוצים יחד דעל כל תירוץ בפ"ע קשה על תירוץ קמא קשה לאביי אליבא דר"מ אמאי לא יליף רובא ק"ו מחזקה ולתירוץ הב' קשה קושית הש"ס דלמא היכא דאפשר אפשר דהא מפרה מוכח דרובא עדיף וא"כ אף באפשר ילפינן רובא ק"ו מחזקה אך בהצטרף יחד שני התירוצים א"ש הכל. ונקדים ליישב דברי הרמב"ם פ"ג מהלכות סנהדרין שכתב וז"ל אין מתחילין את הדינים בלילה מפי השמועה למדו שהדיינים כנגעים שנאמר כל ריב וכל נגע מה ראיית נגעים ביום בלבד אף דינים ביום בלבד עכ"ל. והקשה הכ"מ עליו שאחז החבל בשני ראשים דפסק כרבנן דגומרין בלילה ונקט היקשא לנגעים דלפום הך הקישא אפילו ג"ד ביום דוקא כמש"ל דהכי ס"ל לר"מ מהך היקשא וכן תמה הלח"מ שם והוא תימא גדול לכאורה:

ונלענ"ד ליישב דברי הרמב"ם על נכון ע"פ מה דאיתא במועד קטן דף ז' ע"ב דתניא וביום הראות בו יש יום שאתה רואה בו ויש יום שאי אתה רואה בו מכאן אמרו חתן שנולד בו נגע נותנים לו ז' ימי המשתה לו ולביתו ולכסותו כו' ופריך מאי משמע אמר אביי אם כן לכתוב רחמנא ביום מאי וביום שמע מיניה יש יום שאתה רואה בו. רבא אמר כולה וביום יתירא הוא דא"כ לכתוב ובהראות כו' ואביי ההיא מבעי' ביום ולא בלילה ורבא נפקא ליה מכנגע נראה לי ולא לאורי והקשו התוס' דהכא משמע דרבא ממעט לילה מכנגע נראה לי ובסנהדרין מייתי קרא דוביום הראות והיינו כאביי ונדחקו לומר דדרשא הפשוטה נקט וכן הקשו התוס' ותירצו בסנהדרין ע"ש ולענ"ד יש לתרץ קו' התו' ע"פ מה שהקשו התוס' שם במ"ק דהאיך ילפינן בסנהדרין מהיקשא דריבים לנגעים דגמר דין בלילה בשלמא לאביי דס"ל למילף בנגעים מביום הראות שפיר מצינו לאוקמא בגמר דין אלא לרבא דיליף מן כנגע נראה לי היינו תחלת דין וגמר דין מנ"ל ע"ש. ולפ"ז י"ל דקושיית התוס' חדא מתרצא בירך חברתה דהתוס' הקשו עוד דמי הכריח לרבא למימר דמכולה קרא דוביום שמיע לן כיון דבפשיטות י"ל דדריש וא"ו ותירצו דרבא בעי למימר דאפילו אי לא דריש ר"י וא"ו יש ליישב להך דרשא והשתא א"ש דר"מ דאמר בסנהדרין דמקש ריבים לנגעים אזיל לשיטתו ביומא דף מ"ה דאמר בכל יום היה ארבע מערכות א' לאיברים ופדרים שלא נתעכלו מבערב ואמרינן שם דנפקא ליה מדכתיב והאש וא"ו יתירה ורבנן וא"ו לא דרשו. ולפ"ז י"ל כאן כיון דר"מ דריש וא"ו א"כ שפיר ילפינן הך דרשא דיש יום שאתה רואה בו כו' מוא"ו דוביום וילפינן מביום דדוקא ביום ולא בלילה

ולכך נקט ר"מ הך דרשא דוביום למילף מיניה אף לגמ"ד דמכנגע נראה לי ליכא למילף רק תחלת הדין משא"כ רבא במ"ק דקאי אליבא דרבנן דלא דרשי וא"ו שפיר קאמר דכוליה וביום איצטריך לדרשא דיש יום שאתה רואה והא דלא בלילה ילפינן מכנגע נראה לי:

והשתא מיושב דברי רמב"ם על נכון דהש"ס בסנהדרין קאי למ"ד דדריש וא"ו ואי דריש וא"ו א"כ ילפינן בנגעים מויום הראות בו דלא בלילה ואי מקשינן ריבים לנגעים אפילו ג"ד נמי ביום לכך ס"ל דלא מקשינן וילפינן מושפטו משא"כ הרמב"ם פוסק כרבנן דלא דרשי וא"ו א"כ אין ילפיתא בנגעים דלא בלילה כ"א בכנגע נראה לי דהיינו תחלת דין א"כ שפיר כ' דילפינן מהיקשא לנגעים לענין תחלת דין והוא ברור ובחידושים הארכתי בזה ליישב דברי הרמב"ם פ"ט מהל' צרעת ובפירוש המשנה דנגעים דנקט דרשא דוביום ושביק דרשא דרבא ע"פ דברי הש"ס במ"ק וקצרתי כאן). ועפ"ז א"ש מה דקשה לפי מ"ש דעת הפוסקים דחזקה מהני אף באפשר וכן הוא דעת התוס' כמש"ל ולכאורה מנ"ל הא למאי דילפינן חזקה מנגע ובנגע הא לא אפשר ולפמ"ש א"ש דמוכח דאף באפשר מהני חזקה דלכאורה קשה אהא דילפינן חזקה מנגע מה שהקשו בתוס' שם דלמא דוקא לחומרא ומה שתירצו התוס' דמוכח אף לקולא מאם הנגע גדול וחסר בתוך ימי הסגר דלא אמרינן דלמא בשעת ההסגר בציר שיעורו ועתה עמד בעיניו וצריך הסגר שני זה אינו הוכחה דהא אמרינן דמצי למחזי ע"י כוותא אלא משום דבית אפל אין פותחין כו' והטעם כמ"ש רש"י משום לי ולא אורי ולפ"ז תינח לענין תחלת ההסגר לא מצינן להסגירו ע"י כוותא דהא הוי כתחלת דין ומוכח דאזלינן בתר חזקה להחמיר משא"כ לענין לטהרו בסוף הסגרו דהוא סוף דין שפיר י"ל דמטהרין אותו ע"י דחזינן בכוותא שלא נתחסר משיעורו דלענין סוף דין לא ילפינן מכנגע נראה לי וכמש"ל ואדרבה מקשינן נגעים לריבים מה ריבים גומרין בלילה אף נגעים גומרים בלילה או ע"י כוותא דחד מלתא הוא כמ"ש רש"י שם וא"כ י"ל דחזקה לקולא לא אמרינן כלל:

אך י"ל דבשלמא אם היה אפשר לומר שתחלת ההסגר ע"י כוותא שפיר מצינן לאוקמי דיני טומאה וטהרה דנגע ע"י כוותא אבל כיון דהא דמטמאינן ומסגירין הנגע הוא אף בלא כוותא ולא איירי תורה בכוותא א"כ גם מה שאמרה תורה לטהר בחסר תוך ימי הסגר נמי בלא ראיית כוותא הוא דומיא דרישא לענין טומאה וא"כ שפיר מוכח דאזלינן בתר חזקה לקולא ולפ"ז שפיר מוכח דחזקה מהני אף באפשר לברר דאל"כ קשה נהי דמוכח חזקה לקולא מדמטהרין בחסר שלא ע"י ראיית כוותא מ"מ הוא גופא קשיא דלמה באמת לא הצריכה תורה לראות בכוותא לענין הטהרה דאף דלענין הטומאה א"א

בכוותא שאין להסגיר ע"י כוותא דהוי כתחלת דין מ"מ יהיה מועיל לברר ענין הטהרה שהוא גמר דין ובזה סגי ליה בכוותא ואף דאזלינן בתר חזקה מ"מ היה ראוי לצוות לראות בכוותא שיהיה בירור לענין טהרה דכל דאיכא לברורי לא סמכינן אחזקה אלא ע"כ כדעת התוס' שכתבתי דבמקום דאיכא חזקה א"צ לברר כלל ועיין מה שכתבתי בתשובה שבחלק יו"ד סימן וא"ו ועתה נבוא נא לבאר דברי התוס' שהתחלנו דשפיר צריכים אנו לצרף שני התירוצים יחד ובצירוף שני התירוצים א"ש הכל דעל תירוץ קמא לחוד הקשיתי דהאיך מצאנו ידינו ורגלינו לר' יונתן ואביי אליבא דר"מ וע"ז י"ל דר' יונתן ואביי ס"ל דבאמת הא דעדיף רובא מחזקה אינו מסברא רק ממה דאשכחן בפרה. וא"כ ממילא לר"מ דס"ל דלא אזלינן בתר רובא אין כאן ק"ו ואי קשיא כיון דבלא אפשר עכ"פ אזלינן בתר רובא אף לר"מ א"כ מוכח דרובא עדיף מחזקה א"כ ממילא גם בלא אפשר נילף ק"ו מחזקה ז"א דאליבא דר"מ דס"ל דאף ג"ד ביום א"כ שוב י"ל גם בחזקה לא אזלינן בתרא אלא בלא אפשר שהרי מה שכתבנו להוכיח דחזקה מועיל במקום שאפשר לברר אינו אלא לרבנן דס"ל דג"ד בלילה ושפיר משכחת טהרה ע"י כוותא משא"כ לר"מ לא משכחת גם טהרה ע"י כוותא דהא ג"ד נמי ביום וא"כ י"ל דלא אזלינן בתר חזקה רק בא"א לברר וא"כ שפיר קאמר ר"מ דגם רובא היכא דאפשר לא אזלינן בתרי ולפ"ז א"ש גם תירץ הב' דהתוס' דלפר"ח דילפינן מפרש א"ש דע"ז הקשיתי על פרכת הש"ס ודלא היכא דאפשר כו' דפריך על רבנן מנ"ל היכא דאפשר דהא י"ל כתירץ קמא דהתוס' דקו' הש"ס הוא לראב"י דלא קים לי חזקה כלל מקרא ובזה מדוקדק לשון התוס' שכ' ולפר"ח כו' א"ש הכא ר"ל דהכא בהך קושיא דתחלת הסוגיא מנ"ל דאזלינן ב"ר מא"ש בהך תירוצא לחוד אך לתרוצי סוגיא דלקמן צריך לבא גם לתירוץ הראשון ובתירוץ קמא לחוד נמי לא סגי בלא תירוץ זה משום דכן צ"ל לר"י ואביי אליבא דר"מ וכמ"ש ושני התירוצים צדקו יחדיו והוא כפתור ופרח בעזה"י:

ועפ"ז יבואר מה שהתחלנו בהא דאמר ר"ז כיון דשמענא כו' דלכאורה הא דמייתי ר"ז סייעתא ממתני' דבית אופל כו' פירש"י אפלתו הצלתו ומדמי האדם לבית כמו הבית שהוא אפל אף שנופל בו נגע אין טומאה שורה עליו כמו כן האדם כשמחזיק עצמו אפל ושפל אין מקטריגים עליו ומתגרים בו להחטיאו והיינו דר"א דאמר הוי קבל וקיים וכה"ג אמרינן בקידושין דף מ"ם אם רואה שיצרו מתגבר עליו ילך וילבש שחורים כו'. ופירש"י דגם אם יחטא אין אדם נותן לב לפי שאינו חשוב בעיניהם והגאון בספר המקנה פירש משום דבאדם חשוב ומתגאה היצה"ר מתקנא בו ונותן עיניו בו להחטיאו ולהשפילו ומאי תקנתי' ישפיל א"ע ויכניע עצמו ועי"ז לא יתגרה בו היצה"ר כענין יתן למכהו לחי

כו' וזהו שאמר ויעשה מה שלבו חפץ ר"ל היצה"ר ואין ר"ל שיעשה עבירה רק ר"ל מה שחפץ היצה"ר שיהיה שפל וה"נ דכוותי' שאם ישפיל עצמו לא יתגרה בו יצה"ר להחטיאו ולטמאו והוא דוגמת בית אפל שאין הטומאה שולטת בו:

ואמנם יש לפרש דודאי אין זה תקנה שלא יהא יצה"ר מתגרה בו מכאן ולהבא רק שזה תקנה על העבר שאם חטא והוא משפיל ומכניע עצמו אזי אין המקטריגים מתגרים בו לקטרג עליו וכענין שנאמר באיוב והיה האיש ההוא גדול כו' ויאמר ה' השמת לבך כו' וכן אמרו אם חטא מאי תקנתי' ישפיל עצמו וזה שמדמה לבית אפל כו' שאם הנגע עומד במקום אפל אין פותחין בו חלונות לראותה וכן הענין באדם אם משפיל עצמו אין החטאים שבו נזכרים ונראים. ולכאורה מוכרח כפי' השני דאל"כ קשה מאי מייתי מבית אפל שהרי אנן ילפינן חזקה מנגע ואמרינן דאחורי הדלת נמי אין רואין ע"י פתיחת כוותא וא"כ מוכח דלאו באפילת הבית תליא מלתא דאפי' כל הבית מלא אורה רק שהנגע עומד במקום שא"א לראותה בשעת הסגר אין רואין אותה וצ"ל כפי' השני דמייתי מינה דאין מקטרגין על עונותיו אם מאפיל עצמו כמו נגע העומד במקום אפל. אך י"ל דלעולם כפי' הראשון והך סייעתא היא לר"א ור"א היא דאמר גבי רובא אתיא מרישא של עולה כו' ולא יליף ק"ו מחזקה וע"כ כמ"ש התוס' דלראב"י קאמר דלא קים ליה חזקה מקרא והיינו משום דאמרינן דהא דבית אפל היינו בלא אתחזק וכמו שאמר רבא וא"כ באפילות הבית תליא מלתא וא"כ למאי דאמרינן תניא דלא כראב"י ממילא אין כאן סייעתא רק אם נאמר כפי' השני דהנגע במקום אפל אין מקפידין והשתא א"ש דקאמר כיון דשמעה דר"א כו' מוחלין לו וא"כ אין קפידא מחמת עונות מכבר וע"כ דאי בעינן לסיועי היינו מחמת אפילות האדם על להבא וז"א רק לשיטת ר"א ור"ז ס"ל דלא כראב"י ולכך אמצי ליה נפשי' והוא דרוש יפה אף נעים בס"ד:

והנה בהא דקאמר דהוי ר"ז משתמיט מלמסכמי' משום דר"א דאמר הוי קבל וקיים לכאורה צ"ע דאטו משום שיהיה מוסמך לא יוכל להיות קבל דהיינו עניו ושפל אנשים. ונראה ע"פ מה שראיתי לפרש מ"ש בתהלים ימים על ימי מלך תוסיף שנותיו כמו דור ודור עפ"י מ"ש בחגיגה גבי יש נספה כו' ושנותיה דר"י מה עבדית בהו א"ל חזינא לצורבא מרבנן דמעביר במילי' מוסיפנא ליה וזהו בכל אדם אבל מלך אין יכול להיות מעביר במילי' כדאמרינן ביומא מפני מה נענש שאול מפני שמחל על כבודו ולכן א"א להוסיף לו משנות דור רק מה שהקב"ה מוסיף בעצמו כדאמרינן זכה מוסיפין לו. ולז"א ימים על ימי מלך תוסיף בעצמך כי שנותיו כמו דור ודור ולהוסיף א"א כיון דא"א להעביר במילי' ודפח"ח:

ועפי"ז י"ל שזה ג"כ הטעם דאמר ר"א הוי קבל וקיים שע"י שיהי' קבל ויהי' מעביר על מדותיו יוסיפו לו משנות דור וא"כ י"ל דר"ז ס"ל כר"ח פ"ק דקידושין רב שמחל על כבודו אין כבודו מחול ועיין במהרש"א שם דאיכא איסורא למחול (ואפשר דמש"ה קאמר צורבא מרבנן דמעביר כו' שפיר בעלמא דהיינו בחור חריף ואינו מוסמך) וא"כ שפיר הוי משתמיט מלהיות סמוך לפי שלא יהיה יכול לעשות כדר"א דאמר הוי קבל וקיים שהרי לא יוכל לעבור על מדותיו. וגם י"ל דסמוכין בא"י דוקא ואמרינן בב"מ כד סליק יתיב ק' תעניתא דלשתכח מיניה תלמוד בבלאה והי' צריך ללמוד תורת בני א"י שמקובלים איש מפי איש ואז לאו אורייתא דילי' ואינו יכול למחול. אך י"ל דטעמא דקבל וקיים עפ"י מה שאמרו כל המעביר על מדותיו מעבירין לו פשעיו ולכך מאריכין לו ימיו וכמבואר בר"ה שם. ולכן כיון דשמעה לדר"א דגם ע"י שעולה לגדולה מוחלין עונותיו אמצי נפשי' וגם זה נכון לענ"ד:

והנה שם בקידושין אמרו דקב"ה כ"ע דילי' הוא ומצי מחלי ליקרי' ובספר המקנה שם פי' בזה מ"ש כי לא ישא לפשעכם כו':

וכן מ"ש ושמעו מצרים כו' ועד"ז אמר משה ילך נא ד' כו' וסלחת. וכן פירשו במ"ש ויספר משה ליתרו את אשר עשה לפרעה ולמצרים אודות ישראל שר"ל שמחל על כבודו שאמר מי ד' וקינא לכבוד ישראל ויחד יתרו על כל הטובה כו' שעל הרעה שהגיע למצרים לא היה שמח כדאמרי' אינשי גיורא כו' ואדרבא נעשה בשרו חידודין ולכך נקט לשון ויחד דמשמע תרוויהו לשון שמחה ולשון חידודין עתה ידעתי כי גדול ד' שבמקום גדולתו ענותנותו שהרי בדבר אשר זדו עליהם ר"ל שזה סימן לדבר שהי' עליהם של ישראל כיון שהיה מדה כנגד מדה ממש וי"ל ע"פ מ"ש כמה טעמים למה נענשו המצריים אחר שכך נגזר מאתו יתברך והראב"ד תירץ שמתחלה מסר הקב"ה ביד מצרים שהיו אשמים מכבר שנתמלאה סאתם בכדי שבגאולתם יחזו נקם ע"ש. (ועפי"ז י"ל קודש ישראל כו' כל אוכליו יאשמו דהיינו שאותן האוכלים אשמים מכבר בכדי שרעה תבא עליהם וכן פירשתי מ"ש. אך אלקים ימחץ כו' מתהלך באשמיו כו' והמשכתי הכתובים באופן נאות). וגם כתבו כי מכות המצריים היו תועלת לישראל בראותם העונש הקשה שהגיע למצרים כמ"ש כל המחלה כו' וכן כל מדוי מצרים כו' וכמבואר בפרש"י ומדרש ע"ש. ולכן קאמר ותתן אותות ומופתים כו' לפי שזה הי' אות ומופת לישראל ובזה פירשו מ"ש בפרק ע"פ הללו את ד' כו' אנסים ונפלאות דעביד בהדייהו כו' שנחשב להם לזכות שמכותם היו רפואה וצרי לישראל כמ"ש הכתוב הכרתי כו' אמרתי אך אותי תראו תקחו מוסר. ולפי מ"ש לעיל דעיקר ההרגש הוא כשהוא מדה במדה שאז אין תולין במקרה

וזה היה למען ידעו ב"י להשכיל להטיב. וז"ש ויחד יתרו על כל הטובה כו' כי בדבר אשר זדו עליהם זה היה הטובה העיקרית:

ואמנם בעיקר הקושיא למה נענשו המצרים י"ל ע"פ מה דאיתא במדרש שעוזא שר של מצרים טען הללו עע"ז והללו עע"ז והשיב לו כלום אתה דן כו' ועל האונס כרצון דהיינו שהמצרים אנסו אותם לעבוד ע"ז ולכן שפיר נענשו דעבדות ועינוי נגזר אבל אונס ע"ז לא נגזר והיינו דקאמר יתרו כי בדבר אשר זדו עליהם ר"ל שאף מה שהזידו ישראל בע"ז הי' עליהם של מצרים ולכך קיבלו עונשם. ובזה מתיישב מ"ש המפורשים דהאיך נענשו במיתה ובממון ובפ"ד האריך בזה ולפי מ"ש לק"מ דהא דכדי רשעתו היינו כששניהם על מעשה אחד אבל הכא שני מעשים הם המיתה על אונס דע"ז והממון שכר השעבוד ובכה"ג פשיטא שאין פוטרין זא"ז ועיין בכתובות ר"פ א"נ במ"ש רב אשי שם כגון זר שאכל תרומה וקרע שיראין של חבירו ובתוס' שם:

ואמנם אף אם נאמר ששניהם על ענין אחד באו נראה דא"ש ויתיישב ג"כ מ"ש בברכות דבר נא אין נא אלא לשון בקשה כו' שלא יאמר אותו צדיק ועבדום ועינו אותה קיים בהם ואחרי כן יצאו ברכוש גדול לא קיים בהם והתימא בזה גלוי' דקאמר שלא יאמר אותו צדיק משמע שמדינא לא הי' מגיע להם והרי בסנהדרין אמרינן מעשה בבני מצרים שבאו לדין כו' תנו לנו שכר שעבוד של ת' שנה. ואפשר לומר עפ"י שי"ל בישוב הקושי' דהאיך נענשו במיתה וממון דבסנהדרין דף ע"א אמרינן רבא איגנבו ליה הני דיכרי במחתרתא אהדרינהו ניהליה לא קבלינהו כו'. והקשו התוס' למה לא קבלינהו דהא אף דקלב"מ מ"מ חייב לציי"ש כדאמרי' בב"ק אתנן אסרה תורה ואפילו בא על אמו ותירצו ע"ש. ובחידושי הר"ן שם בשם ה"ר דור בוני"ד ז"ל כתב לתרץ דגבי אתנן אדם מחויב לעמוד בדבורו אע"פ שאינו מן הדין. אבל בהני דיכרי כיון דבדמי קנינהו קנוי' לגמרי כו' ע"ש. והנה מ"ש ועבדום ועינו אותם נראה ע"פ מ"ש במדרשים בפרך בפה רך שבתחלה הבטיחו להם שכר חלף עבודתם ואח"כ שעבדו בהם חנם אין כסף ולכן אמר בתחלה ועבדום דכיון שהיה ע"מ לקבל פרס עבודה מיקרי ולא ענוי ואח"כ נשתעבדו בהם בלא מחיר ושעבוד זה קרוי עינוי. ולכן א"ש דאע"ג דהוי מיתה וממון לא נפטרו בי"ש כיון שהבטיחו להם שכר הרי הם מחויבים לעמוד בדבורם וכמ"ש הר"ד בההיא דאתנן. והשתא א"ש דקאמר דאע"ג דמצד הדין הגמור לא היה אפשר ליקח שכר עמלם משום דקלב"מ מ"מ עדיין יש פ"פ לאותו צדיק לטעון ועבדום ועינוי אותם קיים בהם ר"ל שמתחלה דרך עבדות ע"מ לקבל פרס וא"כ למה לא קיים ואחרי כן יצאו ברכוש גדול. דאף שנענשו בחמורה מ"מ כיון שהבטיחו בשכר מתחייבין לשמים לקיים דבורם

(וביוצר אחרון של פסח שכל זאת לא יבינו פוטים אשר בתחל התקינו כעקלו בסוף כך נדונו שעיר וטפוליו כו' ור"ל שהדברים ק"ו ומה מצרים שבתחלה עשו כתיקון ופה רך אעפ"כ בשביל שלבסוף קלקלו נדונו בעונש קשה וק"ו לאותן שנתכוונו לחרבה מתחלה ועד סוף ותיבת כך נדונו ר"ל שנדונו במכות עשר שהזכיר למעלה והוא פשוט ולפי שראיתי שמפרשי הפייט כתבו לפרש כך נדונו בניחותא ר"ל שהיה דינם מדה כנגד מדה ע"ש ולא כיונו יפה):

ועוד נראה עפ"י מ"ש חז"ל מדלג על ההרים שהיו צריכים להיות ת' שנה וה' ברחמיו הקדים להם הגאולה ועכ"פ שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף וא"כ עכ"פ לענין השכירות היו צריכין להמתין כמה דורות ולכן אמר שלא יאמר ועבדום ועינו אותם קיים בהם ר"ל באילו הדורות עצמם ואחרי כן כו' לא קיים בהם שאע"פ שלבסוף כמה דורות יטלו שכרם משלם מ"מ בהם לא קיים הבטחה זו ובזה י"ל מ"ש הכתוב ושאלה אשה משכנתה כו' ושמתם על בניכם ועל בנותיכם כו'. ויובן עפ"י מ"ש בחלק הזה בתשובה סימן ח' דעת התוס' דש"ר ואח"כ יאוש לא קני וטעמא משום דבאיסורא אתי לידי' משא"כ אם בהיתרא אתי לידי' נראה דגם אם הש"ר קודם היאוש ג"כ קונה. ולכן בזה שעדיין לא הגיע הזמן לגבות השכירות זאת העצה היעוצה ושאלה אשה כו' דאז בהיתרה אתי לידייהו ושמתם על בניכם ועל בנותיכם כענין שאמרו. אזל אקני' לבנו קטן כו' וכשיצאו ממצרים וליתא בחזרה יהי' קנוי להם מחמת שאז יתיאשו כמ"ש ויוציאם בכסף וזהב כו' שמת מצרים בצאתם כו' ופי' ששמחו במה שיצאו עם הכסף והזהב שעי"ז לא יהיה חוזרים וא"כ יהיה יאוש וש"ר ואע"פ שהש"ר קודם ליאוש שפיר קנו כיון דבדרך שאלה אתי לידייהו וגם לא יחשב להם עון גזל כיון דמ"מ מגיע להם חלף עבודתם. וגם מצרים גופא ניחא להו שיעכבו זה בשכרם כדי שלא יחזרו שמה לתבוע השכר ומעתה יש להם שכר טוב בעמלם ומה שמקשין דלמה לא טענו בני מצרים מביזת הים שהיתה גדולה מביזת מצרים. ודוחק לומר שלא שאלו אלא מן המפורש במקרא. נראה דא"ש דע"ז לא היה להם טענה כדאמרינן פ"ב דב"מ המציל מזוטו של ים כו' דאמר ר"י מנין לאבידה ששטפה נהר שהיא מותרת שנאמר אשר תאבד כו' וא"כ מהפקירא קא זכו ובזה א"ש ג"כ הא דקאמר בבקשה מהם וישאלו כו' ע"פ מה דאמרינן התם וישאילום בע"כ דישראל משום משוי ופירשו לפי שהיה ידוע להם שעתידין ליטול חלקם בביזת הים. והנה במ"ש ועבדום כו' ואחרי כן יצאו כו' משמעות הדברים שע"י שיעבדו יצאו ברכוש. ואין זה מתקיים ע"י ביזת הים שבזה יכולים לזכות בלא שכר העבדות. ולכן אמר בבקשה כו' שלא יאמר ועבדום כו'. וגם י"ל דה"ק ואחרי כן יצאו ברכוש גדול לא

קיים שההבטחה היה שמיד בשעת יציאה ממצרים יהיה להם רכוש גדול וזה לא יתקיים בביזת הים בלבד וקצרתי והנה במש"ל מדברי הרמ"א והש"ך שאם ת"ח בא לפניו לדין צריך לעמוד לפניו לכאורה צ"ע דהא אמרינן בברכות ומנין לג' שיושבין בדין ששכינה עמהם שנאמר בקרב אלהים ישפוט. והגאון מ' יהונתן ז"ל פי' מה שאמרו חז"ל ואברהם יושב ביקש לעמוד א"ל הקב"ה שב אתה סימן לבניך שנאמר אלקים נצב בעדת אל לפי שיש ליתן טעם למה תפלה בעמידה ודיינים בישיבה עפ"י מ"ש שם דבעשרה קדמא שכינתא ואתיא ובתלתא עד דיתבי וקי"ל לענין תפלה כשזה בא בגבולו א"צ לעמוד ולכן בתלתא שאין השכינה באה עד דיתבי יכולים לישב וזהו דקאמר שאברהם היה יושב בעת ביאת השכינה וביקש לעמוד א"ל אתה סימן לבניך שנאמר אלקים נצב כו' והם א"צ לעמוד ודפח"ח (אך צ"ע דבש"ס שם אמרינן דקרא דאלקים נצב בעדת אל קאי על עשרה שמתפללין וי"ל דאסיפא דקרא סמיך ולפי"ז למאי דאמרינן בשבת וקידושין דאוריה החתי מורד במלכות הוה דקא"ל ואדוני יואב דלאו אורח ארעא לקבל עליו מרות אחרים בפני המלך וא"כ כיון דבשעה שיושבין בדין שכינה עמהם אין להם לחלק כבוד לת"ח הבא לשם דהשתא לפני מלך ב"ו אין עושין כן כו' ואפשר לומר עפ"י מה דאמרינן בב"ק פרק יש נוחלין פלוגתא אם חולקין כבוד לתלמיד במקום הרב ואמרינן שם דתרווייהו איתנייהו הא דפליג ליה רבי' יקרא הא דלא פליג כו' ות"ח הוי כפליג ליה רבי' יקרא כדכתיב כי מכבדי אכבד וגם מברכינין ברוך שחלק מכבודו הלכך שפיר יכולין לחלוק כבוד לת"ח בעת ישיבת הדיינים ולעמוד מפניו:

ובזה נ"ל מ"ש במדרש סוף פ' מסעי והובא בילקוט שמואל וז"ל אתה מוצא שכ' דוד ליואב הבו את אורי' אל מול פני המלחמה ועשה כן ונהרג נתקבצו כל שרי החיילים על יואב להרגו הראה להם את הכתב כו' ולכאורה הוא תמוה דלמה הוצרך להראות להם הכתב שהרי אם היה אומר להם שעשה כן עפ"י צווי המלך ג"כ היו מאמינים לו ששר הצבא כיואב לא ישקר באמונתו ובפרט במלתא דעל"ג. ולפמ"ש י"ל דכבר כתבתי דמה שאמר הקב"ה נעשה אדם הוא דרך ענוה. והר"א בן עזרא כתב כי נעשה בלשון רבים הוא דרך גדולה וחשיבות שכן מנהג המלכים לדבר כו'. וכן מצינו ויקח אדוני יוסף כו' והנה לפמ"ש דאורי' היה מורד במלכות לפי שחלק כבוד ליואב וקיבל מרות עליו בפני דוד ושפיר הי' יואב רשאי להרגו אף אי דרש אכין ורקין כיון דמדינא בר קטלא הוא. אך י"ל מכיון דחזינן שדוד כתב ליואב הבו את אורי' בלשון רבים הא קמן דפליג ליה יקרא שפיר היה גם אורי' רשאי לחלוק לו כבוד ולאו מורד הוא אך זה תלוי באם הכתב הוא ביחוד ליואב לבד א"כ מ"ש לשון רבים הוא דרך גדולה וחשיבות משא"כ אם הוא

לכל שרי החיילים אין בזה חלוקת כבוד ליואב כלל ולכן מתחלה נתקבצו להרגו שאף שידעו שעושה כן עפ"י ציווי דוד שכתב לו כן מ"מ לא היה לו לעשות דכיון דדרשינן אכין ורקין אמרינן דברי הרב כו' ולכן נתחכם יואב והראה להם הכתב לומר שלא לי לבד כתב זה וא"כ מ"ש בלשון רבים פליג לי יקרא אלא שהמצוה זאת הוא לכולנו יחד ולכן בא בלשון רבים וכיון דלא פליג לי יקרא שוב הו"ל מורד במלכות במ"ש ואדוני יואב וכדין עשינו לקיים מצות המלך עלינו ויש לי לבאר יתר דברי המד"ר שם וקצרתי: ועפ"י מ"ש בטעמא דהבע"ד בעמיד' כיון דשלשה שיושבים בדין שכינה שרויה ביניהם ולכן כתיב ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה' ובזה י"ל מ"ש יתרו מדוע אתה יושב לבדך כו' ע"פ מ"ש משה הי' מתנבא בזה הדבר אשר צוה ד' לפי ששכינה היתה מדברת מתוך גרונו של משה ועיין בריש ספר הפלאה דברים נפלאים. ועפ"י דבריו פירשתי מ"ש בפ' עקב קום רד מזה וגם פרשתי בעבור ישמע העם בדברי עמך וגם בך שמדרגתו היה להתנבאות לפעמים בכה שהדבור הוא עמו. וגם בך דהיינו מדרגת זה הדבר וקצרתי כאן. ויתרו שלא ידע מזה היה סבור שכיון שהוא יושב לבדו ואין שם ג' אין שם השראת שכינה (וגם י"ל מ"ש וכל העם נצב שהוא על דברי ריבות שביניהם ומשה ע"פ דינו עושה שלום ביניהם ואמרינן בברכות שם מהו דתימא דינא שלמא בעלמא הוא ולא אתי שכינה קמ"ל דדין נמי היינו תורה וזה שהשיבו משה כי יבא כו' והודעתי חוקי אלקים ואת תורתיו דדין היינו תורה ויש כאן השראת שכינה ולכן צריכין לעמוד) ולכן שאל לו כיון שאתה יושב לבדך למה העם נצב והשיבו כי יבא אלי העם מה שהעם בא אלי אינו כמו שאתה סובר ששומעים דברי עצמו כ"א לדרוש אלקים כי דברי אשר יצאו מפי הן דברי הגבורה כי יהיה להם דבר בא אלי והודעתי כו' ר"ל שאף הדבור שמהצורך לומר להם הוא בא אלי והודעתי כו' וזה הדבר בעצמו אשר צוה ה' ולכן אעפ"י שאני יושב לבדי צריכים הם לעמוד ועפי"ז אמרתי לפרש דברי המדרש ויאמינו בד' ובמשה אם במשה האמינו בה' לא כ"ש א"כ למה נאמר ובמשה כו' באופן נאות. והמשכיל יבין כי הדברים עתיקים:

טרם אחלה לדבר אכרע בהודאה לצורי וקוני. אשר כל טוב גמלני. ובמתנת חנם חנני. ויעזרני לכבדו מהוני. לקחת את מתקי ואת שמני. ופרי עדן גני. אשר נטעה ימיני. להקריב אותם לרצוני. אל קהל עדת המוני אלופיי מיודעיי וגאוני. ואף כי ידי יד כהה אמנני. לדרוך קסתי בעננני. כי אשא ידי להורי ומלפני ובעודי בטל ילדותי אדם כתור המעלה הראני. ואם כי מימי כל קבל הייתי. ולגדולה לא עליתי. להיות גבר הוקם על אני לא נקראתי וגם כי לא רעיתי ולא צביתי. במקומי שביתתי. חפצי בביתי קוה

קויתי. כי יש לי שכר טוב בעמלי עם תלמידים וחבירים מקשיבים. בע"פ או בכתב למדים ומשיבים. אשר בעזה"י רובם יפה כחם לעלות ראש גבעת המורים ולא יפנו דרך האתרים. כי נכבשה דרך האמת לפניהם. אחר אשר ראו הליכותי כי כל מגמותי אל מחוז האמת ורוב סרעפי המה ינחוני אל חדר הוראות. ובזאת אאות. ואם המצא ימצא באיזה מקומות מעשה חדודים. אשר אין להם מהלכים בין העומדים הא דקטנותא הוא ואולם לבעבור זאת העמדתים כי אנכי ידעתי אפרים כי ימצאו בתוכם סברות שקולים. בטללי אורות כלולים. ממעיני השכל נוזלים. וגופי הפלפולים גם המה טובים כי יקבלו הרובים. אשר יומתק להם רגבי קושיות והויות להדדי על דרך ורבה לחדודי. ומתוכם ילמדו לעלות במסלול נתיב יושר מסילה. וישם פניו אל מדבר האמת ויכוננה עד עולם סלה וכגון דא צריך למודעי כי כמעט שעברתי ראיתי כי רבו הדלוגים והטעיות שנפלו בדפוס מצד המעתיקים ומצד הדפוס והאנשים אשר עמי אשר נדבה רוחם אותם לסקל המסילה ולרשום על לוח הטעות. וגם להציג ציונים על הש"ס ומפורשים לא הספיקו לגמור וכשאני לעצמי מה אני. כי כבד עלי הדבר לא אוכל עשוהו לבדי לזאת אחלה פני המעיין לבו אל יבהל להוציאו דבר לומר משגה הוא אפס ישים אל לבו בדוכתי דאיכא תיוהא וכשירגיש בטעות יצא הדבר מתוקן. וברצות ד' להדפיס אי"ה עוללות אפרים המה התשובות הנשארים תח"י שלא הספיק הזמן כעת לסדרם. וגם התשובות אשר חדשים מקרוב באו בעזה"י ואחבירה עליהם מילין אילין לוח הטעיות והשמטות וציונים כדרך שנהגו עתה להיות מראה מקום על ש"ס ופוסקים וחדושי ראשונים. ואני תפלה לשוכן מעונים למחות אבן הטועים ויצילני משגיונים. ויחזקני ויאמצנו אמיץ כח ורב אונים:

דברי זעירא מן חברייא

הק' **אפרים זלמן מרגליות מברא**ד הלכות עדות ודיינים שאלה א שלום לכבוד אהובי ש"ב הרב הה"ג כו' מוה' יעקב צבי הירש נ"י:

שאלה א

ראיתי מה שנשא ונתן כ"ת בענין ישיבה ע"י סמיכה והעיר בדברי התוס' בסוטה דף מ"ם ע"ב בד"ה והאמר אין ישיבה כו' ע"ש שאא"ז מהרש"א מפרש בירושלמי שהוא דעה א' מתחלה מפרש לשון סמיכה ולבסוף לשון תפלה ולענ"ד אין הפירוש כן בירושלמי אלא ר"ל תפתר דמתני' מיירי בכה"ג שהיה יושב מתחלה היינו עמידה ע"י סמיכה וכן פירש בקרבן העדה כאן ובסוף פ' תמיד נשחט וכן מוכח לענ"ד מירושלמי פ"ג דיומא דקאמר

וישן טעון טבילה לא כן תני ר"ח לא היתה ישיבה כו' תפתר שסמך עצמו לכותל וישן לו כו' ע"ש אך מלשון הש"ט שהביאו התוס' שם נראה דפירושו כמ"ש אא"ז ואין המדרש ש"ט כעת לפני:

ומ"ש אא"ז מהרש"א שם שחסר בדברי התו' סיום דברי התוס' בזבחים ובאו"ת סי' ך"ח כ' ליישב דברי התוס' בענין אחר ע"ש. אך לפענ"ד האמת כדברי אא"ז אלא שלפענ"ד חסר הרבה בדברי התו' דלכאורה לדברי אא"ז א"כ היא גופא קשי' בסוגי' דזבחים דמאי פריך אטו לא ס"ל הך דאין ישיבה כיון דבסוטה לא ניחא להו בתירץ התוספות דזבחים שר"ל ע"י סמיכה אך לפענ"ד דהתוס' דהכא ס"ל דודאי שם לק"מ כמ"ש התוס' ביומא דף כ"ה דיש לתרץ הא דפריך וליתב מיתב משום דהוה צורך עבודה שרי וכמו אכילה דשרי לפי שהוא צורך עבודה. ולפ"ז שפיר קשי' להו אהך דהכא בכ"ג דקריאה נמי אע"ג דלאו עבודה הוא מ"מ צורך עבודה הוא וכמבואר להדיא ביומא ר"פ בא לו דלפיכך שרי לקרות בבגדי בוץ אע"פ שהוא כלאים ומה"ט שרי נמי שם למיכל בבגדי כהונה משום דהוי צורך עבודה ע"ש וא"כ גם לענין ישיבה בעזרה יש לנו לדמות אותם וזה כוונת התוס' כאן דבש"ס פריך וליתב מיתב אלמא דכל צורך עבודה שרי וא"כ קריאה נמי צורך עבודה היא:

ונלענ"ד שזה ג"כ דעת הגהת התוס' בזבחים דף י"ט שהקשו שם וא"ת מה ליושב שכן אסור בעזרה כו' מוכח דלא ס"ל הך תירוצא שכ' בזבחים דף גבי וליתב מיתב דר"ל ע"י סמיכה דא"כ אכתי מצי למעבד ק"ו מעומד ע"י סמיכה שאוכל ואעפ"כ מחלל עבודה אלא ודאי דהך הג"ה ס"ל לתרץ הך דליתב מיתב כמ"ש ביומא דהיינו לפי שהוא צורך עבודה ובהכי א"ש מה שתירצו דשמא אינו מה"ת תדע דאל"כ ל"ל קרא לעכב ובשער המלך פ"ז מהל' בית הבחירה הקשה דהא י"ל דקר' אתי למעוטי סמיכה דמותר כה"ג בעזרה ומ"מ לעבודה אסור. ולענ"ד דהתו' דהכא לא מחלקי בכך דאל"כ מעיקר' לק"מ וגם שהרי כתבו באותו עמוד לעיל ומה שיושב ואוכל היינו במורם מקדשי' קלים והיינו כדי לתרץ הך דאין ישיבה כו' וכמ"ש ג"כ ביומא לתירוץ א' ולא ס"ל להתיר באכילה ישיבה משום דהוי צורך עבודה דבעלים מתכפרין ומ"מ בהך דקידוש ידים שפיר י"ל כן כיון דצורך עבודה גמורה הוא והכי ס"ל להגהת התו' ולכך שפיר קשי' להו דנימ' מה ליושב שכן אסור בעזרה והיינו עכ"פ שלא לצורך עבודה תאמר בזה שמותר ליכנס לעזרה אף שלא בשעת עבודה וע"ז שפיר תירצו דאפשר שאינו מ"ה ולכך שפיר מחלקינן בין צורך עבוד' או לא וע"ז כתבו תדע דאי אמרת שהו' מה"ת א"כ אין מקום לחלק בין לצורך עבודה או לא א"כ ל"ל קרא דמצוה לעשות עבודה מעומד והוי מצי לאתויי גם מהא

דפריך וליתב מיתב דמוכח דיש מקום היתר. ואמנם העיקר נלענ"ד כמ"ש המג"א סי' קמ"א דלענין מה דכתיב איסור ישיבה לא נתמעט עמידה ע"י סמיכה אבל מה דבעי עמידה בעינן עמידה ממש דסמיכה אינה לא כישיבה ולא כעמידה ולפ"ז נראה דאם הא דאין ישיבה כו' מדאוריית' מקראי דלעמוד לשרת כמ"ש רש"י ביומא הביאו המ"ל א"כ גם סמיכה אסור ואם הוא מדרבנן י"ל דלא אסרו רק ישיבה ממש וסמיכה מותרת ולפיכך שפיר הוכיחו דאינה דאורייתא דאל"כ ל"ל קרא למצוה וא"ל לסמיכה ז"א דאי מדאורייתא הסמיכה נמי אסור בעזרה ועיין בס' באר שבע פ"א דתמיד במ"ש בהא דעלי יושב על מזוזת היכל כו' י"ל דעל מזוזת ליכא איסור'. ובאמת י"ל דר"ל שישב מחוץ להיכל אצל המזוזות כמ"ש רש"י דעל מזוזת היינו אצל ועיין בב"י סי' ק' מ"ש די"ל ועלי יושב היינו לשון עכב' כמו ותשבו בקדש:

וראיתי מה שהקשה כ"ת ממ"ש התו' בשם הש"ט דמפרש ישיבה ממש ולק"מ דודאי הש"ט ס"ל דישיבה ממש הוא מיהו לדידן י"ל דלאו ישיבה ממש ואפ"ה שפיר מוכח דעלי הי' מותר לישב שם מהך דיוקא דהנצבת עמך דדייקינן דאסור לישב בתוך ד"א של תפלה וא"כ משמע דלולי זאת הי' יכול לישב. והנה במ"ש עמידה מן הצד איכא בינייהו נלענ"ד דודאי האיסור לעשות עבודה על דרך זה דאין שירות בכך וכדאמרינן ביומא השתא לפני מלך ב"ו כו' והלכך משני דכתיב לשרת והלכך אפי' תימא דמחשב עמידה אין דרך שירות בכך ובהכי א"ש התוס' דנימא מה ליושב שכן פסול בעזרה וא"ל דיליף מעומד בסמיכה דז"א דשם הפסול דעבודה משום דאין דרך שירות בכך ואין מזה ראיה לזר וכן כתבו שפיר לתרץ דהוי דרבנן תדע דל"ל קרא למצוה דא"ל ע"י סמיכה ז"א דזה פסול בלא"ה משום שאין דרך שירות בכך וע"כ בעינן לעבודה או ישיבה ממש או עמידה ממש והתם דפריך וליתב מיתב ופירשו התו' דע"י סמיכה קאמר היינו למאי דס"ד דאין בקידוש ידים משום שירות ושפיר י"ל כיון דאין כאן ישיבה ממש מותר הוא בעזרה:

אמנם צ"ע בריב"ש דמייתי ראיה דסמיכה אינה כעמידה מדקי"ל כת"ק דר"י ב"ר יהודה דמן הצד ל"ש עמידה וא"כ ה"ל כישיבה ע"ש שכ' דלא גרע משחיה דאמרינן במגילה פרק הקורא עומד כתוב א' אומר ואשב כו' אלא שוחה כו' ע"ש וא"כ משמע דלאו משום דאין דרך שירות בכך ונראה שר"ל דודאי אי הוה קי"ל כר"י בר"י א"כ ע"כ דחשיב ליה עמידה ממש ולכך כתב דקי"ל כת"ק ומ"מ גם לת"ק מותר בעזרה דאינה ישיבה ממש אלא דלענין דיינים מיקרי ישיבה כמ"ש מהך דמגילה ועיין בטורי אבן שם במגילה:

ועיין בפירוש הראב"ד למס' תמיד באורך בזה בענין לשכת פרהדרין ודעתו שם כל דבר שמהצורך לעשות בישיבה מותר לכל אדם כגון פרישת מלואים כו' אבל מה שאפשר

בלי זה כגון קריאת המלך ופרשת כה"ג אין לישב כו' ועיין בבאר שבע בתמיד שכ' דאפשר דהך דאין ישיבה הוא רק מדוד ואילך וצ"ע מקדושין גבי שמואל ועוד יש לעיין שם הרבה גם מ"ש בחלק אהא דגמירי כו' ולענ"ד אפשר דהך דמלכי ב"ד מותרין הוא מדברי קבלה אבל האיסור הוא דאורייתא ולפי מ"ש י"ל דגם התוס' ס"ל היכא דלא אפשר שרי ומ"ש גבי קידוש ידים לאו ישיבה דהא אין ישיבה כו' ר"ל דהא באמת אפשר בל"ז אף סמיכה או למעבד כרבנן ועיין בדרך הקודש שהביא דברי הראב"ד משם לקוטי ר"ב אשכנזי והם דברי הראב"ד הנ"ל וכעת אין פנאי להאריך:. ומה שכתב כ"ת לענין מצות צריכות כוונה שכתב בהג"א ראיה מנדה שנאנסה דקי"ל כרב דטהורה עיין בר"ן חולין דף ל"א בשם הרמב"ן שכתב דפלוגתא דרב ור"י לא שייך בהא דמצות צריכות כוונה דטבילה ושחיטה לאו מצות אלא מכשירים ולמר מצות חמירי ולמר מצות קולי ולא מעיילי נפשייהו בפלוגתא דמצות ולפ"ז צריך לומר דהג"א ה"ק דהתם קי"ל כרב א"כ עכ"פ אין להביא ראיה משם להחמיר להצריך כוונה ומ"מ ראיה גמורה אין כאן דאיכא למימר מצות חמירי ובאמת הרמב"ן גופי' במלחמות בר"ה מייתי הא דרב ור"י אפלוגתא דמצות צ"כ וצ"ל כמ"ש וקצרתי דברי ש"ב ידידו:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה ב

שאלה עדים שהעידו והוזמו שלא בפניהם אם הם כשרים אח"כ לעדות אחרת או לא:

תשובה דבר זה מתורת רבינו הריב"ש למדנו שכתב בתשובה סי' רס"ו שכ' דהא דאמרינן אין מזימין את העדים אלא בפניהם זהו לחייבם בגוף או בממון מועשיתם לו כאשר זמם וטעמא משום דכתיב והועד כו' דמה"ט נמי אמרינן אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד אבל לבטל עדותן לא דכיון שהמזימים מעידים בגופם של מוזמים עמנו הייתם והתורה האמינתם הרי הוא כאילו פסלם בגזלנות או בשאר פסול הגוף שיכולים לפסלם ולבטל עדותן כמ"ש הרמב"ן ז"ל בהא דעדים החתומים על השטר ומתו כו' ומשמע דכשהם חיים דומי' דמתו דהיינו שלא בפניהם מצי למפסלינהו לבטל עדותן ולא אמרינן תרי ותרי נינהו כו' וה"נ אע"פ שהוזם שלא בפניו ואינו הזמה לענוש אותו מכאשר זמם מ"מ עדותן בטלה כיון שהעידו בגופן ע"ש והביאו הב"י בח"מ סי' ל"ח והש"ך כ' שאין דברי הריב"ש לדינ' ואפי' לדברי הריב"ש אין יכולים לפסלו רק לעדות שאין זה רק חוב להם ולא לשבוע' וגם בשו"ת מהר"ל וב"ח ומהר"ם אלשקר כתבו שדעת הפוסקים

דלא כהריב"ש ובשו"ת נ"ב חלק אה"ע האריך בזה והביא ראיות דלא כהריב"ש ואיידי דחביבין לי שמעתתיה דהגאון ז"ל ראיתי לישא וליתן בדבריו ז"ל:

והנה הגאון ז"ל הביא ראיה מסנהדרין דף ח' ע"ב ד"ה והביא האב כו' קודם גמר דין דהשתא ליכא מיתה בזוממין ע"ש ואם איתא להא דהריב"ש לא הוצרכו לדחוק בזה דאיירי קודם גמר דין דאפי' אחר ג"ד יכול להיות שהזימום שלא בפניהם דהם מוזמים ודאי לדעת הריב"ש וחיוב מיתה ליכא כיון דהוה שלא בפניהם אלא ודאי דלא כהריב"ש והזמה שלא בפניהם דהכחשה הוי היינו בב' כתות עדים המכחישים זא"ז ובהכחש' יכול לבא לידי נפשות כמ"ש ר"ת אח"כ בדבור ההוא כו' עכ"ל הנ"ב ז"ל ולכאורה ראיה גדולה הוא דעכ"פ ה"ל להתו' לינקט בדבריהם גם הזמה שלא בפניהם:

ונלענ"ד ליישב דברי הריב"ש ז"ל ומתחלה אבאר מה שצריך להבין במ"ש התוס' דבהזמה קודם ג"ד ליכא נפשות דלמה לא ניחוש ללעז שיבאו עדים אחרים ומה בין זה להכחשה ומה שחלקו התוס' דבהזמה סהדי שקרי נינהו עדיין יש פ"פ לומר דדוקא בהוזמו אחר ג"ד כיון שכך גזרה חכמת התורה שכל שהם מזימים העדים האחרונים נאמנים א"כ יש לנו לומר שעדות הראשונים שקר משא"כ בהוזמו קודם ג"ד כיון דאמרינן בב"ק אליבא דרבא גופא עד זומם חידוש הוא דמאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני וא"כ אין לך בו אלא חידושו דוק' לאחר ג"ד אבל קודם ג"ד אית לן למימר מאי חזית כו' ולהכחשה דמי וא"כ כי היכא דבהכחשה חוששין לומר שמא יבאו עדים אחרים כמו כן י"ל בהזמה קודם ג"ד ג"כ וא"כ איך אמרינן תבעו ממון דהיינו הזימום קודם ג"ד בשלשה ותבעו נפשות היינו בהכחשו בך"ג דמה בין זה לזה ובתרווייהו איכא למיחש שיבא לידי נפשות (ואע"פ שהרמב"ם פ"כ מהל' עדות כ' או שהוזמו שניהם קודם ג"ד כו' אין נענשין אע"פ שהוזמו ונפסלו לכל עדות שבתורה כמבואר סי' רס"ו ע"ש מ"מ י"ל דזה באמת לדידן דקי"ל כאביי דס"ל למפרע הוא נפסל ולדידיה אפשר דס"ל דלא הוי חידוש ע"ש בתו' משא"כ הכא דאזיל אליבא דרבא דאיהו תרגמה שהביא האב עדים והזימום קשה):

ולכן נראה לפענ"ד דלכאורה קשה למ"ש ר"ת דמיירי בהוכחשו עידי הבעל וכתב הר"ן בחידושיו דמיירי ששני העדים היו מכחישים זה את זה בחקירות דאל"כ אלא שהוכחשו מפי אחרים אין הבעל צריך ליתן ק' סלע אף לר"ת שיכול לומר עדים שלי אמיתיים הם ע"ש ולפ"ז קשה למה הצריכו רבנן ך"ג משום שחוששין ללעז שיבאו עדים אחרים ע"ש בתוס' באוקימתא דעולא ולכאורה מה בכך שהרי לקמן דף ל"א אמרינן לא נחלקו ב"ש וב"ה בב' כתות עדים א' אומרת מנה וכת אחת אומרת מאתים שיש בכלל מאתים מנה על מה נחלקו על כת א' אומר מנה וא' אומר מאתים שב"ש אומרים נחלקה עדותן

כו' והקשו התוס' דהא כיון דב"ש ס"ל בכת א' נחלקה עדותן א"כ אף בב' כתות ה"ל כנמצא כ"א קא"פ ותירצו כיון שאין הפסול ידוע לא אמרינן הכי ועוד י"ל דאתיא כמ"ד תתקיים העדות בשאר ועוד י"ל דדוקא בהעידו תכ"ד כו' ע"ש. ולפי"ז קשה בסוגיא דהכא דמאי ניחוש שיבאו עדים אחרים ומה בכך כיון שאלו הכחישו זא"ז שוב ה"ל כנמצא קא"פ ותירוצי התוס' לא שייך כאן שמה שתירצו לחלק בין העידו תכ"ד ז"א דהסוגי' לא ס"ל הכי שהרי בחד אוקימתא מוקי לה בנמצא א' קא"פ ולכך ס"ל לר"מ בג' וקשה דאכתי ניחוש ללעז שיבאו אחרים שלא יהיה פסול ביניהם וה"ל להתוס' להקשות כן אהך אוקימתא כמו שהקשו על אוקימתא דאיתכחוש בבדיקות אלא ע"כ דעל אוקימתא דנמצא קא"פ לא קשי' להו דנהי שיבאו עדי' אחרי' אח"כ כולם יפסלו מחמת הפסול הנמצא בראשונים וא"כ ה"נ דכוותי' (וכ"כ התו' לקמן וגם במכות דאף לאחר כ"ד עדותן בטלה וגם בב"ב דף י"א השמיטו תירוץ זה לחלק בין תכ"ד ע"ש ובתשובה הארכתי לענין דינא) וגם התירוץ הב' דס"ל כמ"ד תתקיים בשאר לא שייך כ"א בד"מ משא"כ כאן דאמרינן שמא יבואו ויהי' ד"נ והא ליתא דבד"נ נמצא קא"פ בטל לכ"ע וגם תירוץ הא' לא שייך כאן דהתם שפיר אין הפסול ידוע כיון ששנים מעידין כך ושנים מעידים כך ולא נתברר הפסול משא"כ כאן שא' אומר כך וא' אומר כך ואנן חיישינן שיבאו אחרים ויעידו כדברי האחד א"כ יתברר שהשני שהעיד להיפוך הוא שקרן ופסול וא"כ יהיה הפסול ידוע ויתבטל כל העדות וא"כ מה חשש לעז שייך כאן וצ"ל עפ"י מה שקשה לכאורה על התו' שהקשו בב' כתות עדים המכחישין ה"ל נמצא קא"פ שהרי באמת בעינן שזה פסול יצטרף עם הכשרים בראיית המעשה וכאן הרי אנו אומרים דכת אחת משקרים וא"כ אפשר שאף בשעת מעשה ל' הי' שם ומעולם לא נצטרפו בראי' ומכ"ש שיש להקשות כן לפי מה שכ' הרמב"ם והתוס' דאם הוזם א' מן הכת כל העדות בטל וקשה למה כיון שהוזמו א"כ לא היה בשעת מעשה כלל והנ' בסי' נ"ח כתב הטעם דכיון שהם אומרים עכ"פ ראינו המעשה אלא שהוזמו חשוב כהיו שם בשעת ראיה כיון שעכ"פ לפי דבריהם היו שם ע"ש ובתשובה תמהתי על הב"ח בזה דאטו מפיהם אנו חיים וכתבתי ליישב כ"ז באופן נאות ונכון מאוד ואין כאן מקומו):

והשתא א"ש דדוקא בהוכחשו או הוזמו מפי עדים האומרים עמנו הייתם או הבע"ד הי' עמנו שפיר אמרינן כיון שלפי דברי המוכחשים הי' שם חשיב כהי' שם בשעת ראי' ולפיכך שפיר הקשו בב' כתי עדים המכחישים דה"ל נמצא קרוב או פסול כיון שעל שעה אחת מעידין ולפי דבריהם היו שם משא"כ כאן שפיר י"ל לרבנן דחיישינן ללעז שיבאו אחרי' וא"ל דהא הוי כנמצא קא"פ ז"א כיון דמיירי שהוכחשו בחקירות

דאיזה יום או שעה דהיינו שזה אומר מעשה כי הוה ביום ב' וזה אומר ביום ג' וכה"ג א"כ אם יבאו עדים ויעידו כדברי הא' שפיר קטלינן לה וכיון שזה הפסול אומר על יום אחר א"כ אף לפי דבריו לא הי' שם ולא נתבטל העדות כלל אך כ"ז בהכחשה דחקירות משא"כ בהוכחשו בבדיקות דהיינו שזה אומר כליו שחורי' כו' שפיר קאמ' הש"ס דר"מ ס"ל כבן זכאי דהכחשה דבדיקות הוה הכחשה הלכך סגי בג' ואין לחוש ללעז שיבואו אחרי' דאף אם יבאו לא מהני כיון דלדידי' בבדיקות הוה הכחשה גמורה ולפיכך נחלקה העדות אף הבאים אחריהם יפסלו דה"ל נמצא קא"פ דהא כאן אין הכחשה ביניהם בזמן כדאמרינן דאתכחש בבדיקות ולא אתכחש בחקירות ופירש"י שכוונו באיזה יום ואיזה שעה (ומדוקדק הלשון דקאמר ולא אתכחש בחקירות ולכאורה היא שפת יתר ולפי מ"ש דבא לאורויי כיון שכוונו על שעה חדא אין לחוש אף לסהדי אחריני ולפי שיטת ר"ת מדוקדק יותר משום דעד הך אוקימתא מיירי הסוגיא שהכחישו אז בחקירות כמ"ש הר"ן ולכך קאמר השתא ולא אתכחש בחקירות וק"ל) רק שזה אומר כליו שחורי' כו' ועכ"פ לפי דבריו הי' שם בשעת מעשה ונפסל כל העדות וכמ"ש בשם הב"ח וזה נכון מאוד כפתור ופרח (ועיין בחלק אה"ע סימן נ"ד כתבתי מזה אך לפ' שיש שם חסרון ודילוג הנחתי כאן הדברים ככתבם):

ואחרי הודיע אותך את כל זאת ממילא דלק"מ מה שהקשיתי מה חילוק יש בין הכחשה להזמה קודם ג"ד ולפי החילוק נכון ומבואר דבשלמא בהכחשה דהיינו הכחשה דחקירות שפיר חוששין שיבואו עדי' אחרי' ויבוא לידי ד"נ על ידם שלא יהי' נפסל מחמת עדות המוכחש כיון שלא נצטרף בראי' אף לפי דבריו שהרי הוא מעיד על יום אחר משא"כ בהוזמו קודם ג"ד דאפי' תימא שיבואו עדי' אחרי' מ"מ אין בכך כלום כיון שעכ"פ יש כאן חשש עדי' פסולי' שהרי הוזמו מפי שני עדים ואעפ"י שהי' קודם ג"ד ותרי ותרי נינהו מ"מ נפסלו מספק דשמא סהדי שקרי נינהו ולא היו שם כלל כמו שאומרים המזימין וא"כ אף הבאים אחריהם פסולים כיון דלפי דברי הפסולין היו עמהם וכמ"ש הב"ח לענין אם הוזם א' מהכת כל העדות בטל וה"נ כיון שהוזמו שנים מהכת מתבטל כל העדות ואעפ"י שהוזמו קודם ג"ד עדות פסולה הוא מספק ומתבטל הכל (ואעפ"י שמדברי התוס' ד"ה משר"ר וד"ה והביא מבואר החילוק דבהזמה טפי י"ל דשקרי נינהו אף שהוא קודם ג"ד מ"מ החילוק שכתבתי הוא נכון בעצמו) ואעפ"י שבזה אין הפסול ידוע מ"מ שפיר י"ל כן לפי תירוץ הב' שהבאתי לעיל שכ' בדף ל"א דאתי כמ"ד תתקיים בשאר וזה דוקא בד"מ:

ולפי מ"ש י"ל לפי מ"ש באו"ת סימן ל"ח דאף לפי דעת הריב"ש דהזמה שלא בפניהם מבטל העדות דוקא לענין העדות שיעידו הם בעצמם אבל אין לחשוב שאר עדות הכשרי' כנמצא אחד קא"פ ע"ש ולפי"ז א"ש דלא מצי לאוקמי בכה"ג דהריב"ש דס"ל דהזמה שלא בפניהם מבטל עדות האחרים היינו לדידן דקי"ל למפרע נפסל משא"כ הכא דקיימינן אליבא דרבא דס"ל דחידוש הוא ומאי חזית דסמכת אהני כו' א"כ בהזמה שלא בפניהם דלא חדית לן רחמנא אינו רק בהכחשה ובשלמא בהזמה קודם ג"ד אע"ג דאיכא למימר מאי חזית כו' כמש"ל מ"מ אין חשש שיבואו אחרי' דאפי' יבואו אחרי' הוה כנמצא קא"פ דהא עכ"פ פסולים מספק כמו בהכחשה משא"כ בהזמה שלא בפניהם שפיר חיישינן לרבא שיבואו אחרים ואפ"ה לא יהי' פסולים כמ"ש האו"ת אך קשה כיון דהריב"ש מדמה הזמה שלא בפניהם כהזמה קודם ג"ד ע"ש א"כ כמו בקודם ג"ד אמרינן דכיון דעכ' הוה כהכחשה והם פסולים מספק א"כ יש כאן ספק קא"פ ה"נ אית לן למימר בהזמה שלא בפניהם דעכ"פ פסולין מספק:

ולכן נראה דלכאורה בלא"ה קשה דמי הכריחו לאוקמי הך דתבעו ממון בהזמה נימא דמיירי בהכחשה שבאו עידי האב והכחישום ואין חשש שיבואו אחרים דגם האחרים יהיו מוכחשים מפי אלו לפי מה שכ' מהרש"א ומהר"מ שיף בפירוש התוס' גבי דאתכחיש בבדיקות דמשכחת לה שלא יהיו מוכחשים מ"מ נימא דהכא לא מיירי בהך גוונא שכ' מהרש"א וממילא דאין לחוש לעדי' אחרים אף בהכחשה וצ"ל כתירוץ הר"ן דכה"ג שהעדי' לא הכחישו זא"ז רק שעידי האב הכחישום הכחשה גמורה אף ר"ת יודה דלא מחייב מאה סלע דמצי למימר עדי' שלי אמתיים ע"ש (וזה שלא כדברי התוס' שלפנינו דאף בהכחשה גמורה מחייב מאה סלע) וא"כ לפי מ"ש דלרבא דס"ל חידוש הוא דמאי חזית דסמכת כו' גם הזמה קודם ג"ד למה יתחייב מאה סלע דהא מצי האב למימר האמת עם עדים שהבאתי אף שהוזמו מאי חזית דסמכת כו' כיון שהי' קודם ג"ד וצ"ל דבשלמא בהכחשה שפיר קאמר הר"ן כיון שכבר נגמר הדין עפ"י עידי הבעל אלא שאח"כ באו אלו והכחישום מ"מ מצי הבעל למימר כיון שעפ"י עדים שלי הוברר הדבר שזינתה אעפ"י שהכחישום סומך אני על עדי' שלי משא"כ בהזמה קודם ג"ד לא מצי למימר האמת כעדי' שלי כיון שעדיין לא הוברר שיש ממש בעדותן שהרי עדיין לא נגמר הדין על פיהם וכן נראה מדברי התוס' דמכות דף ה' ד"ה וכן לענין קנס דכל שלא נגמר הדין אינו ברור כ"כ שתתקיים ואכתי גברא לאו בר חיובא ע"ש (ועדיין צ"ע דדוקא בהכחישום עידי האב קודם ג"ד) ולפי"ז אין קושיא דנוקמא בהזמה שלא בפניהם זא"א דכיון שעכ"פ נברר הדין עפ"י עידי הבעל והזמה שלא בפניהם אינה רק כהכחשה לרבא

דס"ל מאי חזית כו' א"כ א"צ הבעל ליתן מאה סלע כיון שנפסק הדין עפ"י עדי הבעל מצי למימר עדי' שלי אמתיים כיון שהוברר הדבר שיש ממש בעדותן ולכך מוקי לה בהזמה קודם ג"ד (ואמנם מהתוס' מבואר דס"ל החילוק בין הכחשה להזמה דבהזמה ודאי שקרי נינהו והיינו כמ"ש הרמב"ן והריב"ש דהזמה שלא בפניהם והזמה קודם ג"ד מבטל עדות הראשונים אלא שאין נענשי' ולפי"ז לכאורה שפיר מדייק בנ"ב מהתו' דנקטו דוקא הזמה דקודם ג"ד אך לקמן אבאר שגם לפי טעמא דהתוס' א"ש:

ומלתא אגב אורחי' ראיתי להעתיק מ"ש בחידושי לסוגיא זו בישוב קושית אא"ז מהרש"א דלמה לי' לאוקמא תבעו נפשות בהוכחשו דשפיר מצי לאוקמא בהזמה ואחר גמר דין דאיכא עידי לעז שיצטרכו להוסיף עד ך"ג להרוג העדים ונלענ"ד ליישב והוא עפ"י מה שיש לדקדק בלשון רש"י שכ' עידי האב נהרגין ומשלמין לבעל ק' סלע שרצו להפסידו וק' למה נקט ק' סלע דוקא דהא רצו להפסידו ג"כ שיתחייב ליתן כתובה דמינה מיירי לענין עידי הבעל כמ"ש רש"י שם אך י"ל דלכאורה הא דאמרינן גבי עידי הבעל נהרגין ואין משלמין ממון היינו הכתובה מיירי אע"ג דהבעל טוען פ"פ מצאתי מ"מ לא מהימן להפסידה מחמת חזקה אין אדם טורח כמ"ש התוס' דבאשת ישראל דאיכא ס"ס ומותרת לו לא שייך הך חזקה והלכך שפיר הפסד הכתובה בא ע"י עדים אלא שא"צ העדי' לשלם דקלב"ם ולפי"ז י"ל דהיכא שהביא הבעל עדי' שזינתה ואח"כ הוזמו מ"מ אין הבעל צריך ליתן הכתובה דאע"ג דהעדים הוזמו מ"מ כיון שהוא הביא עדי' לאוסרה על עצמו אמרינן דמסתמא קושטא קאמר שפ"פ מצא ואין לנו לחשדו שמשקר במזיד ומהדר בתר סהדי שיקרי דהא חזקה אין אדם טורח ואע"ג דהשתא שבאו עדים והזימום באמת היא מותרת לו מ"מ איהו אייתי סהדי למיסרי עלי' אית לן למימר דקושטא קאמר דפ"פ מצא והנך סהדי שיקרי לא באו מחמת גרמא דידי' כ"א מעצמם משנאת האשה או הבעל ולאוסרה עליו באו והוא לא ידע והלכך לענין כתובה דאיכא למימר הם אמרו כו' יש לפטרו מחמת חזקה דאין אדם טורח והלכך הוצרך רש"י לפרש דמיירי לענין ק' סלע אך קשה דהא רש"י גופא בהא דמוקי ובאו עידי האב והזימום כ' דאפי' להפסיד כתובה לא מהימן דאיגלאי מלתא דשקורי משקר ואסהדי שקרי קא מהדר כו' וצ"ל דהתם קאי לחכמי' דפליגי על ר"מ דהיינו ר' יהודה ור"י ס"ל בכתובות דאינו חייב עד שישכור עדי' וכיון שהאב בא להוציא ק' סלע ע"כ הוא מברר שהבעל שכר העדים ופשיטא דלא מהימן כלל והיינו דאסהדי שקרי קא מהדר משא"כ בהא דרב יוסף י"ל דלא ס"ל כרבי יהודה ולכך פירש"י לענין מאה סלע. ואמנם י"ל דא"ש אף לר"י שהרי התוס' הקשו דלמה נהרגין דלימרי דלחייב הבעל באין והנה המהר"מ שיף תירץ דאם

איתא הי' להם להכחישו דאף בהכחשה חייב ק' סלע לשיטת התוס' והנה לפי שיטת הר"ן דבכה"ג אין חייב ק' סלע א"א לומר כן וגם דאכתי הוה קשה דלימרי דלחייב הבעל כתובה באנו ודוחק לומר דלא אתי כר' יהודה וא"כ אף השתא אין לה כתובה דחזקה דאין אדם טורח במקומה עומדת אף לאחר הזמה וכמש"ל ולכן נראה לפענ"ד דשפיר אתי דרב יוסף אף כר"י דהנה לכאורה קשה לפי מאי דקי"ל הנוטל שכר להעיד עדותו פסול א"כ אם האב בא לקחת ק' סלע צריך לברר שעדי' אילו באו בשכרם ומה יתן ומה יוסיף אח"כ הזמת עדי' אלו כיון שכבר נפסל ולא שייך בהו דין הזמה כדאיתא בב"ק בסוגיא דמיפך והזמה וצ"ל דמתחלה היו אלו עדי הזמה ואח"כ מברר האב שהבעל שכר עדיו ולפי"ז ק' דלמה משלמין ממון ק' סלע וכתובה הרי הם יכולים לומר מי הוה ידעינן דאתי עדי' שהבעל שכר עדיו כסבורי' היינו שלא יהיו עדי' כאלה לבעל וא"כ אין כאן הפסד ממון דהא ליכא ק' סלע וגם מכתובה יהי' פטור מחזקה דאין אדם טורח כו' כיון שאכתי לא הוה עדים שהבעל שכר עדיו כנ"ל וצ"ל שהן הן עדיו גם ע"ז שהבעל שכר עדי' וא"כ באו להפסיד ממון ולפי"ז מתורץ קושית התוס' שהקשו דלימרו לחייבו ממון באנו י"ל דז"א דאם לא באו רק לחייבו ממון א"כ למה תפסו השקר באופן זה לומר מתחלה עמנו הייתם ואח"כ שקר שראו שהבעל שכר העדי' הו"ל לתפוס השקר להיפך ולהעיד מתחלה לפסול העדים בטענת שקיבלו שכר ואח"כ להזימם או שלא להזימם כלל ואפ"ה יתחייב הבעל מאה סלע דלא גרע מהכחשת עדיו אלא ע"כ שבאו להרוג ולהפסיד ממון ולכך הוצרכו להעיד כסדר הזה דוקא ולפי"ז מיושב קושית מהרש"א דהול"ל הך דבמקום נפשות בך"ג בהזמה לאחר ג"ד דאיכא חשש לעז שיצטרכו להוסיף עד ך"ג להרוג העדי' ולפי מ"ש י"ל דלא מצי לאוקמא בהכי משום דאכתי תיקשי כיון שלע"ע האב אינו תובע אלא ממון ק' סלע א"כ שפיר הו"ל לדון בג' וא"ל דאתי לידי נפשות שיצטרך ך"ג להרוג המוזמין ז"א דאם יוציא האב ק' סלע לפני ג' אילו א"כ ע"כ יצטרך האב לברר בפניהם שהבעל שכר העדי' וא"כ לעולם לא אתי לידי נפשות דאף שיחזרו ויעידו הזמה זו לפני ך"ג אין להם משפט מות כיון דכבר נפסלו בלא"ה לפני ג' מפני שנטלו שכר תו לא קטלינן להו אם הוזמו ולכך הוצרך לאוקמי בהכחשה וחיישינן שיבואו עדי' אחרי' כדברי הבעל ואיכא נפשות להרוג האשה ואין להקשות דלפי"ז למה הוצרכו התו' לומר דמיירי תבעו ממון בהזימום קודם ג"ד דהא בהזימום אחר ג"ד נמי א"ש דליכא למיתי לידי נפשות כמש"ל שהרי יצטרך לברר ששכר העדים וכבר נפסלו י"ל דס"ל להתוס' דאדרבה מהאי טעמא גופא יש לנו להושיב ב"ד של ך"ג תיכף כיון

שאם יקובל העדות לפני ג' שוב לא אפשר להרוג העדים ומצוה לקיים ובערת כו' ובכה"ג אף ר"מ דס"ל דאין חוששין ללעז מודה דבעי ד"ג דאין זה ענין לחשש לעז כלל:
ועפ"י מ"ש יש ליישב מ"ש בספר כתובה להגאון אבד"ק פפד"מ בשם בנו חד"ז הגאון מוהר"ר צבי הירש נ"י דבאוקימתא דרב אשי דהתרו למלקות קשה דהו"ל עדות שא"א י"ל דהא העדים אין לוקין כיון שמשלמין ממון מה שרצו להפסיד הכתובה לאשה ונלענ"ד לתרץ עפ"י מ"ש דלכך פירש"י עידי האב נהרגין ומשלמין ממון דהיינו ק' סלע ולא פי' שמשלמין מה שרצו להפסיד לבעל שיצטרך ליתן כתובה וכתבתי דאף שהזימו עידי האב מ"מ פטור הבעל מכתובה דאעפ"י שעדיו הוזמו מ"מ כל כמה שלא נתברר ששכר עדי' לא איתרע חזקה דידי' שאין אדם טורח כו' והנה המשנה למלך הביא דברי הריטב"א דס"ל דאף בעדות ממון אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה והקשה מזוממי עבד ע"ש ובמקום אחר כתבת, שיש תמו' ממתני' דמעידין אנו באיש פלוני שגירש את אשתו ונתן לה כתובה כו' ועיין באו"ת שהקשה מכל עידי שובר ועידי פטור ע"ש ומוכח דבממון לא שייך כאשר עשה והטעם כתבו התוס' דף מ"ח משום דאפשר בחזרה לא מיקרי כאשר עשה ולפי"ז אתי שפיר דאתרו למלקות ולא ס"ל עדות שא"א י"ל משום דשפיר לוקין העדי' ואין משלמין ממון משום דהו"ל כאשר עשה וא"ל דבממון מתחייב אף אם כבר נעשה המעשה ז"א דטעמא מאי משום דאפשר בחזרה דהיינו אם יוזמו באמת יחזיר הממון לבעליו וכאן באמת אינו כן דאף אם יוזמו לא יצטרך לשלם הכתובה דכיון שהביא עדים שזינתה תחתיו א"כ קושטא קאמר דפ"פ מצא ואיכא חזקה דאין אדם טורח כו' והוא כאשר עשה וליתא בחזרה אך קשה לפי מ"ש התוס' דרב אשי לית לי' חזקה דאין אדם טורח כו' א"כ שפיר מתחייבין עידי הבעל לשלם הכתובה ופטורין ממלקות וא"כ למה תלקה היא הא ה"ל עדות שא"א י"ל ונלענ"ד משום דהא דעדים מחויבין לשלם הכתובה היינו טובת הנאה בלבד והתוס' בב"ק הקשו היאך אמרינן אומדי' כו' הא שום אדם לא ירצה לקנות דלמא מחלה ע"ש מה שתירצו ועכ"פ נקטינן מהא דכשיש לומר ששום אדם לא ירצה לקנות אין העדי' צריכים לשלם דמצי אמרי מה אפסדינך ולפי"ז כיון דבאמת השתא אזלי כולי סוגיא למימרא דכ"ע חוששין ללעז והיינו כיון דהבעל טוען פ"פ אנו חוששין שמא יתברר ע"י עדי' שזינתה א"כ לק"מ דאף אם הוזמו א"צ לשלם הכתובה דמצי אמרי מה אפסדינך דכיון שהבעל טוען פ"פ אף דנימא דהבעל גופי' לא מהימן בטענת פ"פ כיון דרב אשי לית לי' חזקה דאין אדם טורח כו' מ"מ שום אדם לא ירצה לקנות דהא הלוקח יחוש לעצמו שמא יבואו עדי' שזינתה דהא אנן השתא ס"ל

דחוששין ללעז א"כ פשיטא שהלוקח יחוש שלא ישדי זוזי בכדי וכיון ששום אדם לא ירצה לקנות א"צ לשלם ושפיר לוקין:

ועפי"ז יש לתרץ קושית התוס' דלמה קאמר אביי חוששין ללעז דהא הו"מ למימר איפכא דכ"ע אין חוששין ללעז ולפי מ"ש י"ל דכבר כתבתי שהתוס' הקשו דהא העדו' אין צריכי' התראה א"כ עידי האב יכולי' לומר לחייב הבעל ממון באנו וכתבתי שמהר"מ שיף תירץ דא"כ ה"ל להכחישן ואני כתבתי באופן אחר אך דאכתי קשה לימרו לחייב הבעל ממון באנו שיצטרכו לשלם לאשה הכתובה שרצו להפסידה וא"ל דהא עידי הבעל נהרגין ואין משלמין ממון ז"א דהא לפי טענתם של עידי האב לא באו לחייב לעידי הבעל מיתה כלל רק ממון לבד והיו סבורי' שלא יתחייבו עידי הבעל מיתה רק ממון לחוד וא"כ כיון שעידי הבעל יכולים להתנצל כן שוב הו"ל עדות שא"א י"ל וצ"ל כמ"ש דכיון שהבעל טוען פ"פ מצאתי אין העדי' צריכי' לשלם הכתובה כלל דלא הפסידוהו ולא מידי דשום אדם לא ירצה לקנות שהלוקח יחוש ללעז שיתברר הזנות ע"י עדי' ולכך עידי האב נהרגין ואין יכולים לומר לחייב עידי הבעל לשלם הכתובה באנו משום דדינא הוא שא"צ לשלם הכתובה כלל ושפיר הו"ל עדות שאתה י"ל ולפי"ז א"ש דהוצרך אביי למימר דכ"ע חוששין ללעז הלכך שפיר מיקטלי' לרבנן בהתראה סתם ולר"מ לא מיקטלי' משא"כ אם הוה אמר דכ"ע אין חוששין אף לרבנן לא מיקטלי' דהו"ל עדות שא"א י"ל שהרי עידי האב יהיו יכולין לומר לחייב עידי הבעל ממון באנו שהרי יצטרכו לשלם הכתובה שהיתה יכולה למכור בטובת הנאה כיון דנימא דאין חוששין ללעז דסברא הוא שלא יבואו עדי' כלל שפיר תמצא מי שיקנה אותה בטובת הנאה:

ודאתאן עלה מה שהביא הנ"ב ראי' מהתוס' שלא כ' דמיירי בהזמה שלא בפניהם ולפי מ"ש התוס' טעמא דהזמה קודם ג"ד משום דסהדי שקרי נינהו וה"ה שלא בפניהם נלענ"ד דאף לפום הך טעמא שפיר נקטו התו' קודם ג"ד דבשלמא קודם ג"ד אם הוזמו נתבטל העדות עי"ז וא"כ לעולם לא יבא לידי הזמה גמורה כ כיון שהוזמו קודם ג"ד תו לא משכחת מיתה בזוממין כלל משא"כ בהוזמו שלא בפניהם אכתי איכא נפשות שהרי אם קבלו עדות שלא בפניו חוזרי' ומגידים בפניו כדאית' בש"ע סי' ך"ח וא"כ יצטרכו להוסיף עד ך"ג ואיכא לעז כמ"ש מהרש"א בהזימו לאחר ג"ד לפני ג' דאע"ג דהשתא ליכא מיתה כיון שאין כאן רק ג' מ"מ כיון שיצטרכו להוסיף עד ך"ג איכא לעז ע"ש (אך באמת יש חולקין וס"ל דאין חוזרי' ומגידים בפניו וכבר הארכתי בזה בק"א לשו"ת ב"ח החדשות ע"ש) ומתוך מ"ש יש ליישב גם ראיית הנ"ב מדברי התוס' דף ט' ע"ש וקצרתי ועיין בספרי בית אפרים על טרפו' בקונטרס התשובות סי' ל"ד ששם הארכתי

בדברי הריב"ש וברורתי הדברי' כשמלה שגם הריב"ש לא קאמר לפסול העדי' לעד לעולם בשביל הזמה שלא בפניה' רק לענין ביטול אותה העדות שהוזמו עליו וגם הבאתי שם דברי האו"ת וע"ש שהמה דברים ברורים ואחרי שכבר באו בדפוס לא שניתי אותם פה דברי זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד הלכות הלואה וטוען ונטען

שאלה ג

לכבוד אהו' חתני ידידי ה"ה הרבני המופלג החריף ושנון האברך מוהרר חיים נחמן נ"י: אחד"ש כו' צופה הייתי במה שכתבת להשיב על הגאון בעל משנה למלך ז"ל פי"ח מהלכות גזילה ואבידה שכ' דכמו אם מסר השטר מתחלה ע"ד אמנה אין השיעבוד חל במסירת השטר עד שילוה כמו כן לאביי דס"ל עבחז"ל נמי אם מתחלה נכתב ונחת' ע"ד אמנ' אין השיעבוד חל משע' חתימ' דלא עדיף ממסיר' וע"ז כתבת שאין הנדון דומה דכיון שהזכי' מטעם חתימת העדים ע"כ דמתלי תלי וקאי עד שיבא לידו וא"כ אה"נ דמתלי תלי עד שילוה לו וכשילוה לו הוא זוכה למפרע ולפ"ז כתבת דבס"ד דלא בעינן מטא לידו א"כ הזכיר בשעת חתימה ואם הוא לשם אמנה לא שייך זה והמסירה אינו מעלה ומוריד עכ"ד. והנה ראיתי דבריך טובים ונכוחים ואוסיף ביאור שלא יהא פ"פ לפקפק ולומר דגם גבי מסר השטר מתחלה ע"ד אמנה נמי נימא הכי דאם לוה אח"כ אז זוכה למפרע ע"י מסירת השטר וגם במ"ש דבס"ד אי החתימה לשם אמנה אינה כלום ולכאורה הי' מקום לפקפק ולומר דאטו הורע כחו של המלוה למאי דס"ד דלא בעינן מטא לידו מלמסקנא אדרבא למאי דס"ד יפה כחו של המלוה שהעדי' בחותמם זכו לו מיד ואף דאם נכתב לשם אמנה ליכא זכי' מיד מ"מ עכ"פ לכשילוה זכה למפרע ולמה יגרע ממה דקי"ל אליבא דמסקנא:

ואמנם אני אפרש דבריך באר היטב שאין מקום לפקפק כלל בזה דהנה רב אסי מוקי לה בשטרי הקנאה ולא ס"ל לומר דכי מטא לידי' אמרינן למפרע עבחז"ל ולדידי' י"ל דאין סבר' כלל שיהא זוכה למפרע כל שאין אנו יכולין לומר שזכה מיד אף למפרע לא זכה והלכך במסר השטר ע"ד שיזכה תיכף בשיעבוד הנכסי' שפיר זכה אף לרב אסי משא"כ במסר ע"ד אמנה לכשיצטרך ילוה א"כ אין מקום שיזכה מיד לא אמרינן כשילוה אח"כ זכה למפרע דלרב אסי אין סברא כלל שיזכה המלוה בשיעבוד למפרע ולא זכה בשיעבוד אלא כשילוה וא"כ ה"ל מוקדם ולכך הוצרך רש"י לפרש דמיירי שכ' לו לכשילוה יהיו הנכסים משועבדים מעכשיו משא"כ לאביי דס"ל דאף שאי אפשר

לומר שזכו לו העדים בחותמם מיד עד שיבוא לידו מ"מ מכי מטא לידו זכה למפרע א"כ גם לענין הלוואה י"ל דאף שנכתב ע"ד שילוה לכשיצטרך מ"מ כשילוה זכה למפרע והלא טוב אמנה לאביי אם באמת לוה אח"כ כמו אם נכתב מתחלה ע"ד שילוה מיד ולכך הקשה רש"י דמוקדמין היכא משכחת לה משא"כ בס"ד שהי' סבור לומר דלאביי לא בעינן מטא לידיה וזכה מיד א"כ י"ל דגם לאביי אין סבר' כלל לומר שיחול השיעבוד למפרע כמו לרב אסי רק דאביי ס"ל דעבחז"ל מעכשיו וזה דוקא אם הוא בתורת אמנה ואין חיוב השיעבוד רק לכשילוה א"כ י"ל דאין סברא כלל לזכות למפרע משעת חתימה דלזכות למפרע לאו מלתא הוא כלל בין לרב אסי ובין לאביי וא"כ ניחא ההוא דמוקדמין פסולים אף לאביי היכא שנכתב ע"ד אמנה ויפה תרצת דברי רש"י בזה דנטר להקשות מוקדמין היכי משכח' לה עד לבתר דמשני דמטא לידי' בעינן והדברים נכונים חכם בני ישמח לבי גם אני:

ואיברא כדי להצדיק הצדיק דמעיקרא הגאון בעל מ"ל ז"ל דלא תקשה עליו מ"ש מטא לידיה דאמרינן דזכה למפרע משעת חתימה ומ"ש הלוואי דלא אמרינן כשלוה דזכה למפרע נראה דהנה צריך לבאר כוונת המ"ל מ"ש דלאביי ל"א עבחז"ל כל שלא לוה מיד ולכאורה ז"א דהא להדיא משני אביי הכי אהא דפריך ניחוש שמא לא לוה עד תשרי ועלה משני עבחז"ל אלמא דאף כשלא לוה מיד נמי אמרינן הכי. אמנם הדברים פשוטי' בכוונתו דדווק' היכא שכ' ללות בניסן והיינו שמתחלה עכ"פ ע"ד כן חתמו העדים שילוה מיד אז אע"פ שאח"כ נמשך הענין ולא לוה עד תשרי לית לן בה ואמרינן עבחז"ל והיינו דאמרינן ה"מ היכא דמטו לידי' כו' ר"ל דכשלווה לבסוף ומסר לו השטר זכה למפרע משעת חתימה והיינו דוקא כשנכתב מתחלה ע"ד שילוה ושימסור לו השטר מיד דהלוואה ומסירת השטר חד ענינא הוא דכל שלוה לו הוא מוסר השטר לידו וכמבואר במ"ל שם אח"כ ע"ש משא"כ אם מעיקרא חתמו העדים אדעתא דאמנה דהיינו שלא ילוה וימסור השטר מיד אלא לכשיצטרך אין אומרין עבחז"ל ושפיר יליף המ"ל זה ממסירת השטר אליבא דרב אסי דכמו במסר השטר לידו כיון שלא מסרו ע"ד שילוה מיד אלא לכשיצטרך לא זכה מעתה כמו כן לאביי וא"ל דלאביי דמי הא דמתנה לכשילוה להא דבעינן מטא לידי' ז"א דלענין מטא לידי' הדין גופי' כן לאביי דהא דאמרינן עבחז"ל הכוונה דווקא אם מצוה לחתום ע"ד שילוה מיד וימסור מיד דממילא כל שלוה מוסר השטר בהא אמרינן דאף דאיתרמי שנמשך ולא לוה עד תשרי ולא מסר לו השטר עד אותו הזמן שלוה לית לן בה כיון דמעיקר' אדעתא דהכי חתמו זכו לו למפרע משעת חתימה משא"כ אם מעיקרא חתמו אדעתא שלא ילוה וימסור מיד אלא לכשיצטרך א"כ

אין בדעת העדים לזכות לו עדיין כלל שהרי אין ידוע שיצטרך ללות ולמסור השטר והלכך אף שלוה ומסר אח"כ אין העדים זוכין למפרע כיון דלא הי' מקום לזכות לו בשעת חתימה כלל שהרי היה ידוע שלא ילוה וימסור מיד:

ומעתה אין מקום להקשות על המ"ל דמ"ש לענין מטא לידיה דאמרינן דזכה למפרע ומ"ש לענין נכתב ע"ד אמנה ולפמ"ש אין חילוק ביניהם כלל דתרוייהו חד ענינא הוא דבעינן שיהא נכתב מתחלה ע"ד כן שילוה וימסור מיד ואז זכה למפרע משא"כ אם מתחלה נכתב שלא ע"ד כן ואין הכרח לפי סברת אביי היפוך המ"ל רק דהראי' ממסירת השטר לשם אמנה אליבא דרב אסי שפיר איכא לדחויי דשמא לרב אסי שאני דלא ס"ל כלל דשייך זכי' למפרע משא"כ לאביי אין חילוק ואפשר דזוכה למפרע אף בנכתב ע"ד אמנה וכדכתיבנא ואמנם לקמן אי"ה אכתוב מילתא בטעמא ויתכנו הדברים שכ' המ"ל ז"ל אף לאביי:

והנה לכאורה יש להקשות לפי דעת המ"ל דבאם כתב ע"ד אמנה אין עבחז"ל אף לאביי א"כ מאי פריך על אביי ממתני' דמצא גיטי נשים כו' וממתני' דמצא שט"ח דדילמא שאני התם דכיון דנפל איתרע וחיישינן שמא מתחלה נכתב ע"ד ללוות כשיצטרך ובכה"ג לא אמרינן עבחז"ל אך י"ל דאם שמתחלה נכתב השטר ע"ד אמנה ולא אמרינן גביה עבחז"ל א"כ הי' אסור לעדי' למסור שטר כזה ללוה בלא מלוה עמו ואביי הא ס"ל דדלמא איקרי וכתב לא אמרינן:

אמנם לכאורה יש סתירה לדברי המ"ל מדברי התוס' בכתובות דף י"ט ד"ה אעולה לא חתמו והא דכותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו היינו למסרו ללוה ולא למלוה עכ"ל והנה ודאי שאין קושית התו' אליבא דר"א דמוקי בשטרי הקנאה דאליבי' אין זה ענין לשטר אמנה כיון שמשעבד נפשי' אף אם לא ילוה ואף להמפרשים שטרי הקנאה שטר שיש בו קנין ג"כ אין מקום לקושי' זו לפי מה שכתבתי במקום אחר ואין מקום להאריך פה וע"כ דקושייתם אליבא דאביי ואהא מחלקי בין אם כותבין ע"ד למסור ללוה או למלוה ולפ"ז ממ"נ אין מקום לדין המ"ל דאם כותב השטר ע"ד אמנה למוסרו ללוה בהא הא אביי קאמר עבחז"ל וכדמשמע מדברי התוס' דכל שכותבין למסור ללוה אף שלא נכתב ע"ד למסור מיד שפיר דמי ואי בכותבין ע"ד למסור למלוה א"כ מאי איריא דפסולין משום מוקדם תיפוק לי' שהרי העדי' חתמו אעולה:

ואמנם נראה בטעמא דמלתא דאמרינן עבחז"ל היכי שכתבו ע"ד למסור ללוה שילוה כשיצטרך הוא עפמ"ש בחידושי להרי"ף והר"ן בכתובות אהא דאמרינן לעולם דקאמרי

עדי' כו' הלכך כל שמפרש לוה לכשילוה כו' והעתיקו הרמ"א סי' ל"ט והש"ך השיג עליו דמרש"י לא מוכח רק היכא דכבר מסר השטר משא"כ כשלא מסר דלא קיי"ל כאביי:
ולענ"ד אין קושי' על הר"ן כיון דבשטרי אקנייתא דהיינו אם משעבד עצמו אף אם לא ילוה כותבין מיד והיינו משום דאין לחוש שמא לא ילוה כיון דשעבד נפשי' אף אם לא ילוה וא"כ כיון דהר"ן בירר לפנינו דלשמא לא ילוה כלל אין לנו לחוש בשום אופן וע"כ לא ימסור לו השטר אא"כ ילוה וכשילוה השיעבוד מתחיל מעכשיו אין מקום כלל לחלק בין הך דהכא ובין שטרי אקנייתא. ומה שהקשה הש"ך דלא מסתבר דמעכשיו יהא עדיף ממסר מעות בפנינו דש"ד כו' נלפע"ד שנידון זה דומה להא דאית' בח"מ סי' ס"א סעיף ז' שהוא טורף מזמן כתיבת השטר שמאז הי' להם ללקוחות למנוע ליקח ע"ש וה"נ דכוותי' כיון שהעדים יודעים ששעבד עצמו מעכשיו אם לא ילוה אע"פ שאין יודעין אם מסר לו מיד היה להם ללקוחות למנוע מליקח שהרי אם ילוה יתחיל השיעבוד מעכשיו אבל אם לא שעבד נכסיו מעכשיו כשילוה אע"פ שגם בזה היה להם לחוש שמא ימסור לו מיד וא"כ היה מותר לכתוב ללוה לבד ואע"פ שלא ילוה עד תשרי מ"מ יטרוף כדין ז"א דאע"פ שהלקוחות לא טוב עשו שלא חשו לכך מ"מ אם באמת לא לוה אלא לאחר זמן ואז מתחיל השעבוד וא"כ טורף שלא כדין משא"כ אם באמת שעבד מעכשיו ודוק עכ"ל בחידושי הרי"ף והר"ן שלי:
ומעתה כל זה אמור אליבא דרב אסי משא"כ לאביי דס"ל דע"ח מפקי לקלא וא"כ מצד הקול הי' להם ללקוחות למנוע מליקח דשמא ימסור הלוה השטר ומצד אמתת השעבוד ס"ל לאביי דכל שמוסר לו זכה למפרע בשעבוד וא"כ הוה כאלו כותב לכשילוה ישתעבד מעכשיו דמשתעבד אף לרב אסי ולאביי בסתמ' כן הוא ומשתעבד למפרע משעת חתימה ולפ"ז אף שכותבין השטר למסור ללוה שילוה בו כשיצטרך ללות מ"מ העדי' מפקי לקלא מיד שקראוהו ושמא תיכף שיקח השטר מידם ימסרנו למלוה וילוה המעות וא"כ היה להם ללקוחות למנוע מליקח וגם השעבוד הוא מתחיל מיד דכשלוה ומוסר השטר הוא זוכה למפרע כמש"ל דמסירת השטר וההלואה חד ענינא הוא וכן מבואר ממ"ש התוס' בד"ה ולא לוה עד תשרי ועתה רוצה ללות אחר הנפילה ואפ"ה פריך הש"ס לאביי ממתני' דמצא שט"ח כו' והיינו דכשילוה בו עתה אית לן למימר עבחז"ל למפרע ולפ"ז אין מקום לחלק כמש"ל הואיל והעדים יודעין שחתימתן הוא אינו ללוה עכשיו רק כשיצטרך דז"א דלענין עיקר השעבוד אין הדבר תלוי בעדים כלל רק אנו אומרים שבדעת הלוה להשתעבד מעכשיו לכשילוה ומה שתלוי בעדים היינו דאינהו מפקי לקלא ובזה שפיר מפקי לקלא וזה היפך דברי הב"ח דס"ל דלא אמרינן עבחז"ל אלא כשהוא אומר שיתנו

למלוה או שיהא ת"י העדים אבל כשאומר שימסרנו לידו לא ולפמ"ש אדרבא באומר שימסרנו לידו טפי הסברא נותנת שישתעבד מיד שכשמוסרין ללוה מוציאין הקול שהרי י"ל שימסרנו למלוה משא"כ אם מצוה שיהא ת"י העדים אפשר דלא איכפת להעדי' להוציא קול תיכף עד שעה שיצא מידם דכל זמן שהוא בידם ידוע להם שעדיין לא נגמר ההלואה ולא נשתעבד (ודוקא היכי שאמר להעדים שיעמוד בידם בשביל המלוה ס"ל לפוסקי' דזכה מיד כמ"ש בסמ"ע):

ולפי"ז יש מקום ג"כ ליישב הא דמוקדמין פסולים היינו בהך גוונא שאמר לעדים כתבו וחתמו ויהא בידכם עד שאצטרך ללות בו א"כ לא מפקי לקלא משעת חתימה עד שיבא הלוה ויקח השט"ח מידם ואם נשתהה איזה זמן ה"ל מוקדם ופסול ודוק' היכא שהעדי' חותמין ע"ד שיזכה בו המלוה מיד אמרינן עבחז"ל:

ואמנם לכאורה ז"א דאם נימא דכ"ז שהוא בידם לא מפקי לקלא א"כ למה אמר אביי עבחז"ל דלמה באמת יזכה משעת חתימ' ויוציאו קול שזה לוה מזה ודי להם שיוציאו הקול אחרי הלקח מאתם השט"ח ליד הלוה שאם יש להם להוציא קול שמא ימסרנו הלוה מיד אבל כשהוא בידם מה צורך להשמיע קול ברמה שפלוני שעבד נכסיו כיון שעדיין לא נגמר הענין אע"כ דאביי ס"ל דכך הוא המדה דלעולם העדי' מוציאין הקול מיד שחותמין אלא דאמיתות השעבוד לא נגמר עד דמטא לידי' ואז זכה למפרע וא"כ אף שאמר כתבו וחתמו ויהיה בידכם ג"כ הם מוציאין קול תיכף משעת חתימה אך כ"ז במסקנא דבעינן מטא לידי' דווקא וא"כ ע"כ שגמר השעבוד אינו אלא אח"כ ואפ"ה אמרינן שמוציאין קול משעת חתימה משא"כ בס"ד דלא בעינן מטא לידי' וא"כ פירושו דעבחז"ל היינו שמיד בשעת החתימה נגמר כל השעבוד וא"צ לשום דבר ומיד מוציאין קול לפ"ז י"ל דכל שלא חתמו אדעתא שיזכה מיד רק שאמר חתמו ויהא בידכם עד שאצטרך ללות מה"ת נאמר שיוציאו הקול מיד טרם יכירו וידעו שלוה וא"כ אין הקול יוצא עד אותו הזמן וה"ל מוקדם ולפ"ז א"ש דברי רש"י דנטר להקשות הך קושיא דמוקדמין פסולין היכא משכחת לה עד דמשני דבעינן מטא לידי' וא"כ מוכח שלעולם דרך העדי' להוציא קול משעת חתימה אף בזמן שהשטר בידם ולא גמר השעבוד משא"כ בס"ד מצינן למימר דכל שלא גמר השיעבוד בשעת חתימה אין מוציאין קול מההוא שעת' ודווקא במצוה לחתום סתם שהענין נגמר בחתימה זו דהא לא בעינן מטא לידיה וא"כ לא קשה מוקדם היכי משכחת לה דהא שפיר משכחת כשלא נגמר בשעת מעשה ואמר לעדים חתמו ויהא בידכם עד שאצטרך ללות ולא יהא עד ממהר להשמיע במרום קולו משעת החתימה וה"ל מוקדם:

הנה הארכתי קצת בזה להשתעשע עמך ואולם כהנה רבות עמדי בסוגיא זו כו' ועתה קח נא את ברכתי כו' כנפשך ונפש חותנך מעתיר עבורך זעירא מן חברייא:
הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה ד

אלף שלומים לכבוד אהובי ידיד נפשי החריף ובקי החכם השלם חד חד נחית לעומקא דדינא כש"ת מוהר"ר שמחה נתן נ"י כאור הבהיר:
דבריו הנעימים הגיעני ביום אתמול וקראתי לשבת עונג ומריש הוה אמינא להחמיץ הדין כעת עד בואי אל מנוחתי כידוע לכ"ת כי אני שומר יום יום יושב ומצפה מחכה ויגיע עת יתפרדו פועלי אבן וחדר הוראתי יבנה על מכונו וכעת רוב ספרי סוגרו וענין זה אשר כתב כ"ת מקצוע גדול והרבה מגדולי הספרדי' הרחיבו הדבור בזה בתשובותיה' אך הלום ראיתי כי נפשו שוקקה לדברי אני שוקד על דבריו לעשותו כפי הזמן המוכשר כעת ועוד חזון למועד ב"נ להאריך מענית בעזה"י:
פתח דבריו יאיר בנידון מי שמכר לחבירו סחורה וזקף במלוה על טאליר טערקיש או ב"צ ובעת הפרעון הוזלו הטאליר או הב"ק וע"ז הביא דברי התוספות והרא"ש בב"ק במלוה מטבע ונפסל נותן לו מה שהלוהו וכ"ש בזה שהוזל ולא נפסל לגמרי ושוב הבאת דברי מהרשד"ם סימן ע"ה שכתב להיפוך ותמהת עליו דאיך ידחה ראיית התוספות מהך דא"נ מלוה אדם כור חטים הוזלו נותן לו חטים הוקרו נותן דמיהם אלמא דאחריו הוזלו על הלוה וא"כ ה"ה במכירה וזקף עליו במלוה דאין חילוק ביניהם כמ"ש התוספות בב"ק ועוד הארכת בזה בדברים טובים ונכוחים ורוב הדברים כבר עמדו בזה גדולים חקרי לבב בתשובותיהם ואני עתיד לבארם אי"ה אחת לאחת אפס כי מדי עברי בדברי התוס' בב"ק נתקשו לי בדבריהם שכתבו לחלק בין גזילה להלוואה דמטבע שנפסל חשוב כהוזל וכמעיקרא שוה ד' ולבסוף זוזא גבי גזלן אמרינן דכי ליתנייהו בעין משלם כשעת הגזלה אבל גבי הלוואה משלם כי זולא דהשתא כדאמרינן בא"נ כו' ולענ"ד חילוק זה צ"ע דאע"ג דקי"ל לענין גזילה אי מעיקר' שוה ד' ולבסוף זוזא גבי גזלן אמרינן דכי ליתנייהו בעין משלם כדמעיקר' היינו משום דכיון דלא מהדר הגזלה בעינא אשעתא דגזלה מחייבינן ליה דמשעתא דגזלה אחייב ליה או שישוב הגזילה בעינא או שישלם דמי שויה ודמי שויה של הגזילה הם עליו כמלוה ותו לא איכפת לן במה שהוזל הגזילה אח"כ ולכך משלם ד' וא"כ הגע עצמך שדמי החפץ שגזל הוא שוה סלע נימא דמצי פטר נפשיה בסלע שנפסל בנתיים כמו בהלוה סלע ונפסל:

ואמנם בזה י"ל דדוקא בהלוואה אמרינן הכי כיון שאותו מטבע עצמו שנפסל' עכשיו הוא שהלוה לו אבל בגזל חפץ שנתחייב לו סתם דמי שוויה של אותו חפץ באיזה מטבע שיהיה אינו יכול לפטור עצמו בסלע שנפסל וכמו אם הלוהו דינר זהב אין הלוה יכול לפטור עצמו בכ"ה דינרי כסף פסולות דדווקא אותו מטבע שהלוה משלם לו אף שנפסל אבל לא כשלוה ממנו מטבע אחרת והא דגזל ממנו חפץ כלוה ממנו מטבע אחרת דמי אך כל זה בגזל חפץ אבל בגזל מטבע פשיטא דלא מסתבר לומר שנתחייב מטבע אחרת והא ודאי שענין החיוב המוטל עליו הוא שאם לא יחזיר מטבע זו בעין יתן תמורתה מטבע אחרת מאותו מין מטבע גופא ואם איתא דבמלוה ומכר כה"ג שפיר מצי פטר נפשי' במטבע שנפסל גם בגזל מטבע תסגי בהכי ואחיי' לקרן כעין שגנב קרינן ביה ואע"ג דבגוזל דבר מה והוזל וליתא בעינא לא מהני אם רוצה להחזיר חפץ אחר כיוצא בזה שגזל כיון שעכשיו כבר הוזל וצריך לשלם כפי שויה בשעת גזילה כמבואר פרק כ"ש גבי אוכל תרומה דקאמר היכא דמעיקרא שויה ד' ולבסוף זוזא ודאי לפי דמים משלם דלא גרע מגזלן כו' היינו משום דכל שאינו מחזיר גוף החפץ שגזל נתחייב בדמי שווי' שבשעת הגזלה ואין מועיל מה שיתן חפץ אחר כזה תמורתו שדמים הוא שנתחייב לו וכמ"ש התוספות בב"ק דף י"א גבי אין שמין לגנב ולגזלן כו' אבל בגזל מטבע מה בכך שנתחייב דמים מ"מ אין לנו לבדות ענין החיוב על מטבע אחרת שלא מאותו מין שגזל ואם החיוב הוא על אותו מטבע למה לא יועיל לסלקו במטבע שנפסל כמו לוה ולשיטות רש"י י"ל דא"ש דרש"י סובר דווקא בהלוהו אבל במוכר לא והך דגזל י"ל דכמוכר דמי:

אך נראה שגם ז"א לפי הטעם שכתב בסה"ת לחלק בין הלוואה למכר דבהלוואה מצי למימר אם היה המעות בידך ג"כ היה נפסל משא"כ במכירה דא"ל דאם היה החפץ בידי הייתי מוכרו במטבע היוצא עכשיו ואם כן גבי גזל מטבע להלוואה דמי דא"ל דגם בידך היה נפסל וגם לפי שיטת התוספות אליבא דרש"י משמע דטעמא משום דגבי מכר מתנה עמו בפירוש שיתן לו מעות ואמדינן דעתיה דמטבע היוצא קאמר וא"כ גבי גזל לא שייך זה ודינו כהלוהו סתם ואפשר לומר דרש"י סובר דבמלוה שנותן לו אותו מטבע ולא פירש סתמא דמלתא דדעתיה שיפרע לו מהך מטבע דאל"כ הו"ל לאתנויי שיפרע לו מטבע היוצא משא"כ במכר שאין נותן לו מטבע רק שמחויב דמים בעד החפץ סתמא דמלתא שמחויב מטבע היוצא:

ולפי"ז א"ש בפשיטות החילוק בין גזל להלוואה דגזל לא שייך הו"ל לאתנויי שפיר מתחייב ליתן לו מטבע היוצא משא"כ בהלוואה אך שיטת התוס' אינו כן וגם דהך סברא דהו"ל לאתנויי צ"ע דאונסא דל"ש הוא דלא אסיק אדעתיה שתפסל מטבע זה כלל ולקמן

אבאר בזה והנה במאי דכתיבנא דבגוזל דבר מה והוזל ונאבד מידו לא מהני אף אם רוצה להחזיר לו חפץ כזה והוכחתי כן מפרק כ"ש דאף שרוצה לשלם לפי מדה לא מהני ולכאורה אין משם ראיה די"ל דשאני התם דבשעת אכילה שהוא שעת הוצאה מן העולם עדיין היה שוה ד' וא"כ האי שעתא איתחייב ליה ד' זוזי ושוב לא מהני מאי דבעי לאהדורי ליה השתא גריווי' דתמרי שכבר נתחייב לו דמים דמים משא"כ אם בשעה שנאבד לא היה שוה רק זוזא י"ל דאף דבשעתא דגזלה הוי שוה ד' מ"מ האי שעתא אכתי אין עליו חיוב דמים כלל רק דליהדר ליה חפץ וחיוב דמים אינו בא אלא בשעה שנאבד מן העולם ואם על שעת הגזילה אתה מחייבו הרי הוא נותן לו כאותו חפץ שגזלו ומה בכך שהוזלו אח"כ וכעין שגנב קרינן ביה כיון שהוא ממש כאותו חפץ שגזלו אלא דמסוגית הש"ס דב"ק דף ס"ו דמוקי מילתא דרב דמעיקרא שוה ד' והשתא זוזא קרן כעין שגנב ומבואר שם דהיינו כאותו שעה שגנב ממש אף שבשעה שטבחה ומכרה נמי לא הוה שוה רק זוזא אפ"ה משלם לו ד' כשעת גניבה ואם איתא דאם מחזיר לו חפץ כזה כעין שגנב קרינן ביה א"כ מה לי הן ומה לי דמיהן שהרי בזוזא יכול לקנות חפץ כזה וליתן לו וע"כ דרב ס"ל דאחיי' לקרן כעין שגנב היינו לענין הדמים שצריך להשלים שיהיה שוה כ"כ דמים כמו שהיה בשעת גניבה אע"ג דבהאי שעתא דגניבה הוי בעינא ולא היה שם חיוב דמים עדיין וכן מבואר בב"מ גבי שליחות יד דקאמר אי לימא בשעת הוצאה מן העולם וכי לית ליה כל הגזלנים כו' ומבואר מזה דאף שהוזל בשעת הוצאה מן העולה משלם כפי שויה בשעה ששלח בה יד:

ובאמת שצ"ע לפי זה מה שהוקשו בב"ק דמאי קמ"ל רב מתני' היא דמשלמין כשעת הגזילה וכן הקשו בב"מ ולפי מ"ש י"ל דשפיר קמ"ל רב דאף אם בשעה דתברה או איתבר ממילא כבר הוזלה אפ"ה משלם כשעת הגזילה ממש ובמתני' י"ל דבשעתא דאיתבר אכתי לא הוזלה ואההוא שעתא מחייבינן ליה:

אך מדברי הש"ס דב"מ שהבאתי לעיל משמע דלישנא דכשעת הגזילה היינו אפילו בכה"ג שהוזלה קודם שעת הוצאה מן העולם דאל"כ לא הוי פריך מידי:

שוב מצאתי בפ"י בב"ק שעמד בזה על דברי התוספות וכתב ליישב בדוחק ע"ש ובמ"ש ד"ה לימא פליגא דרב אדרבה ואין כאן מקומו:

ועכ"פ מבואר ממאי דכתיבנא דאף אם הוזלה קודם שנאבדה משלם כשעת הגזילה ולא מהני אף אם יתן לו חפץ כזה דמה דאמרי' כעין שגנב היינו דמי שיווי החפץ וצ"ל דהכי משמע לי' לישנא דקרא דגניבה וחיים אחי' לקרן של גניבה שיהא שלם בשיווי דמים כמו בשעת גניבה ומ"ש התוס' לפרש אדיוקא היינו לומר דרב קמ"ל דיוקא דקרא אבל

מ"מ קרא גופא צריך לגופיה ג"כ וע"ש בדברי הרא"ש וצ"ל טעמא אע"ג דהאי שעתא לא איחייב בדמי' כלל מ"מ כשנאבד אח"כ איגלי מילתא למפרע דמההו' שעתא ברשותיה קאי ובדמי קנינהו והרי הוא כלוקח חפץ מחבירו ומתנה באם שלא יחזיר לו החפץ לזמן פלוני יהיה החפץ קנוי לו מעכשיו בעד סך כך וכך וה"נ אוקמי רחמנא ברשותיה דאי מגנב או מתביר לחייב עליו משעה שהוציאה מבית הבעלים ולפום ריהטא יש ליישב בזה לשון רש"י בחולין דף מ"ם שכתב דלא מבעיא הגביה והרביצה שקנאה בהגבהה ותמהו התוס' דא"כ מאי פריך לקמן מהמטמא כו' והמנסך דנימא מדאגביה קניה א"ו דקנין גזלן אינו רק לענין אחריות אונסין אבל לא להיות שלו וכדאמרינן גזל ולא נתיאשו כו' זה לפי שאינו שלו ולפי מ"ש י"ל דודאי גם רש"י מודה דמה שקונה בשעת גזילה אינו קנין להיות שלו כמבואר בדוכתי טובי בש"ס אך כ"ז כשעדיין יש בידו לקיים מצות השבת חפץ בעיני' אבל אם כבר א"א להשיב החפץ בעין וחל עליו חיוב דמים נעשה שלו לגמרי למפרע משעת גזילה כדמוכח בש"ס מהא דמשלם כשעת הגזילה ולא מהני חזרת חפץ כזה כל שהוזל וגזירת הכתוב הוא שיהא החפץ שלו והוא מחויב לשלם דמי שוויה כשעת הגזילה ולפי"ז א"ש בההוא דגזל ולא נתייאשו כו' שפיר קאמ' זה לפי שאינו שלו דהא החפץ איתא בעינא וחל עליו חיוב השבתו ולא קני' ליה רק לאחריות אונסין וכן בההוא דהמטמא כו' דמירי שהיה אכתי בעינא לכן אע"ג דאגביה לא קני' כי אם לאחריות אונסין לבד משא"כ בהך דרבוצה דהשתא מיהא שחטה ומתחייב הוא למפרע הדמים כשעה שהגביה לגזלו ושפיר קניא ליה גם לענין שתהיה נאסר כשלו זה אמרתי בחפזי ועדיין לא נתחוור לי כל הצורך ועת לקצר:

ותבנא לדינא דאף דהדין דין אמת דלא דמי גזל להלוואה דבגזל סאה חטים שוה ד' והוזל ועמד על זוז ונאבדו אין יכול לשלם לו חטי דרחמנא חייביה בדמי שוויה שבשעת הגזילה ובהלוואה אינו כן אלא קי"ל שהוזלו נותן לו חטים מ"מ בגזל מטבע ונפסל לא שייך לפלוגי בהכי דבגזל חפץ אמרינן דהוי כאלו לקח החפץ ונחחייב בדמיה שויה וברשותי' הוזל משא"כ בגזל מטבע ונפסל דנהי שתאמר דהוי כאלו נתחייב שיווי המטבע כאלו לקח ממנו המטבע ונתחייב ליתן אחר תמורתו מ"מ הא בקונה גופא הדין כן שיכול ליתן לו מטבע שנפסל וגדולה מזו נראה דאם גזל חפץ ונפסל המטבע שבני המדינה נושאין ונותנין בהם שיכול לסלקו במטבע זו שנפסל אם נאמר דמוכר פרקמטיא לחבירו שיתן לו מעות יכול לתת עבורם מטבע שנפסל והך גזלן לא גרע מלוקח דלו יהיה שכבר פסקו הב"ד שמחויב לשלם לו והחיוב על המטבע שבני המדינה נושאין ונותנין בהם והשתא אע"ג שנפסל מצי לסלוקי ביה ומכ"ש בגזל אותו מטבע עצמה ונפסל שיכול

לסלקו באותו מטבע עצמה וכיון דמתני' דקאמרה בגזל מטבע ונפסל אומר הש"ל דמשמע דאי ליתא בעינא צריך ליתן לו מטבע החדש ע"כ דגם במוכר פרקמטיא על מעות ונפסל שצריך ליתן לו מטבע היוצא (ומיירי שהחדשים והישינים שוים במשקלם אע"ג דזילי פירי מחמת חריפות אין בכך כלום) ולפי מ"ש התוספות דאין סברא לחלק בין מוכר פרקמטיא למלוה מעות ע"כ דגם במלוה דינא הכי וזה נראה דעת הראב"ן והובא ג"כ במרדכי שכתב במלוה על המטבע נותן לו מטבע היוצא ומיירי שהחדשים שוים במשקלם אע"ג דזילי פירי מחמת חריפות אין בכך כלום וכגון שהוציא הלוה המטבע דאל"כ לא גרע מגזלן שאומר לו הש"ל וגזלן אם הוציא המטבע שגזל לא עדיף מלוה ונותן המטבע שיוצא ואי קשיא דתנן כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה י"ל כיון דהחדשים והישנים שוים במשקל כשעת הגזילה הוא עכ"ל ולכאורה יש לתמוה על מ"ש ואי קשיא כו' דהא אדרבה מה"ט צריך ליתן לו מטבע היוצא דאל"כ היה נותן לו מטבע שנפסל כמו מלוה סתם ולפי מ"ש א"ש דהראב"ן ז"ל ס"ל דגם מלוה סתם צריך לשלם מטבע היוצא והאי דנקט על המטבע היינו לומר שלא היה הלוואת פירות לשלם פירות אלא דמים וכמ"ש ה"ה בדברי הרמב"ם פ"ד מהלכות מלוה ולזה קאמר דאף שהחדשים חריפי וזילי טפי שאף בעת שהיה הישנים יוצאין בהוצאה לא היו נותנין כ"כ פירות כמו בעד החדשים דחריפים טפי אין בזה משום ריבית כיון דלא שבח לענין נסכא רק מחמת חריפות המטבע אין בזה משום ריבית וגזלן שהוציא המטבע צריך לשום כדין לוה ממטבע החדש ולזה כתב ואי קשיא דלהוי משלם כשעת הגזיל' וא"כ לא דמי ללוה דבלוה אם לוה סאה חטים והוקרו אם לית ביה משום ריבית כגון שיצא השער משלם חיטים משא"כ בגזלן אי שוה זוזי מעיקרא והשתא ד' ואיתבר ממילא משלם זוזי כשעת הגזילה וכיון דהישנים לא הוי חריפי כהנך דחדתי עבדי להו וזיילו פירי מחמתייהו א"צ לתת החדשים רק כשעת הגזילה ולזה קאמר הוי כשעת הגזילה כיון ששוים במשקל' ולא יהא חוטא נשכר מה שהחדשי' חריפי וזילי פירי מחמת חריפות כנלענ"ד בפירוש דברי המרדכי והראב"ן בזה:

והנה במ"ש הראב"ן והמרדכי בשמו דגם במלוה אומר לו הש"ל הוא מלתא בלא טעמא דהא מלוה להוצאה נתנה והוי כאינו בעין וכמ"ש התוס' והסמ"ג והגהות מיימוני והראב"ן גופי' בפ"ק דקידושין דאפי' במלו' ע"פ בעין אינה מקודשת דלהוצאה ניתנה ואינה ברשות בעלים לחזרה ע"ש ונלענ"ד שהראב"ן סובר דמה שאמרו אינה ברשות בעלים לחזרה היינו לתקנת הלוה ולא לתקנת המלוה והלכך מיד שהמלכות פוסל המטבע אנן סהדי דניח' לי' ללוה שיהא ברשות מלוה ואינו רק כפקדון גבי' ואע"ג דמ"מ

אכתי אחריות אונסין עליו וכמו פקדון במעות שאינם צרורות כיון דאי מתרמי עיסקא זכי בי' מ"מ לענין זה שהמטבע בעינא רק שנפסל אכתי לא פקע רשותי' דמלוה לגמרי ושפיר מצי א"ל הש"ל וכיוצא בזה כתב הבעה"ת בשם הרמב"ן הובא בטור וש"ע ח"מ סי' ע"ד לענין אם בא לפרוע תוך הזמן והמלוה אינו רוצה שלא יהיה אחריותו עליו בתוך הזמן אין שומעין לו דקביעת הזמן לתקנות הלוה הוא וע"ש שהרמב"ן כתב שאם מצוי וניכר לעינים חילוף המטבע אינו יכול לכופו לקבל חובו דמדמי ליה לפריעות מדבר מ"מ י"ל דמודה בזה דכל שהוא בעין אין אנו צריכין לפרעון אלא אכתי לא פקעי רשות' מיני' רק דלתקנו' הלוה אמרינן דלא מצי מלוה הדר בי' ואפשר דאפי' לענין פריעות מדבר גופי' י"ל דאם הוא בעין בידו ולא הוציאם כלל צריך לקבל ממנו ואפי' תימא דהתם א"צ לקבל לפי שהלוה לו בישוב מ"מ בזה שפיר מצי אמר הש"ל דכיון שאם לא הלוהו היה נפסל בידו וכסברת בעה"ת אליבי' דרש' אלא דאיהו ס"ל דאף שאינו בעין אמרינן הכי והראב"ן ס"ל דאם כבר הוציא ודאי אדעתיה שיתן לו מטבע היוצא הוא ואם התנה בפירוש שיתן לו מטבע היוצא נראה דגם הראב"ן מודה דאפי' הוא בעין דצריך ליתן לו מטבע היוצא דכל תנאי שבממון קיים ונפלאתי על הסמ"ע ס"ק י"ט שהעתיק דברי המרדכי והראב"ן על דברי הרמ"א באם התנה ליתן לו מעות היוצא בהוצאה ובזה נראה שגם הראב"ן מודה וכמ"ש ואף לפי מאי דמשמע בד"מ ובש"ך דקאי אדברי המחבר דמיירי שהתנו ליתן לו מעות מ"מ צ"ע דלשיטות הד"מ ודעימי' הוי כהתנה ליתן לו מעות היוצא בהוצאה ובכה"ג הראב"ן מודה רק דהראב"ן לשיטתו דס"ל דמיירי בהלוה סתם בלי שום תנאי דהא מדמי לה לגזלן ואפ"ה ס"ל דצריך ליתן מטבע היוצא ובזה שלא התנה מחלק בין אם הוא בעין דאומר לו הש"ל ומצאתי באו"ת שהרגיש בזה על הש"ך והסמ"ע אלא שדבריו תמוהים במ"ש שם דהמרדכי לשיטתו דס"ל בשם רש"י דהתנאי הי' ליתן לו בתשלומין מעות ולא סחורה כו' וזה תימא שהרי שיטת רש"י שהביא המרדכי שם הוא שיטת התוס' דבהתנה ליתן מעות הוי כאילו התנה ליתן מטבע היוצא ומ"ש שרש"י חזר בו כו' היינו כלפי מ"ש תחלה דבמוכר פרקמטיא ולא בלוה ע"ש בתוספות וסמ"ג ותבין:
אך מ"ש הוא נכון דשיטת ראב"ן הוא אף בלא התנה כלל הדין כן שנותן מטבע היוצא ואין זה שיטת רש"י שהביא המרדכי מקודם ואף שהמרדכי הביא שניהם שלא בלשון פלוגתא ידוע שדרך המרדכי כן הוא לפעמים להביא דיעות שונות כ"א כלשונו אף שהם גופים מחולקים ובש"ך סי' רצ"ב ס"ק ט' כתב על דברי הרי"ף שכתב במעות פקדון שאינן צרורים הו"ל הלוואה גבי' דנ"מ אם נפסל משלם מטבע היוצא אפי' הוא בעין כמ"ש הג"מ והתוס' דף צ"ז וזה כמה שנים שנשאלתי ע"ז מהרבני החריף מוהר"ר דוד יוסף נ"י

שהרי דברי התוס' הם לאיפוך דדוקא בהתנה הדין כן וכתב שכל חכמי לב לא מצאו מענה ובאמת דלק"מ שכל עיקרו של הש"ך להביא ראי' דבמלוה אף בעין הוי כאינו בעין והרי"ף לשיטתו דלא ס"ל בזה כהתוס' אלא ס"ל דאף בלא התנה דינא הכי וכדעת הרמב"ן וכמ"ש ה"ה שם שכן נראה מן ההלכות שהכוונה בכל מי שחייב מעות לחבירו כו' ע"ש ועוד כתבתי שי"ל בפקדון גרע ואף התוס' מודו דלא בעינן התנה דדוקא במלוה שהלוה לו מעות מדעתו ולא התנה מוכחא מילתא דלא קפיד אצורתא אלא דלפ"ז ה"ל לחלק בפשיטות בין גזל למלוה דגזל דמי לפקדון כיון דלא שייך הו"ל לאתנויי סתמא דקפיד אצורה היוצא בהוצאה ואם הי' לו מלוה מדעתו הי' מתנה עמו ע"ז וע"כ לא מחלק בהכי וצ"ע:

וממוצא הדברים אתה למד דהך דינא דהלוהו סתם ונפסל במחלוקת היא שנוי' שלדעת הרי"ף והרמב"ם והראב"ן אף בזה נותן לו מטבע היוצא ורש"י ותוס' וסמ"ג והרא"ש והטור חולקין בזה וכבר כתבתי שלפענ"ד דברי התוס' דמחלקין בין גזל להלוואה צ"ע בזה דאם נימא בהלוה סתם נותן לו מטבע שנפסל גם בגזל דליתא בעינא הוי מצי לשלם מטבע שנפסל דמה דבגזל משלם כשעת הגזילה היינו דהוי כהלוואה או כמכירה לגבי' דנתחייב לו מעות תמורתם וא"כ לענין זה לא גרע ממלוה וכמו שהארכתי לעיל:

וגם דמצד הסברא צ"ע דהא ודאי אם הלוה לו מעות ובעי לשלומי לו בפירות פשיטא דצריך לו לשלם כפי דמיה הלוואה וכיון דקי"ל בדינרי ואניגר' שפוסלתן מלכות או מדינה הוי פירי לגבי טבעא ולפי דעת כמה פוסקים כל שאין יוצאין בהוצאה להדי' נקראו מטלטלין כמבואר בסי' ר"ג א"כ זה שהלוה לו מטבע איך הלה יכול לפרוע לו בפירו' או במטלטלין שאינם שוים כפי המטבע שהלוה לו ואף דלענין גזל איתא בעינא מצי לומר הש"ל היינו כיון שבתורת גזל אתי לידי' וכיון שמחזיר מה שגזל פטור דהא לא מינכר היזקא וכמבואר בש"ס ובהג"מ אבל היכא דחל עליו חיוב פרעון דמים אם ישלם במטבע שנפסל ה"ז כמשלם בפירות שצריך לשלם כפי שווי' הדמים שקיבל ומה לי התנה או לא ולא דמי למלוה כור חטים דהוזל' נותן חטים דחטים אוזפי' וחטים פרע לי' משא"כ בנפסל דמטבע אוזפי' ופירי קא פרע לי' ואפשר לומר דהתוס' ס"ל דאע"ג דמעות פירי הוי היינו לגבי טבעא אבל לגבי דנפשי' כגון הכא שבא לפרוע בהן לא פקע מכלל טבעא ודכוותי' אמרינן הכא גבי דהבא לגבי כספא דפרי הוי ומ"מ לגבי נפשי' טבעא הוי אבל לא משמע כן בדברי הרמב"ם וש"ע דאמרינן הרי הם כפירי לכל דבר ולדעת הטור הוי ככלי וקונה בו קנין חליפין וגם כי בלא"ה דוחק לחלק בכך וצ"ע:

אך כ"ז לענין מעות שנפסל אבל היכא שלא נפסלו רק שהוזלו ממש וכגוונא דנ"ד נראה לכאורה דכ"ע מודים דמשלם לו מה שהלוהו דמטבע אוזפי' ומטבע פרע לי' ואף שהוזל אין בכך כלום וכמו בלוה חטים שאם הוזלו אעפ"כ נותן חטים וראיתי בדברי מהרשד"ם חלק ח"מ סימן ע"ה שנראה שטעמו דודאי אומדן דעת הוא שלא נתרצו אא"כ יעמוד המטבע בשווי' ומה שלא התנה כן בפירוש אין בכך כלום דאונסא דל"ש לא רמי' עליו לאתנויי' ע"ש ולפי"ז י"ל דלא דמי למלוה חטים דאע"ג די"ל דאיכא אומדן דעת שלא הי' מתרצה לקבל חטים אם יוזלו מ"מ אינו אומדנא דמוכח כ"כ וה"ל לאתנוי' דהאי יוקרא וזילי שכיחא טובא בחטים וכל דלא אתני' הוי כאילו גילה דעתי' שאין רצונו רק בחטים כמות שהן משא"כ בזה דמהרשד"ם דלא אסיק אדעתי' שיקפיד המלך ויכריז בירידות שווי' המטבעות וממילא דאית לן למיזל בתר אומדן דעת שדעת המלוה והלוה שוים בזה שיהא הפרעון כשעת הלוואה שלא יבא לידי פסיד':

אך מהרשד"ם שם בסוף התשובה הביא דברי התוס' בב"מ ברישׁ פרק הזהב איסר אחד מכ"ד בדינר כסף נ"מ למו"מ וכתבו התם שאם מכר חפץ בכ"ד איסרין כשהי' כ"ד איסרין בדינר ואח"כ זילא כו' צריך ליתן לו דינר כסף או ל"ב איסורין כו' ע"ש ולפי ראייתו מהתוס' משמע דבכל גווני צריך שיהא כשעת הלוואה דהא התם לא שייך הך סברא דל"ש דהא להדיא אמרינן התם בקידושין והביאו התוס' בהזהב שם דזימנין אייקיר איסרין וזימנין דזל איסרין משמע דוקא בכה"ג לא הוי לי' לאתנויי דסתמא הוא מתחייב ליתן לו כשער של עכשיו שהוא בשעת המכיר' ועלי' דלוקח רמיא לאתנויי שאם ירד השער אעפ"כ לא יתן לו כ"א כשעת הפרעון וכיון דלא התנה צריך לתת כדמעיקר' ולפ"ז צריך ליישב מה שאמרו הוזילו נותן חטים נימא דכיון דלא אתני צריך לתת דמים שווי' של שעת הלוואה:

וראיתי בדברי כ"ת בשם שארי הגאון נ"י בספר חוות דעת לפרש דברי התוס' דאיירי בהתנה או שיתן דינר או ל"ב איסרין לא שמיע לי כמבואר לכל מעיין ולפי דעתי אגב שיטפא רהיט לי' כדי להקל מעליו חומר הנושא שדברי התוס' סותרים זא"ז ודברי שאר פוסקים בנפסל. ועתה שעוררנו כ"ת נתתי לב לעיין בדברי התוס' ובעזה"י תקנתי שדבריהם חיים וקיימים ועיילינא ברווחא באתרא דדרו בדוחק':

והנה ראיתי בח"ד שכתב על דברי התוס' וז"ל והוא תמוה דמ"ש מאם מכר חפץ שיתן חטים והוזלו דאין נותן יותר ממה שהתנה ואפשר דמיירי התוס' בהתנה לתת לו המטבע היוצא כשער של עכשיו דאז כשהוקרו והוזלו האיסרין צריך להשלים כפי תנאו כו' ע"ש ומלבד שאין דברי התוס' סובלין פירוש זה קשה דאיך יעלה על הדעת שזה יטען שהדינר

אייקיר ואיסרין במקומן עומדים כיון שהמכירה הי' ליתן איסרין ולדבריו אין האיסרין מקבלין שינויי' רק השינוי בדינר א"כ התנאי מה פעל שהרי התנה שיתן לו כשער של עכשיו וע"כ שהתנאי הי' כדי להשלים כשיוזלו נגד הדינר ודוחק לומר שלפי טענתו של זה לא הי' התנאי רק להועיל שאם יפסלו האיסרין דהוי כהוזל לזה התנה שיתן לו כשער של עכשיו משא"כ בסתמא לא תלינן הזולא באיסרין כלל וקמ"ל דאף בסתמא תלינן הזול באיסרין וצריך לקיים באיסרין וצריך לקיים התנאי וזה דוחק גדול מבואר למעיין: ואמנם באמת יש לעיין לפי פי' התוס' דהא דקאמר האיסר אחד מכ"ד היינו לומר שהדינר במקומו עומד דבאמת מה"ת לומר כן שלעולם במקומו הדינר עומד. ונחזי אנן שאם יוקר או זול הפירות הוא נגד האיסר ונגד הדינר לא נשתנה השער כלל אלא הוא כמקודם א"כ הדינר במקומו והאיסר הוא שעלה או ירד ואם היא להיפוך שיוקר או זול הפירות הוא נגד הדינר ונגד האיסר לא נשתנה השער כלל הא קמן שהאיסר במקומו והדינר הוא דאייקיר או זול הפירות נגד הדינר ולכן נלענ"ד דהתוס' מפרשים הא דקאמר נ"מ למו"מ היינו שהתנא הי' בא להשמיענו שחשבון האיסר הוא משוער לפי ערך כ"ד בדינר לפי שהי' מקום לומר שאין האיסר תלוי בדינר כלל והאי לחודא קאי והאי לחודא קאי וכ"א הוא מטבע לעצמו ואין זה נתלה בזה כלל וא"כ בזה שהתנה לתת לו כ"כ איסרין מה איכפת לן ביוקר הדינרין שצריך ליתן בעדו ל"ב איסרין שהרי לא הזכיר בפסיקת דמים שם דינר כלל וא"כ אי חזינן דהפירות נמכרים בעד האיסר כמקדם הא קמן שהאיסר במקומו עומד ומה שנותנין בעד דינר ל"ב איסרין וכן פירות יותר היינו משום עלוי' דהדינר והרי זה מקיים מה שהוטל עליו לתת לו כ"כ איסרין כמו שהתנה לזה אמר התנא שהאיסר הוא אחד מכ"ד בדינר ור"ל שהאיסר הוא תלוי בדינר והאיסר מתחשב אחד מכ"ד בדינר בלשון ב"א וכשהוא מחייב עצמו ליתן איסר המכווין ממנו שיתן אחד מכ"ד בדינר ואם כן כשעמדו ל"ב בדינר אינו יכול ליתן לו איסר אחד ויפטור עצמו בזה שהרי עתה אינו רק אחד מל"ב ואם קנה ממנו בעד כ"ד איסרין המכווין בזה שיהי' עולה סכום דינר וצריך ליתן לו ל"ב איסרין או דינר ואף שהפירו' נמכרים בעד איסר כמקדם אין זה מועיל לומר שהאיסר במקומו עומד שעיקר חיובו שיתן לו איסור היוצא בהוצאה ואחד מכ"ד בדינר וכלל הדברים דלענין מו"מ המכווין של האיסר הוא אחד מכ"ד בדינר כסף שהוא אחד מכ"ה בדינר זהב וכן מבואר שם בדברי אא"ז מהרש"א ז"ל ולפי דרכינו למדנו דבכל מטבעות היוצאין בהוצאה וכ"א שם מטבע לעצמו ואין תלוים זה בזה שנותן לו אותו המטבע שנתחייב וכגון מתחייב טאליר או ב"ק נותן לו מה שהתנה דמה"ת נתלה אותם במטבע אחרת שלא נדבר והתנה ע"ז כלל ומה איכפת

לנו בזה שאם בא להחליפם במטבע אחרת צריך לתת לו יותר וכמו בהתנה לתת לו חטים שנותן לו חטים אף שהוזלו רק דבאיסר כך למדנו רבותינו שהמכווין הוא אחד מכ"ד בדינר ואינו ענין לשאר מטבעות היוצאין בהוצאה כלל שאין נתלין זה בזה כלל ומעת' מה שהקש' בח"ד דהא בהתנה לתת חטי' נותן חטים לק"מ דהכא היינו טעמא לפי שחשבון האיסר הולך אחר הדינר והוא פשוט וברור. איברא דאכתי איכא למידק מדברי התוס' שכתבו שא"י לפטור בכ"ד ולומר דדינר הוא דאייקיר והאיסרים במקומם עומדים דאף לפום מה דכתיבנא שהכוונה שא"י לטעון בזה דמה איכפת לן ביוקר הדינר שאין האיסר נתלה בו והאיסר במקומו עומד ולוקחין בו פירות כפי השער מימי קדם מ"מ חזינן דאי לאו הך טעמא שהאיסר במקומו עומד לא הוי מצי פטר נפשי' והא בפשיטות י"ל דכיון שאין האיסור תלוי בדינ' ממילא הוא פוטר עצמו בכ"ד איסרין כמו שהתנה אף שהאיסר ירד ממקומו דלא גרע מנפסל ומדנקטו במילתייהו והאיסרין במקומן עומדין משמע דהיכי דליכא למימר הכי כגון בנפסל או היכא דחזינן שהמטבע הוזל שצריך להוסיף על הפירו' שקוני' עבור' הרב' וא"א לתלו' שהפירו' נתייקרו כיון דחזינן דלגבי שאר מטבעות לא הוקרו הפירו' כלל וכמו נ"ד בטאליר או ב"צ שעינינו הרואות שאין היוקר מצד הפירות רק שהם הוזלו וירדו ומשמע דבכה"ג צריך להשלים כפי השער דמעיקרא וזה מתנגד למ"ש התוס' בב"ק ולענין נפסל וכן דעת הפוסקים דנותן לו מטבע כזולא דהשתא:

וראיתי בספר מחנה אפרים הל' ריבית סי' ק"ה הביא דברי מהרשד"ם שהביא מדברי התוס' דהזהב ראי' שצריך לשלם כדמעיקרא וכתב ע"ז שזה נגד מה שנראה מדברי התוס' פרק הגוזל מהטור וכד דייקינין מוכח מר"פ א"נ דקאמר דאוזפי' מאה בק"כ אי בתר מעיקרא אזלית כו' ויש דס"ל דהוי רבית דאורייתא משמע דמדינא אינו מחויב לשלם אלא מאה אע"פ שהוזלו כו' ומדברי התוס' אין ראיה דההיא במוכר בכ"ד איסרין דסתמא כאומ' בדינר אני מוכר לך ולפיכך צריך ליתן לו דינר אע"ג דאיכ' למימר הדינרי' הוקרו ולפי סברת מהרשד"ם אמאי לא מצי למפטר נפשיה בטענות הדינרי' הם שהוקרו ואיסרין כשווי' שווי' אבל לפע"ד מ"ש התוס' פרק הגוזל במוכר פרקמטיא כל שלא פירש נותן לו מטבע שנפסל איירי במוכר לזמן בהקפה והמעות נעשו עליו מלוה אבל במוכר שלא בהקפה אלא עד שיבא בני או שאמצא מפתח לא מצי ליתן לו מטבע שנפסל דא"כ נמצא זה נתאנה וכ"נ מהתוס' דהזהב שכתבו דאיצטריך לאשמועינן שלא יאמר הדינרי' הם שהוקרו כו' משמע דבל"ז צריך ליתן כדהוי שוי מעיקרא אלא בשביל שלא הוזלו האיסרין רק הדינרי' איצטרך לאשמועינן עכ"ל והעתקתי דבריו בקצרה כי אין

הספר מצוי ביד כל אדם ובכלל דבריו דברי דאף שאין הכרע ממה דמפרשי התוס' לדינ' שצריך ליתן ל"ב איסרין דהתם טעמא דהתנא מלמדנו דמהמכווין של איסר היא אחד מכ"ד בדינר מ"מ ממ"ש שא"י לפטור עצמו לומר הדינרי' הם שהוקרו מוכח דאי הוי זלי איסרין צריך ליתן כדמעיקרא:

אך מ"ש לחלק בין כשמוכר בהקפה לזמן וכן בא בדבריך דיש חילוק בין היכא דזקף במלוה והתוס' בהזהב מיירי דלא זקף במלוה ואנא לא חילוק ידענא דמה ענין זקף במלוה לכאן דכמו אם לקח חטים בסלע מיד שמשך עומד ברשותו ליוקרא וזולא כמו כן מתחייב הקונה מיד ליתן הסלע והרי היא עליו מלוה מיד ומה לי שצריך לשלם מיד או לאחר זמן. ומ"ש המחנה אפרים דבכה"ג לא מצי ליתן לו מטבע שנפסל שנמצא זה נתאנה הוא תמוה דבכל קונה בדרכי הקונים נימא דאם מיד אחר שקנה הוקר או הוזל הרי נתאנה א"ו דז"א דאונאה לא הוי כ"א בשעת קנין ממש אבל אי חלף שעתא דאקני' ליה מהאי שעתא ברשותיה דלוקח קאי וכל אונס או יוקרא וזולא מזלא דידי' גרם ונסתחפה שדהו וה"נ לענין המטבע שמתחייב הקונה ליתן להמוכר מה שהוזל או הוקר אחר זמן קנין החפץ לא שייכא בי' אונאה ובמזלא תליא מלתא ואי בעלמ' במלוה דינא היא דמשלם לו כדהשתא ה"נ אית לן למימר הכא ועיין בב"ק דף צ"ז בתו' שם ועוד אומר ר"י כיון שהלוהו חטים ואמר או תחזור לי כו' ואלו במעו' לחודייהו קצב הי' משלם לו מטבע שנפסל אבל הכא שלא זקף עליו במלוה גמורה שיכול לפרוע לו חטים אם ירצה נותן לו מטבע היוצא באותו שעה וכ"כ בהג"א מבואר דוקא בכה"ג שיכול לפרוע לו חטים אם ירצה לא מחשיב זקיפת מלוה הא לא"ה שפיר משלם לו מטבע שנפסל ולא מחשב אונאה וא"ל דווקא בקצב לו זמן מיירי אלא נראה דמיד שמשך זה ונתחייב זה בדמים זהו זקיפתו במלוה ומה לי זמן ארוך או קצר ואף לפמ"ש שם בתחלה לחלק בין מוכר פרקמטיא להלוואה היינו לענין נפסל דבמוכר אף בסתם כשאומר כך מעות צריך לשלם מטבע היוצא משום דמסתמא דעתי' על מטבע היוצאת בהוצאה ובין זקף עליו במלוה או לא זקף הדין כן משא"כ כשלא נפסל רק הוזל דמשלם כמו שהיה בשעת המכר אף שלא זקפו במלוה לזמן דינא הכי כיון דלא שייך טעמא דדעתי' אמטבע היוצא ומה דהוזל ברשות המוכר הוזל:

ואמנם כדי לבאר כ"ז ראיתי לבאר הא דר"פ א"ל דאמרינן אי אוזפי' ק' בק"ך כו' דמינה מייתי ראי' במחנה אפרים ועוד תשובת אחרוני' וכן בא בדברי כ"ת שמכאן ראיה דהוזל נותן לו כמו שהלוהו דאל"כ אין כאן ריבית ולכאורה צריך להבין לפ"ז דמאי קאמר אי בתר בסוף אזלית לא נשך איכא כו' וצ"ע דכיון דאמרינן דמדינ' נותן לו ק' פרוטות וכן

הדין נותן שהרי לא הזכיר מעה בעת שנעשה הלואה ומה לנו לחשבון המעה אם הוא ק' או ק"ך א"כ מאי מקום יש לפטור מדין ריבית ולמיזיל בתר חשבון המעה ואף לפי דעת הפוסקים דבתר מעיקרא אזלינן מ"מ מאי ס"ד למיזל בתר בסוף כלל ומכ"ש לדעת המרדכי דהוי ספק דלא איפשוט אי בתר מעיקרא או בתר בסוף וא"ל דאי בתר בסוף אזלינן הרי אינו יכול לקנות פירות יותר השתא בק"ך ממה שהי' יכול לקנו' מעקרא בק' כיון דהשתא ק"ך בדנק' ושער הפירות נגד הדנקא לא עלה ולא ירד וכאז כן עתה ז"א דא"כ לא ה"ל לתלות הפרוטות במעה אלא ה"ל לתלות הפרוטות בפירות:

ובאמת שהראב"ד רוצה לפרש ק' בדנקא היינו ק' איסרין בשתות הכור והרמב"ן והרשב"א השיגו עליו דאין משערין הפרוטות בפירא דנחושת הוי טבעא ואמרינן פירא הוא דאייקיר וזל ולא טבעא ואפי' אזלינן בתר בסוף נשך ותרבית איכ' (ואף שלפי פרש"י שפיר י"ל כמ"ש שהדנקא דהיינו המעה לא עלה שווי' לו לגבי פירות ומזה מוכח דהפרוטות ירדו מ"מ קשה כמש"ל דה"ל לפרושי דקיימו ק"ך בדנקא ולא הוזל פירי לגבי דנקא) ולכן נראה דודאי הדבר ידוע בזמנם שעיקר המטבע שהי' נושאים ונותנים בהם אינם הפרוטות כ"א המעה והפרוטות אסוכי מסכי לחשבון המעה ולכך שפיר י"ל דאי אזלית בתר בסוף לא נשך ותרבית איכא דודאי גם המעה דשקיל מעיקרא הי' על חשבון המעה וא"כ מעה יהיב ומעה שקיל וכן מבואר בחידושי המכונות להריטב"א על ב"מ שכתב בפרק א"נ דלסוגית רש"י בפרוטות לא שייכי למימר בהו ריבוי' אלא לענין מעה כסף לפי שאין אדם נושא ונותן בהם אלא לחשבון כסף וא"כ אי בתר מעקרא אזלית איכא נשך ותרבית שממונו נתרבה מאותו שעה ואי בתר בסוף אין מתרבה דמעה אוזפי' ומעה שקיל עכ"ל ועיין בש"מ ב"מ שיש להקשות על התוס' שפירשו ק' איסרין בשתות דינרי זהב דא"כ איך קאמר דבסוף ליכא נשך ותרבית דהא האיסרין של כסף והוי טבעא לגבי דהבא ובאיסרין משערין וכתב ליישב דאיסרין הוא כסף סיגים ודהבא הוי טבעא לגבי ע"ש ונרא' שדעתו דכיון דהאיסרין הוי פיר' דינא הוא שישלם כזולא דהשתא כדאמרינן הוזלו נותן חטים ומ"מ אם באנו לשער על נשך ותרבית משערין שווי' הפרוטות שהם פירי בדינר זהב שהוא טבעא ואי לבתר בסוף אזלית ליכא נשך ותרבית ואנן קי"ל דבתר מעיקרא אזלינן והוי כאוזפי' סאתים חטים בג' והוזלו ג' ועמדו בדמי שתי' דאפ"ה אסור:

ואחרי הודיע כל זאת נלפע"ד דודאי סברא גדולה היא לומר דכל שאותו המין כגון הפרוטות וכיוצא בהם הם נתלים במטבע אחר' שבהם נושאים ונותנים לכאורה דינא הוא שמחויב להשלים לפי אותו החשבון דגם מעיקרא דיהיב ליה פרוטות לפי החשבון המעה חשבינן לי' וצ"ל דכיון דהלוהו פרוטות פרוטה יהיב ופרוטה שקיל ואם היו

הפרוטות אצל הלוה הי' מזולזלין מעצמם והלכך אי יהיב ליה כך דהיינו ק"ך הוי ריבית וכמ"ש הבעה"ת בטעמא דרש"י דמחלק גבי נפסל לענין מכירה להלוואה וגם בלא ה"ט י"ל כיון דהלוואה היתה פרוטות ואתני עמו לשלם לו בפרוטות אין לנו לחשוב המעה כיון דמעה מאן דכר שמיה ואפשר דאם הלוהו פרוטות סתם ולא התנה עמו באיזה מטבע ישלם ולא הזכיר פרוטות א"כ י"ל דדעתי' אמעה ושפיר יהיב ליה ולית ביה משום רבית משא"כ אם התנה עמו ק' בק"ך דהא התנה עמו על פרוטות וממילא דאין לו ליתן יותר ממה שמגיע לו דהיינו ק' פרוטות ולפ"ז במו"מ שהתנה עמו בכ"ד איסרין דלא מבעיא להך טעמא דאם לא הלוהו היה בידו כשער הזול א"כ גבי חפץ ליכא למימר הכי כמ"ש בבעה"ת שם אלא אפי' בלא האי טעמא (כדמשמע מתוס' ב"ק דלא ס"ל הכי) מ"מ כיון דלאו איסרין יהיב לי' דנימא איסרין יהיב ואיסרין שקיל א"כ יש לנו לומר שהאיסרין הם תלוין בחשבון הדינר וצריך לתת לו לפי הדינר לזה כתבו התו' דס"ד דמצי למימר דינר אתייקר ואיסרין במקומם עומדין ר"ל שעיקר המטבע הם האיסרין ודינר הוא דאייקר וזל וכיון שאין הולכין לחשבון הדינר בכ"ד סגי ואי לאו ה"ט אלא איפכא שהאיסרין אייקר וזל ממילא הכי הוא דשם הולכין לחשבון הדינר וכיון דלאו איסרין יהיב ליה שפיר אזלינן בתר חשבון הדינר דתרווייהו בעינן שיתן לו הפרוטות או האיסרין דשייך למימר הא יהיב והא שקיל וגם שיתנה על פרעון במטבע זו והלכך באוזפיה ק' בק"ך פרוטות יהיב וגם התנה בפירוש הפרעון על פרוטות שפיר אמרינן דאי בתר מעיקרא אזלית ה"ל רבית שאין לו ליתן פרוטות יותר ממה שהתנה שיתן לו בשעת מעשה ואין לנו לעשות חשבון על מטבע אחרת כיון שהפרעון הוא ג"כ על פרוטות כנלענ"ד:

ומצאתי בשו"ת גינת וורדים שהאריך בענין עליות וירידות המטבעות ומכלל דבריו מבואר דעיקר הוא מטבע המדינה שנושאין ונותנין בהם והביא ראיה מדברי הש"ג בשם ריא"ו בפרק הגוזל ויש לי לישא וליתן בדבריו הרבה ועיין בס' פרח שושן ובשו"ת שמש צדקה שכולם האריכו בענינים אלו והביא מעכ"ת תשובת גדולי הספרדיים בענינים אלו ויש הולכים בשיטת מהרשד"ם ולפי שא"א לעמוד כעת על פרטי דבריהם קצרתי והנה הענין שאנו עסוקין בו כגון עליית וירידת הב"ץ נראה ודאי שאין זה בכלל מטבע בפ"ע כי עיקר מטבע אדונינו הקיר"ה הוא מטבע כסף והב"ץ הם עולים ויורדים בו ומ"מ אחרי דנהיגי עלמא שכל עיקר המו"מ וחובות והלוואות הוא בב"ץ אין לנו לדון אותם על ערך מטבע כסף כיון שבשעת הלוואה או המכירה לא התנו ביניהם מענין מטבע כסף כלל ואף שבכל עת משתנים השערים נגד מטבע כסף ע"פ וועד הסוחרין בעיר המעוטרה ווינא וע"פ האיגרת הבאים משם משתנה השער בכללות המדינה מ"מ ידוע שאין דעת

המוכר והקונה והמלוה והלוה לחשוב מחשבות בכסף ובזהב כי אם יהבי דעתייהו אדמי ניירא כמות שהוא וה"ז כלוה פירות שיחזור לו פירות על דרך היתר דפירי יהיב ופירא שקול בין אם עלו או ירדו:

ונלענ"ד דאף מהרשד"ם מודה בגוונא דנ"ד שמבואר למעיין דכל חילי' דמהרשד"ם הוא שנותן לו כשער הלוואה הוא בנידון שלו לפי שפתאום גזר המלך עליית המטבע או ירידתה והוא אונסא דלא שכיח ולא ה"ל לאתנויי' וגם בזה יש לפקפק הרבה ועיין בשו"ת גינת וורדים מ"ש בזה אבל בנ"ד שזה עידן עדנין שהשערים משתנים יום יום. יום כה ויום כה וכיון שבשעת הלוואה גופא הי' הדבר ידוע שאפשר שישתנה למעליותא ולגרייעותא ואם איתא שהיה דעתו על השער שהוא כעת פשיטא שהיה לו להתנות בשעת מעשה כיון שלא ידע מה יולד יום והי' לו לחוש שמא יעלה השער או ירד ח"ו דסבר וקיבל לקבל הב"ץ בעת פרעון ולא איכפת ליה אם יהיה נגרע מערכו נגד מטבע הכסף או תעלה וא"ל דהוי אומדנא דמוכח דאדעתי' דהכי לא הוי שקיל דפשיט שאין כאן אומדנא כלל דזימנין דמצטרכי לי' זוזי או זביני דבעי למזבין וגמר ומשעבד נפשי' וגם שלפעמים יש לו לקבל מאיזה מקום ב"ץ בזמן הפרעון וע"ד זה לוה או קנה לשלם בב"ץ וא"כ אפילו אם הדבר כן עכ"פ אין כאן אומדנא דמוכח כלל:

וגם נראה שעינינו הרואות נימוסי המדינה בין תגרי האומות לשלם מה שהלוהו ואין משגיחין כלל בעליי' וירידה וכיון שזה נימוס המדינה ממילא אף בין ישראל לחבירו יש לדון כן דודאי אדעתא דהכי שקליה וטרי בהדי אהדדי ולא עלתה על דעתם לשום דבר אחר כלל וסתמא כפירושו כמאן דאתני בהדיא דמי וגם יש לדון בזה מצד דינא דמלכותא ועיין באו"ת ר"ס כ"ז אבל באמת א"צ לזה שמובן לכל מעיין דכל כה"ג יש לדון כמנהג המדינה:

ועיין בשו"ת שבות יעקב ח"ב סי' קע"ה שכתב דבודאי אם כתב בשטר סך החתיכות שישלם לו בין הוקרו ובין הוזלו כגון הלוה לו ראטים עשרים שהיו שוין ע"פ קביעות המלכיות ה' ר"ט בשעת הלוואה והוקרו לששה חתיכות או הוזלו לארבע חתיכות צריך לשלם החתיכות כמו שהם עכשיו כיון שמעות הוא באחריות הלוה עד שעת הפרעון כו' אכן אם הלוה סתם בע"פ דעת רש"י ותוס' משמע דמשלם כמו שהלוהו כו' אך דעת הראב"ד כו' והוא נגד רוב הפוסקים אף שי"ל דכל סכום המעות במדינה זו על סך חתיכות ולא באופן אחר וכן כל הלוואות סתמא כפירושו על סמך מטבע היוצא בשעת הפרעון מכל מקום קשה להוציא מן המוחזק אם הוקרו. אכן אם הותנו בפירוש לחזור ולשלם אותו מטבע שהלוהו צריך לשלם לו אותו מטבע אפי' אם הוקרו יותר מחומש

אפי' אם זיילי פיר' עי"ז ואין זה ריבית כיון שיש לו עכ"פ אחת מן המטבע ואפי' שער סאה בסאה מותר כשיש לו ובשו"ת ב"ח דפוס פפ"ד סימן ט"ו בתוך התשובה כתב אפילו לזמנינו שהתחדשו מטבעות במדינות שלעזיא ובמדינתינו שקורין ערטר דמעט כסף מעורב בנחושת הרבה ואיכא אינשי דכותבין בשטרא חשבון כך וכך ערטר לשלם לזמן כך וכך וכותבין חשבון ערטר ולא זהוב לפי שאותן ערטר עולין ויורדין בדמיהן כו' ואי ערטר קאמר הרי מבואר שהתחייב לשלם במטבע פלוני דוקא וא"כ מאי האי דקאמר במטבע העובר' לסוחר כו' ע"ש עכ"פ מבואר מדבריו דאף ע"פ שאותן הערטר היו עולין ויורדין בדמיהם אף ע"פ כן היו כותבין בשטרות ערטר שאז מחויב לשלם במטבע זו דוקא ושם בתשובה סימן ט"ז מבואר להדיא בכה"ג שהיה מתחלה מטבעות גרועות ואח"כ נעשו טובים צריך לשלם במטבע חדשה וכתב דאף דשבח לענין נסכא טפי מחומש מ"מ כיון דבשעת הלוואה היה חששא קרובה שתשוב המטבע לאיתנה ושניהם נכנסו בספק או המלוה ירוויח והלוה יפסיד או להיפך והוא קרוב לזה ולזה בשוה לשכר ולהפסד דמי יודע העתידות והתחדשות הענינים לפי חוזק המלחמ' או השקטתה שע"י כך יוסיפו על המטבע או יפחתו ממנה אין כאן איסור ריבית וע"ש שהביא דברי התוספות פ' נערה מ"ש דהתם אנן סהדי שבאותו ספק הי' רוצה לכנוס כו' ע"ש והעתקתי הדברים בקיצור כי הספר, מצוי משם תדרשנו ומשם בארה בנ"ד דמשלם כפי הכתוב בשטר והרבה יש לי לישא וליתן בדברים אלו ואין הפנאי מסכים עמדי:

סיומא דפסקא נלענ"ד דכגון זו דנ"ד שבשעת ההלוואו' או המקח ג"כ היה עומד בספק אם בעת הפרעון יעלה או ירד שבודאי משלם בב"ץ הן אם עלה או ירד ואצ"ל אם הלוהו בשטר וכתב להדיא בשטר התחייבות בב"ץ דלא איכפת לן אם הוא דרך עליה או ירידה לחייבו ממון או לפוטרו ממון אלא מה שהלוהו משלם לו אם לא היכי שלפי עיני ראות הב"ד הי' שינוי השערים גדול מאוד באופן שלא יפול על לב אדם שיהי' שינוי כזה במשך הזמן הלז וכיון שהוא סבה רחוקה ונפלאה י"ל כמ"ש מהרשד"ם דאונסא דל"ש לא הו"ל לאסוקי אדעתיה וגם בזה יש מקום לדון וטוב לפשר כמו שכתבו מקצת גדולים בתשובותיהם ובזה יש מקום קצת ליתן תבלין לתשובת מחנה אפרים בדברי התוספות בפרק הזהב דמיירי שמכר ע"מ לשלם מיד ובין כך ירד שער האיסרין דכיון דל"ש שלשעה קלה כזו ישתנה השער שפיר צריך לשלם כדמעיקרא דאע"ג דזימנין דזיל איסרי ל"ש שיהא הפוכה כמו רגע ולא אסיק אדעתיה ואני מסתפק שהיכא שראובן התחייב א"ע להעמיד סחור' לחבירו לזמן פלוני והוא ישלם לו בזמן ההוא בב"ץ ובזמן עלה הב"ץ או ירדו אם מחויב לקיים המקח או יש לדון לפי השער אשר בזמן ההוא ויש בו אונאה או

ביטול מקח ועיין בשו"ת פנים מאירות ח"ב סימן שהאריך בדין כיוצא בזה ולכאורה היה אפשר לפרש דברי התוספות פרק הזהב ע"ד זה אך לשון אינו יכול לפטור עצמו בכ"ד איסורין כו' לא משמע כן וגם כי לפענ"ד בכגוונא דנ"ד שבשעת מו"מ היה ידוע שאפשר שבעת ההוא יעלו או ירדו ועשו המקח ביניהם בק"ג באופן שאינו יכול לחזור גם בזה לא מצי הדר ביה ואין בזה דין אונאה דמעיקרא אדעתא דהכי נחית וגמר ואקניה אם לא שעלה או ירד כמה מעלות אחורנית שלפי ראות עיני הב"ד לא הו"ל לאסוקי אדעתיה שיהיה שינוי כזה וכמ"ש כך נלפענ"ד בירור הדברים הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה ה

בהגיע עת דודים. אורה ושמחה ליהודים החיים והשלום יחדיו יהיו תמים. על ראש ידיד לידידים. ה"ה כבוד אהו' מחו' החריף ובקי חכם וסופר. נותן אמרי שפר. כש"ת מוהר"ר שמחה נתן נ"י כאור הבהיר:

אחד"ש אען ואומר כי בעת הגיע מכתבך הבהיר לא מצאה ידי די השב מטרדת עיון בעסק נוגע למעשה והשעה הצריכה וכעת לאהבתך נתתי פני לעיין בדבריך וראיתי שכתבת להשיב על מ"ש בישוב קושית התוס' בסוגיא דרבוצה והקשית ע"ז דהא גם במנסך א"י לומר הש"ל וא"כ נימא דלמפרע הוא קנה מדאגביה כמו בעומדת הבהמה ושחטה וקושית התוספות במקומ' עומדת עכ"ד. ונפלאתי עליך שהיית נבהל להשיב ואגב שיטפי' רהיט לך מה שמבואר לכל מעיין בהשקפה ראשונה כי דברי נכונים וברורים דודאי למ"ד אדם אוסר דבר שא"ש או למאי דמוקי בשותפו' שפיר אמרינן דא"י לומר הש"ל ל"מ למ"ד היזק שא"נ שמיה היזק דהוי כליתא בעינ' אלא אף למ"ד ל"ש היזק מטעם שלא יהיה כ"א הולך כו' עשאוהו כהיזק ניכר כמבואר בש"ס דגיטין ובתוספות שם ובחולין פריך שפיר למ"ד אין אדם אוסר דש"ש ולא אסיק אדעתי' דמיירי בשותפות א"כ ל"ש כאן חיוב ופטור דהא אין כאן התחלה לאיסור כלל דאע"ג דאגביה אכתי ברשותיה דמריה קאי דלא קני ליה רק לאונסין והרי הוא עדיין בעין בידו ורשות בעליו עליו וא"כ אפילו למ"ד שמיה היזק פשיטא דל"ש לומר דע"י שנאסר ומתחייב לשלם הוי שלו למפרע שהרי אין כאן היזק וחיוב תשלומין כלל דאין איסור חל על דשא"ש ומכ"ש למ"ד ל"ש היזק דל"ש לומר שלא יהא כ"א הולך כו' דהא לא אהני מעשיו והיין שרי בשתייה לבעלים כבראשונה משא"כ בבהמה שהגביהה והרביצה ושחטה לע"ז דדל מהכא מחשבתו לע"ז הרי עשה היזק הניכר במעשה השחיטה דהוי כתברה או שתיה כמבואר בב"ח דף ס"ה ושפיר קמא ליה ברשותי' למפרע ונאסרה ע"י מחשבתו לע"ז אף

למ"ד אין אדם אוסר דשא"ש והגע עצמך אם בשעת הגבהה הוי שוי ד' ובעת ששחטה לא שוי רק זוזא מי לא משלם ד' כשעת הגבהה והיינו משום דאוקמי רחמנא ברשותיה מההיא שעתה ונתחייב דמי שוויה של אותה שעה וממילא דיכול לאסור ג"כ וזה ברור: וכדי להשתעשע עמך לא אוכל מלט מלהודיעך מה שעלה במחשבה לפני מדי עברי בענין זה דמסתייע סברא דילי מדברי הרמב"ם פ"ג מהל' שאלה ופקדון שפסק הניח להם אביהם אחריות נכסים חייבים להחזיר דנשתעבדו נכסים משעת שאל' וה"ה שם תמה על הרמב"ם דבהל' גניבה פסק בפרה שאולה וטבחה בשבת דפטור וע"ש בכ"מ ולח"מ ומ"ל ובקצה"ח סימן מ"ש בזה:

והנלענ"ד דלכאורה צריך להבין בהא דאמרינן בכתובות ושאר דוכתי' מדאגבי' קני' מתחייב בנפשו לא כו' ופשטא דמילתא הוא דכיון דבשעת הגבהה חל חיוב אונסין שאירע אח"כ ואפי' אם תשרף מתחייב הוא לשלם וא"כ אף שאכל בחיוב מיתה ואין לחייבו על אכילה ההוא מ"מ לא יהא אלא שאירע אונס שנאבד מן העולם מ"מ הוא חייב עלי' משעה שהגביהה לגזלה וכן מבואר בדברי רש"י בכתובות ע"ש ולכאורה קשה לפי מאי דאמרינן בסנהדרין דף ע"ב אמר רב הבא במחתרת ונטל כליו ויצא פטור אמר רבא מסתברא מלתיה דרב כששיבר כו' והנה דעת רש"י ותוס' ורז"ה אפי' כששיבר כשיצא מהמחתרת ולפמ"ש ה"ה גם דעת הרמב"ם כן ולפי שיטה זו צ"ל כמ"ש הרז"ה דאף מה דהדר כי איתיה בעינא חומרא הוא דרמי רבנן עלה דליהדר ומדינא קנינהו בדמי כמ"ש רב טעמא דמלתא והיינו שלקח בעת שנתחייב מיתה ה"ז כנתן דמי הכלים לבעליו וליכא למימר דאינו מחויב בהשבה אף שהם בעין ומ"מ לא קנה אותם להיות שלו דז"א כדמוכח מעובדא דהני דינרי דאגניבו לרבא כו' דמוכח מהתם דקנה אותם קנין גמור ולפ"ז קשה בהא דאמרינן מדאגבי' קניה כו' ומדמה מה שאכל בחיוב מיתה לשאר אונסין דאין הנדון דומה דבשאר אונסין שפיר י"ל שנתחייב עליהם משעת הגבהה משא"כ בזה שבאמת לא נאנס רק שזה קנה אותו בדמי חיוב מיתה שלו והרי זה כנתן דמים לבעל החפץ דפטור שהרי אפי' אם הם בעין א"צ להחזיר אותם מעתה כל שהחזיק בהם בחיוב מיתה דרחמנא אקניה ליה כלים אלו כאלו נתן הדמים בעבורם ולפמ"ש א"ש דגבי גזלה גזה"כ אתיא לקרן כעין שגנב דכל שנשבר עתה וא"א שוב להחזירו אוקמיה רבנן ברשותיה למפרע כאלו קנה אותו ונתחייב הדמים והלכך שפיר אמרינן מדאגביה קניה מתחייב בנפשו כו' דחל עליו למפרע דמי תמורת החפץ משעת הגניבה ומה שאכלו אח"כ בחיוב מיתה אין זה רק כאדם העושה בשלו ולא מהני לפוטרו מדמים שנתחייב בשעת הגניבה ולפ"ז א"ש דעת הרמב"ם כמ"ש הכ"מ דל"ג והיינו דר"פ ושפיר פסק

דמשתעבדי נכסים משעת שאלה ואפ"ה שפיר פסק כר"פ דבשאלה קי"ל דאין משלם רק כשעת הפשיעה והיינו מדמים דאף שהשעבוד חל משעת שאלה מ"מ ל"א דאוקמי ברשותיה ממש למפרע ועיקר החיוב הוא על שעת הפשיע' וכיון שבשעת הפשיעה יש כאן חיוב מיתה אמרינן בדמי קנינהו ואין זה דומה לשאר אונסין שאפילו היורשין חייבין לשלם דמחיים אשתעבדי נכסיו לאונסין אבל הכא שנטבחה בשבת הוי כאלו קיבל בעל החפץ את הדמים בעת הפשיעה ונכסים דידיה לא אשתעבדו אלא על חיוב אונסין שהוא מתחייב עליהם בעת האונס אבל בזה דהוי כנתן דמים אין כאן שיעבוד כלל:

ובאמת גם לפמ"ש הכ"מ והמ"ל צ"ל דס"ל דטביחה בשבת לא דמי לאונס משום דלא נתחייב מתחלה רק על אונסין שיבואו והוא מתחייב בהם אבל לא חל השעבוד על אונסין שהוא פטור וכיון דטביחה בשבת בפטור הוא מעיקרא לא נשתעבד ע"ז אלא שיש לפקפק בזה ולפמ"ש דהך דטבח בשבת ל"ד לאונסין משום דבדמי קנינהו א"ש טפי ודוק:

וגם לכאורה משמע הכי מהא דאיתא בב"ק דף י"א אין שמין לגנב ולא לגזלן וכתבו התוספו' שם ואע"ג דקי"ל ישב כו' גנב וגזלן שאני כו' דקני מיד כשהוציאו מרשות בעלים כו' וה"ט דמ"ד אף לשואל כיון דנתחייב באונסין נמצא שקנאו משעה שהוציא מיד הבעלים והדמים הוא דנתחייב כמו גנב וגזלן עכ"ל. ולכאורה אין מובן לדברים אלו דהא להדיא אמרינן דלא אוקמי ברשותיה רק לענין אונסין אבל לענין מקנה ברשותיה דמרא הוא אפי' גבי גנב וגזלן ומכ"ש שואל ולפמ"ש א"ש דודאי כ"ז שהוא בעין ברשותי' דמרא הוא אבל אם מת או נשבר שנשתנה אמרינן דהשינוי קונה למפרע משעה שהוציאו מיד הבעלים ונתחייב בדמים תמורת החפץ ומחויב לסלקו בזוזי כמו ב"ח ומוכר וכן הפחת על הגזלן ומ"ד אף לשואל אפשר דסבר אף בשואל אמרינן הכי שנקנה לו למפרע משעת שאלה ולא קי"ל הכי דאפילו למ"ד משעת משיכה חייב באונסין אינו רק דמשעבדי נכסים אבל לא לאוקמי ברשותיה להיות קנוי לו:

ובהכי א"ש דברי התוס' שכתבו והיינו טעמא דגנב וגזלן קנו מיד כו' ולכאורה הוא אך למותר דבפשיטות הו"ל למימר טעמא משום דשינוי קונה וכדאיתא להדיא בב"ק דף צ"ו דמוכיח הש"ס דשמואל ס"ל שינוי קונה מדאמר אין שמין לגנב כו' ע"ש ולכן נראה דהתוס' קשיא להו נהי דשינוי קני והוי דידי' מהשתא מ"מ למה לא יפרע לו אפי' סובין כמו מזיק וכמ"ש התוס' בב"מ דף צ"ו שהקשה רבינו שמואל על רש"י ולזה באו ליישב דטעמא דמלתא דגנב וגזלן קנו מיד כו' ומשעה שנשתנה קנה למפרע ונמצא הדמים הם חוב עליו כמו לוקח חפץ ונתחייב בדמי' דמחויב לסלקו בזוזי משא"כ מזיק שלא עשה

שום מעשה לקנות וזה כוונת התוספו' בב"ק דף ס"ח ד"ה מה טביחה כו' שכתבו וקשה לפי' רשב"ם כו' וכן בב"מ שם כתבו ולפ"ז הא דפליג ר"א ואומר שמין לגנב יש להוכיח דשינוי אינו קונה כו' ולכאורה אינו מובן דהא גם לפירש"י תליא מילתא בשינוי קונה כמבואר להדיא בב"ח דף צ"ד אך כוונתם דאליבא דרש"י י"ל דאף דר"א ס"ל ג"כ דשינוי קונה והיינו מכאן ולהבא הוא שלו ומ"מ שפיר שמין לגנב וגזלן דהיינו שיכול לסלקו בזה כיון דהתשלומין בתורת גזלה יכול לסלקו אפילו סובין והשתא אפילו אית ליה כמה נבלות כו' משא"כ להרשב"ם דס"ל דלענין הפחת מירי ולר"א הפחת על הנגזל אלמא דס"ל שינוי אינו קונה (ובאמת שצ"ע לענ"ד דמה בכך דשינוי אינו קונה אפילו בכחשא דלא הדר מ"מ הא ודאי דמודה דחייב באונסין אלו מתה או נשברה רגלה רק דאכתי הוי דמרה והוא צריך לשלם מה שעכשיו שוה פחות וא"כ פשיטא שצריך לשלם כשעת הגזילה כדאמרינן בב"מ דף מ"ג אי לימא בחסר מי לית ליה מתני' דכל הגזלנים כו' וא"כ פחת נבילה ג"כ הוא על הגזלן ואף דקאמר כחשה אומר הש"ל מ"מ למאי דס"ל לאביי דמיירי בכחשה דלא הדר אין ר"ל שלא יצטרך לשלם כלל כשמתה או נשברה רגלה דודאי חייב באונסין אף שלא נאבד מן העולם לגמרי רק שר"ל לענין מה שאינו קנוי להגזלן אך פשטא דלישנא דקאמר השביחה נוטל שבחו משמע דבכחשה דאומר הש"ל פטור לגמרי ואין הפנאי מסכים עמדי לעיין בזה) דאל"כ פשיטא שהפחת על הגזלן אהא קשיא להו מדקאמר דטביחה אהני מעשיו אלמא דשינוי קני אבל לשיטת רש"י לק"מ דאיכא למימר דשמואל ור"א תרוייהו ס"ל שינוי קונה אלא בהך סברא פליגי דשמואל ס"ל דנקנה למפרע משעה שהוציאו מבית הבעלים כבע"ח וחייב לסלקו בזוזי ור"א ס"ל דשינוי קונה מכאן ולהבא ובעוד שהיה בעין אין כאן קנין נמצא מה שהוא מחויב לשלם הוא כמזיק ולכך ס"ל דשמין לגנב ולגזלן והארכתי בזה לפי שדברי התוס' סתומים קצת: וגם נראה דמסתייע הדין סברא דילי ממה דכתיבנא לעיל שדעת רש"י והתוספות ולדעת ה"ה הוא דעת הרמב"ם ג"כ דבא במחתרת ונטל כלום ושיבר אף ששיבר אחר שיצא פטור והרז"ה העומד בשיטה זו נדחק בטעם הדבר דהא אי איתא הדרא בעיניה וההוא שעתא דתברה מגזל גזליה ולכן כתב דאף אי איתא בעיניה חומרא הוא והרמב"ן השיג עליו בזה דמשמע מש"ס דמדינא הוא וכ"כ הר"ן ולפי מ"ש י"ל דדעת רש"י והתוספות והרמב"ם דהיכא דאיתא בעיניה מדינא רמי עליה חיובא ואזלי ומודו בזה לסברת הרמב"ן ומ"מ ס"ל דכל ששיבר אף שהשבירה היתה אח"כ מ"מ כיון דמהשתא קם ליה החפץ ברשותו למפרע רק דמים הוא דנתחייב לו והוה כליתא בעינא בשעת חיוב המיתה והמיתה פוטרתו מתשלומין והא דקי"ל בהוקרה בשעת שבירה משלם כדהשתא מטעמא דכל

כמה דאיתא בעינא ברשותיה דמריה הוא וההוא שעתא דתבריה מיגזל גזליה היינו דעיקר גזלת הממון הוא באותו שעה וכיון דהשתא הוא דגזליה אע"פ שזה גורם קנין החפץ למפרע מ"מ מתחייב בדמים ששוה בשעת היזק הממון שמזיקו עכשיו ומ"מ בין בהוקרה בין בהוזלה אמרינן שנקנה לו החפץ למפרע ובשעתא דגנב הוא מתחייב או שיחזור החפץ או אם יאנס ויאבד ישלם דמי שוי' והחפץ יהא קנוי לו באותו שעה שהוציאו מבית בעלים וכיון שכן השתא שנשבר רמי חיובא למפרע רק על דמים לבד וכיון דאיכא חיוב מיתה פוטרתו מחיוב תשלומין:

ובלא"ה צריך להבין בהא דקאמר רב אפילו נטל והתוספות הקשו דהא גזלן לפני יאוש גם רב מודה דלא קנה וכתבו לחלק בין היכא דבעי התראה עכ"פ מבואר דעיקר הקנין הוא רק מצד חיוב המיתה אבל בלא המיתה אין כאן מקום לקנין כלל וכך מורה פשיטות לישנא דרב דאמר בדמי קנינהו ויש לתמוה דהא עיקר ראייתם מיש לו דמים ונאנסו דחייב דמזה מוכח דברשותיה דגזלן קאי אף שאין כאן חיוב מיתה כלל דאל"כ למה יתחייב באונסין דהא הו"ל כפקדון גביה דהא לא ס"ד לחייבו מטעם שואל שכל הנאה שלו והר"ן בחידושיו כתב גם כן דודאי אין מקום לקנין כ"א היכא דאיכא חיוב מיתה וכתב בדוחק להסביר דברי הש"ס דקאמר דהא יש לו דמים כו' ע"ש שאין הדברים עולים ע"פ פירש"י ז"ל וצריכין אנו ליישב פשטא דשמעתא ע"ד פירש"י ז"ל ונראין הדברים דודאי אם נאמר דגבי גזלן אינו תופס שם קנין כלל בעת הוצאה מבית הבעלים פשיטא דאפילו איכא חיוב מיתה לא מהני לקנות כמו אם מקבל פקדון ובעת הפקדון הוטל עליו חיוב מיתה דמ"מ אין קונה הפקדון דאין כאן משום חיוב שני רשעיות דמה שהפקדון חוזר לבעלים אין זה מחמת חיוב השב' עליו רק דממילא הדר הפקדון למרי' דלא נפיק מרשות הנפקד כלל רק אם נימא דגזלן יש לו תפיסת יד וקנין בחפץ ההוא אלא שחל עליו חיוב השבה ממילא היכא דבההיא שעתא איכא חיוב מיתה נסתלק מעליו חיוב השבה וממילא הקנין במקומו עומד ושפיר קני ליה וע"ז מייתי ראיה מיש לו דמים ונאנסו דחייב דאם איתא שאין כאן קנין נהי שעל פשיעה וגניבה ואבידה חייב כיון שסילק מעליו שמירת הבעלים נכנס תחתיו מ"מ באונסין למה יתחייב דמה לי הכא ומה לי התם וע"כ לומר דקני ליה משעת הוצאה מבית בעלים אלא שא"א לקנין שיחול כ"ז שהחפץ בעין שהרי הוטל עליו מצות השבה ובכל שעתא בעמוד והחזיר קאי ומתלי תלי וקאי ולכי מקנים חייל הקנין למפרע שהרי זה כקונה החפץ מעכשיו ע"מ שיחזור גוף החפץ או דמים ולכך האונסין חיילי עליה דגזלן מפני שהוא קנינו. והלכך היכא דאיכא חיוב מיתה דאין כאן התחלה לחיוב השבה כלל ממילא שחל הקנין מיד וא"צ להחזיר

כלל. ובהכי א"ש מ"ש התוספות גבי הני דוכרי דלמה לא קבלינהו רבא הא אתנן אמרה תורה כו' וחייב לצאת י"ש ולפמ"ש י"ל דכיון דנפיק מפומיה דרב שהם קנוים לו קנין גמור לפי שלא חלה מצות השבה א"כ אע"ג שאם בא לצאת י"ש צריך להחזיר מ"מ אין זה מעכב על הקנין שיחול ואם בא להחזיר לצאת י"ש צריך להחזיר ולהקנות לו בק"ג והני גנבי לא באו להקנות לו בתורת קנין רק בתורת השבה לבד וחשש רבא לדרב ולכך לא קבלינהו משא"כ גבי דאתנן ושאר דוכתי ל"ש למימר הכי ואין להאריך:

וראיתי בדברי הרא"ש בב"ק דף ס"ה שכ' דאמר רב בשוי ד' והשתא זוזיא משלם כעין שגנב מילתא דפשיטא הוא דאילו אתברה ממילא ע"כ משלם ד' דבשעת שבירת' לאו מידי עביד ואפי' איתבר בפשיעה דגזלן לא מקבל עליו שמירתה ואשעת גזלה מחייב לי' וההוא שעתא הוי שוי ארבעה וכ"ש אי תברה או שתי' הוה משלם דאל"כ מצינו חוטא נשכר וגניבה וחיים לא אתי אלא לדיוקא דכפל דלגופי' לא איצטרך כדפרישית כו' ע"ש ומילתא דפשיטא לי' מיבעיא לי טובא דמ"ש דאילו אתברא ממילא משלם ד' דבשעת שבירתה לאו מידי עביד כו' רואה אני שלכאורה דבריו הם כדברי הש"ס בסנהדרין אליבא דרב דאמרינן כיון דיש לו דמים ונאנסו חייב אלמא ברשותי' קיימי ופירש"י ולא אמרינן דהוי פקדון גבי' ואבדו לבעלי' ורוצה להוכיח מזה דנקנו לו בשעת גזילה ואמרינן שם ולא היא כי אוקמי' רחמנא ברשותי' לענין אונסין כו' מידי דהוי אשואל ופירש"י דכיון דכל הנאה שלו אוקמי' רחמנא ברשותי' לענין אונסין כו' הרי מבואר דלאו אשעת גזילה מחייבינן לי' רק משום דהוי כשואל ובשואל קי"ל דאזלינן בתר שעת אונסין ולא בתר שעת שאלה ומ"ש דגזלן לא מקבל עלי' שמירתה זהו לכאורה נגד דברי הש"ס דקאמר מידי דהוי אשואל אלמא אע"ג דאיהו לא קיבל עליו נטירותא מ"מ חל עליו מחמת שגזל או שלח יד וכל הנאה שלו והא דאמרינן בכל דוכתי מדאגבי' קניה היינו שמאז נתחייב בכל אונס שאירע אח"כ ומ"מ אינו מחויב לשלם כפי שוי' בשעת מעשה ואמנם לפ"ז צריך להבין בהא דקאמר רבא ולא היא כי אוקמי רבנן ברשותי' לענין אונסין אבל למיקני לא מידי דהוי אשואל ופירש"י מטעם שכל הנאה שלו א"כ לפי דברי רבא אין כאן קנין בגוף החפץ למפרע רק בההוא שעתא דמיתניס מתחייב עלה כמו שואל (ומ"מ אין לדחות בזה מ"ש ליישב דברי התוס' ברבוצה דהתם ר"ה תלמודו דרב קאמר וס"ל כרב בהא דגזלן יש לו קנין בגוף החפץ) וא"כ צ"ע דהא בההיא דאין שמין לגנב כו' קי"ל דלגנב ולגזלן הוא דאין שמין אבל לשואל שמין וכבר כתבתי דהא תליא בהך סברא אם נאמר שחל הקנין בשעת הוצאה מבית הבעלים הלכך אין שמין והיינו דמחלקינן בין גנב לשואל והתם בסנהדרין דק"ל כרבא דדוקא שבר א"כ ע"כ לומ' דחיוב האונסין

מטע' דהוי כשואל אתינן עלה ועיקר חיובו משעת אונס משום דכל הנאה שלו א"כ למה אין שמין לו השברי' כמו לשואל וכן בההיא דתברי' או שתיה דבגנב קי"ל אתיא לקרן כעין שגנב אף אם איתבר ממילא משלם ד' כשעת הגניבה אלמא דבגנב אמרינן דקני למפרע משעת גניבה ולפי מה דקאמר בסנהדרין דטעמא דחייב באונסין משום דהוי כשואל תיקשי טפי דהא בשואל קי"ל דאין משלם כ"א כשעת הפשיע' וצ"ל דלא מדמי לה לשואל אלא לומר דאע"ג דלא הוה קנין שלו בעודה בעין מ"מ חייב באונסי מטעם דכל הנאה שלו כמו שואל ומ"מ כיון שנתחייב בתשלומי החפץ מחייבינן לי' על שעת גזילה דאתי' לקרן כעין שגנב ואין לדמותו לענין זה לשואל ומש"ה נמי אין שמין השברי' דהא מחייבינן לי' דמי שווי' אההיא שעתא דגזלי' ומ"מ אם לא שבר אינו פטור דכפקדון הוא גביה:

והנה מבואר ממה שכתבתי דגם בשאלה משתעבדי נכסי' משעת שאלה ולפ"ז היה לנו לומר דגם לענין יוקרא וזולא אזלינן בתר שעת שאלה ובש"ך סי' רצ"ה דמבואר דשומרי' משלמין משעת פשיע' ועיין בקצה"ח סי' רצ"א שהאריך בזה דלכאורה מ"ט בגזילה משלם כשעת הגזילה וע"ש מה שהביא בשם הרמב"ן והריטב"א ונלענ"ד לפמ"ש הש"ך סי' רצ"א לחלק הא דבמלוה משתעבדי נכסי מיד משא"כ בפקדון ושאלה לדעת הפוסקים דמשעת אונסין משום דמלוה להוצאה ניתנה משא"כ שאלה ופקדון דהדרא בעיני' ולפ"ז אף לפמ"ש הכ"מ וכ"כ בשם הריטב"א דחיוב בפועל מתחיל משעת אונסין הוא מה"ט דכ"ז דאית' בעיני' ל"ש חיובא ולפ"ז י"ל דבגזלן ושולח יד דמי בזה למלוה דלהוצאה ניתנה דהרי הגזלן לוקח החפץ ע"מ להחזיקו לעצמו ואנו דנין כפי מחשבתו שמחזיק בחפץ הרי החיוב עליו שישלם את דמיו ואין חילוק בין מלוה לגזלן אלא דבמלוה הוא להוצאה מרצון הבעלים ובגזלן הוא רוצה להוציא לצרכו שלא ברצון הבעלים וסוף סוף לפי רצונו ודעתו הוא מתחייב בדמיו כפי שיווי החפץ בשעת הגזלה ולא דמי לשאלה שהרי גם הוא אין דעתו להחזיק בחפץ כלל רק לתשמיש בלבד ואין כאן חיוב דמי' כלל עד שעת האונס וזה ברור לענ"ד ועיין בב"ק גבי הא דמחלק היכא דנחית אדעתא דגזלנותא ובין היכא דנחית אדעתא דאגרא:

והנה מ"ש הרמב"ן והריטב"א דמ"ש גזלן משואל דמשלם כיוקרא דשעת פשיעה אף דאיתבר ממילא י"ל דלכאורה קשה למה גבי שואל יצטרך לשלם כשעת פשיעה אף שנתייקר דשמא לא קיבל שמיר' כ"א כפי שיווי דשעת השאלה וכדאמרינן בנותן דינר זהב ואמר הזהרו של כסף דאמרינן לא קיבל נטירתא דדהבא אף שפשע בו ודווקא מזיק בידים חייב וצ"ל דהוה כאלו התנה מתחלה שאם תאנס יתחייב לשלם וא"כ הוי

כקיבל עליו שישלם כפי השווי דשעת אונסין ולפ"ז קשה מאי קאמר בסנהדרין דחייב באונסי' מידי דהוי אשואל ומה דמיון הוא לשואל שמקבל שמירה משא"כ גזלן שאינו שומר כמ"ש התו' בהכונס דף נ"ו והרא"ש בפרק מרובה שהבאתי לעיל וצ"ל דודאי גם גזלן כיון שגוזל החפץ מבעליו ומסלק מעליו שמירת הבעלים ונכנס הוא תחת הבעלים לכך אוקמי רחמנא ברשותיה בע"כ להיות שמירת החפץ עליו וכיון דכל הנא' שלו הוא מתחייב באונסין ג"כ והיינו דאמרינן מידי דהוי אשואל אך דמ"מ ליכא למימר גבי' דהוה כהתנה שיתחייב כשווי' דשעת אונסין שהרי הוא מדעתו לא קיבל עליו שמירה כלל רק שהתורה הטילה עליו חיוב השבירה מחמת שבכח אלמותו סילק שמירת הבעלים ממנו א"כ אין מקום לחייבו על שעת האונס דהא איהו לא עביד מידי ולא קיבל שמירה רק שהוטל עליו חיוב שומרין בעת שגזל וא"כ אם נתייקר אח"כ אין מקום לחייבו דאף בשואל אין לחייבו רק משום דהוי כקיבל שמירה מעת שאלה עד עת החזרה וזה לא שייך בגזלן שאין בדעתו להחזיר כלל:

ועוד נלענ"ד בהך דינא דשוי ארבע ובשעת שבירה זוזא דמשלם ד' ולא מהני בגזלן שישלם כלי אחר ממש כזה וכמ"ש בקונטרסי הראשון דמוכח מפ' כל שעה אך בשוה זוזא ובשעת שבורה ארבע ובשעת תשלומין זוזא נראה דשפיר מהני שישלם כלי אחר או זוזא דלענין השבת הגזילה הרי משלם כעין שגזל ולענין חיוב ההיזק שהזיק לחבירו בעת השבירה מתחייב מטעם מזיק ובמזיק מהני כשמשלם חפץ אחר כזה שהזיק וכיון דמהני להחזיר החפץ כזה והשתא שוה זוזא הרי יכול לקנות חפץ כזה ועיין במחנה אפרים ריש הלכות נזקי ממון שכתב שיש דעות בזה ולענ"ד נראה דמזיק אין דינו כגזלן לענין זה וכמ"ש שם מדברי רש"י והתו' וכן נלענ"ד בשומרי' שמשלם כשעת הפשיעה אף שנתייקר אז מ"מ אם בשעת התשלומין הוזל ועומד כדמעיקר' או אפי' הוזל יותר מדמעיקרא א"צ רק לתת לו כשעת התשלומין דהא קיבל שמירה על חפץ זה ואם נאבד הוא מחויב להעמיד לו חפץ אחר כזה וכל שנותן לו חפץ אחר כזה הוא נפטר בכך וכן מבואר בהנהו שקולאי דתברי חבית' דחמרא ע"ש בב"מ דף צ"ט ובאשר"י שם ובמחנה אפרים שהבאתי לעיל ועיין בקצה"ח סי' ד"ש שתמה על ה"ה דהא לא קי"ל כר"ע דאמר כיום התביעה ודבריו תמוהים דכוונת ה"ה דסגי כשישלם חביות כמה שהזיק ולא דמי לגזלן דהכא אינו רק פושע ודווקא גזלן שרוצה לזכות בחפץ וא"כ מאי ראי' מייתי בקצה"ח מדאמרינן הלכה כב"ה ודלא כר"ע דאמר מיום התביעה ובאמת אין קושי' כלל דהתם בשולח יד מיירי דה"ל גזלן כמבואר שם משא"כ בהך דשברו חבית יין שכתב ה"ה דלא דמי לגזלן מטעם שכתבתי וממילא שמיושב קושית הרמב"ן והריטב"א דמ"ש גזלן

משואל לענין יוקרא ולפמ"ש א"ש בפשיטות דשואל חיובו על גוף החזרת החפץ ואם נאבד חיובו להחזיר חפץ כזה ומה"ט מהני אפי' חזרת חפץ כזה והלכך אם הוקר בשעת שבירה וגם היא ביוקר בשעת תשלומין משלם כדהשתא שהרי חל עליו חיוב השבת חפץ כזה משא"כ בגזלן דדרשינן מאשר גזל כעין שגזל דלא מהני חזרת חפץ כזה רק הדמי' ששוה בעת השבירה הלכך באיתבר ממילא דלא עביד מידי אף שהוקר משלם כדמעקרא שהרי אין מוטל עליו חיוב לתת לנגזל חפץ כזה רק דמים וחומרא הוא לגביה היכא שהוזל בשעת שבירה ותשלומין:

ולכאורה י"ל בטעמא דגזל ושוי ד' ואח"כ זוזא דמשלם כשעת הגזילה דמההוא שעתא אישתעבדי נכסי' על ד' זוזי ולא דמי להלוואה דאע"ג דבההוא שעתא דלוה אשתעבדי נכסי' מ"מ הית' הלוואתו ע"מ לשלם לזמ"פ וקי"ל ב"ח מכאן ולהבא הוא גובה ואף למ"ד למפרע מ"מ הרי בפירו' מחייב עצמו לשלם לזמן פלוני ולא חייל השעבוד רק כפי שיהיה אז משא"כ בגזלן דלאו אדעתי' דלאהדורי שקיל הלכך אע"ג דאיתי' בעיני' רמי שעבודא אנכסי' והשעבוד הוא כפי השיוי שהוא בשעת הגזילה כיון שאין לו זמן אחר לפרעון כלל ולכך משלם כשעת הגזילה וקצרתי:

והנה בהא דאמרינן בב"ק אין שמין לגנב כו' כתב בש"ך סי' שנ"ד להקשות על הרמ"א שכתב דדוקא באית לי' מעות דזה לשיטת הרמ"ה דקאי בשיטת הרשב"ם אבל לשיטת רש"י ודעימי' לעולם אין שמין השברים ולענ"ד ז"א דודאי צריך ליישב לשיטת רש"י מה שהקש' הרשב"ם דגם בגזלן משלם אפי' סובין דהא מבואר בש"ס דף צ"ד דטעמא דאין שמין משום שנוי קונה וא"כ מה בכך שקונה השברי' הרי אפי' כמה נבלות דידי' יהיב לי' וע"כ לומר דמיירי באית לי' מעות אך הרשב"ם דמקשה על רש"י סובר דהא דמרבינן ישיב אפי' סובין היינו אפי' אית לי' מעות למזיק וה"ה לגזלן דהוי דינא הכי אע"ג דאית לי' מעות וא"כ אדרבא פסק הרמ"א כרש"י ודלא כהרשב"ם:

אך נלענ"ד שהוצרכו התוס' להאריך בטעם משום דגזלן קנה מיד ולא כתבו בפשיטות משום דקונה בשינוי וממילא שאין יכול לסלקו בשברי' כיון דאית לי' זוזי משום דאע"ג דקונה השברי' והוה כקונה חפץ מחבירו שצריך לסלקו במעות אי אית לי' זוזי כמו ב"ח מ"מ היינו לענין דמי שווי' של השברים אבל מ"מ ההיזק שעשה בשביר' זו יש עליו דין מזיק וא"כ מה שהשברים פחותים מדמי כלי שלם היה יכול לסלקו בשברים כדין שאר מזיק וע"ז צריך לבא מטעם הירושלמי דכתיב חיים ישלם שאף תמורת דמי ההיזק שעשה הגזלן צריך לשלם בדמים ולא בשברים אלו או שאר שבריו שיש לו ולזה הוצרכו לטעמא דקונה מיד והיינו דשאני מזיק שאין לו קנין כלל אבל גזלן אע"ג

דכל כמה דהוא בעיניה ברשותי' דמריה הוא השתא דאזקי' נקנ' לו למפרע וא"א לומר דמהני קנין משיכתו והוצאתו מבית הבעלי' שיהא קנוי לו בעת שבירתו ז"א דהא בההוא שעתא כלתה משיכתו והוי כאומר משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים דאי אמר מעכשיו קנה ואם לאו כלתה משיכתו וא"כ עכ"פ בנשבר מאליו אין כאן חיוב:

ומה שכתבת ליישב קושייתי על התוס' בב"ק דף צ"ו עפ"י דברי הב"ח סי' שס"ג גבי האי דאדקי' באינדורנא כו' ורצית ליתן טעם בזה למ"ש היכא דבשעת גזלה שוה ד' ולבתר זוזא משלם ד' משום דבשעת הגזלה ה"ל כמזיק בידים ולכך חייב אף הזולא דגרם לו אי לא גזל הי' מוכר החפץ בשעת היוקר והארכתי בזה והנה לדבריך בגזל חפץ והוזל או מטבע ונפסל אף דאיתיה בעיני' מ"ט מצי א"ל הש"ל הא גרם לו היזק שהיה יכול למכור החפץ בשעת היוקר או להוציא המטבע קודם שנפסל שהרי ע"כ לומר דמה שהוא מעוכב ביד הגזלן עד שעת השבה חשוב כמזיקו בידים וכה"ג ל"מ אמירת הש"ל כמבואר למעיין בב"ק דף מ"ד ודף צ"ח דרבנן סברי אין גומרין כו' אי הוה גבאי הוה מעריקנא ליה כו' ואף לפמ"ש רש"י שם דמיירי שהתפיסו ביד ב"ד בידי' מ"מ הרי כאן נמי צ"ל דעכבה זו כמזיק בידים הוא וא"כ אין חילוק בין איתי' בעיני' וליתא בעיני':

ואמנם דבר זה קשה על הגאון מוהר"י באו"ת שמוכיח מתוס' דלא כרש"ל דאל"כ מאי קשי' להו מגזל דבגזל חייב דאי לא גזל הוי מוציא המטבע וגר' לו היזק וז"א דאי מה"ט אתינן עלה א"כ אף אם הוא בעין מ"ט מצי א"ל הש"ל וכן תיקשי בחמץ בפסח וכל הני דמתני' מ"ט מצי א"ל הש"ל דהא מצי טעין הוי אכילנ' קודם פסח וכדומה ועיין בדברי הבעל המאור והרמב"ן במלחמות פרק שור שנגח דו"ה ואיפכא הוי לי' לאקשוויי דאי כסברת מהרש"ל מ"ט בגזל מצי א"ל הש"ל אך לענ"ד סברת רש"ל בזה א"ש לפמ"ש הרא"ש דחצר דקיימא לאגרא ולא עביד למיגר חייב אע"פ שעל החסרון אינו חייב מ"מ חייב על שאכל חסרונו של זה אע"פ שזה מוצא לשכור במקום אחר וא"כ בהלוואה כה"ג ודאי יש לחייבו על גרמא זו שהרי זה אוכל חסרונו של זה שזה הוציא המטבע בעת שלא נפסל וק"ו הדברים דהתם אף שלא נהנה שה"ל לשכור במקום אחר חייב וכ"ש הכא דקא משתרשי לי' ועיין בש"ך ח"מ סי' ק"ז מ"ש ביתומים שמכרו נכסי אביהם דהיכא דקא משתרשי לי' אף בלא דינא דגרמי חייב וא"כ ה"נ אין זה ענין לגזלן היכא דליתי' בעינא דהיינו אף שנאבד מידו מ"מ חייב לשלם אף שלא נהנה כלל ואם איתא דדמי להלוואה א"כ ל"ל למימ' דינא דהש"ל דאפי' נאבד רק שלא נהנה חייב ולכך הוצרכו התוס' לתרץ דטעמא משום דבגזילה משלם כדמעיקר' וזה ברור ובזה יש ליתן טעם לדברי הראב"ן שכ' דאם הוא בעין אף במלוה אומר הש"ל וכבר כתבתי שלכאורה טעמא בעי כיון דמלוה

אינו ברשות בעלים ולפמ"ש י"ל כיון שהוא בעין אצלו א"כ לא נהנה כלל ולא הוי רק כמו גרמא משא"כ היכא שאינו בעין ס"ל דמחייב לשלם מה שנהנה:

ומ"ש בקצה"ח לתמוה על הב"ח דטעמא משום דאין שבת בבהמה ובשאר ממון רק באדם יש שבת תמה אני עליו דהא להדיא מבואר בהרא"ש דאף באדם דמחייב לי' משום שבת היינו דווקא כשהביאו ממקום אחר דאל"כ הו"ל גרמא אלמא דכל היכא דהוי גרמא אף באדם אינו חייב משום שבת וכיון דהרא"ש כ' דגם בגירש חבירו מביתו ונעל בפניו ה"ל גרמא א"כ שפיר קשי' לי' דלמה יתחייב משום שבת אף באדם דהב"ח ס"ל דמה שגירש חבירו מביתו אינו דומה להביאו ממקום אחר דהתם עביד מעשה בגוף האדם שמביאו במקום אחר ועי"ז נמשך הנזק אח"כ ג"כ שמתבטל ממלאכתו ובתר מעיקרא אזלינן דעביד מעשה בגופי' וכמ"ש הרא"ש הראי' מפרק הנשרפין ההוא גברא דצמצמא לחיותי' דחברי' בשמשא ומתה דהלכתא כרבינא דמחייב דהוי גרמי ולא גרמא כי הוא עצמו עושה ההיזק לממון חבירו שהוא מצמצם בהמתו וברי הזיקא כי ודאי תמות וההיזק מתחיל מיד והולך וחזק עכ"ל ולפ"ז ה"ה בהביאה ממקום אחר למקום שסוף צינה לבא כיון שהוא עצמו עביד מעשה לברי הזיקא שודאי יתבטל ממלאכתו ואף שאין ההיזק מתחיל מיד מ"מ כיון שסופו ודאי לבא חייב משא"כ בגירשו מביתו שאין במעשה זו כדי ההיזק לומר שסוף ההיזק ודאי לבא עד שנועל את הבית ואינו מניחו להכניס דיורים בתוכו ונראה שזה ג"כ כוונת הב"ח בזה:

ומ"ש בקצה"ח סי' שס"ג כ' על דברי הרמ"ה דמייתי ראי' מהא דאדקי' באנדרונא שהוא תימה דהא אדם באדם חייב משום שבת אבל בנועל חנות דה"ל אדם בשור פטור משבת וכ"כ הרבה פעמים ומכלל דבריו נראה שגזירת הכתוב הוא דאין שבת בבהמה אלא במקום שיש לחייבו משום נזק:

ובאמת דברי הרמ"ה נכונים ומתחלה אבאר דברי הרא"ש בב"מ דף צ"ז שכ' והשוכר בהמה ועלה מכה ברגלי' בפסיע' פסקו חכמי צרפת כיון שסופה להתרפאות לא הוי אלא שבת דאדם בשור פטור ויש מחלקי' דודאי גבי אדם לא חשבינן לי' רק שבת דאינו עשוי למכור הלכך לא חשיב אפחתי' מכספא ועוד דדמי' יקרים והקונהו פוחת מעט מדמי' כיון דסופו לחזור אבל גבי שור נקרא נזק שעשוי למכור ונפחת מדמי' עכ"ל ומקור הדברים מדברי התוס' בגיטין דף מ"ב ע"ב ד"ה ושור כו' יש רוצין לפטור כו' דכי היכא דדרשינן ולא שור בעמיתו ה"נ דרשינן ולא איש בשור כו' ור"ח אומר דל"ש שבת אלא באדם דשבתו לא הוי בכלל נזק כו' אבל שור פשיטא דשבתו בכלל נזק הוא דפחתו דמי' ומתחלה כשהוזק שמין אותן כמה דמי' פחותי' למכור עכ"ל ונראה כוונתם דאפ"ת

דדרשינן ולא איש בשור היינו במקום שהוא משלם נזק כגון מכה שאין סופה לחזור ממעטינן לי' משבת דהא מעיקרא שמין כמה נפחת שור זה מדמים וזה מחויב להשלים פחת זה וממילא דאין שייכות לתבוע שבת כלל שהרי יש בידו כל דמי שווי' של השור שלו ויוכל לומר קח לך אחר בדמיו מיד משא"כ באדם שהשומא מתחלה כששמין אותו כעומד לימכר בשוק לא נכלל פחת זה כלל שיצטרך להתבטל ממלאכת שמירת קישואין זמן מה הלכך צריך לשלם לו שבת בפ"ע והלכך במכה שסופ' לחזור דלא משלם נזק פשיטא דעכ"פ צריך הוא לשלם מה שמבטלה ממלאכתה זמן מה דמה בכך שסופו לחזור השתא מיהא לא חזי ומה לי אדם מה לי בהמה אידי ואידי צריך לשלם שכר ביטול המלאכה כנלענ"ד לפרש כונת התוספ':

ומדברי הרא"ש נראה שכוונתו בפשיטות דביטול מלאכה בשור שם נזק עליו ונזק בשור חייב ומ"מ הדבר ברור שאם שמין כמה הוא שוה לימכר בפחות מה שהי' שוה קודם הנזק שא"צ לשלם יותר שהרי השלים לו דמי שורו כאשר בתחלה:

ולפי"ז נראה היכא שלקח בהמת חבירו למסרה לאנס להיות אצלו זמן מה ואח"כ יחזירנה לבעלים ודאי שהי' לנו לחייבו מה שנתבטלה ממלאכת' דלא מבעיא לפמ"ש לדברי התוספ' בכל כה"ג שאינו משלם נזק צריך לשלם שכר ביטול מלאכה אלא לפי שיטת הרא"ש מ"מ הרי גם בזה בכלל נזק הוא שאם הי' רוצ' למכרה עתה ע"מ שהלוקח לא יתחיל להשתמש בה אלא לאחר ל' יום בודאי היה פוחת מדמיה ומה לי מחמת מכה שסופו לחזור או מחמת ד"א אך בכה"ג שמכרה לאנס הו"ל כגזלן ומשלם כשעת הגזילה משא"כ במכניס בהמת חבירו לחדר ונועל בפניה בע"כ אף שלא נטלה ע"מ לגוזלה ולא נעשה עליה גזלן דנימא ביה כל הגזלנים כו' ודאי דמחייב לשלם הפחת שנפחתה אם היה רוצה למוכרה בעודנה נעולה לזמן שיוציאנה זה ממסגר שהסגיר' וגם זה בכלל נזק הוא אף להרא"ש וכן מוכח נמי בהא דאומדין כמה אדם רוצה ליתן בין אם נותנים לו לל' יום שאין זה בכלל שבת אלא בכלל נזק דהא אפחתי' מכספא כמה שהיה הלוה מנכה למלוה ומבטל כיסו של חבירו שאני שהלו' תובעו הריווח שהי' יכול להרוויח ומזה ודאי פטור ועוד י"ל דמבטל כיסו מיירי בנתן לו ליקח פירות ולא לקח דקתני התם אין לו עליו אלא תרעומות ומזה למד הירושלמי הדין ע"ש ובכה"ג שפיר יש לפוטרו כיון שלא עשה מעשה בידים לקחת כיסו של חבירו בלא דעתו ולסוגרו אלא בהיתרא אתי לידיה והיזק שאינו ניכר הוא וגרמא בעלמא משא"כ בלוקח בידים כיסו של חבירו וסוגרו ועי"ז נתבטל מהריווח כל שההיזק ברור הוא מחויב הוא לשלם לו גם להירושלמי:

וכן מצאתי בשו"ת מהר"מ ב"ב סימן רצ"ח מלשון ה"ר חיים שכ' אהא דמכות דלא דמי למבטל כיסו דהתם הי' המעות ת"י להרוויח והיו רוצים להוציא מידו ומפסידין אותו בידים אבל במבטל כיסו לא היה בידו של מלוה ואם אכלם או הוציאם נעש' גזלן עליהם כו' (ור"ל ע"פ מ"ש שם קודם דמבטל כיסו היינו שא"ל ליקח פירות כו' ע"ש) עכ"ל וזה ג"כ שיטת הרמ"ה לענין חצר כיון דקיימא לאגרא וזה נכנס לתוכו ונעל בפניו דאין זה בכלל שבת אלא בכלל נזק שהרי אם ירצה זה עכשיו למכור או להשכיר ע"מ שזה ידור בתוכו כשימסור לו המפתח ינכה לו מהדמים כל ימי ההסגר ואפי' למאן דלא דאין דינא דגרמי כיון דעביד בה מעש' בידים ומכ"ש מאן דדאין דד"ג כנלענ"ד דעת הרמ"ה דמייתי ראי' מהא דאדקיה באינדורנא דכה"ג כעביד מעשה בידים דמי ומכ"ש דא"ש לפי מ"ש בשיטת התוס' דס"ל שאין חילוק בין אדם לבהמה דלעולם כל שמבטלו ממלאכתו בידים חייב דא"ש בפשיטות:

ועוד נלפענ"ד הא דבספינה פטור היכא דלא נחית אדעתא דאגרא משום דלכאורה קשה דמה בכך דאיהו לא נחית אדעתא דאגרא מ"מ כיון שיש כאן פחתא יש לגלגל עליו את כל ההנאה כדק"ל גבי חצר דלא קיימא לאגרא ומכ"ש הכא דקיימא לאגרא אלא דאיהו לא נחית אדעתא דהכי ובאמת שהרשב"א הקש' בספינה דלא קיימא לאגרא יהא חייב כיון דודאי איכא פחת בספינ' וכמו גבי חצר דמשום שחרירותא דאשותא מגלגלין עליה את הכל וכ' ונ"ל דיש לחלק בין קרקע למטלטלין וצ"ל דהחילוק הוא דבשלמ' קרקע כיון דאינה נגזלת וברשותיה דמריה קיימא נמצא הא דקמתהני מדמרה קמתהני ומחוייב לשלם כל ההנאה משא"כ בספינה אף דאיהו לא נחית אדעתא דגזלנותא מ"מ כיון דבע"כ שקל לה קמה לה ברשותיה לענין אונסין דמה"ט רצה פחתה נוטל ומאי דקמתהני לא מחשב כ"כ דמריה לפי שזה הכניסו לרשותו להתחייב עליה בכל אונסא דמתילד וכיון דלא קיימא לאגרא פטור וא"צ ליתן הך פחתא:. ובהכי א"ש מ"ש התוס' בכתובות לענין גונב חלבו שכתב כיון דאיכא ש"פ מחייב בכל הנאה וכ' בשער המלך דפליגי על הרשב"א ולפי מ"ש י"ל דהתם כיון שתחב לו חבירו כו' ואיהו לא גזל מידי וגם עתה אי מיהדר ליה לית ביה ש"פ נמצא שלא חל עליו שם גזילה כלל וקילו של זה הוא חומרו דמחמת כן נתחייב לשלם כל ההנאה דכל כה"ג אכתי שמא דמריה עליה ומשל הבעלי' הוא נהנה. ולפ"ז א"ש דבספינה כיון דלא נחית אדעתא דאגרא רק אדעתא דגזלנותא וממילא דלאו ברשותיה דמריה קמתהני ומחמת הא דחסרי' דהא הוי קיימא לאגרא לא איכפת לן וכמש"ל מדברי הרמ"ה ודוקא בנחית אדעתא דאגרא דיכולין הבעלים לומר מעיקרא הוה ניחא לן בהכי כמ"ש היש"ש (ובאמת לשיטת הרמ"ה גם בחצר י"ל דא"צ

לשלם כל ההנאה כמבואר בנ"י ע"ש) משא"כ בחצר שפיר יש לחלק בין קיימא לאגרא משא"כ בחצר שפיר איכא לאפלוגי בהכי כיון שנהנה ברשותיה דמריה דמה"ט מגלגלין עליו את הכל הלכך כל שנהנה ואכל חסרונו של זה חייב לשלם אף ע"ג דלא נחית אדעתא דאגרא:

ודרך אגב ראיתי לבאר בהא דאמרינן דשדינהו בנהרא לכאור' דחיק מ"ש הרמב"ן ז"ל דמיירי ברקק שר"ה מהלכת וגם למה נקט שדינהו בנהרא ואפשר לומר מה דאמרינן הזורק מטבע של חבירו לים כו' וה"מ באדי' אדוי' אבל אי שקליה בידים השבה מעליא בעי למיעבד ע"ש. ולפי"ז י"ל דשדי' בנהרא היינו מים צלולים דקא חזי ליה והלכך מחמת ההיזק דשדינהו מצי א"ל הש"ל רק דנימא שיתחייב מחמת דמשקל שקליה והשבה בעי למיעבד וכיון שנטילה זו היתה בעת חיוב מיתה לא חלה עליו חיוב ההשבה אז ומה שזרק לים הו"ל כאדי' אדוי':

ועוד י"ל דאף דמיירי שאינו רקק שר"ה מהלכת מ"מ כיון שהוצאתו לר"ה וזריקה זו היה הכל במעשה א' שפיר פטור וכמ"ש התוספ' בב"ק דף כ"ו דכל שהוא במעשה א' פטור אף ששריפת העבד קדים וה"ה הכא אך יש לחלק דהתם הוי במעש' א' שהדליק המבעיר ושרף הכל משא"כ כאן יש לחשוב בזריקה שזרק עכשיו לנהר ולמעשה אחר. ובתשובה אחרת הארכתי בזה בדברי הרמב"ם והרמב"ן:

דברי זעירא דמן חברייא אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה ו

שאלה ראובן מכר ביתו לשמעון בקנין אשה והד"ב כנהוג ואחר המכירה קנה ראובן ב' בתים קטנים והנה ראובן שבק לן חיים ובאותן ב' בתים בא' מוחזקת אלמנות ראובן ובתו עבור כתובתה ובתו היה לה על אביו שטר חוב ובא' מוחזק אחי ראובן:

והנה עתה בא א"י ותבע בכת"י ראובן מבית שמוחזקת האשה הנ"ל ובראותו כי שכירת הבית מועטת כי בדיניהם שלא ימכור הבית רק יקח מההכנסה והבית צריך תיקון ולא נשאר לו לפרעון חובו כלום החזיר א"ע לשמעון שלקח הבית הגדול ושמעון סילק להגוי במעות עם הוצאות וריבית וקנסות שעליו אחר מות ראובן כי ראובן לוה בלא ריבית לשלם פרוטרוט מ"מ אחר שעבר הזמן חושבין בדיניהם ריבית והנה עתה בא שמעון לגבות מב' בתים הנ"ל בכח שטר מכירה שכתוב שם וקבלנו עלינו הזוג אחריות וכו' וגם אחי ראובן קנה אחר קניתו וטענה האשה שלא קבלה עלי' אחריות רק שסילקה

שעבודה מהבית הגדול שקנה שמעון אבל לא שתשלם מכתובתה ובת ראובן הוציאה שטח"ז שבשבילה תופסת בבית הנ"ל כל הנ"ל טענו כו':

תשובה גלוי וידוע לכל יודעי דת ודין פלוגתת הפוסקים אם בכת"י יכול לטעון פרעתי ודעת הרי"ף והרמב"ם והרבה פוסקים שיכול לטעון פרעתי:

אך דעת הר"י בתוספות דכתובות דף כ"א והביאו בסמ"ג וכן דעת הרז"ה סוף בב"ב והטור בשם הרמ"ה וכ"כ בשם הרשב"ם והראב"ד דאינו נאמן לומר פרעתי והרשב"א כתב שלזה דעתו נוטה והרמ"א בסי' ס"ט הביא דעת י"א אלו ולכאו' דלפי דעת הי"א אלו אף מיתומים גובין בכת"י ולא טענינן להו דלמא פרע אביהן כיון דלדידהו כ"י יש לו דין שטר לענין טענות פרוע ולכאור' לא משמע כן ממ"ש הסמ"ע שם ס"ק י"ז דאפילו כתב בשטר נאמנות סתם לא מהני הנאמנות לגבי היורשים כו' וכ"כ הש"ך שם שכן הוא בתשובת מיימוני כו' ע"ש הרי מבואר דאע"ג דלגבי דידיה מהני נאמנות סתם דלא מצי למימר פרעתי מ"מ ליתמי טענינן וא"כ י"ל דה"ה להנך דסברי דבכת"י לא מצי למטען פרעתי מ"מ ליתמי טענינן אך לענ"ד נראה שיש לחלק ביניהם דבאמת צריך להבין לדעת הפוסקים דנאמן לומר פרעתי והטעם לפי שאינו חושש להניחו וע"כ שאין הטעם לפי שיסמוך עצמו שיטעון פרעתי דאיפכא הוי לן למימר שלא יהא נאמן לומר פרעתי והלוה יחוש לעצמו וכ"כ הרשב"א בתשובות המכונות להרמב"ן סימן ע"ו ודבשלמא בשטר שיש בו נאמנות ללוה שהוא יודע שהוא נאמן לומר פרעתי א"נ בשטר פקדון שהתורה האמינתו בטענות נאנסו אינו חושש אם מניחו לפי שסומך הוא על נאמנותו אבל כאן מי האמינו שיסמוך על אמנותו אלא שאתה בא להאמינו מפני שאינו מקפיד אם ישאר שטרו ביד המלוה ויגבה שנית מב"ח ואילו מצינו בפירוש כן לבעלי הגמרא היה ראוי לשאול למה כ"ש עכשיו כו' ע"ש. אך דעת הפוסקים הסוברין דשפיר מצי טעין פרעתי הוא כמ"ש הרמב"ן במלחמות סוף ב"ב דכיון שאינו גובה בו ממשועבדים אין מקפידין עליו ומניחין אותו ביד המלוה אף ע"פ שהוא פרוע ואין נוהגין בכת"י עדים מפני שיש לו קול וזילי נכסי שהרי גובה בו ממשועבדי' עכ"ל ולפי"ז שוב אין טעם לדבר באם יש בו נאמנות שכתבו הטור וש"ע דאינו נאמן לומר פרעתי דהא מ"מ לית ליה קלא ולא זילי נכסי ונימא שאין חושש להניחו בידו וצ"ל הטעם כמו שכתב הש"ך ס"ק י"ז לחלק בין כתב שאין לו דין שטר ובין כתב בו נאמנות משום דבכתב נאמנות ודאי משקר שהרי הוא האמינו ועוד דאמרי' ליה אפילו האמת כדבריך את הוא דאפסדת אנפשך דהמנת ליה עליך כו' ע"ש ולפי"ז א"ש דלא מהני נאמנות דידיה לגבי יורשים דלגבי דידהו אמרינן דלמא פרע והניחו בידו לפי שלא חשש עליו דכיון דלא זילי נכסי דהא לגבי יורשים לא

הימניה כלל וכ"ז להפוסקים שנאמן בכת"י לומר פרעתי אבל להפוסקים דלא איכפת לן במה שאינו גובה ממשועבדים וגם בכת"י הוא מקפיד עליו שלא להניחו ביד המלוה כמו שטר בעדים א"כ גם ליתמי לא טענינן דלמא פרע כמו שטר בעדים אך צ"ע מלשון הטור וש"ע שכתבו להדיא טעמא דבנאמנות א"נ לומר פרעתי שאילו פרע לא היה מניח בידו כיון שיש בו נאמנות ונר' שלמדו לומר כן ממ"ש בעה"ת שער ג' ויש לברר כו' א"ד כיון דאית ביה נאמנות אמרינן ליה אם איתא שטרך בידי מאי בעי ומסתברא דודאי מהני כו' ולפי טעם זה נראה לכאורה דאף בנאמנות סתם מהני דאף להיורשים לא טענינן שפרע דא"כ לא היה מניחו בידו כיון שיש בו נאמנות ומ"ש הש"ך שמהטור שכתב בסעיף יו"ד ואם כתב בו נאמנות שהאמינו עליו ועל יורשיו כו' משמע דבנאמנות סתם לא מהני לגבי יורשים לענ"ד צ"ע שהרי ע"כ הטור קיצר בדברי בעה"ת שהרי הטור שם לא מיירי רק לענין אם הוא נאמן לומר פרעתי ופשיטא דלגבי דידיה אין הפרש בין אם כתב בו נאמנות לגבי יורשים או לא ונראה שהטור שיטפא דלשון בעה"ת נקיט ואתי ובעה"ת שם מיירי גם לענין היורשים ומלשונו אין הכרע דבעה"ת אתי למימר דגבי מיתמי בלא שבועה ולהכי נקט שכתב בו נאמנות גם על יורשין וכן הוא בלשון בעל העיטור דף ס"ב ע"ד ואי אית ביה נאמנות גבי בלא שבועה אפילו מיתמי ע"ש והיינו כשכתב בו נאמנות גם לגבי יורשין אבל לענין דלא טענינן פרעתי ומהימן מלוה בשבועה אפשר דגם בנאמנות סתם הדין כן דכיון דלא חיישינן שהניחו בידו ולפי"ז צ"ע על הסמ"ע שהביא בזה דינא דתשובת מיימוני וכן הב"י הביא בזה דברי תשובת מיימוני ובאמת י"ל דתשובת מיימוני ס"ל הטעם דכת"י בנאמנות א"נ לומר פרעתי משום דהא הימני' וכמש"ל בשם הש"ך ולגבי יורשים הא לא הימניה כלל משא"כ לפי הטעם המבואר בטור וש"ע אין מקום לחלק בין אם נכתב נאמנות לגבי יורשים או לא דלא טענינן ליתמי מה דלא מצי אבוהון למטען:

ועיינתי בתשובת מיימוני וראיתי שכתב וז"ל הלכך בנדון זה אף דלגבי דידיה מהני נאמנותו דהימנינהו לגבי יורשים לא מהני מידי וכמאן דלא הימנינהו דמי וכדחזינן בפרק הכותב נקי נדר נקי שבועה ממני יורשין משביעין אותו לכ"ע ולגבי יורשין כמאן דלא הימניה דמי ולא שקיל אלא בשבועה וא"כ הכא דליכא שטרא אלא כת"י נמי נימא הכי דהיכא דהימנינהו לגבי דידיה לגבי יורשים כמאן דלא הימנינהו דמי ואי לא המנינהו הוי טענינן ליתמי פרוע כי היכא דמצי למטען אבוהון השתא נמי דהמנינהו טענינן להו הכי וליפטרו כיון דליכא שטרא אלא כת"י דדלמא שכח ופרע ולא דמי לחייב מודה כו' אבל הכא דלמא פרע ולאו אדעתיה דכתב ליה נאמנות דנשקול מיניה כ"י כי היכא דאמרינן

התם נקי נדר נקי שבועה ממני דאמרינן דלא פרעיה ושכח ולא הוציא השטר מידו או מידה ואדרבא נראין הדברים ק"ו ומה התם דאפילו הימנינהו הו"ל לאפוקי שטרא מינייהו דלא נהדר ונגבה בהאי שטרא אפ"ה אמרינן בשביל תקנת יתומים דלמא פרע ושכח ולא מהני המנותיה לגבי יתמי כ"ש הכא בכת"י דאילו שכח לנאמנותו דהימנינהו לא בעי לאפוקי מידייהו כת"י דסמיך אהא דכל שעתא מצי למטעון פרעתי דנטעון להו דלמא פרעיה כו' ע"ש הנה העתקתי רוב לשונו שמבואר ממנו טעם נאמנות סתם דלא מהני ליורשין אף ע"ג דמהני לגבי נפשיה משום דגבי דידיה לא אמרינן דלמא שכח ופרע ולאו אדעתיה דכתב ליה נאמנות דהא מ"מ הימני' אבל לגבי יתמי אמרינן הכי דהא לגבי יתמי הוה כלא הימני' כלל ואמרינן דלמא שכח לנאמנותו ולא חשש לאפוקי כת"י וזה מבואר כדברי הש"ך דהא בכת"י בנאמנות אינו נאמן לומר פרעתי היינו מטעם דהימני' לגבי נפשיה וכמ"ש משא"כ אם נאמר כיון שיש בו נאמנות אינו מניחה בידו ולשכחה לא חיישינן א"כ גם לענין היורשין י"ל דלא הימני' כיון דלא הוי מצי אבוהון למטען:

אמנם באמת הסמ"ע סימן ע"א ס"ק ל"א כתב הטעם דנאמנות סתם לא מהני לגבי יורשין אף ע"ג דאבוהון לא מצי למטען פרעתי מ"מ טענינן ליורשין ואם היה אבוהון לא הי' מעיז פניו נגדו לומר שלא נפרע ומש"ה הימנוהו המלוה נגדו ולא הימנוהו נגד יורשיו מפני שמעיז נגדם לכפור הפרעון שפרעוהו הלוה ע"ש ולפום הך טעמא אתי שפיר מה שכתב הסמ"ע דכת"י בנאמנות אין מועיל לגבי יורשים אף לפי דאיתא בטור וש"ע הטעם דכת"י בנאמנות א"נ לומר פרעתי לפי שלא היו מניחו בידו מ"מ כמו דבשטר גמור צריך לישבע ואמרינן דשמא אף ע"פ כן הניחו בידו וסמך עצמו שלא יוכל לכפור כנגדו ומ"מ לגבי יורשיו לא הימני' דבבנו מעיז ה"נ לענין כת"י בנאמנות אמרינן הכי לגבי יורשים דשמא אע"פ כן הניחו וסמך שלא יוכל להעיז נגדו:

ובקשתי חבר לדברי הסמ"ע ומצאתי שהרי הרב אומר כן רבינו הרשב"א ז"ל הובא בשטה מקובצת דף פ"ז שכתב וז"ל ולפי דבריהם כי כתב לה נדר ושבועה אין לי עליך היורשין משביעין אותה אפילו על מה שנשתמשה בחיי בעלה שלא פטרה אלא ממנו לפי שהיא או יורשיה בושים ממנו יותר שהוא יודע בעסק הנכסים יותר ואין מעיזין פניהם אבל בבנו ובבאים ברשותו מעיזים ומעיזים וכ"ש בפגימת כתובה דטוען ברי שאין מעיזין אבל בבנו מעיזין כו' ע"ש:

אך לענ"ד צ"ע על הרשב"א דלפום הך סברא נראה דלא מהני נאמנות לנפרע שלא בפניו וכ"כ הריטב"א בכתובות שם שדעת רוב הגאונים דאפילו בשכתב נאמנות מפורש צריכה שבועה כשנפרעת שלא בפניו דכי הימנה בפניו שאינו מעיזה בו אבל שלא בפניו לא

הימני' וא"כ הרי הרשב"א בתשו' סי' אלף א' דעתו בנפרע שלא בפניו מהני נאמנות וכתב דכיון שהאמינו על נכסיו נפרע שלא בשבועה ואינו דומה לנפרע מן היתומים שהרי יצאו הנכסים מן המתנה (ר"ל הלוה שהתנה שיהא המלוה נאמן) והרי הן של היתומים ורבן גמליאל ובית דינו אבוהון של יתומים והם אמרו שאין נפרעין מהם אלא בשבועה כו' ע"ש וכ"כ הב"ח סימן ק"ו מדעתא דנפשיה וטעם הרא"ש דנפרע מלקוחות ומיתומים שאני שלא האמינו להוציא מיד אחרים אבל בנפרע שלא בפניו דנכסי דידי' נינהו מועיל לנאמנות סתם ודעת הרמ"א דסובר דלא מהני נאמנות דדוקא בפניו הימני' דקסבר אין מעיז פניו בו א"נ דמפני הנאמנות שכתב לו פרע לו בעדים ושובר ואין אנו יודעין הלכך בעי אשתבועי וע"ש ועכ"פ דברי הרשב"א לכאורה סותרין זא"ז:

ולכאורה הי' אפשר ליישב דאע"ג דהרשב"א ס"ל הטעם דבבנו מעיז מ"מ שפיר אמרינן דהנאמנות סתם קאי אף אם יפרע שלא בפניו דאע"ג שהלוה עתה אינו בכאן הרי הוא עתיד לבוא וידע שלא יוכל להעיז נגדו ולכך האמינו בתחלה אף אם ירצה ליפרע שלא בפניו ולכאורה ממ"ש הריב"ש סימן קכ"ז לענין אשה שאמרה גרשתני דשלא בפניו מעיזה אף שאומרת אח"כ בפני בעלה גריעי טענתה כו' ע"ש ולא אמרינן כיון שידעה שעתיד לבוא ותצטרך להעיז מעיקרא אינה מעיזה אלמא דאין דנין אלא על אותה שעה דכיון דשעת אמירתה שלא בפניו הוא שפיר מעיזה עכשיו א"כ ה"נ י"ל כן וקצת יש לחלק וגם י"ל דהרשב"א לשיטתו דס"ל דבגרשתני בכה"ג ג"כ נאמנת וע"כ לומר דמ"מ עתה שאומרת בפני בעלה לא היתה יכולה להעיז אעפ"י שכבר אמרה כן שלא בפניו וא"כ גם בזה י"ל דהאמינו אף לנפרע שלא בפניו דסמיך נפשי' שלא יגבה שלא בפניו שמה יעשה באחריתו כשיבא הלוה וכחשו בפניו יענה ולא יוכל להעיז נגדו הלא יכלם אך דמ"מ מדברי הרשב"א מבואר דהתם הטעם לפי שלא האמינו רק על עצמו ועתה הנכסים ברשות יתומים והב"ד חייבוהו שבועה וממילא היכא שאין כאן חיוב שבועה רק אנו באין לטעון ליתומים לפוטרם נראה דלא עדיפי מאיהו גופי' הטוען ברי ואיכא אומדנא דמוכח דלא הי' מניח שטרו ביד המלוה כיון שיש בו נאמנות לא טענינן להו ונראה טעמא דחייש לשטר בנאמנות די"ל דבלא נאמנות אפילו תימא שא"נ לומר פרעתי מ"מ אפשר שיפרע ויניח את השטר ויסמוך עצמו שאם יכפור בו המלוה יטעון השבע לי ולא חשיד כולי האי שישבע לשקר משא"כ כשיש בו נאמנות ואם יכפור אף שבועה לא יצטרך דכה"ג הוא חושש להניחו בידו וא"כ גם ליורשים לא טענינן ומדברי מהר"ם בתשובת מיימוני נראה דבשביל תקנות היתומים אף שיש נאמנות לגבי דנפשי' לגבי יתמי חיישינן שפרע ושכח שכתוב בו נאמנות או שכח שטרו לגמרי ומחו' הגאון החסיד

בחידושיו להלכות כתובות סימן צ"ז תמה על טעם הסמ"ע משום דמעיז נגד יורשים וכתב הטעם משום דשבועות יתומים חמירא טפי מטענות אשתבע לי לענין מת לוה בחיי מלוה ולענין חשוד ולכן אע"פי שפטרה משבועה לא פטרה משבועת יתומים דחמירא טפי עכ"ל והוא כעין שכתבתי לעיל בשם תשובת הרשב"א וא"כ אפשר דוקא התם דמטעם נאמנות לפטור משבועה אתינן עלה אבל בהא דמוכחא מלתא דלא פרע והניח בידו הכת"י שיש בו נאמנות גם לענין היורשין י"ל כן ואפשר שרצה לומר כמו שכתב מהר"ם דבשבועות היורשין החמירו טפי ואמרינן דשמא שכח שכתב לו נאמנות וא"כ גם בכ"י בנאמנות אמרינן הכי לגבי יורשים ופטורין לגמרי דהא גם בשבועות היורשים לפעמים מהאי טעמא פטרינן להו לגמרי כגון במת לוה בחיי מלוה או בחשוד ואמרינן דהיורשין פטורין שמא פרע אביהם ושכח אף שיש בו נאמנות סתם ולדעת קצת פוסקים לא מהני נאמנות לגבי יורשין כלל וצ"ע על מהר"ם בתשובת מיימוני שם שכתב ואין לחלק מסברת הכרס לומר דהתם אי טענינן דלמא פרע לא פסלינן לשטרא אלא דמזדקינן לאשבועי למרי דשטרא כו' דטפי הול"ל דהתם זימנין דפסלינן שטרא לגמרי כגון במת לוה בחיי מלוה ולענין חשוד ומשמע בפשיטות דאף בנאמנות סתם דינא הכי כיון דמחויב שבועה ואין יכול לישבע:

ועכ"פ נראה ברור לענ"ד דלדעת הרשב"א ודעימי' דבכת"י אינו יכול לטעון פרעתי גם בבא לגבות מיתומים הדין כן כיון דלדידי' דין שטר יש לו וזה מבואר שהרי הרשב"א למד זה משטר פקדון דאי לאו מגו דנאנסו א"נ לומר החזרתי והרי בשטר פקדון הא דאינו גובה מן היתומים נמי מטעם דטענינן להו החזרתי במגו דנאנסו הוא וכמבואר בבבא בתרא דף ע' בשטר כיס היוצא על היתומים ס"ל לדייני גולה דנשבע וגובה כולו אף המחצה פקדון משום דס"ל דלא אמרינן החזרתי במגו דנאנסו הרי מבואר דשפיר גובה מן היתומים בשטר כזה ולא אמרינן דלמא הניח השטר בידו דסמך שלא יוכל להעיז נגדו אלא שזה אפשר לדחות דא"ל דלמ"ד דגובה כולו ולא מהימן החזרתי במגו דנאנסו אף מלקוחות יכול לגבות דלא טענינן ללקוחות נאנסו דלא שכיחא וכיון שגובה מהלקוחו' ממילא חזר הדין שגם ליתומים אין טוענין דבכה"ג דגבי מלקוחות אין מניח הנייר בידו דזילי נכסי' ולכך גובה בין מיתומים ובין מלקוחות ולא טענינן שהחזיר ודינו בזה כשטר מלוה וכיוצא בזה כתב הש"ך לדחות ראיות הרשב"א משטר פקדון דהתם מהאי טעמא גופא אין גובה ממשעבדי לפי שיכול לטעון החזרתי במגו דנאנסו ע"ש ולפי"ז למאן דס"ל דלא מצי טעין החזרתי במגו דנאנסו באמת גובה ממשעבדי אך ראיתי בתשובת המבי"ט המכונות להרמב"ן שכתב ראיה זו בביאור יותר וז"ל דהא איכא מ"ד בהמוכר את הבית

שא"נ לו' החזרתי משום דאמר לי' שטרא ביד ימאי בעי ואף דקיי"ל כמ"ד נאמן אין הדעת נותנת שנחלקו בדבר הזה שזה אומר כיון שאינו גובה ממשועבדים אינו חושש וזה אומר בהיפך ולא נעשה מחלוקותו של הרי"ף והר"ם מחלוקת שנוי' בגמרא ועוד דאפילו לדידן דקיי"ל דמצי טעין החזרתי אינו אלא דוקא משום דאי בעי אמר נאנסו ובשבועה חמורה ואם איתא דכל שטר שאינו גובה ממשעבדי מאיזה צד שיהי' יכול לומר פרעתי ה"נ כי אמר החזרתי יהא נאמן כדינו שלא בשבועה ולהוי כמפקיד אצל חבירו בעדים אלא כל שבשטר צריך להחזיר לו בעדים אא"כ יש שם מגו כאותה דהמוכר את הבית עכ"ל ולפי מ"ש אין כאן ראיה ממ"ד דלא מהימן החזרתי במגו דלהך מ"ד אף מלקוחות נמי גבי כיון דהלוה לא הוי מצי לטעון החזרתי ונאנסו לא טענינן ללקוחות אך ראייתו ממאי דקיי"ל דאינו נאמן החזרתי לדידן כ"א בשבועה חמורה א"ש דלדידן דקיי"ל דמצי טעין החזרתי במגו א"כ עכ"פ מלקוחות לא מצי לגבות וממילא שהיה להיות נאמן החזרתי אף בלא שבועה כלל דכל דלא גבי ממשעבדי שוב הוי החזרתי טענה מעלייא בפ"ע:

וראיתי בקצות החושן שכתב כן מסברא דנפשי' ובאמת כך מבואר בתשובות המכונות הנ"ל וכן מבואר עוד שם בסימן צ' לענין עד אחד בשטר כתב דבכת"י א"נ לומר פרעתי וראי' ממפקיד בשטר דאמר דנאמן לומר החזרתי דוקא בשבועה ומשום מגו דנאנסו הא לא"ה לא ואעפ"י ששטר פקדון אין גובין בו ממשעבדי ע"ש ובתשובת הרשב"א סימן אלף צ' איתא שם תשובה זו בקצרה ונשמט שם תיבת דוקא בשבועה ובאמת נראה שזה עיקר ראייתו וגם בנ"י פרק המוכר את הבית קיצר בראיות הרשב"א בזה אך מ"ש הרשב"א ממ"ד אינו נאמן משום דאמר ליה שטר' בידי מאי בעי צ"ע דלהך מ"ד י"ל דגבי ממשעבדי ג"כ וכמ"ש וטפי הו"ל לאתויי מדאמרינן דכ"ע אית להו דר"ח ומ"ד דגובה כולו א"א דפרעי' מימר הוה אמר ואם נימא דכשאין גובה ממשועבדים יכול לטעון פרעתי א"כ כיון דא"ל דרב חסדא שוב אינו גובה ממשועבדים א"כ גם מיורשים אין לו לגבות כמו שאינו גובה מהם מלוה בעדים מטעמא דמימר הוה אמר כמ"ש התוס' שם דאין לו לומר כל מה שלוה ופרע כל ימי חייו רק התם ס"ל הכי כיון שיש שטר וכיון דלהפוסקים דכת"י שאינו גובה ממשועבדים כמלוה בעדים בלא שטר דמי גם בשטר זה כמאן דליתא הוא שהרי אינו גובה ממשועבדים ואפשר לדחות לענין שיצוה ליורשים אין לדמות למלוה ע"פ בעדים לחוד דמ"מ הו"ל לחוש כיון שהניח השטר הי' לו לצוות כי פרוע הוא אף דלענין טענ' פרעון לגבי דידי' גופא אין דינו כשט' כיון דאית ליה מגו וגם אין גובה ממשועבדים ומ"מ אין ללמוד מזה לדידן בכת"י שנאמר אע"ג דאבוהון מצי למטעון פרעתי וגם לא גבי ביה מלקוחות מ"מ מיתמי גבי מטעמא דאם איתא דפרעיה מימר הוה אמר דז"א

דהא אנן לא קיי"ל כדייני גולה אלא קיי"ל כמ"ד גובה מחצה והיינו משום דאמרינן אימר מ"ה אנסי' ובאמת צ"ע במ"ש הרא"ש בב"ב לענין ת"ז דבלקוחות צריך שבועה וביתומים א"צ שבועה דאם איתא דפרע הוי פקיד בעידן דמית ע"ש בסמ"ע וש"ך סי' ע"ח ולכאורה זה צ"ע דהא אנן לא קיי"ל כהך סברא דמימר הוי אמר אלא חיישינן דלמא מ"ה אנסי' ואפשר דדוקא היכא דפטרינן ליתמי לגמרי משום דאבוהון הוי מצי למטעון הך טענה והי' פטור שפיר אמרינן הך סברא דלמא מ"ה אנסיה ואין להוציא מהיתומים אבל לענין ת"ז דשטרא מעלייא הוא רק שאנו רוצין לחייב המלוה שבועת הבא ליפרע מיתומים כיון דאבוהון לא מצי למטען לא טענינן ליתמי ואע"ג דבלקוחות משבעינן מ"מ ביתמי לא כיון דאיכא נמי סברא דמימר אמר משא"כ בלקוחות וצ"ע:

וראיתי בשוו"ת נ"ב חלק ח"מ סימן חי"ת שהקשו לו דלמה לא כתב רמ"א להגיה דלי"א דבכת"י א"נ לומר פרעתי גם ביורשין כן גם הקשה בכת"י בנאמנות וכתב ליישב דמיניה גבי לפי שלא היה מניחו בידו ואם מפני שהיה בטוח בו שלא יכפור האמין לו א"כ גם עתה מאמינים לו הב"ד שאינו כופר אבל ביורשין טענינן שפרעו והיה בטוח בו כו' ולא חייש למיתה ע"ש ובאמת מתשובת מהר"ם שהבאתי לעיל מבואר דלאו מהאי טעמא אתי עלה אלא משום דטענינן ליתמי שפרע ושכח שכתב נאמנות גם מ"ש דלהפוסקים דא"נ בכת"י פרעתי הוא מהאי טעמא שלפ"ד שפרעו והניח בידו א"כ האמינו שלא יכפור לכך נאמן גם אצל הב"ד אבל לגבי יורשים כו' משא"כ בשטר גמור לא היה מניחו בידו שמא יפרע מלקוחות שלא בפניו ע"ש ולפענ"ד ז"א דהא י"ל דלתקנות לקוחות לא חשש כמבואר בסמ"ע וש"ך סי' ע"ח לענין ת"ז ועוד דלפי דבריו א"כ גם שטר שאין בו אחריות נימא דלא גבי מיורשים דשמא הניחו מחמת שהיה בטוח ולמיתה לא חיישינן אלא ודאי דז"א דלהנך פוסקים כ"י דין שטר שלא באחריות יש לו וכמ"ש הרא"ש פרק ב' דכתובות ובודאי שגובה גם מיתומים והעיקר כמו שכתב המחבר בעל נודע ביהודה שם תחלה דסמך אדלעיל שהביא דברי הי"א שיש לו דין שטר לענין טענות פרעתי וגם כתב שהוא לפי ראות עיני הדיין אבל במקום שהוא א"נ לומר פרעתי לא טענינן ליתמי וכמש"ל משטר פקדון וכן מוכח לענ"ד דהא הא דקי"ל שאין גובה מיתומים בשטר פקדון היינו במיגו דנאנסו ומשמע להדיא היכא דליכא מיגו כגון במקום שהעדים מצויין שאינו נאמן בזה במיגו כמבואר סימן רצ"ו שפיר גבי מיתמי ואע"ג דמשמע ודאי דמלקוחות לא גבי אף בכה"ג דאע"ג דהשתא הכי איתרמי שהיה הפקדון במקום שהעדי' מצויין מ"מ הלקוחות לא מסקי אדעתייהו וסמכו אהא שיהא נאמן החזרתי במיגו דנאנסו במקום שאין שם עדים ולכן גם עידי הפקדון אין מוציאין קול כלל וכיון דהרשב"א מדמה כ"י

לשטר פקדון בלא מיגו ודאי דגבי מיתמי וגדולה מזו נלענ"ד שמ"ש הש"ך לדחות ראיות הרשב"א דבשטר פקדון הא דלא גבי ממשעבדי הוא משו' מיגו דנאנסו וכתבתי לעיל דבזה נדחה ראיית הרשב"א ממ"ד דס"ל נשבע וגובה כולו ולפי מ"ש נראה דא"ש דבאמת מ"ש הרשב"א בשטר פקדון לא גבי ממשעבדי לאו משום מיגו דנאנסו הוא ותדע דא"כ במפקיד בשטר וידוע שהוא מקום שעדים מצויין באופן שלא יהיה יכול לטעון נאנסו גבי ביה אף ממשעבדי וז"א במשמע מדברי הפוסקים אלא נלענ"ד דבשטר פקדון בכל גווני לא מצי לטרוף ממשעבדי אף היכא דלא שייך טענת נאנסו וטעמא דמלתא כיון דקי"ל דלא משתעבדי נכסי דנפקד עד שעת אונסין וכ"ז שהפקדון בעין אין כאן שעבוד על הנכסים כלל ועיין ש"ך סימן רצ"א דל"ד להלואה דלהוצאה ניתנה וא"כ חיובא רמי מיד אנכסי' אבל שאלה כיון דהדרא בעינא א"כ לא רמי חיובא אנכסי דשואל דכל זמן שהוא בעין מחויב להחזיר ע"ש וא"כ לא מצי טריף מלקוחות שהרי הלקוחות יכולין לטעון שהפקדון עדיין בעין תח"י הנפקד ואפי' יש עדים שנאבד מידו בפשיע' באופן שנתחייב הנפקד לשלם מ"מ לא מצי טריף מלקוחות שקנו אח"כ כיון דבשעת כתיבת השטר עדיין אין כאן שעבוד נכסים ועתה שנאבד ומתחיל השעבוד מ"מ עדים לא מפקי לקלא דמה"ת יחושו שיהיה נאבד בפשיעה בעדים שיזהרו לקוחות מזה הלכך בכל שטר פקדון לא גבי מלקוחות כלל ושפיר מייתי הרשב"א ראיה ממ"ד דאינו נאמן לומר החזרתי וכן מהא דקי"ל דבלא מיגו דנאנסו אינו גובה דהא גם בלא מיגו לא גבי בהאי שטרא ממשעבדי ונראה להביא ראיה לזה דאלת"ה א"כ למאן דס"ל דלא מצי טעין החזרתי במיגו אף מלקוחות נמי גבי א"כ שבועות שומרים דחייב רחמנא היכא משכחת לה דהא דמוקי בשבועות דאפקיד ליה בשטר לא א"ש לדידיה דא"כ הו"ל כפירת שיעבוד קרקעות וזה יש לדחות דהך מ"ד ס"ל דשבועת שומרין הוא אף בלא שטר דלא אמרינן דיכול לומר להד"ם דהו"ל מיגו לאפטוריה משבועה ודלא כרמב"ח התם או משום דהוי מיגו בדדמי כמ"ש המפרשים שם לדעת רבא ולרמב"ח התם דמשני דאפקיד בשטר י"ל דס"ל דנאמן החזרתי במיגו דנאנסו ומ"מ אי לאו דפטר רחמנא בשבועה לא הוי מהימן החזרתי וכמ"ש התוס' בב"ב בשם ריב"ם אך לפי מ"ש התוס' בשבועות בשם ריב"א משמע בפקדון לחוד א"נ החזרתי דלא שייך אפשיטי דספר' זייר ולכך קאמר דצריך להחזיר בעדים א"כ קשה דהא הו"ל שיעבו' קרקעות ומצאתי בקצה"ח סוף סי' פ"ח שהרגיש בזה וכתב דליתא כיון דעכשיו הוא טוען נאנסו ותו לא גבי ממשעבדי כיון דכבר טען נאנסו תו לא הוי שע"ק ע"ש וזה צ"ע דמה בכך שע"י טענת נאנסו אינו יכול לטרוף מלקוחות כיון שאם

לא היה טוען נאנסו הי' המפקיד יכול לטרוף מלקוחות א"כ כי מחייבינן ליה שבועה הוא לפטור עצמו משיעבוד קרקעות ואין נשבעין על ש"ק:

וגם קשה לפר"ח דס"ל דלא מחייב שבועה בנאנסו כ"א בדאיכא נמי כפירה והודאה שהוא מודה במקצת וקשה דהא הך דכופר ומודה הוי ש"ק ואפשר לומר דלא אפקיד בשטר רק ההיא דטעין נאנסו דעיקר קושית הגמר' שיהיה נאמן אההוא דנאנסו במיגו דלהד"ם (דס"ל דבפקדון לא מחייב אכפירה והודאה לחוד כדמשמע בתוספות דב"מ בסוגיא דשאלה ושכורה ובאמת בב"מ ובשבועות הקשו ע"ז) אבל אההיא דהודה בלא"ה אין שם מיגו כמ"ש התוס' דהוי כשאר מב"מ דלא אמרינן מיגו דכ"ה ועיין בבבא קמא שם בסוף הדיבור ובמ"ש אא"ז מהרש"א ז"ל ואין כאן מקומו ויותר נראה לומר דאפילו תימא דאפקיד לכל הג' פרות בשטר מ"מ לא הוי ש"ק בההיא שכופר ומודה כיון שביד הנפקד לטעון נאנסו ולהיות פטור אע"ג דהשתא כשמודה הוה ש"ק מ"מ כיון שיכול לכפור לא איכפת לן בשיעבוד קרקעות לחוד כיון דמחמת השטר אין אנו יכולין לחייבו ש"ק כ"א מצד הודאתו ועיין בסימן פ"ח בעניין כ"י בנאמנות ולקצר אני צריך:

אך לפי מ"ש דכל שטר פקדון אין גובה ממשעבדי כיון דלא רמי שיעבודי' אנכסי עד שעת אונסין א"ש בפשיטות אך בש"ך סימן רנ"ה ס"ק חי"ת כתב וז"ל ואי לאו דנאמן הש"מ לא היה גובה מן ההקדש דהא אף במפקיד בשטר נאמן החזרתי במיגו דנאנסו כו' ואם כן טענינן להקדש החזרתי כמו דטענינן ליורשים ולקוחות משמע דאי לאו האי טעמא היה גובה מן ההקדש אע"ג דהקדשות דין משועבדים יש לו כמבואר בסימן קי"א וכן משמע בחידושי הרשב"א במסכתא שבועות דף ל"ז שכתב ופקדון נמי אינו גובה מן המשועבדים כדאמרינן בהמוכר את הבית בשטר היוצא על היתומים שגובה מחצה שהנפקד יכול לומר נאנסו או החזרתי במיגו דנאנסו עכ"ל משמע דמהאי טעמא הוא דלא גבי ממשעבדי כדברי הש"ך ומ"מ כבר כתבתי דראיית הרשב"א נכונה כפי אשר ביאר דבריו בתשובות המכונות ואין להאריך:

ועתה נשוב אל עיקר הדין הנה הרשב"א ודעימי' ס"ל דאינו יכול לטעון פרעתי ולדבריו אף מיתומי' שפיר מצי גבי ומ"ש הש"ך דמשמע ממתניתין דנקט המלוה בעדים גובה מב"ח הוציא כת"י גובה מבני חורין משמע דחד דינא א"ל באמת שהרמב"ן סובר כן אבל הרשב"א בתשובות המכונות שם הרגיש בזה וכתב ואם מפני ששנינו אותה בהדי מלוה בעדים ולא להשוות אותו בדינו לגמרי אלא לענין ב"ח ומשעבדי לבד ע"ש וכדעת הרשב"א הוא דעת כמה פוסקים ועיין בסמ"ע שכתב על דברי הרמ"א וכן פסק מור"מ ז"ל ועיין בהגהות ד"מ והוא ט"ס וצ"ל וכן פסק מור"ש ז"ל ור"ל הרש"ל וכן הוא בהגהות דפוס

בטורים שנדפסו מחדש דפוס ד"פ שכתב וז"ל מורי הרש"ל כתב בהגהותיו לטור ז"ל ואני כתבתי בספרי פ"ב דכתובות שאינו נאמן לומר פרעתי ע"ש ואף הש"ך ז"ל שהפריז על המדה לומר דאף תפיסה בעדים לא מהני מ"מ כתב כשהדיין רואה איזה אומדנ' שלא היה מניח הכ"י בידו אם היה פרוע הכל לפי ראות עיני הדיין וכמ"ש הרב עכ"ל ולפי זה נראה לכאורה דבנידון דידן שהשטר היה ביד אדוני הארץ ובדיניהם פשיטא דלא מצי לטעון פרעתי ובכחו לגבות גם מהמשועבדים כ"ע מודו דלא מצי למטעון פרעתי דהא ידע אינש בנפשי' שאם יניח השטר בידו יוכל לכוף אותו לפרוע בדיניהם ויהיה מהצועקין ואין נענים ואף שממשועבדים יגבה ג"כ ואף שיש לחלק בדבר דדוקא בשטר גמור בעדים אמרינן שלא היה מניחו בידו משום דעדים מפקי קלא וזיילי נכסי משא"כ הכא נהי שיגבה ממשועבדים אם ירצה מ"מ לית ליה קלא ולא זילי נכסי מ"מ אומדנ' דמוכח הוא שלא היה מניח השטר ביד העכו"ם ולא גרע מכ"י בנאמנות דמודו כ"ע שאינו נאמן פרעתי לפי שלא היה מניחו בידו כיון שיש בו נאמנות:

ומצאתי בשו"ת המכונות להרמב"ן סימן כ"ב בעכו"ם שגבה בית בכת"י ומכרו לישראל ואח"כ הוציאו שטר על הלוה בעדים כו' וכתב וז"ל עוד אני סבור כי אין יכול לטעון פרעתי וראיה ממפקיד בשטר דא"נ פרעתי אלא בשבועה דאורייתא כו' ואילו הוציא העכו"ם שטר חובו בב"ד של ישראל היה גובה ממש ואפילו היה הלוה טוען פרוע הוא וכמו שאמרתי כו' כ"ש אילו שאינו טוענין אלא בשמא כו' כ"ש היכא דאיכא הרמנותא דמלכא ואילו אפקי בערכאותיהן גבי ביה ולא מצי טעין פרעתי אף הוא אי פרע ליה לא שביק שטרא בידיה דאף אי עביד לו דין שטר בעדים אף לטרוף מהלקוחות דינו דין שאין כאן פלא שעושה חותם ידו של זה כחותם ידו של ערב דמדינא לא מהני ומשום דינא דמלכותא הוי חת"י כשני עדים כשרי' וגבי אפילו מלקוחות כדאיתא בפ' המביא וכדשמואל דאמר דד"מ דינא ואל תתמה איך נשמע למלך מן הדין שיאמר שיטרוף בכת"י ויפקיע זכות המוקדם בשטר זה דשמא מזויף הוא ויש קנוניא הא ליתא שאנו אומרין לאו מזויף הוא וזמנו מכוון ועוד דכל שיש טעם במה שהמלך מצוה ומנהיג דבר לתיקון הנהגת המדינה יכול הוא לומר ממון שראוי להיות לזה מן הדין יהיה לחבירו ולא אמרינן חמסנותא הוא ולאו דינא אלא כשנוטל בלא טענת דיני המלכות וכ"ש במדינה שהארץ כולה שלו ויכול הוא לעשות חוקים כמו שירצה שע"מ כן הוא מחלקו להם ועפ"י חוקי המלך קבלוה יושביה וכ"ש כשהכריזו ויש כח למלך להפקיע ממנו בכי הא דתיקוני מדינה הם כו' עכ"ל מבואר מדבריו דבכה"ג דאיכא הרמנותא דמלכא שלא יהיה יכול לטעון פרעתי אז אף בדינינו אין יכול לטעון דאי פרע ליה לא שביק שטרא בידיה

ומבואר מדבריו דבזה כ"ע מודים אף מאן דס"ל דבכת"י יכול לטעון פרעתי מ"מ בזה דהוא הרמנותא דמלכא שלא יוכל לטעון גם אינהו צד אף כשבא לדון בדינינו כיון דאי אפק' בערכאותיהן וגבי ביה לא סנית שטרא בידיה ועיין באו"ת שכתב דבח"כ נהגו כל בתי דינין שכ"נ לומר פרעתי ונסתייע מדברי הרמב"ן אלו וכתב ולכן במ"ל שדרכו למסרו מזה לזה אפילו ליד עכו"ם ואפילו למדינות רחוקות וא"כ ודאי מקפיד עליו כו' וא"כ מכ"ש בזה שאנו דנין על הכת שמתחילתו ביד עכו"ם ובידו לגבות אפילו מן המשועבדים דודאי א"נ לומר פרעתי אף אם היה בא לדין בדין ישראל ומכ"ש לפי מ"ש ה"ה בטעם הפוסקים דנאמן לומר פרעתי משום דאי בעי מזכין לכולהו נכסי ולא טריף מידי וזה לא שייך הכא:

ואמנם הש"ך הקשה על הך טעמא דה"ה דהא בשטר שאין בו אחריות נמי שייך למימר הכא ואפ"ה א"נ לומר פרעתי ולענ"ד י"ל דה"ה נמי ס"ל בחילוק שכתב הש"ך דכל ששם שטר עליו אין מניחין אותו ביד הלוה אף שאינו גובה בו ממשועבדים וכדמשמע מדברי הרא"ש וכ"כ הריב"ש סס"י תע"ח והביאו במשנה למלך ובקצה"ח ד' אלא דמ"מ הוי מלתא בלא טעמא דמאי בכך שאין עליו תורת שטר דמ"מ נימא שטרא בידי מאי בעי לזה כתב דלא חשש להניחו בידו דהא אי בעי יהיב ומזבין לכולהו נכסי כו' משא"כ בשטר גמור דאי בעי זבין כו' מ"מ מקפיד מלהניחו בידו כמ"ש הש"ך ולכך כתב ה"ה לענין ע"א בשטר כיון דבאמת אין עליו תורת שטר גמור שוב לא שייך שטרך בידי מאי בעי דדמי לכת"י כו' ע"ש וכן מבואר מדברי הש"ך שכתב ותדע דהא הרשב"א גופיה כתב גבי ע"א בשטר כו' עכשיו שאומר שפרע אפשר שהוא נאמן כו' אלא ודאי כמ"ש עכ"ל ור"ל דע"א בשטר אין תורת שטר עליו ולכך סובר דנאמן אך לענ"ד דבריו תמוהים דהא להרשב"א אף בכת"י דינו כשטר גמור לענין שאינו נאמן לומר פרעתי אם כן בע"א בשטר נמי נימא הכי אעפ"י שאין תורת שטר עליו ואדרבא מהרשב"א מבואר להדיא דלא מחלק בזה דהא מייתי ראיה משטר פקדון ולדבריו יהיה דברי הרשב"א סותרין זא"ז (ומה שהקשה המ"ל על הריב"ש סס"י תע"ח דמחלק בין תורת שטר שהרי בסימן תנ"ד הביא ראיות הרשב"א משטר כיס כו' לק"מ דהריב"ש סימן תע"ח לאו אליביה דהרשב"א כ"כ אלא לדעת הסוברין דנאמן לומר פרעתי ואינהו מחלקי בהכי):

אך באמת דברי הרשב"א נכונים וקיצור לשון שקיצר הב"י בס"ס מ"ו ס"א בהעתקת תשובה זו גרם לו שהיה סובר דהרשב"א כ"כ אליבי' דנפשי' ובאמת המעיין בתשובות המכונות סימן צ' ובשו"ת הרשב"א חלק ג' סימן מ"ב מבואר שם באורך שזה לדעת הגאונים שנאמן בכת"י לומר פרעתי אבל מן הגדולים האחרונים יש שאמרו שא"נ ולזה

דעתי נוטה כו' וכיון שכן אף שטר חתום בע"א א"א דפרע דשטרא בידו דמלוה מאי בעי כו' ע"ש וכ"כ בקצרה בתשובת הרשב"א סימן אלף צ' ע"ש:

ועכ"פ מה שכתבתי בדברי ה"ה דס"ל דתרווייהו בעינן שלא יהא עליו תורת שטר וגם שיהיה בידו שלא לפרוע דאי בעי מזבין כו' תדע דאף בדברי הרמב"ן דיהיב טעמא מחמת שהעדים מוציאין קול שיגבה ממשועבדים זיל נכסי לכך מקפיד על שטר משא"כ בכת"י אם כן תקשי משטר פקדון ומשטר שאין בו אחריות דגם שם אין העדים מוציאין קול כיון דאין כאן טריפת משועבדים וע"כ לומר דתורת שטר עדיף דודאי אין מניח בידו שטר בעדים אלא דמ"מ גם כת"י לא מסתבר שיניח בידו אי לאו משום דאין גובה ממשועבדים ולא זילי נכסיה וא"כ בנידון דידן לא מבעי' לטעם ה"ה דא"נ לומר פרעתי דהא לא שייך טעמא דאי בעי מזבין כו' אלא אפילו לטעם הרמב"ן ה"נ כיון דגבי ממשועבדי' זילי נכסי וא"ל דדוקא בשטר בעדים שמוציאין קול שפיר מקפיד עליו דהא מחמת זה זילי נכסיה משא"כ בנידון דידן אעפ"י שיש ביד העכו"ם לגבות ממשועבדים מ"מ בשביל זה לא זילי נכסיה דהא ליכא קלא אך ז"א לפי המבואר בשו"ת מהרי"ט בחלק ח"מ סימן ל"ח כיון דבני נח מצווין על הדינים להתנהג בנימוסיהם דיניהם דין כו' דאינהו אית להו המלוה בעדים צריך לפרעו בעדים דעדים מפקא לקלא אע"ג דאמרינן בהלוא' מאן דיזיף בצנעא יזיף לדידהו מאן דמוזיף בפרהסי' מוזיף כי היכא דהוי סהדי ויגבה ממונא על פיהם דלא מהימן לומר פרעתי כו' עיין שם וא"כ אף בכת"י אמרינן דיזיף בפרהסיא וחייש לקלא דזילי נכסי ונראה דעדיף טפי משטר שאין בו אחריות ושטר פקדון שאע"פ שתורת שטר עליו מ"מ הא לא גבי ממשעבדי וכת"י אע"פ שאינו בתורת שטר מ"מ הרי גובה ממשועבדים ואדרב' מחמת זה דינו כשטר ממש ולכ"ע לא מצי טעין פרעתי ונראה דאף לטעם שכתב הרא"ש דכיון שאין לו קול אפשר ששכח כת"י וכתב מהראי' דאף בכתב ח"י דלמטה תעיד כמאה עדים איכא למימר הכי זה דוקא בין איש לרעהו לפי שמורא לא עלה על ראשו שיבא עליו בעקיפין עביד דמינשי שמסר לו כת"י אבל בגוונ' דנידון דידן שהוא כבוש תחת ידו ואימתו עליו בודאי בשעת פרעון מדכר דכיר שנתן לו כת"י שהרי אין רגילות שילוה לו בלא כת"י ולכן אין לחוש כלל שפרע והניח הכת"י:

ועדיין יש בזה מקום עיון אם הי' העכו"ם בא לפנינו לגבות בכת"י זה אם הוא יכול לגבות בו דנהי דנימא שלא הי' הלוה נאמן לטעון פרעתי מ"מ עתה שבא לפנינו לגבות בו מן היתומים נראה דלא עדיף משטר גמור דמנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה והך לא מהימן בשבועה ודינו כחשוד שבא לגבות מנכסי יתומים דאינו גובה כמבואר בסימן צ"ב וכיוצא בזה כתב בתשובת מהרש"ך ח"ב סימן ק"ב שעכו"ם הפוגם את שטרו דינו כחשוד

הפוגם את שטרו וא"כ ה"ה בבא לגבות מיתומים אבל מתשובות המכונות דלעיל מבואר דאין דינו כחשוד לענין זה שהרי שם הוי עובד' שהעכו"ם גבי בכת"י הבית ומכרו לאחר ובא ב"ח מוקדם בשטר להוציא ממנו וכת' שם וז"ל מאי אמרת יכול בעל השטר לטעון שמא פרע אותה הלוה כשעבר הזמן לא היא שכבר אמרת שאפי' הלוה עצמו שטוען ברי א"נ לומר פרעתי כמו שאמרתי ויכול לטעון זה שטרך בידי מאי בעי וכ"ש אלו שאינו טוענין אלא בשמא כו' כ"ש הכא דאיכא הרמנותא דמלכא כו' ע"ש ואם נימא שהעכו"ם דינו כחשוד לענין זה א"כ מה בכך דאין הלוה נאמן לומר פרעתי מ"מ הא צריך המלוה שבוע' נגד ב"ח מאוחר כמבואר בסי' פ"ב דאפי' נאמנות לא מהני נגד ב"ח מאוחר כמו לגבי לקוחות ולעולם צריך לשבע נגדו ועיין סי' קי"א ופשיטא דלקוחות וב"ח מאוחר לא גריעי מיתומים וכן מוכח לענ"ד מש"ס דעירוכין דף ק"ב דאמרינן אין נזקקין לנכסי יתומי' אא"כ ריבי' אוכלת בהן ומקש' עלה ממתניתין דשום היתומים ועוד כמה משניות ובכולהו משני דקיבל עליו לדון בדיני ישראל ופריך א"ה רבית נמי נשקול כגון שקיבל עליו לזו כו' וכן פריך בתר הכי אליבא דר"פ אי בשקיבל עליו לנטר להו עד דגדלי כו' ע"ש ואם איתא דעכו"ם הוי כחשוד ואינו יכול לגבות מיתומים כלל ל"ל למפרך דלא נשקול ריבית ולנטר כו' דהא אף הקרן ומשגדלו נמי לא נישקול בדיני ישראל שהרי עכו"ם אין גובה מיתומים כלל אלא ודאי דלא דייניגן לי' כחשוד לענין זה ומריש הוי קא קשי' ליה דאמאי לא מייתי בעירוכין התם מתניתין דנפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה דהא לא משכחת בכותי דאף שקיבל לזו הא אסור להשביע את הכותי כדאיתא בסנהדרין דף ס"ג ובריש בכורות ובכתובות דף פ"ז הקשו התו' כן ממתניתין דאין אלמנה נפרעת כו' ע"ש ותירצו דהוי מפרשינן דמיירי ביתומים גדולים ע"ש וכבר עמדו המפורשים שם על זה דקשה מש"ס דלא מוקי הא דשום היתומים בהכי עיין בפ"מ שם ומ"מ אף לדברי התו' קשה דאכתי ה"ל להש"ס לאתויי מדתני אביי קשישא דאף בקטנים לא תפרע אלא בשבועה:

ומצאתי שהתוס' בגיטין דף נו"ן ד"ה יתומים עמדו בזה וכתבו דלר"ת דמפרש דוקא שותפים אסרו חכמים כו' אבל לרבינו שמואל דאסור לקבל שבועה מן הנכרי קשה וי"ל דמיירי בגר תושב כו' וכ"כ הרשב"א שם בחידושיו וכ"כ התוס' בכתובות דף צ"ד ע"ש ונהנתי ועכ"פ מהא דעירוכין מוכח דעכו"ם גובה מיתומים בלא שבועה כלל אף אם בא לדין בדיני ישראל דהא אסור לקבל ממנו שבועה ונראה דאף דמעיקרא נדחקו התו' אליבא דר"ת דס"ל דמות' לקבל שבועה מן העכו"ם אם כבר נתחייב היינו מעיקרו בקושייתם דלא אסקי אדעתייהו דאיכא לתרוצי בגר תושב או כדמוקי בירושלמי כו'

אבל לפי תירוצם נראה דגם לר"ת לא מפרשינן הך דנפרע בשבועה היינו בעכו"ם שדוחק גדול הוא כיון דתקנת חכמים שלא יפרע אלא בשבועה לא משכחת לה לרב אסי כ"א גבי עכו"ם לא הי' להם לחכמים להשביע העכו"ם וא"ל לפי שהוא כמציל מידו כיון דמדינא הוא נאמן בשטר שבידו ואמרינן שאומר אמת שלא נפרע משום חששא בעלמא שמא נפרע מאבוהון ולא ירצה בשם ע"ז שלו לשקר לא הי' להם לחכמים לתקן כיון דאיכא אסמכתא דלא ישמע על פיך ואף אם נאמר דלר"ת כן הוא שמשביעין העכו"ם מ"מ לפי דעת רבינו שמואל ומשמע שכן דעת הפוסקים ע"כ שנוטל בלא שבועה:

ולכאורה היה אפשר לומר דלפי תירוץ התוספ' דמיירי בגר תושב גם הא דמוקי בערוכין בעכו"ם שקיבל כו' לאו דווקא נקט עכו"ם אלא ר"ל גר תושב ובאמת גובה ע"י שבוע' אבל בלא שבועה לא גבי כלל אבל ז"א דלפום מאי דס"ד שקיבל לדון בדיני ישראל הא בד"י שבועת גר תושב נמי לאו כלום הוא דאף שקיבל ז' מצות מ"מ חשוד הוא על השבועה וא"כ בפשיטות ה"ל למפרך דהא לא גבי כלל ועדיין אפשר לדחות דכיון דאליבי' דרב אסי דע"כ לפרש הא דנכסי יתומים יפרע בשבועה נמי בגר תושב מיירי א"כ מעיקרו הכי איתקן שיהיה גר תושב נאמן דידיה. אלא שלענ"ד צ"ע לפי מה דקי"ל בר"ס צ"ב דאף שהתובע רוצה לקבל שבועת החשוד אין שומעין לו והטעם כמ"ש בסמ"ע כיון שהוא נחשד שיוציא ש"ש מפיו לשקר יש חילול השם בדבר ואין הב"ד מניחין אותו לישבע וכן מבואר במרדכי פרק שבועות הדיינים בשם ראבי' וכן משמע לענ"ד לשון הירושלמי שהביאו הפוסקים גבי שכיר היה עבד וכי ב"ד מוסרין שבועה לעבד הי' חשוד וכי ב"ד מוסרין שבועה לחשוד ע"ש והך מלתא משמע דבב"ד תליא מלתא ואף אם שניהם רוצים בשבועה אין שומעין להם מפני חילול השם ולפ"ז קשה דלפי מה שתירצו התוס' דמיירי בגר תושב שאינו נשבע בשם ע"ז אלא בשם המיוחד והא עכ"פ חשוד הוא על השבועה שהרי אינו מז' מצות ואיך תיקנו חכמים למסור לו שבועה ולא עדיף מעבד שישנו במצות ואפ"ה אין מוסרין לו שבועה כמבואר בירושלמי דלעיל ואפשר לפי מ"ש הגאון חכם צבי ז"ל בהגהות ט"ז סימן פ"ז סעיף כ"ה לחלק דסתם עבד הוא פסול לשבועה לפי שרובן רשעים משא"כ במוחזק בכשרות כטבי עבדו של ר"ג כשר לשבועה אע"פ שפסול לעדות ע"ש א"כ גם בגר תושב י"ל כן היכא שמוחזק בכשרות לא מיקרי חשוד:

אך באמת אין הנידון דומה דבעבד שאני דהא חייב במצות שהאשה חייבת וכמו שכתב החכם צבי שם משא"כ בגר תושב שאינו חייב רק בז' מצות לבד ואין השבוע' בכלל ודוחק לומר שהוא בכלל ברכת השם שב"נ מצוין עליו דז"א דהא הנשבע לשוא או לשקר אינו חייב משום ברכת השם כלל אלא ודאי דאין זה ענין לזה ואפשר דכיון דאין מצווין

שפיר משבעינן לי' ולא חיישינן לחילול השם רק בישראל חשוד כיון שהוא מצווה שלא לשבע לשקר וכל העולם נזדעזע יש לחוש שמא ישבע לשקר והמכשל' הזאת על ידיה באה משא"כ כשאינו מצווה אנן משבעינן לי' דשמא אעפ"כ יהיה אימת שבועה עליו ויפרוש ואם ישבע לשקר לא איכפת לן בהכי כיון שהוא אינו מצווה ע"ז וצ"ע:

שוב מצאתי במשנה למלך הלכות מלכים שנשא ונתן בענין זה דאין בני נח מצווין על השבועה וכתב ג"כ דאפשר שהוא בכלל ברכת השם וגם צ"ע כמש"ל וע"ש שהביא ראי' מזה שהשביע יעקב לעשו ולענ"ד אין ראיה דהא עשו גם הז' מצות לא שמר כדאמרינן חמש עבירות עבר באותו היום כו' אבל מ"מ השביעו שכך היא נימוס המדינה שמחויב לקיים כשנשבע וכאשר הי' דרכם בענין כריתות ברית ואין להאריך:

והנה לעיל כתבתי ראיה מכרחת מתשובות המכונות דעכו"ם ב"ח מוקדם גבי נגד ב"ח מאוחר אף ע"ג דצריך שבועה ולכאורה לפי מה דמשמע בסימן ק"ח דדוקא לענין יתומים הוא דאמרינן כשמת לוה בחיי מלו' אין אדם מוריש אבל לגבי לקוחות לא אמרינן הכי ע"ש וא"כ ב"ח מאוחר שדינו כלקוחות שפיר גובה החשוד דדוקא ביתומים אמרינן הכי. אבל לענ"ד דלקוחות דינם כיתומים לענין זה דהא בכל דוכתי לקוחות עדיפי מיתומים ועכ"פ לא גריעי מנייהו ומ"ש הפוסקים דיתומים מיתומים דוקא אבל מלקוחות שפיר גבי טעמא אחרינא הוא כמבואר בחידושי הרשב"א בשבועות בשם הרמב"ן דדוקא יתומים מיתומים אבל יתומי' מלקוחו' שפיר גבי בשבועות היורשין משום דליכא למימר כבר נתחייב המלו' שבועה ללקוחות שאין נתחייב שבועה עד שיעמוד עם הלקוחות בדין דאפשר שיפרע מן הלוה עצמו מנכסי ב"ח משא"כ ביתומים מן היתומים דמיד שמת לוה א"א לומר לו למלוה שיפרע אלא בשבוע' אלא מיהא אם עמד בדין מלוה עם הלקוחות ומת בכי האי גוונא ודאי לרב ושמואל פקע לפי שכבר נתחייב מלוה שבועה ללקוחות ואין אדם מוריש שבועה לבניו עכ"ל והן הן דברי רי"ו שהביא בסמ"ע ס"ק למ"ד בשם הרמב"ן ומ"ש הסמ"ע שלא חש למשמעות הגמרא כו' הנה בדברי הרמב"ן דלעיל מבואר החילוק בזה ובזה אפשר ליישב תשוב' הרא"ש בכלל פ"ו דסתרי אהדדי מ"ש בדין ג' ובדין י"ב ע"ש ולפי מ"ש י"ל דס"ל להרא"ש דהתם בדין ג' כיון שכבר עמד בדין עם הלוקח אע"פ שכבר נשבע מ"מ כיון שלא נפטר בשבועה וצריך לישבע שנית בשעת הורדה אמרינן אין אדם מוריש כו' לפי שמשעה שעמד בדין עם הלוקח שוב עיקר סמיכתו על נכסי אלו וצריך שבועה משא"כ בדין י"ב שלא עמד בדין עם הלקוחות כלל שפיר אמרינן דהמלוה עדיין לא נתחייב שבועה כיון שאפשר שיגב' ממנו זה מלוה עצמו

ולא יבוא לידי שבועה וכ"כ הרא"ש שם וע"ש בסמ"ע ס"ק מ"ה ודברי הרא"ש הם דברי הרמב"ן ולפי שאין כאן מקומו קצרתי:

ועכ"פ יש ללמוד מדברי הפוסקים הללו דלקוחות כיתומים דמי דאי אמרינן אין אדם מוריש כו' אין גובין מהן בלא שבועה ודוקא היכא שלא עמד בדין לפי שהוא ממון שאין עליו שבועה בבירור דהא אפשר שיגבה מבני חורין אינו בכלל אין אדם מוריש כו' אבל בעמד בדין כיון שכבר נתחייב שבועה שוב א"א להוציא מלקוחות בלא שבועה כמו מיתומים ואף ע"ג דפוגם שטרו ונתחייב שבועה ומת שפיר גובין מחמת הבו דלא לוסיף כיון שהם באים לגבות מלוה עצמו אבל כשהן באים לגבות מיתומים או מלקוחות כשכבר עמד בדין לא מצי גבי דהיינו דרב ושמואל ולפ"ז נראה שהמלוה חשוד אינו יכול לגבות מלקוחות כמו שאינו יכול לגבות מיתומים דבזה אין לחלק בין לקוחות או יתומים דכל שאינו יכול לישבע מפסיד וא"כ ה"ה נגד ב"ח מאוחר דכלוקח דמי וא"כ שפיר הוכחתי לתשובות המכונות דלעיל דאף בכה"ג הכותי גובה ולא דייניו ביה דין חשוד ועוד נראה דבלא"ה הרשב"א מהסוברים דבכל הני דמתניתין כגון פוגם וכה"ג אם אינו יכול לישבע מפסיד וכמו שכתב בתשובות המכונות סימן פ"ה שכתב ואם הוא מלוה בשטר צריך להחזיר לו שטרו מן הטעם שאמרנו ועוד שהוד' שקיבל ממנו קצת דמים כבר פגום שטרו וצריך שבועה בטוען ברי ועכשיו שאינו יודע אינו יכול לישבע הלכך אינו נוטל וחייב להחזיר השטר עכ"ל והב"י הביאו בקצרה סימן ע"ב ועיין במשנה למלך ה"ל הרי מבואר דהרשב"א ס"ל כהרמב"ם דבכל שבועות אלו אף שהם מתקנות חכמים אם אינו יכול לישבע מפסיד ומכ"ש בשבועות לקוחות ובע"ח מאוחר ואפ"ה כתב הרשב"א דבדין יכול העכו"ם לגבות ולכאורה הי' אפשר לדחות ולומר דהתם שכבר גבה העכו"ם והוי כתפס ולדעת הרא"ש והטור אפי' באינש דעלמא אם תפס ולא רצה לישבע לא מפקינן מיניה וא"כ בגוונא דמיירי התם בתשובות המכונות שכבר גבה העכו"ם הוי כתפס ולא רצה לישבע:

אבל לענ"ד אין כאן דעת הרשב"א ואפי' אם נאמר דוקא בתפס מעות אבל לא מטלטלין ומכ"ש קרקע עיין בשיט' מקובצת כתובות פרק הכותב ועוד שהרי כתב שם בתשובה וז"ל ואלו באו כולם בב"א לגבות מבני חורין ולא היה בהם אלא כדי שטר אחד אפשר היה יכול לומר דלמלוה בשטר יהבינן הכל שאין לזה עדים ממש ששטרו קדם ומשום אותו חששא שאמרתי (ר"ל שעשו קנוניא והקדימו הזמן) אבל היכא שקדם זה וגבה כו' ע"ש מבואר שאם יש עדים ששטרו קדם ואזלא הך חששא שפיר היה גובה אף לכתחלה נגד בע"ח מאוחר אף ע"פ שלא נשבע שלא נפרע ודוחק לומר דבאמת היה משביעין אותו

שלא נפרע וכדעת ר"ת דלעיל אלא ודאי דלא דייניגין ביה דין חשוד הבא לגבות כלל וכן מוכח לענ"ד מבב"ב דף קע"ד ההוא ערבא דנכרי דפרעי לנכרי מקמי דלתבעינהו ליתמי כו'. אמנם הך מלתא טעמא בעי דהא ודאי עכו"ם חשוד הוא ולמה יהיה עדיף מחשוד ישראל דאינו גובה מן היתומים ולכאורה היה אפשר לומר ע"פ שנתבאר סימן צ"ב בשם הראב"ד שאם ידע כשעסק עמו שהוא חשוד לא דייניגן ביה דין חשוד להיות שכנגדו נשבע ונוטל והש"ך שם הסכים לזה וכתב דכשידע בבירור שהוא חשוד ה"ל כאלו קיבל אנפשיה שיהיה החשוד פטור בלא שבוע' ע"ש ואף לפי דעת היש חולקין שהביא הרמ"א שם והוא מדברי הרא"ש בתשובה (ומ"ש הש"ך שם דדברי הרא"ש צ"ע כבר עמד ע"ז באו"ת) מ"מ הרי מבואר שם בדברי הרא"ש הטעם דאדרבא ראובן אפסיד אנפשיה דמאחר שהוא חשוד היה לו לפרוש ממשא ומתן שמא יתחייב ש"ד ושכנגדו ישבע ויטול וזה לא שייך אלא בישראל חשוד אבל לא בעכו"ם והלכך כיון שזה נשא ונתן עמו ודאי דמעיקרו אדעתא שלא ישביענו הוא הלכך שפיר גבי בלא שבועה כלל: אלא שצ"ע ממ"ש הטור בסימן ש"ח וישראל התובע לעכו"ם וכופר ויש לגוי ע"א יכול להעידו שגם בדיני ישראל העד המסייעו פוטרו והב"י שם כתב דמיירי במודה במקצת דבדינינו הוי מחויב לישבע ועכו"ם אינו יכול משום דלא מהימנא לי' ומשלם אפ"ה אם יש עד המסייעו פוטרו ע"ש הרי מבואר דגם בעכו"ם דייניגן דין חשוד ולא אמרינן דה"ל כאלו קיבל אנפשי' שיהי' פטור בלא שבועה ועיין בש"ך סימן ע"ב ס"ק ס"א רמז לדברי ב"י אלו אך בדברי הטור י"ל שכוונתו בפשיטות לפי מ"ש שם בח"מ סימן קפ"ב כדעת ר"ת והרא"ש שאם כבר נתחייב לו העכו"ם שבועה מותר לקבל ממנו כדי להציל ממונו ע"ש ובזה ש"ד לע"א להעידו כיון דאפי' בדיני ישראל עד המסייעו פוטרו משבועה אבל דברי הב"י צ"ע ועוד נראה דאפי' בכה"ג שישראל תובע לעכו"ם והוא כופר ונתחייב שבועה לא דייניגן ביה דין חשוד כיון שידע בפסולו ולא שייך דהחשוד אפסיד אנפשיה וכמ"ש מ"מ היכא דהעכו"ם הוא התובע ונתחייב שבועה אינו נוטל בדינינו דהא סוף סוף לא מצי אישתבע דאי לא תימא הכי א"כ בהך דינא דחשוד הבא לגבות מנכסי יתומים מפסיד נמי נימא הכי דהיינו דוקא כשלא ידע אביהן בשעה שעסק עמו שהוא חשוד ומסתימת הפוסקים לא משמע כן וכן מוכח ג"כ ממ"ש הרא"ש בשבועות ראיה לדין זה דחשוד אינו נפרע מיתומים מהא דאמרינן בגיטין רב לא גבי כתובה לארמלתא והיינו משום שהיתה חשודה בעיניו ומוכח מזה דחשוד מפסיד וקשה דהא ארמלתא דהתם הוי כידע מעיקרו שהיא חשודה (וראיתי בפ"י דגיטין דף ל"ד שכתב ג"כ טעמא דמתניתין נמנעו מלהשביעה והפסידה משום דחשוד מפסיד וגרע מפוגם שטרו ומת

דחשוד מפסיד ע"י פשיעתו כו' ע"ש וזה צ"ע דמה חטאה ומה פשעה זו אטו אנן ידעינן דהיא חשודה רק אנן חשדינן לה דמוריא היתרא ולמה נפסיד אותה בשביל זה) וצ"ל דאף ע"ג דידע מעיקרו מ"מ לא הוי כאלו הימנה לגבי יורשין ליטול בלא שבועה ומה שכתב לה כתובה היינו שתגבה לכשתתגרש או אם יצוה קודם מותו שלא נפרעת ממנו ובהכי א"ש מה שהקשה הפ"י שם דמה הועילו חכמים בתקנתן שתיקנו כתובה שלא תהא קלה כו' דהא יגרשנה ויטעון אישתבע לי וכיון דאין משביעין אותה תפסיד כו' ע"ש ולפי מ"ש י"ל דבזה שפיר אמרינן כיון דמעיקרו יהיב לה כתובה וידע שאין משביעין אותה שפיר היא נוטלת בלא שבועה ודוקא בפוגמת שמעשיה גרמו לה ומ"ש ראיה מהש"ע דבאשה חשודה מפסדת אין מזה ראיה דההיא אליבי' דידן שמשביעין את הגרושה ונוטלת כתובתה ולכן אם היא חשודה מחמת מעשיה מפסדת משא"כ במאי דס"ד התם אפילו גרושה נמי פשיטא דאינו יכול להפסידה כתובתה מחמת שיטעון השבע לי ואנו חושדין אותו דז"א דהא מעיקרא אדעתיה דהכי יהיב לה כתובה וידע בה שאין אנו משביעין אותה רק דהש"ס מיירי בגרושה הנפרעת מנכסי יתומים או בפוגמת או כיוצא בזה שהיא מתחייבת שבועה שלא מחמת טענתו ואין להאריך:

וחזרנו למ"ש דדוקא במתחייב שבועה לפטור לא דיינינן דין חשוד אם ידע כו' שהוא חשוד משא"כ במתחייב שבועה ליטול ולכן שפיר מייתי הרא"ש בהא דלא מיגבי כתובה לארמלתא ואפשר לומר דהרא"ש לשיטתו דס"ל דאף בידע שהוא חשוד נמי שכנגדו נשבע ונוטל ואף ע"ג דגם הכא לא שייך לומר דאיהי אפסד' אנפשה מאחר שהוא חשודה היה לה לפרוש כיון דבאמת אינה חשודה מצד עצמה רק דאנן לא יהבינן לה שבועה דחשדינן לה מ"מ אין הכרח להיפוך שהוא נתחייב נגדה שתטול בלא שבועה ואפשר דאתפסי צררי ובחייו היה סובר שלא תוכל להעיז נגדו ואחר מותו באמת לא תגבה או דלא מסיק אדעתיה דמיית כו' וא"כ י"ל דבחשוד מעיקרו כגון עכו"ם נמי מפסיד גבי יתומים ואפשר דגם הראב"ד מודה לענין שבועה ליטול ולא קאמר אלא לענין שבועה לפטור:

אך נראה לענ"ד דאף דלענין כותים שנתחייב שבועה לפטור אפשר שדנין בו דין חשוד כמ"ש הב"י סימן כ"ח מ"מ בנידון זה שיש שטר בידו ומדינא גבי בלא שבועה רק משום חשש צררי אצטרכי רבנן שבועה גבי מיתמי י"ל דהיינו דווקא בישראל אבל בכותי לא חיישינן לצררי וזה מבואר ממה דאיתא בב"ב דף קע"ד ההיא ערבא דנכרי דפרעי לנכרי מקמי דלתבעינהו ליתמי א"ל רב מרדכי כו' אפילו למ"ד חיישינן לצררי ופירש הרשב"ם דאין הלוה מתפיסו לעכו"ם צררי דהא ידע ישראל דכותי הדר וגבי זימנא אחריתא מן

הערב ואע"ג דאמרינן אדרבה אפי' למאן דלא חייש כו' היינו שחוששין שהתפיס צררי מתחלה לערב אבל לנכרי לא חיישינן שהתפיס צררי דידע דהדר וגבי זימנא אחריתי ולכאור' מאי דקאמר כיון דבתר ערבא אזיל לא חיישינן לצררי משמע דאי לאו האי טעמא הוי חיישינן אף בנכרי אבל ז"א לענ"ד דמהיכא תיתי נימא שאין מתפיס צררי בשביל שחושש שיגבה מן הערב פעם שנית ואינו חושש שיחזיר ויגבה מיניה דידיה גופיה או מיתמי דידיה ולכך לא מתפיס צררי וא"ל דלמיתה לא חייש ושלא יהיה חוזר עליו ג"כ לא חייש שבטוח בו שלא יעיז דא"כ גם על הערב לא יוכל לחזור שהרי הערב יחזיר על הלוה ויהיה נתפס בשקרו וכחשו בפניו יענה אלא ודאי דמעיז ומעיז כדכתיב העז רשע בפניו וא"כ ממילא שאינו מתפיס לעכו"ם צררי כלל והא דקאמר טעמא דבתר ערבא אזיל משום דהתם הוי ס"ד דיש לחוש לצררי טפי מבעלמא מחמת שהעמיד לו ערב והוא חושש שלא ידחוק המלוה את הערב מתפיס ליה צררי כמבואר שם לעיל מיניה בסוגיא לענין ערב ישראל ע"ש בתו' לענין כתב לו התקבלתי ולכן קאמר דאע"ג דבישראל כה"ג חיישי' שמתפיס צררי כדי שלא לדחוק את הערב מ"מ בנכרי לא חיישי' אף בכה"ג להתפסי צררי דכיון דבתר ערב' אזיל ועיקר סמיכתו על הערב הוא חושש שמחזיר על הערב ג"כ אבל היכא דליכא ערב רק דאפ"ה חיישינן לצררי כדי להצריך שבועה ביתומים גדולים היינו דוקא בישראל אבל בעכו"ם לא חיישינן דבישראל י"ל שסומך ע"ז שיצטרך שבועה משא"כ בעכו"ם שיגבה בדיניהם בלא שבועה לא מתפיס ליה צררי ומ"ש לעיל מדברי התוספות דכתובות וגיטין דהך דאין נפרעין אלא בשבועה מיירי בכותי א"כ משמע דגם העכו"ם חוששין לצררי התם מיירי בקיבל עליו לדון בד"י וממילא דשוב שפיר חיישינן להתפסת צררי (עדיין צ"ע דא"כ למה תקנו שבועה לא הו"ל לתקן שבועה וממילא דלא מתפיס צררי אלא ע"כ דבכל גווני חיישינן לצררי) משא"כ בלא קיבל עליו בד"י לא מתפיס ליה צררי כלל:

אך לענ"ד נראה דכוונת הש"ס בהא דקאמר ה"מ ישראל שר"ל דבישראל כיון שתחילת דינו על הלוה חיישינן שתבע הלוה והתפיס לו צררי אבל בעכו"ם כיון שתחלת דינו על הערב ואינו הולך אצל הלוה כלל לתובעו תחלה אין לנו לחוש שהלוה התפיסו צררי דהא מסתמא לא תבע ליה מעיקרא כלל וא"כ לענין הלוה גופיה אין חילוק בחשש דהתפסת צררי בין ישראל לעכו"ם כלל אך לשון הרשב"ם דהא ידע ישראל דכותי הדר וגבי כו' משמע דמהאי טעמא לא חיישינן לצררי בעכו"ם משא"כ בישראל דכי תבע לי' מתפס צררי ולא חייש דלמא הדר וגבי מן הערב שהערב לא ירצה לפרוע לו עד שידון עם הלוה ויברר לו שהתפיס לו צררי או שבטוח שלא יוכל להעיז וצ"ע ולדינא כבר כתבתי

דמשמע מהש"ס וכן מבואר מתשובות המכונות דלא דיינינן דין חשוד בעכו"ם הבא לגבות בשטר שבידו ונראה שטעמו כמ"ש דלעכו"ם ודאי לא פרע ולא מתפיס לי' צררי עד שיקבל השטר כיון שידע שהעכו"ם יכול לבוא עליו בעקיפין לגבו' ממון בלא שבועה כלל ושם בתשוב' הנ"ל מבואר דהעכו"ם לא נשבע כלל שהרי משמע שם שהישראל הודה להעכו"ם שחייב לו וגבה השופט ממנו הבית ולכך היתה דעת השואל למיחוש לקנוניא שהקדים הזמן בכתב ידו ואפ"ה כתב הרמב"ן שהעכו"ם גבה כדין אף בדיני ישראל והיינו מטעמא דכתיבנא ומצאתי בא"ח סימן ק' יו"ד שכתב אהא דאין גובין מיתומים קטנים אא"כ יש בו ריבית שלוה מכותי כו' כתב וז"ל ואע"ג דקי"ל חשוד הבא לפרע מיתומים מפסיד וזהו חשוד כמ"ש הב"י סימן ק"ח צ"ל דמיירי שיש בו נאמנות ומ"מ אין נזקקין ולהנך רבוותא דס"ל נאמנות מועיל צ"ל דפליגי אהך דסימן צ"ב עכ"ל ולא ידענא מאי קא קשיא דהא העכו"ם לא קיבל עליו רק שימתין עד שיגדלו אבל לא קיבל עליו שלא יגבה כלל כדין חשוד ואפשר שכוונתו למ"ש לעיל דמהש"ס מוכח הכי מדפריך א"ה ריבית לא נשקול כו' דטפי ה"ל למפרך דאפי' הקרן לא לגבה למאי דלא אסיק אדעתיה שקיבל עליו לזו וכבר כתבתי לעיל דלר"ת י"ל דמשביעין את העכו"ם או דמיירי בגר תושב ועכ"פ על הש"ע לק"מ ומ"ש דמיירי שיש בו נאמנות צ"ע דא"כ הוי מצי הש"ס לאוקמי דמיירי שנתן לו נאמנות נגד עידי פרעון ונגד שובר דבכה"ג שפיר גובין מיתומים קטנים אף בישראל דהא ליכא למיחש למידי:

אמנם הראב"ד פ"ב מהל' מלוה כתב באמת להוכיח מזה שלא תירץ בש"ס דמיירי בשטר שיש בו נאמנות אפי' על שובר ואפי' על מאה עדים ש"מ דאין שום נאמנות מועיל לקטנים וה"ה שם כתב שלא היה מורגלים בשטריהם לעשות בהם נאמנות נגד עדים ונגד שובר וראיתי בשו"ת מהר"א בן חיים סימן צ"ד שכתב דמהני כה"ג לגבי יתומים קטנים והוקשה לו דאמאי לא מוקי בש"ס הכי וכתב דהש"ס ניחא ליה לאוקמי בהאי גווני' גופי' דאיירי ביה ר"א שריבית אוכלת בהן ע"ש ונפלאתי שלא הזכיר מדברי הרמב"ם והראב"ד וה"ה ומצאתי בכה"ג שהרגיש בזה ע"ש ומ"ש הוא"ת דלדעת האומרים דנאמנות מועיל כמ"ש בעה"ת (ע"ש בשער י"ג דאיכא מרבוותא דבשטר שיש בו נאמנות גובה אפי' מקטנים) צ"ל דפליגי אהא דסימן צ"ב עכ"ל ולפי דבריו צ"ל דגם ר"ח וגדולי נרבונא והרז"ה והראב"ד ועוד פוסקים (עיין בריטב"א כתובות דף פ"ז) דמשמע מדבריהם דאין נאמנות מפורש מועיל לפוטרה משבוע' לגבי יתומים נמי פליגי אהך דסימן ל"ב דלדידהו א"א לפרש הך דעירוכין והרמב"ן והרשב"א ושאר פוסקים והרא"ש שכתבו הך דינא דחשוד אינו גובה מהיורשין לשיטתייהו אזלי דנאמנות מפורש מועיל לגבי מיורשים

וסבירא להו דנאמנות מפורש מועיל לגבות מיתומים קטנים דשמא ימצא שובר או עידי פרעון ולדידהו שפיר מתוקמא הך דעירוכין שהעכו"ם היה לו נאמנות מפורש משא"כ להפוסקים דאין נאמנות מועיל לגבי יורשים או להפוסקים דמועיל אף לגבות מקטנים ע"כ דפליגי אהך דסימן צ"ב אך לפי מ"ש לעיל יש לדחות דעכו"ם שאני מחשוד וגם י"ל דהסוגיא דעירוכין לא אזלי אליביה דרב ושמואל וס"ל כמ"ד התם דאף במת לוה בחיי' מלוה גובה מהם. ונשוב לעיקר הדין דלפי מה שכתבתי והוכחתי לעיל מתשובות המכונות דבכה"ג העכו"ם שגבה כדין גבה אף בדיני ישראל ואע"פ שלא נשבע א"כ גם בנידון שלנו פשיטא שהלוקח יכול לחזור על היתומים מצד קבלת אחריות שקיבל אביהם בשטר המכר אלא שעדיין יש מקום פקפוק בזה לפי מה שנראה מדברי הרב המשיב ידו הראשונה שלא היה השטר מקויים א"כ פשיטא שלא היה יכול לגבות בו מדינא דאף אם נימא דלא טענינן ליתמי מזייף מ"מ פרוע במגו דמזויף טענינן להו וא"כ אין לו זכות בדיני ישראל רק מה שגבה הוא ע"פ דינא דמלכותא לבד וא"כ יש מקום לומר דאין הלוקח חוזר עליו רק אם גבה ממנו מן הדין ממש ולא מצד דד"מ כדמשמע מלשון הרמב"ם פרק י"ט מהל' מכירה וכפי מ"ש הכ"מ שם שי"ל דסתם מקבל אחריות אינו מקבל אלא אם יתחייב בדין תורה לא בדינא דמלכותא אמנם הכ"מ כתב בעצמו שאין זה מספיק ובסמ"ע כתב הטעם דדוקא מה שהמלך עושה מדעתו אמרי' שדינו דין משא"כ זה שפוסק הדין ע"פ עדים כותים ויש לחוש שהם משקרים לפניו כו' וכן מבואר מדברי הב"ח:

אך מדברי הכ"מ נראה שמפרש שהוציא בדין המלך ממש כגון שהיתה קרקע זו מתחלה של עכו"ם ודין המלך מי שקנה קרקע מעכו"ם החזיר לו בלא דמים וכל כיוצא בזה ובכה"ג ס"ל דאינו חוזר על המוכר ובאמת אין מקור בש"ס לדברי הרמב"ם הללו ואפשר לומר שהרמב"ם הוציא דינו מהש"ס דגיטין דף נ"ח גידל בר ר' עילאי קיבל ארעא בטסקא מבני באגי אקדים ויהיב זוזי דתלת שנין לסוף אתי מרוותא קמאי א"ל שתא קמייתא דיהבת אוכלת השתא אנן יהבינן אנן אכלינן אתי לקמיה דר"פ סבר למכתב טרפא אבני באגא א"ל ר"ה בריה דר"י א"כ עשי' סקריקין אלא הניח מעותיו על קרן הצבי:

והראב"ד כתב שהמלך שינה את הגזברים והמלך מינה אחרים לבקש מס בתחלה וגזירת המלך היתה ע"ש בחידושי הרמב"ן והרשב"א ור"פ דסבר למכתב טרפא א"ל ר"ה א"כ עשית סקריקון ר"ל שדן את הבני באגי שמכרו לגידל כאלו הם סקריקון ומכירתן מתחילה שלא כדין היתה אבל באמת ז"א דודאי הם מכרו כדין ואם לא היה המלך מבקש מס מחדש לא הי' יכולין מרוותא קמאי להוציא כלל לפי שהמלך מתחיל לבקש מס

מחדש ואז מרוותא קמאי מוציאין בדין המלך שכן דינו מאן דיהיב טסקא אכיל ארעא וכיון שבדין המלך לקחו מאתו אין לו על בני באגי כלום וזה דינו של הרמב"ם דאם הוציא ממנו בדין המלך אינו חוזר על המוכר:

ועוד נראה לענ"ד שהרמב"ם הוציא דינו ממה דאמרינן בגיטין דף פ"ו אתקין ר"י בשטר זבינא דעבדי דנן פטור ועטור מן חרורי ומן עלולי ומן ערורי מלכא ומלכתא כו' משמע דאי לא הוי כתוב ליה ערורי מלכא בהדיא אינו בכלל ערורי עלמא ולא היה חוזר עליו ולכך הוצרך לכתוב לו ערורי מלכא בהדיא לפי שאינו בכלל סתם אחריות וס"ל להרמב"ם דאין לחלק בין ערעור מצד המלך עצמו ודינא דמלכותא שיש לו על העבד או אם אחר יש לו בו זכות בדין המלך אך התוספות שם הקשו מהא דאמרינן בב"ב דמוכתב למלכות הוי מקח טעות ואומר לו הש"ל וכתבו דמה דאתקין לכתוב בשטרי ערורי מלכא לשופרא דשטרא הוא אלמא דאף אי לא כתוב ערורי מלכא אפילו מקח טעות הוי אם נתברר שיש עליו דין המלך וא"כ אדרבא מבואר מהך דמוכתב למלכות דדינא דמלכותא גרע דאפי' מקח טעות הוי ולכאורה היה אפשר לומר דדוקא התם שנתחייב הריגה למלכות וגברא קטילא הוא שפיר הוה מקח טעות. אבל באמת ז"א אע"פ שרש"י ותוספ' מפרשים מוכתב למלכות היינו על עסקי נפשות אבל מדברי הרמב"ם פרק ט"ו מהלכות מכירה מבואר דמוכתב למלכות היינו שמוכתב שיעבוד עבודת עבד למלכות כשיצטרך שכתב דמוכתב למלכות ה"ז מום שהמלך תובעו למלאכתו בכל עת שירצה וכ"כ בש"ע סימן רל"ב:

ואמנם באמת צ"ע על הרמב"ם דלמה באמת במוכתב למלכות כה"ג הוי' מום במקח ומ"ש מכל טרופה דעלמא שהב"ח טורף מן הלוקח בדין דס"ל לשמואל דאחריות לאו ט"ס משום דזבין אונס ארעא ליומא וא"כ ה"נ מה בכך שהמלך יתפסנו למלאכתו כשירצה מ"מ עביד דזבין ליומא ואפי' לדידן דס"ל אחריות ט"ס היינו שהוא חוזר על המוכר לגבות ממנו מחמת אחריות שכתוב לו אבל מ"מ מקח טעות לא הוי אע"פ שנתברר הדבר שאף בשעת מכירה היה קרקע זו משועבדת ועתידה לצאת מתח"י אך באמת החילוק מבואר דטריפה שטורף בתורת בע"ח שאני דמ"מ הלוקח שלקח סמכה דעתיה שהלוה יסלק את המלוה בזוזי שזה עיקר חובו ואפי' באפותקי נמי מהאי טעמא לא הוי מקח טעות אפי' מכרה אחר שחל הזמן משום שסבור היה לפייס הבע"ח בזוזי וחילוק זה מבואר בתוס' דב"מ דף ט"ו בין לוקח מגזלן שלא חל המקח כלל משא"כ בב"ח אפי' אפותיקי סבור לפייס בזוזי וחל המקח ע"ש וזה שמוכתב למלכות לשדה גזולה דמי שהרי דין המלך על העבד עצמו ואינו מתפייס בזוזי כלל הלכך הוי מקח טעות ועיין

ברמב"ם ריש פרק המוכר פירות שכתב אהא דמוכתב למלכות אומר לו הש"ל ואיכא דקשיא מהא דגרסינן אתקין ר"י עבדא דנן פטור כו' ואיכא למימר שופרא דשטרא הוא א"נ התם לא מוכתב הוא כבר למלכו' אלא ערעור יש לו עליו ושמא יצא פטור בדין אבל מכיון שהוא מוכתב גברא קטילא הוא ומקחו מקח טעות אע"ג דלא כתב ליה הכי עכ"ל ולפי"ז בבע"ח נמי אף ע"ג דהשתא טריף מ"מ בשעת המקח כערעור לבד דמי דשמא יצא פטור ויתפייס בזוזי משא"כ בדין המלך לעצמו דהוה מקח טעות אם בדין המלך הקרקע שייך למלך ולא אמרינן דאפשר שיתפייס בזוזי כיון שאינו דינו על מעו' כ"א דינו על הקרקע עצמו ה"ל כשדה גזולה אף דאפשר שהנגזל יתפייס בזוזי מ"מ אין דינו של הנגזל על מעות כלל כ"א עיקר דינו על קרקע וזה ברור:

לפ"ז אכתי צ"ע במה שכתב הרמב"ם שבא עכו"ם והוציא הקרקע בין בדין המלך שכתבתי לעיל שיש לפרש כגון שדין המלך מי שקנה קרקע מהעכו"ם תחזור לו בלא דמים וכיוצא בזה ומדסת' לה סתומי משמע דבכל גווני אינו חוזר עליו אף שאינו בא עליו בתורת חוב ולמה לא נימא כיון שדין המלך ברור הוא שאין הקרקע שלו רק של העכו"ם ה"ז כמוכר ונמצאת שאינו שלו שהרי דינו על הקרקע עצמו ודוחק לחלק בין אם המלך בעצמו יש לו דין על הקרקע או עבד ובין אם איש אחר שיש לו כח להוציא בדין המלך דבכה"ג לא די שאינו מקח טעות אלא אף בתורת אחריות אינו חוזר עליו דלא מסתבר למימר הכי דמה לי המלך בעצמו או איש אחר שבא בכח המלך כיון שידו תקיפה בדין המלך ודינו דין על הקרקע גופיה הרי מוכר דבר שאינו שלו ולכן נלענ"ד דודאי אם בשעת המכירה כבר היה דין המלך על הקרקע זו ופקודתו יקח אחר קרקע זו או המלך לעצמו א"כ הוי מקח טעות דה"ל למוכר לגלוויי' ללוקח ואין זה בכלל אונסא דמתיליד כלל ובכה"ג מיירי הא דמוכתב למלכות אומר לו הש"ל שבשעת המכירה היה כבר מוכתב למלכות אבל אם בשעת המכירה עדיין לא היה דין המלך כלל ושלו הוא מוכר ועתה נתחדש בין המלך שיקחו הקרקע המלך או אחר אע"פ שהוא בא מחמת המוכר כגוונא דכתיבנא או כגון שלא פרע מס שנים שעברו ואז בשעת המכירה לא היה דין המלך ליקח הקרקע עבור זה ועתה חידש המלך חק חדש לקחת הקרקע עבור העבר וכל כיוצא בזה כיון שעכ"פ עתה היא נתחדש ובשעת מכירה לא אסיק אדעתיה כלל אונס הוא שהרי נולד אחר המכר ובכה"ג מיירי הרמב"ם דאם הוציא ממנו בדין המלך אינו חוזר דאונס הוא ויצא לנו מזה דדוקא היכא שאין ידוע בשעת מכר אבל היכא שהיה ידוע בשעת מכר דין המלך על הקרקע זו פשיטא שלא נחשב אונס וכשיש לו דין על הקרקע עצמו ה"ל מקח טעות וכשאין לו דין על הקרקע עצמו רק בתורת חוב ואפשר

לסלוקי בזוזי אע"פ שהמקח חל בכה"ג כמ"ש לעיל מ"מ עכ"פ בכלל קבלת אחריות הוא לפי שאין זה אונס שנולד מחדש שאף בשעת המכירה היה המוכר יודע כן שזה יש לו שטר עליו ואם לא יתפייס בזוזי יטרוף הקרקע בדין המלך שדינו דין וכל כה"ג כ"ע מודה שהוא בכלל אחריות שקיבל עליו המוכר ומכ"ש בשטרי קנין שלנו שכותבין באר היטב הכל לטובת הלוקח ותקנתו אם יבוא א' מסוף העולם קרוב או רחוק או יהודי או ארמאי כו' דפשיטא שחל עליו האחריות שמוציא העכו"ם ואין סברא לומר דדוקא אם יוציא בדיני ישראל דודאי הך לישנא יתירא לטפויי' אתי דאף אם יוציא בדיניה' הוא מחויב לפצות וגם נראה דבלא"ה אין לומר בזה יד בעל השטר על התחתונה כמבואר בח"מ סימן מ"ב דהרבה מהמפרשים כתבו בשטרי דידן שכותבין דלא כאסמכתא ודלא כט"ד אמרינן בכל לשון מסופק יד בעל השטר על העליונה:

ודרמ"א כתב דכל לשון שהוא כולל יותר ליפוי כח בעל השטר וסתמא משמע כך לפי דעת השומעין דנין אותו כך אפי' ליפוי בעהש"ט ע"ש והיינו דבשטרות הולכין אחר לשון בני אדם ודבר רחוק קצת הוא לפרש לשון השטר על עכו"ם שיבוא לדון ולהוציא בדיני ישראל ויוציא כדין כיון דהוא מלתא דלא שכיחי כלל שהרי מי יכריחנו ללכת בדינינו אחרי שידו תקיפה לגבות בדיניהם ומכ"ש בשטרות שלנו שדרך לכתוב בשטר המכר שכל לשון שבו יהא הכלל נדרש לזכות ויפוי כח בעל השטר ומכ"ש שאין להוציא הלשון מפשוטו ומכ"ש אם לפי ראות עיני הדיינין לא בא העכו"ם בעלילה רק באמת מגיע לו החוב ולא נפרע וכבר כתבתי שהרשב"א בתשובות המכונות כתב דבכה"ג אומד הדעת הוא שלא היה מניח שטרו בידו כיון שגובה בו מדינא דמלכותא ואף ממשועבדים גובה בו מדינא דמלכותא כאשר עינינו הרואות שגובה באמת ע"פ דיניהם וא"כ לא היה להניח בידו ואף לו יהא שהדבר מסופק קצת מ"מ עכ"פ אין זה אונס הנולד דהא בשעת מכירה היה יודע בו ששדה זו שמוכר לו הוא משועבדת ומסוכרת ביד אדונים קשה ע"פ השט"ח שבידו ואחריות דנפשיה הוא וקיבל עליו וגדולה מזו היא אפשר לומר דאף שאפשר שפרע אח"כ ולא הוציא השט"ח מת"י מ"מ אין זו דומה לאם הוציא העכו"ם בערכאות ע"פ עידי גזילה וכיוצא דהוא אונס דכתיב אשר פיהם כו' דאונס זה אינו מחמת המוכר ומה ה"ל למיעבד אבל בנ"ד פשע המוכר במה שהניח השטר תחת יד העכו"ם דה"ל לאסוקי אדעתי' שהעכו"ם יבוא לגבות בשט"ח זה ויטרוף ואין מידו מציל וכן מבאר בסוף סי' שפ"ח בשם הרשב"ץ דאם מסר שטר פרוע לכותי וידע שיתנו לשר ויכוף הישראל לפרוע שנית חייב לשלם. אמנם הש"ך שם חולק על הרמ"א וכתב דליכא כאן גרמי כמ"ש הרשב"א בתשובה הביאה ב"י ס"ס שפ"ו שכתב שאין ראובן זה יתחייב מיד

בחזרת השטר לגוי וכל שאינו ניזוק מיד אינו קרוי דיני דגרמי אלא גרמא בניזקין ותשובה זו הוא בתשובת הרשב"א ח"ג ד' ליורנו סימן ע' וכתב וז"ל שאינו ניזוק ראובן בהחזרת השטר למלוה מיד אלא שהשטר בעדים למלוה שראובן חייב לו מה שכתוב בשטר זה ולא עדיף זה משוכר עידי שקר להעיד לחבירו שפטור בדיני אדם וכ"ש בזה עכ"ל:

ולפענ"ד דברי הרשב"א בזה צ"ע דשוכר עידי שקר לחבירו דבשע' ששכרם לא הוי ברי הזיקו דשמא אעפ"כ לא יעידו וכיון שבדעת אחרים הוא תלוי' לא מחשב גרמי משא"כ במוסר שטר פרוע דמיד שזה מסר לו השטר וידוע לנו שבודאי יכוף אותו לשלם הרי זה כדן את הדין לדברי האומר אין מחזירין דחייב וכמ"ש להדיא הרמב"ן בדיני דגרמי שלו וז"ל כלל גדול יהיה בידך הגורם ומחמת גרמתו בא ההיזק ואינו תלוי בדעת אחרים כו' ונקר' ברי הזיקא לפיכך דן את הדין לדברי האומר אין מחזירין דחייב דמעידנא דאמר איש פלוני חייב ונתחייב לשלם ממון ועפ"י ישולם מהאי שעתא הוא דגרם היזק ואע"פ שאח"כ הוא משלם כיון שהדיין חייב וע"כ הוא משלם הדיין הוא הגורם משעה שחייבו כו' והשוכר עידי שקר לאו איהו מזיק ולא גורם היזק אלא אינהו גרמו ולאו בידו הוא דאי בעי לא מסהדי כלל וקס"ד נמי בש"ס למפטרי' בי' משום האי טעמא דדברי הרב כו' עכ"ל ואע"פ שהרשב"א בתשובה סי' אלף נ"ב כתב בשליש שהחזיר שטר למלוה והמלוה גבי כל החוב השליש פטור דהוי גרמא בניזקין ע"ש הרשב"א לטעמי' דס"ל דכה"ג דמי לשוכר עידי שקר אך צ"ע על הרמ"א סי' נ"ה שהעתיק דין הרשב"א בזה ובס"ס שפ"ח הביא דברי הרשב"ץ ונראה דהרמ"א ס"ל לחלק בין היכא שהדבר ידוע לנו שיכוף הלוה לפרוע כגון ההיא דס"ס שפ"ח דזה הוי ברי הזיקא משא"כ כאן בשליש שהחזיר השטר דמ"מ אין הדבר ידוע אם יוציא ממנו כל דמי השטר שלא כדין ולא הו' ברי הזיקא ועיין בסמ"ע שם שהקשה מהך דסימן מ"ו דעדים שחתמו על השטר בשקר שחייבין לשלם וכתב שיש חילוקים בין גרמי לגרמא בין אם ההיזק נעשה מיד או ברי הזיקא ובאו"ת שם האריך בזה וכתב דהא סוף סוף עדיין מחוסר גובייני' ובסוף דבריו כתב הטעם משום דיכול להשביעו ואף דבתשובת הרשב"א מבואר דאפילו מסרו לגוי מ"מ פטור (נראה שכוונתו לתשובת הרשב"א שהביא הב"י סי' שפ"ו) ואולי בכוונה לא העתיקו הרמ"א דדעתו לפסוק כהרשב"א רק במסרו לישראל כו' ע"ש ונפלאתי שלא הביא דברי הרמ"א סס"י שפ"ח שהעתיק דברי התשב"ץ וגם לא הזכיר מדברי הש"ך שם וראיתי בקצה"ח שם סי' נ"ה שכת' דשליש שהחזיר השטר הוי כשוכר עידי שקר דאיהו אינו מזיק אלא העדים החתומים בו משא"כ עדים שחתמו שקר דאינהו קא מזקי כו' ע"ש וכבר כתבתי דבאמת דעת הרשב"א לדמות מחזיר שטר פרוע לשוכר עידי שקר אבל לפי

דברי הרמב"ן שהבאתי לעיל דסיים בה דאינהו גרמו ולאו בידו הוא דאי בעי לא מסהדי כלל א"כ הך טעמא שייכא דוקא בשוכר עידי שקר ולא במחזיר שטר פרוע או שליש שהחזיר השטר שאין הדבר תלוי ביד אחרים כלל ולפי מ"ש דגם הרמ"א לא מחייב כי אם כשידוע שיכוף לפרוע דהוי ברי הזיקו צ"ל דבהך דסי' מ"ו כיון שזה ששטר בידו פיתה אותם או אנסם לחתום לו בשקר ודאי שדעתו להוציא ממון בשטר זה וכברי הזיקא דמי משא"כ בשליש שהחזיר השטר אין זה ברי הזיקו ועדיין יש פ"פ שהחזיר לו לגבות מה שמגיע לו עוד וגם המלוה לא יגבה בו יותר מזה ולא ברי הזיקו כלל וכן מבואר דעת הפוסקים בסימן ל"ח בעדים שאמרו שקר העדנו חייבים לשלם מה שהפסידוהו בעידותן מדיני דגרמי והיינו משום דזה הוי ברי הזיקא שהרי זה התובע שכר אותם להעיד לו בשקר בכדי להוציא ממון מהנתבע ואע"פ שהטור בסי' ל"ח הביא דברי הר"ח באומר שקר העדנו אין משלמין ע"פ עצמם כבר האריך בש"ך שם דהיינו אם באנו לדון מדין הזמה ואמנם באמת דברי הש"ך בפירוש דברי ר"ח הם צ"ע וכבר עמד בזה באו"ת סימן כ"ט וע"ש דמדמה לה לשליש שהחזיר שטר וכבר כתבתי מה שנלענ"ד לחלק ביניהם אך לדידי חזי לי ואנהירנהו לעיינין מן שמיא שלא עלה זה בדעת ר"ח כי לשון הר"ח שהביא הטור מצאתיו ברמב"ן בחידושיו למכות וז"ל הרמב"ן שם תדע שהרי ממון ביד בעלים ומשלמין לאו למימר' שאם שלמו אין משלמין אלא לומר שאעפ"י שלא שלמו משלמין ומיהו כיון דאם לא שלמו משלמין קנסא הוא ולא משלמין עפ"י עצמן לכ"ע כלומר שאם אמרו הוזמנו בב"ד (ר"ל ועדיין לא נגמר הדין לחייבם ממון בב"ד דאז הוי מודה בקנס אין משלמין אעפ"י ששילם עפ"י אא"כ הודו באמת שקר העדנו דודאי משלמין מדיני דגרמי דלא גרע מדן את הדין וכיוצא בו והא דאקשינן כ"ש כיון שהגיד כו' לאו מכלל דלא משלם דאעפ"י שאין חוזר ומגיד לבטל עדותו אפשר לו שישלם אלא הכי קא קשיא ליה כו' כמ"ש בדיני דגרמי להרמב"ן הביאו הש"ך כי חידושי הרמב"ן למכונות הם מוטעים טעות הדפוס ודילוגי' כידוע) דלא מיקרי עד זומם דהא עידותן קיימת ור"ח ז"ל כתב באומר עדות שקר העדנו וכה"ג לא סגי' דלא משלם אלא עדותו שהעיד נכונה חשבינן ליה ומתקיימת והא דאר"ע אין משלמין ע"פ עצמן לא משכחת לה אלא בשאין (אומרין רק הוזמנו כצ"ל) אבל לא העדנו עדות שקר וקא סבר ר"ע מה שחדשה תורה לשלם עפ"י מזימין והאמינהו אולי קנס הוא א"נ י"ל דאפי' לר"ע אם שילם ע"פ וא"א להחזיר ממון לבעליו ודאי משלמין בהזמה ואפילו ע"פ עצמן ולא אמרי' אין משלמין ע"פ עצמן אלא בגמר דין (ר"ל שעדיין לא הוציא ממנו ע"פ) והרב ר' משה הספרדי ז"ל פוטר בהם אע"פ ששילם על ידם והודו עכ"ל ומעתה מה שהעתיק הטור בלשון ר"ח לא מיבעיא דאינן

משלמין ע"פ עצמן אלא אפילו העדות כו' נוסחא מוטעת נזדמנה לו לרבינו הטור ז"ל בדברי הר"ח שהרי פירוש לשון הר"ח שהביא הרמב"ן הוא להיפך שהרי כתב לא סגיא דלא משלם אלא עדותו שהעיד הוא נכונה ומתקיימת וזה מבואר ג"כ ממ"ש הרמב"ן על דברי ר"ח והא דאמר ר"ע כו' ודברי רבינו ירוחם שהביא הב"י הן הן דברי הרמב"ן אלו והנה רש"י כתב כל כמיניה בתמיה וכי יכול הוא לחזור בו ויפטר הנידון מלשלם והביאו הב"י ולכאורה אינו מובן דמה בכך שאינו יכול לחזור בו ולא נפטר הנידון מ"מ שפיר קאמר דהעד משלם וכמ"ש הרמב"ן בד"ג ואדרבה הכי ניחא טפי דכיון שזה אינו יכול לחזור בו ומחויב הנידון לשלם הא אפסדי בעידותן פסידא דלא הדר וכיון דאיהו גופיה מודה ששקר העיד מחויב לשלם וכן הקשה בחידושי הריטב"א ומ"ש הרמב"ן דא"כ למה קרי ליה עד זומם כיון שעדותו קיים אין זה במשמע מדברי רש"י וצ"ל כמ"ש הריטב"א דמשמע דמדין עד זומם הוא דמשלם וא"כ בעינן כאשר זמם ולא כאשר עשה וכיון שזה אינו יכול לחזור מעדותו הוי כאשר עשה וכ"כ אא"ז מהרש"א ז"ל ע"ש ועכ"פ דמשני דאומר העד שקר העדתי ולא פריך עלה אלא כל כמיניה כו' מבואר דבאומר שקר העדתי מחויב לשלם וכ"כ הב"ח ע"ש ולפי"ז אפשר דמ"ש הטור בשם ר"ח לא מיבעיא דאין משלמין כו' שלשון זה הוא מוקשה מאוד ועמדו עליו כל הפוסקים וגם מ"ש הב"י לתמוה דש"ס ערוך הוא ואיהו גופא הביא להדיא שרבינו ירוחם כתב דמשלם מדיני דגרמי וטפי הו"ל לאקשוי' ארבינו ירוחם שהוא להיפך מדברי הש"ס ומה שפירשו האחרונים דברי הב"י דקאי אמ"ש דהעדות מתקיימת הוא דחוק ולפי מ"ש י"ל שנוסחת הב"י בטור היה ג"כ כמו שכתב הרמב"ן בשם ר"ח וט"ס הוא בנוסחת הטור שלפנינו וצ"ל ג"כ דלא סגי דמשלמין אלא העדות כו' וע"ז שפיר תמה דתלמוד ערוך הוא דהא מפשיטת דברי הש"ס מוכח הכא דמחויב לשלם והעדות נכונה דהא לא פריך אלא כל כמיניה כיון שהגיד כו' והיינו שאין לקרותו עד זומם אבל מודה שפיר דמשלם ופשיטא שאין מקום לפרש דהכי פריך כיון שהעדות קיימת מכ"ש שהן פטורין דהא בהא תליא כמ"ש הלח"מ דבאמת אין מקום לתלות זה בזה דאע"ג דלא מהימנא לבטל העדות מ"מ לגבי דנפשייהו נאמנים כמ"ש הרמב"ן והריטב"א והרא"ש ורבינו ירוחם ז"ל אך מסתפינא להגיה בטור בזה וגם דאכתי קשה דהאיך כתב כי תלמוד ערוך הוא כיון שהרמב"ם כתב להדיא דבאומד עדות שקר העדנו אין משלמין ע"פ עצמן:

וממ"ש מבואר שלדעת ר"ח שהביא הרמב"ן ורבינו ירוחם אעדים שאמרו שקר העדנו חייבין לשלם מדיני דגרמי וכ"כ הריטב"א וכתב שהתוספות אמרו כדברי הרמב"ן וגם הוא ז"ל הסכים לזה אך הרמב"ם פי"ח מהלכות עדות כתב באומרם שקר העדנו אין

משלמין ע"פ עצמן ולכאורה באמת טעמא בעי דלמה לא ישלם בכה"ג מד"ג ואפשר לומר דע"כ לא משלמין מד"ג אלא היכא שיש כאן היזק ברור משא"כ באומרם שקר העדנו מ"מ אפשר שגוף הענין אמת אלא שהם לא ראו אותו וא"כ י"ל חזקה אין אדם שתובע אא"כ יש לו עליו ואע"ג שאין מוציאין ממון ע"י זה מ"מ עכ"פ אין כאן בירור דודאי לא לוה וא"כ אין כאן הכרח שעשו היזק ברור ואין חייבין מד"ג אלא דאכתי צ"ע מדן את הדין דמשמע התם דבכל גווני' חייב והתם נמי אפשר דבאמת זה חייב ואע"פ שהדיין טעה לחייב את הזכאי מ"מ אינו מוכרח שהוא זכאי באמת רק לפי שאי אפשר לעמוד על הבירור להוציא ממון מחזקתו וגם מלשון הרמב"ן שכתב ואח"כ אמרו שקר העדנו ואין לזה ע"ז כלום דאף כשנתברר שאמרו שקר ובודאי שאין זה חייב לזה כלום והעדים הפסידו אפ"ה פטורין ומ"מ נראה דגם הרמב"ם לא קאמר אלא דאין משלמין ע"פ עצמן דס"ל דגם בכה"ג קנסא הוא וכן מבואר שם מדבריו דמהאי טעמא אתי עלה אף באומר שקר העדנו (ובאמת שזה צ"ע דאי מד"ג היה לנו לחייבו שפיר מתחייב ע"פ עצמו קנס דלענין קנס דגרמי לא אמרינן מודה בקנס פטור וכמו שתמה הש"ך בסימן שפ"ח על הרש"ל ולקמן אבאר בזה) אבל אם נתברר על העדים שהעידו והוציאו ממון ע"פ ועתה נתברר ששקר הוא וא"א למהדר עובדא גם הרמב"ם מודה דלמאן דדאין גרמי מחויבין לשלם דאל"כ הו"ל לפרש רבותא טפי דאפילו נתברר שקר האחד או שניהם אין מחוייבים לשלם ובדברי הרמב"ם משמע דמטעם הודאת קנס אתי עלה:

שוב ראיתי בקצה"ח סימן ל"ח הביא דברי הרמב"ן מחידושי מכות ולא הרגיש שלפי מה שהביא הרמב"ן בשם הר"ח הוא להיפך ממ"ש בטור לפנינו בשמו ומ"ש על הכה"ג שכתב בטעמא דאין משלמין ע"פ עצמן משום דהוא קנס דז"א דודאי משלם ד"ג ע"פ עצמו הנה למעיין ברמב"ם מבואר להדיא דמטעם קנס אתי עלה שהרי הרמב"ם בפרק י"ח מהלכות עדות כתב וז"ל חיוב העדים זוממין לשלם קנס הוא ולפיכך אין משלמין ע"פ עצמן כיצד הרי שהעידו ונחקרה בב"ד ואח"כ אמרו שניהם עדות שקר העדנו ואין לזה על זה כלום או שאמרו העדנו ע"ז בכך וכך והוזמנו אין משלמין ע"פ עצמו אבל אם אמרו העדנו ע"ז והודינו בב"ד של פלוני ונתחייבנו ליתן לו כך וכך הרי אלו משלמין שזו הודאה בממון הוא שנגמר דינו ליתן עכ"ל והוא ודאי דהרמב"ם סובר אע"ג דע"כ זה משלם ע"פ העדות שהעידו דאע"ג שאומרין שקר העדנו מ"מ לא מהני להו לפטור הנדון ומ"מ פטורין משום דאינו אלא קנס דא"ל דמיירי בגוונא שלא נעשה מעשה כגון שהוכחשו מפי אחרים. והם עצמן הודו ואומרים ששקר העידו דפשיטא דבכה"ג אין עליהם חיוב תשלומין כלל דכל זמן שלא עשו מעשה אין מקום חיוב כ"א כשיש בו

דין הזמה ופשיטא דמפי עצמן אינם בדין הזמה כלל אלא דודאי דהרמב"ם מיירי שכבר שילם או עתיד לשלם כיון דליתנייהו בחזרה ואפ"ה העדים פטורין משום דקנס הוא ואין מתחייבין ע"פ עצמן ולפי"ז צריך לומר דהרמב"ם סובר כשיטת רש"י דאי ד"ג קנסא הוי דינו כמודה בקנס ופטור וזה דוחק:

והנה בקצה"ח שם כתב דהש"ס קאי אליבי' דרבא דס"ל דחייבי מלקות שוגגין דפטור ולכך מקשה שפיר דלענין ד"ג הוא פטור משום חייבי מלקות שוגגין ע"ש ולדבריו עיקר חסר מן הספר דמה ענין זה לכיון שהגיד כו' ובפשיטות הו"ל למימר דלמה יתחייב בזה דלפטור משום חיוב מלקות וצ"ל דה"ק דמחמת דין הזמה אין לחייב משום דהא העדות קיים כיון שהגיד כו' וא"כ אין בזה חיוב מתורת הזמה דדוקא היכא שע"י הזמה מתבטל העדות ובשביל דד"ג אין חיוב דהוי חייבי מלקות:

אבל באמת כבר עמד בזה הריטב"א דודאי אין מקום לחייב בזה מדין הזמה דאין הזמה אלא כשהוזם מפי אחרים ובודאי דעת רבא לחייב משום דד"ג וא"כ היה לו להקשות בפשיטות שיפטר מחמת מלקות אפשר לומר דלכאורה אין חיוב מלקות וממון באים כאחד דהמלקות הם בשעת העדות והממון אינו מתחייב אלא משעה שהוציאו מיד זה אלא דמ"מ י"ל כיון דעיקר החיוב שלהם על שעת עידותן שפיר באים כאחד אלא דלהך לישנא בכתובות דאי בעי להדורי מצי למהדר א"כ אין חיוב הממון אלא בשעה שהוציא ואין באין כאחד אך דבאמת גם כאן לא מצי להדוריה כיון שהגיד כו' וזה קושית הש"ס כל כמיניה כיון שהגיד כו' וא"כ לא מצי להדורי ושוב אין לחייבו ממון על אמירתו שקר העדתי דמלקות שוגגין פטורין כן י"ל ע"ד הפלפול אבל באמת לא נהירא ומ"ש ראיה מדברי הרש"ל גבי חובל שכתב דלאקומתת הש"ס דבהדי דמחיה קרע שיראין מצינו לאוקמי אף בהכאה שיש בו ש"פ יש לחלק ועיין בפ"י שם שמפקפק גם מדברי מהרש"ל (אבל באמת לא היה צריך לזה דהא בלא"ה אין לחייבו ממון מחמת כאשר זמם דלא חייבו התורה כי אם כשהוזם מפי עדים ולא מפי עצמם רק שאנו באין לחייבו מדיני דגרמי וכיון שאם היה מתברר מפי עדים ששקר העידו בדרך הזמה או כגוונא דמוקי בבבא קמא בהכחשא כגון שבא הרוג ברגליו וה"נ לענין ממון כה"ג דלוקין שפיר מיפטר בהודאת עצמו דהו"ל חייבי מלקות שוגגין דפטור לר"ל ועיין בתוספות דב"ק דף ע"א מה שכתבו דאמרה תורה דאין זוממין לוקין ומשלמין ממון אפילו בשעה שהעידו שקר טבחו ומכרו כו' ועיין בפ"י שם ובתוס' כתובות דף ל"ב ובב"מ דף צ"ב בתוס' שם ואין כאן מקומו):

ולדבריו צ"ע דא"כ לר"ל באומר גנבתי גזלתי דחייב קרן ע"פ עצמו יפטור משום חייבי מלקות שוגגין ואפשר לומר דהתם אפי' באו ע"ז אינו חייב מלקות לפי שהוא לאו שניתן להשבון הלכך אינו בכלל חייבי מלקות כלל משא"כ בעדים זוממין דאף ע"ג דלא תענה לאו שאין בו מעשה מ"מ גליא קרא מאם בין הכות הרשע דמחייבי מלקות על לאו דלא תענה אלא דלכאורה היה אפשר לומר דמהך קרא ליכא למילף כ"א כשיש כאן הזמה וכדאיתא שם בריש מכות אלא דבאמת ז"א דבב"ק דף ע"ד אמרינן עדים שהוכחשו בנפש לוקין ואי ס"ד הוכחשו ולבסוף הוזמו נהרגין הו"ל לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד כו' אלמא דאי נהרגין שפיר לוקין אף בהכחשה וכגון שבא הרוג ברגליו וכמבואר שם ואע"ג דלא תענה לאו שאין בו מעשה משום דגלי קרא והיה אם בין הכות הרשע וכן הרמב"ם פרק כ"א מהלכות עדות כתב מטעם דאין לוקין משום לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד ע"ש וכ"כ בשיט' מקובצ' ב"ק בשם הראב"ד דאף ע"ג דלאו דלא תענה לאו שאין בו מעשה הוא הא קי"ל דאית ביה מלקות מוהיה אם בין הכות הרשע ואע"ג דההיא קרא בהזמה כתוב גלויה מלתא בעלמא הוא דאית ביה מלקות כו' ע"ש וע"ש בתוס' וראיתי בסמ"ג עשין ק"י שכתב עידי נפשות שהוכחשו ולא הוזמו אפי' בא הנהרג ברגליו אין לוקין על לאו דלא תענה מפני שאין בו מעשה כו' אבל אם הוזמו לוקין עליו מוהיה אם בין הכות רשע כו' כדמוכח במרובה גבי עדים שהוכחשו ולבסוף הוזמו דלמד"א אין נהרגין לוקין אע"ג דבעלמא ניתן לאו דלא תענה לאזהרת מיתת ב"ד היכא דהוזמו תחלה הואיל וכאן לא ניתן לאזהרת מיתת ב"ד היכא דלא הוזמו לוקין עליו כו' ע"ש ודבריו תמוהים מאוד דבש"ס מבואר דלמ"ד הוכחשו ולבסוף הוזמו אינן נהרגין אז בהוכחשו לוקין ולא איכפת לן במה שאין בו מעשה דגלי קרא והיה אם בין כו' וכמ"ש רש"י שם רק דלמ"ד נהרגין אין לוקין משום דהו"ל ניתן לאזהרת מב"ד וכ"כ הרמב"ם בהוכחשו ולבסוף לא הוזמו אין לוקין משום שניתן לאזהרת מב"ד ע"ש ועיין במהר"א שטיין שכתב ליישב דברי הסמ"ג מ"ש בזה הוא למ"ד אין נהרגין ואיהו גופיה פסיק דנהרגין ע"ש אבל מ"ש הסמ"ג לחלק בין הכחשה להוזמו למד"א אינן נהרגין הוא תימא גדול וצ"ע ולפי שאינו מענינינו לא רציתי להאריך:

ואפשר דהסמ"ג ס"ל כמ"ש דהך דילפינן מוהיה אם בין לא קאי אהכחשה רק על הזמה ולא ס"ל כמ"ש הראב"ד דגלויא מלתא בעלמא ומ"מ שפיר קאמר ר"א בהכחשה לוקין דס"ל כר"י דלאו שאין בו מעשה לוקין עליו והסמ"ג כתב לדידן אליבא דהלכתא דלאו שאין בו מעשה אין לוקין ומ"מ לשונו צ"ע:

ובעיקר דברי הרמב"ם נראה שהוא סובר דאין כאן חיוב. מדיני דגרמי כיון שאין ההיזק נעשה מיד רק דאף ע"פ כן היה מקום לחייבו כיון דאילו אתי סהדי להזים אותם היו חייבין לשלם השתא והוי כאילו באו עדים ע"ז ויהיו חייבים לזה אמר דמ"מ הם פטורין דהא אפי' אתי סהדי אין כאן חיוב רק קנס א"כ מפי עצמן מודה בקנס הם ופטורין ועדיין יש לפקפק לפי מ"ש דמ"ש הרמב"ם ואין לזה אצל זה כלום היינו שאומרין שיודעים בבירור שהענין שקר ובכה"ג אפי' אתי סהדי אין כאן תורת הזמה להרמב"ם כמבואר שם פרק י"ח וא"כ פשיטא שאין לחייבם בהודאת פיהם בכה"ג ויש לחלק ואין להאריך: ולכאורה היה אפשר לומר דאפי' מאן דס"ל דמוסר שטר פרוע לעכו"ם חייב וכן עדים שחתמו שקר משום דעבדי מעשה משא"כ בנ"ד דלא קא עביד מעשה רק דממילא הוא שהניח השטר ביד העכו"ם אך לענ"ד אין לחלק בזה דכה"ג חייב ואף דלא עביד מעשה בידים כמו דמוכח מהא דמחיצות הכרם שנפרצה נתיאש הימנה ולא גדרה כו' כמבואר בב"ק דף ק' אך הרא"ש שם כתב הטעם דכיון דשלו מעורב בשל חבירו הוי כעושה מעשה בשל חבירו א"כ אפשר בנ"ד לא שייך זה וגם לא דמי לאחוי אחוייי דהתם כיון דאחוי עליה כמאן דקליא דמי וכעושה מעשה בגוף הממון דמי וכמבואר באשר"י שם משא"כ כאן דהנחתו עשה ההפסד אבל מ"מ לא עשה מעשה כלל בממונו של זה אך מ"מ נלענ"ד דאפי' אי נימא דלא מחייב בכה"ג בשטר שלא כתב לו אחריות מ"מ השתא שכתב לו אחריות אע"פ שאין אחריות עליה עליו מ"מ כיון שהוא גורם לו את זה גם זה בכלל אחריות שלא יגרום לו היזק ואחריות דנפשי' ודאי קיבל עליו שלא להרביע ארי אמיצריו ונתחייב לסלק הדמים ועיין בח"מ סימן נ"ח לענין השליח ואע"פ שאמר ליה הב זוזי ושקול שטרי חייב לשלם וקצת יש לדחות דהתם שהוא שליח הלוה והזכיר לו לקיחת השטר הוי כאומר עשה בענין שיבא השטר לידך וכמ"ש התוס' בב"מ דף ג' ד"ה ולא אמרת בסהדי הב ליה ומ"מ נראה דבעכו"ם לא שייך זה וכמ"ש באו"ת סי' שע"ו ס"ק י"ד לענין שותפין שהיו חייבין לעכו"ם דהוי פושע שלא פרע לעכו"ם בעדי' דיודע דראובן ערב והם בתר ערבי אזלי כו' ודעת מהרדב"ז בתשובה דלענין עכו"ם לא שייך תקנה כלל כו' וסיים וזה ברור ונכון שאין לך פושע גדול מזה עכ"ל וא"כ פשיטא דגם בנ"ד מחשב פושע דהא ידוע דעכו"ם בתר לוקח אזיל (ופשיטא שא"ל כוונת האו"ת דהם בתר ערבא אזלי ונפרעין ממנו תחלה דמה"ת לחלק בזה דודאי בכל גווני מיקרי פושע לגבי לוקח כיון דלא יהיב ליה בסהדי) בדינא דמלכותא ובודאי יגבה ממנו אך דעת הסמ"ע שם דאם לא יברר שלא פרע לו אף שהוצרך לפרוע לעכו"ם הו"ל עלילה ואין אדם נתפס בעד חבירו ויש ליתן טעם לדבריו ע"פ מש"ל מדברי הרמ"א בסי' נ"ו בשליש שהחזיר השטר

ה"ל גרמא והיינו כדעת הרשב"א דמוסר שטר פרוע פטור אפי' מסר לעכו"ם וא"כ לא גרע הך שפרע לו שלא בעדים מאם מסר לו שטר פרוע דפטור והאו"ת לשיטתו בריש סי' נ"ה דס"ל דאם מסר לעכו"ם באמת חייב וכמש"ל אך באמת לא ידענא מה קשיא להאו"ת על הסמ"ע דהא בש"ע לא מיירי שדינו עם לוי רק עם שמעון השותף דאף אם לוי הוי פושע מ"מ היכא דליכא לאשתלומי מלוי כגון דלית ליה וכה"ג לא משתלם משמעון דשמעון אומר דמאמין ללוי שפרע והעכו"ם מעליל לגבו' שנית ומה איכפת ליה בפשיעתו דלוי ואפשר שר"ל דלכך אין להאמין שלוי פרע להעכו"ם כדמסיים לבסוף דאנן סהדי דלא פרע כו' אך תחילת לשונו לא משמע הכי וגם מ"ש דהא אנן קאמרינן דלכתחלה יעשה שטר ולמה לא אמרינן ליה ליתן לגוי בעדים כו' ע"ש ג"כ תמוה דהא אין הדין עם לוי ואפשר שלוי אין לפנינו רק ראובן ושמעון מדיינין זע"ז שראובן טוען שאפשר שלוי לא יפרע והוא נכנס ערב לטובת השותפין ואין להאריך ועיין בח"מ סי' ק"ל סעיף ה' בערב שפרע למלוה ולא ביקש ממנו השטר אין הלוה חייב לשלם שהרי פשע במה שהניח השטר ביד המלוה וכתב הסמ"ע לחלק בין ההיא דסי' נ"ח דהכא שהערב ידע בעצמו שהלוה לו בשטר ושט"ח עדיין ביד המלוה וא"כ בנ"ד נמי כיון שידע הלוה שזה יוכל לחזור על הלוק פשיעות הלוה היא שהניח השטר:

אמנם הש"ך שם כתב דאף ע"ג דהב"י בסימן נ"ח בשם בעה"ת כתב דאף אם הזכיר לו השטר פטור ערב שאני כיון שהוא נותן מעות שלו לחזור ולתבוע מן הלוה כו' ואין חילוק זה מחוור ומדברי הסמ"ע משמע דלא ס"ל לחלק בהכי ולענ"ד החילוק בפשיטות דהתם כיון שהזכיר השטר ולא א"ל בפירוש שיקח אותו שפיר מצי טעין שהוא סובר שסומך על נאמנותו כמ"ש שם בב"י משא"כ כאן דמה"ת לומר שהלוה יסמוך על נאמנותו של המלוה הלכך פשיעותו דערב הוא וא"כ מכ"ש בעכו"ם דודאי פשיעותא הוא מה שמניח השטר ביד המלוה וגם הש"ך מודה בזה דאף היכא שאינו בא להוציא וכגון ההיא דסימן נ"ח כל שהזכיר לו שיש שטר מחויב השליח לשלם דלא שייך שהיא סובר שסומך על נאמנותו דבודאי העכו"ם לא מהימן ליה וקרינן ביה אשר פיהם דבר כו' וכן ממ"ש בסימן קי"א בערב לעכו"ם אפי' יש ביד הלוה שטר שפרע לעכו"ם מחויב לחזור ולשלם לערב וכתב הטור בשם תשובת הרא"ש דאינו טענה מה שיש לו שטר פרעון כל זמן שהניח עיקר השטר ביד העכו"ם כו' ועיין או"ת בשם תשובת פני משה שהקש' על הטור דלמה לי האי טעמא ת"ל דאפי' מעליל עליו מחויב לפצו' הערב וכתב כיון שבאמת כבר שילם לו נסתלק ערבותיו רק שמחויב לשלם לו לפי שהניח השטר ביד העכו"ם ע"ש הרי מבואר דאף בלא זה שהכניס אותו לערב מחויב לשלם מחמת פשיעותו ועוד שנלענ"ד הך דלוקח

לערב דומה וגרע כיון דבערב מחייבינן ליה דארביע ארי' אמצרי' אף ע"פ שמרצונו כרע רבץ תחת הארי מ"מ אמדינן דעתיה שע"ד שיפצה אותו הלוה הוא דעבד וה"ה הכא שהרי זה הכניס נכסים לערב בנכסוהי דאינש אינון ערבין ביה וכיון שמכרם לאחר הוא צריך לפצותם מיד הארי כמבואר בסוף בב"ב דמדמה הש"ס מה שנכסים ערבין לע"כ ואע"ג דע"ק יש לחלק בין זה לערב דבערב אע"ג דמעליל עליל מכח הערבון חייב הלוה ובלוקח באחריות וכותי מעליל אינו מחויב לפצותו התם טעמא דבערב מעיקרו הכניסו לתגר זה שנכנס בעדו ערב לעכו"ם וכיון דסתם עכו"ם אנס הוא הו"ל לחוש שיעליל עליו ומסתמא ע"ד כן נכנס שיפצה אותו משא"כ בלוקח מישראל ובא עכו"ם להעליל שהוא שלו זה לא עלה על דעת המוכר שיתחייב לפצותו מעלילות משא"כ בנ"ד דג"כ מעיקרו הכניסו לתגר זה שהרי ידע בנפשו שהוא חייב לעכו"ם ואף אם העכו"ם מעליל ולא יבא בדין רק בעלילה הלא עלילה זו הוא סובב עליו וגרם לו כל זה לכפות נכסיו אלו לפני הארי והלא נכלל בכלל אחריות ואף שלא נכתב הנולד לא אמרינן הכי משום דאין זה סיבת המוכר משא"כ בזה שהמוכר מעשיו גרמו לו שיוציאו ממנו השדה ולהך דערב דמי וגם נראה דאם בשעת המכר עדיין לא נפרע העכו"ם בודאי כגון שהוא תוך זמנו או שידוע לנו שלא הי' פרוע אז א"כ בשעת קבלת אחריות היה נכלל גם אם יבא העכו"ם ויטרוף א"כ מה שהלך זה הלוה ופרע בלא קבלת השטר הניח מעותיו על קרן צבי ואיהו דאפסיד אנפשי' ואחריות של זה הלוקח מחמת השטר הוא במקומו עומד וכפירה זו שכופר העכו"ם הפרעון הוא פסידא דמוכר שכופר המעות שנתן לו בפרעון ולא פסידא דלוקח וצ"ע בזה וכל זה בפרע לעכו"ם בודאי והעכו"ם כופר ושם לו עלילות דברים אבל באינו ידוע אם פרע ודאי דמסתבר לומר דלא פרע וכמש"ל בשם ראו"ת סימן צ"ג ס"ק י"ד דאנן סהדי שלא פרע כו':

והנה כבר כתבתי שדעת הרשב"א במי שמסר שטר פרוע לאחר וגבה בו פטור דהוי כשוכר עדי שקר ולדבריו צ"ע בהך דסימן נ"ח באמר לו שיקח השטר חייב דלמה יתחייב לא יהי' אלא כמו שלקח השטר מיד המלוה וחזר ומסרה לו בידים דפטור ובסי' אלף קלמ"ד הביא ב"י תשובת הרשב"א סי' אלף י"ו בשותף שאמר לחבירו שיפרע השטר ואני אתן לך השטר לזמן פלוני ואח"כ גבה המלוה שנית דצריך לפרוע כיון דעשה מעשה עכ"פ מחויב לשלם מדין ערב ולכאורה מ"ש משטר פרוע שמוסר לחבירו ודוחק לחלק כיון דבשעת מתן מעות ערב לו ובחזרת השטר הי"ל כערב בעד המעות שנותן עתה ומצאתי בכנה"ג שם שעמד בזה וכתב ליישב כעין שכתבתי ועכ"פ דברי הרשב"א

שהביא הב"י סי' שפ"ו צ"ע מהך דסימן נ"ח שהוא מהש"ס דכתובות והדברים מוכרחים בלי חולק ובדוחק יש ליישב וכעת אין פנאי מסכים עמדי:

והנה הרב המופלג החכם המשיב פלפל הרבה בזה מחמת שהעכו"ם מסר השטר ללוקח שטרף ממנו ע"פ המבואר בסי' שס"ט והאריך בדין הבא מכח עכו"ם ובאמת שכבר מבואר ענין כזה בשו"ת אא"ז מהר"ם מלובלין סי' כ"ב ע"ש אך שם נמסר השטר ליד ישראל במתנה מיד העכו"ם אך בנ"ד שמחמת שטרף ממנו הקרקע מסר לו השט"ח הדבר מבואר בש"ע סי' ק"ט סעיף ב' דאם לאחר שטרף מבקש מהמלוה שיתן לו כוחו מהשט"ח לא מהני ועיין בסי' קל"ד לענין ערב (ולענ"ד דאף שם דמחלק בין לוה ללוקח שלא באחריות ולפ"ז יש לצדד דלוקח באחריות דינו כערב דמעיקרו אדעתא דהכי נחית שיחזיר על הלוה מ"מ אין זה מוכרח כלל כיון שיש לו אחריות בשטרו לאו אדעתא דהכי נחית ופרע לו שימסור לו כח השטר אלא עיקר סמיכתו על האחריות שכתב בשטר מכר שלו וא"כ מצד כח השטר אין לו מקום לגבות וע"ש שדעת הב"ח והט"ז דאף ערב ללוקח דמי) ולכן לא קאתי למדה זו וקצרתי וכ"ז לפלפולא ולענין דינא נלענ"ד שהכל לפי ראות עיני הדיינים אם נראין הדברים שאין דרך העכו"ם הלז בכך לעכב שטר פרוע בידו ולחזור ולגבות בו שנית אין לנו להפסיד ללוקח זה שיש לו שטר באחריות אבל אם דרך העכו"ם הלז להעליל על נכסי יהודים אשר לא כדת אף ע"פ שצדדתי לחייב מטעם דיני דגרמי מ"מ בשביל שאנו מדמין לא נעש' מעש' להוציא ממון מיתומי' וגם אפשר דלא פשע רק שהעכו"ם אנסו ולא רצה להחזיר לו השטר ועיין בכה"ג סי' ק"ל גבי ערב שלא ביקש השטר במקום שדרך ליתן המעות תחלה ע"ש כו' ומ"ש בשטר המכר אם יבוא א' מישראל או א' מהעכו"ם אין הכרח כ"כ לפרש דבכל ענין נתחייב ושפיר טעין שלא נתחייב אלא באם יברר דבריו דיד בעהש"ט על התחתונה כמ"ש החכם המשיב נ"י וקצת צ"ע ביה כמש"ל ולקצר אני צריך ובנידון זה שמבואר בשטר המכר שהאיש והאשה קבלו עליהם אחריות המכר כנהוג שבמדינות אלו שכותבין וכן אמרו לנו הזוג כו' הביא החכם המשיב מדברי הב"ש סי' צ' שכתב דאחריות שבשטר לא קאי רק על האיש ולא על האשה הרי מסיים שם שאם מפורש בפי' כן מהני ובשטרות שנוהגין עכשיו מבואר בפי' אחריות על האשה כמו על האיש והרי העדים כותבין וכך אמר לנו הזוג והב"ש לא מיירי אלא שכתב שם סתם שנעשה באחריות באופן שאפשר לפרש דקאי על האיש לחוד וכן מבואר בט"ז שם דכיון שמפורש בשטר מכירה שקיבלו עליהם אחריות המכיר' וכל מי שמצוה לכתוב שטר דעתו על המנהג:

ואמנם שהט"ז הביא שם דברי הר"ן בשם הרשב"א בשטר מברחת שהכל לפי ראות עיני הדיינים שא"א לומר באשה שתדע בנוסח שטרות כו' והכל לפי ראות עיני הדיינים אם תתן מכתובתה לרצו' עכ"ל ולענ"ד אין הנדון דומה דהתם דמספק' מלתא שמא לא נתכוונה למתנה גמורה ובזה י"ל דאע"פ שכתב בשטר מתנה גמורה וחלוטה מ"מ היא לא ידעה מנוסח זה ולעולם דעתה להבריח משא"כ בקבלות אחריות שהוא ענין מחודש לגמרי וכיון שהנהגו הסופרים לכתוב זה והיא קבלה קנין וציותה לכתוב הרי קבלה עלי' כל מה שמנהג לכתוב ונתחייב' בזה וכן משמע בתשובות המכונות סי' ע"ז בענין הודאה בחתם ידו והשטר בגופן של עדים שאף אם יש עדים שחתם עד שלא קראו מ"מ מתחייב הוא עתה בכל מה שכתב בו כיון שלא חשש לקרותו וסמך על הסופר שכל הסומך על נאמנותו של אחריות הוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר מי שהאמין על עצמו והיינו טעמא דשליש כו' כ"ש הכא שסומך על אחריות אע"פ שאינו יודע מ"ש עליו הוא גומר בדעתו להתחייב באותו חיוב אע"פ שלא לוה מדר"י שאמר חייב אני לך מנה בשטר כו' ע"כ והביאו בש"ע סי' מ"ה ובסמ"ע שם ועיין בס"ק ס"א ואין זה דומה לשטר מברחת דהתם סתם ל' מתנה נמי היא מתנה גמורה רק מחמת אומדן דעת דסתמא כתבת להבריח ולכן היכא שאמרה בפירוש שיכתבו למתנה גמורה גלתה דעתה שכדברי' כן הוא משא"כ אם לא אמרה בפי' אין זה מעלה ומוריד מה שכתבו בלא דעתה דאף שאנו אומרין מסתמא מתחייבת עצמה בכל מה שיכתבו מ"מ החיוב אינו בלב שלם שלבה בל עמה רק להבריח ואי הוה ידעין דלהבריח מכוונה מה יושיענו זה שנכתב בשטר לשון מתנה גמורה וחלוטה ועיין ברשב"א שם מה שלמד מהא דמתנתא טמירתא דשם נמי למברחת דמי דאחר כוונת הלב הן הן הדברים ובנ"ד שהמנהג לכתוב בפירוש האחריות על שניהם הרי גומרת בדעתה להתחייב עצמה בכל מה שכתוב בשטר וכדברי הרשב"א בתשובה הנ"ל והובא כמה פעמים בפוסקים בקצרה ומכ"ש לפי המבואר בשטר המכר הנהוג עתה שהאיש והאשה נעשו ע"ק על האחריות ופשיט' שא"א לומר שזה רק שופרא דשטרא ופשיט' דחוב גמור הוא והושוה אשה לאיש לכל מילי ומכ"ש לענין שהלוקח קודם לגבות מן הנכסים טרם תיטול האשה כתובתה כמ"ש הרב המשיב בשם מחותני הגאון החסיד ז"ל בספר הכתובה למה שנוהגין עתה בקנין אשה והדר בעלה אע"פ שא"צ לזה כשקיבלה אחריות כמ"ש הב"ש פשיטא שהוא רק לרווחא דמלתא ומדינא באמת לא צריך ובסימן ע"א לענין נאמנות כתב בש"ע דאם מנהג פשוט לכתוב כן בשטרות אמרי' שכל המקבל קנין הוא על צד המנהג ועיין באו"ת אך בנ"ד מסתבר דאין לתלות הכתיבה בשופרא דשטרא דא"כ מיחזי כשקרא שהעדים כותבין וכך אמרו

לנו הזוג ובאמת שהאשה לא אמרה וגם אין רצונה בכך ואין לך שקר גדול יותר מזה אלא ודאי כיון שמצוים לכתוב ע"ד המנהג ה"ז כאמרו בפירוש והקונה קונה ע"ד זה ועיין בשו"ת הרשב"א שהביא הב"י סי' ע"ב וסימן שט"ו שכתב ואל תאמר שלא נכתב התנאי לתוספת ענין אלא לשופר' דשטרא אלא היא דכל היכא דאיכא למילף מן התנאי ילפינן ע"כ ולתשובה זו רמז ג"כ הב"י ס"ס ס"א וכעת אין הפנאי מסכים עמי לחפש בדברי אחרונים בענין זה ובאמת מ"ש הב"ש כיון דכתב בקנין אשה והדר בעלה מוכח דאחריות לא קאי על האשה הוא צ"ע לענ"ד דאטו בשביל דעביד מלתא יתירתא לקבל קנין מן האשה תחלה נוציא לשון השטר מפשוטו ועיין בשו"ת מהר"א ששון כשכתוב בסוף השטר אחריות אע"פ שהאחריות אינו מפורש בה רק ואחריות כו' על כ"ז מפשט השטר משמע שאף היא קבלה אחריות כו' ע"ש ואע"ג דהתם מיירי שהי' כתוב האיש תחלה מ"מ בזה שכתב האש' תחלה אינו מוציא מידי פשוטותו ומה בכך דעבד מלתא יתירתא ואדרב' י"ל דכיון שהיא מכרה תחלה ללוקח מכרה לו באחריות ככל מכירו' דעלמ' ומכ"ש בשטרות שלנו שהשטר הכל על שם שניהם והאחריות מפורש על שם שניהם אמנם מימי תמהתי על נוסח השטר מכירה שכותבין שמכרנו אנחנו הזוג כו' דמה כח יפה במכירה זו והרי אין לה שום חלק ונחל' בגוף הקרקע רק שיש לה שעבוד כתובה והרי אפי' זבין מלוה לאו כלום הוא ואע"ג דאמרינן לקח מן האשה היינו שלקח ממנה תחלה הזכות שיש לה ושעבודה על הקרקע זו כמבואר ברמב"ם פ"ז ה' י"ז מהל' אישות אבל אם קנו מיד האשה תחלה שאין לה שיעבוד על מקום ואח"כ מכר הבעל כו' והביאו בב"ה סימן צ' וכתב שם דהאי לקח מן האשה לא מכרה לו היא אלא לסילוק שעבודה קרי לקח מן האשה כו' אבל התוס' בכתובות ובדוכתי טובא כתבו בחד תירוצ' לחלק בין הך דגיטין דקאמר עד שתכתב לו שטר ובין הך דכתב לראשון ולא חתמה כו' דבגיטין מיירי שכותבת שהיא עצמה מכרה ללקוחות והך דחתמה לו היינו שמוחלת השיעבוד שיש לה על הקרקע זו כו' הרי מבואר דשייך גב' מכירה בקרקעות של בעלה ועדיין צ"ע דאפשר דזה שייך בנצ"ב כיון דעכ"פ מיוחד לה ואע"ג דמכירת' בנצ"ב לאו כלום הוא מ"מ כשנתרצה הבעל מהני אבל עכשיו שנוהגין לכתוב כן בכל שטרי מכר אף אם הבעל מוכר קרקע שלו שלא היה לה תפיסת יד מעולם ואין לה ע"ז רק שיעבוד א"כ לשון זה שהיא מוכרת ואין לו מובן כלל:

מצאתי בספר כתובה סי' צ' ס"ק ל"ז שכתב ג"כ דבשדה של בעלה אינה יכולה למכור בשטר בפ"ע דהא זבין מלוה אינו כלום דהא קי"ל מכאן ולהבא גובה וכדי ליישב המנהג שכותבין בשם האשה לשון מכירה צ"ל שהכוונה היא שמוכר' הזכות שיש לה על אותה

קרקע משיעבוד כתובתה וכן המנהג וכל המכירות שהאשה לוקחת דבר מה חוץ מדמי המכר שפסקו ביניהם והיינו מכירת שיעבוד כתובתה וא"כ אפשר דגם מ"ש בשטר שהיא מקבלת אחריות היינו על מכירתה שמוכרת שיעבודה ואם יבוא לוקח שלקח שטר כתובתה לטרוף מכחה היא מחויבת לפצות וע"ש בטור בשם תשובת הרא"ש וכ"כ בספר כתובה דלענין זה מהני האחריות אבל עדיין קשה הדבר לאמרו שלכתחלה יכתבו העדים שטר בלשון זה שמשמעותו שהי' מחצה השדה של האשה ממש ומוכרת אותה והיא שקר וצריך לפרשו על צד הדוחק שהכוונה על מכירת השיעבוד ואף דבכתובות גבי הא דאיבעי לן אי מעלין משטרות ליוחסין כתבו הפוסקים דבמילי דאמר לוה להו משמי' לא דייקי ע"ש בר"ן בשם הרא"ה מ"מ עכ"פ אין להם להפוך הקערה על פיה בחנם אשר לא ציותה אותם ולא עלה על לבה וגם דודאי נ"מ טובא אם הקרקע שלה ומוכרת אותה או לא ויותר נלענ"ד דהכוונה בשטר למכירה גמורה והוא ע"פ לשון הרמב"ם פ' י' הלכה ל' מהל' מכירה שכתב וכן העבד שקנה או מכר כו' יד האדון על העליונה אם ירצה לקיים מעשיו הרי אלו קיימין כו' ובדברים בלבד היא שמקיים אותם או מבטל אותם וא"צ לקנות ממנו כלום וכן האשה שמכרה או נתנה במתנה בין בנכסי בעלה ובין בנצ"ב שהכניסה לו בין בדבר שייחד לה בכתובתה בין בנכסי מלוג בין מקרקעות ובין מטלטלין כו' יד הבעל על העליונה ואם רצה לקיים יקיים ואם רצה לבטל יבטל הכל עכ"ל וכתב ה"ה דעת המחבר שדין העבד והאשה כשעושין מעשה ע"י עצמן לאחרי' שביד אחרים לקיים או לבטל כו' ולדברים אלו רמז הב"ש סי' צ' ס"ק ע"ש ולפי"ז א"ש נוסח שטרות שלנו דשייך לשון מכירה גם על האשה אלא שהבעל יכול לבטל וכיון שלא ביטל אלא קיימו הרי מכירתה מכירה וגם י"ל כיון דסתם נשים שלנו הם נושאת ונותנת בתוך הבית כמבואר בח"מ סי' צ"ב ואף שי"ל שזה תלוי במה שדרכה להתעסק שאם אין דרכה להתעסק הרבה אין מעשי' קיימין בסך מרובה ומכירה בעסק גדול כזה למכור קרקע דנראה דלא מהני בזה מה שנושאת ונותנת בתוך הבית מ"מ היינו דוקא שיהי' מעשי' קיימין אף שבא הבעל ומיחה אבל אם נתרצה הבעל למעשיה בכל גווני מהני וכמ"ש הש"ך בסי' צ"ו דאף רבינו מאיר מודה בהא דדוקא למחו' יכול הבעל דנהי דנושא' ונותנ' מ"מ כשאין לו תועלת יכול לבטל אבל אם שתק ולא מיחה אמרינן דמסתמא הסכים למעשיה ונהנה מן הממון כו' עכ"ל ומ"מ י"ל כיון דעל עסק כזה לא מהני מה שהיא נושאת ונותנת א"כ אין דינה כשליח ואין כאן התחלת מכירה כלל ומ"מ מדברי הרמב"ם נראה דמהני מכירת האשה בכל גווני ואין חילוק בין נו"נ או לא אלא אם הסכים הבעל אח"כ אפי' בדברים בעלמא מהני וכמו גבי עבד ואף שדברי הרמב"ם הללו גבי אשה

ועבד לא ידענו מקורו ומוצאו ומפרשי דבריו לא הערו מקורו וה"ה שם כתב שלא מצא מבואר מ"מ אין חולק על דבריו ושפתיו ברור מללו דאפי' בנכסי בעלה ובקרקע יד הבעל על העליונה אם רוצה לקיים יקיים כו' מ"מ דבר ברור הוא דאף להרמב"ם אין מכירה זו מצד כח האשה רק דהוה כשליח הבעל בזה וא"כ מצד הדין אין אחריות עליו כדין שליח המוכר שהאחריות אינו רק על נכסי המוכר וכדאמרינן בכתובות דף ך' ארמלתא דזבין אחריותא איתמי ופירושו לפי שהאלמנה אינו רק כמו שליח היתומים ואע"ג דאמרינן שם אחריות דנפשה קבילת עלה היינו דאיהי לא תטרוף לכתובה ההיא קרקע גופא שמכרה למזונות אבל מ"מ אין בכלל זה שתתחייב לפצות הלוקח ממה שתגב' לכתובתה מקרקע אחרת אבל מ"מ צ"ע כיון דבשטר המכר מפורש בהדי' האחריות על שניהם לפצות הלוקח וגם כתב שם שהם ע"ק זל"ז א"כ הרי היא מחוייב' לפצות מדין ערב ועיין בשו"ת מהרי"ל דלכ"ע אם נו"נ בבית ובא לידה חייב מדין ערב לפי"ז אפי' אם הוא מוקד' ויש קרקע חייב' לשלם עכ"ל וא"כ בנ"ד נהי דנימא שלא בא מעות המכר לידה מ"מ הרי נתחייבה בהדי' בשטר זה להיות ע"ק בעד הבעל ומחוייבת לשלם אם לא שנאמר שגם מה שנכתב שהם ע"ק ה לזה ג"כ אינו רק שופרי' דשטרא ואין דנין עליו וצ"ע גדול בזה נראה שיש לחפוש ולחקור אחר המנהג בזה כי לא שמענו להוציא מיד האשה לפצות הלוקח ואע"ג דלא שמענו ולא ראינו אינו ראי' בזה דלא שכיח ואפשר דאי הוי מתרמי הי' גובין לו מן האשה מ"מ מאחר שהט"ז מפקפק בזה לפי שאפשר שיכתוב בלא דעתה ואף שכתבתי לעיל שיש לחלק בין ההיא להא דמברחתא מ"מ דעת הש"ך גם לענין נאמנות דבעינן שהבע"ד ידע המנהג וציוה לכתוב א"כ אפשר שכך הוקבע המנהג שלא לשאול האשה ומה שכותבין בשטר אחריות על שניהם וגם שהם ע"ק זל"ז הכל לא ניתן לכתוב כ א לשופרא דשטרא וצ"ע:

ומ"ש הרב המשיב נ"י לענין הריבית דאף אם הי' שטר בעדים אינו גובה ממשועבדים אע"ג דבסי' ק"ד סעיף ט"ו כתב דגובה היינו בלוה לזמן אבל אין סברא לומר שיגבה כל הריבית שיעלה לעולם דא"כ אינם קצובי' ולא דמי למזונות הבת שהתחייב על ה' שנים ע"כ והנה מקור הדברים בסי' ק"ד הוא מתשובת הרשב"א בב"י שם ושם כתב וז"ל והטענה שאמרתי דאי בעי לסלוקי כו' נמי שמעינן דליתא דהתם נמי מצי לסלוקי שיעבודא אם כתב לה כל זמן שאת עמי כו' ע"ש א"כ משמע דאף בכתב כל זמן שאת עמי נמי גובה ממשועבדים ולפי מ"ש התוס' בכתובות ד"נ דהא דמזון הבעל אע"פ שיש קצבה למעלה עד שיבגרו מ"מ אין קצבה למטה וא"כ בכתוב לזונה ה' שנים כל זמן שאת עמי נמי לא גבי ממשועבדים דהא אין קצבה למטה אך ראיתי בספר כתובה שעמד

בזה ודחי דהסוגיא התם דבעי לפרושי דכותבין אף לגבות ממשעבדי, אזלי למ"ד לפי שאין כתובין:

אמנם בנ"ד נראה לכאורה לפי מ"ש הרשב"א הביאו ב"י סימן ס' במחייב לתת לחבירו מנה כל ימי היותו סופר כו' נקרא קצוב שהרי קצץ עיקר מה שהוא מתחייב אע"פ שקצבה כו' ע"ש והך דריבית נמי הרי הריבית עצמן קצובין הם שהרי קצץ עיקר מה שהוא מתחייב ואע"פ שהרמ"א כתב או שלא נתן קצבה לשנים וצ"ע לדינא אך בלא"ה צ"ע לענ"ד מה שנראה מדברי הרשב"א דהריבית שעלה הוי ככתוב בשטר לגבות ממשועבדים שהרי הרשב"א גופא בתשובות המכונות כתב דכל שלוה ק' בק"ך לשנה אע"פ שנתחייב עכשיו בק"ך אין אומרין דמשע' כתיבת השטר זכה בכל העשרים וזמן הוא שהרויח לו עד סוף שנה אלא ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף ויום יום מרויח לפי חשבון ומכאן נסתפק לי' ריבית הכתוב בשטר אם אפשר לזכותו במכר או במתנה כלל לפי שהוא כמלוה ע"פ לפי שלא נתחייב כולו בעת כתיבת השטר ודקדקתי מהאי דיש נוחלין בכור נוטל פי שנים במלוה ולא בריבית אליבא דרבנן כו' ע"ש הרי מבואר דריבית דינו כמלוה ע"פ א"כ פשיטא שאין לו לטרוף ממשועבדים ומבע"ח מאוחר א"כ דברי הרשב"א סותרין זא"ז ועיין ח"מ סי' ס"ו בש"ך ס"ק ק"ז שהרשב"א כתב דמוחל לכותי צריך לשלם גם הריבית והש"ך הקשה ממ"ש הרשב"א בתשובה הנ"ל דמספק' לי' אם יכול למכור הריבית ואם אינו נמכר אינו חייב לשלם ע"ש וא"ל דהך תשובה דסימן רכ"ג הוא מתשובת הרמב"ן כמבואר בב"י ביורה דעה סי' ק"ע לענין ע"ק לעכו"ם שכתוב זו דהרשב"א הוא ע"ש:

אך מ"ש הרשב"א ראי' מפ' יש נוחלין והש"ך כתב שהוא ראיה נכונה לענ"ד צ"ע די"ל אע"ג דודאי החוב מתחיל מיד שמתחייב כל הריבית שמעלה אח"כ מ"מ שפיר מיקרי ראוי לענין בכור דהא מ"מ אינו בעין בהאי שעתא אלא הולך ומתרבה דבר יום ביומו וכ"כ הר"י מיגש שם דאע"ג דהאי קיימו ברשותו מחיים וכמאן דגבי דמי כיון דהאי ריבית דהיינו שבחא דילי' לא מטו ברשותיה מחיים לא שקיל פי שנים ועיין עוד דאפי' ריבית שעלה בחיי אב נמי לא שקיל דהנ"מ בקרן גופא דפרע לי' ממונא דשקיל אבל בריבית דכי פרע שבחא בעלמא הוא דפרע לי' כו' ע"ש:

ואמנם לפי"ז הי' אפשר לומר מה"ט גופא אין יכול למכור הריבית דהו"ל כמו שבח דהוא דשלב"ל ואע"פ שהחיוב חל עליו מיד כמו מזונות שיכול להתחייב בהן מיד אך מ"מ מ"ש שם בתשו' המכונות שהוא כמע"פ א"כ מה"ט נראה שאין לגבות ממשועבדים וכן נראה לפי מ"ש הש"ך דמשמע מהרשב"א דאפילו הריבית שכבר עלה אינו יכול למכור

לפי"ז צ"ל הא דבמזונות גובה ממשעבדי דהתם עיקר חיוב השטר ע"ז והוי כמחייב א"ע שיתן לחבירו כך וכך אחר שנה או שנתים ולמה יגרע מה שמתחייב יום יום אבל גבי ריבית כיון שאין עיקר השטר על הריבית אלא על הקרן אלא שנתחייב לתת לו ריבית ממלוה זו אין להריבית דין מלוה בשטר כ"א מלוה ע"פ וכמבואר מפשיטות לשון הרשב"א סי' רכ"ג הל' וצ"ע ולהיות כי הענין גדול ורחב ידים ואם באנו לכתוב אין אנו מספיקין ולא מפסיקים ומטרדתי בענינים שונים כתבתי הדברים בהפסקות משמשות איני תוקע מסמורים להלכה למעשה רק כתבתי הדברים אשר היו על לבבי בהשקפה ראשונה לפצות הרב השואל ויש להראות פני' לכל צד ואשר יבחרו דייני ישראל הוא הדבר ואלקי' נצב בעדת אל:

דברי זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד הלכות טוען ונטען וגביית חוב

שאלה ז

בדבר המשפט שא' תבע לחבירו בשטר שבידו וזה טוען השבע לי שלא פרעתיך וטען המלוה ואמר הבא מעות ואשבע לך ואמר אין לי מעות רק קרקע ואני מעמיד לך הקרקע באפותקי שתגבה ממנה לכשתשבע וזה אומר איני רוצה בקרקע ואמתין לך עד שתביא מעות וזה טוען איני רוצה שתמתין כי זיילי נכסאי ואם תרצה לשבע תיכף ליטול הקרקע מוטב ואם לאו פטור אותי מתביעתך וכן הוא האמת דזילי נכסי' לפי ראות עיני הב"ד וגם כי הלוה שרוי בלא אשה ועי"ז שיש עליו קול שהוא חייב לזה אינו מוציא ליקח והדבר מבואר בכנה"ג סי' ק"ד דגם בכה"ג מיקרי זילי נכסי' ויורינו רבינו הדין עם מי ושכמ"ה: תשובה לענ"ד יש בזה הפרש בין אם יש בשטר נאמנות או לא ומתחלה אבאר בשטר שאין בו נאמנות איך דינו:

והנה בש"ס דשבועות דף מ"א אמרינן אמר ר"פ האי מאן דמפיק שטרא אחברי' וא"ל שטרא פרוע הוא אמרינן לי' לאו כל כמינך זיל שלים ואי אמר אישתבע לי דלא פרעתיך אמרינן זיל אישתבע ולכאורה י"ל דפירושו דמשתבע לי' אחר שמשלם לו. אבל באמת ז"א דודאי צריך לישבע קודם שישלם שהרי היא שבועה בנק"ח ואם נאמר שישלם תחילה אין לו רק היסת דלאחר הפרעון אין לו לישבע רק היסת וזה מבואר ממה שהקשה בש"ס וכי מה בין זה לפוגם שטרו אלמא דהך שבועה ושבועות פוגם חד מילתא הוא וליכא בינייהו אלא צריך למטען ובפוגם הוא איתא שהוא מן הנשבעין ונוטלין והיינו שצריך לישבע כדי ליטול:

איברא דהרמב"ם פי"ד מהל' מלוה והעתיקו בש"ע סי' פ"ב וז"ל מי שטען שפרע השטר ואמר ישבע לי המלוה ויטול אומרי' לו הבא מעותיך ואח"כ ישבע ויטול ואם טען שאין לו כו' ולא נמצא מקור לזה בש"ס רק ה"ה כ' זה נראה פשוט בטעמו דלמה נשביע המלוה על חנם ויש קצת סעד לזה ממה שאמרו פ' הכותב כתובו לי זכותא כו' ויש לדחות ראי' זו עכ"ל ובאמת שראי' זו אינה ראיה כמבואר למעיין שם בהדי' ובמגדול עוז כתב שהוא מהוראת הגאונים ז"ל והוא אמת כמש"ל ומ"מ מ"ש ה"ה שהטעם פשוט אני נבוך בזה דכל כמה שלא טען הלוה אין לי מה"ת נחוש לזה דילמא הוא גברא דלית לי' שנצריכו להשליש מעות ומכ"ש לפמ"ש הש"ך דאף משכון שמא לא מהני וצריך מעות דוקא ובאמת אין טעם לדבר זה ופשטות הש"ס בכל הנשבעין ונוטלין משמע שאין שואלין הלוה כלל אם יש לו לשלם אלא פוסקין שבוע' על התובע בסתם ואח"כ יגבה ממה שימצא ואם הנתבע אין לו קרקעות והתובע מתירא פן יבריח זה הכל ולא ימצא מה לגבות ואינו רוצה לישבע עתה עד שימצא מקום לגבות מה איכפת לנו בכך והרמב"ם גופיה בתחלת הפרק שם כתב הפוגם שטרו כו' ואומרים לו כשיתבע השבע ואח"כ תיטול ושם דין ב' כתב טוען הלוה ואמר ישבע לי שלא פרעתי ויטול משביעינן אותו בנק"ח שלא פרע כו' ואח"כ יטול וע"כ צריך לפרש דמ"מ צריך להזמין המעות לפני ב"ד אלא שמ"מ אינו נשבע ונוטל עד שישבע וכן נוהגין עתה והיינו שכתב ואח"כ יטול ומ"מ משמעות לשונו שא"צ להזמין המעות כלל והסמ"ע סי' ע"ב הרגיש בזה ודעתי דהא דמשמע מהרמב"ם שאומרים לו הבא מעות והיינו שטוענין לו הב"ד היינו היכא שהלוה תובע המלוה שטר פרוע יש לי בידך כו' אבל היכא שהמלוה תובע את הלוה אי לא טען לא טענינן ליה וכ"כ בפרישה בביאור יותר וכתב שקצת משמע כן ברמב"ם שכתב בתחלת הפרק כשטוענין המלוה לא כתב האי דינא אלא בסוף הפרק דלא איירי בטענת המלוה כו' ולולי דמסתפינא הוי אמינא דודאי דברי הסמ"ע נכונים דהכא בטענת הלוה מיירי שטוען שטר פרוע יש לי בידך החזירהו לי או תשבע ותטול ולכך אומרים לו הבא מעות אבל מאי דמשמע מדבריו ואם המלוה תובע אין טוענין לו אבל אם טען המלוה יביא מעות הדין עמו לא משמע דכל כה"ג לא הו"ל לסתום אלא לפרש שאם טען המלוה הבא מעות שומעין לו ומשמע דכל שהמלוה תובע צריך לישבע מקודם ואח"כ יטול ואם יטעון הלוה שאין לו באמת צריך לישבע מתקנת הגאוני' ובאמת דעת הטור להדיא שאם טען המלוה שיביא המעות לפני ב"ד שומעין לו:

אך מהרמב"ם לא משמע מידי לפי מ"ש הסמ"ע דמיירי בטענת הלוה ואז טוענין לו ג"כ ולדבריו א"ש נמי מ"ש הרמב"ם שאם טוען הלוה שאין לו ישבע תחל' הלוה מתקנת

הגאונים והט"ז תמה בזה דלמה ישבע הלוה תחילה בחנם דשמא לא ישבע המלוה שמגיע לו ממנו יעו"ש ולפמ"ש א"ש כיון שהלוה רוצה שהמלוה יחזיר לו שטרו אם לא ישבע אז צריך או שיניח המעות בב"ד או שישבע שאין לו ואח"כ בע"כ מוכרח המלוה או לישבע או להחזיר השטר וזהו נראה ג"כ מל' הרמב"ם שכתב משביעינן אותו כתקנת הגאונים שאין לו ולכשתשיג ידו יתן לבע"ח וישביעו שלא פרע ואח"כ יתן לו ולכאורה קשה דה"ל לכתוב ולכשתשיג ידו יביא מעותיו וישביעו:

ועיין בטור שכ' בשם הרמב"ם וכשתשיג ידו ויתן לבע"ח ישבע ואח"כ יתן והלשון מגומגם ונראה שצ"ל ליתן לבע"ח וכן הועתק לשון הרמב"ם בס' התרומות שער ב' ועיין בדרישה מ"ש בזה ודבריו צ"ע ולענ"ד נראה שהטור וסה"ת מפרשים דלהך ולכשתשיג ידו דינא קאמר דלכשתשיג ידו ליתן לו דהיינו שיביא בב"ד ואח"כ יתן ובאמת אין לשון הרמב"ם מורה ע"ז אלא כוונתו שזהו נוסח בשבועה מתקנת הגאונים שאין לו ולכשתשיג ידו יתן כמבואר בפ"ב מהל' מלוה והיינו לישנא דיתן לבע"ח דאילו לפמ"ש שנראה מהטור הו"ל למימר יתן לו לשון נוכח וגם דלא הו"ל למימר יתן אלא יביא המעות לבד א"ו כמ"ש שזהו מל' השבועה ולכך קאמר סתמא יתן לבע"ח שאין נשבע לנוכח שנתן לו שהרי כיון שעדיין לא נשבע המלוה י"ל שאין מגיע לו כלום וא"כ קשה למה לא ביאר שצריך להביא המעות קודם שישביעו וא"ל דכיון דכבר נשבע שאם תשיג ידו ליתן לו שוב א"צ להביא המעות בב"ד דמה בכך שמא יתוזל בו הלוה ויניחנו לישבע ואח"כ יאמר לו שאין לו אלא ע"כ דל"ח להכי דדוקא קודם שבועה שאין לו חיישינן דשמא אחר שישבע המלוה ישמט ממנו ונמצא שבועתו לבטלה משא"כ אחר שכבר נשבע שאין לו ולכשיהי' לו יתן לו א"כ שפיר יכול הלוה להשביעו למלוה שאינו מעכב שטרו בחנם. ומ"ש הרמב"ם וישביעו שלא פרעו היינו ששוב הלוה יכול להשביעו בכל עת שירצה ואם לאו מוכרח לו להחזיר השטר ומ"ש ואח"כ יתן פירושו לכשיהא לו יתן ובלא"ה צריך לפרש כן לשון הרמב"ם לפי מ"ש דהך דולכשתשיג ידו אינו רק מל' השבועה וא"כ מ"ש ואח"כ יתן ע"כ פירושו דאח"כ לכשתשיג ידו יתן אבל השבועה יכול להשביעו תיכף אחר שנשבע שאין לו אבל קודם שנשבע אינו יכול להכריח למלוה שישבע על שטרו כיון שהמלוה שותק ואינו רוצה לתבוע לו רק הוא תובע למלוה שיחזיר לו השטר שפיר צריך ליתן המעות או לישבע משא"כ היכא שהמלוה תובע גם הרמב"ם מודה שצריך המלוה לישבע שלא פרע ואח"כ יתן לו הלוה או ישבע שאין לו ולכשתשיג ידו יתן לו וכן הדין בשאר נשבעין ונוטלין:

ובהכי א"ש מ"ש הטור שהרמב"ם חולק עם הגאונים שכתבו שאין אחד מהם נשבע כו' אלא אם רצה התובע נשבע אם נתן לו מוטב כו' והוא מדברי בעה"ת בשם תשובה לקמאי והוא בתשובת הרי"ף סי' וכ"כ בפסקי מהר"ם רקנטי בשמו וכ"כ בבעל העיטור בשמו סוף דין מלוה ע"פ בדף ס"ח בשם תשובת הרי"ף ולכאורה הוא רחוק שהרמב"ם יחלק על הרי"ף וגם בבעה"ת נראה שהרמב"ם חולק עם תשובה זו ולפמ"ש י"ל דהתם דמיירי שכ"א תובע לחבירו שזה רוצה ממונו וזה רוצה שיחזיר שטרו וכנרא' מלשונו שכ' שהנתבע אינו חייב כו' והתובע אינו חייב כו' ועיין בפרישה שפי' שר"ל שהלוה תובע ג"כ החזיר לי שטרי שלא תתפס או דלא ליפשי שטרי חנם ועכ"פ מיירי שגם המלוה תובע לכך קאמר אין אחד מהם נשבע ר"ל שאין אחד יכול להכריח לחבירו בע"כ שישבע אלא אם התובע רוצה ישבע. והרמב"ם לא הוצרך לכתוב האי דינא דודאי מילתא דפשיטא הוא שאם התובע רוצה לישבע ולהשביע הלוה אח"כ רשות בידו רק כ' דין מחודש שאם הנתבע רוצה יכול להכריח למלוה ג"כ כגון שישבע הוא תחלה שאין לו ואח"כ התובע חייב לישבע או להחזיר השטר ואפשר שגם הרי"ף מודה בזה ואע"פ שבלשון הרי"ף איתא והתובע אינו חייב שבועה עד שיהא ממונו מזומן היינו כל כמה שלא נשבע שאין לו אבל כל שזה נשבע שאין לו מה לו לעשות עוד ואף ע"פ כן הוא חפץ שלא יהיה לזה שטר עליו שעי"ז ב"א נמנעין לישא וליתן עמו וכה"ג טובי והא דלא נקט הרי"ף בהך גווני משום דלא שכיח שהלו' יכוף להמלוה שיקבל שבועתו שאין לו בכדי להכריחו שישבע או יחזיר שטרו אבל אה"נ אם מתרמי שהלוה דוחק המלוה ע"ז ורוצה לישבע תחלה שומעין לו:

ועכ"פ מ"ש הטור וצריך להכין המעות קודם שבועה אינו מוכרח מהרמב"ם וגם בתשובת רב אלפס שכ' והתובע אינו חייב עד שיהא ממונו מזומן לא מוכח מידי כמ"ש דשם מיירי שהנתבע אינו יכול לכוף להתובע לישבע כיון שאין ממונו מזומן והיינו לישנא דהתובע אינו חייב כו' וכמ"ש בפרישה וגם כי בתשוב' רב אלפס גופיה בסימן אין זה רק בלשון השואל אך דמשמע שם דמיירי שכבר אמר הנתבע שאין לו מה ליתן ולכך קאמר התובע אינו חייב כו' וה"ל למימר שאינו רוצה ואדרבה מתשובות הרי"ף הלזו מבואר להדיא להיפך שהרי כ' שהנתבע אינו חייב עד שישבע התובע וכ"כ הרי"ף באמת שאינו יכול לכוף לנתבע לישבע אלא אם רצה התובע נשבע כו' הרי מבואר להדיא שאין ביד התובע להכריח לנתבע שיתן לו מעות קודם השבועה ובאמת ה"ט דהרמב"ם שכ' שצריך זה לישבע תחלה שאין לו לפמ"ש תחלה שאומרים לו הבא מעותיו א"כ מוכרח הוא לישבע אלא שכבר כתבתי שנראה דמיירי כשהלוה תובע אבל כשהמלוה תובע שא"צ להזמין

המעות כלל וכמו שנראה מהרי"ף שהנתבע אינו חייב כלום עד שישבע התובע ומ"ש והתובע אינו חייב עד שיהא ממונו מזומן כבר כתבתי לעיל בזה ובבעל העיטור ראיתי שכ' עד שיהא ממון לזה והאי לישנא א"ש בפשיטות דר"ל שכל כמה שזה אמר שאין לו למה ישבע לבטלה אבל אם אינו אומר כן מה"ת נאמר שהמלו' יכול להכריח שיביא מעות קודם השבועה ומצאתי בתשובת הגאוני' סימן ש"ב דאיתא שאלה מי שנתחייב לחבירו שבועה וחבירו אמר הבא מעות בעין ואח"כ אשבע. תשובה יביא ממונו ואח"כ ישים אותם לפני ב"ד ואח"כ ישבע דילמא אישתבעי ליה לבתר הכי לא יהיב ליה ולא מידי עכ"ל:

ונראה שמכאן הוציא הרמב"ם דינו בזה אלא שהוסיף דטענינן ליה הכי וגם שם משמעות הלשון שהנתבע תובע שישבע ויטול כמבואר מלשון מי שנתחייב כו' וגם י"ל דהא דהתם קודם התקנה הוי שתיקנו הגאונים לישבע ולכן יש שאחר שישבע יטעון זה אין לי וילך בפחי נפש משא"כ אחר שתיקנו שבועה ע"ז אין לנו לחוש ע"ז שהרי אם יטעון אין לי יצטרך לישבע ולשמא באמת אין לו ל"ח דא"כ לא היה משמיט עצמו בטענות אחרים פרוע וכדומה שלדברי התובע הוא שקר אלא היה טוען האמת שאין לו ואע"ג דשם איתא דילמא אשתבעי ליה לבתר הכי כו' נלענ"ד שיש כאן ט"ס וצ"ל דילמא אישתבעי ליה ולבתר הכי כו' ור"ל שמא ישבע לחנם שאחר שישבע ג"כ לא יתן לו שיטעון אין לי ואפשר כוונתו דאף בלא טענת אין לי מ"מ יש לחוש שישמט עצמו ולא ייציית דינא ולכך צריך להביא הממון בב"ד קודם השבועה ומ"מ אין זה מוכרח:

אך דלכאורה משמע הכי מתשובת הרא"ש הלזו דצריך שיהיה מעותיו מזומנים בידו ולענ"ד יש מקום לחלק דגבי הלוואה כיון דקי"ל שאם הלוה מבקש זמן שיפרע נותנין לו למ"ד יום או יותר לפי ראות עיני הב"ד כמבואר בסימן ק' וא"כ אינו יכול לכפות ללוה שיזמין מעות לפני ב"ד ואף אם נקבע לו זמן למ"ד יום מ"מ זה יכול לטעון מה לי לדחוק עצמי להמציא מעות שאני יודע שהאמת אתי וקרוב שלא ישבע ואם ישבע בנפשו הוא נשבע כי שקר הוא משא"כ כשתובע לו שנשאר בידו מעות מעסק שותפות שביניהם וי"ל דבכה"ג אין קובעין לו זמן כלל וצריך לשלם לו תיכף אם יודה ואפי' תימה דגם בכה"ג כהלוואה דמי ומהני קביעות זמן מ"מ התם היה נראה שזה רוצה להשמט שהרי הוא טוען שאחר שתשבע שלא רציתי אותך אז אדון עמך אח"כ שאני אומר דלא טעות עמי כלל וע"ז השיב הרא"ש שהדין עם ראובן דאיך ישבע זה שבועה לבטלה ר"ל שאח"כ יטעון שלא טעה ע"ש בב"ח הגירסא בתשובות ולפיכך הצריכו הרא"ש שיתן משכון דכל היכא שנראה לדיין שרוצה להשמט ממנו צריך להעמיד ערב כמבואר בטור סימן

ק' ואפ"ה דהרא"ש בזה קאי בשיטות הטור סימן פ"ב לענין נשבע ונוטל בשטר שצריך להזמין המעות וה"ה בנשבע ונוטל לענין היפוך מ"מ מתשובת הרי"ף הנ"ל משמע דאין הנתבע חייב כלום עד שישבע זה התובע שמגיע לו:

והנה בש"ע בס"ק י"ג כתב ג"כ שאין מחלוקת בין הרי"ף והרמב"ם דהרי"ף מיירי בשאר נשבעין ונוטלין כגון נגזל ונחבל וחנוני על פנקסו שמן הדין שאף בשבועה לא יטלו כו' (והנה מה שכלל חנוני על פנקסו צ"ע לפי שיטתו ס"ס צ"ב שמסכים לדברי בעל המאור בזה דחנוני על פנקסו מדינא היה נוטל בלי שבועה) ובאמת לשון הרי"ף לא משמע הכי שהרי השואל שאל לו בסתם מי שהוא מהנשבעין ונוטלין כו' וע"ז השיב לו שאין א' מהם נשבע ואם איתא דס"ל לחלק בין נשבע ונוטל בשטר כל כה"ג הו"ל לפרושי. וגם מ"ש דכה"ג מחלקינן בסימן צ"ב כו' הנה דעת הרי"ף והרמב"ם גופייהו שם במשנה שאין לחלק בכך ואין התובע החשוד נוטל בלא שבועה וא"כ אדרבא משם ראיה דהא חזינן שהתובע מפסיד זכותו לגמרי לפי שאינו נשבע וא"כ ה"ה הכא כ"ז שלא נשבע אין תביעתו תביעה כלל להשביע ללוה בתורת חיוב ואע"פ דהתם לאו סמי' בידיה שא"א לו לישבע כלל משא"כ בזה שבידו לשבע מ"מ הנתבע צועק למה אשבע בחנם כל כמה שלא נשבע הוא שאני חייב לו ושמא לא ישבע אח"כ כלל ומכ"ש בזה שברור הוא שאחר שישבע הלוה שאין לו לא ישבע המלוה כלל דלמה ישבע בחנם שאף אם יהיה ראוי ליטול אין לו א"כ למה נשבע הלוה עתה ואף שי"ל שאנו חוששין דאשתמוטי הוא דקא משתמיט וטוען שא"ל כדי לדחות המלוה משבועתו מ"מ נראה דבכה"ג בק"ח בלבד סגי ובאמת הטעם שכ' הש"ך בשאר נשבעין ונוטלין כיון מדינא אף בשבועה לא יטלו רק מתקנה וכיון שזה טוען אין לי ג"כ אין מחויב לשבע רק מתקנה לכך אין א' נשבע כו' נלענ"ד דזה הטעם שייך ג"כ אף כשיש שטר ביד המלוה שהרי הלה מצי טעין למה תכריח אותי לשבע תחלה דאי בתר דאורייתא אזלית והוי חוב ברור ליטול אף בלא שבועה א"כ מדאורייתא בטענותי אין לי אני נאמן וא"צ לישבע כלל ואי בתר תקנתא אזלית שצריך הלוה לישבע דווקא שאין לו א"כ הרי תקנת חכמים ודאי דעדיפא מתקנת הגאונים ואחרי שעליך מוטל לישבע בתקנת חכמי' קודם שתטול אין לך עלי כלום עד שתשבע. אך לפמ"ש דבטענת הלוה מיירי א"ש דכיון שהוא תובע למלוה שיחזיר לו שטרו שפיר צריך הוא לישבע תחלה:

והנה הט"ז כתב ג"כ דעיקר לפסק הלכה שהתובע צריך לישבע תחלה אלא שהביא ראיה מתשובת הרא"ש כלל י"ג תשוב' ט"ז שכ' באחד שהיה לו ספרים ביד בן אחותו כו' ואני תמה על ראיה זו דהתם שאני דאין הבת צריכה להאמינו כלל שהספרים הקדיש עד

שישבע ובלא זה דברים בעלמא נינהו ואדרבה אני תמה דאף שבועה למה יועיל לו ואף בלא שט"ח הבת לא מהני וכדאיתא בסנהדרין אמר להם ראיתי אביכון. שהטמין כו' אם אינו יכול ליטלו לא אמר כלום ואיתא בשו"ע סימן רנ"ה ע"ש והכא משמע שהספרים היו ידוע שהם בידו כמשמעות הלשון המבואר בתשובות הרא"ש שם ואם נאמר דמיירי שהיה יכול לומר להד"ם ולכך שבועה בעי דליהמן במגו דלהד"ם והוא רוצה להיות גזבר ההקדש הזה ולפיכך הוא צריך לישבע כנגד הבת מ"מ אין משם ראיה דכל כמה דלא נשבע הנכסים בחזקתה ולא מהימן רק מטעם מגו וא"כ בעי אישתבועי דאל"כ הוי רק כדברים בעלמא משא"כ הכא שזה שטר מקוים בידו ודינא הוא שיטול אף בלא שבועה כמ"ש הש"ך פשיטא שאין הנדון דומה לראיה. ומ"מ לדינא לכאור' שפיר כתב שאין להכריח ללוה לישבע ומצאתי במ"ל פ"ג מה' שכירו' שהביא תשובות הרא"ש הלזו וכ' דלא נתיישב בעיניו למה יהיה דברים בעלמא דהא ע"כ ליכא עדים וראי' דאל"כ אף בשבועה לא מהימן ע"ש:

והנה הש"ך בס"ק י"ג מסתפק כשאומרים לנתבע הבא מעותיו אי סגי במשכון כמ"ש הרא"ש בסימן צ"ג וכת' דאפשר שאני התם שאין השבועה רק מצד היפוך משא"כ הכא צריך מעות דוקא כיון שיש שטר בידו א"צ לישבע רק מדרבנן. ולענ"ד זה צ"ע דאטו משום הא נכוף הלוה לשבע שאין לו מעות רק משכון ולא מבעיא לדעת הפוסקים בסימן ק"א והוא דעת המחבר והרמ"א שכן עיקר שאין עליו אלא חרם סתם שאין לו מעות א"כ פשיטא דהכא שרוצה לתת משכון דסגי בהכי אלא אפילו לפמ"ש הש"ך שם דעיקר בזה דצריך לישבע מתקנת הגאונים גם בכה"ג שטוען אין לי מעות והביא כן מדברי הרא"ש מ"מ נראה דהיינו דוקא כשמגיע למלוה חוב בבירור בכה"ג שיש תקנת הגאונים וכמ"ש הרא"ש טעמא שמנדין אותו לישבע דאל"כ כ"א יאמר איני רוצה ליתן מטלטלין ולא לישבע הגבו לבע"ח קרקע משא"כ בזה שעדיין לא נתברר שחייב לו א"כ אפילו נימא שצריך להזמין לו מעות קודם השבועה מ"מ פשיטא דבכה"ג במשכון סגי דעיקר הטעם שיאמר המלוה למה זה אנכי הולך לישבע שמא לא יתן אח"כ ונמצא השבועה לבטלה משא"כ כאן כיון דאיכא משכון ליכא שבועה לבטל' וצריך המלוה לישבע ואח"כ באמת יצטרך הלוה לישבע שא"ל מעות לדעת הרא"ש ולדעת ש"פ יקבל בחרם (ומצאתי באו"ת שהרגיש קצת בזה אלא שקיצר בדבריו) אבל להכריחו שישבע קודם או יקבל בחרם שאין לו רק מטלטלין או קרקע לא מסתבר כלל שזה יאמר איני חפץ לישבע ולא לקב"ח אפילו באמת ועי"ז אהיה מוכרח למכור הקרקע או המטלטלין שלי ושמא אח"כ לא ישבע ונמצא שאני משחית את נחלתי בחנם והרי מבואר שם בסי' ק"א דהיכא דאיכא

פסידא מגבינין ליה קרקע ובכה"ג אין לך פסידא גדולה מזה שעדיין לא נתברר שמגיע לו וביני וביני סגי בקרקע:
ואפשר דהש"ך מיירי היכא שזה באמת יש לו מעות אלא שאינו רוצה ליתן רק משכון בזה כתב הש"ך דאע"ג דגבי היפוך משמע דבמשכון סגי ואף בכה"ג שהרי לא הוזכר שם כלל שזה טוען שאין לו מעות רק הרא"ש כ"כ מדעתא דנפשיה שיתן משכון מ"מ הכא שאני וצריך ליתן מעות דווקא אבל היכא שהלוה טוען שאין לו מעות רק משכון אין לנו להכריחו למכור וליתן מעות ואפילו תימא שכוונת הש"ך שצריך להמציא מעות אף שטוען אין לי מעות מ"מ נראה דמודה דבכה"ג בק"ח שאין לו מעות לחוד סגי כמש"ל שאין בזה תקנת הגאונים ומכ"ש לפמ"ש דעיקר הך דינא אם צריך להזמין מעות קודם שישבע. הוא רופף בידינו וכבר כתבתי דלפי הגירסא בתשובות הרא"ש דפוס ווינציא שנת שס"ז והובאה בב"ח סי' צ"ג הכוונה שם שיתן משכון כדי שלא יוכל לטעון אח"כ לא טעיתי עמך כלל ונמצא שהתובע נשבע לבטל' וא"כ אין משום ראיה כלל לנדון דהכא:
אך כ"ז כשהמלוה דוחק הלוה ורוצה לישבע ואומר שיבוא המעות משא"כ כשהלוה תובע למלוה שישבע או יחזיר שטרו ולא היא תלוי בדין לכאורה מסתברא שהמלוה יוכל לומר לא אשבע עתה דהא קי"ל נזקקין לתובע תחלה שאומר איני רוצה שתשבע לי עתה וה"ה להיפך היכא שהתובע יש לו לשבע וליטול שיוכל לומר איני חפץ לישבע עתה וכ"כ בישש"ש פרק הפרה להדיא ואע"ג דהיכא דזיילי' נכסיה נזקקין לנתבע וא"כ בכה"ג יכול הנתבע לומר אם אינך רוצה לישבע תחזור שטרי וכ"כ הסמ"ע להדיא בסי' פ"ב ס"ק כ"ב שזהו החילוק בין ת"ח לאחר דאם אין המלוה ת"ח יכול זה לטעון או תשבע או תחזיר שטרי מ"מ י"ל דהיינו דוקא כשזה אומר תשבע ואז אסלק אותך כדינך במעות משא"כ היכא שהלוה אומר שאין לו מעות רק קרקע א"כ יכול המלוה לומר איני רוצה לישבע עתה וליטול אלא אמתין עד שיהא לך מעות כמבואר בסימן ע"ד וסי' ק"א בשם תשובת הרא"ש ומשמע התם דאע"ג דזיילי נכסי דלוה מ"מ המלוה יכול לומר לא אקבל ממך קרקע וכמ"ש הרא"ש בטעמו של דבר דמצי אמר אילו הוי לי זוזי לא הייתי לוקח קרקע כי אני צריך לדברים אחרים ועכשיו בשביל שמעותיך בטלים אצלי תכפוני ליקח קרקע ותשובה זו נמצאת בדפוס ווינציא הנ"ל כלל פ' ושם הביא ראיה מהך דב"ק דאמר אי הוי לי זוזי שקילנא כדהשתא כו' וכן מהמלוה את חבירו בישוב כו' וכ' שגם בזה יש משום נ"ד בפני לוין ע"ש וא"כ נראה דאף שהלוה טוען דזיילי' נכסי ואתה צריך לקבל ממני תיכף הקרקע מ"מ המלוה יכול לומר מה איכפת לי בזה ודווקא היכא שהלוה רוצה לסלק הכל כדינו כשישבע המלו' רק שהמלוה אומר אולי אמצא עדים וראיה אז

אמרינן דאי זיילי נכסי' שומעין לנתבע משא"כ היכא שאינו נותן לו מה ששורת הדין מחייבת הרי יוכל המלוה לומר מה איכפת לי מה שקרקעותיך זלין איני רוצה לגבות עד שיהא לך מעות ואגבה כדיני וכ"כ הרא"ש בכלל פ' סי' ח' לענין גביות קרקע שאם הוצרך לגבות יגבוהו ב"ד שיהיה כמטלטלין או מעות ואין לחוש כלל להפסד הלוה ע"ש וא"כ ה"ה לענין זה איברא דאף דלכאורה משמע הכי מלשון תשובת הרא"ש שלעולם יכול התובע לומר איני חפץ לקבל קרקע עתה ואמתין עד שיהא לך מעות ולא חילק בין היכא דזיילי נכסיה דהתובע או לא מ"מ י"ל דהרא"ש אזיל בזה לשיטתו שכתב בפרק מי שהיה נשוי על דברי התוספות שם בדף צ"ב שכתבו דמהא דאמרינן אי פקח הוא מגבי להו ארעא כו' מוכח דהיכא דאיכא פסידא יהיב ליה ארעא לב"ח והרא"ש כ' דאינו ראיה כ"כ דא"ל דהתם משום שהמלוה מחמת הקרקע שקנה כו' והלכך שפיר ס"ל להרא"ש דל"ח לפסידא דלוה אף דזיילי נכסי' ולעולם יכול המלוה לומר אמתין עד שיהא לך מעות משא"כ לש"פ שלמדו מזה דכל היכא דאיכא פסידא ללוה יהיב ליה ארעא א"כ גם בזה אי זיילי נכסיה דלוה צריך לקבל קרקע ואינו יכול לומר אמתין. מיהו מדברי הטור משמע דלדינא גם הרא"ש מודה להתוספ' רק שכ' שאין ראיה כ"כ ועיין בב"י ובב"ח שם. ולפ"ז משמע לכאורה דבכה"ג לא מיקרי פסידא לכוף למלוה משום זה: ובהיותי מסתפק בזה כה הראני גיסי וב"ד החריף ובקי מוהר"ר צבי הירש מרגליות נ"י בן כבוד דודי מ"ו הגאון מו' סענדר ז"ל שהספק שלי במחלוקת הוא שנוי' בתשובת הרשב"א ושמחתי ששאילתינו כשאילת הראשונים והנה ז"ל הרשב"א בתשובה ח"ג הנדפס בק"ק ליורני' בסימן מ"ג כתב וז"ל והיכא דלא בעי מלוה לאיפרועי אלא בזוזי ובעי לאמתוני עד דמתרמי ליה זוזי ללוה יש מגדולי הדור שאמרו שהדין עמו ואין הלוה יכול לכופו ליטול קרקע דזוזי שקול וזוזי יהיב כו'. ומרבותי ג"כ אמרו דלעולם מצי אמר ליה שקיל ארעא דעיקר גובייא בקרקע הוא מדלא מחייבינן ללוה למיטרח ולזבוני ולמיתי והלכך מצי למימר רוצה אני לפרוע דכל שיצא שמי שאני חייב זיילי נכסאי ודעתי נוטה לזה ודנתי לפני רבותי בשעה שנחלקו על דבר זה לכאורה ממה שאמרו הלוהו על שדהו ואמר לו כו' ומ"מ אינה ראיה גמורה כו' דיש לדחות כו' ומיהו לכאורה כן נראה לי כמו שכתבתי ובזה אין לדיין אלא מה שעיניו רואות עכ"ל הרי להדיא דהיכא דזיילי נכסי' דלוה עי"ז נחלקו בה רבותיו של הרשב"א והוא ז"ל נוטה דעתו לדעת האומרים דבכה"ג צריך המלוה לקבל הקרקע וא"כ פשיטא דבכה"ג שפיר הלוה יכול לכוף למלוה ואומר החזר לי שטרי או השבע וטול קרקע שאין לי ד"א ליתן לך וזיילי נכסאי ולכאורה היה אפשר לומר דהמלוה מקרי מוחזק לענין זה ומצי אמר קים לי כאידך מ"ד דס"ל דבכל

גווני אין הלוה יכול לכוף למלוה לקבל קרקע. אבל באמת ז"א דע"כ לא נחלקו אלא בחוב ברור אבל בזה שהלוה צועק עליו בב"ד למה תעכב שטרי שבאמת איני חייב לך כלום ולדבריך השבע וטול ואם מדאגה מדבר פן תשבע לבטלה הילך קרקע נראה פשוט דבכה"ג גם אידך מ"ד מודה שצריך לקבל הימנו קרקע כיון שזה אית ליה פסידא דזילי נכסיה ואין החוב ברור ל"ש האי טעמא שכ' הרא"ש דאית ביה משום נ"ד בפני לוין דבכה"ג שהלוה מכחישו אין לחוש לזה:

ועוד דאפילו תימא דאף בכה"ג אית ביה משום נ"ד כיון שלאחר שישבע ויהא החוב ברור לא ימצא ליקח אלא קרקע. מ"מ נלענ"ד דמ"מ שפיר מצי הלוה למטען כיון דזילי נכסאי אתה צריך לישבע שאני אומר שלא תשבע כלל ואי משום שאינך חפץ בקרקע מי יכריחך ליקח קרקע שאחר שתשבע ויהא החוב ברור אם תרצה תמתין אח"כ כאוות נפשך. אבל כעת איני רוצה שאהי' תלוי עמך בדין כי אני אומר שאין מגיע לך כלום ובודאי לא. תשבע. ולכן נלענ"ד דאם אין בשטר נאמנו' הדין עם הלוה ומכ"ש אם הלוה חפץ למכור איזה קרקע שאין המלוה יכול לעכב ולמחות כלל שהרי הוא אומר לו השבע וטול ואם אינך רוצה לא תעכב על ידי ולענין זה פשיטא דהלוה מיקרי מוחזק ויכול לומר אע"פ שאם תשבע אין דינך ליטול קרקע מ"מ בזה דזיילי נכסאי צריך אתה לקבל קרקע וכדעת הרשב"א:

אמנם אם יש נאמנות בשטר שאז הדין שהמלוה נוטל בלא שבועה רק שמ"מ אנו פוסקים לו שבועת היסת דהוי כשבועת היסת לאחר הפרעון כיון שהלוה מביא המעות לב"ד ולפ"ז לכאורה בזה הדין עם המלוה שהרי הוא אומר לי מגיע אצלך חוב ברור שהרי יש נאמנות בשטר ואם תתן כדיני במעות אקבל ממך ואשבע לאחר הפרעון משא"כ כשאין לך מעות אני רוצה להמתין:

אמנם לפי דעת הרשב"א הנ"ל א"כ אף בשטר שיש בו נאמנות יכול לכופו ליקח קרקע שהרי הלוה אית ליה פסידא דזיילי נכסי וא"כ אומר אני מסלקך בקרקע וע"כ אתה מוכרח לישבע לאחר הפרעון וגם לפי טענתו אית ליה פסידא טובא כיון שהוא אומר שע"כ הוא מוכרח לעשות עמו סוף בנידון התביעות שיש לזה עליו כיון דזיילי נכסיה וגם צריך לישא אשה ואם תכריחני להשליש לך מעות אני מוכרח למכור קרקע בזול כדי להשליש המעות ושמא לא תשבע ונמצא אני משחית את נחלתי בחנם:

ואמנם נראה דבכה"ג שהמלוה אומר איני רוצה לתובעך עתה ואני רוצה להמתין עד שיהא לך מעות אף שהלוה טוען שאינו רוצה מ"מ נקרא המלוה מוחזק לענין זה ויכול לומר קים לי כדעת רבו של הרשב"א דאף דזיילי נכסיה הלוה צריך לסלק במעות דווקא

ויוכל המלוה לומר אמתין כו' וכדמשמע מפשטות דברי הרא"ש שהביא הטור סימן ע"ד שלא חילק בין זילי נכסיה וכיון שהשטר בנאמנות א"כ חוב ברור הוא ויכול המלוה לומר אם תרצה שאשבע לך צריך אתה לסלק אותי במעות קודם ואח"כ תתבע אותי לישבע היסת שלאחר הפרעון אך אם הלוה רוצה לעשות איזה חילוף בקרקע וכדומה והמלוה מעכב על ידו ועושה מחאה בב"ד בכה"ג אפשר דהלוה מקרי מוחזק לענין זה ויכול לומר הרי קרקע לפניך השבע וטול וכאותה דיעה שהביא הרשב"א דהיכא דזילי נכסיה אין המלוה יכול לומר אמתין כו' והרשב"א כתב שדעתו נוטה לזה וא"כ אין המלוה יכול לעכב ע"י:

וראיתי בעטרת צבי סי' פ"ב שכ' אהא שכתב הש"ך להסתפק אם במשכון סגי או צריך מעות דווקא שיש לחלק שאם כתב בשטר במזומנים בת"כ בפ"מ צריך ליתן מעות דווקא ואם לא כתב במזומנים בת"כ בפ"מ במשכון סגי וכך נהגתי עכ"ל. ולא ידעתי טעם למנהג זה שאם נאמר שכיון שעדיין לא נשבע המלוה רק שהוא צריך להזמין מעותיו כדי שלא תהא שבועתו לבטלה במשכון סגי א"כ אף שכת' במזומנים בת"כ דינא הכי שאע"פ שאחר שנשבע המלוה הוא צריך ליתן לו מזומן מ"מ מועיל המשכון לענין זה שאין שבועתו לבטלה ואחר שנשבע צריך הלוה ליתן לו מעו' ואם אין לו יטריח עצמו למכור' המשכון לקיים ת"כ שלו ואם נאמר דגם קודם השבועה צריך ליתן לו כמות שהוא חייב לסלקו כשהחוב ברור שהמלוה אומר כיון שאני צריך לישבע יסלק לי כדיני כדי שלא אצטרך להטריח עצמי עמו אחר השבועה למיקם עמו בדינא וליינא על המעות ושומעין לו לפי ששבועה זו לא הוטלה עליו אלא מדרבנן א"כ אף שאין כתוב במזומנים נמי דינא הכי שצריך לסלקו במעות ואם טוען שאין לו צריך לקבל בחרם או ישבע לדעת הש"ך ואפשר שכוונתו דאם כתוב במזומנים דווקא לא מהני משכון אף אם הלוה יקב"ח שאין לו מזומני' ולא סגי במשכון משא"כ כשאין כתוב במזומני' אז די במשכון כשיקב"ח שאין לו מעות ואפשר ג"כ דס"ל דאף ק"ח לא צריך בכה"ג כיון דמ"מ אין החוב ברור עד שישבע המלוה וקצת משמ' ג"כ באו"ת כן. ונראה דאף לפמ"ש דאם הלוה תובע שישבע לו או יחזיר לו שטרו ורוצה ליתן לו קרקע שכתבתי לעיל דבאין כתוב בשטר נאמנות הדין עם הלוה דמיקרי פסידא וגם דלדעת הרשב"א אין המלוה יכול לומר אמתין כו' מ"מ אם כתוב מפורש בשטר במזומנים דווקא א"כ בזה לכאורה נראה דאין לחוש כלל לפסידא. וגם הרשב"א מודה בכה"ג שאין משגיחין במה דזילי נכסי' דהלוה וא"כ אין הלוה יכול לכוף המלוה שיקח הקרקע בחובו אלא דמ"מ נלענ"ד דבכה"ג שאין בשטר נאמנות שפיר הוא יכול לכופו שישבע עתה כיון דזילי נכסי' ומטעם שכתבתי לעיל

שיכול לומר השבע עתה ויתברר חובך ואח"כ תעשה מה שלבך חפץ ואם לא תרצה ליטול הקרקע מי יכוף אותך באמת תמתין ועכ"פ לע"ע איני חפץ ממך רק השבועה שאני אומר שלא תשבע כלל ולא אהי' תלוי עמך בדין בחנם כנלענ"ד. הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד בעזה"י יום ד' כ"א אייר תקע"א לפ"ק בראד

שאלה ח

כהן שדעתו יפה. בפלפולא חריפא. אפיק שפה. ה"ה כבוד אהו' ידידי החריף ושנון בקי בחדרי תורה. ידין ידין יורה יורה כש"ת מו' מרדכי כ"ץ נ"י לנצח:

אחד"ש מראשית כבר הודעתיו כי נקיטנא מלתא בדעתאי לתת עיון בקונטרסי ולהשיבו דבר כאשר עם לבבי אפס המוני שאלו' הצריכי' למעשה להשיב על אתר ויש מהם משום תקנת עגונות וגם כי סמכוני באשישות ומזגי חלש כעת לע"ע עלה בדעתי לעכב עוד אך אחרי אשר הגיעני דברות שניות ראיתי כי משתוקק מאוד למלקוש אמרותי ורוצה בתשובה חפשתי אחרי קונטרסו וראיתי כי בא בארוכה וכעת לא מצינא לסגויי בהדי' על הדרך הזה ולמען כבודו אנקוט בידאי כל דהוא מה שהשקפתי שנים ושלש גרגרים על ראשית אמריו ועוד חזון למועד אי"ה ב"נ:

פתח דבריו יאיר דלהרמב"ם דשטרות דרבנן אם נתחייב שבועה מחמת שטר לא אמרינן משאיל"מ והביא בשם הנ"ב שהקשה על הרמב"ם וש"ע סי' נ"א גבי ע"א בשטר ע"ש. ואני תמה שלפי דבריו בכל שבועה שע"י ע"א או עדים דאמרינן משאיל"מ כו' נימא דדוקא היכא דהוה דרישה וחקירה דהא ד"ת ד"מ צריך דו"ח ועוד דהא כל דיני הודאות והלואות בעינן מומחין מדאורייתא וכל קבלת עדים צריך מומחין רק שלוחותייהו דקמאי קעבדינן שתנעל דלת בפני עושי עולה ושלא תנעל דלת בפני לוין וא"כ נימא דבטלו כל דיני משאיל"מ אלא ודאי דז"א רק אם טכסיס השבועה מדרבנן וטעמא רבה אית בה לפלוגי בינייהו דהא דבדרבנן לא אמרינן משאיל"מ נלענ"ד הטעם לפמ"ש הפוסקים דהא דשבועה דאורייתא אמרינן מתוך דאמרינן לי' התורה הטילה עליך שבועה או השבע או שלם וזה דוקא בשבועה דאורייתא דאי לא בעי לאשתבועי נחתינן לנכסי' וכל כמה דלא משתבע רמי עליה חיוב תשלומין משא"כ בשבועה דרבנן דקי"ל דלא נחתינן לנכסי' דלא אלמוה כולי האי לתקנתא דידהו לירד לנכסיו כשאינו רוצה לישבע ממילא דל"ש או השבע או שלם דהא אף אי מצי לאשתבועי ולא בעי לא גבינן מנכסי' רק דמנדינן לי' וממילא כיון דלא מצי לאשתבועי אין כאן שמתא ויש ליישב בזה כמה ענינים רק אני כותב בחפזי כאשר ינוד הקנה:

והנה הא דלא נחתינן לנכסים בשבועה דרבנן אף דודאי יש כח ביד חכמים ואלימי לאפקיעי ממונא כמבואר בגיטין וביבמות וכדחזינן שמוציאין ממון בלא דו"ח או בשטר להרמב"ם אלא ודאי שהכל הולך אחר צורך התקנה וטעמא דזימנא דחזו רבנן שאין צורך להפקעת ממון כגון בשד"ר המה ראו שדי בזה לגדור גדר לחייבו שבועה ואם לא ירצה לישבע מנדין אותו או מכין אותו מכת מרדות אבל בתקנה שתיקנו לדון בזה"ז אף שאין מומחין או להוציא ממון בלא דו"ח י בשטרות להרמב"ם ע"כ הוצרכו לתקן דניחות לנכסי' כיון שכל עיקרו של התקנה הוא משום שלא ת"ד בפני לווין ואם לא ניחות לנכסים מה הועילו חכמים בתקנתן דאכתי המלוה יחוש לעצמו וימנע מלהלוות ולכך מעיקרא הכי אתקין דנחתינן לנכסי':

ומעתה החילוק מבואר דאם טכסיס השבועה מדרבנן שפיר לא אמרינן משאיל"מ כיון דלא נחתינן לנכסי' ל"ש או השבע או שלם משא"כ בזה שתיקנו רבנן להוציא ממון בלא מומחין ובלא דו"ח או להרמב"ם שיועיל עדות בשטר כיון שתיקנו כעין דאורייתא להוציא ממון חזר הדין להיות משאיל"מ כדאורייתא דהא שפיר אמרינן בי' או השבע או שלם כמו בכל שבועה דאורייתא והוא נכון מאד לענ"ד:

אך בלא"ה אין כאן מקום קושי' על הרמב"ם שהרי פשיטא שהוא מדברי קבלה ובש"ס קרו ליה דאורייתא רק דהרמב"ם מכנהו מד"ס אף שהוא ד"ק כמבואר כ"ז בש"ך בשם הכ"מ ומהר"י דילואין וא"כ פשיטא שי"ל דד"ק כד"ת דמי שהרי גם הם מפי הגבורה נאמרו ומה דמות אערוך לו לשבוע' שהוא מתקנת חכמים ממש הם אמרו שישבע והם אמרו דלא נימא ביה משאיל"מ אך דנמתוק טעמא טפי מ"ט לא תיקנו בזה כעין דאורייתא מסתברא כדכתיבנא שלא הוצרכו רק לסייג וגדר ע"י נידוי ולא ע"י הפקעת ממון וממילא דלא אמרינן בי' משאיל"מ:

ומה שהביא בשם ספר שערי בינה להקשות על הרמב"ם מדאמרינן בשבועות דאפקיד לי' בשטר וכבר קדמוהו רבנן כמה מחברים בקושיא זו אך לענ"ד לק"מ דהא בלא"ה קשה לפמ"ש הש"ך סי' ס"ט דבפקדון הי' גובה בשטר ממשעבדי אי לאו משום מגו דנאנסו ולפ"ז קשה מאי משני דאפקיד בשטר נימא דהוה כפירת ש"ק לפי דעת הרמב"ם והמחבר דלא ס"ל תי' התוס' והרא"ש דקרא מיירי באין לו קרקע או מחל השעבוד אלא ס"ל הטעם משום דבמלוה ע"פ אינו גובה ממשועבדים אף דשיעבודא דאוריית' משום דלא גבי ממשועבדים וא"כ באפקיד בשטר דשפיר גבי ממשועבדים שוב ה"ל כפירת ש"ק וגם דאם נימא דאין לו קרקע או שמחל השיעבוד א"כ שוב שאין חושש להניחו לפי דלא גבי ממשעבדי ושוב הו"ל החזרתי טענה בפ"ע בלא מגו דנאנסו וא"כ מה יועיל

דאפקיד בשטר נימא דמהימן נאנסו במגו דהחזרתי ודוחק לומר דמיירי דהשתא בשעת שבועה בב"ד מחל השיעבוד ושוב מצאתי בקצה"ח שהרגיש בזה בסי' פ"ח וכתב דעכשיו שטוען נאנסו ותו לא גבי ממשעבדי לא הוה ש"ק וזה צ"ע דמה בכך שע"י טענת נאנסו לא מצי גבי כיון שאם לא הי' טוען היה גובה א"כ כי מחייבינן ליה שבועה הוא לפטור עצמו מש"ק ואין נשבעין ע"ז ובתשובה הארכתי בזה:

ועכשיו נלענ"ד ליישב בפשיטות דהא דקאמר דאפקיד בשטר שפיר י"ל דמיירי באין לו קרקע או מחל השיעבוד וטעמא דלא מהימן החזרתי דמיירי בשטר שיש בו נאמנות ואף לפי מ"ש דדעת הרמב"ם בזה דלא כהתוס' והרא"ש מ"מ י"ל דמיירי בכת"י ואף שדעת הרמב"ם דבכת"י נאמן לומר פרעתי מ"מ בכת"י בנאמנות א"נ לומר פרעתי ואפ"ה ל"ה כפירת ש"ק ואף לפמ"ש הש"ך דלהרמב"ם גם בזה פטור דה"ל הילך שא"י לכפור ואליבא דרמב"ח שומרים צריכים כפירה במקצת אך ז"א דכיון שבאמת טוען נאנסו אין כאן הילך וכדאיתא בש"ס דב"מ וא"כ מה בכך דאפקיד בשטר שפיר יכול לכפור שיטעון נאנסו ואין להאריך:

ודאתאן עלה מה דמקשו לשיטת הרמב"ם דשטרות דרבנן איך קאמר דש"ש דחייב רחמנא מיירי דאפקיד בשטר לפי מ"ש א"ש בפשיטות דמיירי בכת"י בנאמנות ואף בלא נאמנות י"ל דא"ש דא"נ לומר בכת"י בשטר פקדון החזרתי שהרי הרשב"א הקשה על הרמב"ם דס"ל בכת"י נאמן לומר פרעתי משטר פקדון ומ"ש הש"ך דהתם גופא לא גבי ממשעבדי משום מגו דנאנסו כבר כתבתי בתשו' סימן דז"א כמבואר בתשו' המכונות להרמב"ן דעיקר ראייתו מהא דלא מהימנינן ליה החזרתי כ"א בשבועה חמורה כמו טענה דנאנסו ואם נימא דכל שאינו גובה ממשעבדי אין חושש להניחו ה"ל החזרתי טענה מעליא לעצמה:

וראיתי בקצה"ח שכ"כ מסברא דנפשיה ובאמת כן מבואר בתשו' הנ"ל וגם מ"ש הש"ך דאין הכל יודעין שהוא שטר פקדון הוא דחוק ולענ"ד י"ל לדעת הרמב"ן דכת"י דהלוואה ל"ד לשטר פקדון דלכאורה הך מלתא שאין חושש להניחו בידו הוא טעם קלוש דלמה יעשה זאת בחנם וע"כ דהיינו משום דהוא מלתא דשכיח לפי שבהלוואה עשה לו טובה ועבד לוה לאיש מלוה שפיר י"ל דלפעמים מניחו בידו כשאומר המלוה שנאבד ממנו ובחישנא ליה עד דמשכחנא ליה ואחזרנו לך קרוע או דזייר ליה אפשיטי דספרא וכיוצא בו באמתלא כל דהו דכיון שמוטל עליו לפרוע חובו עכ"פ אלא שיש לו שטר בידו אינו יכול להעיז נגדו לעכב מעותיו שלא לפרוע עד שיחזיר לו השטר כיון שאין לו קפידא כ"כ שהרי אין גובה בו ממשועבדים ולא זילי נכסיה משא"כ בשטר פקדון אף שאין בו

קפידא דזילי נכסיה מ"מ מי מכריחו לתת לו הפקדון מבלי חזרת השטר שהרי לא עשה לו טובה ולמה יכניס עצמו בחנם במלתא דלא רמי עליה שהרי יכול לבוא לידי טעות ופסידא בחנם ולכן בפקדון הוי הך חזקה דשטרך בידי מה בעי חזקה אלימתא אף בלא הך סברא שגובה ממשועבדים ולפ"ז י"ל דגם בכת"י בפקדון נמי דינא הכי שאין יכול לטעון החזרתי כ"א בשבועה במגו דנאנסו כמו שטר פקדון גמור דדוקא במלוה שקיבל עליו לפרוע בזמנו אינו מעכב הפרעון בשביל עיכב הכת"י באיזה אמתלא דלא קפיד עליה כולי האי כיון דלא גבי ממשעבדי משא"כ בפקדון שלא עשה טובה אף בכת"י הוה חזקה אלימתא דשטרך בידי מאי בעי:

שבתי וראיתי שהחילוק הזה אשר אמרתי מסברא דנפשאי מבואר הוא בתוס' דבב"ב דף ע' ועוד כתבו שם לחלק משום דלוה מקיים במלוה תומת ישרים תנחם כו' ושמחתי כמוצא שלל רב ואף דבאמת קי"ל דאף בפקדון נאמן החזרתי בשבוע' במגו דנאנסו דוקא במגו אמרינן הכי כיון דאית ליה מגו אמרינן דלא הקפיד משא"כ בלא מגו לא דחינן גבי פקדון חזקה דשטרא בידי מה בעי אף שאין בו טריפות משועבדים והלכך בשבועה דוקא מהימן כיון דלא מהימן רק מחמת המגו וברור נלענ"ד ולפום הך חילוקא שכתבו התוס' דבפקדון ל"ש אפשיטי דספרא כו' לכאורה יש לעיין אף בהלואה בכת"י דל"ש אפשיטי דספרא כשהוא כת"י הלוה אלא דלפ"ז גם בשטר הלואה גמור נמי נימא דל"ש אפשיטי דספרא זייר כשהשטר כולו מכת"י הלוה וצ"ל דלאו דוקא נקט פשיטי דספרא אלא ה"ה דמי נייר בעלמא ושאר אמתלאות כאילו וזה שייך גם בכת"י ולכך ס"ל להרמב"ם בהלואה דנאמן אבל בפקדון לא שייך אפשיטי דספרא זייר כמ"ש התו' בב"ב ובשבועות:

ומ"ש בשם הפמ"א בחידושיו לגיטין שהקשה על הרמב"ם מגיטין דף יו"ד דקאמר אי ת"ק אפי' שאר שטרות נמי ומשמע דשטרות כתיבי כו' ועיין בפ"י בסוגיא זו שעמד בזה ולענ"ד לק"מ שהרי מבואר טעמו של הרמב"ם שנאמר ע"ע שנים עדים מפי העדים ולא מפי כתבם ובאמת פשוטו של מקרא אינו רק לומר ע"י שני עדים וסיבתם וכמו על פי הגורל וכיוצא בו רבים ואף שרש"י בבמדבר כ"ז כתב שהיה הגורל צווח וכו' ועיין בב"ב דף קכ"ב מ"מ אין זה פשוטו של מקרא רק מדרש חכמים לבד וכן כאן דדרשינן ולא מפי כתבם אינו רק מדרש חז"ל שכך קבלו הל"מ דרכים שהתורה נדרשת בהם וא"כ שפיר קאמר הש"ס בגיטין דשטרות כתיבי וכותים מזהר זהירי בהא שהרי הכותים ל"ל דרשת חז"ל ולדידהו גם ע"י כתבם ע"פ שני עדים קרינן ביה משא"כ אנן בדידן ממדרש חכמים סבירא לן דשטרות לאו דאורייתא דגלי קרא מפיהם ולא מפי כתבם. אך באמת א"צ

לזה דאפי' תימא דכותאי נמי מפרשי להאי קרא דע"פ שני עדים מפיהם ולא מפי כתבם מ"מ לק"מ דהא אנן נמי לא אשכחן שטרות דכתיבי באורייתא וע"כ משום קרא דירמיה דכתיב וכתוב בספר וחתום ומהאי קרא אמרינן בגיטין דשטרות דאורייתא וממילא דא"ש נמי אף לשיטת הרמב"ם דס"ל דהא דקאמר דאורייתא הוא משום שהוא מדברי קבלה ושפיר קרי ליה כתיבא משום האי קרא דדברי קבלה ואף לגבי כותאי מיקרי כתיבא מה"ט וכדמוכח בהוריות דף ד' דדברי קבלה הצדוקים מודים בו דקאמר התם הוצאה הא כתיבא ולא תוציאו משא מבתיכם והאי קרא בנחמיה כתיב והוצרך למנקט האי קרא דהא דילפינן בהזורק הוצאה מג"ש דהעבר' העברה צדוקים ל"ל ג"ש וע"כ למנקט קרא דד"ק ועיין בבאר שבע שם ועכ"פ מבואר דאף קרא דד"ק הצדוקים מודים וכן מבואר להדיא בנדה דף נ"ז שנאמנים על ציון קברות אע"ג שהוא מדרבנן כיון דכתיבא ביחזקאל מזהר זהירי ע"ש וא"כ לק"מ על הרמב"ם:

ומ"ש בשם האו"ת שהקשה דלהרמב"ם למה תיקנו בע"א בשטר הא ליכא נעילת דלת כו' אני אומר ולטעמך הא מה שאנו דנין כל דיני הודאות והלוואות משום נ"ד הוא והרי אנו דנין גם שבועה דע"א ושבועת היסת בלא עדים כלל מחמת תקנה זו עיין בסמ"ע סימן א' ובאורים גופי' שם ס"ק ב' כתב דבלא עדים ל"ש ת"ה דהוא גרם הפסד לעצמו וע"ז אמרו דגורם קללה לעצמו רק כיון שתיקנו בהודאה והלואה בעדים תיקנו לכל מילי יהי' שבועה דאורייתא ודרבנן בלי הבדל ע"ש וא"כ ה"ה לענין שטר בע"א וכן במאי דקי"ל דאף דד"ת בעי דו"ח מדרבנן לא בעי משום נ"ד גם בע"א אמרינן הכי ואף שהריב"ש כת' בתשובה דע"א בשטר יכול לחזור בו ולא אמרינן גביה דהוה כמו שנחקרה עדותו בב"ד והביאו רמ"א סס"י מ"ו עיין ש"ך שם שכתב דלסניף בעלמא אמרה ולדינא אין לחלק דכ"מ ששנים מחייבין ממון אף שהוא ע"י תקנת חכמים ע"א מחייבו שבועה וכ"כ בתומים גופי' סימן מ"ו סס"ק ט"ו דכמו דבשני עדים כשר משום תקנת השוק כמו כן י"ל בע"א דמ"ש דמנ"ל לחלק בכהאי גוונא:

ומ"ש בשם הג"ת להקשות על בעה"ת שכתב שדברי הרמב"ם אמורים בטוען פרעתי כו' דכיון דנימא דכפירת שטר לית ביה שבועה א"כ מה משאי"ל שייך בזה והוא באמת תימא לכאורה ואחר העיון נלענ"ד דלק"מ דבשטר זה יש שני ענינים חדא שהוא מורה על ענין ההלואה ואידך שהוא מורה שלא נפרע דאל"כ היה לו ליקח השטר ועדיף מכת"י כיון שכתוב בלשון שטר וגם חתום עליו ע"א מן השוק וכמ"ש הסמ"ע סימן נ"א ולכן אם הנתבע מכחיש השטר לגמרי ואומר שלא לוה כלל בזה ס"ל לבבלי וירושלמי דע"א בכתב לאו כלום הוא אבל אם טוען שאמת שלוה אבל לא צוה לכתוב שטר כלל ולכך

פרע בסתם נמצא שהוא מכחיש לדברי העד שהרי העד חתום על השטר וה"ז כמעיד לפנינו שכתב בצוואת הבע"ד בכה"ג לא פסלינן לשטרא כיון שגוף הלוואה הוא אמת ומקבלין בזה עדות העד שמעיד שצוה לו לכתוב שטר וממילא דלפי דברי העד ודאי שלא פרע בלא השטר וכשהוא מכחישו שלא צוה לכתוב שטר ולכך פרע מתחייב שבועה להכחיש העד כיון שאם היה שנים בשטר לא היה נאמן לומר שפרע והשטר נכתב שלא מדעתו ולכן עתה כשמודה שאמת שלוה בע"א בשטר ונכתב מדעתו אלא שאע"פ כן פרע ה"ל משאיל"מ שהרי אלו היו שנים היה צריך לפרוע דודאי מדעתו נכתב ובע"א הוא צריך לישבע ע"ז שכתב שלא מדעתו וכיון שמודה בזה לדברי העד שכתבו מדעתו ואינו יכול לישבע ע"ז נגד העד מחויב לשלם ואף דאית ליה מיגו דאי בעי אמר שלא לוה כלל או שלוה ולא ציוה לכתוב שטר דאז הי' נאמן עכ"פ בשבועה להכחיש העד מ"מ כל משואי"ל לא מהני ליה מיגו ומשלם דוק בכוונתו ותשכח שכן הוא אלא שקיצר:

ומ"ש כ"ת ליישב כ"ז ע"י המרגניתא טבא לאפס הפנאי לא עיינתי בזה אף דרך העברה ועוד חזון למועד זולת את זה חזיתי מה שכתבת על שער המלך דאישתמיטתי' דברי התוס' דסוכה דף למ"ד ומתוך דבריך מבואר שנשענת בזה על דברי הגאון בעל פ"י ז"ל שנראה מדבריו שהתוס' מחלקין בין תקנתא דרבנן לתקנת השבים ובמחלה מכ"ת הגאון ז"ל אגב שיטפי' רהיט ליה והבין מ"ש התוס' דהתם משום תקנת השבים אתקנת מריש קאי וליתא והדבר פשוט ומבואר למעיין דמעיקרא בעי התוספ' למימר דאף דקנו מדרבנן לא נפיק מדאורייתא והקשו ע"ז מההוא סבתא וכתבו אלא יש לתרץ דהתם משום תקנת השבים כו' ור"ל דעתה חזרו התוס' מזה וס"ל דודאי קנין דרבנן מועיל לדאורייתא רק דטעמא דשינוי החוזר קונה מדרבנן הוא משום תקנת השבים ודוקא שינוי החוזר גמור משא"כ שינוי החוזר כי האי דגבי לולב דנקל להתיר אוגדו אף מדרבנן לא קני הלכך לא נפיק ביה ולפי הבנת הפ"י שינוי החוזר דקני מדרבנן לאו משום תקנת השבים הוא וז"א כמבואר להדיא בב"ק דף צ"ד אר"י ד"ת גזלה המשתנית כו' וא"ת משנתינו משום תקנת השבים ומוקי לה התם בשינוי החוזר וכ"כ התוספ' בסוכה שם ד"ה ולקנייה בשינוי השם ע"ש שכתבו כן בפשיטות ומ"ש בשם ש"ב הגאון בעל ח"ד בספר מק"ח על ה' פסח שהביא ג"כ דברי התוספות דסוכה לענין סומטא וקנין אגב אפשר שר"ל דאף למאי דס"ד דהתוס' דקנין דרבנן אין מועיל מדאורייתא מ"מ בחמץ שבטלו שפיר מועיל ולמסקנא בלא"ה אתי שפיר:

ומ"מ הך דינא דמק"ח וקצה"ח לפוט ריהטא צ"ל דביטול מהני היכא שאינו מוכרו כלל אבל כשהוא מוכרו פשיטא שאין זה בכלל הביטול וכיון דמדאורייתא אין כאן מכר לא

מהני להפקיע איסור חמץ דאורייתא לפי מה דס"ד דהתוס' וצ"ע כי אני כותב מבחוץ מבלי עיון בגוף הספר. ומ"ש מדברי הר"ש בן הרשב"ץ שהביא ראיה דבי"ט שני יוצא בגזול מהך דלא ליקני לינוקא דמשמע בי"ט שני שפיר דמי דבריו תמוהים לפע"ד דהך דינוקא נהי דלא קני ולא הוי שלו מ"מ אין שם גזל עליו כיון שהקטן נותנו לו מדעתו וה"ל כשאול וביו"ט שני יוצאין בשאול:

שוב עיינתי בספר מק"ח סימן תמ"ח סק"ה ונראה מדבריו דקנין דרבנן מהני לדרבנן גבי חמץ דהוי ג"כ דרבנן היינו מטעם שכ' המ"ב דחמץ דבלא"ה אינו ברשותו בגילוי דעת דלא ניחא ליה סגי וכיון שגיל' דעתו שרוצה למוכרו סגי לאפקועי איסור דאורייתא. אך לענ"ד גם המ"ב לא אמרה כ"א לסניף בעלמא דגם בביטול גופא שכתב הר"ן דהוי גילוי דעתא לא היינו מפקיעין איסור ב"י דהא מ"מ עשאו הכתוב ברשותו רק דמחמת דגלי קרא תשביתו שהוא ביטול בלב כפירש"י והיינו דוקא בביטול שבלבו הוא להפקירו ולהוציאו מרשותו אלא דה"ל דברים שבלב וכיון דבלא"ה אינו ברשותו אלא שעשאו הכתוב מהני הביטול בלב כאלו הוציאו בפה וכמו דמהני אומדנא דמוכח בדברים שבלב אבל בגילוי דעת למכירה מה מועיל זה שיצא מרשותו אם אינו קנין המועיל דהא אדרבה דעתו עליה שאם לא יהיה קנוי לחבירו שיתחייב ליתן לו דמי תמורתו יהי' שלו וכיון דמדאורייתא אין המקח כלום ואין זה חייב לו עדיין דמי שויו מדאורייתא אכתי דידיה הוא לעבור עליו בב"י מדאורייתא וצ"ע כעת:

ומ"ש בספר הנ"ל לחלק בין לולב לסוכה והביא מדברי התוס' דב"ק דף ס"ח דיאוש הוי הפקר שכל המחזיק זכה רק הגזלן אינו זוכה משום דבאיסורא אתי לידיה דבריו מרפסין איגרי שמבואר בש"ס ר"פ הגוזל ומאכיל ובטור וש"ע ח"מ סימן שס"א וכן בכל הפוסקים דכל היכא דליכא ש"ר כגון בע"כ של גזלן או ברשות יורש דלאו כרשות לוקח והגזלה קיימת הנגזל מוציא אותה מיד המחזיק בה מן הגזלן אם היא בעין וגם מ"ש דהגזלן א"י לזכות מן ההפקר משום דבאיסורא אתי לידיה לדבריו יהיו דברי התוס' סותרים זא"ז דבדף ס"ו הוכיחו דיאוש אינו כהפקר גמור דאל"כ אף דבאיסורא אתי לידיה הוא זוכה מן ההפקר וגם דלדבריו למה כתבו שאסור לזכות שצריכה לגזלן וגם צריך לשלם דמים מה טעם יש בה הא מצי אמר אנא מהפקירא קא זכינא אך הדבר ברור דלכך אין הגזלן זוכה ביאוש לבד כדאמר בש"ס כיון דבאיסורא אתי לידיה ויאוש אינו הפקר גמור כמ"ש התוספות אבל המחזיק אחר יאוש זכה לענין שאין הנגזל יכול לתבוע ממנו ומשום דהוי יאוש וש"ר נגעו בה וכמבואר מדברי התוספ' דדייקו למלתייהו מדר"ח גזל ולא נתיאשו אבל נתיאשו אין הנגזל יכול לתבוע מן השני כלום ומבואר להדיא בתוספות ר"פ

הגוזל ומאכיל דאם לא אכלו חייב להחזיר היכא דליכא ש"ר כגון שנתיאש לאחר שבא ליד השני מבואר דאם נתיאש קודם הו"ל יאוש וש"ר ולא ס"ל להתוס' כמ"ש הרא"ש והרשב"א דאם לקח בע"כ של גזלן לא הוי ש"ר ואני תמה על הב"י שלא הזכיר מדברי התוס' אלו דס"ל דהוי ש"ר אפי' בע"כ של גזלן ולכך הוצרכו לומר דמיירי שהיה היאוש אח"כ ומה"ט שפיר כתבו התוספ' דאי יאוש כדי ל"ק המחזיק זכה מטעם יאוש וש"ר ואין הנגזל יכול לתבוע ממנו ומ"מ אינו בכלל הפקר לפטור מן המעשר דהא לא הועיל היאוש שיוכל כל אדם לזכות לכתחלה ואף דיעבד חייב דמים להגזלן והיינו משום דהיאוש אין דינו כהפקר גמור ועיין בהג"א ר"פ הגוזל ומאכיל בשם ר"י שמבואר מדבריו ג"כ דגם אחר יאוש מחויב לשלם להגזלן ואף ע"ג דגם הנגזל מצי גבי מדר"נ לא מיירי מזה כו' ע"ש וקצת צ"ע דמדברי הכ"א משמע דאף באכלו ואין גזלה קיימת הדין כן דמחויב לשלם לגזלן עכ"פ:

וכן נראה מדברי התוס' בדף ס"ט מהא דגנב שני משלם קרן לגנב ראשון ומשמע אף דליתי' בעיני' ומדברי התוס' והרא"ש שכתבו דבאין גזלה קיימת הוי גזירת הכתוב משמע דהאוכל אחר יאוש פטור לגמרי בין משני ובין מראשון ואם ר"ל דלא נפטר רק מן הראשון לא הו"ל לסתום אלא לפרש ואפשר דכיון דאמרינן דפטור מן הראשון א"כ ע"כ דמיירי שהגזלן מחל לו או פרע לו להגזלן דאל"כ הא הנגזל גובה ממנו מדר"נ ולכך נקטו סתם פטור דממילא שהוא פטור משניהם ומ"מ היכא שלא פרע או מחל מתחייב הוא לגזלן מדין גזל וגם הנגזל יכול לתבוע מדר"נ:

ולכאורה משמע הכי ממ"ש הטור סי' ש"ן בגונב מן הגנב אף שנתיאשו פטור מד' וה' והוא מדברי הרמב"ם משמע דקרן חייב וקשה דהא בטבח ומכר הו"ל כאכלו ואפי' קרן נמי פטור מגזה"כ שהרי הטור גופי' פסק הכי בסי' שס"א דנהי דבעין חייב באכלו פטור אלא ע"כ דלא מפטר באכלו אלא מנגזל וקאי אדלעיל בלא נתיאשו דלא מפטר מנגזל אף שפרע או מחל לו הגזלן וע"ז אמר בנתיאשו דפטור מן הנגזל אבל לגזלן חייב אם לא מחל לו כיון שלקח ממנו בע"כ ואכלו והיא צריכה לו לפטור עצמו מן הנגזל ולכך גונב מן הגנב אף שנתייאשו פטור מד' וה' אבל קרן חייב לשלם לגנב ראשון אף שאין הגניבה קיימת ולפי שיצאתי מענינינו קצרתי:

ומ"ש דצווחו עלי' בבי מדרשא מש"ס דיבמות דיליף מאלה ראשי המטות וכתב שמצא בג"פ כדבריו מבואר למעיין בג"פ שמתחלה רצה להעמיס כן בדברי הטור שכתב ותקנהו לבעל ושוב הביא כל הפוסקים שא"צ הקנאה וכן פירשו דעת הטור וכן מוכח ממ"ש הפוסקים בענין ד' אמות לגיטין וקידושין ועיין בב"ק דף ס"ח ד"ה הוא דאמר כצנועין

כו' וי"ל דאפקינהו מרשות ע"ה כו' והארכתי בזה במ"א בפרט ענין זה ולקצר אני צריך ועיין בחיבורי בית אפרים ח"ב בשו"ת סי' ב' שכתבתי ג"כ על ענין כזה ע"ש:

ודרך כלל נלענ"ד בענינים אילו דודאי לאו כל הקנינים שתיקנו חז"ל הם מחמת הפקר ב"ד רק במקום שהוצרכו לעשות תקנ' שלהם ע"י הפקר ב"ד כגון בקנין ד' אמות בגיטין וקידושין שתיקנו שיועיל משום עגונא והוצרכו להקנות לה הד"א מצד הפקר ב"ד ולמשוי' כחצרה וכמ"ש הר"ן וכן בגיטין בההיא דפרוזבל כיון דרחמנא אמר דמשמט ובשביל נ"ד הוצרכו להפקיע ממון המלוה מצד הפקר ב"ד וכן ביבמות וכיוצא בו משא"כ היכא שהוצרכו חז"ל לתקן קנין בשביל תיקון סוחרים וכיוצא לא הוזקקו לבא מצד הפקר ב"ד אלא כופין לשמוע מצות חכמים ויש כח ביד חכמים לתקן שיקנה קנין מדרבנן וראי' לדבר שתיקנו לקטן יד לזכות וע"כ אין זה רק קנין דרבנן דמה יועיל לזה הפקר ב"ד דאדרבא מהפקר פשיטא דלא מצי לזכות דהא דעת אחרת מקנה עדיף ואיכא דס"ל דזוכה מן התורה וגם א"ל דמקרא דאלה הנחלות שפיר מצינו למילף כמו דאבות מנחילין לבניהם מה ירצו כו' ז"א דגם אבות גופייהו אין בידם להנחיל לבניהם הקטנים מה שירצו כמ"ש המפרשים על דעת הר"ן דקטן יש לו זכי' ע"י אחר מדרבנן א"כ האיך אמרינן בב"ב יכיר ל"ל לא יהא אלא אחר אי בעי למיתב במתנה כו' הא אינו אלא מדרבנן וא"כ כמו שהאב אין יכול לעשות יד לבנו קטן כמו כן אין כח ביד חכמים לעשות יד למי שאין לו יד אלא ודאי שאין זה רק קנין דרבנן והכי משמע מדברי הרמב"ן הובא בש"מ ב"מ דף ע"ב העמידו אצל עכו"ם שהקשה הרמב"ן דנהי דהוי זכי' מדרבנן מ"מ מה"ת הוי ריבית והריטב"א השיג עליו דהפקר ב"ד הפקר ומהני כי' מה"ת ולפמ"ש א"ש דכיון דעכו"ם לית לי' יד לזכות לא מצי משוי זלי' רבנן בהפקר ב"ד שלהם יד לזכות מדאורייתא וס"ל להרמב"ם דה"נ בקטן שהיתה תקנת חז"ל שיקנה הלוקח או המקבל ממנו משום כדי חייו לאו מתורת הפקר ב"ד אתינן עלה כ"א מתקנתא דרבנן בעלמא ולכן אינו מועיל לצאת י"ח מצוה דאוריית' דהא באמת בהתירא אתי לידי' מיד הקטן שנתן לו דמים בעבורו או משום דעביד לי' נייח נפשי' עד דיהיב לי' מתנה רק דמדאורייתא לא קני לי' והוא ברשות הקטן אבל מ"מ אין עליו חיוב מצות השבה ואם נאבדו מידו פטור בין שבא לידו בפקדון או בהלואה או במתנה אף מדאוריית' כמ"ש הטור ח"מ סי' צ"ו בשם הרמ"ה ע"ש ותיקנו רבנן דאף אם קיבל מן הקטן דרך מכירה או דרך מתנה יהא קנוי לו ובהלואה מתחייב באחריותו מדרבנן כמבואר בטור שם וכיון שקנין דרבנן מספיק לזה לא עשו בו הפקר ב"ד לעשותו קנין דאורייתא ולכך שפיר קאמר הרמב"ם כיון דאקנויי לא מקני מדאורייתא לא נפיק בי' אבל בקנינים שתיקנו רבנן בגזל כגון

תקנת מריש וכיוצא בו דבאיסור' אתי לידי' ומיד נתחייב במצות עשה דוהשיב את הגזלה מה יושיענו זה שיתקנו שיקנה בתקנתא דרבנן סוף סוף במה נפטר ונסתלק מעליו מצות השבה דאוריית' וכיון שמשום תקנת השבים תיקנו שיטול דמיו ולא יחזירנו ממילא א"א לתק' זה כ"א מצד הפקר ב"ד שנסתלק מעליו רשות הבעלים מדאורייתא ואין עליו חיוב השבה רק הדמים לבד וכמו תקנת חכמים בד' אמות דגיטין וקידושין שהוצרכו לתקן בהפקר ב"ד שיועיל מה"ת ולכך א"ש בההיא סבתא דנפיק בי' ובזה יש לישב בכ"ד לענין פדיית מעשר וכיוצא וקצרתי:

ואם נפשך לומר דגם היכא דתקון רבנן משום תקנת השבים לא הוצרכו לעשותו קנין דאוריית' וסגי להו בקנין דרבנן לחוד ובזה פקע מעליו חיוב השבה כיון שהנגזל מוטל עליו לשמוע דברי חכמים ולקבל דמים תמורת החפץ מ"מ א"ש דלא תיקשי על הרמב"ם מההיא דסבתא וגם מה שהקשו התוס' משינוי החוזר אההיא דסבתא דהרמב"ם דמיירי לענין לולב ביום הראשון דבעינן לכם ובהכי מיירי ההיא דשינוי החוזר ובזה שפיר י"ל דבקנין דרבנן לא נפיק מדאוריית' דהא מ"מ מדאוריית' לאו דידי' הוא משא"כ בסבתא דמיירי בסוכה דהחשש משום מצוה הבאה בעבירה פשיטא דכיון דתיקנו רבנן שא"צ להחזיר הדמים וסילקו מעליו מצות השבה זו הדרך מוציאתו מידי עבירה ופשיטא שא"א לומר דמדאוריית' הוה מה"ב וחלילה להם מעשות כדבר הזה לתקן ענין שיהיה עליו שם עבירה דאורייתא ונמצא תקנתם קלקלתם וע"כ שלזה מועיל קנין דרבנן לסלק שם עבירה מעליו אף מדאוריית' ולכך א"ש בסוכה דנפיק בי' וכן מבואר מלשון התוס' בב"ק דף ס"ז וז"ל ועוד אומר שם האי כשורא דמטללתא כו' וסוכה לא בעינן משלכם ולא מפסיל אלא משום מצוה הבאה בעבירה וכי קני' בתקנתא דרבנן לא חשיב מה"ב כו' ע"ש וכ"כ הרמב"ן במלחמות פ' לולב הגזול וז"ל וכן מה שהשיב מסוכה גזולה כו' אינה תשובה שכיון שתיקנו חכמים תקנת מריש ואפי' בא לצי"ש ועושה תשובה נותן לה דמי עצים הרי שאין הסוכה בעבירה ברשותו ולא קאי השתא בעמוד והחזר אלא דמים:

ולפום מה דכתיבנא א"ש נמי הא דקשיא לך אמ"ש בספר מק"ח לחלק בין לולב לסוכה דהא בש"ס מבואר הכי גם אליבא דר"א ור"א ס"ל סוכה שאולה פסול ושפיר קא מותיב כ"ת לדידי' אך לפי מה דאמינא אנא א"ש דהא אמרינן התם אמר רבינא האי כשורא דמטללתא עבדו לי' רבנן תקנתא משום תקנת מריש ופירש"י ולא אמרינן דלא הוי הפ"מ ויסתור סוכתו דמצוה משוי לי' כל שבעה כבנין קבע והיינו שגם בזה גופי' יש תקנת השבים שלא יצטרך לסתור ולבטל המצוה ולפ"ז אליבא דר"א דשאולה פסול ע"כ אלמוה רבנן לתקנתא דידהו שיקיים המצוה כתקנה והפקיעו מעליו חיוב השבה ע"י הפקר ב"ד

וחזר להיות שלו ממש אף מדאורייתא ולרבנן באמת א"צ רק קנין דרבנן להפקיע מידי מה"ב וכן בההיא דלא ליקני לולב אינו רק קנין דרבנן וכמ"ש:

ומלתא אגב אורחא ראיתי לבאר דברי הרשב"א בגיטין דף ס"ה שכתב דמהך דמערימין על מ"ש מוכח דזוכה ד"ת דאל"כ מדאוריית' של אב וצריך להוסיף חומש ושוב כתב דהך דלא ליקני לולבא כו' אם הגיע לעונת הפעוטות מתנתו מתנה ע"ש וזה תימא כיון שהקטן זוכה מה"ת ע"י דעת אחרת מקנה א"כ שוב ל"מ מה שהגיע לעה"פ דאין מתנתו רק מדרבנן ונמצא דבריו סותרים זא"ז תכ"ד וראיתי בשעה"מ הל' לולב שהרגיש בזה ושם הביא לשון הפר"ח שכתב שא"א לפרש דברי הרא"ש רק דר"ל דלישנא דאקנויי לא מקנה משמע דאף מדרבנן לא קנה ולכך מוקי בשלא הגיע לעה"פ ובאמת שהמעיין יראה שאין מקום לפרש כן בדבריו וכ"כ בשעה"מ שהוא דוחק ומכ"ש מ"ש הפר"ח שכן דעת הר"ן ג"כ לענ"ד ליתא שמבואר להדיא שהר"ן כ"כ לדינא והובאו דבריו כן בב"י ובש"ע לדינא וכ"כ ג"כ הריטב"א בסוכה לדינא אמנם הריטב"א שם כתב אף למאן דס"ל דזכי' מדרבנן כשדעת א"מ מ"מ זכי' דרבנן זכי' גמורה היא והפקר ב"ד הפקר ואם לא הגיע לעה"פ לא מצי לאקנויי אבל הגיע לעה"פ אף הקנאתו הקנאה בתקנתא דרבנן וכשם שקונה מדבריהם כך חוזר ומקנה כו':

ולפ"ז לכאורה למאן דסבר דקני ד"ת אף שהגיע לעה"פ לא מהני אך לענ"ד הריטב"א לא נחית להך שיטתא דדעת א"מ ד"ת ומ"ש אף למאן דס"ל דזוכה מדרבנן היינו לומר דעכ"פ זוכה מדרבנן לאפוקי מציאה שאינו רק מפני ד"ש והוא שיטת הר"ן ג"כ כמ"ש לקמן בשם השי"מ לב"מ וגם דברי הר"ן בסוכה נראה שהם כדברי הריטב"א בזה אלא שקיצר בדבר דבאמת גם למאן דס"ל דזוכה ד"ת ג"כ אם הגיע לעוה"פ כיון שהקנאתו הקנאה גמורה כקונה ד"ת דמי וע"ש שגם מ"ש הר"ן שם דהו"ל תנאי שא"א לקיימו הוא כדברי הריטב"א שם וידוע למעיין ורגיל בדבריהם שהרבה פעמים סגנון א' עולה להם (וראיתי מי ששגה בזה וסבר ששעה"מ קשי' לי' אדברי הרשב"א בגיטין בהך דמערימין מדברי הרשב"א בסוכה בהך דלא ליקני וליתא שבסוכה אינם חידושי הרשב"א רק מכונה שבע שיטו' להרשב"א אבל באמת חידושי סוכה הם להריטב"א ז"ל גם בלא"ה מדברי הריטב"א שם מבואר דגם אינו קונה רק מדרבנן וכדכתיבנא אך דברי הרשב"א סותרים תכ"ד דבאותו ענין גופא סיים הרשב"א דהגיע לעוה"פ מהני אף לולב דאוריית' וזה כוונת שעה"מ כמבואר בדבריו ומ"ש שם ליישב עפ"י הך סברא דקנין דרבנן אין מועיל רק לעשות הפקר כבר דברנו מזה למעלה וכבר הביא כ"ת מ"ש בזה בק"א לשו"ת ב"ח וגם במ"א בחידושי לקידושין באתי בארוכה ואני איני כותב כעת רק מה שבעזה"י

מתחדש לי דרך עיוני בדברי כ"ת אך בלא"ה אין דבריו נכונים דאפי' תימא שאין ביד חכמים לעשות שאינו זוכה כזוכה מה"ת וכמש"ל דאף לפום הך דרשא דמה אבות נוחלין כו' מ"מ אין להם כח לעשות יד למי שאין לו להיות קונה מה"ת מ"מ התם לענין פדיית מעשר כיון שעכ"פ מצד קנין חז"ל פקע רשות האב מן המעות ואין זה מעותיו מחמת הפקר ב"ד וא"צ להוסיף חומש וע"כ דהרשב"א ס"ל דקנין חז"ל ל"מ לדאורייתא כלל אף לעשות הפקר ב"ד וא"כ סותר למ"ש דאם הגיע לעוה"פ דמקנה מדרבנן מהני לדאורייתא. והנלענ"ד בדברי הרשב"א בזה הוא דאין ספק לענ"ד דהרשב"א ס"ל דודאי מהני קנין דרבנן לדאורייתא כמבואר בדבריו כאן דהגיע לעה"פ מהני וכמ"ש ג"כ גבי פרוזבל וכן מבואר בדבריו להדיא בגיטין דף מ"ם בההיא דאקני' לבנו קטן כו' ע"ש במ"ש בשם הרשב"ם זצ"ל דדוקא לענין השטר אין כח ביד ב"ד לעשות השטר שעושה התינוק שטר מדאוריית' לפי שצריך כוונה כו' ומעמידין אפטרופ' שיכתוב לו שחרור שהפקירוהו ב"ד והעמידוהו ברשות האפטרופוס כו' ע"ש וכך מטין דברי הרשב"א ביבמות דף ס"ז בהא דאמרינן כיון דאיכא בן בהדה כו' תמי' לי דאה"נ דעדיף כו' והאיך אתיא תקנתא דרבנן ומפקיע מאיסור לזרים דאורייתא ואפשר לומר דמאן דמוקי בהכי ס"ל כר"ח דב"ד מתנין לעקור דבר מה"ת ומפקינן תרומה לחולין כו' ע"ש (ומבואר דאף בכה"ג דלא אתי ליד הזוכה מהני תקנתא דרבנן במלתא דאוריית' ולא משום זכי' מהפקר אלא יש כח ביד חכמים לעשות קנין ד"ת וכמש"ל):

אמנם מדברי הרשב"א ביבמות שם דף פ"ט ד"ה שוגג אמזיד קרמית כתב דהלכה כרבה דאין ב"ד מתנין לעקור כו' אך נראה דזה דוקא בתקנתא אבל לא לענין קנין ולקמן אבאר בזה ועכ"פ מבואר דכל קנין דרבנן מהני לדאוריית' ומ"ש הרשב"א להוכיח דזוכה ד"ת מדאינו מוסיף חומש נלענ"ד דא"ש עפ"י מ"ש הרשב"א בגיטין דף ל"ט גבי הא דאמרינן קטנים כל המחזיק בהם זכה לפי שאין להם יד לזכות בעצמם דקשה מסוכה מהא דאמרינן דינוקא מיקני קני ותירץ ר"י דמדאוריית' אין לו זכי' אבל מדרבנן אית לי' זכי' מפני ד"ש א"נ שאני התם דאיכא דעת א"מ עכ"ל נראה מדבריו דלפום תירוצא קמא דהוה זכי' מדרבנן אין זה רק משום ד"ש כמו מציאה רק בפירוקא אחרינא משום דעת א"מ משמע דהוה אפי' קנין דאוריית' ונראה דהרשב"א סובר דודאי אם נימא דמדאוריית' אין לו זכיי' כלל כ"א מתקנתא דרבנן א"כ ליכא לן לפלוגי בין מציאה לדעת א"מ דאם איתא שרצו לתקן קנין גמור שיהי' גזל ממש מדבריהם היו מתקנים גם במציאה וכיון שראו שדי בתקנה שיהיה גזל מפני ד"ש גם בדעת אחרת לא תיקנו יותר מזה והך חילוקא בין דעת א"מ ל"ש כ"א אם נאמר שהיא קנין דאוריית' ובמציאה אין לו יד מה"ת כלל ותיקנו

חכמים שיהי' גזל מפני ד"ש וגם לענין דאוריית' מגמגם הש"ך בסי' רמ"ג בחילוק זה אבל לענין דרבנן מסתבר לי' להרשב"א דליכא לאפלוגי בהכי וגם בדעת א"מ כגון ההוא דלולב אינו רק גזל דבריהם מפני ד"ש אם נימא דלא קני דעת אחרת מה"ת וכן מבואר להדיא דעת רש"י בסוכה דינוקא מקני קני להיות גזל מפני ד"ש וכל העולה דדעת א"מ ל"ש לומר שהוא קנין גמור מדבריהם אלא או דנימא שהוא קנין מה"ת או שאינו רק מפני ד"ש כמו מציאה ולפ"ז צדקו דברי הרשב"א במ"ש דמוכח דזוכה מה"ת דאל"כ ר"ל שאינו זוכה מה"ת רק שהוא כמו מציאה מפני ד"ש א"כ פשיטא דלא מהני לאפקועי רשות האב שבו מדאורייתא וצריך להוסיף חומש משא"כ בההיא דלא ליקני כו' שפיר כתב הרשב"א דדוקא בלא הגיע לעה"פ רק למדת צרור וזרקו דקנה מה"ת משום דעת אחרת ואקנויי לא מקני כלל משא"כ בהגיע לעה"פ שהוא קנין דרבנן גמור משום כדי חייו פשיטא דקנין זה מועיל שיהי' שלו ד"ת ומתנתו מתנה מה"ת ושפיר נפק בי' ידי חובת לולב דאוריית' ונכון מאד ושמחתי שזכיתי ליישב דברי הרשב"א לאמתת כוונתו בעזה"י ובהכי א"ש נמי מ"ש הרשב"א בר"פ האיש מקדש שהתוס' כתבו בשם רש"י דזכי' מדין שליחות ולפ"ד קטן ל"ל זכי' כלל מדאוריית' לא ע"י עצמו ולא ע"י אחרים כו' וקשי' לי' הא דאמרינן בהשולח אקניי' לבנו קטן כו' ואם איתא לכפיי' לאב למכתב לי' שחרור דהא דידי' הוא אכתי ד"ת וזכיית הקטן אינו אלא מדרבנן ואתי דאוריית' ומפיק דרבנן כו' וראיתי בקצה"ח סי' רל"ה שכתב וז"ל ובעיקר קושי' הרשב"א לא ידענא לפמ"ש באה"ע במעמד שלשתן דהוי דאוריית' משום הפקר ב"ד כו' ע"ש ולפמ"ש לק"מ דהרשב"א קאי התם להקשות לשיטת רש"י דס"ל דקטן לית לי' זכי' מדאוריית' רק דרבנן מפני ד"ש ובכה"ג פשיטא דלא מפיק דרבנן וכשיטתו כאן בפרק התקבל ואע"ג דרש"י פירש שם בהשולח דהאי קטן הגיע לעה"פ מ"מ הרשב"א בקידושין לא קאי לפירש"י שהרי מסיים בה הרשב"א ואי משום דלא לישכחי' ינוקא בשוקא ומסריך בי' כו' וזה שיטת האלפסי ור"ת שם בהשולח ע"ש דמפרשים דהאפטרופוס משחרר וע"י קבלת דמים שהרי הוא כמוכרו לו ע"ש בתוס' ורשב"א:

ולפ"ז צ"ל דמיירי שלא הגיע לעוה"פ דאל"כ ל"ל אפטרופוס שהרי עיקר השחרור קבלת הכסף גומר בו וא"צ שטר רק משום לעז בעלמ' כמבואר בתוס' והרא"ש שם ופשיטא דלזה הוי מהני שטרא דינוקא גופא וע"ש בפ"י דמפרש לשיטת ר"ת וכתב שטרא ע"ש דינוקא וכתב שכן נראה מהראב"ד אלא ע"כ דלהך פירושא מיירי שלא הגיע לעוה"פ ולכך צריך אפטרופס שיקבל מהעבד דמי עצמו או שטר על דמיו כמ"ש הרא"ש והכי משמע מדברי הרי"ף בהשגות שכתב אקניי' לבנו קטן דינוקא מקני קני אקנויי לא מקנה

והיינו כלישנא דסוכה דמוקי לה הרשב"א והריטב"א בשלא הגיע לעה"פ וכן הרשב"א בקידושין שם העתיק לשון דינוקא מקני קני כו' וכן מבואר ג"כ מדברי הרשב"א בגיטין דף ל"ט שכתב בההוא דגר שבזבז כו' וכן בב"מ אזל אקנייי כו' וכן לקמן בעבד של שני שותפין אזל אקנייי לבנו קטן תירץ ר"י ז"ל דמדאורייתא אין לו זכיה אבל מדרבנן אית ליה זכיה מפני ד"ש כו' הרי מבואר דמוקי גם ההיא דאקניי לבנו קטן בזכיה דרבנן מפני ד"ש ושפיר קא קשיא ליה עלה דלכפי' לאב שהרי פשיטא דמפיק מהך דרבנן שאינו רק משום ד"ש ואף דהרשב"א מקשה שם על שיטת רש"י דזכיה משום שליחות ורש"י מוקי לה להך דגיטין כשהגיע לעה"פ מ"מ אין קושיא על רש"י גופיה רק על הר"י בעל התוס' העומד בשיטתו בזה דזכיה משום שליחות ואין זכיה לקטן מה"ת ואיהו ס"ל בגיטין כפירוש ר"ת שם ע"ש בר"ן וכ"נ דעת הרשב"א גופיה שהוא פיר' המחוור לו ולפום הך שיטתא מקשה ע"ד הסוברים דזכיית קטן אינו דאורייתא וזה מבואר דאל"כ יש לתמוה על הרשב"א דק"ל על שהוצרכו להעמיד אפוטרופא כו' איפכא הו"ל לאקשויי דמה מועיל שחרור הינוקא או האפטרופס כיון דמדאורייתא לא קני ליה ועדיין הוא של אב מה"ת ובע"כ צריך שחרור מהאדון וע"כ דרש"י ס"ל דהך קנין דרבנן שהגיע לעה"פ הוא מועיל לדאורייתא שיכול התינוק לשחררו בלא האב וא"כ מה קא קשיא ליה דלכפייה לאב כו' דהא ע"כ לומר שהאב אין לו עוד רשות בו אף מדאורייתא וממקומו הוא מוכרע וגם בלא"ה מה קושיא דלכפייה לאב ואתי דאורייתא ומפיק דרבנן דלמא אה"נ דכפינן לאב לצאת י"ח דאורייתא ומ"מ כיון דמדרבנן הוא שלה קטן הרי יש עליו תורת עבד מדרבנן וצריך שחרור מינוקא מדרבנן ובהכי א"ש נמי מ"ש בשם רשב"ם שהרי אין גיטו מועיל להתירו בבת חורין לאפקועי איסור דאורייתא דקטן אינו בר שילוח ולפי מ"ש י"ל דבאמת עיקר השחרור הוא ע"י האב אלא שאנו צריכין לאפקועי איסור דרבנן ולזה מהני נמי גיטא דידיה וכמו חרש כשם שכנס ברמיזה כך מוציא ברמיזה אף לגבי גט אשה ומה דמייתי רבינו שמואל ראיה מקטן שבא על יבמתו שאין נותן גט לפי שקנה מה"ת אין זה ראיה רק אי נימא דדעת א"מ קונה מה"ת או אם נימא דמה שקנה מדרבנן ע"י שהגיע לעה"פ הוי כאילו יש לו בו קנין גמור דאורייתא וא"כ הוה כקטן שבא על יבמתו שקנה מדאורייתא וגיטו אין מועיל אבל אם נימא שאין לו רק קנין דרבנן י"ל דאף שחרור שלו מועיל אף שאינו בר כוונה דמ"מ מדרבנן בר כוונה הוא ומועיל כמו שמועיל הקנאתו לממון וע"ש בתוספ' ושאר מפורשים שמבואר מדבריהם דקושית רשב"ם הוא משום דס"ל דבעי גיטא דחירותא מדאורייתא וחזרנו למ"ש דאין קושית הרשב"א לשיטת רש"י דמפרש דמיירי בהגיע דלדידי' לק"מ בין אם נאמר דהקנאה דרבנן מהני לדאורייתא בין

אם נאמר דל"מ דהא מ"מ צריך להעמדת אפטרופס להתירו בבת חורין שהרי יש עליו תורת עבד דרבנן דמהני הקנאתו מדרבנן אך עיקר קושית הרשב"א על הך שיטתם דס"ל דמוכרו בדמי עצמו ומיירי בלא הגיע לעה"פ רק דחיישינן דינוקא מקני קני מפני ד"ש בזה להני ליה הכפאת האב לבד ומשום ד"ש דינוקא דלא לסרוך בזה נקרקש ליה בזוזי וזה שיטתו בגיטין דף ס"ה גבי הך דמערימין ג"כ דכיון דאינו מדרבנן גמור רק משום ד"ש לבד אינו מפקיע מידי מדאורייתא כלל. והנה לפי מש"ל דאין כח ביד ב"ד לעשות יד לקטן לזכות מדאורייתא אף להך ילפותא דמה אבות משום דאבות גופייהו לא מצו להנחיל לקטן מה שירצו כיון דבצרי להו ידות ממילא דלק"מ מ"ש בקצה"ח דקנין דרבנן מהני מה"ת דשאני הכא בקנין דקטן ואף שכתבתי לעיל בהך דמערימין דלא איכפת לן בהכי דמ"מ לאו מעשרו דאב הוא וא"כ ה"נ מאי מהני גיטא דאב אפילו מה"ת דהא עכ"פ הפקר ב"ד הוא אלא שאין יד לקטן לזכות בו רק מדרבנן אין הנדון דומה דהתם שהאב הוציא המעות מידו ונתן ליד הקטן שפיר י"ל דפקע רשות האב מן המעות אף מדאורייתא מחמת הקנין דרבנן משא"כ בזה אף שזכה הקטן בעבד באחד מדרכי הקניות מ"מ קניות אלו אינם מועילים לו רק מדרבנן ובמה יצא מרשות האב מדאורייתא וא"ל כיון שמדעתו נתנו לו הו"ל כהפקר ז"א שלא חל עליו ענין יציאה מרשותו כ"א ע"ד שיזכה הקטן וכההיא דאמרינן אדעתיה דבריה אפקריה כו' וכבר כתבתי לעיל שצ"ע על הרשב"א שהביא בש"מ לב"מ לענין ריבית דנכרי על הרמב"ן דכל דבר שבממון משום הפקר ב"ד נגעו בה דאפילו תימא שיש כח בידם לזכות לזה אף שלא הגיע לידו וכההיא דהתם שהישראל זוכה בשבילו דהא אפ"ה לא מצי לשויה לנכרי יד לזכות ומכ"ש לפי פשיטת לשונות הרשב"א בקידושין ובגיטין דף ס"ה משמע דלא מהני דרבנן לדאורייתא כלל ולפי מ"ש י"ל דבגיטין וקידושין שפיר קאמר הרשב"א לפי מה דס"ד השתא דאף אם הגיע לידו ודעת א"מ לא זכה בו רק מדרבנן כיון שאין לו דעת לקנות ובכה"ג לא מצו למשויה ליה יד לזכות מה"ת משום הפקר ב"ד דמה ענין זה ליד משא"כ בעכו"ם דאית ליה זכיה לנפשי' מדאוריית' כשהגיע לידו בקנין המיוחד לו במכירה ומתנה רק דזכיה ע"י אחר ל' כיון שאין לו שליחות לעכו"ם וממילא דשפיר מהני הפקר ב"ד לאוקמי ברשותיה אף מדאורייתא:

ובהכי א"ש גבי מ"ש בקצה"ח שם ראיה מהא דתנן בשקלים גבי קטנים אם שקלו מקבלין מידם מוכח דרבנן מהני לדאורייתא שהרי מקריבין קרבן וכבר קדמו בספר שעה"מ פ"א מהלכות שקלים שהם מבני חיובא דמה"ת אף במטבע בטל ברוב ע"ש כן עלה במחשבה לפני ג"כ בהשקפה ראשונה בקצה"ח ועמי היתה ושלחתיה דאכתי תיקשי למה מקבלין

מידם ומערבין אותם בידים לכתחלה דהא קי"ל דאין מבטלין איסור לכתחלה ויש פוסקים דס"ל דאפילו מדאורייתא אסור אך לפי מ"ש א"ש דהתם לענין שהקטן יהיה מקנה להגזבר לציבור וימסור להם יפה שפיר מהני מדרבנן למשויה דאורייתא שהפקיעו חכמים רשות הקטן והעמדוהו ברשות הצבור משא"כ להיפך שהקטן יהיה קונה וזוכה לנפשיה לא מצו למשויה מדאורייתא:

וגם נלענ"ד דכל מה שנאמר בפוסקים דקנין דרבנן ל"מ לדאוריית' אין הדברים אמורים אלא כ"ז שהחפץ ההוא שהקטן תופס בו מדרבנן הוא בעין ובזה אמרינן דמדאורייתא ברשותא דמריה קאי אבל אם הקונה מוציא החפץ ההוא מידו במכירה או נתינה לאחר פשיטא שהלוקח מידו הוא קונה מדאורייתא דלא גרע תקנתא דרבנן שתיקנו שיקנה מיאוש וש"ר ואפילו בקטן שי"ל דמה בכך הרי אין יאוש שלו מועיל מ"מ פשיטא דלא עבדו רבנן תקנתא כה"ג שתקנה זו קלקלה שהלוקח אינו לוקחו ע"מ כן שלא יהא לו בו רק קנין דרבנן והרי זה המוכר התירו לו חז"ל להוציאו ולמוכרו לכתחלה וכמ"ש הרמב"ן במלחמות פרק לולב הגזול דאפי' לצי"ש א"צ להחזיר אלא ודאי שלא אמרו אלא בעוד שהחפץ קיים ביד הקונה בקנין דרבנן בזה אמרו דלא מהני לדאורייתא וכההיא דלולב לתינוק או כההוא דאקניא לבנו קטן או כההיא דמעשר שני אבל אם כבר בא ליד אחר ודאי הוא שלו דאורייתא ומכ"ש מה שלוקח תמורת חפץ זה שתופס בו קנין דאורייתא וכיון שאנו לוקחין בעד שקלי הקטנים בהמות לקרבן פשיטא שהם קנויין לצבור מדאורייתא שהרי מיד שהוציא הגזבר המעות ברשות המוכר קיימי והם ניקנין למוכר קנין גמור והבהמות שלוקחין מהמוכר נגדם פשיטא שהם קנויים להקדש אף מדאורייתא ואין כאן בית מיחוש:

שוב ראיתי בשו"ת הריב"ש סימן רע"ו שהקשו לו אהך דב"מ דמתרץ רבינא זכיה מדרבנן אית ליה דמה מועיל לעקור דבר מה"ת בקום ועשה שמקבל ישראל ריבית מחבירו והריב"ש תירץ כיון דתקינו ליה זכיה והפקר ב"ד הפקר הרי אין מעות אלו של הישראל ולא שקיל ישראל מישראל רביתא והו"ל כההיא דמקדש בחמץ מו' ולמעלה כו' כיון דחכמים אסרוהו בהנאה לאו ממון הוא וכאן נמי כיון שזכה העכו"ם בממון זה ואם קידש בו ישראל את האשה אינה מקודשת כמו אם קדשה בגזל ובחמס שהרי גזל גמור הוא מדבריהם ומוציאין אותו בדיינים למאן דאית ליה גזלו של עכו"ם אסור כדאמרינן במציאות חש"ו לר"י גזל מדבריהם ומוציאין אותו בדיינים עכ"ל והפ"י שם רמז לדבריו בקצרה ע"ש ומשיחתו נאה למדנו דא"ש בפשיטות מ"ש על הרשב"א דמה בכך דהפקר ב"ד הא נ"ל יד לזכות אך הריב"ש בלשונו הזהב כתב הרי אין מעות אלו של הישראל ולא

שקיל ישראל מישראל רביתא וא"כ א"ש דלא איכפת לן בזה שאין ידו של עכו"ם זוכה לו מה"ת דעכ"פ אף מה"ת לאו של ישראל הוא לשום דבר לקדש בו אשה וממילא שאין כאן ריבית של ישראל וכמש"ל גם לענין הך דפדיון מ"ש דמהני הפקר ב"ד שלא להוסיף חומש משום דמעשרו כתיב וגם למדנו מדברי הריב"ש אלו דדוקא גזל גמור מדבריהם שמוציאין אותו בדיינים מפקיע מידי דאורייתא אבל מה שאינו גזל רק מפני ד"ש אכתי ברשותיה דמריה קאי לכל מילי דאורייתא ולכן שפיר דייק הרשב"א דדעת אחרת מקנה מה"ת דאל"כ דאין חילוק בין דעת א"מ א"כ לעולם אין כאן גזל רק מפני ד"ש וא"כ לא נפיק המעות מרשות האב כלל ויצטרך להוסיף חומש וכן בפרק האיש מקדש קאי התם לשיטת רש"י דזכיית קטן לעצמו מדבריהם והיינו כתירוץ קמא דהרשב"א בדף ל"ט דמה שאמרו אקניה לבנו קטן אינו רק גזל מפני ד"ש ואהא שפיר מקשה דליכפיה להאב כו':
איברא דמה דכתיבנא בדעת הרשב"א דאם נימא דאין דעת א"מ זוכה מה"ת שוב אין לחלק בתקנתא דרבנן לענין דעת א"מ וגם בזה אינו רק מפני ד"ש אין זה דעת הר"ן הביאו בשי"מ ב"מ דף י"א שכתב וז"ל והר"ן כתב אבל מר אמר חדא כו' נקטינן השתא דקטנה יש לה יד כו' אבל קטן אין לו יד ולא חצר מדאורייתא דאי אית ליה יד חצר נמי אית ליה והא דאמרינן צרור וזורקו כו' זוכה היינו מדרבנן והא דתנו מציאת חש"ו כו' מפני ד"ש אלמא מדרבנן נמי לא זכה רק מפני ד"ש התם במציא' דליכא דעת א"מ אבל במכר ומתנה זכיה גמורה אית ליה מדרבנן כו' וכן דעת הריב"ש הובא בשי"מ ב"מ בסוגיא דמציאת קטן לאביו ד"ה ופליגא דרחב"א ובשיטת הר"ן רבי' אמרה וכך הוא דעת היש מי שאומר שהביא הריטב"א בסוכה גבי לא ליקני לולבא (אבל שיטת הריטב"א גופא נראה דס"ל דדעת א"מ מה"ת שבש"מ ב"מ בסוגיא הנ"ל בהא דאמר רבא עשו שאינו זוכה כו' כתב דדעת א"מ הוי דאורייתא) וכן נראה מדברי הר"ן בחידושיו פרק בן סורר שכתב אם גר זה שנתגייר שהוא קטן קשה כו' וכיון שאין לקטן זכיה מה"ת האיך היה לגר זה הקטן ממון כו' ע"ש ונראה שיש שם חיסור לשון וט"ס וצ"ל וגם קשה כיון שאין לקטן כו' ושני קושיו' הם כמבואר למעיין בתוספות וכן דעת הנ"י פ"ק דב"מ ומעתה מה שהחליט בשער המלך שדעת הר"ן דהוי מה"ת ממ"ש בפ"ק דקידושין גבי אומר לבתו קטנה כו' ומיהו כי אמרינן דקטן אית ליה זכיה מדאורייתא לנפשיה ה"מ כי איכא דעת א"מ אבל במציאה כו' ותמה בזה על הפר"ח שפי' דברי ר"ן בסוכה ע"ש ולפמ"ש אדרבה מבואר דהר"ן ס"ל דדעת א"מ אינו מה"ת ובקידושין לדברי האומר כן קאמר וגם י"ל דכוונת הר"ן מ"ש דקטן אית ליה זכיה כו' ר"ל דמהני זכייתו מדאורייתא דהא ממילא הכי הוא דכל שתיקנו לו זכיה מדרבנן הדר הו"ל זכיה דאורייתא ולא אתי אלא לאפוקי מציאה

דזכייתה לא מהני מדאורייתא כיון שאינו רק משום ד"ש ומה שנסתפקו בזה בדעת הר"ן דסוכה אם יש לפרש כוונתו דזכיה דרבנן מהני כדאורייתא הנה הדבר מפורש יוצא מדברי הר"ן דגיטין פרק התקבל בההיא דצרור וזרקו שכתב דכיון דרבנן תיקנו זכיה הא קי"ל הפקר ב"ד הפקר ומיהו אשכחן זכיה דרבנן דקלישא מזכיה דאורייתא בפ"ב ומודה שמואל שאם נתנו במתנת ש"מ כו' אלמא כיון דממונא לא אתי לרשות זוכה ולא זכי ביה אלא מדרבנן לא אלימא זכיה דיליה כדאורייתא ומצי מחיל כו' ומיהו התם איכא למימר דרבנן הכי תיקנו הם אמרו והם אמרו אבל הכא היכא מפרקינן בפשיטות דלא מהני בדאורייתא ולפיכך נראה דברי רש"י עיקר עכ"ל. מבואר דס"ל דמלתא דרבנן שפיר מהני למלתא דאורייתא ומכאן מוכח ג"כ דלא כמ"ש במק"ח שאין כח ביד ב"ד לעשות הפקר וכיון דלא אתי לרשות זוכה אינו קונה מה"ת ולכן במעמד שלשתן מקודשת מדרבנן וכבר הזכרתי סברא זו בק"א לתשובת ב"ח החדשות אך מדברי הר"ן מבואר שז"א דהא שם איירי בשיתופי מבואות דהקטן זוכה לאחרים מדרבנן ואפ"ה ס"ל דהוי מהני לדאורייתא אף דמדאורייתא אין יכול לזכות ולא אתי ליד זוכה וע"כ לומר דהפקר ב"ד מצי לאוקמי ברשותיה אף דלא אתי לידיה ולכן נלענ"ד שהר"ן בסוכה לא נחית לדיעות אלו אי קני מדאורייתא או מדרבנן דבין כך ובין כך אם הגיע לעה"פ מהני מה שחוזר ומקנה אף דנימא דדעת א"מ הוי זכיה דאורייתא ומכ"ש אם נימא דאף דדעת אחרת מקנה לא הוי רק דרבנן דכשם שקונה מדרבנן כך חוזר ומקנה וכמ"ש הריטב"א (וקצת צ"ע בדברי הריטב"א שם שהוכרח לומר דזכיה דרבנן זכיה גמורה היא דהפקר ב"ד כו' ואינו יוצא אף לד"ת דל"ל כולי האי דהא אפילו תימא דד"ת היה יוצא בו מ"מ כיון דזוכה מדרבנן ולא מצי לאקנויי אף מדרבנן כיון שלא הגיע לעה"פ אם כן עכ"פ מדרבנן לא נפיק ואפשר דא"ש לפי מ"ש הר"ן פרק התקבל שם דעיקר כשיטת רש"י דאין זוכה לאחרים אף מדרבנן ומ"מ בשתופי מבואות דרבנן זוכה אף לאחרים ע"ש ולפי זה י"ל דה"ה בלא הגיע לעה"פ אף דלא מצי מקני אף מדרבנן מ"מ בדרבנן הקילו משום מצות חינוך שיהיה מועיל חזקת הקנאתו ולכן הוצרך לומר דזכיה דרבנן מועלת שאין יוצא ד"ת וכולי האי שיהיה מועיל חזרת הקנאתו לד"ת לא הקילו משום מצות חינוך) ומ"מ מדברי הר"ן בגיטין שם שכתב דלר"י אף ע"ג דזכיה מדין שליחות מ"מ בזכיה כיון דאיתיה בדנפשיה דהא זוכה לעצמו הו"ל כגדול ושמואל פליג וס"ל דלאו בר שליחות היא כו' מבואר דס"ל דלכ"ע ס"ל דבזכיה לנפשיה מיהא איתא מדאוריית' ואם כן דברי הר"ן לכאורה סותרים זה את זה ונראה שהר"ן כ"כ בשיטת התוספות דס"ל דפלוגתייהו בזוכה לאחרים היינו בדאוריית' ואם כן פשיטא דזוכה לעצמו נמי היינו דאורייתא משא"כ למאי דמסיק שם

דעיקר כשיטת רש"י דזוכה לאחרים מדרבנן גם הא דזוכה לעצמו היינו מדרבנן דוקא ושם לעיל מינה כתב הר"ן החילוק בין הא דאמרינן זוכה לעצמו והתם אמרינן מציאת חש"ו כו' משום ד"ש דדעת אחרת מקנה שאני סתם הדברים ויש לפרש שר"ל שקונה מדאורייתא ואיכא למימר שאינו רק דרבנן וכמ"ש בש"מ ב"מ בשמו וכמש"ל:

והנה מ"ש הר"ן דר"א ושמואל פליגי אי מהני שליחות בזכיה דאיתיה בדנפשיה כ"כ התוספ' שם ובהכי א"ש לענ"ד מ"ש התוספות בסנהדרין פרק בן סורר אחר שכתבו דדעת אחרת מקנה מה"ת ובא"נ משמע דאית ליה זכיה מדאורייתא דגרסינן ברוב הספרים קטן נהי דשליחות לית ליה זכיה מדרבנן אית ליה ויש ספרים דל"ג מדרבנן ולכאורה תימא דהתם לענין שיזכו לו אחרים מיירי וזה מדין שליחות וכיון דשליחות לית ליה גם זכיה אין לו מה"ת רק מדרבנן וכמ"ש התוספות בתחלת דבריהם משא"כ לענין אם הוא בעצמו זוכה שפיר י"ל דקונה מה"ת אם הוא בן דעת ולפי מ"ש התוספות והר"ן בגיטין אליבא דר"א דלכך זוכה לאחרים משום דאיתא בנפשיה שהרי זוכה לעצמו והרשב"א בקידושין דף י"ט כתב שדעת התוספות לפסוק דזוכה בין לעצמו בין לאחרים וא"כ שפיר דייקו התוספות למלתייהו דמדקאמר התם דאין זכין לו רק מדרבנן מוכח דגם דעת א"מ אין זוכה מה"ת דאל"כ הו"ל לזכות ע"י אחר מדאורייתא דאף דנימא דזכיה מטעם שליחות הא איתא בדנפשיה ובזה יש לו תורת שליח ומה לי שהוא יהיה נעשה שליח לאחרים לזכות להם אז אחרים יהיו שלוחים לזכות לו:

ועוד י"ל דהתוספות ס"ל הכא כמ"ש התוספות בכתובות דף י"א די"ל דאף דזכיה מטעם שליחות ואין לקטן שליחות מה"ת ה"מ בדבר שיש בו קצת חובה כגון תרומה כו' אבל היכא שזכות גמור הוא לו יש לו שליחות והתוספ' כתבו שם להך גרסא דל"ג מדרבנן אך באמת אף לפום הך גרסא זכיה מדרבנן אית ליה שפיר מצינן לקיומי הך סברא דבזכות גמור יש לו שליחות אך דמ"מ אין השליחות מועיל משום דקטן לא מצי זכי לנפשי' מה"ת וכל מלתא דאיהו לא מצי עבד לא משוי שליח ולכן אף אם זוכה לו אחר אינו רק מדרבנן ובעי רבינא למילף מיניה לעכו"ם דאפשר שתיקנו לו רבנן זכיה אף דל"ל שליחות (וא"ל דבעכו"ם נמי נימא דבזכות גמור מהני שליחותיה ועכו"ם הא מצי זכי לנפשיה כמש"ל דז"א כמבואר להדיא בתוספ' דכתובות שם שכתבו דכיון שבא להתגייר חשבינן ליה כישראל קטן ואע"ג כו' משמע דאף זכות גמור לא מהני לעכו"ם לעשות שליח וטעמא דדוקא בקטן דילפינן מנין שזכין כו' ועיין בשי"מ ב"מ דף ע"ב בשם הרשב"א ויבואר לקמן) ולפי זה שפיר כתבו התוס' דלפום הך גרסא דגרס זכיה מדרבנן אית ליה מוכח דאף ע"י עצמו אין לו זכיה מה"ת דאם נימא דע"י עצמו זוכה מה"ת כשדעת אחרת מקנה

אז אף ע"י אחרים זוכה היכא שהוא לו זכות גמור ויותר נראה שכוונתם דפשטא דלישנא דקאמר זכיה מדרבנן אית ליה הוא כולל בין זכיית עצמו ובין זכיה ע"י אחרים וכן משמע מדברי הרשב"א בקידושין פרק האיש מקדש שהבאתי לעיל מ"ש:

ובזה מיושב דברי הנה"כ ביו"ד סימן ש"ה שכתב שוב מצאתי להדיא בתוספ' ר"פ בן סורר כו' ובקצה"ח סימן רמ"ג כתב שאינו ענין כלל דהתם מיירי שזוכה הקטן מנפשיה בדעת אחרת מקנה והך דרב גידל מיירי במזכה ע"י אחר ותמה במה שחשב למציאה כו' ועיין סימן רל"ה שכתבנו שיטת הפוסקים דקטן זוכה מה"ת ואילו ע"י אחר אין זכין לו מה"ת ואע"ג דכתבנו דעת הרמב"ם כו' אבל דעת התוספות והפוסקים דדעת אחרת מקנה אינו משום זכיה כלל עכ"ל ולענ"ד מציאת הש"ך הוא מציאות גדול לעצמו שהרי מבואר שם בתוספות דהוא תלוי בחילוף הגרסא דב"מ דמיירי לענין זכיה ע"י אחר וכמש"ל ולפום הך גרסא זכי' מדרבנן אית ליה אף שע"י עצמו אין זוכה ובנה"כ שם כתב דעיקר כהך גירסא דל"ג מדרבנן ומוכרח כן מדברי התוספ' שהכריעו דזוכה מה"ת וממילא דגם לענין זכיה על ידי אחר הוא מדאורייתא כמש"ל באורך בדברי אך מה שסיים הש"ך שיש ראיה ברורה מדר"ג לדברי התוספ' דזוכה מן התורה זה צריך עיון דיש לומר דנהי דעל ידי אחר שפיר זוכה וכדר"ג מ"מ עצמו לא וכדמשמע מדברי התוס' גופייהו בתחלת דבריהם שם דאי לאו דזכיה מטעם שליחות איכא למימר דמהני זכי' ע"י אחר אף דאין זוכה ע"י עצמו וכן מבואר בשו"ת המכונות להרמב"ן סימן פ"ו שכתב לא אמרו בפחות מצרור וזורקו אין זוכה לא לו ולא לאחרים אלא ע"י עצמו לפי שאין לו יד כלל אבל בקנין ע"י אחרים או במזכה ע"י אחרים זכין לו דאפי' במזכה לעובר איכא מ"ד דקנה אבל בילוד ודאי קנה ואפשר דזכין להם מה"ת כדמשמע פרק הא"מ כו' אלא כי הא דרב גידל כו' אלמא זכין לקטן ד"ת ואפי' לקטן המוטל בעריסה כו' עכ"ל וכן מבואר ממה שפסק הרמב"ם וטור וש"ע במזכה לשוטה ע"י בן דעת קנה אע"ג דשוטה אין לו זכיה ע"י עצמו כלל וע"ש בב"י שכתב הטעם דזיכוי ע"י א' מהני משום דזכין שלא בפניו (ובקצה"ח גמגם בזה משום דלא אתי לכלל שליחות וא"ל דאתי לכלל שליחות כשישתפה עכו"ם נמי אתי לכלל שליחות לכשיתגייר אלא ע"כ משום דמחוסר מעשה כו' עכ"ל הנה התוס' בסנהדרין דף מ"ז כתבו כמו דישן ממילא מתער כמו כן בשוטה ממילא משתפי ומה שקשה ע"ז מפרק מי שאחזו הארכתי בתשובה סימן אמנם י"ל דהתם דמיירי שעתה נשתפה אמרינן למפרע דלא הוי מחוסר מעשה דממילא משתפי. משא"כ כאן דמאן לימא לן שישתפה. ואפשר לומר דנהי דלא דמי לקטן דודאי סופו ליגדל מ"מ גם לעכו"ם לא דמי דאף לכשיתגייר השתא מיהא מחוסר מעשה משא"כ שוטה אם ישתפה ממילא

הוא ולפי"ז י"ל דגם שוטה הוא בכלל ההיא דר"ג דיליף דזכין שלא בפניו מנשיא א' למטה שהרי הם זיכו לכל ישראל באי הארץ ומי לא עסקינן שהיה ביניהן חרשין ושוטים ג"כ דהא אינהו נמי בני ירושה נינהו משא"כ עכו"ם מה"ת לומר שיהא בר זכיה כיון דלא אתי לכלל שליחות בלא מעשה וגם י"ל דמה שיתגייר אין זה אתי לכלל שליחות דלכי מתגייר גופא אחרינא הוא משא"כ בשוטה שנשתפה ואין להאריך שוב מצאתי בשער המלך הל' נחלות שכתב ג"כ כמ"ש דחרש ושוטה עדיף מנכרי דלכשיתגייר פנים חדשות באו לכאן כו' ונהניתי) וע"ש שה"ה הביא ראי' מפקח שכתב כתובה לאשתו חרשת כתובתה קיימת שרצה לזוק בנכסיו וע"כ שיש זכות לשוטה ע"י בן דעת ולענ"ד צ"ע דמה ענין זה לזכיה ע"י אחר ואי מצינן למילף מהא נילף מינה דשוטה זוכה ע"י אחר עצמו ובאמת גם בקטן כה"ג לא זכי כמ"ש הר"ן דאין זוכה אלא במה שהגיע לידו אבל במתחייב לקטן בשטר לא אא"כ זיכה ע"י אחר והובא דעתו בש"ע סימן רמ"ג ובכתובה לא שייך זיכוי ע"י אחר והר"ן שכתב אא"כ זיכה ע"י אחר ר"ל דאם מתחייב לתת לו חפץ בשטר או בקנין אינו מועיל אף אם החפץ בעין אא"כ זיכה לו החפץ ע"י אחר.. אבל לענין חיוב שמתחייב על דבר שאינו בעין מה זיכוי ע"י אחר שייך בזה וא"כ תיקשי בההיא דפקח שנשא כו' אך לענ"ד דאף דשוטה לית ליה זכי' כלל בחפץ בעין מ"מ חיוב שמתחייב א' לתת לו מהני כמו בדבר שלא בא לעולם דלא קנה בדרך הקנאה ודרך חיוב מהני וה"נ אע"ג דהשוטה ל"ל יד לזכות מ"מ המתחייב פקח הוא וחיובא רמי עליו לתת לזה מה שנתחייב לו ועכ"פ ללמוד משם לענין לזכות לשוטה ע"י בן דעת אנו אין לנו ראיה משם:

ה"ח ראיתי שכ' לדחות ראיית ה"ה דשאני התם דזה אינו מתנה אלא כמו שפחה לשמשו וכדאמרי' ר"פ חרש אילו קנה שפחה לשמשו כו' ושכר מלאכה אפי' חרש ושוטה אית לה כמ"ש התוספ' ר"פ בן סורר כו' ע"ש ולדבריו לא הו"ל למימר מפני שרצה לזוק בנכסיו דהא לדידיה שוה שכר שפחה לשמשו וא"ל דבשביל שכתב לה מאה מנה קרי ליה היזק בנכסיו דא"כ מה דיהיב טפי משווי' דשכר שפחה הוא בתורת זכיה ושפיר קאמר ועוד לדבריו אף בלא כתב לה כתובה ניתב לה מה דשוי שכר שפחה אלא ודאי דז"א שהרי ניזונת משלו וטב לה למיתב טן דו ודאמרינן התם בפ' חרש אילו רצה שפחה לשמשו שם מיירי לענין חרש שהב"ד משיאין לו פקחת וכותבין לה כתובה על נכסי החרש כשרואין שאינו מוצא אשה אלא בכך כמו שמפקחין על שאר ענינו ולוקחין שפחה לשמשו שהב"ד אביהם של חרשים וכמ"ש הנ"י שם משא"כ כאן דאף ע"פ ששכר מלאכה וטרחא הוא חייב לקטן וה"ה לחרש ושוטה מ"מ אין זה מצד שזה שיעבד נפשו

להקטן דהא לא מצי זכי רק שהוא מחויב לשלם שכרו כפי פעלו אבל גוף הענין שנעשה בינו ובין השוטה הוא בטל כמו שמשאו ומתנו במקח וממכר הוא בטל שלא תיקנו בשוטה משום כדי חייו ופשוט שאם שכר שפחה שוטה לשמשו ופסק לה עבור זה מאה מנה שהענין בטל דמה לי השכיר גופו או כליו שהשכירן או מכרן שהשכירות והמקח בטל וא"כ ע"כ דמה דאמרינן דכתובתה קיימת היינו מצד זכי' ולכן הביא ה"ה ראיה משם אך שצ"ע כמ"ש דהתם לאו בזכוי ע"י אחר מיירי ואינו מצד זכיה רק מצד חיוב ושפיר יכול לחייב עצמו ומ"ש בקצה"ח מדברי הרא"ש פ"ב דכתובות כבר עמד בזה בספר מחנה אפרים והביא שם דברי הש"ס דפ' א"נ דלעיל וכתב דאם נימא שנעשה שלוחו של בעל הממון א"ש ובאמת לא משמע כן מדברי התוספ' ושאר מפרשים שכתבו דאי זכיה מטעם שליחות אין זכין לקטן ואם נימא דהוא שלוחו של בעל הממון א"כ מה בכך שאין שליחות לקטן הא בעל הממון אית ליה שליחות ואמנם באמת מדברי התוספ' שם בפרק א"נ מבואר דהזוכה נעשה שלוחו של בעל הממון וכ"כ הנ"י פ"ק דב"מ בשם הר"ן והביאו במחנה אפרים שם וכן הוא באורך בש"מ שם בשם הר"ן ולפ"ז קשה במה דזכין ע"י אחר כיון דע"כ שנעשה שלוחו של בעל הממון וגם נעשה שלוחו של המקבל מתנה לזכות עבורו א"כ לא חזרה שליחות אצל הבעל:

וראיתי במחנה אפרים הל' שלוחין שכתב דבממון לא בעינן וע"ש שכתב הטעם בשם הרא"ה משום דהו"ל כטלי גיטך מע"ג קרקע ולפי מ"ש במחנה אפרים שם החילוק משום דבגט בעינן שיבא לידה מיד הבעל או שלוחו וכל שלא חזרה שליחותו לא מיקרי שלוחו של בעל אבל במתנה לא בעינן שיבא מיד הנותן הלכך אף דלא חזרה שליחות לא הוי שלוחו של הנותן רק של המקבל והיינו משום דאזיל בשיטת הר"ן רפ"ק דגיטין שכתב שיכול כל אדם לעשות עצמו שליח אף שלא עשאו הנותן שליח וע"ש מ"ש בסוף דבריו בסתירת דברי הר"ן כלפי מציאה דוקא הוא דאמרה כו' וע"ש דלא משמע הכי ומדברי התוספ' משמע איפכא דבמציא' ודאי יכול להעשות שליח ע"ש בפ' א"נ דף ע"ב וא"ל דהתם נמי משום מיגו דזכי ולענ"ד דלא בעינן רק שעכ"פ בתחלת הזכיה יהי' שלוחו של נותן ויצא בזה מכלל תופס לבע"ח ואף שאח"כ נעשה שלוחו של מקבל לא איכפת לן בהכי ויכול לזכות עבור המקבל שהרי אינו תופס לבע"ח משא"כ בגט דאם כלתה שליחות הבעל הו"ל טלי גיטך מעג"ק:

והנה סברא זו דצריך להיות שלוחו של בעל הממון איתא בירושלמי דמ"ש הביאו במחנה אפרים אך בתשוב' כתבתי דעיקרא דהא מלתא בירושלמי דגיטין פרק התקבל דמחלק בין שליח לקבלה דגט לשליח קבלה דמתנה משום דתמן זיכתה אותה תורה לקבל את

גיטה ברם הכא אין אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו ובזה דחיתי דברי קצה"ח סימן קפ"ב שכתב על דברי הנ"ב שכתב גבי שחרור שהוא שליח של עבד וע"ז כתב בקצה"ח דז"א דע"כ הוא שליח של הנותן והביא דברי התוס' דב"מ דף ע"ב ע"ש ולא ראה דברי הירושלמי הללו דדוקא לענין ממון אמרינן הכי אבל בגט וה"ה בשחרור התורה זיכתה לעבד לקבל שחרורו כדאמרינן בקידושין דף ך"ג דאפילו לרשב"א דאיהו גופיה לא מצי לקבל גיטו שליח משוי דיליף לה מאשה ע"ש:

והנה לפום הך סברא דנעשה שליח של בעל הממון א"ש טפי הא דאמרינן דזכיה לאו מטעם שליחות דהיינו שאינו שלוחו של המקבל אבל מ"מ הוא שלוחו של הנותן לזכות בשביל זה וזה הזוכה זכה אף שלא בקנין בחפץ הזה ובזה מסייע לן הך שיטתא דדעת אחרת מקנה קונה מה"ת דאף דהזכיה מצד הקטן לאו כלום הוא מ"מ הוא נקנה לו על דעת אחרת מקנה שהוא מקנה לו דא"ל כיון דהקנין מצד הקטן אינו כלום במה קנה דז"א דהא גם בזכי' ע"י אחר אין הקונה עושה כלום וזכה ובשלמא אם נימא דזכי' מטעם שליחות א"כ י"ל דמה שזה האחר עושה קנין הוא כשליחותו של המקבל משא"כ אם זכי' אינה מטעם שליחות דהא אף לקטן זכין ע"י אחר אף דלאו בר שליחות הוא א"כ ע"כ שזכייתו הוא ע"י שנעשה שלוחו של בעל הממון לבד והזוכה או שלוחו לא עבדי מידי וא"כ אף בלא אחר נמי כשדעת אחרת מקנה אותו דהא הקטן עושה הקנין וקטן יש לו מעשה אלא שאין לו יד לזכות בעצמו אבל כשדעת א"מ מהני מעשה דידי' כמו דמהני מעשה האחר אף שלא פשט הקטן ידו לזכות ולא עבד מידי:

ובאמת התוס' בפ' בן סורר דקיימא בשיטתא דזכיי' מטעם שליחות הוצרכו להביא ראיות אחרות דדעת א"מ מה"ת והש"ך שם שהכריע עיקר דזכיה לאו מטעם שליחות מהך דרב גידל שפיר כתב דיש להביא ראיה גם מהא דר"ג דדעת א"מ מה"ת וא"ש נמי הא דבשוטה אינו זוכה לעצמו וע"י בן דעת זוכה משום דאף שדעת א"מ מ"מ אין כאן מי שיעש' מעשה הקנין כשזוכה ע"י עצמו דשוטה אין לו מעשה כלל אבל כשמזכה לו ע"י בן דעת זכה שהבן דעת הוא שעושה מעשה הקנין להוציא מרשות הנותן וממילא שזכה בו השוטה דכשלא בפניו דמי וזכין שלא בפניו אף שלא מטעם שליחות וראיה לדינו של הרמב"ם בזה נלענ"ד מהא דאמרי' בב"מ דף ח' בשלמא חרש קנה דהא מגבה ליה בן דעת ולפי פירש"י שם היינו שהפקח מגביה שיזכה החרש בהחצי ע"ש ואין פנאי לעיין כעת.

ובקצה"ח סימן רל"ה תמה על ה"ה במ"ש על הרמב"ם בדין קטן שקנה קרקע כו' שהביא ראיה מדר"ג ותמה דהתם זכיה ע"י אחר הוא ולכן כתב בדעת ה"ה והרמב"ם שדעת א"מ הוא מדין זכיה שהנותן בעצמו זוכה לו כו' והאריך בזה ולדבריו תיקשי דשוטה נמי יהא

זוכה ע"י עצמו כמו דמהני כשזוכה לו ע"י אחר ולפמ"ש א"ש ונראה לבאר עוד דודאי מה שאמרו זכין לאדם שלא בפניו אין הפרש בין אם הנותן בעצמו עושה מעשה זכות לחבירו או שמצוה לאחר לזכות בשבילו בכל גוונא אמרינן זכין לאדם שלא בפניו אך הסיבה המונעת שאין שוטה וקטן יכולים לזכות ע"י עצמם כ"א ע"י אחר אין המניעה מצד הנותן שהנותן נותן בעין יפה ומזכה לו אלא שהזוכה הוא מקצרי יד שאין קנינו כלום ולא מי שרוצה לזכות בדבר שלא היה עד עתה שלו צריך שיזכה בו באחת מדרכי ההקנאות ואין במעשה השוטה והקטן כלום ולכן כשהזוכה הוא איש אחר שזוכה בשבילו ועושה הקנין כגון משיכה או הגבהה ושאר קנינים המועילים וזה יש בו דעת לעשות הקנין ואהני מעשיו שיזכה הקטן אבל היכא שמצד הקונה א"צ שום מעשה שפיר המזכה מזכה לו אף שלא בפניו או כשהוא קטן כגון במחילת חוב או שעבוד וכיוצא בו משום דזכין שלא בפניו וא"צ בזה יד אחר באמצע ועיין בריטב"א בקידושין דף י"ט וא"ש דברי הרמב"ם בקטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בה שזוכה בה שהרי זה מזכהו בקרקע וזוכה בה אף שהוא קטן דהא זכין שלא בפניו ואין כאן עיכוב רק מצד קנין שיעשה הקטן וכיון שנותן דמים קבלת המוכר את הדמים ממי שהוא גורמת הקנין וא"צ יד לזה וממילא הקרקע ניקנית לו וזה מבואר ג"כ ממ"ש הרי"ף והרמב"ם ורש"י בעבד שיוצא לחירות בכסף ע"י אחרים שאחרים נותנים לרבו שיצא בו לחירות אף שלא מדעת העבד שזכין לו שלא בפניו ע"ש והתם לא שייך זכי' ע"י אחר דדוקא בשטר שחרור שנותן לשליח שייך לומר שהשליח זוכה בשבילו אבל בזה שהאחר נותן הכסף לרב לא שייך שאחר זוכה בשבילו רק דקבלת רבו גורם השחרור שהרב משחררו ומזכהו שלא בפניו והאחרים הם העושים מעשה הקנין וא"כ ה"ה בקטן שקנה קרקע בכסף דזכה מהאי טעמא ועת לקצר:

הנה משכא לי שמעתתא מענין לענין ואסתגר בקמיית' במה שהתחיל כ"ת בשיטת הרמב"ם דשטרות מדרבנן ולכאורה יש להקשות מדאמרינן בשבועות הכופר במלוה שיש עליו עדים חייב שיש עליו שטר פטור אמר ר"פ מ"ט עדים עבידי דמייתי שטרא הא מנח כו' ובריש פרקין שם אמרינן בראוין להעיד אמר ר"פ לאפוקי כו' אבל משחק בקוביא מדאורייתא מיחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו וכתבו התוספות שם הא דבעד מיתה חייב אף שהוא מדרבנן משום דאזלינן בתרווייהו לחומרא ע"ש והשתא קשה לפי שיטת הרמב"ם דשטרות מדרבנן לר"פ גופי' למה יפטור במלוה שיש עליו שטר כיון דמחמת השטר אין מתחייב רק מדרבנן ואם היו מגידין העדות בע"פ הי' מועיל מדאורייתא ולמה לא אזלינן בתר דאורייתא לחומרא כמו משחק בקוביא וצריך לחלק בין הך דמשחק בקוביא שמדאורייתא הי' מועיל אף שעתה אין מועיל מדרבנן מ"מ חייב משא"כ מה

שהי' מחויב מדאורייתא ע"י העדאת עדים לא איכפת לן מה שעתה בלא הגדה אין מועיל כיון דסוף סוף השתא מיהא מוציאין ממון אף בלא הגדה שלהם ועדיין הדבר צריך תבלין ולפי מ"ש בספרי בית אפרים בקונטרס התשובות בפי' הך מלתא דאמר מדאורייתא מחזי חזי' כו' לק"מ וע"ש:

ועוד נשתייר בקולמוס כמה דברים בענינים אלו והואיל ואתרחיש נוסע תנוח דעתו בזה שכתבתי ויקבל ע"י מוכ"ז חלק שני מספרי בית אפרים וידי נטוי' ב"נ להשיבו במילי אחרנייתא וה' יישר חילו לאורייתא אורך ימים ישביעהו וכבוד והדר יעטרהו:

דברי זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד תשובת

שאלה ט

לקביל אלפא שיננא וחריפא ה"ה כבוד ידידי הרבני המופלג החריף ובקי בחדרי תורה קולע אל השערה בפלפול ובסברא ישרה כבוד שם תפארתו מוהר"ר מרדכי כ"ץ נ"י:

אחד"ש הטוב. דבריו הנעימים הגיעני באילין יומא דחושבנא והנחתים עד עבוד המועד וחושבנא הוא דלא סליק לי עד השתא. אף כי הקיפו עלי יחד ענינים שונים לא מנעתי עצמי מלעיין בדבריו כפי הפנאי אחרי רואי כי ערב לנפשו קושט דברי אמת ושמעתתי עלי' חביבי'. כטל וכרביבים. והואיל ומקלעי אורחים אשר ילפתו ארחות דרכם דרך פק"ק. אמרתי בחפזי להשיב בקצרה. והנה מ"ש כ"ת להשיב על מה שכתבתי דלדברי הנ"ב נימא בכל מתוך שאי"ל ע"י ע"א או ב' דבעינן דו"ח ועז כתבת דבע"א לא בעינן דו"ח כמבואר בפוסקים עכ"ל. וע"ז אמינא לא תתלי בוקי סרוקי בפוסקים ולא ראיתי בדבריהם מי שכתב כן ושכנגדו קאמינא דודאי ד"ת גם ע"א צריך דו"ח דכללא הוא כל ששנים מחייבין ממון כו' וכיון דבב' בעי דו"ח לחיוב ממון הא דע"א קם לשבועה נמי דוקא ע"י דו"ח הוא ואם בשביל שע"א אין בו תורת הזמה מה בכך שאם הוזם פטור מ"מ עדותו בטל ע"י הזמה כמבואר בב"מ דף ד' בהא דאמר התם ר"ח תורת הזמה לא פריך עיין בפרש"י ובתוס' שם ומשם מוכח ג"כ דע"א בעי דו"ח דאל"כ ה"ל למימר מה להצד השוה שכן א"צ דו"ח וגם דלפי האמת תיקשי על ר"ח דדוקא תורת הזמה דהוא פרכא כל דהוא דמה שאינו משלם אינו יפוי כח של העדות ולכן לא הוי רק פרכא כל דהוא ולא פריך ר"ח אבל אם נימא דא"צ דו"ח פשיטא דהוי יפוי כח ופרכא גמורה הוא ומ"ט לא פריך לי' ר' חייא. וא"ל דכיון דטעמא דלא בעי דו"ח משום שאין בו תשלומי הזמה לכך לא חשיב לי' פרכא גמורה זה אינו דמ"מ לענין קיום העדות יפוי כח גמור הוא שעדותו מתקיימ' בלא דו"ח משא"כ בשני עדים. אלא ודאי דז"א דגם עד אחד בעי

דרישה וחקירה שאם יוזם יתבטל עדותו וז"ל הרמב"ם פ"ב מהלכות עדות מצות עשה לדרוש את העדים ולחקרן כו' כדי שישתקו אז יחזרו בהם אם יש בעדותן דופי כו' וכן מבואר לשיט' הרמב"ם דדרישות שבגוף המעשה כגון חביות יין ושמן או סייף ואירין עדותן בטלה אף שאין הזמה תלוי' בו וכן מבואר מהא דאמרינן בסוף יבמות דר"ט ס"ל דעדות נשים נמי בעי דו"ח ואמרינן שם דקדק עליו ב' וג' פעמים ונמצא עדותו מכוונת והשיא ר"ט את אשתו ומאן דסבר דלא בעינן דו"ח אמרינן התם דס"ל כיון דאיכא כתובה למשקל כד"מ דמי הא לאו הכי הוי בעי דו"ח אף שאין בו תורת הזמה וכן דעת הרבה פוסקים בעידי קדושין ועידי זנות להצריך דו"ח:

ומ"ש הנ"י פרק אד"מ והביאו הש"ך סי' ל"ג שכת' ד"מ א"צ דו"ח ומינה דלא בעי עדות שאי"ל דטעמ' דדו"ח משום דבעי עשאי"ל הוא עכ"ל לאו למימרא דעיקר טעמ' דדו"ח משום הכי הוא אלא ר"ל דכיון דא"י בדו"ח עדותו בטל' משום עשאי"ל כמבואר בש"ס שם אלמא דהזמה תליא בדו"ח וכיון דבד"מ לא בעינן דו"ח ממילא דלא בעינן עשאי"ל אבל פשיטא דאף היכא דלא שייך דין הזמה מ"מ לא בטל דין דו"ח והא קמן דבבדיקות אם אמר א"י עדותו קיימת אף בד"נ לפי שאין הזמה תלוי' בו ומ"מ דין בדיקות לא בטל כיון שאם הוכחשו בבדיקות עדותו בטלה משום והצילו העדה צריך בדיקות לכתחלה ואף בדיעבד אם לא בדק מעכב דשמא היו חוזרין בהם מחמת הבדיקות או היו מוכחשין ומכ"ש בחקירות ודרישות אף במקום שאין שם דין הזמה מכל מקום אם אמר איני יודע עדותן בטלה לפי שדרכם לדקדק בזה שהזמה תלוי' בהם לבטל עדותן והא דאמרינן בכל דוכתי' דבעינן עדו' שאי"ל דהיינו תשלומי ממון או מיתה היינו היכא דשייך כאשר זמם ומ"מ היכא דלא שייך כאשר זמם לשלם ממון או מיתה לא בטל דין הזמה לבטל העדות ולענין מלקות עיין בתו' ריש מכות ובריטב"א שם (וצ"ע בלשון רש"י סנהדרין דמ"א שכ' אהא דעדות שאאי"ל משום שנאמר ודרשת וחקרת כו' ואפשר דאסיפא סמוך דכתיב כאשר זמם) ולא בטל מיני' דין דו"ח כלל ומכ"ש ע"א המעיד לשבועה דאע"ג דא"א לקיים בו כאשר זמם לא בטל מניה דין דו"ח מה"ת וקרא דלא יקום כו' אבל קם לשבועה בהך גוונא גופא דממון או מיתה דהיינו ע"י דו"ח מהנך טעמא דשמא ישתוק או יחזור בו או אם יוזם יתבטל עדותו וגם דאי אתי אחרינא ומצטרף בהדיה יחייב ממון ומעיקרא עדות שאי"ל הוא. ועיין בקצה"ח סוף סי' ל"ח דמסתפק ושואל בע"א דאמרינן בי' מתוך כו' אם יש בו דין הזמה וכיון דאנן לענין מתוך קיימינן אם נימא דיש בו דין הזמה פשיטא דצריך דו"ח:

אך באמת העיקר כמ"ש דמה"ת בכל גוונא ע"א צריך דו"ח כמו ב' עדים ובדקתי בנ"ב גופי' בסי' ע"ב שהאריך בענין זה ומצאתי שם דף פ' ד"ה ועפי"ז כו' שכ' להדיא דגם ע"א המעיד לחייב שבועה ג"כ בעי מה"ת דו"ח כו' ע"ש:

ומזה יש להשיב על מ"ש באו"ת סי' נ"א דלמה שטר בע"א כשר משום נעילת דלת דבע"א לא שייך נ"ד כו' ולדבריו לבעי בע"א דו"ח דמה שבטלו דו"ח נמי משום נ"ד הוא אלא ע"כ דגם בע"א שייך נ"ד או דלא פלוג רבנן בתקנתם כיון שבטלו דו"ח מד"מ לגמרי בטלו וה"ה לענין תקנת שטר בכל גווני תיקנו דזימנין מתרמי דליכא רק חד או שדעתו הי' לחתום עוד ונטרפה השעה וכיוצא בזה ומ"ש כ"ת על מ"ש בב' עדים לבעי דו"ח וע"ז כתבת דודאי כוונתי היכא דאיכא למימר מתוך ע"י שבועה דר"ח קמיית' והבאת ע"ז מדברי הבשמים ראש שכ' דבשבועה דר"ח לא אמרינן מתוך כיון דמג"ש ילפינן לה ובג"ש לא אמרינן מתוך כו' ותלית לה כיפי להך מלתא בדברי התוס' שהקשו בשבועת חשוד ישבע כנגדו נימא מתוך והאריכו בלשונם משום דאהך דר"ח לא קשי' משום דלא אמרינן בזה מתוך רק אדינא דחשוד בעלמא קשי' להו ועוד הארכת ליפות הדבר מדברי הרא"ש ואני אומר לאו מר ברי' דרבינ' חתי' עלה ולא מהרא"ש יצאו הדברים שהרי הרא"ש בב"מ כתב וז"ל מסקינן דיליף לה מביני' דפיו וע"א כו' ולא הזכיר בדבריו ג"ש כלל וכן מבואר ממ"ש אח"כ אתיא מג"ש דע"א מדבעי למילף העדאת עדים לחייבו שבועה מהודאת פיו ומג"ש דע"א אלמא ב"ד פוסקין שבועה כו' ע"ש מבואר מלשון זה מדבעי למילף כו' דמסקנא לא הוי הכי רק ילפינן לה מע"א גופא וזה דעת רש"י כמבואר בש"מ שם שכתבו דרש"י גרס במסקנא מה לע"א שכן על מה שהוא מעיד כו' ונראה שם שהוא ג"כ גרסת רבינו אפרים והר"י מיג"ש ז"ל ועיין בר"ן בפרק שבועת הדיינין גבי הא דאמרינן ל"ש אלא טענת מלוה כו' שכ' ועוד שהרי יש מי שפירש שם דמגלגול שבועה מייתי לה כו' ע"ש ומבואר דלדעת ר"א והר"י מיג"ש מע"א גופא מייתי לה וזהו גרסת הרא"ש ג"כ וכן מוכרח מדבריו בפרק שבועות הדיינים שכ' לדחות ראיות הר"א והר"י מיג"ש מהא דב"מ דקאמר הצד השוה שע"י טענה וכפירה הם באים דאפילו בטענת שמא תובע מיקרי ואי הוה גרס דמייתי מג"ש בפשיטות ה"ל לדחויי דהא מג"ש מיירי שהוא אפילו בטענת שמא שאומר התובע מגלגלין וכמ"ש הרא"ש בקדושין ובסוף שבועות וא"כ ע"כ הא דקאמר שע"י טענה וכפירה היינו אפי' טענת שמא ואפילו תימא כיון דעכ"פ בעינן רגלים לדבר דומיא דסוטה כמ"ש הרא"ש שם ולכן הוי כאילו טען טענת ברי וכמ"ש הרשב"א בקדושין וא"ש לישנא שע"י טענה וכפירה כו' מ"מ עכ"פ אין מקום להביא משם ראיה לענין שבועה עפ"י ע"א ממש והני דנקטי גרסא שכן שבועה גוררת כו' ומפרשים דמג"ש

מייתי לה באמת דוחים ראי' זו מהאי טעמא ע"ש בש"מ ב"מ בשם הרמב"ן והרשב"א והר"ן בשבועות (וקצת צ"ע על הרשב"א דבקדושין נראה שמסכים להר"א והר"י מיג"ש והביא ג"כ האי ראי' מב"מ דקאמר שע"י טענה כו' ובחידושיו לשבועות חולק עליהם וגם דוחה ראיה זו משום דמפרש דמג"ש מייתי לה וכ"כ בש"מ ב"מ בשם הרשב"א ע"ש) וא"כ ה"ל להרא"ש לדחויי ג"כ מה"ט אלא ודאי דאיהו מפרש ג"כ דבמסקנא מייתי לה מע"א ואהא קאמר הצד השוה שע"י טענה כו' וכן מבואר ג"כ מלשון הרא"ש בב"מ שכתב בענין עד המסייע וז"ל ועוד הביא ראיה מדגמר ר' חייא מבינייהו דפיו וע"א כו' וכל מה הצד פרכינן לי' פרכא כל דהו כו' ע"ש מבואר שתופס עיקר כגרסת רש"י דבמסקנא מע"א מייתי לה ולא מג"ש:

ועוד נראה דבלא"ה אי אפשר לומר שהרא"ש סובר דבדר"ח לא אמרינן מתוך שהרי הרא"ש בשבועות כתב הטעם דבחשוד שכנגדו נשבע ולא אמרינן מתוך ויטול בלא שבועה משום חיותי' דחשוד תיקנו כך כו' ואם נימא דלא אמרינן מתוך בהא דר"ח א"כ גם לענין שכנגדו נשבע נמי אית לן למימר דליתי' להך תקנתא בהא דר"ח והרי מפורש יוצא מפי תלמוד ערוך דאמרינן שכנגדו קאמינא ושם בבשמי' ראש בהגהותיו כ"ד שם באמת כתב דבעל התשובה סובר שאין טעם חשוד משום משאי"ל כו' והרי הרא"ש כת' בהדי' הך טעמא שהוא כתירוץ השני דהתו' וא"ל דבשלמא לענין מתוך שפיר אמרינן דליתי' בדר"ח כיון דליתי' בג"ש משא"כ שבועת שכנגדו בחשוד איתי' נמי בגלגול דז"א דבג"ש גופא לכאורה משמע דלמאן דס"ל דלא אמרינן מתוך בג"ש גם בחשוד אין שכנגדו נשבע רק על גוף הטענה ולא על הגלגול לפום הך תירוצא דהתוס' והסכימו לזה רוב המפרשים דהשבועה תיקנו לטובת החשוד ואף שהב"י סי' פ"ז כ' בשם מ"כ דבחשוד נשבע ונוטל אף על שבועת גלגול ע"ש י"ל דהך מ"כ ס"ל כמ"ד דגם בגלגול אמרינן מתוך:

ומצאתי באו"ת ריש סי' צ"ד שהביא דברי המ"כ וכתב כמ"ש ונהניתי ועיין שם שהשיג על הש"ך דמפרש כוונת המ"כ בענין אחר והדין עמו והנה באו"ת שם כתב ראי' מדברי הרמב"ם בסי' צ"ב בחשוד שומר (ולזה נראה שכיוון בהגהת כ"ד שכ' דבסי' צ"ב פסק כן בש"ע בפשיטות) ולכאורה י"ל לפי מ"ש הסמ"ע בסי' ע"ב ס"ק צ"א דכל שהגי שבועות באין עליו בענין א' דייניו להו כחדא ואף מאן דסבר דלא אמרינן בגלגול מתוך מודה בהא דאמרינן מתוך א"כ אין ראי' דגם בחשוד שומר אמרינן דנשבע ונוטל אף על שבועת שלא שלחתי בה יד כיון דהשבועות באים כאחד. אך הט"ז והש"ך השיגו שם על הסמ"ע וגם ממקור הדין דבגלגול לא אמרינן מתוך שהוא נלמד מסוגיא דשאלה ושבורה מבואר סתירת דבר זה ושפיר מייתי האו"ת ראי' מזה דאף בגלגול אמרינן דחשוד שכנגדו נשבע

אף על הגלגול ונוטל אבל אחר העיון נלענ"ד דאין משם ראי' דהתם בשומר חשוד שטוען נגנב או אבד ודינא הוא שישבע שד"א שאינה ברשותו וע"י גלגול צריך לישבע על שליחות יד ופשיעה ומדינא כיון דא"י לישבע שאינו ברשותו משלם אלא כיון דחז"ל תיקנו לטובת החשוד שכנגדו ישבע וכאן אי אפשר לו שישבע שהרי שכנגדו טענתו ספק פטר לי' הרמב"ם ברישא ואהא שפיר כתב דאם טען ברי ששלח יד שכנגדו נשבע כתקנת חכמים ואף שהוא משבועה שע"י גלגול מ"מ כיון דמדינא הי' חייב לשלם משום שאי"ל עיקר שבועה איש ברשותו רק מצד שתיקנו חכמים שבועה על שכנגדו ומדוייק בזה לשון הרמב"ם וש"ע שכתבו הרי זה נשבע כתקנת חכמים ונוטל וכל שיכול לקיים כתקנת חכמים די בכך דהא עיקר הטענות והגלגול הכל על אותו ממון עצמו הוא משא"כ היכא שהם שני ענינים כגוונא דהמ"כ שהתביעה על מטלטלין והגלגול על קרקע והוא חשוד דאף שעל גוף הטענה דמטלטלין שכנגדו נשבע כיון דמדינא אית לן למימר משאיל"מ ותיקנו שבועה לטובת החשוד מ"מ על הגלגול שמגלגל עליו קרקע דלית בי' דינא דמשאיל"מ גם ע"י שבועה שכנגדו אינו נוטל ומ"מ שפיר השיגו הט"ז והש"ך על הסמ"ע בסי' ע"ב דהתם לאו בדין חשוד מיירי רק לענין משאי"ל והוא שני עניני ממון ג"כ דמה בכך שאי"ל שלא שלח בה יד ואינו ברשותו מ"מ יכול לישבע כמה הוא ומה בכך שהשבועות באים מחמת עסק אחד מה שאין כן בחשוד שומר כיון שהדין על אותו ממון עצמו לומר משאי"ל כיון שכנגדו טוען ברי על הגלגול אמרינן דנשבע ונוטל:

ולפ"ז אין לנו ראיה מכרחת דבחשוד נשבע על הגלגול למ"ד דלא אמרינן בגלגול מתוך כיון דעיקר כהך תירוצא בתוס' דהשבועה לטובת החשוד דמדינא אמרינן מתוך וזה שייך בעיקר הטענה ולא בגלגול ומ"ש בהגהות כ"ד דע"כ אין טעם חשוד משום משאי"ל דהא אף לרב ושמואל הדין כן אין זה נכון דודאי לרב ושמואל דאמרי חזרה שבועה לסיני הכי הוא כמ"ש להדיא הרשב"א והר"ן בשבועות דלדידהו בחשוד תקנת מלוה היתה כיון דהלוה חשוד שלא יהא חוטא נשכר הוציאוה משם ותקנוהו על שכנגדו וישבע ויטול ואם גם שכנגדו חשוד בטלה התקנה וחזרה לסיני אבל לר' אבא מדינא מחויב לשלם כשאי"ל אלא שתקנוהו משום לא שבקת חיי כל ששניהם חשודין חזר למחוייב לה ומוקמינן לי' אליבא דמשאי"ל ואנן השתא אליבא דר' אבא קיימינין שתקנת השבועה לטובת החשוד דלא נימא מתוך ויטול שכנגדו בלא שבועה וא"כ בגלגול ליכא למימר הכי. אך מסתימת הפוסקים שלא כתבו פלוגתא בזה בענין גלגול רק לענין מתוך ולא הזכירו דגם לענין חשוד שישבע כנגדו שייכא הך פלוגתא נראה מדבריהם דבחשוד כולי עלמא מודו שכנגדו ישבע ויטול אף בגלגול. ולכן נלענ"ד דיש הפרש בין אם הריעותא

מצד השבועה עצמה ובין אם השבועה מוטלת עליו כדת של תורה רק גברא הוא דלא חזי דמה שכתבו הפוסקים דבגלגול לא אמרינן מתוך היינו היכא שנתחייב שבועה בעיקר הטענה מחמת מודה במקצת או ע"א ועל הגלגולים טען איני יודע ואלו הי' כן בטענה עצמה לא הי' נופל ע"ז שם שבועת התורה דהא אין שד"א באיני יודע רק שבעיקר הטענה היינו אומרים מתוך דכיון שאם הי' כופר לא הי' נפטר משבועה השתא דטען א"י אמרינן מתוך ואין זה רק בעיקר הטענה אבל בגלגול לא דיינינן לי' דין משאי"ל כיון דאין טכסיס שבועה כלל בענין זה דאיני יודע וגם י"ל דעיקר גלגול הוא שבועה גוררת שבוע' וכיון שטוען איני יודע אין נופל על זה שבועה לומר שבועה גוררת שבועה וכיון דגרירת שבועה אין כאן תשלומין אין כאן משא"כ היכא שאין הגריעותא מצד השבועה שמגלגלין עליו טענה שישבע עליו וכך הוא דרכה של תורה שישבע בטכסיס הזה רק זו עכבה שהוא מן האיש שהוא חשוד ולכן כיון שעכ"פ חלה עליו שד"א מצד הגלגול ושפיר אמרינן בי' שבועה גוררת שבועה רק גברא הוא דלא חזי לישבע לפי שהוא חשוד שפיר הוי אמרינן בי' משאי"ל משלם אף בלא שבועה שכנגדו רק משום לא שבקת חיי תיקנו שישבע ויטול כמו בגוף הטענה:

ומעתה מ"ש כ"ת שהתוס' אין קושייתם אהא דההיא רעיא דבזה כיון דמכח דר"ח אתינן עלה לא אמרינן מתוך ואין קושייתם רק אחשוד דעלמא ולפי מ"ש ז"א דאפי' אם נודה לך להך סברא דבדר"ח לא אמרינן מתוך כמו בג"ש מ"מ אין זה כ"א בטוען על אידך חמשין לא ידענא דאז בגלגול לא אמרינן מתוך משא"כ בהך דההי' רעיא דמיירי מחשוד שפיר קשיא נימא מתוך ואף דילפינן מג"ש מ"מ לפי מה דס"ד בקושייתם דלא קים להו עדיין סברא דלא שבקת חיי גבי ג"ש גופא אית לן למימר גבי חשוד מתוך דהא השבועה שגלגל חלה עליו והעכבה מצדו ומינה גם בהא דר"ח נימא מתוך וצריכים אנו לתירוצי התו' בעובד' דההוא רעיא ג"כ כמו בחשוד דעלמא ועיין בפ"י שכתב בפירוש דאדרבא קושיות התו' הוא דוקא על סוגיא דהכא כו' מבואר מדבריו דס"ל דאמרינן מתוך אף בדר' חייא קמייתא:

ועוד נראה לענ"ד מדברי הרא"ש בתשובה כלל צ"ד הביאו הב"י סי' ע"ה נראה מפשיטות דבריו דכיון שמחוייב שבועה מחמת העדאת עדים ע"י צירוף וחי"ל מחמת שהוחזק כפרן משלם והובא ג"כ בש"ע סי' למ"ד ואף שהד"מ והש"ך סי' ע"ה מפרשים דבריו דהיינו ע"י שזה נשבע לענ"ד למעיין בתשובה עצמה מבואר שכוונתו שמשלם בלא שבועה כלל שחזר ב' וג' פעמים וכתב שחייב לשלם ולא אישתמיט למימר שזה צריך לישבע. ומ"ש הש"ך דבדפוס שס"ז איתא נשבע ונוטל אפשר שהוגה כן מחמת קושיא

דלמה יטול בלא שבועה אבל לשון התשובה לא משמע הכי והג"ת כתב ליישב דכיון דלא הי' חשוד מעיקרא רק בשעת תביעה וגם בשעת תביעה לא היה לו עדים רק שהגידו עפ"י חרם לכך לא שייך לא שבקת חיי כו' ובההיא רעיא שאני שהי' לו עדים כו' ע"ש והש"ך כתב שדברי הג"ת דחוקים בזה והאמת כדבריו דכה"ג הי' לו להרא"ש לפרש ועכ"פ מדברי הג"ת והש"ך נלמד שהם סוברים דגם בדר"ח שייך מתוך דאל"כ ה"ל לדחות דברי הג"ת בפשיטות דבעובד' דהרא"ש דמחמת דר"ח אתינן עלה א"ל מתוך אלא ודאי דסבר דבכל גווני אמרינן ועיין בש"ך סוף ס"ק נ"א שכתב ודברי רי"ו תמוהים כו' ובסוף ח"ה כתב גבי ב' עדים דה"ל משאי"ל משלם וכתב מכאן ראי' שאפי' בגלגול אמרינן משאי"ל משלם עכ"ל ולכאורה דברים אלו הם כמ"ש בבשמים ראש דכיון דבב' עדים אמרינן מתוך ע"כ דגם בגלגול אמרינן דהא ב' עדים מגלגול ילפינן לה:

אך ראיתי שמה שנדמה אלי כב' עדים הוא ט"ס וצ"ל גבי עבדים וכוונתו לראי' שכתב בעה"ת והנ"י כגון שטענו עבד בכסותו כו' עיין ברי"ו שם. שוב ראיתי במכתב כ"ת שהביא דברי הג"ת והש"ך וכ' דמוכח דלא כהג"ת שהרי הרא"ש סובר דלא אמרינן מתוך וליתא דודאי אין זה דעת הרא"ש כלל וכמ"ש וגם מ"ש בבשמי' ראש שרוב חכמי ישראל דחו דברי הרמ"ה ליתא לענ"ד ואדרבא הנ"י כתב שהסכימו האחרונים כהרמ"ה ודעת הרא"ש גופי' בפרק השואל לא ברירא כולי האי שהרי כתב גם אידך תירוצא דהתוס' ועיין באו"ת שהאריך בזה וגם מ"ש וכ"כ הר"מ ז"ל וכוונתו על הרמב"ם אין מוכרח כלל די"ל כמ"ש ה"ה שם דדוקא כשעיקר התביע' היא שמא לא אמרינן בגלגול מתוך ואין להאריך:

ולכאורה יש לסייע לסברת הג"ת מדברי הריב"ש סי' שנ"ד שכתב דכיון שראובן הוחזק כפרן נאמן שמעון גם בשיווי החפיצים כל שיערוך אותו בדבר שהוא אמוד בהם וא"צ שבועה כו' והש"ך בסי' ע"ט ס"ק ט"ו כתב ע"ז וצ"ע אמאי יהא נאמן על שיווי החפצים בלא שבועה הלא ע"ז לא הוחזק כפרן ולפי סברת הג"ת א"ש דהתם נמי הוי עובדא שלא הי' חשוד מעיקרא רק מחמת תביעה זו וגם לא הי' לו עדים בשעת תביעה רק שהגידו עפ"י חרם וא"כ הוי ממש כנידון דהרא"ש דאמרי' בי' משאיל"מ ונוטל בלא שבועה ואף שהעדים לא העידו רק על חפצים סתם מ"מ יש בו דין מ"מ כיון שעכ"פ הי' שוים פרוטה וכמ"ש הרא"ש בענין מלוה על המשכון עיין בסי' ע"ב סעי' י"ב אלא דמלשון הריב"ש משמ' דלאו מטעם מחויב שבועה אתי עלה שלא הזכירו בדבריו מזה כלל רק מדין שהוחזק כפרן ונראה דהריב"ש סובר כיון דבשעת תביעה שתבעו זה החפצים ששאל לו לא פרט את דמיהם הרי יש בכלל תביעתו ערך שיווי חפצים כאילו כפי מה שהוא אמוד

בהם ואם הי' פורט בשעת תביעה שהוא תובע אותן חפצים שהם שוים מנה והוא אומר להד"ם הוחזק כפרן על חפיצים ששוים סך כזה דהוה כהודה שחפיצים אלו שוים כך אלא שהוא לא קיבלם (ויש לפקפק בזה דכיון שהוא טוען להד"ם לא איכפת לי' לטעון על שווין ואין זה כהודאה על שיווי החפצים) ואף השתא שלא פרט סתמו כפירושו שהרי יש בכלל תביעתו גם סך כזה והוא כפר בכל ואמר להד"ם הוחזק כפרן על חפיצים ששוים סך כזה ונאמן שמעון לומר שעדיין הם בידו וצ"ע:

אך גם בדברי הרא"ש נלענ"ד דרך אחר ממ"ש הג"ת והוא עפ"י מה שמבואר שם הענין שהתובע תבע שאביו צוה מחמת מיתה ליתן לו ק"ק זהובים ושקיבלם ר' עוזי' דודו להשביחם לו כו' ולשון ושקיבלם ר' עוזי' כו' הוא מגומגם קצת שאם הכוונה שהתובע טען ברי גם על זה שמחמת ציווי אביו קיבל ר' עוזי' איפכא ה"ל למימר שהתובע תבע שקיבל ר' עוזי' ק"ק זוז שצוה אביו מ"מ להשביחם לו. ונלענ"ד דהך וא"ו ושקיבלם הוא ט"ס וצ"ל שקיבלם והיינו שלא ידע התובע רק עפ"י אביו שאמר כך שאותן הרי' זוז קיבלם ר' עוזי' להשביחם לו והוא מצו' ליתנם לו או אפשר צ"ל ושיקבלם ר' עוזי' ור"ל שאביו צוה ליתן וגם צוה שיקבלם ר' עוזי' כו' ומסתמא קיבלם:

ואף בלא הג"ה כלל יש לפרש כן דהך ושקיבלם אינו טענת ברי רק ע"פ אביו. ובזה כהרא"ש שמתחייב שבועת התורה ע"י צירוף העדים על נון זוז ואף שאינו טוען טענת ברי מ"מ אמר לי אבא מחשב טענת ברי כדעת הראב"ד בסי' ע"ה סעיף ק"א דס"ל דאם הודה במקצת חייב שבועת התורה. ואף החולקים שם וסוברי' לענין מ"במ אין נשבע שה"ת דהוי כמשיב אבידה היינו דוקא בהודה מעצמו אבל בזה שהוא מתחייב במקצת עפ"י עדים מודה דחייב שבועת התורה. וכיון שהוחזק כפרן ואינו יכול לישבע וגם שכנגדו אינו יכול לישבע כיון שאינו טוען רק בא בטענת אביו חזרה שבועה למחוייב לה ואמרינן מתוך וכדעת ה"ר ישעיה והרמ"ה לענין אם הי' החשוד שומר. וכ"כ באו"ת סי' צ"ב דלפי מ"ש הב"ח בטעם הפלוגתא ס"ל להרא"ש כהר"י והרמ"ה ע"ש ולכך שפיר דן הרא"ש את הדין שזה משאיל"מ:

ולכאורה הי' אפשר לומר דהראב"ד דס"ל באמר לי אבא חייב שבועת התורה במ"מ אם הנתבע חשוד שכנגדו נשבע שכך אמר לו אביו ויטול. וא"כ לא הו"ל להרא"ש לסתום דנוטל בלא שבועה כלל ואין זה דומה לנידון דהר"י והרמ"ה בחשוד שומר שטענתו ספק ממש ולכך אמרינן בי' משאיל"מ משא"כ כאן דחשבינין מה שטוען אמר לי אבא דזה הוא טענת ברי שלו. אך נראה דז"א דמה שתיקנו בחשוד שכנגדו ישבע היינו בטענה שהנתבע מכחישו בברי בזה הפכו חכמים השבועה מן הנתבע לתובע משא"כ בטענה

דאמר לי אבא הרי אין הנתבע יכול להכחישו בברי שלא אמר לו אביו א"צ שכנגדו לישבע כלל כמו דאין משביעין על טענת שמא של התובע לנתבע וזה נכון לענ"ד. ומה שיש לעיין בזה הוא לפי מה דקיימינין השתא בהך סברא דלא שבקת חיי כו' תיקשו דמה הועילו בתקנתן דכל יורש שידע שמגיע לאביו מחשוד מנה יטעון עליו אמר לי אבא שמגיע לו מאה מנה ויטול ממנו בלא שבועה:

וכבר הרגיש הט"ז לדעת הר"י והרמ"ה בחשוד שומר ותירץ שיזהר שלא יקבל שמירה וגם לטעם הב"ח א"ש דהתם השבועה באה מחמת המאורע שנעשה שומר ונגנב או נאבד ע"ש ובשניהם חשודים ג"כ צ"ל דהו"ל ליזהר שלא יעסוק עם חשוד שלא בעדי' ועיין בתשובת הרא"ש ריש כלל י"א שכתב הך סברא דהחשוד אפסיד אנפשי' שהי' לו לפרוש ממשא ומתן שמא יתחייב ש"ד ע"ש שכ"כ לענין אם היה מוחזק לחשוד. אך נראה שלא כ"כ אלא לענין דמסתמא קיבל עליו שהעוסק עמו יטול בשבועה אבל בלא שבועה כלל א"ל דאיהו אפסיד אנפשי' שהי' לו לפרוש ממו"מ דאל"כ נפל הך סברא דלא שבקת חיי' בבירא והרא"ש גופי' כתבה בשבועות ועכ"פ בנידון כגוונא דמיירי בי' הרא"ש לכאורה שייך לא שבקת חיי' מתביעת יורש. ונראה דחזי לאיצטרופי נמי סברת הג"ת כיון שלא נעשה חשוד רק ע"י תביעה זו לא שייך לא שבקת ע"ש שהביא סיוע לזה מלשון הרא"ש בב"מ גבי הוחזק כפרן וצ"ע:

והנה במה דכתיבנא שמשמעות הפוסקים דלענין חשוד נשבע שכנגדו אף על הגלגול אף למ"ד דבגלגול לא אמרינן מתוך וכתבתי טעם לדבר דיש חילוק בין מתוך שהוא בא על טענת חמשין לא ידענא ובין שבועת חשוד שאין הריעותא בשבועה כ"א בגברא ונלענ"ד עוד תבלין לדבר דהנה י"ל בטעם הסוברים דלא אמרינן בגלגול מתוך דכיון דעיקר דין הגלגול מסוטה ילפינן לי' ולכן אין לגלגל רק דומיא דסוטה ששבועה גוררת שבועה שהיא יכולה לישבע אבל לא שיגלגל עליו שבועה שא"י לישבע. וכן כתב בש"ך סי' צ"ד סק"ה ע"ש. וכל זה לענין טענת איני יודע אבל אם הריעותא שא"י לישבע הוא מחמת שהוא חשוד הרי שפיר אנו למדין מסוטה שהרי סוטה ג"כ היא חשודה שהרי יש עדים שנסתרה וקיי"ל החשוד על העריות פסול לעדות אשה וכאן היא נשבעת להתיר עצמה אע"ג דבעלמא אין חשוד נאמן בשבועה חידוש חדשה תורה שתהי' מותרת ע"י שבועה זו בצירוף השקאת המים. ולכן אף שאין אנו לומדים מסוטה להשביע חשוד ומהפכים השבועה על שכנגדו עכ"פ אנו למדין משם שמגלגלין שבועה אף על החשוד וממילא דגם בזה מהפכים על החשוד כמו עיקר השבועה ובמאי דכתיבנא צ"ע קצת על האו"ת סי' פ"ז ס"ק ך"ג. וגם מ"ש שם וכי מי שיצרו תקפו לזנות חשוד לגזול צ"ע מסי' ל"ד

סעיף ך"ה דדוקא חשוד מחמת קול. אבל בא על הערוה ממש לא כמ"ש התוס' גבי פלוני רבעני כו' ועיין בב"י שם ואף דיש פוסקים כר"נ מ"מ לא הו"ל לכתוב כן בפשיטות שהרי הרמ"א אינו פוסק כן ועכ"פ הי' לו להזכיר הך דסי' ל"ד וצ"ע וגם הלום ראיתי בספר כתובה בסוגיא דהפוגמת שכתב בד"ה וסמוך סהדי כו' בסופו דא"ש מה שלא פירש"י דנ"מ לענין חשוד כיון שהעצה טובה שתשבע שד"א ע"י גלגול וקיי"ל דבחשוד א"י לגלגל עליו עכ"ל והוא תמוה שנראה שכוונתו למ"ש הש"ך בסי' צ"ד לדעת הריטב"א ותה"ד והתם מיירי לענין שאין החשוד יכול לגלגל על שכנגדו אבל מ"מ שפיר מגלגלין על החשוד לענין שישבע כנגדו על הגלגול ג"כ וכמש"ל דאף מאן דס"ל דלא אמרינן בגלגול מתוך מודה בהא דלענין חשוד שכנגדו נשבע על הגלגול וצ"ע:

ומ"ש מדברי האו"ת שהקשה על דברי התוס' ד"ה תקנתא לתקנתא כו' דלתירוץ הא' משום לא שבקת מאי איכא למימר לא ידענא מאי קא קשי' לי' דדברי התוס' פשוטין דהש"ס משני דלא עבדינן תקנתא דישבע ויטול על תקנתא דר"ט משבקינן לי' אדיני' ואהא קשיא להו דאדרבא אי שבקינן אדינא נימא מתוך דמתוך לאו תקנתא אלא סברא הוא אליבא דר"א דקי"ל כוותי' ואמרינן דמי שהוטלה עליו שבועה או ישבע או ישלם וא"כ מה לי שנתחייב שבועה דאורייתא או שבועה דרבנן סוף סוף הרי אינו יכול לישבע השבועה שהוטלה עליו ויתחייב לשלם וע"ז כתבו דלא שייך הכא מתוך כדפרישית ר"ל דבחשוד לא אמרינן מתוך שא"י לישבע מחמת שהוא חשוד ישלם אף בלא תקנה שתיקנו חכמים ומדינא הוי פטרינן לי' ולא הוי אמרינן בי' מתוך אי מטעמא דלא שבקת חיי אי מטעמא שהוא רוצה לישבע אלא שאין מניחין אותו רק בשד"א תיקנו בחשוד שישבע ויטול ובשד"ר מוקמינן לי' אדינא שיהי' פטור והא דלא כתבו התוס' בפשיטות דבשד"ר לא אמרינן מתוך וכמש"ל בד"ה ובכולי בעי דלודי לי' דנסכא דר"א הוי שד"א דאי הוי שד"ר. לא הוי אמר הכי התם שפיר כתבו התוס' דבשד"ר לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע דמה"ת לא יהי' יכול לישבע דחכמים לא תיקנו השבועה רק שישבע שאמת כמו שהוא טוען ואם לא הי' כאן עד והוא טוען אין חטפי ודידי חטפי הוא נשבע מדרבנן שכדבריו כן הוא וכן כשטוען איני יודע יכול לישבע ע"ז ולכן כתבו התוס' דאי הוי שם שד"ר לא הוי אמר הכי והוי משבעינן ליה שכדבריו כן הוא אין חטפי ודידי חטפי ודוקא בשבועה דאורייתא שהוא צריך לישבע להכחיש העד בלשון לא חטפתי דאל"כ הו"ל העד כשני' יכיין שאיל"מ וכן בחמשין לא ידענא ששבועת התורה הוא שישבע כי הוא זה ואין מגיע ממנו יותר וכיון שאיל"מ אבל בשד"ר יכול לישבע כמות שהוא טוען רק גבי חשוד דאינו יכול לישבע אף שד"ר קשי' להו דנימא מתוך לזה כתבו דמתוך לא שייך

הכא מטעמא דפרישית לעיל שהוצרכו לעשות תקנה בחשוד לענין שד"א ולא שבקוה אדינא דמתוך משום דלא שבקת כו' או מטעמא דברצון נשבע כו':

וראיתי בקצה"ח סוף סי' צ"ד שכתב שם בשם מהרש"ך ומהר"ש הלוי שנתקשו בדברי התוס' וכתב כעין מה שכתבתי ודברי הרא"ש שכתב תל"ת לא עבדינן שלא תיקנו חכמים שישבע כנגדו ויטול אלא במחוייב שד"א נלענ"ד בכוונתו אף דרב ושמואל ור"א פליגי בענין התקנה דלמר מדינא פטור ותיקנו שכנגדו ישבע ויטול ולמר מדינא משלם ומשום לא שבקת חיי הוי פטרינן לי' לגמרי ותיקנו שאעפ"כ יטול בשבועת כנגדו ולא עשו תקנה כ"א בשד"א אבל בשד"ר לא עשו תקנה זו וממילא דלמר פטור מדינא ממש ולמר פטור מדינא דלא שבקת חיי כו' כמו אם לא היו עושים תקנה בשד"א דאפילו הוי פטרינן לי' בחשוד משום לא שבקת. ומ"ש המפרשים שלפום הך תירוצא תקנת השבועה הוא לטובת החשוד האמת כדבריהם לגבי דינא דאורייתא דבעלמא משאיל"מ בלא שבועת שכנגדו כלל והכא צריך שבועה אבל גוף התקנה שישבע אם לא היינו מתקנין אותה שיטול בשבועה היינו צריכין לתקן שיהיה פטור לגמרי משום לא שבקת ובשבועה דאורייתא באמת כן הוא שלא תיקנו וממילא דפטור לגמרי משום לא שבקת כו':

ומ"ש מדברי שארי הגאון בעהמ"ח ח"ד שכתב בספר נתיבות משפט סי' א' דלא בעינן מומחין מדאורייתא שנמסר הדבר לחכמים ולא עשו אותנו לשלוחין אלא במקום נעילת דלת ועפ"ז כתבת דל"ק קושיית הר"ן ריש סנהדרין שהקשה דבסנהדרין אמרינן משום נ"ד ובגיטין אמרינן משום דשליחותייהו עבדינן ולפי הנ"ל ניחא דבאמת צריכין לשלוחי' קמאי בכדי דליהוי דאורייתא כו' ע"ז אמינא להו לא תיזלו בתר איפכא שהרי הר"ן רצה לומר כן דמשום נ"ד עבדינן שליחותייהו והיינו לענין דרבנן (שבאמת אין מקום כלל לומר שיועילו מדאורייתא כמ"ש לקמן) ודחה זה דהא בש"ס תלי טעמא דלא בעינן מומחין בדר"ח לענין דו"ח ובדו"ח אף דלא שייך עבדינן שליחותייהו מהני טעמא דנ"ד לחוד כו' וא"כ אם נרצה לומר שהוא דאורייתא פשיטא תיקשי טפי מה לו לתלות טעמא דל"ב מומחין בדר"ח שאינו רק דרבנן וה"ל למימר בפשיטות דהא דלא בעי מומחין משום דשליחותייהו עבדינן ומה לו להזכיר ענין נ"ד בזה ואף אם תאמר שכן הוא האמת שלא עשו לשלוחים אלא במקום נ"ד מ"מ אין זה ענין לקושיית הש"ס בסנהדרין דבפשיטות מיתרצא הך קושיא במאי דאמר ר"י לאביי בגיטין דשליחותייהו עבדינן. וגם קשה דאמאי הוי' קשי' לי' לאביי טפי בהא דחזי לרב יוסף דמעשי אגיטי ממה דחזא מעשים בכל יום שאין בודקין עדות נשים בדו"ח וגם מכשירין בדיעבד אף גט שאין בו זמן דאי הוי מצריכין דו"ח הי' פסול וע"כ דידע משום תקנת חכמים אפקעינהו כו' וה"ה לענין

מומחין. ומ"ש דחשיב לי' לאביי לדוחק הא דאפקעינהו הרי ע"כ צריך לדוחק זה אף לפי מה דשני לי' ר"י דשליחותייהו עבדינן דתינח לענין מומחין לענין דו"ח מא"ל ומבואר להדיא בכל המפרשים דבין בד"מ בין בעדות נשים וכיוצא הכל משום תקנה אתינן עלה ועיין בנימוקי יוסף ריש פרק אד"מ ובשאר מפרשים ואמנם גוף הענין שכתב הגאון נ"י שנמסר לחכמים לא ידענא מאי קאמר ואף כי נמצא כזה לענין מלאכת חה"מ וכיוצא בזה כתב הרא"ש בסוכה לענין פרי עץ הדר מ"מ אין זה ענין לכאן כלל וכאן אלקי' כתוב בפרשה כדאמרי' בב"מ בעינן אלקים וליכא ומאין הרגלים לומר שמסר הכתוב לחכמים שיעשו שלוחים ואין רשות ביד סמוכים לסמוך חכמי' אחרים בדין סמיכה כמ"ש בש"ס וברמב"ם הל' סנהדרין כיצד סומכין ולא בדין שלוחים ומכ"ש מא"י לח"ל דאפי' סמיכה לא מהני ומכ"ש שליחות ואשכחן בש"ס דר' הוי מצטער למסמכי' כו' ומה זו סמיכה. ובהא דכתיבנא דלכאורה קשה אהא דאמר דאפקיד לי' בשטר הא הוי ש"ק ע"ז השיב כ"ת שצ"ע דכיון דא"ג ממשעבדי משום דמצי טעין החזרתי במגו דנאנסו או משום נאנסו גופי' לדעת הרמב"ם והמחבר דטענינן לכן לא הוי ש"ק כמו מע"פ לדעתם ועיין בפ"י ב"מ דף ד' כו' עכ"ד בקצרה ולא דק בדברי שהקשיתי כן לפי מ"ש הש"ך דהא בהא תליא דאם א"ג ממשעבדי יכול לטעון החזרתי בלא מיגו והוא דעת הרמב"ם והמחבר דקיימי בשיטת הרמב"ן לענין כת"י וא"כ ע"כ הא דמוקי דאפקיד בשטר היינו לומר דגבי ממשעבדי מאיזה טעם שיהי' (או כמ"ד בב"ב דלא מהימן החזרתי במגו וכמ"ש הרשב"ם אהא דאמר רבא הלכתא כדייני גולה או כתירוץ ריב"ח ונאנסו גופא לא טענינן כמ"ש לקמן) דאל"כ אכתי תיקשי יהא נאמן נאנסו בלא שבועה במגו דהחזרתי כיון דהחזרתי טענה מעליא בפ"ע וע"כ דכיון דאפקיד בשטר גבי ממשעבדי וא"כ הו"ל ש"ק וזה פשוט ובגוף הענין אם בכה"ג מיקרי ש"ק תליא בפלוגתא דהרמב"ן והרא"ש ס"פ שבועות הפקדון. ונפלאתי על הפ"י שכתב לולי דברי התוס' כו' ולא הזכיר שהרמב"ן באמת כ"כ על קו' התוספות דהא בורכתא והרא"ש חולק. ומדברי הר"ן והריטב"א והנ"י שהביא הש"ך סי' פ"ו שכתבו בדר"ח קמייתא שעד א' אם פרע כו' מבואר בדבריהם כרמב"ן ובש"ע סי' פ"ח כתב כהרמב"ן דאפילו שטר שא"א לקיימו או שאבד אינו ש"ק ולא הזכיר שהרא"ש חולק ובאו"ת עמד בזה ע"ש ר"ס ע"ה וסי' פ"ח:

והנה מהרמב"ן מבואר דשטר שאבד יותר מסתבר שיהיה ש"ק ממלוה ע"פ וטעמא משום דמלוה ע"פ בלא עדים או למאי דקיי"ל א"צ להחזיר בעדים עיקר ההלואה מעיקרא נעשה ע"ד שלאו יגבה ממשועבדים אף אם נימא שד"א אם לא שיודה הלוקח או כשיש עדים על ההלואה ואומרים לא זזה ידינו שהוא ענין רחוק ולכן אין זה ש"ק משא"כ בשטר

שא"א לקיימו או שאבד שעיקר ההלואה הי' ע"ד שיגבה ממשעבדי אלא שזו עכבה מחמת סיבה שנתחדשה אחר ההלואה בזה י"ל כסברת הרא"ש כיון שאם היה הלוקח מודה הי' גובה וא"כ אינו רק לפי דלא מהימן לנו לגבי לקוחות ולכן שפיר הוי ש"ק והרמב"ן ס"ל דאף בזה לא הוי ש"ק כיון דהשתא מיהא אין הודאת הלוה מחייבת ש"ק דלא הוי מצי למיטרף כיון שאין השטר בידו:

ואמנם יש סברא להיפך דאפילו תימא דבמלוה ע"פ למ"ד שד"א מיקרי ש"ק היינו משום ששלילת טענה זו שאנו משביעין אותו עלי' היא ש"ק כגון תבעו מנה עפ"י ע"א או שהודה לו בחמשים וכפר חמשים אם לא הי' נאמן בשבועה להכחיש העד או אם היו כאן שני עדים הי' כאן ש"ק ואף לטרוף מלקוחות הי' יכול אם הי' הלוקח מודה ובשביל זה שאין מאמינים לו לא פקע מיני' שם ש"ק נמצא כי עיקר טענה שאנו משביעין אותו עליו הוא על כפירת ש"ק משא"כ אחר שתיקנו דמע"פ אינו גובה רק שיש ש"ק מחמת השטר שהי' בשעת ההלואה י"ל דכיון דעכשיו אין לו שטר שפיר משביעין אותו דהא על הטענה שהוא נשבע אין כאן ש"ק שהרי הוא נשבע שאין מגיע לו רק חמשים ואין השבועה ענין לשטר דאף בלא שטר אם הי' מודה במקצת וכופר מקצת הי' מחוייב שבועה גם עתה נשבע ואף שבאמת הי' כאן שטר אין אנו דנין מצד השטר ושלילת טענה זו שאנו משביעין אותו עליו אין בזה ש"ק שאפילו אם גם הלוקח יהי' מודה על החוב לא הי' טורף ממנו מחמת ההלואה עצמה רק מחמת השטר והרי אינו לפנינו ואין אנו משביעין אותו על כפירת השטר וי"ל דבכה"ג גם הרא"ש מודה דלא הוי ש"ק ולפ"ז י"ל דלענין אבד השטר או א"א לקיימו אין הרא"ש חולק על הרמב"ן ועיין בהרא"ש ריש פ"ב דכתובות וכבר האריך בזה באו"ת ועדיין צ"ע בל' הרא"ש בשבועות שכתב הלכך אין ש"ק תלוי לא בעדים ולא בשטר כו' משמע דגם מ"ש הרמב"ן לענין שטר פליג עליו ע"ש:

והנה בתשובתי הקשיתי על דברי הש"ך סי' ס"ט דמדברי הרשב"א המכונות מבואר שראייתו מהא שצריך שבועה בנאנסו ובקצה"ח כ"כ מסברא דנפשי'. וליישב דברי הש"ך הי' נלפענ"ד עפ"י המבואר בסי' רצ"ו דטענות נאנסו לא מהני אלא במקום שאין עדים מצויין ולכן במקום שהפקדון במקום שעדים מצויין ובשטר אינו נאמן החזרתי דהא לית לי' מגו דנאנסו ובמשנה למלך סוף פרק ך"א מהלכות מלוה שדקדק ממ"ש הרמב"ם בהל' שלוחין גבי עסקא סתם נשבע וגובה מחצה ולא כתב התנאי שכתב בהלכות שכירות דדווקא במקום שאין רואין משום דבהלכות שכירות בסתם פקדון שהוא שומר עליו ואינו יכול להוליכו ממקום למקום ומסתמא בביתו שמרם כו' ע"ש. וכחילוק הזה מבואר ג"כ בדברי מהרי"ט בתשובה סי' ע"ש וארווחנא בחילוק זה דהשתא לא צריכנא לחילוק

הריב"א שכתב דפקדון בלא עיסקא מהימן החזרתי במגו כיון דלא שייך אפשיטי דספרי זייר אלא י"ל דבשבועות דמיירי בסתם פקדון אע"ג דהכי אתרמי שהי' במקום שאין רואין מ"מ כיון דבסתם פקדון לא שכיח זה וכמ"ש מהרי"ט א"כ החזרתי טענה גרוע דלא הי' לו לסמוך ע"ז להחזיר הפקדון בלי שטר לפי שיהי' נאמן במגו דנאנסו דשמא לא יארע כך שיהי' במקום שאין רואין ולא יהי' נאמן במגו משא"כ בעיסקא שפיר קאמר רבא נשבע וגובה מחצה די"ל דסמך שיהא נאמן במגו ומעתה לפמ"ש בסתם שטר פקדון שהוא במקום שעדי' מצוין גבי בי' ממשעבדי. וכן מבואר באו"ת סי' ס"ט בשם חדושי הגרשוני והאו"ת הסכים בזה שכדבריו כן הוא לדעת הש"ך:

ולפ"ז א"ש דברי הש"ך אליבא דהרמב"ן דאין ראי' משטר פקדון כלל דבאמת הי' גובה ממשעבדי אי לאו מגו דנאנסה דהשתא מיירי באין רואין ואעפ"כ צריך שבועה דההחזרתי בפ"ע לאו טענה מעליא היא דאף דהשתא אמרינן שאין רואין ויכול לטעון נאנסו ובכה"ג אינו גובה ממשועבדים מ"מ הרי השטר עלול לגבות בו ממשועבדים במקום שיש רואין ופשיטא ששטר כזה מקפיד עליו דהא זילי נכסיה מחמתי' ובודאי לא הי' מניחו ולכן החזרתי בזה אינה טענה בפ"ע כ"א במגו דנאנסו לכך א"נ החזרתי כ"א בשבועה וממקום שבא בחדושי הגרשוני להקשות על הש"ך אדרבה עפ"י יעמדו דברי הש"ך על מכונם:

ואחרי הודיע כל זאת קמה קושיתי בהא דמוקי דאפקיד בשטר דהא הוי"ל שיעבוד קרקעות ואף דהשתא איירינן שהוא טוען נאנסו והוא במקום שאין רואין מ"מ גוף השטר הוא נעשה ע"ד שיעבוד נכסיו שאם יהי' במקום רואין יגבה מלקוחות ובכה"ג שפיר הוי ש"ק דתרי גווני איכא ש"ק חדא היכי דעיקר הענין לא נעשה ע"ד טריפות לקוחות כגון במלוה ע"פ אע"ג דשד"א ואידך במלוה בשטר או שאבד שאף שעיקרו נעשה ע"ד טריפות לקוחות מ"מ השתא מיהא אין השטר לפנינו ולא טרף וההכחשה שנופלת ביניהם שאנו משביעין הלוה עליו אינה ענין לשטר וכל ששלילת הטענה שאנו משביעין אותו אינה מחייבות טריפות לקוחות לאו ש"ק מקרי. ומעתה בשטר פקדון אי בתר מעיקרא אזלת הרי עיקר הענין נעשה ע"ד שיהיה בו טריפת לקוחות ולא מצי טריף לקוחות בשטר זה מ"מ הך טענה דנאנסו שאנו מחייבין אותו שבועה שלילות טענה זו הוא ש"ק ממש שהרי אם היה במקום רואין או שהלוקח הי' מודה שיודע שלא נאנסו הי' גוב' ממשעבדי שהרי השטר לפנינו וע"י טענת נאנסו הוא נפטר אם אנו מחייבין אותו שבועה ע"ז הוי שבועה על כפירות ש"ק. וכתבתי זה בכדי לטייל עמו אריכות וקצרות אבל כוונתי הפשוטה כמש"ל דלהש"ך ע"כ להך אוקומתא היא גובה ממשעבדי מאיזה טעם שיהיה וכן כתבתי בביאור בתשובתי שרמזתי עליה וע"ז כתבתי שבקצה"ח הרגיש בזה כו' ומ"ש שבקצה"ח

כיון יפה שכ"כ לדעת ריב"א כו' הנה קיצר במקום שהיה לו להאריך חדא די"ל דהריב"א סובר דמיירי באין לו קרקע כו' וכמ"ש ג"כ כ"ת ועוד י"ל דס"ל דטענינן נאנסו ואפילו תימא דמסתמא קאי בשיטת התוס' דלא טענינן נאנסו מ"מ י"ל דווקא ליתמי לא טענינן נאנסו כיון דלא שכיח אי איתא דאתרמי הוי פקיד והי' מברר דבריו לטובת היתומים אבל לטובת הלקוחות לא חש וכמבואר סימן ע"ח לענין תוך זמנו ואף להרמב"ם שם דאף לטרוף מלקוחות א"צ שבועה בתוך זמנו היינו משום דתוך זמנו חזקה אלימתא הוא משא"כ כאן אף דנאנסו לא שכיח מ"מ מיעוט המצוי הוא וטוענין ללקוחות (ולקמן אבאר שיש מקום לומר להיפוך דאף למ"ד טוענין ליתמי אפשר דללקוחות לא טענינן) ומה שכתבת דהרמב"ם פוסק בהדיא דטענינן ליתמי וללקוחות נאנסו משגה הוא בידך שלא נמצא כן בהרמב"ם ואפשר שהטעך ט"ס שבש"ך סי' ק"ח ס"ק ח' שכתב שם מ"מ הרי התוספ' כו' מסכימים לדעת הרמב"ם ובאמת הוא ט"ס וצ"ל הרמב"ן אבל הרמב"ם י"ל דס"ל כהתוס' דלא טענינן נאנסו, וא"ל דמסתמא הרמב"ם אזיל בשיטות הרי"ף רבו בב"מ פרק המקבל וכן משמע בכ"מ פ"ז מהל' שלוחין הנה במהרי"ט סימן ע"ב כתב גם דעת הרי"ף שאין טוענין נאנסו ע"ש ואפי' לפי פירוש הרמב"ן ברי"ף א"ש לפמ"ש במהרי"ט דס"ל נאנסו שכיחא בעיסקא אבל זה שאינו רק תוך העיר ל"ש ולא טענינן ע"ש: ואמנם לפי מ"ש בלא"ה א"ש שהרי מבואר בכללי מגו דמגו דל"ש לא אמרינן רק דאפ"ה טענינן החזרתי במגו דנאנסו משום דס"ל נאנסו שכיח ולכן גם נאנסו גופא טענינן ליתמי וכמ"ש השך שם אליבא דהרמב"ן ולפי"ז י"ל דמ"ד דס"ל דא"נ החזרתי במגו דנאנסו היינו משום דס"ל נאנסו ל"ש והחזרתי בפ"ע לאו טענה היא דא"ל שסמך שיטעון נאנסו דלמה יעשה זאת שיסמוך על טענה דל"ש והלכך א"ל שטרך בידי מאי בעי ולהך מ"ד כ"ע מודו דלא טענינן ליתמי נאנסו וכיון דהא דמשני דאפקיד בשטר אזלא כמ"ד דא"נ החזרתי במגו דנאנסו כשיטת רשב"ם וכמש"ל דע"כ צ"ל כן להש"ך ממילא דאין טוענין ללקוחות נאנסו ולכן שפיר טרף ממשעבדי ולא הוי החזרתי טענה בפ"ע ולכן א"נ נאנסו במגו דהחזרתי וממילא דהו"ל ש"ק וגם בלא"ה א"ש דהא למ"ד טוענין נאנסו צריך ליישב קושית התוספות בב"ב כמ"ש הרמב"ן במלחמות וכמ"ש השך סימן ק"ח והיינו לומר דמ"ד גובה כולו ס"ל דלא טענינן נאנסו משום שלא בא אביהם לב"ד ע"ש וא"כ כיון דקיימינן להך מ"ד ודאי לא טענינן החזרתי או נאנסו ללקוחות כמו ליתמי וגובה גם מלקוחות והוי ש"ק והנה התוספ' בב"ב דף ע' כתבו הא דיורשים פטורים בטענת החזרתי במגו דנאנסו ולא אמרינן דהו"ל מתשאיל"מ משום דביורשים לא אמרינן מתוך דדרשינן שבועות ד' כו' ולכאורה צריך להבין הא דלא קשיא להו בהא דקיי"ל דמלוה ע"פ

אינו גובה מהיורשים אף בעדים דטענינן שמא פרע אביהן ונימא דהוו"ל א"י אם פרעתי דבכה"ג אביהן חייב ואף קי"ל דא"ג מלקוחות אף שהלוה מודה שלא פרע דחיישינן לקנוניא ולכאורה טעמא בעי כיון דעכ"פ שיעבוד נכסים ודאי והפרעון ספק. וראיתי בקצה"ח סימן ל"ט ס"ק ה' שהקשה דלמה בערב גובין ממנו כשהלוה מודה שלא פרע ולא חיישינן לקנוניא ומ"ש מערב וכתב לתרץ דבערב טעמא כיון שהוא עצמו נתחייב ומסופק בפרעון הוי א"י אם פרעתיך אבל ביורש ולוקח שהם לא נתחייבו מחמת עצמן והנכסים הוא שנשתעבדו טענינן להו טענות המורישׁ והמוכר והוי כמו טענות ברי וכדחזינן לענין משאיל"מ ואפי' מודה, דחיישינן לקנוניא ע"ש. ולא נהירא לענ"ד דהא נכסוהו דבר אינש אינון ערבין ביה והנכסים נשתעבדו ודאי והפרעון המוציאם מידי שיעבוד הוא ספק ואם היה קיים אפשר שהי' מודה שלא פרע ומכ"ש בלקוחות שמודה לפנינו ועוד דלדבריו גבי ערב נימא דאפי' מת הלוה או אינו בפנינו נמי גובה מערב דה"ל א"י אם פרעתי וז"א כמבואר סימן קכ"ט סעיף י"ב ע"ש. אך נראה דהיינו טעמא דבערב גובה מהלוה ולא חיישינן לקנוניא שהערב ע"ד כן מתחלה נכנס לשיעבוד זה נגד המלוה שכשיגיע הפרעון ויתחייב הלוה ולא תשיג ידו לשלם ישלם הוא עבורו וכיון שעתה הלוה מודה ומתחייב בדין לשלם הרי הערב מחויב לשלם עבורו משא"כ היכא שמת הלוה או שאינו בפנינו שאנו מסופקים שמא לא נתחייב הלוה גם הערב פטור ואף דהספק שאנו מסופקים בלוה הוא ספק פרעון מ"מ טענינן כמו שטוענין ליתמי ולקוחות אלא דהיא גופא טעמא בעי למה טוענין ליתומים ולערב ול"א דהוי כא"י אם פרעתיך והא דבחמשין ידענא ביורשים פטורי י"ל שהתורה לא הטיל' חיוב שבועה על היורשים שא"א להם לשבע אבל מ"מ מנין לנו לומר שמה שאנו טוענין בעדם כטענת ברי הוא והא עיקר טעמא דא"י אם פרעתיך משום דהלוואה ודאי והפרעון ספק ואין לך פרעון ספק יותר מזה:. ומצאתי בתומים סימן ע"ה ס"ק כ"ב שרוצה להוכיח מזה דא"י אם פרעתיך בלא הו"ל למידע פטור ומדייק כן מל' בעה"ת שער ל"ח שכתב כן להדיא דאע"ג דא"י אם פרעתיך חייב ה"מ בלוה גופא דהו"ל למידק ולידע כו' ע"ש וכ"כ בטור סימן ע"ה והסמ"ע ס"ק מ"א והש"ך כתב שבסימן ע"ב כתב טעם אחר לחלק בינו ליורשים. והנה בסימן ע"ב כתב הטעם משום דלאו בע"ד דידהו הוא אלא דאבוהון ודילמא אי הוי אבוהון קיים הוי טוען וכו' ע"ש וטעם זה אינו עולה יפה כ"א לענין נ' ידענא דאפשר שהיה אבוהון טוען שלא לוה ולא נשתעבדו הנכסים כלל אבל היכא שההלוואה ידוע בעדים וספק בפרעון אין טעם זה מספיק שהרי הנכסים אלו שהם רוצין לירש המה בע"ד דידיה ונשתעבדו לו בבירור. והחילוק השני שכתב הש"ך שהיכי שהתובע עצמו יודע שהנתבע

א"י א"כ אינו רוצה להשביעו כו' ג"כ לא כתב הש"ך רק לתרץ הך דפרק הפרה אבל לא הך דחמשין ידענא לפי שבסימן ע"ה כתב שמדברי רש"י והפוסקים משמע כהר"ן דאפי' טענו ברי שהוא יודע לפי שהיה שם בשעה שהודה אביו כו' ע"ש ומשמע להדיא דה"ה אם התובע אומר בפניך הודה לי אביך סמוך למיתתו וזה אומר אף שהלוואה אמת ע"פ עדים מ"מ א"י אם פרעך מ"ה פטור וכן בכל דוכתי שטוענין ליורש וללוקח לא איכפת לן בטענת ברי שטוען התובע שהלוקח והיורש יודעים שהאמת אתו וטעמא דחמשין ידענא כתב הר"ן דאע"פ שהוא תובעם אביכם הודה וכו' והוא משיב נ' אני זוכר כו' פטורים דלא הו"ל למירמי אנפשייהו כולי האי ולפמ"ש האו"ת דעת כמה פוסקים דלענין א"י אם פרעתיך לא איכפת לן במאי דלא הו"ל למידע וא"כ הא דטענינן ליורש שמא סימן אביהם טוע' ברי שפרע טעמא בעי:

ועיין בקצה"ח סי' ע"ה ס"ק ט"ז שהביא דברי מהראנ"ח שהוכיח מזה דה"ה בדידיה כו' וטעמא דיורשים פטורי משום דנאנסו משום וה"ל כמו ברי עכ"ל ולא ידעתי מה כח ב"ד יפה הרי הם טוענין שמא ולא כדי ומכ"ש גבי לקוחות והלוה מודה שהב"ד טוענין שמא הלוה יש לו קנוניא ומפקיעים בזה חוב ודאי של המלוה בטענת ספק פרעון:

ואפשר לומר דכיון דכשמת אבוהון נפלו נכסי קמי יתמי והם בחזקת היתומים בודאי ואף שהבע"ח היה לו שיעבודי' על נכסים אבל בודאי מ"מ כשבא לגבות מהם אינו אלא מחמת שיעבוד של אביהם ואפשר שלא היה גובה ממנו שהי' טוען ברי שפרע וא"א להוציא בשיעבוד זה הנכסים מחזקת יתומים משא"כ בדידי' גופא שנתחייב בודאי והפטור ספק אין ספק מוציא מידי ודאי חיוב. וזה דעת הש"ך כמ"ש כיון דלאו בע"ד דידהו הוא אלא דאבוהן:

ועיינתי בדברי בעה"ת שער ל"ח וראיתי שכתב וז"ל ואף ע"ג דאמרינן שאם הלוה אומר א"י אם פרעתיך חייב שאין ספק מוציא מידי ודאי ה"מ בלוה גופא כו' אבל יורש כיון שאנו טוענין לו דילמא אי הוי אביהם קיים וכו' שהיורש לא פשע כשא"י מהפרעון הלכך נעמוד ההלוואה בחזקת פרעון דהא לפרעון קיימא ועביד אינש דפרע לאחר זמנו ובודאי דמי דפרוע היה ואף ע"פ שיש חילק בסברתינו כך נ"ל עכ"ל. ומבואר מדבריו שרוצה להסביר הענין דשמא זו שאנו טוענין בעד היורש דומה לברי דהלוואי לפרעון עומד ובחזקת דפרעי' בזמנו. ועפי"ז י"ל דה"ט דהפוסקים דלא טוענין ליתמי נאנסו דגם מה דטענינן נאנסו הוי כא"י אם החזרתי וכמ"ש הש"ך סימן רצ"א בשם תה"ד אפי' למ"ד דנכסים משתעבדי משעת אונסין ומכ"ש להרמב"ם דס"ל דנכסי משתעבד משעת משיכה ולא מבעיא היכי שהמפקיר טוען ברי שלא נאנס נאנס אלא אפי' המפקיד טוען שמא

י"ל דחייב דאע"ג דבמלוה ע"פ וטענו שניהם ספק פטור כמ"ש הש"ך סימן ע"ה ס"ק ס"ה מ"מ במלוה בשטר חייב וא"כ ה"ה בפקדון בשטר לענין טענות נאנסו:

אמנם באמת לכאורה אין טעם לחלק בין שטר למלוה ע"פ כיון דשניהם מודים בהלוואה רק שטענות שניהם ספק בחזקה וע"כ לומר דה"ט דבשטר מחמת חזקה דשטרי' בידי' מאי בעי מסתברא שלא פרעו דמה"ט יש מי שסובר דבשטר אפי' הלוה טוען ברי ומלוה שמא לא מהני לבטולי שטרא כמבואר בבעה"ת שער נ"ג ולפ"ז דוקא בשטר הלוואה אבל בשטר פקדון לענין טענות נאנסו דלא שייך שטרך בידי מאי בעי שוב הוי כטענו שניהם ספק במלוה ע"פ דפטור אבל צ"ע בזה דבאמת בהך דינא דבעה"ת שכתבו הטור בסימן נ"ט דבמלוה אומר שמא ולוה ברי בעל השטר מבואר שם הטעם משום דברי ושמא היכא דמסייע ליה חזקת ממון ודאי ברי עדיף ע"ש באו"ת וקצה"ח. ובאמת מהא דקיי"ל בעלמא היכא דחזקה מסייע לברי ברי עדיף אין משם ראיה לכאן דאיכא סברא טובה דשטרא בידיה מאי בעי דמסייע לשמא של הלוה. וה"ט דמ"ד דס"ל דהשטר בחזקתו ועכ"פ לא ה"ל למיפסק שהמלוה מחויב להחזיר השטר ודי בזה דנימא איתרע שטרא וע"כ לומר דבעה"ת והטור ס"ל דודאי הך סברא דהשטר בחזקתו משום דשטרא דידיה מאי בעי הוא סברא דחוי' וכמ"ש בבעה"ת שם דדוקא ביורשים סגי להו בשבועה שלא פקדנו אבל כשהוא חי וא"י פושע הוא דהו"ל למידק כו' וא"כ הדרינן למאי דקי"ל ברי וחזקה דממונא מהני ולפי"ז י"ל דגם בשניהם אומרים שמא כיון דעכ"פ מחמת שמא דמלו' אדחי ליה הך סברא דשטרא בידי מאי בעי כיון דפשע ולא דק אף שהלוה טוען ג"כ שמא אין לנו להעמיד השטר בחזקתו ועכ"פ אית לן למימר דאיתרע שטרא ובטור וש"ע סי' פ"ב גבי אומר השבע לי מחמת טענות שמא א"צ לשבע אפי' המלוה טוען ג"כ שמא צ"ע לענ"ד כיון דחזקת השטר איתרע לה מחמת שמא דמלוה עכ"פ לא הי' לו ליטול בלא שבועה על טענתו שעכ"פ א"י אם נפרע ואי משום מגו ה"ל מגו לאפטורי משבועה ובפרט שבא ליטול:

והנה הטור והש"ע הוציאו כן מדברי בעה"ת ולענ"ד כפי הנוסחא בבעה"ת שלפנינו ליכא למשמע מיני' וז"ל בעה"ת שער כ"א ודוקא דאתי לוה בטענות ברי כו' הא אתי בשמא לא משבעינן ליה כלל גם אם ישוב המלוה א"י אם פרוע הוא אם לאו והלוה טוען ברי שפרעו זה אנו עתידה לפרש דינו בשער צ"ג עכ"ל ומלשון הטור נראה דמפרש מ"ש בעה"ת גם אם הוא ישיב הוא נמשך למעלה לומר דאף בכה"ג אין משביעין אותו רק הוא ענין לעצמו וקאי אבא דאי טעון אשתבע לי צריך לשבע וע"ז בא לומר שיש חילוקים בדבר חילוק אחד דדוקא היכא דהלוה טוען ברי ושוב כתב גם אם ישוב המלוה כו' ר"ל עוד יש

חילוק בזה היכא שהמלו' טוען שמא והלוה ברי שיבואר דינו בשער נ"ג ואולי היה לו נוסחא אחרת בבעה"ת אבל כפי הנוסחא שלפנינו מבואר כמ"ש וא"כ דין טוענין שניהם שמא לא נזכר בבעה"ת ואולי לזה כיון מהרשד"ם שהביא הש"ך סימן נ"ט וסימן ע"ה ס"ק ס"ה שהביא מסימן נ"ט והש"ך כתב שכן מבואר בסי' פ"ב ולפי מה שכתבתי אפשר דמהרשד"ם לא ברירא ליה הך סברא דסי' פ"ב כיון שדברי בעה"ת אינם כן רק שמוכיח כן מכללא דההוא דסימן נ"ט דמשמע דוקא דטוען לוה ברי אבל שמא לא. אך לענ"ד אינו מוכרח דאפשר דנקט הכי בעה"ת בשער נ"ג בלוה ברי לאשמעינן דאף בכה"ג איכא מאן דסבר שהשטר בחזקתו ומשניהם שמא לא מיירי ועכ"פ איתרע שטרא אם טוען הלוה אשתבע לי צריך לישבע בכה"ג ודברי בעה"ת בשער כ"א מתפרשים כמ"ש וצ"ע:

ולפי מ"ש א"ש מ"ש בקצה"ח סימן נ"ט ראיה דאין המלוה גובה בטוען שמא מסוגיא דפוגמת דאמרינן דמפרע לא דייק ואם איתא דבשמא גובה לא יהא שטוענת שמא בב"ד ע"ש ולכאורה צ"ע על בעה"ת שלא הביא ראיה זו. ולפי מ"ש א"ש דבאמת אין ראיה כלל מהתם דודאי אי הוה ידעינן דאף אם תרמי אנפשה לא אתיא זכורה לידע שנפרעת רק שעדיין ישאר בפסק אצלה באמת לא היתה צריכה לישבע רק דאנן השתא מספקינין דילמא כיון דמפרע לא דייק לכך כמדומה לה שלא קיבלה כלל והיא לא רמיא אנפשה לזכור היטב ולכך רמו רבנן שבועה עלה כי היכי דתידוק ותרמי אנפשה ואולי עי"ז תזכור בבירור שנפרעת (ובזה נדחה נמי מ"ש במומים סימן ע"ה ס"ק ו' ראיה לדידן דספק פרעון קודם הלוואה דחייב מספק מלוה ישינה ע"ש ולפי מ"ש אין ראיה ע"ש) וכן באומר א"י אם נפרעתי כשטוען השבע לי צריך לישבע ובפוגמות דרגלים לדבר אף בלא טעין השבע לי הר"ן כן. ואמנם אפי' תימא כדברי הטור דא"צ לישבע אף בטוען השבע לי זה דוקא כשגם הלו' טוען שמא אבל אם הלוה טוען ברי אפי' תימא כהך דעה דבעה"ת דמחויב לשלם מ"מ עכ"פ צריך המלוה לישבע כשטוען הלוה אשתבע דשמא ע"י השבועה רמי אנפשיה ומדכיר בבירור שנפרע וא"כ אין ראיה מפוגמות לומר דבטוען המלוה שמא השטר בטל די"ל דשפיר השטר בחזקתו רק צריך שבועה וקצרתי:

ודאתאן עלה בשטר פקדון בטענות נאנסו הנה ממ"ש המשנה למלך פרק י"א מהלכות מכירה דין ט"ז ז"ל כתב הל"ר דא"כ הוי א"י אם פרעתיך דפטור כיון שהמלוה בעצמו א"י בבירור שלא נפרע ועוד דשאני א"י אם פרעתיך דריע טענתיה דהוי ליה למידע כו' ומשמע דאף בשטר הדין כן שהרי הל"ר קאמר אם יברר היתום בראיות כו' וא"כ אפשר שהיה מברר בשטר ואפ"ה קאמר המ"ל דפטור ע"ש והיינו מטעמא דכתיבנא דהתם אין השטר מעלה ומוריד כיון דלא שייך שטרא בידיה מאי בעי ולכן כיון שגם המלוה

אינו יודע בברי שלא נפרע פטור וכ"כ בפ"ד מהלכות שאלה ופקדון אהך מילתא גופא ע"ש במ"ש על הרש"ך במ"ש על דברי התה"ד סימן של"ג שכתב וע"ק לי דשאני א"י אם פרעתי דהמלוה טוען ברי משא"כ בזה שגם המפקיד א"י ושם בהגהות המ"ל כתב בשם הבני שמואל דמהרשב"א פרק הזורק משמע דחייב והרב מהר"א נבון אמר לתרץ דעל המלוה רמי טפי למידק אם נפרע מחובו טפי מהלוה ומש"ה דווקא בספק פרעון משא"כ בההוא דהרשב"א ע"ש:

ולענ"ד צ"ע דהא איפכא אמרינן גבי פוגמות דפרע דייק דמפרע לא דייק ואפשר לומר דהתם בשטר דמפרע לא דייק כמה פורע לו כיון שלא יבא לידי היזק שהשטר בידו משא"כ במלוה ע"פ יש לו להמלוה לדקדק היטב ולשים לב כשהוא נפרע וכמה נפרע ולכך ריעי טענתיה לגבי הלוה. ולפי סברא זו בפקדון בטענת נאנסו הו"ל כא"י אם החזרתי דחייב אף דספק גם למפקיר משום דדוקא בהלוואה אמרינן הכי דהו"ל למלוה למידק ועיין בש"מ ב"מ דף ל"ה סוגיא דשוכר פרה והשאילה לאחר שכתב בשם הראב"ד דאם לא היה השוכר שם בשעה שמתה וא"י לישבע משלם דהו"ל כא"י אם פרעתיך (ואמנם מלשון הראב"ד שהביא בקדושין המכונות להריטב"א בב"מ דף נ"ז לכאורה לא משמע כן אלא דוקא היכא דהו"ל למידע אם בפשיעה או באונס ותחלת הלשון הובא בש"מ שם) וכן מלשון הנ"י בשם הרא"ה משמע דאף בכה"ג שהמשאיל טוען שמא אי הוי א"י אם החזרתי חייב. ודברי הש"ך שם צ"ע וארכבה אתרי ריכשי ואין כאן מקומו:

ונחזור לענין שלפנינו אם נימא דטענת נאנסו ליתומים הוה כטענות חזרה ולא כטענת חיוב א"כ י"ל דאף בהלוואה טענינן להו פרוע ולא הוי כא"י אם פרעתיך היינו משום דלפרעון קאי וחזקתו שהוא פרוע וכטענת ברי דמי וכמש"ל מל' בעה"ת משא"כ בפקדון נהי דטענינן להו טענת חזרה היינו גם כן משום דסתם פקדון לחזרה קאי משא"כ טענת נאנסו סתמא לאו למתניס קאי ואם אנו טוענין שמא נאנסו הוי כא"י אם החזרתי שחייב:

שוב ראיתי בבעל המאור פרק המוכר את הבית שכתב ג"כ חילוק זה שסתם פקדון לחזרה עומד כמו שהמלוה עומדת לפרעון אבל נאנסו לא כיון שהיה ביד אביהם במקום המשתמר ומונח במקום המוצנע נהי דאי הוה אבוהן טעין כו' אבל אנן לא טוענין להו ליתמי להוציא הדבר מחזקתו כו' ואע"פ שדבריו סובבי' לומר שטענה רחוקה קצת אין טוענין וכמ"ש בב"ק פרק הגוזל ע"ש במאור וברמב"ן מכל מקום נראה שנתכווין גם כן למה שכתבתי דכיון דפקדון לאו לאונסין קאי אין לטעון עבורם נאנסו ואפשר דאיהו ס"ל ג"כ כדעת הפוסקים דטענות נאנסו הוי כא"י אם נתחייבתי ולכך הוצרך לומר דלא שכיחא או אפי' אם נימא דהוי כא"י אם פרעתיך מ"מ פטור דלא הו"ל למידע. אבל לפי

מ"ש דעת הפוסקים דחייב בכה"ג א"כ אצ"ל נאנס ולא שכיח דאפי' תימא שכיח לאו להכי קאי והוי כטענינן א"י אם החזרתי וחייב ולפי"ז י"ל דלקוחות גרועי מיתמי דאף דטענינן להו החזיר שהיה המוכר נאמן במגו דנאנסו מ"מ נאנסו גופא ליתמי טענינן דשמא היה הענין ברור לאביהם שהחוב מחמתו משא"כ בלקוחות אם המוכר קמן ואומר שלא החזיר או פשע אין כאן פטור רק מצד חשש קנוניא וזה הוי כא"י אם פרעתיך ואף דבהלוואה לא מהני הודאו' הלוה לטרוף מלקוחות משום קנוניא היינו משום שעומד לפרעון הוי כודאי ומוקמינן נכסים בחזקתם אבל לא לענין נאנסו (ועיין ש"ך סימן רצ"ו דמשמע דזימנין דטפי מסתבר לטעון ליתמי מללקוחות) ועיין בש"מ ב"מ דף צ"ז שכתב בשם הריטב"א דאף למ"ד דבשומר משתעבד משעת משיכה מ"מ היינו דכשנגנב' חל השיעבוד למפרע ונ"מ למי שמכר נכסיו בנתיים כו' מבואר דס"ל דשטר פקדון גבי ממשעבדי ואפשר דמיירי דמקבל בשטר כל אחריות אונסין או בגווני דכתיבנא לעיל במקום רואין וליכא טענות אונס ועיין בקצה"ח שהביא דברי הריטב"א ליישב דברי הנ"י בשם הרא"ה ובמקום אחר כתבתי בזה:

ומ"ש על מ"ש דמיירי הא דאמרינן דאפקיד בשטר בכת"י בנאמנות דמדקאמר הש"ס מכלל דתרווייהו כו' מוכח שהוא משום דאליבא מילי דשטרא דמצד נאמנות גם בעדים א"נ כו' הנה אם באנו לדקדק בזה בלעדי זה תקשי מי הכריחו לנוד מאוקומתא דאפקיד בעדים ובנאמנות או באמר אל תחזיר לי אלא בעדים אך לפי מ"ש א"ש דכבר כתבתי דהא דמוקי דאפקיד בשט' היינו כמ"ד דא"נ החזרתי במיגו דנאנסו דאל"כ אית לן למימר דאף דאפקיד בשטר נאמן החזרתי ושוב ליכא שד"א בנאנסו ולפי"ז היינו דווקא היכא דאפקיד בשטר דאז אפילו מיגו לא מהני אבל באפקיד בעדים אף שאמר אל תחזיר לי אלא בעדים נאמן לומר שהחזירו שלא בעדים במיגו דנאנסו וכמ"ש הרא"ש בסוגיא דאומן בב"ב ואף דהרא"ש כתב שם דנשבע שד"א כמו אי הוי טען נאנסו היינו כעין דאורייתא כמ"ש הש"ך סימן רצ"ו ואפילו תימא דהרא"ש ס"ל שד"א ממש היינו משום דס"ל דהך דשבועות א"ש אף לר"ח ומשום דעכ"פ שד"א בעי אף לר"ח משא"כ לפי מ"ש בשיטת הרשב"ם דס"ל דשבועות מיגו לאו שד"א הוא וכמ"ש הבעל המאור וא"כ בעדים וא"ל אל תחזיר אלא בעדים אין כאן שד"א וא"כ גם בנאנסו לא משכחת שד"א דהו"ל מיגו דההחזרתי וגם לפי מ"ש הרא"ש בסוגיא דאומן אם אמר החזרתי בפני פלוני ופלוני נאמן אף בלא שבועה וא"כ היה נאמן לומר נאנסו במיגו דההחזרתי בפני פלוני ופלוני והלכו למדה"י ואף דהרא"ש כתב דאין זה מיגו דהרוצה לשקר ירחיק עדותו היינו לענין טענות פרעתיך בינו לבינו אבל לענין טענת נאנסו הרי ג"כ מרחיק עדיו וגם נאנסו

לא שכיח ושפיר הוי אמרינן מיגו דהחזרתי בעדים וא"כ אי בעינן לאוקמי בעדים ע"כ בנאמנות דבכה"ג לא מהימן אף במיגו דנאנסו וכמ"ש הרשב"א בתשובה שהביאה הב"י דנאמנות הוי כעדים שלא החזיר והוי מיגו במקום עדים ולא הוי מצי לאוקמי הכי דהא בדאורייתא קיימינן וא"כ למ"ד שד"א הוי ליה כפירות ש"ק דהא ד"ת מלוה ע"פ בעדים גובה מלקוחות והיינו היכי שודאי לוה ולא היה נאמן על הפרעון שאז נכנסו הלקוחות בשיעבודו ואף לדעת האומרים דאין נאמנות מועיל לגבי לקוחות היינו לענין לפוטרו משבועת המשנה בבא ליפרע מלקוחות אבל לדינא דאורייתא ודאי גבי וא"כ הו"ל ש"ק משא"כ בכת"י בנאמנות א"ש דבכת"י ודאי לא טרף ממשועבדים אף מדאורייתא ומלבד זה אמינא לדון בדבר חדש והוא דמבואר בש"ע ובטור דעת הרמ"ה דנאמנות לא מהני כ"א בשעת הלוואה או בקנין ויש להסתפק בנאמנות בפקדון מה דינו ומה שהביאני לידי ספק זה הוא משום דהפוסקים כתבו סתמא דשעת הלוואה א"צ קנין ולמדו כן מדברי רש"י בשבועות ולכאורה משמע דטעמא כמ"ש הנ"י והמרדכי הביאם הש"ך דבשעת משיכת המעות גמר ומשעבד נפשי' ודמי לקנין וכ"כ הר"ן בחדושיו לסנהדרין פרק ז"ב דכיון דבשעת הלוואה אתני בהדיה כשהודה המלוה משתעבד דומיא דערב בשעת מתן מעות אף דלא קני מיניה:

ועוד י"ל טעם אחר דשעת הלוואה לא צריך קנין לנאמנות בההוא הנאה דקא מהימן ליה שמלוה לו מעותיו גמר ומשעבד נפשיה וכמו דאמרינן גבי מתנ' שומר חנם להיות כשואל וטעם זה מבואר בבעה"ת שער כ"ו (ואם אמנם הש"ך כתב דלדעת בעה"ת אף שלא בשעת הלוואה א"צ קנין והיינו מטעם שכתב שם דהוי כמו התראה כו' צ"ל דס"ל שגם אחר הלוואה שייכא הך סברא דקא מהימן ליה כיון שאינו תובע מעותיו וכמ"ש בג"ת שם וע"ש בג"ת דמשמע מהמרדכי דגם הך דמתנה אדם כו' היינו בשעה שמושך החפץ לשמור) וס"ל להרמ"ה דדווקא בשעת הלוואה שייך לומר דקא מהימן ליה ולכן משעבד נפשיה אבל אחר הלוואה לא משתעבדי ונ"מ בין הני טעמי דאם נימא דטעמא דבשעת משיכת המעות משתעבד נפשיה י"ל דהיינו דווקא בהלוואה שהשעבוד מתחיל מיד במשיכות המעות ואז משתעבד ג"כ על הנאמנות וא"צ קנין משא"כ בפקדון דבשעת משיכה אין כאן שיעבוד כלל רק משעת אונסין ואפי' למ"ד משעת משיכה כתב הריטב"א דהיינו לומר דכשנאנסה משתעבד למפרע משעת משיכה אבל בשעת משיכה גופא אין כאן שיעבוד דהא הפקדון היא בעין וברשותא דמריה קאי וא"כ לענין טענת החזרתי אין כאן מקום שיעבוד למפרע כלל. וא"כ כיון דשיעבוד נכסים אין כאן רק שזה קיבל עליו לשמור ומה שנותן לזה נאמנות שלא יהיה נאמן לומר שהחזירו אינו רק דברים בעלמא

ולא משתעבד משא"כ אם נאמר טעמא בההוא הנאה דקא מהימן ליה הך טעמא שייך בפקדון ג"כ כמו ההוא דמתנה ש"ח כו':

אמנם י"ל דאף להך טעמא דאמ' התם מתנה ש"ח כו' כמ"ש התוס' בב"מ דף נ"ח גבי ההוא דשוכר לשמור את הזרעים דהיכי שהיה פטור בלא שבועה לא משעבד נפשיה בלא קנין ולפי זה בטענות חזרה בפקדון שהיה פטור בלא שבועה לא משעבד נפשיה וכן לאידך תירוצא שכתבו התוס' שם משום דכיון שמתחייב כשואל סבורים העולם שהשאיל לו או לפי מ"ש הש"ך הטעם דהוי כאלו אמר הריני שואל כו' ע"ש בסי' ס"ו א"כ לענין נאמנות לא שייך זה ועיין בג"ת שם:

ועוד נראה דלענין נאמנות שלא החזיר לא שייכא הך סברא בההוא הנאה כו' דלכאורה גם במתנה ש"ח כו' קשה מאי קאמר בההוא הנאה דנפיק עליה קלא דגברא מהימנא הוא דמאי מהימן ליה שהרי בפירוש מתנה עמו שאף אם יטעון אונס יהיה מחוייב לשלם ודוחק לומר משום דאיכא דשמע בהא שהפקיד אצלו ולא שמע בהא שהתנה להיות כשואל דמה"ת לומר כן דמאן דידע מפקדון ידע נמי מתנאי. וא"ל דמהימן ליה במתה מחמת מלאכה ז"א דהא בר"פ המפקיד אמרינן דלא מקני לי' כפילא דבמאי הי"ל למיפטר נפשי' במתה מחמת מלאכה לא שכיח וא"כ גם לענין זה אין לתלות הנאמנות בזה שיהי' יכול לפטור עצמו במתה מחמת מלאכה. אך י"ל דשפיר מהימן לי' דאף דאפקיד לי' בעדים הרי יכול לטעון החזרתי ולמ"ד צריך להחזיר בעדים י"ל דמיירי דאפקיד שלא בעדים. ובהכי א"ש מה הקשו התוס' בב"מ בהא דהשוכר את הפועל כו' דלמה לי' קנו מידו ת"ל בההוא הנאה דקא מהימן ליה כו' ולפמ"ש א"ש דהתם שהב"ד שוכרים אותו ומתנין עמו שאם יקלקל שמירתו ישלם מאי גברא מהימנא הוא לפיכך בעינן קני מידו דווקא:

והשתא דאתינא להכי י"ל דדוקא בכה"ג דמהימן החזרתי או להד"ם משא"כ היכא דאפקיד לי' בעדים ומתנה עמו שלא יהי' נאמן לומר החזרתי ואף שהי' יכול לטעון נאנסו מ"מ עכ"פ שבועה בעי ואיך נאמר דמשעבד נפשי' בשביל דנפיק עליו קלא דאינש מהימנא היא כיון דהא קמן שאדרבה מתנה עמו שיהא הוא נאמן נגדו מה שאין דרך המפקידי' בעדים להתנות כך אלמא דלא מהימן לי' ואף דמהימן לי' בשבועה כשיטעון נאנסו אין זה נאמנות שישתעבד נפשו בשביל כך:

ולכאורה י"ל דגם בכה"ג שפיר מקרי מהימן לי' דהא אמרינן בגיטין באפטרופוס שמינהו ב"ד קי"ל כאב' שאול דאמר ישבע דכיון דנפיק עלי' קלא דאינש מהימנא הוא משום שבועה לא אתי לאמנועי אלמא דסוף יצטרך לשבע מ"מ נפיק קלא וכו' ועיין בב"ח

סי' ר"ץ דיש לחלק דהתם בשעת שממנים אותו ב"ד אינו ידוע לכל שיצטרך לשבע ואין העולם דנין אותו ע"ש סופו רק מוציאין קול שהוא איש נאמן וגם עיקר הוא שסומכין עליו הב"ד להאכיל היתומים וכמה ענינים הנעשים ע"י אפטרופוס וכדאמרינן התם דסמיך ב"ד עליו משא"כ כאן ואדרבא מוכח מאפטרופוס שמינהו אבי יתומים דאמרינן אתי לאמנועי ולא אמרינן דנפק קלא דגברא מהימנא שהרי זה ממנה אותו אלמא דווקא מינוהו ב"ד שאין ממנין אלא לאחר בדיקה ושבח גדול הוא לו וחילוק זה מבואר בתשובות הרשב"א הביאו הב"י בסי' ע"ב ועיין ש"ך שם ס"ק י"ב ועיין בב"מ דף צ"ו בהג"א שם דמסתפק להו לענין שוכר ומשכיר אי שייך הך מלתא דנפיק קלא כו' ומסתברא לענ"ד דלענין נאמנות למפקיד לא שייך דמשתעבד בשביל דמהימן לי' נאנסו בשבועה ואפי' תימא דאף בכה"ג משתעבד מ"מ בשואל שהוא חייב באונסין וא"כ לא מהימן לי' כלל רק לענין מתה מ"מ וכבר כתבתי דזה לא מקרי נאמנות וכדאמרינן דלא מיקני לי' כפילא מחמת זה:

ולפמ"ש יש לפרש לשון הטור סי' ע"א שכתב וגם במלוה בשטר שייך נאמנות כו' וכתב הב"י דסד"א כיון שיש בידו שטר מה צורך לנאמנות לכך אמר דשייך נאמנות כו' ולפמ"ש י"ל דסד"א דדוקא בע"פ דהא הימני' שאע"פ שיש כאן עדות מ"מ אולי ימותו או ילכו למדה"י אבל בשטר הא לא הימני' כלל וא"כ במאי משתעבד קמ"ל דשפיר משתעבד בשטר דכתיבה כמו קנו מידו הוא עיין באו"ת ועוד י"ל דלכאורה קשה על טעמא דבעה"ת שכתב בנאמנות בהלוואה טעמא משום דקא מהימן לי' וצ"ע במאי מהימן לי' דהא הלוואה בעדים מחויב בכל אופן לשלם רק שיהא נאמן לומר פרעתי ועכשיו דהימני' למלוה נמצא שלא האמין ללוה כלום ובמאי משתעבד ודוחק לומר כמ"ש דהימני' כי אולי ימותו העדים וכו' אך י"ל דהימני' במאי שמלוה לו שהרי יכול להבריח נכסיו ולמכרם ולא ימצא המלוה מקום לגבות ולפ"ז סד"א דבשטר שהוא מוציא מיד הלקוחות נמצא היכי שהי' ללוה קרקעות בשעת הלוואה לא הימני' כלל שהרי אינו יכול להבריח קמ"ל דאפ"ה שפיר משתעבד בשטר על הנאמנות שלא יצטרך לישבע אף כשטוען השבע לי ולפ"ז גם בפקדון בעדים ומתנה עמו על נאמנות שפיר י"ל דמשתעבד דהא מהימן לי' שלא ישלח בו יד ויכפור בפקדון ויבריח נכסיו שלא ימצא ממה לגבות וא"ל דווקא במלוה בשטר שעשה לו טובה אמרינן בההיא הנאה דקא מהימן לי' דהא במתנה ש"ח כו' אמרינן הכי גם לענין פקדון וכיוצא בזה איתא בב"ב דף קע"ג לענין ערב אמר רב אשי בההוא הנאה דקא מהימן לי' גמר ומשעבד נפשיה והתם נמי אין פירושו שנאמן לו שלא יכפור בו אלא ר"ל שעל אמונתו הוא מלוה לו ובטוח בו שישלם לו ולא

יבריח נכסיו ממנו ולכן משעבד נפשיה וא"כ גם גבי פקדון י"ל כן אך כבר כתבתי דלפי מ"ש התוס' בב"מ דף נ"ו לא שייכא הך מילתא כ"א לענין מתנה ש"ח להיות כשואל וא"כ לענין פקדון לא מהני נאמנות אף בשעת פקדון כ"א ע"י קנין:

ואחרי הודיע כל זאת חזרנו למ"ש דלא הוי מצי לאוקמי בשבועות שומרים דאפקיד בעדים ובנאמנות דבאמת לא משתעבד כ"א בקנין דוקא וכי איכא קנין בנאמנות גובה ממשעבדי ושוב ה"ל כפירת שיעבוד קרקעות וא"ל שאין עדים על הקנין א"כ שוב נאמן החזרתי במגו שהי' יכול לכפור גוף הנאמנות כמבואר בסמ"ע ובש"ך סי' ע"א וממ"נ איכא עדי' באופן שאינו יכול לומר החזרתי א"כ גובה ממשעבדי מחמת הקנין ואי מיירי בדליכא עידי הקנין בפנינו דשפיר גבי ממשעבדי א"כ שוב יוכל לטעון פרעתי משא"כ לפי מ"ש דמיירי בכת"י בנאמנות א"ש דבכת"י א"צ קנין על הנאמנות ובכת"י לא גבי ממשעבדי ואין כאן ש"ק. ואף לפי מה שנראה מדברי הש"ך דגם בכת"י צריך קנין מ"מ שפיר י"ל דמיירי שהי' כתוב בכת"י שנעשה בקנין ומ"מ אין כאן גבי' ממשעבדי ועיין ש"ך מה שמחלק בין נאמנות סתם לנאמנות כב"ת דבנאמנות סתם א"צ קנין מ"מ לחד תירוצא דסמ"ע לא מהני סתם נאמנות אף במקום מגו דנאנסו ועיין באו"ת וא"כ אף בעדי' ונאמנות סתם לא מצי לאוקמי דא"כ שוב נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו וכנ"ל ולקצר אני צריך:

אך בעיקר הקושיא שהקשינו דהא הוי כפירות ש"ק נראה דלק"מ כיון דבפקדון איירי דכל דאיתא הדר בעינא ואין כאן שעבוד כלל ועיקר שד"א היא שבועה שאינו ברשותו אלא שע"י גלגול משבעינן אותו שלא שלח בה יד ולא פשעי. ולפ"ז כשזה תובע פקדונו וזה טוען נאנסו ואנו מחייבין אותו שבועה שאינו ברשותו דחשדינן לי' שהפקדון בעינו אין כאן שבועה על ש"ק כלל שאין השבועה רק על חפץ הפקדון עצמו וכיון שנתחייב שבוע' ע"ז שגוף הפקדון אינו ברשותו שפיר משביעינן אותו שלא שלח בה יד ולא פשע אף דבזה יש ש"ק הא קי"ל נכסי' שאין להם אחריות זוקקין ונשבעין על ש"ק ע"י גלגול ונכון לענ"ד:

ובמה שכתבתי על דברי הפ"י בסוכה דף למ"ד שהבין מתוספות דשינוי החוזר אינו מתקה"ש וז"א וע"ז כתב כ"ת ולענ"ד דברי הפ"י מוכרחים כו' דלדברי אביי ב"ב דף צ"ג לאו משום תקה"ש בעי לאוקמי הסוגיא אף לאביי והתוס' בב"ק ד"ה וליקני בשה"ש שכתבו דשינוי החוזר קני משום תקה"ש אזיל אליבא דרב כו' עכ"ד בקצרה. הנה אף כי התשובה בזה אך למותר כי אנכי תרגלתי אפרים שלא לכנוס בפרצה דחוקה במקום שרבים בוקעים בו בפתח רחב כפתחו של אולם:

אך באמת אפי' ע"צ הדוחק אינו מתקיים דבאמת כל היכי דאתמר לענין גזילה דקני מדרבנן ודאי משום תקנות השבים אתינן עלה דאל"כ למה תקנו רבנן קנין לגזלן ויהא חוטא נשכר ועיין בגיטין דף נ"ה. ועיין בכפות תמרים בד"ה ומה שנקצץ שם על התוס' ד"ה וליקנינהו מבואר בדבריו להדיא שמפרש דברי התוס' כמ"ש דלכך לא קני שינוי החוזר מדרבנן משוה דנקל להתיר אגדו וכן מבואר בשער המלך הלכות גזילה שהביא כן בדברי התוס' דלמסקנתם בשינוי החוזר דקני מדרבנן מהני לדאורייתא ומ"ש דבין כך דברי המחנה אפרים צ"ע שלא הביא דברי התוס' דסו עיינתי במחנה אפרים ומצאתי שכתב להדיא כמ"ש וז"ל שם כמדומה לי ששמעתי ממורי ז"ל שהי' אומר שגם מדברי התוס' דסוכה ד"ה שינוי החוזר נרא' דס"ל אע"ג דלא קנהו אלא מדרבנן יוצ' י"ח מדאורייתא ואע"ג דבתחלת דבריהם לא הבינו כן מ"מ אח"כ חזרו בהם כמבואר למעיין עכ"ל ושמחתי. ומ"ש דהפ"י מפרש דמ"ש כאן הוא לאביי ואח"כ לר"י ליתא כמ"ש הפ"י עצמו בב"ק ר"פ הגוזל ד"ה וליבון מי הוי שינוי וז"ל ומ"ש התוס' פרק לולב הגזול דשינוי מעשה החוזר קונה מדרבנן אפילו לפני יאוש נרא' דהיינו דווקא לשינוי דאביי דלעיל כו' מבואר דבין אביי לר"י ליכא ולא מידי וגם טעמ' דאביי משום תקה"ש. ומ"ש בשם הפ"מ דמפרש אביי ור"י לא ס"ל דהדדי דלמר מדרבנן ולמר משום תקה"ש דבריו אינה מחוורים לענ"ד כמ"ש דגבי גזלן כל דתיקן רבנן דמיקני משום תקה"ש הוא:

ואמנם אף לדבריו הוי ראיה לסתור שלדבריו קנין דרבנן הוי קנין טפי מתקה"ש ע"ש ואלו למ"ש הפ"י בדברי התו' תקה"ש עדיף טפי שמועיל אף להיות דאורייתא משא"כ סתם קנין דרבנן ואמנם המעיין בדברי התוספ' שכתבו אלא יש לתרץ כו' והכא באגודות לולב בעלמא ליכא תקנות השבים כו' מלשון אלא וגם במה שלא כתבו בפשיטות דשאני תקה"ש משאר תקנתא דרבנן מבואר בפשיטות כמ"ש ואין מקום לומר שמ"ש דהכא לא שייך תקה"ש היינו דלא תיקשי דנימא גם בזה תקה"ש כמו במריש פשיטא דז"א דלא יעלה על לב לעולם לדמות זה לתקה"ש דמריש אף בלא הך דנקל להתיר אגדו דודאי אין תקה"ש דמריש כ"א בבנין גמור ועיין בב"ק דף ק' ובתוס' בד"ה והוא שהניחה ע"פ ארובה פ"ה דלא קבעה בבנין דלא הוי שינוי וכו' ותימא כי קבעה נמי לא קני דשינוי החוזר לברייתו הוא כו' ונראה דס"ל דמאי דכתב רש"י ולא קבעה בבנין היינו ששם ע"פ הארובה לא שקבעה בבנין רק הניחה שם דמתקנת מריש אין כאן קנין דמאי דבנאה ע"פ ארובה אין בזה תקנות מריש דבקל יכול ליטלו משם ודווקא כשבנאו בבירה ומשום פסידא דבירה שויהו רבנן כדליתא כמבואר בהגוזל משא"כ בזה ליכא פסידא שלא

נקעקע את הבירה במה שיטול קורה זו מפי ארובה והלכך אין כאן תקנות מריש רק רש"י ס"ל דקביעות בבנין הוי שינוי ותוס' ס"ל דהוי שינוי החוזר:

אך צ"ע על התוספ' שהקשו בפשיטות דהוי שינוי החוזר שהרי נראה מדברי התוס' דסוכה דס"ל שינוי החוזר קונה מדרבנן וכן מבואר בפסקי התוס' שם ונראה שטעמם מדסידר הש"ס הך דר"י בסוף הסוגיא שם דקאמר ד"ת גזילה המשתנית כו' משמע דס"ל דהלכתא כוותיה וא"כ כיון שקונה עכ"פ מדרבנן ודאי חשוב הוצאה מרשות הקדש ומעל ולכן נלענ"ד דהתוספ' ס"ל דלא שייך בזה תקנות מריש ולא תקנות שינוי החוזר כיון שמחמת תקה"ש אתינן עלה לא שייך זה לענין שיפקיעו רבנן מיד ההקדש וגם דלא שייך למימר בזה תקה"ש דבאמת אין זה תקנתם רק קלקלתם וכיון שלא תקנו בזה לא מעל ועיין בשער המלך מה שהביא בזה בשם ד"ז הגאון בת"ח ומ"ש ע"ז מהשואל קורדם וכו' ולפמ"ש לא דמי להתם דתקנת משיכה בשומרים שתקנו חכמים בין איש לרעהו שייכא התם שפיר וכיון שהקורדם של הקדש שפיר מעל וקצרתי וגם י"ל דהא שמואל דקאמר להך מילתא והוא שהניחה ע"פ ארובה ושמואל קאמר בריש הגוזל הלכה כרשב"א דשינוי במקומו עומד ומפרשינן מילתא אליבא דרבא בכחשא דהדר אלמא דס"ל שינוי החוזר אף מדרבנן לא קנה ומקשין התוספ' שפיר אליבא דשמואל אך במעילה וחגיגה הגירסא אמר רב והוא שהניחה כו') ובשיטת רש"י נלפע"ד דלאו מטעם שינוי קונה אתי עלה דהא בשינוי קונה בעינן שיתכוין לקנו' כמ"ש התוספ' דף צ"ה ע"ב ד"ה כשבא דצבע לא קני לפי שאין מתכוין לקנות והכא נמי אין מתכוין לקנות דהא מסורות לגזבר וכסבור שלו הוא וכמ"ש התוספ' שם ד"ה נתנה אך נראה שכוונתו משום דגבי מעילה בעינן או הנאה או שינוי כדאיתא במעילה דף י"ח ומעלה מעל אין מעל אלא שינוי וכן הוא אומר איש כי תשטה כו' וע"ש בתוס' שכתבו דבסוטה ליכא שינוי רשות שהרי אין יוצאה מרשות הבעל בכך מ"מ איכא שינוי קצת ומינה ילפינן למעילה ולכן ס"ל דאם בנאה בתוך ביתו אע"ג דלענין קנין לא קני בשינוי כי האי מ"מ לענין מעילה מקרי שינוי כמו בסוטה דאף שאין יוצאה מרשות הבעל בכך מעל קרי ליה. ולפ"ז י"ל דלרש"י דווקא למעילה קרי ליה שינוי אבל לקנין אף שינוי החוזר לא מקרי ולא דמי לעצים משופים ועשאם כלים דזה שחברו לקרקע לא מהני דתלוש ולבסוף חברו דינו כתלוש וכדאיתא במעיל' שם משא"כ בנסרים שחברם במסמרים ויתידות שנעשו חבור והוי שינוי דמעיקרא נסר והשתא כלי וגם התוספ' באמת ס"ל הכי:

ומ"ש דהוי שינוי החוזר היינו לפי מה שהבינו בדברי רש"י שסובר דהוי שינוי לקנות ע"ז כתבו דהא עכ"פ הוי שינוי החוזר כו'. אבל באמת ס"ל להתוס' דמה שקבעה בבנין

לא מיקרי שינוי כלל כיון דתלוש וחברו הוא רק דהכא מיירי בסתתה וכמ"ש הרשב"א וכ"כ רש"י בחגיגה:

ובזה מיושב מה שהקשה בקצות החשן סימן על דברי רש"י ותוס' דס"ל דהוי שינוי ועל כל פנים שינוי החוזר דקשה ע"ז מהך דמריש הגזול כו' ותירוצו שם צ"ע ולפמ"ש א"ש דבאמת לא מיקרי שינוי כלל בהך דמריש במה שנקבע בבנין ע"י טיט דתלוש ולבסוף חברו תלוש הוי ולא מקרי שינוי כלל רק לענין מעילה וס"ל לרש"י דהוי שינוי אף דלא הוי קנין כמ"ש:

וחזרנו למ"ש דמ"ש התוס' דליכא תקה"ש דנקל להתיר אגדו היינו כי היכי דלא תימא דקני מטעם תקה"ש בשינוי החוזר. וראיתי בכפות תמרים דקשיא ליה מ"ש מכשורא דמטללתא דעבד תקנתא משום דחיוב המצוה משוי ליה קבע ומ"ש לתרץ משום דבלולב מדאגביה נפיק ביה ואח"כ מסיר אגדו כו' ע"ש הוא תמוה כמבואר למעיין דהא אנן השתא לענין למיפק ביה איירינן וא"כ נימא דהמצוה קבעתו אך לענ"ד פשוט שאין זה ענין לזה דהתם תקה"ש משום דהפסד מרובה הוא לסתור בנינו וה"נ בסוכה אף דלא הוי הפסד מרובה כיון שאינו בנין קבוע רק לשבעה אמרינן דהמצוה כבנין קבע משוי ליה לחשבו הפ"מ אבל לענין שינוי החוזר אמרינן דד"ת חוזרת בעיניה דאמרינן והשיב את הגזילה מ"מ ולר"י מיירי רבויא דקרא בשינוי החוזר והיינו משום דכה"ג אף דעכשיו אינו כעין שגזל מ"מ כיון שחוזר לברייתו אם ירצה כגון נסכא ועבדינהו זוזי דהדר עביד ליה נסכא ובכה"ג מרבינן ליה כיון דאפשר להחזיר כעין שגזל אם ירצה שיחזירו לברייתו רק משום תקנת השבים הואיל וטרח בה הגזלן ושינה אותה ממה שהיה לא מטרחינן ליה תו להחזירו לברייתו ולהחזירה ושויה רבנן כשינוי שאינו חוזר. אך זה דוקא היכא דאיכא טורח קצת להחזירו לברייתו אבל היכא דליכא טורח כלל כגון באגודות לולב דנקל להחזירו לברייתו ע"י שיתיר אגדו מוקמינן ליה אדיני' שמחוייב להחזיר הגזילה בעינ' כיון שבלא טורח הוא יכול להתירה ואף שבשביל המצוה הוא רוצה שיהא אגוד אין בזה משום תקה"ש שעשו בשינוי החוזר ואדרבה מצוה הבאה בעבירה הוא משא"כ גבי תקנות מריש דמחמ' פסידא עבדו תקנתא שלא יסתור בנין קבע שלו ומחמת המצוה הרי הוא אצלו כאלו אנו מצוין לו לסתור בנין קבוע שלו ואית ביה משום תקה"ש ואין תקה"ש דבתקנת שינוי החוזר דומה לתקה"ש דמריש וכל חד לפום טעמיה ועיין בב"ק דף צ"ה ע"ב ד"ה שבח:

ומ"ש על מ"ש שבעל ספר מק"ח נטה מדרך הפשט בתוס' ב"ק דף ס"ח וע"ז הבאת דלאו יחיד הוא כי גם בקצה"ח סי' שס"ב מבואר כן כו' אומר אני תרי גברי רברבי כי הני ליטעו

בהא מלתא אך לא אמרו דבר אחד דמק"ח אזיל ומודה דלהתוס' המחזיק מגזלן אף בע"כ של גזלן זכה בחפץ אלא שלכתחלה אסור לעשות כן מפני שצריכה לגזלן ועכ"פ מחויב לשלם דמים לגזלן. אבל מ"מ הנגזל אין לו על השני כלום לאחר יאוש והלכתא כוותיה בדינא אליבא דהתוס' ולא מטעמיה דאילו הוא סבר שטעם התו' דהיאוש הוא הפקר גמור אלא שאינו מועיל לגזלן דבאיסורא אתי לידיה ומועיל למחזיק מן הגזלן שזוכה מן ההפקר וליתא כמ"ש בקונטרסי הראשון אלא טעמא דאע"ג דהיה הפקר היה מועיל אף בכה"ג מ"מ יאוש אינו כהפקר וכל דליכא ש"ר כדיניה באיסורא אתי לידיה הוא ואין מועיל לגביה יאוש אבל בהפקר גמור ודאי מועיל כמ"ש התוס' וכ"ש בהפקר ב"ד כגון היכא דתקנו רבנן דליקני פשיטא דהגזלן זוכה שהרי כל עצמו של ההפקר ב"ד הוא ע"ד כן שיזכה הגזלן משום תקה"ש ואיך נאמר שלא זכה משום דבאיסורא אתי לידיה א"כ בטלה תקנת חכמים לגמרי ודלא כמ"ש במק"ח דיאוש הוא הפקר ואינו מועיל לגזלן עצמו ויליף מיניה להפקר ב"ד:

ובעל קצה"ח נראה דודאי מודה דיאוש אינו הפקר ולכך בעינן ש"ר כי היכי דליהוי בהיתירא אתי לידיה אלא דס"ל דש"ר של גזלן בע"כ אינו מועיל כמ"ש הטור וס"ל טעמא דכיון שנוטל בע"כ של גזלן והאיסור הוא משום שצריכה לגזלן ליפטור מנגזל הוי ג"כ באיסורא אתי לידיה וגם זה אינו נכון כלל שהרי גם לקנות מהגזלן אסור כדאיתא סימן שס"ט אסור לקנות דבר מהגזלן ואסור לסעדו על שינויא כדי שיקנהו כו' הרי להדיא אף דיש איסור בדבר מ"מ אם עבר וקנה זכה מחמת יאוש וש"ר ועוד דמבואר שם בתוס' ובפרק הגוזל ומאכיל להדיא דאם החזיק בה אחר יאוש אף בע"כ של גזלן קנה מטעם יאוש וש"ר ואף אם הוא בעין א"צ להחזיר אלא שלכתחלה אין לו לעשות כן לפי שצריכה לגזלן לפטור מן הנגזל ולכל הפחות משלם דמים לגזלן מ"מ בשביל זה לא חשבינן לי' באיסורא אתי לידיה לענין גוף החפץ כיון שבא לידו אחר שנתייאש הנגזל שגוף החפץ שלו ומצאתי במחנה אפרים הלכות גזילה סימן כ"ח שכתב ג"כ דהתוס' פליגי בהא על הטור וס"ל דאפי' בע"כ של גזלן הוי שינוי רשות ע"ש שהביא ג"כ משיירא ההולכת במדבר כו' לכן כתבו התוס' דהיכא שבעין צריך להחזיר כשהש"ר קודם יאוש והרא"ש שם באמת כתב דלא הוי ש"ר משום שהוא בע"כ של גזלן וזה באמת דלא כהתוספ' ואפשר שבקצה"ח בא ליתן טעם לדעת הרא"ש והטור דלהכי בע"כ של גזלן לא הוי ש"ר משום הך סברא שכתבו התוס' משום דאסור לזכות בה כו' אך מלשונו משמע שזה שיטת התוס' ג"כ וז"א כמ"ש:

ואמנם באמת טעמא דהרא"ש והטור בזה וכן דעת הרשב"א דבע"כ של גזלן לא הוי ש"ר נראה פשוט דלאחר יאוש דמועיל היאוש דברשותו דגזלן קאי דיכול להקדישו ולמוכרו אלא דהגזלן גופא לא מצי זכי ביה כיון דבאיסורא אתי לידיה וחל עליו מצות השבה תו לא פקע מיניה מחמת יאוש הבעלים וא"כ פשיטא שאין אחר יכול לזכות בה בע"כ של הגזלן דנהי דנימא דרשות הנגזל פקע מחמת היאוש מ"מ הרי הנגזל לגבי הגזלן אייאש ומחמתו נסתלק רשות הנגזל וחל רשות הגזלן רק שמצות השבת החפץ בעין חלה עליו ואדם איך יזכה בחפץ זה בע"כ של גזלן:

ועוד נראה לפמ"ש בתשובה אחרת אהא דאמרינן היכא דמעיקרא שוה ארבע והשתא זוזא דאפי' איתבר ממילא משלם ארבע דמוכח מזה דאף דכל כמה דאיתא בעיניה ברשותיה דמרא הוא כל שנשכר עכשיו וליתא בעינא אוקמיה רבנן ברשותיה דגזלן למפרע שיהא קנוי לו לגמרי משעת הגזילה והרי זה כקונה חפץ ומתנה שאם יחזרנו יתבטל המקח ואם לאו יהא קנוי מעכשיו והיינו גזירת הכתוב דאחיה לקרן כעין שגנב. ובזה ישבתי קושית התוספ' שם במרובה דלקרן לא איצטריך וקושית התוספ' על רש"י בסוגיא דרבוצה לא מבעיא הגביה והרביצה כו' והארכתי בזה. ולפ"ז א"א לומר שהמחזיק יזכה בע"כ של הגזלן דאם נאמר שזכה זה נמצא דשוב ליתא בעיניה והו"ל כקנוי ליה למפרע ולא מהני זכייתו של זה כלל וראיית המחנה אפרים מהא דשיירא שהיתה מהלכת במדבר כו' י"ל דגייסות במדבר שאני דהוי כהפקר ואף ביכול להציל ע"י הדחק מ"מ כיון דשמעי ואסחי דעתייהו אפקורי מפקורי אך בתשובת הרשב"א סימן תתקס"ח לא משמע הכי גם קשה מלשון הרמב"ם וש"ע סימן שס"ח המציל מיד לסטים ישראל הרי הוא שלו מפני שסתם הדברים שנתייאשו הבעלים כו' משמע דאף בהציל בכח בע"כ של גזלן זכה וזה סותר למ"ש בסימן שס"א לא הוי שינוי אא"כ מכרו כו' ושם ס"ו בד"א שלא נתייאשו אבל נתייאשו ובא אחר ואכלו פטור נהי שאם היה בעין חייב להחזירו כו' וצ"ע כעת ולהיות כי מוליך כת"ז נחפז ללכת כליתי מדברותי ופה תהא שביתתי דברי ידידו דורש שלומו:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד תשובת

שאלה י

לכבוד אהו' ידידי הרבני המופלג החריף ובקי מוה' דוד נ"י:

בדבר שאלתו בנידון המחאה במעמד שלשתן אם יכול לחזור על הממחה ועוד דברים בגו. ואף כי ידי רפות ולא אוכל לצאת ולבא על פרטי הענין. אך אכתוב מעט בדבר הנוגע

לשורש הדין. תשובה הנה בש"ע ח"מ סימן קכ"ו סעיף ט' הביא שני דעות במע"ש אם יכול המומחה לחזור על הממחה ובש"ך שם כתב שהריטב"א כ' שיכול לחזור שאם היה הממחה נפטר א"כ לא הו"ל מע"ש הלכתא בלא טעמא שהרי חייב מדינא שהרי הוציא שיעבודו על פיו של זה כו' והש"ך כתב דאין זה הכרע דאם לא תיקנו מע"ש לא היה קונה כלל וזה היה יכול לחזור אבל השתא דתיקנו דקנה גם המומחה א"י לחזור בו דסמכה דעתיה שיגבה מהמומחה והוי כפטרו בפירוש להממחה עכ"ל. ולענ"ד דברי הריטב"א ברורים דלפי סברת הש"ך דכל היכא שהמומחה יצטרך ליתן לו סמכה דעתיה ופוטר את הממחה לגמרי א"כ שפיר הוי מלתא בטעמא כיון דאם הוא פוטר לגמרי לממחה המומחה מחויב ליתן לו מטעם שהוציא שעבודו על פיו א"כ שפיר סמכה דעתיה לפטור לזה כיון שזה יצטרך ליתן לו וא"צ לדין מע"ש כלל דאפילו לא היה לו בידו דליתא למע"ש שפיר מחויב ליתן לו לפי שזה פטור על פיו ואנו אומרים שפטרו דבהכי סמכה דעתיה שכשיפטרנו יתחייב זה ליתן אלא ע"כ דאף היכא שזה מתחייב ליתן מ"מ לא סמכה דעתיה על השני לבד לפטור הראשון לגמרי דחושש שמא אע"פ שהוא מחויב מדינא לפי שהוציא שעבודו על פיו לא יתן ואין דעתו לפטור הראשון לגמרי וא"כ גם כשמתחייב ליתן לו מדין מע"ש לא סמכה דעתיה לפטור הראשון לגמרי דמה לי אם מה שמחויב ליתן הוא מחמת שזה פוטר על פיו או מחמת שקונה מדין מע"ש והוא ברור לפענ"ד. ובשיטת הש"ך צ"ל דס"ל לחלק דבלא מע"ש לא סמכה דעתיה לפטור לגמרי ויתחייב זה ליתן דמימר אמר שמא יטעון המומחה לא היה לך לפטור אותו לגמרי ומי ביקש זאת מידך וחזור עליו וההיא דפוטרו בפירוש דאמרינן שמחויב ליתן לו היינו כשאומר המומחה להנמחה שיפטור להממחה והוא יתן לו או עכ"פ שמע שזה פוטרו על פיו ושתק. ועיין סימן קכ"ט שדין זה דפוטרו על פיו נובע מתשובת מהר"מ שבמרדכי בענין המלצר ושם מיירי בכה"ג שפוטרו בפירוש בפני המומחה והמומחה קיבל עליו ולכן כתב דזה הוי כערב בשעת מתן מעות אבל כשלא פטרו בפני המומחה אין המומחה מתחייב ליתן מחמת שזה פוטרו דמצי אמר אני יכול לחזור ואם מחמת שאתה פטרת להממחה לא היה לך לפוטרו שמא אחזור בו וא"כ אם פטרת את אפסידת נפשך משא"כ היכא שאין המומחה יכול לחזור מחמת דינא דמע"ש שפיר י"ל דגם הנמחה א"י לחזור על הממחה משום דינא דסמכא דעתיה שזה מחויב ליתן ומסתמא פוטר את זה לגמרי כן צריך לחלק לשיטת הש"ך:

אך עדיין צ"ע על הש"ך דמאי סמכה דעתיה ע"ז שמחויב ליתן מן הדין דמע"ש דמ"מ ל"ל לעשות זאת שיפטור את זה לגמרי דהא אפשר שהממחה ימחול חובו להמומחה

ואם יפטור את זה לגמרי לא יהיה לו על מי לחזור וכה"ג אמרינן בש"ס דאשה אינה מקודשת דלא סמכה דעתה דלמא מחיל וה"נ מה"ת לומר דסמכא דעתיה שיגבה מזה ויפטור זה לגמרי דה"נ לא סמכה דעתיה דלמא מחיל וצ"ל דאזיל לשיטתו דבמע"ש א"י למחול א"כ שפיר סמכא דעתו ואפילו למ"ד דגם במע"ש יכול למחול מ"מ סמכא דעתיה לפטור הראשון לגמרי מעתה ואם ימחול באמת יחזור עליו משום דינא דגרמי. וא"ש נמי אף לפמ"ש הש"ך שם ס"ק י' דלאו הא בהא תליא וי"ל דהנותן יכול למחול ומקבל א"י למחול משום דאף לפי מ"ש הש"ך טעם דא"י לחזור משום דסמכא דעתיה ג"כ י"ל דאף דהנותן יכול למחול סמכא דעתיה דהמקבל שאם ימחול יחזיר עליו משום דינא דגרמי ולפיכך שפיר הוי ליה כפטרו בפירוש אך לפענ"ד ז"א דאם עיקר סמיכתו שיחזור עליו משום דד"ג א"כ אף דטבא ליה עביד מעיקרא לא פטר ליה לגמרי כלל אך אי אמרינן דמע"ש א"י למחול א"ש כמ"ש:

ובהכי א"ש הא דמשמע מהפוסקים בפרע בחובו חוב שיש לו במע"ש דלמ"ד יכול למחול אם מחל הוא פטור ולא אמרינן דמ"מ מחויב לשלם לפי שכיון שזה מחויב ליתן לו מדינא דמע"ש סמכא דעתיה וא"י לחזור על הממחה וממילא דהמומחה חייב כיון שעל פיו הוציא שעבודו ופטר את זה לגמרי. אך לפי מ"ש א"ש דכיון דהשתא קיימינן דמע"ש יכול למחול א"כ שוב אין כאן סמכא דעתיה כלל לפטור את זה לגמרי דהא מסיק אדעתיה דלמא מחיל ואינו פוטר הראשון לגמרי וא"ל דמ"מ פוטר הראשון לגמרי דנהי דמחיל יתחייב מהאי טעמא גופיה שזה נפטר ע"פ אך כבר כתבתי דליתא לפי סברת הש"ך דמשום טעמא שיתחייב לפי שזה נפטר ע"פ לא אמרינן שזה סומך דעתו ופוטר לגמרי דאל"כ אף בלא מע"ש י"ל כן וכן אצ"ל דמע"ש הלכתא בלא טעמא וכמש"ל וע"כ דהש"ך ס"ל כמ"ש שאינו סומך ע"ז שזה יתחייב ליתן מה"ט גופא שהוא פטרו רק היכא דחיובא רמי עליה מדינא דמע"ש וא"כ להך מ"ד דמע"ש יכול למחול לא סמכא דעתיה מחמת דינא דמע"ש דאכתי תועיל מחילתן ומצד שזה פוטר ע"פ נמי לא סמך דעתיה דזה מצי א"ל לא היה לך לפטור לגמרי וא"כ ממילא דבאמת לא פטר ליה לגמרי וא"כ אין זה המומחה מתחייב מדין ערב שהרי זה לא הוציא שעבודו ע"פ דבאמת לא פטרי לגמרי רק מטעם דין מע"ש ולכן אם מחל לו הממחה המומחה פטור וכמ"ש:

וראיתי לכ"ת שכ' בשם מחו' הגאון המפורסם מוהר"ר יעקב אב"ד דק"ק לבוב נ"י שהקשה לפי שיטת הש"ך כסברא אחרונה דא"י לחזור. א"כ האיך הוכיחו דמע"ש א"י למחול מקדושין במע"ש דלמא שפיר יכול למחול רק כיון שהאשה נתקדשה במע"ש ממילא זה מחויב ליתן מדין ערב שעל ידו נתקדשה ומה מחילה שייך בזה וכ"ת הקשה

בזה דהביאו ראי' דמהני מחילה מב"ק ותזבין ר. ולפי מ"ש א"ש דאם נאמר שיכול למחול במע"ש א"כ מעיקרא אין כאן חלות קידושין דהא לא סמכה דעתי' דלמא מחיל ונתבטל מע"ז דין ערב דבאמת אין הקדושין חלין. וא"ל דאדרבה נימא דהקדושין חלין ואז סמכה דעתה שיצטרך לשלם מדין ערב. כבר כתבתי דליתא להך סברא לפי שיטת הש"ך דא"כ א"צ הלכתא למע"ש ונימא שזה צריך לשלם מדין ערב. דא"ל דלא סמכה דעתי' לפטור את זה דשמא לא ירצה זה ליתן. ז"א דהא כשפוטר צריך זה ליתן וגם תיקשי דהיכא דליכא דינא דמע"ש כגון שלא הי' בידו נימא הכי דזה פוטרו וזה מתחייב בפטורו של זה אלא ודאי דהש"ך סובר דלית לן למיזל בתר איפכא ואמרינן דלא סמכא דעתיה לפטור את זה לגמרי ובדעתו לחזור על הראשון כשלא יתן זה. וממילא שאין זה מתחייב ליתן מחמת ערבו' כלל:

ואם נאמר להיפך שהוא פוטר מחמת שסומך שע"י הפטור יתחייב זה הוא כתולה עצמו בחגורתו ודוקא היכא שבלא הך מלתא דפוטר זה הוא מתחייב ליתן מחמת דינא דמע"ש משא"כ אם אין החיוב רק מחמת הפטור וא"כ אף לבתר דתיקנו מע"ש והוא מחויב ליתן אם נאמר שיכול למחול אכתי אין כאן סמיכת דעת שיצטרך ליתן מחמת החיוב של מע"ש דדלמא מחיל לי' המלוה ולא יצטרך ליתן ומה לי שא"צ ליתן מחמת שלא הי' דין מע"ש או קודם תקנה ומה לי שיש דין מע"ש אלא שאפשר שלא יצטרך ליתן מחמת מחילת המלוה וא"כ אין דעתה להתקדש על סמך זה שזה יתן מחמת הדין דמע"ש רק שנאמר אדרבה היא גורמת להתקדש מחמת קנין המע"ש וממילא אף שימחול המקדש יתחייב זה ליתן מדין ערב וע"ז סומכת דעתה לגמור הקדושין הא ליתא דא"כ אף בלא מאן דס"ל מע"ש דוקא בפקדון ולא במלוה נמי נימא דהיא גורמת להתקדש. וממילא שזה מתחייב ליתן מדין ערב. א"ו שזה אינו כיון שחיובו של זה תלוי מחמת שיחולו הקדושין אנו אומרים להיפך שאין דעתה סומכת לגמור הקדושין דשמא ימחול וממילא דאין כאן חיוב ערבות כלל ודעת לנבון נקל גם בההיא דהחובל דלק"מ וא"ל דיש כאן סמיכה כיון דאם ימחול יתחייב מדינא דגרמי כבר עמדו התוס' בזה בלאו הך חיובא דערבות ותירצו ע"ש וקצרתי:

אמנם באמת בלא"ה אין ענין קדושין לזה כלל דאם נימא דמחילה מועלת במע"ש א"כ אם ימחול פשיטא דאין הקדושין כלום אפילו נימא שזה מחויב לשלם מדין ערב מ"מ הא פקע לה כסף קדושין הבא מצד הבעל שהרי הבעל אין לו אצל זה כלום רק שזה יתן לו את שלו מטעם שנכנס ערב ואין זה מועיל בקדושין כיון שאין כאן קיחה דכסף של הבעל וכיון שאם ימחול אין כאן קידושין ממילא דגם זה א"צ לתת לה כלום דהא בטלו

הקידושין וקידושין אין כאן ערב אין כאן וממילא שאף אם לא ימחול אינה מקודשת דלא סמכה דעתה דלמא מחיל וממילא שלא יצטרך לשלם בין מדין מע"ש בין מדין ערב כיון שאם ימחול יבטלו הקידושין וכמ"ש. ומהך דב"ק בלא"ה לא קשה מידי דודאי לא שייך חיובא דערב אלא כשקיבל עליו ברצון דאז י"ל שפטרו ע"פ או נתן ע"פ משא"כ בע"כ לא שייך זה והך דב"ק אין קו' רק לענין בע"כ דמדעתו אין קושיא דהבעל לא ירצה וכמ"ש התוס' דשם. ובזה א"ש נמי הך דקידושין דאכתי תיקשי נימא דמיירי בע"כ. ולכך לא סמכא דעתי' דלמא מחיל ומטעם ערבו' אינו שייך בע"כ אך שבאמת א"צ לזה וכמ"ש:

ומ"ש כ"ת על קו' הנ"ל דאף להריטב"א קשה קו' הנ"ל דבזה דנתקדשה ע"פ או נתן ממונו ע"פ פשיטא דהוי כערב בשעת מתן מעות ומה בכך דיכול לחזור ולתבוע הראשון הלא כל ערב דינא הכי שתובע הלוה תחלה ואח"כ חוזר על הערב פשיטא דלק"מ דלהריטב"א דקנין מע"ש הוא באופן זה שאם לא יתן זה בידו להיות חוזר על הלוה הממחה א"כ גם המומחה לא נתחייב רק כשהוא מחויב לשלם אבל לא כשימחול לו הממחה שאז באמת יחזור הנמחה על הממחה ואין לו עליו כלום אף מדין ערב. ולכן גם בקדושין אם נאמר שע"י מעמ"ש היא גומרת להתקדש לגמרי ע"י שתטול מהמומחה. אז דאף שימחול זה יתחייב לו זה מדין ערב והיינו לשיטת הש"ך שבמע"ש הוא מקבל עליו שלא יחזור על המומחה כלל וא"כ הוא סומך ע"ז שישלם לו בכל אופן וע"ד כן הנמחה מקבל עליו משא"כ להריטב"א שיש בידו לחזור על המומחה א"כ גם זה אינו מקבל עליו רק באופן שיתחייב מן הדין ולא כשימחול שאז יהי' פטור. ולכן גם בזה אין המתקדשת דעתה על המומחה לבד רק גם על המקדש וממילא שאין זה מקבל עליו שיתן אף כשלא יהי' חייב ליתן שימחול לו המלוה ואין כאן דין ערב שלא נכנס ערב לזה אלא שיתן לו מן החוב שבידו וכשנמחל החוב הוא פטור. אך באמת גם לשיטת הש"ך אין כאן דין ערב כשנמחל החוב שזה לא נכנס להתחייב לשלם משלו רק ממה שיש תחת ידו משל הממחה הא למה הדבר דומה תן מנה לפלוני מפקדון שיש לי בידך וקיבל עליו זה בענין שאין קנין מצד מע"ש ושוב נתן המפקיד הפקדון לאחר במתנה או אפילו להנפקד עצמו אין זה יכול להוציא ממנו מטעם ערב שהרי לא קיבל הערבו' על עצמו רק על נכסי המפקיד וכיון שעתה אין בידו מנכסי המפקיד הוא פטור. וה"נ דכוותיה כיון דשעבוד הגוף אינו נקנה במע"ש ומהני המחילה של זה א"כ אין כאן ערבות שלא נתערב אלא לתת מנכסי המפקיד:

ואמנם צ"ע ראיית הריטב"א דאם נאמר שאין יכול לחזור על הממחה הו"ל מעמ"ש הלכתא בטעמא שזה מתחייב מדין ערב. ולכאורה אין זה ראיי' דהא קיי"ל דמעמ"ש

קונה אפי' בע"כ של הנמחה. וא"כ כשאין הנמחה מתרצה הרי לא פטרו ע"פ והלכתא בלא טעמא הוא מה שהוא מתחייב אפי' בע"כ אמנם נראה דהריטב"א בזה לשיטתו דס"ל דמעמ"ש אין קונה בע"כ ודחה ראיית ר"ת מהך דאיסור גיורא ע"ש משא"כ לדידן דקיי"ל דקונה בע"כ שוב אין ראיי' להריטב"א כלל. והנה התוס' בגיטין דף י"ג כתבו להוכיח דמע"ש קונה אף בע"כ דאל"כ אף שאין פקדון ביד הנפקד יקנה באודיתא ותמהו כל המפרשים דהרי אודיתא נמי מהני בע"כ ול"ל מעמ"ש. והנלענ"ד דמבואר באשר"י ובפוסקים דמע"ש נתקן בשביל תקנת השוק דמי שקונה סחורה ואין בידו מעות מעמידו אצל בע"ח ומקנה לו במע"ש. והוכיח מזה דמע"ש אינו יכול למחול דאל"כ בטלה עיקר תקנה דהסוחר לא יסמוך ע"ז דשמא ימחול ולפ"ז קשה דמאי מקשין התוס' ליקני באודיתא הרי מבואר בח"מ סי' מ"ז מי שאמר על דבר שהוא בידו שהוא משל אחרים אם יודע אח"כ שהוא חייב לאחרי' אינו נאמן בהודאתו כלל. ולפ"ז ע"כ הוצרכו חכמי' משום תקנת השוק לתקן מעמ"ש דעל אודיתא לא יסמוך הסוחר וליחוש לעצמו שמא הוא חייב לאחרים ואין הודאתו כלום וצ"ל דנאמן במיגו דאי בעי שקיל מן הנפקד ויהיב לי' דאף בכה"ג שאינו בידו רק ביד הנפקד אמרינן מיגו כמבואר באה"ע סי' פ"ו גבי קיבל מן האשה. אך דעדיין קשה לשיטת הש"ך סי' מ"ז במודה במעות שתחת ידו שהם פקדון שהפקיד פלוני בידו אפ"ה אין דינו של זה שהודה לו כשאר ב"ח דכיון שהנפקד יכול להשתמש במעות וא"צ להחזיר לו המעות עצמן רק אם ירצה נותן לו מעות אחרי' ולכך לא עדיף זה משאר ב"ח וא"כ אכתי לא מקשי התו' מידי דבאודיתא לחוד שזה המעות הם של פקדון אכתי לא יסמוך הסוחר ע"ז דבשלמא במעמ"ש שקונה גוף הממון שפיר יסמוך ע"ז. משא"כ באודיתא דודאי לא ירצה הסוחר לסמוך ע"ז שלא יהא אלא בע"ח כשאר ב"ח. אך י"ל דז"א דדוקא היכא שהמעות ת"י הלוה והוא אומר שהמעות הוא פקדון של פלוני אז שפיר אמרינן כיון שרשות לנפקד להשתמש בהם וליתן לאחרי' א"כ אין דינם רק כהלואה משא"כ היכא שהמעות אינם בידו רק ביד אחר. וראובן אומר לשמעון אותן המעות שהפקדתי אצלך הם פקדון בידי של לוי תן אותם לו ולוי עומד שם א"כ בלא תקנת חכמים במע"ש הרי בזה יצאו מרשות ראובן לגמרי דהוי כאילו מסרם לשליח המפקיד. ואפי' אם בא לחזור אינו חוזר. ושוב לא שייך לומר דשמעון יכול להשתמש בהם. ז"א דכיון דכבר יצא מתורת נפקד ונעשה שליח להחזיר לזה פקדונו ולגבי שליח ודאי לא הוי כמעות הלואה וצריך ליתן לזה פקדונו ומה צורך למע"ש:

אך דכ"ז בס"ד דהתוס' דלענין מדעת הנפקד מיירי א"כ לא הוצרכו לתקן מעמ"ש דבאודיתא מהני כיון שזה קיבל עליו להיות שליח המפקיד להחזיר לו. משא"כ למסקנא

דאפי' אם שמעון אינו מתרצה קנה לוי ע"כ לא ק' דליקני באודיתא כיון דבעובדא דאיסור גיורא מוכח דמהני בע"כ דהתם היינו משום שאין שייך שם תקנת השוק רק שהי' רוצה להקנות לרב מארי משא"כ הכא דמחמת תקה"ש רצו לתקן קנין דמהני אף בע"כ הלכך הוצרכו לתקן מע"ש דאודיתא בע"כ אין בה תקה"ש כלל כיון ששמעון לא נתרצה להיות שליח המפקיד ועדיין ברשותו עומד לענין שאם ירצה יכול להשתמש בה עדיין והוי כמעות הלואה ואין כאן תקה"ש דהסוחר לא יסמוך ע"ז שיהא כשאר ב"ח (ולמאי דמסקינן דמע"ש תיקנו אף במלוה אע"ג דבלא"ה אין דינו רק כבע"ח מ"מ י"ל דאודיתא לא מהני במלוה כמבואר במרדכי בב"ב ע"ש) ולכך הוצרכו חכמי' לתקן מעמ"ש כלענ"ד נכון דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה יא

שאלה ראובן שאמר לשמעון שיקח אצלו מעות בהלואה ולא פירש סכום כמה ואמר לשמעון שישלח משרתו עמו שיקח המעות וכן נעשה ובא המשרת והביא ללוה סך מאה זהו' שמסר לו המלוה ושוב בא המלוה ואמר שנתן להמשרת מאה וחמשים זהו' והמשרת מכחישו ואומר שלא קיבל ממנו רק ק' זהו' מה דינו:

תשובה לכאורה דין זה יש ללמוד ממשנה שלימה בפרק כל הנשבעין באמר לחנוני תן לבני סאתים חטים תן לפועלי בסלע מעות הוא נשבע ונוטל והם נשבעין ונוטלין ומבואר בפוסקים דאף אם אין חייב לשלם לבנו כלום מ"מ כיון שצוה לחנוני לתת לו והחנוני אומר שכן עשה הוא נשבע ונוטל והא דאיתא בירושלמי הביאו הרי"ף פרק האיש מקדש גבי חד דאפקיד גבי חברי' גרבא דחמרא וכפר בי' ועשה ר"י הכתף עד לחייבו שבועת התורה ולא דן בי' דין חנוני על פנקסו דהתם הכתף לא הי' שליח הנפקד אלא שליח המפקיד רק מחמת שהשליח אמר שמסר לנפקד חייבו שבועת התורה וכמ"ש הפוסקים דמיירי שהמפקיד הלך עמו בענין שלא הי' הכתף נוגע אבל אם הי' הנפקד שלוחו להביא הפקדון מבית המפקיד והמפקיד אומר שבא אצלו ונטלו אף אם הי' הכתף מסייע לנפקד ואומר שלא נטל הי' המפקיד נשבע ונוטל כדין חנוני על פנקסו ומטעמא דאמרינן בריש ב"מ דאמר לי' חנוני לבעה"ב מאי אית לי גבי' שכיר את הימנתי' דלא אמרת בסהדי הב לי' וה"נ דכוותה גבי שליח ששלחו לוה ליקח מעות מהמלוה דמצי המלוה אמר מה אית לי גבי דשליח את הימנתי' כו' ואין להביא ראי' ממה דאיתא בסי' קכ"א לוי שבא בשליחות ראובן וכו' והוא לשון הרמב"ם ופירשו הב"י דמיירי בראובן ששלח ללוות משמעון כו' ראובן נשבע ש"ד כו' והש"ך שם ס"ל דא"צ רק ק"ח ע"ש אך באמת אין

ראי' דהתם מיירי שראובן טוען שלא שלחו ללוות רק ך' וא"כ לא איכפת לי' במה שנטל השליח יותר משא"כ היכא שלא נתן קצבה כמה יליה ולכן כתב התם שישבע (לפי פירוש הב"י או קב"ח לפי דעת הש"ך) שלא שלחו ללות רק ך' משום דאם הי' מודה ששלחו ללות נון אף שישבע שקיבל רק ך' משלוחו לא נפטר בזה כיון שהרשה שיתן לשלוחו נון וזה טוען ברי שנתן לו הרי הוא מתחייב אף שהשליח מעל בשליחותו ולא נתן לו רק ך' וכן נראה מבואר ממ"ש הש"ך שאם שמעון טוען ברי ששלחו ללות נון ישבע ראובן ש"ד נגד שמעון כו' מבואר דבהך ברי לחוד ששלחו ללות נון מתחייב ראובן בדין מודה במקצת אף שאין שמעון יכול לטעון ברי שנתן לראובן נון כיון דלפי דברי שמעון הרשהו ראובן ללות נון ויודע בנפשו שכך נתן לו הרי טענתו טענת ברי כנגד ראובן שנתחייב לו נון וראובן מודה בכך והו"ל מ"מ ולכאורה צ"ע דלמה נדון בזה דין מב"מ דאף דטענת שמעון הוא טענת ברי שנתן לו מ"מ אף אם הי' ראובן מודה לטענתו ששלחו ללות נון אכתי אין עליו חיוב תשלומין דמ"מ שמא לא נתן לו שמעון רק ך' ואף שהי' שמעון נאמן בשבועה מדין חנוני על פנקסו מ"מ כיון שאף ע"י הודאת הנתבע לטענת התובע אין יכול ליטול כ"א בשבועה אין כאן דין מב"מ וכמ"ש הפוסקים בסימן ע"ה ושאר דוכתי לענין מחויב שואי"ל ואמנם נראה דהש"ך לשיטתו בסי' צ"א ס"ק ך"ו שכתב שאין הרא"ה והר"ן חולקים על בה"ת ואינך רבוותא דהרא"ה מיירי שהפועלי' מכחישין ואומרי' לא נטלנו וכאן מיירי שהפועלי' מודים שנטלו (אלא שבעה"ב אומר שלא צוה ואינו חייב להם) א"כ הי' החנוני נוטל בלא שבועה כו' ע"ש וכיון דכאן סי' קכ"א מיירי שהשליח אומר ג"כ שנתן לו נון ואם היה ראובן מודה שצוה ללות לו נון הי' שמעון נוטל בלא שבועה דמפי השליח אנו חיין להאמינו שנתן לו כמו שהרשהו ראובן ומה איכפת לי' לשמעון אם נתנם לראובן או לא והלכך כל שראובן כופר שלא צוה לתת כ"כ יש לו דין מב"מ אלא שצ"ע מ"ש הש"ך דהשליח נשבע היסת שנתן נון לראובן דלמה יצטרך השליח לישבע ע"ז כיון שאינו יכול לטעון טענת ברי שלא נתן לראובן ונשארו מעותיו תח"י ואי משום אמירתו דראובן שאומר שלא נתן לו רק ך' הרי לפי דברי שמעון עצמו ראובן כפרן וחשוד על השבועה שנשבע שלא צוה ליקח רק ך' ושמעון יודע בעצמו שצוה לקבל נון וא"כ איך יסתייע שמעון מטענת ראובן למשו' ברי ולחייב השליח שבועה עי"ז וצ"ע ועכ"פ אין ראי' מהש"ך לומר דשאני דין שליח מדין חנוני דהתם אומר שלא עשאו שליח ללות כ"כ אך מ"מ אין ראי' משם ג"כ דנימא שאם מודה שעשאו שליח יש לו דין חנוני דשאני התם דמיירי שהשליח מסייע להתובע ואומר שקיבל משא"כ אם השליח הי' אומר שלא קיבל רק ך' נהי שאין נאמן בתורת עדות דהוי

נוגע מ"מ מהני טענת ברי דידי' שצריך התובע לישבע וליטול כדין חנוני ואפשר דגרע מחנוני שהרי כתב הרמב"ן גם בחנוני עיקר דינו מה"ת שילך לו בפחי נפש דהא הוי א"י אם נתחייבתי ומה דאמרינן משום דלא א"ל בסהדי הב לי' טעמא דתקנתא הוא כו' ולכאורה אינו מובן בזה טעם התקנה דס"ס הוא טוען א"י אם נתחייבתי ואם נפשך לומר דכיון שזה הוציא ממונו על פיו שהרשהו לתת לזה אף בלא סהדי הוא מתחייב ז"א דודאי אם הי' הדין נותן שיהי' נאמן שנתן לו לא הי' זה עיוות מה שנתן לו בלא סהדי כיון דלא א"ל בסהדי הב לי' אבל מה"ת נאמין לזה שנתן ואם מחמת שמטילין עליו שבועה הרי מן התורה אין שבועה ליטול ולא עדיף מאם אמר תן מנה לפלוני ואתחייב אני לך דמתחייב לשלם מדין ערב ומ"מ צריך לברר שנתן לפלוני או ע"פ הודאת הערב שיודע שלוה כמבואר בסי' קכ"ט דאם אמר הלוה לא לויתי מעולם צריך לפרוע וכתב הסמ"ע שם ס"ק ך"ד פירוש הערב מודה שלוה מש"ה חייב דליכא לספוקי דלמא פרעי' דכל האומר לא לויתי כו' וע"ש בש"ך ס"ק ל"ב דכמה פוסקי' ס"ל דאף בקבלן דינא הכי דמצי הלוה למטען פרעתי ואין מוציאין מהקבלן ואף מי שחולק שם נראה דבטענת לא לויתי מודה דגם בקבלן אינו יכול להוציא ממנו ע"ש וא"כ ה"נ כאן אם מטעם שהרשהו לתת לזה והוציא על פיו שהוא מתחייב מדין ערב אתינן עלה א"כ עכ"פ צריך לברר שעשה כן וכאן הרי הבן או הפועלים מכחישין שלא נטל ונלענ"ד דהיינו טעמא דתקנתא דודאי שזה שאמר לחנוני שיתן לבנו או לפועלי' וקיבל עליו שיעשה שליחותו ויתן כאשר צוהו והרי זה כאילו הלוה החנוני לבעה"ב ונתחייב לו כפי הסך הלז במלוה ע"פ ושוב נעשה שלוחו לתת לבנו או לפועלים וחיוב שנתחייב בעה"ב לחנוני הוא נקנה באמירה שאמר לו להיות שלוחו וקיבל עליו וכיון שהחיוב הוא מיד וחזר ונעשה שלוחו ליתן בשבילו לפלוני ותרי מילי נינהו וכיון שהבעה"ב מודה שצוהו ליתן הרי הוא מודה בחיוב ודאי אלא שטוען ספק שמא לא עשית שליחותי ולא נתת הרי זה כטוען ספק פרעון וכיון דבעלמא בכה"ג א"י אם פרעתיך חייב והתובע נוטל בלא שבועה בכאן תיקנו שעכ"פ בשבועה יטול וזה נלענ"ד דעת הר"י בן פלאט שבבעה"ת הביאו הש"ך שכתב בטעמא דחנוני נשבע ונוטל אע"ג דחזקת ממון עדיף מברי ושמא מ"מ איכא נמי חזקה שליח עושה שליחותו ודמי להא דמשארסתני נאנסתי דאי איכא חזקת הגוף לא אזלינן בתר חזקת ממון ומסייע לברי ושמא כו' ע"ש:

ולכאורה הדברים תמוהים דבגיטין אמרינן דחזקה שליח עושה שליחותו לא אמרינן לקולא וגם נראה דלא אמרינן הכי כשהשליח נוגע בדבר שבממון וכבר עמד ע"ז ברו"ת והדבר פשוט דלא שייך לומר חזקה שעושה שליחותו במקום שיש לומר שעושה כן

משום מלוה ישינה או מספקא לי' אם נתן לפועלים אם לאו וא"ל דבחזקת שנתן כיון דחזקה שליח כו' דז"א דודאי בדבר שיש לו שהו' זמן לא אמרינן דודאי עשה שליחותו על אתר וזימנין דלא מתרמי לי' לקיים השליחות וביני ביני מטריד ונופל לו ספק אם עשאו אם לאו והרי בכל דוכתא נמי איכא חזקה דאין אדם מעיז כו' ומשום מלוה ישינה וכיוצא חיישינן לי' ולכן נראה דודאי לא מסתבר שנאמר חזקה שליח עושה שליחותו וחזקה שכבר נתן לבנו של הבעה"ב או לפועלים כאשר צוהו רק אנן הכי קאמרינן כיון דהבעה"ב צוהו ליתן ועשאו שליח לעשות כן וסמך על אמונתו בזה שיקיים צווי בודאי סמכה דעתי' שיעשה כן דחזקה שליח עושה שליחותו ומיד מתחייב הבעה"ב כפי צווי שלו ונשתעבד לתת לו והלואה אית לי' גבי' רק שהוא חוזר ועושהו שליח שיתן מה שנשתעבד לו לפלוני עבורו ונמצא החיוב גמור והטענה שמא לא עשית שליחותי הוא ספק ולכך ס"ל דמדינא החנוני נוטל מבעה"ב והא דמדמי לי' להך דמשארסתני נאנסתי על הדין אורחא איתמר דהתם נמי כיון דאיכא חזקה דגופא שבתולה היא עד עתה ממילא מחמת החזקה ההיא אנו דנין חיוב כתובתה מאתים כחוב ברור וכל שהחוב ודאי והפטור ספק אין פוטרין אותו מחמת חזקת ממון וע"ש בבעה"ת שכתב ומאי דקשיא לי' למר המוציא הוצאו' כו' גבי חנוני איכא תרתי חדא חזקת שליח עושה שליחותו דהא מזומן ועומד להקיף לבני אדם ואיכא ברי ושמא כו' נראין הדברים כמ"ש דכיון דמזומן ועומד להקיף בני אדם סמכה דעתי' דבעה"ב וגמר ומשעבד נפשי' מיד על הודאי ולא בתורת ספק וספק הנופל עכשיו הוא ספק בפטור (אמנם שם בשער ק"ט חלק ז' כתב והיכא דלא קץ לי' כו' משום טעמא דאמרינן לעיל דכי היכא דכי אמר הב לי' מנה אמרינן קיבל שליחותו ובחזקת שעשאו הואיל ומזומן לשליחות הקפות הוא ה"נ דא"ל הב לי' מאי דמצטריך פועל חזקה קביל עלי' וסמכה דעתי' ועבוד שליחותי' וכקציצה דמי כו' ע"ש ולשון זה ובחזקת שעשאו משמע דהחזקה הוא על גוף הנתינה עצמה שנותן לפועל ועושה שליחות הבעה"ב ויש לדחות דלאו דוקא נקט ור"ל שבחזקת שיעשה הוא וצ"ע) וחכמים תיקנו שהחנוני ישבע הואיל ואיכא פועלים דמכחשי לי' בברי וס"ל דאם מתו פועלי' א"צ שבועה כמבואר שם כך הוא דעת הר"י בן פלאט אך הרמב"ן ס"ל דמדינא אין מקום לחייבו דאף דנימא דקיבל עלי' בחוב ועשאו שליח וכאילו הלוהו ושוב נתן לידו לעשות שליחותו והאמינו שיעשה שליחותו מ"מ מעיקרא לא קיבל עלי' רק כשיעשה שליחותו מתוקן ולא בעוות וכיון דאף לפי דברי החנוני לא עשה השליחות כתיקונו אע"ג אין להוציא מיד החנוני מחמת פשיעה זו דלא הוי פשיעה גמורה כיון דלא א"ל בסהדי הב לי' ולא דמי להך דאבימי בכתובות שהזכיר לו לקיחת השטר וכמ"ש התוס' שם

ובריש ב"מ מ"מ לענין זה שהחנוני בא להוציא מחמת שנדון הבעה"ב כלוה גמור שקיבל עליו בחוב דז"א שלא קיבל עליו בחוב אלא ע"ד זה שיעשה השליחות בתיקון גמור ואף בעוות כה"ג שאינו פשיעה גמורה לא היה דעתו שיתחייב ולכן אף אם היה החנוני נאמן לבעה"ב שנתן והפועל מוציא ממנו שלא כדין לא היה יכול להפטר מהחנוני בטענה דלמה לא יהיב ליה בסהדי כיון דלא אמר בסהדי הב ליה מ"מ עתה שהבעה"ב אין מאמין לחנוני מסופק בנתינ' עצמה ורגלים לדבר מהכחשת הפועלים אין דנין הבעה"ב כמחויב גמור אלא חזר הדין לאומר א"י אם נתחייבתי לך דפטור וזה כוונת הרמב"ן במה שסיים ואת"ל נמי פשע בהא אפ"ה פטור והדברים מגומגמים ולענ"ד יש כאן ט"ס וצ"ל ואת"ל נמי לא פשע בהא אפ"ה פטור ר"ל דאף ע"ג דאין כאן פשיעה מחמת האי טעמא דהו"ל לתקוני אפ"ה פטור משום דהו"ל כא"י אם נתחייבתי והש"ך בס"ס צ"ב השיג על הרמב"ן מדברי התוס' והפוסקים דכתבו דלא שייך לתקוני שדרתיך כ"א בעובדא דאבימי שהזכיר לו לקיחת השטר ולפי מ"ש א"ש ואפילו כפי הנוסחא שלפנינו בהרמב"ן הרי הרמב"ן בעצמו כתב שאת"ל פשע נמי בהא אפ"ה פטור ור"ל שאפי' נימא דהבעה"ב פשע בזה שלא אמר בסהדי הב ליה וגרם לחנוני שיתן עי"ז בלא סהדי ומתחייב משום גרמי (ואף ע"ג די"ל שצ"ל חזי דעלך קא סמיכנא להאמין לפועל מ"מ י"ל דהוי כאמר לו כן כיון שסתם ואמר תן בשבילו ולא הזכיר סהדי) מ"מ פטור מטעם שאפשר שלא נתן לו כלום ודברי הפועל אמת הוא והו"ל א"י אם נתחייבתי אך לענ"ד אפשר להגיה כמ"ש דלפי הנוסחא שלפנינו מגומגם לקרוא פשיעה לבעה"ב וגם דפתח בא"י אם נתחייבתי וסיים משום דה"ל לתקוני ולפי מה שהגהתי א"ש:

ואם כנים אנחנו במ"ש דבין אם נאמר דהחנוני נוטל מדינא או משום תקנה הוא מטעמא דלא הו"ל א"י אם נתחייבתי כיון שקיבל שליחותו של בעה"ב ובעה"ב סמכא דעתיה עליו נשתעבד מיד ומתחייב בסך שיאמר השליח שנתן ומה שנעשה שליח הוא מלתא אחריתא וכאילו נתן הבעה"ב מעות לחנוני שלוה ממנו וצוהו ליתן לפועלים דבכה"ג דמי ללוה ששלח מעות למלוה כדאיתא בקידושין וכמ"ש בעה"ת באם מסר בעה"ב מעות לחנוני ליתן לפועלים דהיינו הך דקידושין ע"ש ואפילו שבועה לא היה צריך רק משום הכחשת פועלים או שזהו עיקר התקנה כיון שנעשה שלוחו יש לדון כנתחייב וכמ"ש בשיטת הרמב"ן א"כ נראה דהיינו דוקא בענין חנוני ופועלים או בן בעה"ב שהחוב שהיה מוטל על בעה"ב לשלם לפועלים עשה לחנוני שליח שיעשה זה עבורו או מה שרצה ליתן מתנה לבנו עשה לחנוני שליח ובזה אמרינן דחזקה שליח עושה שליחותו והבעה"ב האמינו מתחלה ע"ז שישלים חפצו ונשתעבד לו מיד וכן נראה מל' הט"ז ריש סימן צ"א

שכתב פירו' דאין נאמנות לחנוני על פנקסו אלא דוקא היכא שבעה"ב מודה שהאמינו תחלה שיתן בשבילו עכ"ל. וכן נראה מלשון הגמרא דא"ל חנוני לבעה"ב אני שליחותא דידך קעבידנא והיינו בכה"ג שבזה שנותן החנוני נשלם חפצו של בעה"ב וע"ז נעשה החנוני שליח משא"כ בלוה ששלח ללות אצל המלוה וכתב לו או הרשהו בע"פ שיתן לזה פשיט' שאין לומר שהמלוה נעשה שלוחו של הלוה ליתן ליד שלוחו שנאמר חזקה שליח עושה שליחותו שהרי אין על המלוה שם שליח רק ע"ז ששלחו לקבל המעות רק שיש לו רשות למסור לזה והמלוה בעצמו יודע שאין הלוה צריך ליתן לזה כלום שנאמר שהוא שלוחו ליתן לזה ואף כשימסור לו הוא צריך להביא הממון לבעליו דהיינו הלוה וכיון שאינו שלוחו של הלוה נראה דאין כאן לא דינא ולא תקנתא ושפיר הוה טענת הלוה טענה דא"י אם נתחייבתי לך ואף דלא א"ל בסהדי הב ליה אין לחייבו אלא אם היה הלוה מאמין למלוה שנתן אלא שהשליח כופר אין לחייב למלוה בשביל שלא נתן לו בעדים וכמ"ש הפוסקים משא"כ אם הלוה אינו מאמינו בזה והשליח אומר שלא נטל פשיטא דלא שייך בזה אנא שליחות' קא עבידנ' דאין עליו דין שליח ואעפ"י שהוא אומר שנתן עפ"י צוויו והרשאתו והלוה מודה לו בכך מ"מ אין זה אלא כדין ערב והיה מתחייב אם היה הלוה מאמין או שנתוודע לו בבירור שנתן לשליח ואף אם נאבד או נאנס כדאמרינן בהשואל א"ל שלח לי ביד בני כו' אבל לא כשהשליח מכחיש והלוה מסופק אם נתן כלל ליד השליח ואף בשבועה לא מהימן כי אם בחנוני שנעשה שלוחו של בעה"ב. וגם נראה דהתם גבי חנוני טענת בעה"ב הוא טענת שמא והחנוני טוען ברי שנתן על פיו ובכה"ג דהאי ידע והאי לא ידע משתבע האי דידע ושקיל ואע"ג דמצי בעה"ב למימר הפועלים מהימני לי שאומרי' שלא נתת ואני טוען ברי על פיהם לאו כל כמיניה כמבואר בסימן ע"ה שאין טענתו טענת ברי על פי אחר היכא שאחר נוגע והלכך אין כאן טענת ברי כלל ודי בזה שאנו מצרפים טענת הפועלים לחייב החנוני שבועה וכן להיפך מועיל ברי של החנוני לחייב הפועלים שבועה אף ע"פ שהחנוני נוגע. אבל בלוה ששלח שליח למלוה אין השליח שאומר שהמלוה לא נתן מיחשב נוגע דהא אית ליה מיגו דאמר נתתים ללוה יכול לומר לא לקחתי מהמלוה ואף דהשתא דתיקנו היסת לא חשיב עד מטעם שהוא עד הצריך שבועה מ"מ נוגע לא מיקרי לפסול ברי שלו דהא בין כך ובין כך יצטרך לישבע וא"כ שפיר יכול הלוה לטעון טענת ברי ע"פ שלוחו ובכה"ג שיש לחשוב טענת הנתבע טענת ברי אע"פ שהוא ע"פ אחר נראה דלא תיקנו ולא מיבעיא להר"י בן פלאט שכל יסוד דין חנוני הוא מחמת ברי ושמא ונגד חזקה דממונא איכא חזקה דשליח עושה שליחותו אלא אפי' להרמב"ן דמה שנשבע ונוטל הוא מצד התקנה מ"מ נראה דהבו דלא לוסיף

עלה ודוקא היכא שאין לבעה"ב שום טענת ברי לא בעצמו ולא מפי אחר משא"כ היכא שהבעה"ב טוען ברי אף שטוען ברי מפי אחר נראה דהרמב"ן מודה דלא תיקנו בכה"ג:
ואמנם בהא דתן לבני סאתים חטים לכאורה נראה דאף בכה"ג שטוען ברי מפי אחר תיקנו דהא התם נמי טוען ברי מפי הבן שלא נטל ושם אין הבן נוגע דהא אינו חייב לבן כלום רק שנותן לו דרך מתנה ומה איכפת ליה לבן אם היה אומר שנטל אפ"ה תיקנו שהחנוני ישבע ויטול ואפשר דגם בכה"ג מיחשב הבן נוגע דניחא ליה לומר שלא נטל ויתן לו אביו מה שהבטיח לו אף אם לא הבטיח לו מ"מ כיון דחזי דמקרבה דעתיה דאבוה למיתב ליה מימר אמר אימא לא שקילנא מהחנוני והדר יהיב לי משא"כ כאן שאינו נוגע באמירתו שלא נטל שהרי המלוה יכול להשביעו בטענת ברי שלו שנטל ממנו וא"כ מה הוה איכפת ליה אם היה אומר שנטל ומסר להלוה ג"כ לא היה עליו רק שבועה ועכ"פ אחר שנשבע יש להועיל טענת ברי שלו לפטור את הנתבע בלא שבוע' רק בק"ח לבד ואפי' תימא דמהך דאמר תן לבני מוכח דבכל גוונא תיקנו דגם התם לא מחשב נגיעה מחמת שחושב בדעתו שיתן לו פעם אחרת מ"מ י"ל החילוק אשר כתבתי דלא תיקנו כ"א היכא דנעשה שלוחו של זה ליתן על פיו למי שחייב לו משא"כ בזה דאינו שליח של הלוה רק הוא מורשה מאתו ליתן לזה:
וכיוצא בזה מצאתי בקצות החושן סימן קלמ"ד לענין ערב דלא שייך הכא חזקה שליח עושה שליחותו דבשלמא גבי ממונו דעשאו שליח ליתן אמרינן ודאי עשה שליחותו ונתן אבל ערב כו' ואפי' אומר לו ערבני ושלם נמי לאו לשליחות איכוון שיפרע דוקא עבורו אלא נותן לו רשות לפרוע חובו שלא מדעתו אבל חזק' דשליח לא שייך ביה ע"ש סק"ד אך מ"ש שם דלמאן דס"ל בחנוני מצד התקנה נשבע ונוטל גם בזה הדין כן לא נהירא לפענ"ד דודאי כל שלא נעש' שלוחו אין כאן תקנה כלל ועיין בספר נתיבות משפט שחיבר שארי הגאון האב"ד דק"ק ליסא שהשיג ג"כ עליו ע"ש:
ועוד נלענ"ד דכאן לא שייך לומר שהמלוה ישבע ויטול מטעם חזקה שליח עושה שליחותו שנעשה שלוחו של הלוה למסור ליד שלוחו דזיל בתר איפכא שהרי השליח שעשה המלוה לקבל המעות ולמסור לידו אומר שלא נטל ממנו ולא מסר כלום ליד הלוה ואם איתא שהיה נוטל ממנו אית לן למימר חזקה שליח עושה שליחותו והיה מוסר המעות ליד הלוה וכמ"ש הרשב"א בקידושין גבי הן שלוחיו כו' דמשביע הלוה למלוה כיון דל"ה ברי ששלח לו וחזקה שליח עושה שליחותו והעדים טוענין ברי שנתנו לו עושין טענת מלוה כברי וא"כ ה"נ אית לן למימר איפכא דאם היה נותן לו חזקה שהיה עושה שליחותו והרי זה טוען ברי שלא נתן לו ולכך לא עשה שליחותו והו"ל טענת

הלוה כברי ואף שהשליח נוגע דשמא עיכב המעות לעצמו ולכך לא עשה שליחותו א"כ בטלה נמי חזקת המלוה שהוא נוגע ושמא לא נתן כלום לשליח ופשיטא שא"ל דחזקה שהמלוה עשה שליחותו ומסר לזה ואמרינן דגם השליח באמת עשה שליחותו ונתן ללוה דז"א שהרי טוען הלוה בברי שלא מסר לו כלום והשליח עצמו מודה לו בזה וע"ז אינו נוגע כמש"ל ומלבד השליח טענת ברי של הלוה לחוד מהני בזה שלא עשה השליח שליחותו ולא מסר לו מידי וא"כ לא דמי לתקנת חנוני ע"פ שלא נתקנה אלא על טענת שמא של בעה"ב דאז מצרפין חזקה שליח כו' לברי דחנוני אבל נגד ברי דבעה"ב לא מהני כלל וה"ה כאן כיון דלפי טענת ברי של הלוה אזלא לה חזקה שליח כו' א"כ אין כאן דינא ולא תקנתא כלל ומכ"ש שהשליח גופא אומר שלא נתן ליד הלוה כלל דאז לולי שהיינו אומרים דכל שמסר המלוה לשליח הלוה נתחייב מיד לא היה למלוה דין על הלוה לחייבו מחמת חזקה שליח כו' והלכך כיון שיש ספק שמא לא נתן לשליח כלום אף שנאמר שאילו נתן הו"ל כנתן ליד הלוה השתא דמספקא לן הו"ל כא"י אם הלויתני וחזקה דשליח כו' אינה מסתייע לברי שהרי יש נגדה חזקת השליח להליכה של הלוה שע"כ לא עשה שליחותו והדרינן לדינא דא"י אם נתחייבתי לך פטור:

ועוד נראה דע"כ לא שייך חזקה שליח כו' אלא היכא שהבעה"ב נתן קצבה שיתן לו כך וכך או שתלה הדבר במאמר הפועלים שיתן להם מה שיצטרכו כמבואר בסימן צ"א משא"כ בלא נתן קצבה ולא תלה הדבר במאמר הפועלים וגדולה מזו כתב הש"ך שם ס"ק כ"ב דבמוציא הוצאות על נכסי חבירו ברשות ליכא חזקה דשליח כו' הלכך צריך לישבע אע"ג דליכא מאן דמכחיש ליה ע"ש והביא מדברי בעה"ת שכתב לחלק בין הך דמוציא הוצאות על נכסי אשתו וחבורהון כו' ולענ"ד דברי הש"ך בזה צ"ע דמה בין זה להההוא דסעיף ז' שלא נתן הבעה"ב קצבה כמה יתן לפועלים ומ"ש הש"ך ס"ק כ"ט לתרץ דשאני הכא הואיל ותלה הדבר במאמר הפועלי' כקצץ דמי וכן מחלק בבעה"ת להדיא כו' אמת שכן הוא בבעל התרומות וכתב שם להדיא דגם בלא קצב ותלה במאמר פועלים שייך חזקה כו' ודבריו נכונים ואין סותרים למ"ש דבמוציא הוצאות ליכא חזקה משום דהתם קאי שמוציא הוצאות על נכסי אשתו דאף ע"ג דעביד ברשות מ"מ לא שייך ביה חזקה כו' דמאן שויה שליח דנימא חזקה שליח עושה שליחותו איהו לגרמיה הוא דעביד ואינו שליח משום אדם רק דחכמים נתנו לו רשות להוציא הוצאות על נכסי אשתו מה שהנכסים צריכים אבל הש"ע דמיירי בהוציא על נכסי חבירו ברשות חבירו והיינו ע"כ שהרשהו ואמר לו ראה מה שנכסי צריכות ואחזור לך א"כ מה בין זה לאמר תן מה שהפועלים צריכין וכמו דהתם אמרינן דחזקה שעושה שליחותו ונותן מה שהפועלים

צריכים כמו כן לענין הוצאות על הנכסים ואף דבאמת יש לעיין דמה בכך שתלה הדבר במאמר הפועלים לתת מה שצריכים דמאן לימא לן שאמרו לו שצריכים כ"כ ובאמת עשה שליחותו ונתן להם מה שאמרו לו אבל הם לא אמרו שצריכים כ"כ ומכ"ש היכא דהפועלים מכחישין ואומרים שלא אמרו לו כ"כ מה סיוע יש מחזקה דשליח כו' לטענת החנוני שהרי גם לפי דברי הפועלים נתקיימה החזקה ועשה שליחותו ואפשר לומר כיון דעכ"פ מחמת החזקה אמרינן שנתן להם קצת שוב נאמן על הכל דהו"ל כחמשין ידענא וחמשין לא ידענא שהרי במקצת הב"ד מחייבין אותו ואף שגם על המקצת צריך שבועה אם הפועלים מכחישין לגמרי ואומרים שלא נטלו כלום מ"מ בעה"ת לשיטתו דס"ל דאף שהחנוני צריך שבועה אמרינן מתוך כו' ואף ע"ג דהש"ך כתב דבעה"ת מיירי שהפועלים מודים שנטלו אלא שהבעה"ב אומר שלא צוה לתת להם א"כ היה החנוני נוטל בלא שבועה ע"ש ס"ק כ"ו לענ"ד אין נראה כן למעיין בבעה"ת שער כ"ט חלק ח' שכתב מאי דליכא גבי שליחות סתמא בדא"ל זיל הב ליה מה דמיצטרך כו' וה"ה נמי היכא דלא קיץ ליה כו' משתבע חנוני ושקיל מטעמא דבעה"ב לאו בר אודיתא הוא דבשלמא אי איסתפק בעיקר שליחות כגון שאמר שדרתיך למיתב חמשין והשאר א"י כיון דבר אודוי הוא הו"ל משואי"ל משלם אבל הכא כיון דתרווייהו מודו בעיקר שליחות מיהו בעה"ב טוען שנתן כך וכך ומסתפק ליה לבעה"ב במה דיהיב חנוני לפועל אית דאמרו דחייב בעה"ב שבועה וליתא דהא לא ידע כי היכא דלודי עכ"ל:

ומדבריו נראה דבחד גוונא מיירי הא דמסתפק בעיקר שליחות והא דמסתפק כמה יהיב וחלוקים בדינם דבהא הו"ל בעה"ב משואי"ל ובהא משתבע חנוני ושקיל. והנה בהא דקאמר משתבע חנוני היינו כשהפועלים מכחישין דאל"כ שקיל בלא שבועה כמ"ש שם חלק ז' וכן סיים להדיא בסוף חלק ח' והאי דאמרינן משתבע חנוני בדמכחש ליה פועל וא"כ הך מלתא דמסתפק בעיקר שליחות נמי בכה"ג מיירי בהכחשת פועל ואפ"ה קאמר דהו"ל משואי"ל דאי הך מלתא דמסתפק בעיקר שליחות מיירי בהודאת פועל שנטל ואז החנוני נוטל בלא שבועה משום משואי"ל א"כ אין חילוק בין זה למודה בעיקר שליחות ואמר הב ליה מה דמצטריך דאי מודה פועל שנטל נוטל בלא שבועה דהא אפי' ליתא לפועל דמכחיש ליה הדין כן וכמ"ש במודה אלא ודאי דגם במחולק עם החנוני בעיקר השליחות מיירי שהפועל מכחיש ואומר שלא נטל ומ"מ מתחייב בעה"ב מדין משואי"ל משא"כ במודה בעיקר השליחות משתבע חנוני ושקיל ולא אמרינן דבעה"ב משואי"ל ואין החנוני צריך שבועה משום דבעה"ב לאו בר אודיי הוא:

ואפשר ליישב דבעה"ת ס"ל דאי הוה אמרינן דדמי מודי' בעיקר השליחו' ומסופק בענין הנתינה הוה מדמינן זה למחולקי' בשליחות ופועל אינו מכחיש דאמרינן ביה משואי"ל כיון שהחנוני נוטל בלא שבועה וא"כ גם בזה יש לו ליטול בלא שבועה כיון שמודה בעיקר השליחות ולכן כתב דלא דמי משום דבעה"ב לא ידע דלודי ולענ"ד דבעה"ת לשיטתו דס"ל דחנוני מדינא נוטל בלא שבוע' והלכך שפיר דיינינן ליה בכה"ג למשואי"ל. שוב ראיתי באו"ת וקצה"ח שדברו מזה ובנת"מ לשארי הגאון נ"י כתב דמיירי שכבר נשבע החנוני שנתן לפועלים וא"כ הו"ל כפירת ממון ממש וכמ"ש הר"ן לענין נחבל ע"ש. וגם זה אינו במשמע אלא נראה דס"ל כיון דלפי טענת החנוני גרם לו היזק שצוהו ליתן והוא עשה שליחותו והבעה"ב מודה שצוהו על המקצת אף שאם היה מוד' שצוהו על הכל אעפ"כ לא היה החנוני נוטל בלא שבועה מחמת שמא של בעה"ב השתא דאמר א"י ה"ל משואי"ל משום שאם היה הודה שהאמת כדברי החנוני לגמרי שצוהו ונתן היה מחויב לשלם בשביל טענת שמא דידיה שמא לא צוהו ושמא לא נתן לא מפטר דרגלים לדבר אם צוהו היה נותן משום חזקה דשליח עשה שליחותו ועל השמא לא צוהו הוא מ"מ שצוהו שפיר דיינינן בזה דין משואי"ל ולא דמי למ"ש ברמ"ה בסימן ע"ה היכא דלא שקיל בלא שבועה כגון שכיר כו' משום דאיכא הכא חזקה דשליח כו' וכן משמע ממ"ש שם דהוי גורם לממון וחזקה שליח כו' ומ"ש הש"ך דא"צ לגרמי כיון דעל פיו נתן כו' לפי מ"ש דמיירי שהפועלים מכחישין א"כ אף שנתן ע"פ ציויו עדיין יש פתחון פה לבעה"ב דעיוות החנווני שלא נתן בעדים וע"כ שהחנוני אומר שזה מפשיעת בעה"ב דלא א"ל בסהדי הב לי וסמך ליתן לזה על פיו ודמי למראה מטבע לשולחני וא"ל חזי דעלך קא סמיכנא דחייב מדינא דגרמי וצ"ע:

ומ"מ לפי דברי סה"ת דכתיבנא א"א לומר כמש"ל דטעמא דאם לא קצץ נוטל בלא שבועה משום דהו"ל כחמשין ידענא שהרי בעה"ת ביאר דבריו דבזה שאין מחולקים בעיקר השליחות רק כמה נתן לא אמרינן משואי"ל כיון דבעה"ב לא ידע דלודי וע"כ דטעמא משום שאין כאן הכחשת פועלים וזה צ"ע דהא מ"מ אין כאן חזקה שליח וכו' דאפשר שלא אמרו הפועלים כ"כ ובאמת קיים שליחותו אך לפי מש"ל בטעמא דמלתא דאמרינן הכא חזקה שליח כו' ומיד שקיבל עליו גמר ומשעבד נפשי' והרי נתחייב לו הבעה"ב חיוב גמור כל מה שיאמר החנוני כיון דלא א"ל בסהדי הב לי' ושליחות נגמר בדברים וא"צ קנין והחנוני קיבל עליו ונתחייב ליתן לפועלים ומה שהבעה"ב טוען עכשיו שמא לא נתן אינו פוטרו מחיובו וא"כ אין חילוק בין קצץ ללא קצץ דגם בלא קצץ שייך למימר הכי דמיד שקיבל עליו נשתעבד לו בעה"ב בכל אשר יאמר כי הוא זה שנתן

לפועלים רק אם הם מכחישים משוו לטענת בעה"ב ברי אבל כשאין מכחישין שפיר נוטל בלא שבועה ואמנם לשון בעה"ת קצת לא משמע הכי כמש"ל שכתב כי היכא דכי א"ל הב ליה מנה אמרינן קיבל שליחותו ובחזקת שעשאו הואיל ומזומן לשליחות הקפות הם ה"נ דא"ל הב ליה מאי דמיצטרך חזקה קביל עליו וסמכא דעתיה ועביד שליחותו וכקציצה דמי וקצת יש לדחוק וליישב על דרך שכתבתי:

וחזרנו למ"ש דלענין מוציא הוצאות לכאורה א"א לומר דלית בי' חזקה שליח כו' דדמי ללא נתן קצבה לפועלים ודוקא לענין מוציא הוצאות על נכסי אשתו כתב בעה"ת דליכא חזק' וראיתי בנת"מ לשארי הנ"ל וכתב דלק"מ דבמוציא הוצאות חייב שבועה משום דטרח והוי כבן הבית ושליח ודבריו תמוהים לענ"ד דלדע' ראשונ' בסימן צ"ג דשליח הוי כבן הבית וא"כ אף אם אינו נוטל יכול להשביעו וכאן לאו מה"ט אתינן עלה דנ"מ טובא דאם מטעם נשבע ונוטל א"כ הוא חשוד אינו נוטל משא"כ אם הוא נוטל בלא שבוע' רק שצריך לישבע משום תקנת חכמים שמשביעין בטענת שמא אם הוא חשוד פטור כמבואר בסימן צ"ב ולדעה השניה שהוא דעת הרשב"א ס"ל דבשליח לא אמרינן דמורי היתרא משום דטרח רק כשבא ליטול צריך לישבע כדין מוציא הוצאות ובא ליטול וא"כ מה מקום לתלות שבועות מוציא הוצאות בשבועות שליח דאין שבועה בשליח כלל משום מורי היתרא:

אמנם בבעה"ת מבואר להדיא דס"ל דשליח דינו כבן הבית דהיכא דטרח הוא מחויב לישבע אף ליפטר ע"ש בשער כ"ט חלק ו' ע"ש שכתב ועוד דאפי' בשליחות אחריתי איכא לפלוגי דאיכא דמשתבע כו' ע"ש (ועיין בש"ך סימן צ"ט ס"ק שיש שם ט"ס וכצ"ל ע"ש סימן צ"א ס"ק ל' ודו"ק במ"ש בעה"ת איכא דמשתבע כו' ובנת"מ הגיה ודוק במ"ש באם הפועלים בכאן משתבע כו' וליתא אלא כמ"ש:

ודאתאן עלה נראה ברור שאין מקום לומר חזקה שליח כו' כ"א בחנוני אע"ג דלא נתן קצבה שפיר אפשר לומר בזה חזקה שליח כו' וכן כל כיוצא בזה שלא תלה הדבר ברצון השליח רק במאמר הפועלים ואיכא למימר נמי הכי במוציא הוצאות על נכסי חבירו שהרשהו להוציא מה שיצטרכו הנכסים וכמש"ל אבל היכא שתלה הדבר ברצון השליח שאמר לו תן לפלוני עבורי כמה שתרצה או כמה שיש בידך וכל כה"ג פשיטא דלית דין ולית דיין שיאמר שיש בזה חזקה שליח כו' להאמינו שנתן כפי מאמרו ויהי' נשבע ונוטל כשהשליח מכחישו דמה חזקה יש כאן שנתן כ"כ דהא ברצון עצמו תליא מלתא ולא רצה יותר או לא הי' לו יותר וזה מבואר להדיא בלשון בעה"ת שכתב הואיל ותלה הדבר במאמר הפועלים ושמע החנוני וקיבל כו' ע"ש מבואר שאילו תלה ברצון החנוני

ולא קצב מה שיתן לא שייך בזה חזקה כו' וא"כ לא מיבעיא לשיטת בעה"ת שהסכים עמו הש"ך דטעמא דחנוני מדינא שקיל בלא שבועה משום חזקה כו' א"כ בהא ליכא חזקה כלל אלא אפי' לשיטת הרמב"ן ודעימיה דגבי חנוני תקנתא היא כבר כתבתי דגם להרמב"ן טעמא דתקנתא משום חזקה כו' ולא עיוות שליחותו כיון דלא א"ל הב ליה בסהדי ומצאתי שהאו"ת כתב כן בשיטת הרמב"ן וא"כ הבו דלא לוסיף עלה דבמקום דלא שייך חזקה זו ליכא תקנתא כלל ואפ"ת דלהרמב"ן אין טעם התקנה משום חזקה מ"מ ברור דלא תיקנו כ"א במקום שנעשה שליחו ליתן וכלישנא דהש"ס אנא שליחותא דידך קעבידנא (והוא מלשון רב יהודאי גאון) כו' אבל היכא שלא נעשה שלוחו אף ע"פ שנתן לו רשות ליתן לזה מ"מ כיון שאינו יכול לתובעו שעשה זה בשליחותו ונתחייב מיד כשנעשה שלוחו לא תיקנו וחזרנו לדין תורה ששורת הדין שילך בפחי נפש כדין האומר א"י אם נתחייבתי ופשיטא שאין להתעקש ולומר דגם היכא שאמר לוה למלוה שלח לי ביד פלוני הוה המלוה כשלוחו של הלוה למסור ליד פלוני של הלוה דאטו אשה שאמרה לבעלה שלח לי גיטי ע"י פלוני שלוחי נעשה הבעל שליח של האשה למסור הגט ליד שלוחה וכן בקידושין כה"ג הא ודאי שאין דנין בזה תורת שליחות כלל רק הוא בעל דבר ומראה מקום הוא לו שרשאי למסור ליד פלוני ולרווחא דמלתא נראה ראיה ברורה מהא דב"מ דאמרינן השואל את הפרה כו' א"ל שלחה לי ביד עבדך כו' והתוס' שם כתבו בד"ה הכיש' במקל ואע"ג שעבדו מוליכה לא חשיב שאלה בבעלים כו':

ועיין בשיטה מקובצת שהראב"ד האריך בתירוץ קושיא זו והר"ן כתב דלאו שאלה בבעלים היא דמה שחייב כששלחה ביד עבדו אינו אלא מדין ערב כו' ע"ש ועיין בנימוקי יוסף ואם איתא דכל שאומר שואל למשאיל שלחה לי ביד בנך כו' נעשה המשאיל שלוחו של השואל למסור ליד שלוחו של השואל א"כ הו"ל שאלה בבעלים דבשעה שהוא מוסר הפרה לשלוחי השואל וזוכה בה בשבילו שליחותא דשואל עביד וכל שהוא עושה שליחותא הוה שאילה בבעלים כדאמרינן לימא אשקין מיא כו' וקי"ל היה עמו בשעת שאילה א"צ להיות עמו בשעת שבורה ומתה אלא ודאי שאין בזה תורת שליחות על המשאיל ואף שא"ל הכישה במקל אין בזה משום שליחות דמה דקעביד לאו בשליחותו קעביד רק לפי שאמר לו השואל שיעשה כך כשירצה להגיענה לידו הוא עושה כך מדעתו שהוא בעל דבר ולא בשליחותו של זה וכ"ש כשאומר שלחה ע"י פלוני שאין זה כעושהו שליח למסור לפלוני רק נתינת רשות בעלמא שבידו למסור לפלוני וכיון שאין כאן בנ"ד שם שליח על המלוה רק הוא בעל דבר ויש לו רשות למסור לזה אין כאן תקנת חנוני ע"פ שנתקנה היכא דבשליחות' דבעה"ב קעביד דהבו דלא לוסיף עלה:

עוד נלענ"ד לפי מ"ש התוס' דף ע"ב ד"ה בשלמא סיפא לחומר' דנהי שאם הנכרי היה מפקיר מעותיו היה יכול לזכות לחבירו השתא מיהא שהנכרי אינו מפקירן אלא בא לזכות מעותיו למלוה ע"י זה הלוה אין לו כח לזכות שא"כ היה ישראל המקבל שלוחו של הנכרי לזכות לישראל ואין שליחות לנכרי כו' וכ"כ בש"מ ב"מ דף י"ב בשם הר"ן גבי חצר משום יד איתרבי כו' דמ"ד מגביה מציאה לחבירו קנה הוא מטעם מגו דזכי לנפשיה ולא מטעם שליחות וטעמא לפי שא"א לזכות לחבירו בתורת שליחות אא"כ נעשה שלוחו של בעל הממון והיינו דליכא דעת אחרת מקנה אין כאן בעל ממון שיהא זה שליחו כו' והביאו הנ"י שם בקצרה ועיין בתשובה בענין גט בע"כ שהבאתי שכן איתא בירושלמי דגיטין פרק התקבל לענין מתנה שאין אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו רק בגט לפי שהתורה זיכתה אותה לקבל את גיטה ע"ש ולפ"ז נראה דמה שעוש' הלוה שליח לקבל המעות מהמלוה אין בזה תורת שליחות שהלוה יעשה שליח לקבל מהמלוה מה שאינו שלו שהרי אפי' במלוה ששולח לקבל מעות שלו מן הלוה כתבו התוספ' שאין לו כח לזכות עבור המלוה אא"כ יעשנו הלוה שליח שיזכה במעות בשביל המלוה וא"כ גם כאן אין השליחות חל אם לא שהמלוה נותן לו ועושהו שליח לו ע"י פלוני שהמלוה נעשה שלוחו של הלוה ומקיים שליחותו של הלוה בזה שנותן לו המעות שיזכה בהם ללוה שהרי בעת שנותן המעות צריך להיות בתורת בעל הממון ולעשות זה שליח שלו שיזכה עבורו וא"א שיהיה עליו שם שליח ושם בעל הממון כאחד וכן נראה ממה דאמרינן בגיטין דף כ"ד והא לא חזרה שליחות אצל הבעל ופרש"י שליח לא מיקרי אלא המשתלח בזה לזה שראוי לחזור אצל שולחו ולומר עשיתי שליחותך (נראה שט"ס וחסר תיבת ונתתי) לחבירך וזו אינה ראויה לחזור שהרי לא נשתלחה אלא לעצמה ואח"כ נעשית היא בעל המעשה ובטל השליחות קודם שתחזור עכ"ל וה"נ דכוותה שאם נאמר שנעשה המלוה שלוחו של הלוה לזכות מעותיו של המלוה ע"י פלוני נמצא ששליחות זה הוא משתלח לעצמו שיעשה את פלוני שליח שיזכה במעותיו בשביל המלוה ושליחות כה"ג לאו כלום הוא ולכן דוקא בחנוני על פנקסו שמצוה לו לתת לבנו או לפועלים שהמעות מקבל הבן או הפועלים לעצמם שפיר חל על החנוני תורת שליחות של בעה"ב וכל שנעשה שליח מן הדין אנו אומרים שמיד בעת שקיבל עליו ושליחות נגמר בדברים וא"צ קנין אפילו במכירת קרקע וכל מילי ואף ע"פ שלא זיכה השליח בהקרקע או בהמטלטלין אנו רואין כאילו מסרם לידו וזיכה אותו בהם ומה שעשה עשה וה"נ כיון שנגמר השליחות שיתן המעות רואין כאלו מסר לו המעות שיתן ומה שמצוה שיתן לו הלואה אית ליה גביה ומשתעבדי נכסים מיד להחנוני ומה

שהבעה"ב טוען עתה שאינו יודע ה"ל כספק פרעון כן הוא בחנוני ע"פ מדינא והתקנה היה דלא נימא דשייך לתקוני כו' כדמשמע מהרמב"ן או עכ"פ מצד התקנה כן הוא שעשו שליחות זה של חנוני כאילו נשתעבד לו הסך ההוא תיכף שא"ל תן וזה קיבל עליו ונגמר השליחות אבל זה שהלוה שלח למלוה אחר מעות כיון שע"כ אין המלוה שלוחו של הלוה ולא נשתעבד לו כלל בעת אמירתו שלח לי ע"י פלוני רק שהשעבוד מתחיל שזה נותן לשליח שיזכה בו בשביל הלוה אז אם הלוה טוען איני יודע אם נתת שום דבר לשליח פשיטא דה"ל כא"י אם נתחייבתי ומכ"ש אם השליח כאן ואומר שלא קיבל כלל: ומצאתי בשו"ת מהרי"ט צהלין סימן י"ט במלוה שכתב ללוה שלח לי המעות שבידך וזה אומר ששלח לו ע"י איש אחד ולקח ממנו חתימה ששלח על ידו והמלוה טוען שהחתימה אינה מקויימת והשליח טבע בים עם המעות והאריך בזה ומסקנת דבריו דבמלוה ע"פ מהימן אף שלא נתקיים אבל במלוה בשטר צריך לברר שפרע ואם לא ימצא קיום לחתימה ההוא צריך לפרוע שנית ע"ש וא"כ ק"ו הדברים כיון דבשטר צריך לברר שפרע ואם לאו אע"פ שכתב המלוה בידו שישלח לו לא מהימן שלחתי ע"י פלוני ואע"פ שיש לו כתב ממנו ואע"פ שהוא בא להוציא וא"כ כ"ש היכא שכתב הלוה ביד המלוה שישלח לו מעות שאין לחייב הלוה ע"פ טענת המלוה שאמר שלחתי ביד פלוני (וע"ש דקאי אפי' לשיטת הסוברים דכשאומר שלח לי סתם יכול לשלחם ביד מי שירצה אלא שאח"כ כתב דאפי' ימצא קיום מטעמא אחרינא דכתיבנא מחייב כיון שלא א"ל שלח לי ע"י פלוני כסברת הרי"ף והרמב"ם כו' ע"ש) ומ"מ אפשר לחלק דבכה"ג שאמר לו שלח לי ע"פ פלוני וטען ששלח על ידו אף בשטר מהימן וכמ"ש הש"ך סימן קכ"א ס"ק מ"א דגם המלוה בשטר הלוה או הנפקד נשבעין שנתנו לשליח ופטורין והביא ראיה מחנוני ע"פ שיכול להוציא הואיל והרשהו ליתן כו'. (וכבר כתבתי דאין ראיה מחנוני ע"פ שהחנוני נעשה שליח וכמו שהארכתי לעיל) ולפי"ז י"ל דגם במלוה שבא להוציא ע"פ מה שכתב לו הלוה או אמר לו בע"פ שלח לי ע"י פלוני ואומר שמסר לפלוני מהימן בשבועה כמו חנוני ע"פ ואין פנאי להאריך דברי זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד תשובת

שאלה יב

שלום וברכה. שמורה וערוכה. לאשר לו ככה. ה"ה כבוד אהו' מחו' מוהר"ר ישראל זלמן נ"י:

הגיעני מ"ש שנית בענין הקדושין (עיין בחלק אה"ע סימן) ולאפס הפנאי לא עיינתי כעת רק במה שחזרת ושנית בענין הקושיא שהבאת בשם הגאון החסיד מוהר"ר שקי ז"ל בהא דקדושין דאמרינן הן הן שלוחיו הן הן עדיו דלשיטת הרמב"ם אם הכחשה בצירוף הזמה לאו כלום הוא א"כ ה"ל עדות שאאי"ל ותיקשי למ"ד דבממון בעינן ג"כ עדות שאאי"ל והארכת:

והנה כבר כתבתי לך בקצרה ורמזתי לך ג"כ קושיית הגאון מוהר"ר חיים יונה ז"ל בהא דפלוני רבעני וע"ש באו"ת בסופו שכ' לתרץ הקושיא ממיפך והזמה דדוקא היכא שהכחשה ללא צורך שאלו אומרים פלוני הרג ואלו מזימים והוסיפו לומר שפלוני חי ומה צורך לזה ודאי הם מכוונים גם להכחשה ומי יאמר הזמה עיקר דלמא הכחשה עיקר כו' והנה מקרוב זכינו שיצא לאור ספר הבהיר היא ספר המקנה על קידושין ממחותני הגאון החסיד נ"י האב"ד דק"ק פפ"ד (ומידו הקדושה שלח לי הספר למנה) וכתב בסוגיא דהן הן שלוחיו קושיא זו משמיה דנפשיה וסיים בה ויותר נראה בדעת הרמב"ם דדוקא כשאומרים עמנו הייתם וגם ההורג כיון שלא היו צריכים לומר וגם ההורג אלא דכוונתם להעיד שגוף המעשה שקר בזה בטלה הזמה אבל אם כוונתם רק להזימם אע"ג דממילא מתכחש לא בטלה ההזמה ובהא מתרצא נמי הא דמקשה העולם מריש סנהדרין דף ח' מפלוני רבעני לאונסי דקשה ג"כ כנ"ל וצ"ע עכ"ל והנה דבריו מטין למ"ש האו"ת אך הסברא צ"ע וביותר שא"א להעמיד כן בלשון הרמב"ם שם פרק י"ח מהלכות עדות שכתב וז"ל הזמה בעדות עצמם ואינם יודעים אם נהיה הדבר או לא נהיה וכן בסוף דבריו כתב הואיל והעדים שהזימום לא השגיחו על עצמה של העדות כלל אם אמת היה או שקר כו' ומשמעות לשונו דכל שעכ"פ מתוך העדות מתברר ההכחשה של העדות עצמה שהוא שקר לא הוה הזמה ואין חילוק בין אם אומרים בפירוש או מכללא שמעינן והנלענ"ד בדעת הרמב"ם דלכאורה לרבא דאמר פ"ד ואמרי' שרבע אחר אע"פ שהוא אומר שרבעו וא"כ עכ"פ אומר שקר ועכ"פ לומר דאף שאומר שקר לא בטלה העדות שאין העדות תלוי בכך דלא איכפת לן מי שרבע יהיה מי שיהיה וכמ"ש בזה בתשובה (עיין באה"ע סימן י"ד) באורך דכל שאינו מתברר שאמר שקר בענין שגוף העדות תלוי בזה לא מפסל והרי זה כמי שנתפס בשקר שאמר לפני ב"ד באיזה ענין אחר שאינו שייך לגופה של עדות דלא מפסל בהכי. ולפי"ז לכאורה גם כשנתברר שע"ז שמעידין שנהרג שהיה במקום אחר באותו יום נימא ג"כ הכי דמה בכך שמשקרים בזה שאומרים שפלוני נהרג באותו יום הלא אין זה עיקר העדות רק שזה הרג נפש מישראל ומה איכפת לן אם הרג איש זה או איש אחר וברמב"ם מבואר דגם בכה"ג שמעידים שהנהרג היה עמם בטל

העדות וצ"ל דודאי קפדינן אם משקר בענין ההרוג שזה גופה של עדות מיקרי שהחיוב שמחייבין את זה ע"פ עדים אלו הוא מחמת שזה עשה מעשה בגופו של זה והרגו ומעשה החיוב הוא מחמת שנהרג האיש הזה והוא הרוצח וכיון שההרוג הוא הסיבה של החיוב גם הוא בכלל העדות ואם שיקר בזה בטלה העדות משא"כ בנרבע אין החיוב מחמת שחילל את הנרבע ברביעתו רק מצד שהוא רבע איש אחד יהיה מי שיהיה ואף דלגבי הריגה כן הוא דלא איכפת לן אם הרג את זה או את זה מ"מ בזה עיקר החיוב הוא לפי שנטל נפשו של זה והוי שפיר גופה של עדות וכן במלוה ולוה פשיטא שהעדות תלוי בהם משא"כ בנרבע ולפי"ז לא קשה מידי קושית הגאון הנ"ל דע"כ לא קאמר הרמב"ם אלא בהכחשה דהרוג או מלוה כיון שהשגיחו ג"כ על גופה של עדות להכחישו בטלה הזמה משא"כ אם היה החיוב מחמת שרבע אף שהמזימין אומרים שהנרבע היה ג"כ עמהם מ"מ אין זה רק כאומרים שזה משקר בטלין שאינו גופה של עדות בצרוף הזמה דלא בטלה דין הזמה והרוג שאני דמוכחש בגופה של עדות וכמ"ש:

והדברים ברורים ולענ"ד מקום הניחו לי להתגדר בו ודעת לנבון נקל ליישב גם שאר הקושיות בזה ובחידושינו כתבנו ליישב הקושיא דהן הן שלוחין דיש לחלק דדוקא היכא שע"י הכחשה נפטר משא"כ בזה דתרי ותרי נינהו ה"ל כאינו יודע אם פרעתיך וכמ"ש באו"ת סימן ע"ה אלא שכתבתי לדחות דבזה אף ע"י הכחשה חייב דמיגו לא מהני להו כיון דהוא במקום עדים שאומרים שיודעים שלא פרע כו' דברי זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד הלכות טוען ונטען והלכות ערב

שאלה יג

בדבר השאלה באחד שערב בעד חבירו ומובן מתוך התשובה:

הנה בדין אם יכול הערב לומר למלוה בשעה שהגיע הזמן שיוציאנו מהערבות דעת הרמב"ן בתשובה הביאו הטור שאין הערב נפטר אף שהתרה למלוה בזמנו והמלוה האריך הזמן והב"י כ' שכ"כ רבינו ירוחם בשמו ובב"ה תמה ע"ז וכתב דלאו הרמב"ן חתים עלה ולענ"ד שכ' כן לפי שלא מצא מקור דבר הרמב"ן כ"א בטור וגם רי"ו כ"כ בשמו:

אבל באמת נפלאתי על הב"י שהרי כן מבואר בבעה"ת שער ל"ה שכ' וז"ל ובתשובה לקמאי ערב שבא למלוה בזמנו וא"ל תבע ממונך מן הלוה ולא רצה לתובעו והאריכו נפטר הערב ע"כ וזה שקשה בד"מ ואצ"ל בקבלן כו' אלא אף בערב נדון כן ששניהם תלוים ברצון המלוה ומפני אריכותו ושתיקתו לא הפסיד כלום והנה שאלתי להרמב"ן והשיב

לי ערב שבא בזמנו כו' והן הן דברי הטור בשם הרמב"ן ופוק חזי מאן גברא רבא מסהיד עלה דמלתא דבעה"ת ז"ל שכך השיב לו הרמב"ן ז"ל ואפס מקום לומר דלאו הרמב"ן חתים עלה ואמנם מ"ש הרמב"ן שם ומהא דקי"ל אישתדיף ב"ח גבי ממשעבדי אף ע"ג דאשתדיף לאחר זמנו כו' וכללו של דבר נכסוהי דבר אינש אינון ערבין ביה כו'. ולענ"ד צ"ע שאין הנדון דומה לראיה דהתם שיעבוד נכסיו על חוב זה למלוה והשיעבוד נמשך לעד לעולם כל זמן שלא יפרע החוב ואף ע"פ שכתב בשטר זמ"פ פשיטא שלא נכתב על דעת שלא ישתעבדו נכסיו אלא עד הזמן אלא עיקר הזמן לענין שלא יוכל לתובעו קודם אבל מ"מ פשיטא שכל זמן שהחוב קיים לא נסתלק השיעבוד והלקוחות שקנו שעבודו של זה הפסידו אנפשייהו ואף אם נאמר שדעת הלוה היה שלא לשעבד נכסיו כ"א עד הזמן מ"מ לאו בדעתו תליא מלתא שהמלוה לא הלוה לו ע"ד כן כ"א עד שישתעבדו נכסיו כל זמן שלא יפרע לו כמ"ש התוס' בב"ק דף ק"ו ובכתובות דף מ"ז בלוקח חפץ ואירעו אונס דלא אמרינן אדעתיה דהכי לא קני ובטל מקח דלאו בדעת הקונה לבד תליא מילתא דהא איכא נמי דעת מקנה שלא היה מקנה לו לדעתו אם לא יפרש וזה שייך דוקא לענין נכסי הלוה גופא שביד הלוה לשעבד נכסיו כרצונו אבל זה שנכנס ערב מאין הרגלים לחייבו אחר הזמן המבואר בשטר וא"ל בזה שהמלוה לא נתרצה כ"א שיהיה ערב לעד לעולם וע"ד כן הלוה ללוה דמה"ת לומר כן שהמלוה לא רצה כ"א באופן זה וע"כ שהערב מרוצה בזה כיון דבאמת יש זמן בשטר והוא יכול לנגוש על הלוה בזמן ההוא לגבות חובו כמו שבאמת התרה בו הערב במלוה שיגבה חובו ומה אית ליה גביה דערב שיתחייב בע"כ לאחר הזמן וזה דומה לנותן דאמרינן אדעתיה דהכי לא יהיב וזה דעת הב"י בב"ה שתמה בזה על הרמב"ן דהערב מצי טעין לא ערבתי אלא לזמן ובאותו הזמן היית יכול לגבות ולא גבית אפסדת אנפשך:

אמנם טעמא דהרמב"ן בזה נראה שסובר דכיון שלא נסתלק השעבוד מעל הלוה ונכסיו אחר הזמן ממילא נמשך השעבוד גם על הערב שהערב נשתעבד בסתם כל זמן שחל השעבוד על הלוה שקביעות הזמן לא היה אלא שלא יוכל לגבות קודם אבל מ"מ אין המלוה מוכרח לגבות ולכן אם הוא מאריך זמן ללוה אין הערב נפטר שהזמן לא נקבע עבורו לומר שעד כה יגיע משך זמן הערבות שזה לא נזכר בשטר רק שעד הזמן לא יוכל לתבוע למלוה ולערב ומן הזמן ההיא והלאה הרשות בידו ולפום הך סברא נראה פשוט דגם ללוה אין יכול לכוף שיוציאנו מן הערבות אחר הזמן אם המלוה אינו נוגש על הלוה כיון שכל עיקרו של הזמן שבשטר לא נעשה בשביל הערב והוי כאלו נשתעבד בסתם להיות ערב שכל זמן שלא יסלק הלוה יחול עליו הערבות וכיון שהלוה יש לו הרחבת זמן

מהמלוה אין כאן מקום כפיה שהלוה מצי אמר מתחלה נשתעבדת כל זמן שאני חייב למלוה וקביעת הזמן לא נעשה בשבילך כלל. ואמנם מדברי הטור לכאורה לא משמע הכי שאחר שכתב דברי הרמב"ן שאין הערב יכול לכוף למלוה כתב ונראה שאם תובע את הלוה בזמנו שיוציאנו מן הערבות הדין עמו שיכול לומר לא נתרציתי להתערב בשבילך אלא עד זמן פלוני עכ"ל משמע מדבריו דאף דמודה להרמב"ן שאין יכול לכוף למלוה מ"מ יכול לכוף ללוה וכן מבואר בפרישה שם שכתב דהא דלא כתב הטור הך ונראה אבבא ראשונה דהרמב"ן משום דקודם שידענו דביד המלוה להרחיב הזמן בע"כ של הערב אין נ"מ בזה שיכול הערב לכפות הלוה בזמנו דבלא"ה יפטור מהערבות שיתרה במלוה כו' ע"ש. ולפי מ"ש ז"ל דלפי סברת הרמב"ן שביד המלוה להרחיב זמן ללוה בע"כ של הערב ממילא דע"כ שאין הזמן הכתוב בשטר תועלת לערב כלל א"כ גם ללוה אינו יכול לכוף כאילו לא היה כתוב בשטר זמן כלל רק כל אימת שירצה המלוה יגבה חובו וזה נכנס ערב דפשיטא שאין הערב יכול לכוף ללוה כלל שיוציאנו מהערבות וה"נ בדכתב זמן כיון שאין הזמן רק לאפוקי תוך הזמן אבל אחר הזמן אין שיעור לדבר וברצון המלוה תליא מילתא לכוף ללוה ולערב לשלם אימת שירצ' וע"ד כן נשתעבד הערב מתחלה וכשם שהוא משועבד לגבי מלוה כמו כן לגבי לוה דמסתמא מעקרא נתרצה ונתפייס להיות ערב כ"ז שיהיה החוב קיים ולא ידחוק המלוה לגבותו:

ובזה עמדתי על כוונת אא"ז הש"ך שכתב בס"ק וא"ו שהרמב"ן סובר שא"י לכוף ללוה וזה תלוי במ"ש המחבר בשם הרמב"ן בתחלת הסעיף דכשם שא"י לכוף למלוה כך א"י לכוף ללוה כ"ז מוכח בבעה"ת א"כ צ"ל דמור"ם נמשך למ"ש כי יש חולקין כו' ע"כ לשונו ובאמת לא משמע כן בטור וכמ"ש ומ"ש הש"ך שכן מוכח בבעה"ת לא מצאתי שם הוכחה. אך נראה שר"ל כיון שכתב בעה"ת בשם הרמב"ן טעמא שאין זמנו של הערב עם הלוה אלא אחר שפרע והיינו דהזמן שכ' בשטר אין בו שייכות להערב כלל והיינו אם נימא דא"י לכוף למלוה דאז שפיר אמרינן דהזמן אין מועיל להערב ולכן רמ"א שנמשך להיש חולקין וסוברים דכופה למלוה בטענה שלא נעשיתי ערב אלא עד הזמן א"כ גם ללוה יכול לומר הוציאנו מן הערבות ומ"ש בפרישה שאין נ"מ בזה דבלא"ה יפטור שיתרה במלוה יש ליישב דמיירי היכא שאין המלוה כאן שיתרה בו או שהוא גברא אלמא וכיוצא בזה ולכן הוא רוצה לכוף ללוה שישלם למלוה ויוציאו מהערבות:

וראיתי באו"ת שכתב על הש"ך ג"כ שמדברי הטור נראה לחלק דלמלוה אינו יכול לכוף אבל ללוה יכול לכוף וכתב לחלק מסברא דללוה יכול לכוף משום דעבד לוה כו' ובאמת לא מצינו הך סברא רק לגבי מלוה אבל לא לענין הערב וגם לענין המלוה גופא אינו יכול

לכוף תוך זמנו והרמב"ן מדמה ערב למלוה תוך זמנו כמ"ש טעמא שאין זמן הערב על המלוה עד שיפרע בשבילו ומ"ש באו"ת שם לתמוה על הדין שכתב רמ"א באם הלוה מוכן ליתן למלוה מעותיו דמקור דין זה ממהרי"ו ומהרי"ו מדמ' למ"ש בא"ז בלוה שאמ' למלוה תא ושקיל זוזך דפטור מאחריות אבל הרמ"א פסיק בסי' ע"ד דלא נפטר א"כ גם בערב אין לו ליפטר. ולענ"ד נראה דהתם דפסק רמ"א דחייב היינו מטעם המבואר שם בב"י בשם מ"כ דאי מתרמי לי' עסקא מי לא זבין בהו וכן מבואר במרדכי פרק מי שאחזו: ולפ"ז נראה דאע"ג דהוא חייב באחריות מהאי טעמא היינו שעכ"פ יש עליו דין שומרי' כיון דמצי לאשתמושי בגווייהו וכדאמרי' גבי דמי אבידה אבל מ"מ כ"ע מודו דנפטר מתור' לוה כיון דפרעון בע"כ הוי פרעון וכמ"ש הרמב"ן שהובא בב"י סי' ק"ך ולפ"ז ברור שאם בא הלוה עם הערב ואמרו למלוה תא שקיל זוזך ולא רצה לבא אע"ג דהלוה לא נפטר מאחריות המעות כיון שהמעות ברשותו ואי בעי עביד בי' עסקא מ"מ הערב כבר נסתלק מערבותו דמאותו שעה ואילך בטלה תורת מלו' וכן נראה ממ"ש בעה"ת שער נו"ן שהשכל מורה כי כל מלו' שאחר שהלוה רוצה לפרוע לו ואומר לו טול מעותיך אם המלוה מסרב ואינו רוצה לקבל מה לנו בכך וכי ע"כ יהיה עבד לוה לאיש מלוה אחר שהגיע זמנו ורוצה לפורעו כו' ע"ש וא"כ פשיטא שכמו כן לגבי הערב כיון שרוצה לסלק לו ולצאת מערבותיו שאינו יכול לכופו בע"כ שיהא לו ערב ועבד בחנם אך כ"ז באם המעות הוא מוכן תחת יד הלוה ורוצה ליתן לו אבל באם הערב אומר לו רד עם הלוה לדין זה דינו של הרמב"ן דסובר שאין המלוה צריך להוציאו מן הערבות. אך לענ"ד אפשר דאפי' אם המעות מוכן ביד הלוה מ"מ א"צ להוציאו מן הערבות דהרמב"ן לטעמי' לפמ"ש בעה"ת בשמו הביאו הב"י בסי' ק"ך שכתב בחילוק הב' בין ההיא עובדא דשומשי דא"ל תא ושקיל זוזך כו' דהתם בביתי' דמוכר וברשותי' הוו מחתי ע"ש א"כ י"ל דגם לענין ערב נמי הדין כן אע"פ שהמעות מוכני' ביד הלוה וברשותו ומהרי"ו שכתב לפטור הערב היינו דס"ל כמ"ש הטור דאף אם א"ל הלוה הנה מעותיך צרורים בביתי מהני ולדידי' צ"ל דההוא דשומשמי הוי טעמא משום שעדיין צריך לקבל המוכר מי שפרע וכחילוק הא' של הרמב"ן ומשמע בבעה"ת שם קודם לזה דאזיל בההוא חילוקא ולכך נראה שתפס הטור זה לעיקר ולפום הך סברא שפיר י"ל דנפטר הערב כל שהמעות מוכן ביד הלוה לשלם וזה דעת מהרי"ו וזה דעת רמ"א ג"כ ואע"ג דבסי' ע"ד ובסי' ק"ך הביא דעת החולקים על הטור היינו משום חיוב שמירה שמוטל על הלוה ולקצר אני צריך:

ומעתה נדון בדין אם יכול הערב לכוף ללוה שיוציאנו מן הערבות והנה לדעת הרמב"ן אין יכול לכופו דס"ל דאפי' אחר זמן כתוך זמן דאין זמן הערב על הלוה עד שיפרע

בשבילו ועיין בכנה"ג בזה ונראה לפ"ז באם הוא בגוונא שהברירה ביד הערב לכוף את המלוה שיוציאנו כגון שהתנה עם המלוה בע"פ בשעת הלואה שאינו ערב רק עד זמן פלוני דבכה"ג מהני כמבואר בב"ח והמלוה אומר כיון שאין הערב רוצה להיות ערב עוד אזי איני רוצה להמתין עוד ללוה אם לא שיתחייב הערב שיהא ערב מכאן ולהבא והלוה טוען שבע"כ הוא מוכרח להיות ערב שהרי התחייב מתחלה להיות ערב כל זמן שהחוב קיים נראה שאינו יכול לכופו דנהי דהערב אינו יכול לכוף ללוה להוציאו מ"מ כמו כן אינו יכול הלוה לכוף הערב בע"כ מכאן ואילך ומחמת אפס הפנאי קצרתי דברי זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד תשובת

שאלה יד

תשובה לש"ב הרב כו' מוהר"ר איסר מק"ק מאהלוב:

ואחרי רואי שמעכ"ת החליט לומר דקרוב המסייע פוטר משבועת היסת מק"ו דמחייב שבועת היסת כמבואר מדברי הרמ"א סי' ע"ה והאריך בדבר נ"ל הרבה תשובות בדבר:

א נלפענ"ד דאפילו אם נאמר דחכמים אכשרוהו לקרוב לחייב היסת ע"י הגדתו אין ללמוד מכאן לפטור היסת על ידי קרוב דהא ודאי דבדרבנן לא שייך לומר אפילו משה ואהרן לא מהימנו ואילו הוי ידעינן דלא משקרי מהימנינן להו וכדמשמע נמי מבת רב חסדא דאמרה ידענא בה דחשודה על השבועה אלא דמתורת עדות לא מהימנינן לקרוב ופסול וא"כ ע"כ דחשדינן ליה נמי במשקר כיון שהו' קרובו או שהוא פסול להעיד וכיון שכן י"ל דבשלמא לחייב שבועה שכנגדו א"ש כיון דאין אדם חוטא ולא לו דמה ירוויח זה שיעיד לקרובו על שקר כדי לחיי' את שכנגדו שבוע' כיון שבאמת זה אינו חייב כלל בודאי ישבע ג"כ וא"כ מעדות הקרובי' יש רגלים לדבר שלא על חנם הוא מעיד ולכך יש לחייב הנתבע שבוע' היסת משא"כ לענין לפטור מהיסת ע"י קרוב שפיר חשדינן ליה דמשקר שבאמת קרובו חייב ממון לנתבע ואינו יכול לישבע ע"ז ולכך זה מעיד לו כדי לפוטרו וזה נ"ל ג"כ דה"ט דהחולקין דס"ל דעד המסייע אינו פוטר ולכאורה הך ק"ו דהרא"ש והפוסקי' דכח המוחזק מרובה ק"ו אלימתא הוא אלא דבאמת ס"ל כמ"ש דהתורה לא חייבה רק שבועה עפ"י ע"א משום דחשדא ליה כמשקר וכיון שזה יכול לישבע ולפטור אין לנו לחוש לשקרו אבל לפטור משבועה י"ל דדלמא משקר בעבור הנאת ממון וכה"ג ופוטר זה משבועה שהוא אינו רוצה לישבע על שקר רק משום אשתמוטי או מלוה ישינה וכה"ג הוא כופר וסברא זו נכונה מאד:

ואמנם בסברת החולקים י"ל דס"ל דלענין לחייב שבועה נמי י"ל דמשקר דסביר שזה לא ירצה לישבע אפי' באמת דאח"כ יצטרף הבע"ד עם העד ויפסלנו כסברת הפוסקים סימן ל"ד ולכך ישלם ולא ישבע אע"כ דהאמינתו תורה לענין שבועה וא"כ ה"ה לענין לפטור משבועה משא"כ בדרבנן בקרוב ופסול ל"ש זה דאינם יכולין להצטרף לפוסלו וא"כ בודאי ישבע זה היסת ומדמעיד רגלים לדבר ויש לחייב את זה היסת:

ואמנם לכאור' צ"ע על סברא זו דהרי מקשין דהא הוי ששאאילה"ז גבי שומעין עדותו של זה היום כו' דהא יכול לומר לחייבו שבועה באתי וע"ז מתרצין דאין זה חיוב כלל דמה בכך שהיית מחייבו כיון ששקר בימינך היה בודאי זה נשבע ולפי מ"ש אכתי תיקשי דיכול לומר סבור הייתי שיפשר עצמו שהיה מתירא לישבע פן יצטרפו הבעה"ב והעד ויפסלהו ויש לדחות או י"ל דסברת הפוסקים הוא מדחזינן שהאמינה תורה ע"א אפי' במקום שזה שכנגדו הוי מחויב שבועה ואיל"מ א"כ ע"כ דהאמינתו תורה לענין שבועה משא"כ בדרבנן כ"ע מודו דקרוב מהני לחיוב ולא לפטור:

ב דבקרוב נמי שייך אין אדם מעיז שאין הקרוב מעיז כיון שזה מכיר בשקרו כו' אין נ"ל דא"כ ל"ל להגמרא למימר טעמא בהיסת משום דחזקה אין אדם תובע כו' נימא משום חזקה אין אדם מעיז ואי משום דשכנגדו נמי אינו מעיז אשתמוטי כו' ומ"ש דחזקה דאין אדם תובע היינו חזקה דאינו מעיז להנתבע אם אין מגיע לו אין נ"ל אלא דחזקה דאין אדם תובע היינו חזקת כשרות דודאי לא יעבור על בל תגזול ואע"ג דגם ללוה יש חזקה זו מ"מ מחייבינן ליה שבועה מחמת זו רק דפריך דהא ללוה איכא חזקה דאין אדם מעיז וההוא חזקה אלימתא לפטורי משבועה ואהא משני אשתמוטי הוא דמשתמיט כו' וא"כ למסקנא ליכא גבי לוה חזקת כשרות כלל דאמרינן אשתמוטי ולכך כופר ולפי"ז ההיא קרוב נמי דמסייע ליה משקר שיפטור זה משבועה כדי שיוכל להשמט ובשלמ' בעד כשר שאני דאלימא חזקה זו כיון דחזינן דהאמינו התורה אפי' במקום דאמרינן משואיל"מ וכה"ג אלמא דלא חשדינן ליה במשקר כיון דאינו נוגע בדבר משא"כ בקרוב אע"ג דעיקר פסולו אינו משום נגיעה מ"מ אפילו לשבועה לא הכשירתו אלמא די"ל דילמא משקר וכמבואר בדוכתי טובי ואפילו אם נאמר דקרובים גזרת המלך הוא אע"ג דלא משקרי ודלא כמ"ש באו"ת דלר"י דשונא פסול וקי"ל הכי א"כ קרובים נמי חשדינן להו במשקרי דלפי דבריו ודאי א"ש כמ"ש אלא דאפילו נימא דקרובים לא משקרי מ"מ הא ודאי דע"א חשיד דילמא משקר ודווקא בי תרי לא חשידי וע"כ מה שלפעמים האמינתו תורה היינו מגזה"כ משא"כ בע"א והוא קרוב או פסול דאפילו לענין עסק שבועה לא מצינו שהאמינתו ומכ"ש להוציא ממון א"כ ה"נ אין נאמן לפטרו משבועת היסת אע"ג דיכול

לחייב שבועת היסת כמש"ל מילתא בטעמא לחלק ביניהם ג מ"ש ראיה ממ"ש התוס' בריש ב"מ דא"ל ל"ל קרא בע"א כו' לענ"ד אין הדמיון צודק דהא ודאי הא דאמרינן דברי של א' מיחשב כאילו הוא בעצמו טען ברי היינו דווקא היכא שהוא מאמין לזה האומר והוא כברור אצלו שזה גזלו אלא שאינו כשר להעיד לו וכמו רבא בכתובות שדן אפומא דבת ר"ח דקים לי' בגווה דלא משקרא ואבא מרי משום דזה הוי כאילו ברור לדיין עצמו ולכך יכול לחייב לזה היסת בטענתו משא"כ התם בטענו בס' עפ"י העד מיירי אעפ"י שלתובע ג"כ ספק אם יש ממש בדבר או לא אעפ"כ זה חייב שבועה על פיו:

ד מ"ש ראיה מש"ס דב"ב אין נלענ"ד דהא ודאי אע"ג דנימא מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב משום דברי ושמא ברי עדיף עכ"פ בעינן שיהא ברי טוב שהמודה במקצת יהא חייב ש"ד משא"כ במנה לאחר בידך בכה"ג ודאי ל"א ברי ושמא ברי עדיף ואעפ"כ משביעינן ליה היסת לפי דעת תה"ד והמרדכי ואע"ג דהרמב"ם כתב לפטרו אף מהיסת היינו כשאינו לפנינו ומטעם שכתב הש"ך שא"כ כל א' יאמר פלוני הגיד לי וישביע את חבירו היסת ומ"ש דע"כ התה"ד אינו סובר כדעת הר"ן דאל"כ אין לחלק בין נוגע או לא ועפי"ז תמה על הסמ"ע ובאמת אין מחוור לענ"ד דמה ענין נוגע דתה"ד לכאן דהתם כיון שהוא נוגע לומר כן שאל"כ יצטרך לשלם שפיר מקרי נוגע משא"כ כשטוען אמר לי אבא וכה"ג מה נגיעה היא זו וכיון שאביו אמר לו בברי שחייב לו ול"ש משטה ולא להשביע ועתה ירש חוב זה מאביו והוי כאילו בא בהרשאה מהמלוה שיתבענו ולכך ס"ל להרי"ף לחייב היסת אבל התם מה ששמעון אומר שנתן ללוי אנן סהדי דאין זה ברי טוב כ"כ בעיני ראובן דשמא הטמין המעות לעצמו והב"ד בודאי מסתפקין שמא שקר הוא דובר על לוי אבל בכאן מה לי הוא מה לי אביו שהיה טוען טענת ברי:

ואמנם צ"ע דעת רמ"א שהביא דברי התה"ד דדווקא שאין נוגע בעדות והיינו לפי מאי שפירש הש"ך בשם התה"ד והרי בסי' קכ"א ס"ח סתם כדברי הטור והמחבר שהלוה או הנפקד נשבע שבועת היסת מטעם שהשליח מסייע למלוה ועיין בבאר הגולה ועיינתי בטור וב"י סימן קכ"א ע"ש בב"י שביאר להדיא אעפ"י שהשליח נוגע צריך זה לישבע היסת דהוי כאילו אמר לו ע"א אמר לי נטלת ממוני וע"ש שהביא כן בשם הבעה"ת ג"כ בשם הראב"ד ועיין בטור סימן ע"ה שכתב שהראב"ד חולק בטענו אמר לי אבא והודה מקצת וס"ל דהוי טענת ברי ושוב אח"כ כתב בשם הראב"ד דאם אין העד לפנינו אין להשביעו וע"ש ברמב"ם ג"כ מה שהקשה הלח"מ על הר"ן שכתב שהראב"ד פוסק כחכמים ולענ"ד לדעת הר"ן מה שמשיג בפ"א מהלכות טוען אין כוונתו להשיג בעיקר הדין דבאמת מודה דפטור רק דמשיג אמה שהרמב"ם קורא לטענה זו טענת ספק וא"כ

לפי דעת הר"ן א"צ לומר דהראב"ד מחלק כמ"ש הש"ך בין אמר לי אבא לאחר כיון דהראב"ד באמת פוסק כחכמים דאפילו באמר לי אבא לאו טענת ברי מקרי ועיין בד"מ סימן קכ"א סק"ב שכתב בשם ת"ה דדוקא כשהעד לפנינו וצ"ע מזה על הש"ך סימן ע"ה שכתב דרמ"א אליבא דת"ה דעתו אף שאינו לפנינו וגם מ"ש להקשות דהאיך כתב רמ"א ודווקא שאינו נוגע הלא הטור כתב בסי' קכ"א דהלוה או הנפקד נשבעין ועיינתי דלק"מ דמבואר בש"ך סי' קכ"א בשם ת"ה ובסימן ע"ה בשמו וכן במרדכי דכיון דידעינן ודאי דממונו בא לידו מצרפינן טענת השליח ולכך לא איכפת לן אפילו נוגע משא"כ היכא שאין ודאי שממונו בא לידו ולכך אין כח לראובן להשביע ללוי:

ולכאורה מוכח דאין קרוב פוטר שהרי הרמב"ם פרק כ"ד מהלכות אישות כתב דעפ"י דברי אחר א"י להשביעה ומשמע דאפילו היסת א"י להשביעה לדעתו דמחייב היסת בטענו בס' עפ"י ע"א והא דפטור משבועת המשנה כדין ע"א מעיד שפרוע כתב הכ"מ שם שלא תיקנו אלא בטוען ברי וע"א מסייעו ובאמת שהב"ש מקשה בסימן קט"ו ס"ק ל"ב על הרמ"א דלמה סתם ולא פירש שיכול להשביעה על פי אחר ובודאי דכוונת הב"ש להקשות דמדוע לא כתב דצריך היסת דאם כוונתו על שבועת המשנה וס"ל אליבא דהרמב"ם דבטענו בס' עפ"י העד אין מחייבו שבועת התורה א"כ אהמחבר הו"ל לאקשויי שהוא פסק דמחויב שבועת התורה ועוד דהב"י כתב בח"מ בשם הרמב"ם לחייבו ואע"ג שאינו מוכרח כמ"ש הלח"מ פ"ג מטוען ועיין בלח"מ פ"ד מהלכות גזילה שהשיג על ה"ה וכתב כדברי הכ"מ וכאן חזר בו וצ"ל דאשבועות המשנה ל"ק ליה דס"ל כתי' הכ"מ דלא תיקנו בשמא רק אהיסת ק"ל ובאמת לק"מ דאין היסת קודם פרעון וכמ"ש הש"ך סימן ע"ח ושוב מצאתי באו"ת סי' שהשיג על הב"ש בזה רק מ"ש דהב"ש מפרש דאותו אחר היינו קרוב או פסול אין נ"ל כן בדברי הב"ש ובלא"ה אפשר לתרץ עפ"י המבואר בסימן פ"ז ס"ק נ"ז ע"ש שהש"ך מביא ראיה מרמב"ם הנ"ל ובאמת ליתא דשבועת המשנה לישבע וליטול גם מהרא"י מודה ואפילו רב לא קאמר אלא דהיסת לא ניתקנה ע"ז משא"כ שבועת המשנה כשבא ליטול ועיין באו"ת שם שכ"כ וא"כ שפיר עביד רמ"א שלא הגי' שצריך היסת משום דבכה"ג אין להשביע היסת דמש"ל וכן האו"ת דאין להשביע היסת קודם הפרעון הרי מצינו דעת הי"א בסימן צ"א דהפועלים נשבעים היסת ובאמת שהש"ך מקשה שם דברי המחבר אהדדי מסימן קכ"א ונ"ל דלכאורה י"ל לפי מ"ש הש"ך סימן צ"א בסברא דחזקה שליח עושה שליחותו ועיין באו"ת שכתב דר"י בן פלאט ס"ל כר"ש בתוס' עירובין וה"נ איכא איסור גזל ע"ש עוד מ"ש ע"ז ולענ"ד דודאי לא חשדינן ליה בגזלן רק משום מלוה ישינה עיין בפ"י בקידושין רק דהכא איכא

לאו דבל תלין ושייך שפיר חזקה זו וא"כ אין לו מיגו דאהדרינהו לבעה"ב דא"י להעיז לכך אומר שנתן לפועלים דמסייע ליה חזקה והוי נוגע גמור ולכך לא ישבעו הפועלים רק היסת משא"כ בסימן קכ"א ויש מקום להיפך הנה הא דאמרינן מיגו ול"א שמא ע"ז אין לו מ"י ז"א כיון דתורת עדים עליהם מחמת מיגו שוב ל"א שמא נוגעים הם דאל"כ בכל עדות ניחוש שמא נוגעים הם וזה דווקא כשניתן עליהם תורת עדים משא"כ לאחר התקנה ומטעם מיגו לבד שפיר אמרינן שמא נוגעים הם וא"כ אין טענתו בזה טענת ברי כלל ולכך שפיר פ' התה"ד דאין יכול להשביע ללוי ע"פ שמעון ועדיין צ"ע דבאמת אין זה סברא שבשביל מ"י שיש לשליח עליו אומר שנתן אע"פ שלא נתן ומה יפעל שהרי זה ישבע באמת ויפטור מן ראובן או יקח ממנו. והנה לכאורה י"ל דבחנווני ל"ש עושה שליחותו כיון שצריך ליתן בעד הסלע מעות ואפשר שאין לו וכה"ג כ' התוס' והר"ן בגיטין דהיכא דהוא ביד אחרים ל"ש חזקה דעושה שליחותו:

תשובת

שאלה טו

שלום רב לאור נערב ה"ה אהו' ידידי חתן גיסי הרב כ"ש מוהר"ר מאיר נ"י:

בדבר הספק שנסתפק כ"ת בשליש המוכחש מבע"ד שאומר שהפקיד בידו והשליש אומר שעשאו שליש למסור לזה ויש לו מיגו דלהד"ם או לקוח או החזרתי אלא שהשליש צריך לישבע היסת כיון שגם הטענה שהי' יכול לטעון הי' צריך לישבע והשליש אומר כדברי כן הוא שניתן לידי ליתן לפלוני וכשיפסקו הב"ד ליתן לו אתן אבל לא אשבע נגד הבע"ד ולא יציית דינא. אם נאמר דכיון שלא נשבע אין אמירתו כלום או שמא כיון דבשבועות היסת אין יורדין לנכסיו וא"כ אם הי' טוען לקוח לא היו יורדין לנכסיו א"כ גם מה שאומר של פלוני מהני אף שאינו רוצה לישבע ע"ז או שמא שאני בהיסת דאין רוצה לישבע לא נחתינן לנכסיו משום חזקת ממון משא"כ בטענת של פלוני אין כאן חזקת ממון כיון דבין כך ובין כך תיפוק מרשותי' כמ"ש הש"ך סברא זו בסי' צ"א עכ"ד בקצרה:

ואומר אני שלענ"ד הדבר ברור שאין משגיחין בזה שהשליש אינו רוצה לישבע דהרי אין נאמנות שלו מחמת שבועתו כלל רק מחמת שבידו ליתן לו ולזה התובע הי' משיב להד"ם או שאר טענות שהי' נאמן בהם וכיון דמחמת שבידו אתינן עלה א"כ מה"ת לעכב זכותו של זה בשביל שזה אינו רוצה להיות ציית דינא עם התובע לישבע על תביעתו והגע עצמך אם אמר על כלי זה של פלוני בענין שהי' נאמן. ושוב מת או הלך למ"ה פשיטא שאין מעכבין מליתן החפץ לזה ואף שזה התובע צועק חמס ואומר שהשליש

שקר הוא דובר לא איכפת לן בהכי. וכן בההיא דסי' מ"ז וסי' ס"ב וסי' צ"ט וסי' רך"ב דאמרינן דמהימן משום שבידו ליתן לפלוני לא איכפת לן אם זה רוצה לישבע או לא רק היכא דלית לי' מיגו ורוצה להיות כע"א לא מהני אף כשרוצה לישבע מטעם ע"א הצריך שבועה כמ"ש הש"ך סי' נ"ו והגהות אשר"י בריש ב"מ הביאו הש"ך סי' רכ"ב:

ואמנם הש"ך הביא דברי המעדני מלך שהקשה על הג"א בזה דאין כאן מקום חיוב שבועה שאם מודה שהמוכר נתן לו א"כ האיך ישביעוהו כיון שהודה שנתן לו ואם שיטעון שנתן לחבירו הרי הודה שלא משך כו'. והש"ך כ' די"ל דמיירי שטוען שמשך והניחו אצל המוכר כו' אלא נראה דהרא"ש והפוסקים לא מיירי מדין שבועה כו' ע"ש. ולענ"ד דברי הש"ך בזה תמוהי' דאם בכה"ג מיירי פשיטא דאין כאן חיוב שבועה על המוכר דכיון שטוען שכבר קנה הטלית א"כ לו יהא שהמוכר נעשה גזלן על החפץ ונתנו לזה כיון דא"א לאהדורי' שהרי זה השני כבר זכה בדין א"כ פשיטא דאין המוכר מחויב שבועה שהרי החפץ כבר א"א ליתן לו והוי כמו שרפו או השליכו לים רק דמים אית לי' עליו והרי הדמי' רוצה ליתן לו כיון שאין כאן הכחשה בדמי' כלל ואע"ג שכ' בע"ה הביאו בח"מ סי' ר"ט במוכר לחבירו ונמצא שאינו שלו חייב להעמיד לו מקחו כבר כתב הב"י בסי' רי"א דלדעת הרמב"ם מיירי בפוסק על השער שבשוק ולענין שאם חוזר מקבל מי שפרע ולהמרדכי שם בשם ר"נ מיירי שקנו מידו וס"ל דמקנה דבר שא"ש ע"ש (ועיין בריש פ"ק ממסכת תרומות שהביא הירושלמי וכתב דלא משמע כן בב"מ וכ' לחלק בין קרקע למטלטלים וצ"ע על הפוסקים שלא הביאו דבריו) אבל כאן שכבר קנה בקנין והחפץ ברשותו עומד א"כ אין לו עליו רק טענת גזילה וכיון שא"א להחזיר גוף החפץ אין כאן רק תביעת דמי שיווי החפץ כשעת הגזילה והרי הוא מחזיר לו הדמים וא"ל דמיירי שנתייקר החפץ ז"א דהכא ע"כ לא מיירי בנתייקר דאל"כ קשה דלא שייך הצריכותא משום דמורי כו' אנא נמי דמי קיהיבנא כיון דבנתייקר מיירי וכמ"ש מהרש"ל ומהרש"א ושאר מפרשים גבי הא דמוקי לדמי ע"ש. ולכך נלענ"ד בדעת הג"א דהתם קאי אמ"ש הרא"ש בשם ר"ת לפרש קו' הש"ס ונחזי זוזי ממאן נקט שנשאל למוכר ויהי' נאמן כע"א כו' והיינו בדנקט זוזי מחד וס"ל דע"כ מיירי ג"כ שהם מכחישים מי נתן המעות דאם מיירי שהם מודי' להמוכר מי נתן המעות רק שמחולקים למי נתרצה א"כ הו"ל לאקשויי ונחזי זוזי מאן יהיב שהרי טפי יש לחתוך הדין ע"פ של הלוקחים בעצמם ומהאי טעמא דלא נקיט האי לישנא (מפירש ר"י). ועוד דאם בסך המעות מודים הלוקחים מי נתן א"כ עיקר סמיכת הדיבור על המוכר למי נתרצה והרי בזה לא מהני אמירתו אם אומר שנתרצה לשני ואע"פ שאין ידוע אלא ע"פ המוכר מ"מ לא מהני כמבואר ברא"ש וטור

וע"כ דמיירי שבאמת כ"א אומר שהוא נתן המעות ונתרצה לו רק שהמוכר יהי' נאמן אם יסייע לא' מהם כ"א וע"ז כ' שפיר בהג"א דהאידנא דתיקנו היסת אינו נאמן כ"א כיון שזה תובעו תן לי מקחי שקניתי ממך. ואם הי' מודה שממנו קיבל אע"ג דא"א לאהדורי גוף החפץ כיון שכבר נתנו לחבירו והעיד בב"ד שמכרו לו הי' מחויב לשלם עכ"פ הדמי' א"כ השתא שהוא מכחישו מחייב לישבע היסת והוי עד הצריך שבועה משא"כ היכא דנקיט זוזי מתרווייהו שאז הוא רוצה להחזיר לו הדמי' רק שהוא רוצה גוף החפץ וכיון שבאמירתו זכה חבירו וא"א להוציא מידו שוב אין לו עליו חיוב שבועה כלל דלא גרע מגזלן שמכר החפץ לאחר אין לו עליו אלא הדמים בלבד:

ובזה א"ש דברי הרא"ש והפוסקים שכתבו הך דינא שהמוכר בע"א ונדחק הש"ך לומר דמיירי כשפטרו משבועה וכה"ג והוא דוחק גדול. אבל לפי מ"ש א"ש שמבואר למעיין בראש"ש שלא כ' דהיכא דידוע ע"פ המוכר הוי כע"א רק בנקט מתרווייהו אבל בחד משמע מדבריו דלא מהימן שהרי כ' וז"ל כללא דמלתא כו' ואם אין ידוע אלא ע"פ המוכר אי נקט מתרווייהו ומקחו בידו נאמן כו' ואי אין מקחו בידו אי נקט זוזי מחד בעדי' או בדיבו' הלוקחי' זוכה במקח ואי נקט מתרווייהו כו' אלא חשיב כע"א עכ"ל הרי דמדייק בנקט מחד וידוע בעדים כו' ולא ביאר היכי דנקט מחד ואין מקחו בידו ואין ידוע כ"א ע"פ המוכר דמחשיב כע"א אלא ודאי דבכה"ג לא מחשיב כעד כיון שהוא צריך שבועה על המעות ודוקא במקחו בידו וידוע על פיו נאמן לומר שנתרצה לזה שנתן המעות כיון שיש לו מיגו ואין זה מתורת עדות משא"כ באין מקחו בידו אז דוקא אם ידוע בעדי' או בדיבור הלוקחים מי נתן המעות זוכה במקח אבל כשאין ידוע אלא ע"פ המוכר סתם הדברים משום דעכ"פ אין זוכה במקח על פיו כיון שאין לו מיגו ואם הוא כע"א זה תלוי באם לא פטרו משבועה אפילו כע"א לא הוי ואי פטרו משבועה הוי כע"א ולכך השמיט הדין היוצא מקו' הש"ס דפריך ונחזי כו' דמשמע דבכה"ג שאין מקחו בידו והוא ידוע ע"פ המוכר הוי עד המסייע משום דלדידן דתיקון היסת אינו עד אם לא כשפטרו משבועה או בלקחו החפץ מעצמם בלא ידיעת המוכר. ובלשון הטור סי' רכ"ב צ"ע שכ' לפיכך אם קיבל המעות מא' וידוע ממי קבלם ל"ש ע"פ עדים כו' או ע"פ המוכר בעצמו הוא זוכה במקח כו' אפילו אם מקחו בידו וכ"ש אם אינו בידו כו':

ולכאורה ז"א דבהך גוונא שידוע רק ע"פ המוכר ואין מקחו בידו מה"ת יזכה זה במקח כיון שהשני מכחישו ואומר שהוא נתן המעות ואפי' תימא דחשיב כע"א מ"מ אינו נאמן לגמרי שיזכה זה וע"כ לומר דהך וכ"ש כשאין מקחו בידו לא קאי אהיכא שידוע ע"פ עדי' או לוקחין כמ"ש שכן מבואר להדיא מדברי הרא"ש וכ"כ בפסקי הרא"ש וא"כ

לפ"ז מצינן למימר דכה"ג שאין ידוע רק ע"פ המוכר אפילו ע"א לא הוי כיון שצריך שבועה שהרי זה מכחישו וזה ברור לענ"ד. איברא שלענ"ד צ"ע מ"ש בהג"א בפשיטות דבכה"ג הוי עד הצריך שבועה דמנ"ל הא דאע"ג דכתבו התוס' בסוגיא דקידושין גבי הן הן שלוחיו דעד הצריך שבועה אינו עד נראה דהיינו דוקא כגון התם שי"ל שהן נוגעים ואע"ג דאית ליה מיגו אמרינן דאי יאמרו אהדרינהו ללוה יצטרכו לישבע אע"ג דהשתא נמי משתבע מ"מ מה שנאמן בעדותו אינו רק מחמת שנשבע וכל שצריך שבועה להיות נאמן בעדותו אינו כלום אבל בכאן מה"ת יפסול המוכר מלהיות עד שחפץ זה של פלוני הוא ואע"פ שצריך לישבע מפני שזה תובעו המעות שנתן לו מ"מ אין זה בכלל עד הצריך שבועה וטפי יש לדמות דין זה להא דאיתא בסי' נ"ז סעיף י"ו ראובן שמכר לשמעון פרה וטלית שלא באחריות ובא יהודה וערער כו' יכול ראובן להעיד לו ועיין בסמ"ע מ"ש הטעם אף בטוען שראובן גזלה כו' דיכול לומר אני קניתי מאחר והכא לא שייך בלא"ה דלקריה גזלנא כיון שהלוקח השני מכיר בה שהוא של המוכר דהא משמע דהכא מיירי שכ"א טוען ברי שהוא זכה בה קודם בבית המוכר וחבירו הוא התופס בחנם וע"ש בטור בשם הרמב"ן שכ' היכא שזה מערער שלי הוא והמוכר מעיד אני מכרתי לו ואינו שלך ולכאורה להא דמי. והנה בסוגיא דריש ב"מ שם גרס רש"י ולא ידעינן דבזו אפי' ידע המוכר אינו נאמן משהלכו מלפניו והקדמונים תמהו בזה על רש"י דמה נשתנה זה מכל ע"א דעלמא שהוא פוטר משבועה ומחייב לשכנגדו שבועה דאורייתא. ולענ"ד י"ל דלכאורה אין המוכר יכול להיות ע"א דהוה עד הצריך שבועה וכמ"ש בהג"א וא"כ קשה על התוס' שכ' דקושית הש"ס הוא שיהא המוכר כע"א. אך י"ל דהג"א כ' האידנא דתיקנו שבועת היסת וקושית הש"ס על המשנה דאכתי שבועת היסת לא הוי. ולפי זה י"ל דרש"י לשיטתו בב"ק דכל כופר בפקדון צריך לישבע אף בכופר הכל אפילו שבועה דאורייתא דכיון דלא עשה לו טובה א"כ שפיר הוי עד הצריך שבועה ולכך לא מהימן כלל משהלכו לפניו רק במקחו בידו נאמן מטעם מיגו ולא מתורת עדות ודוק:

אך דלפי"ז קשה גם בנקט זוזי מחד אמאי מהימן דהא לשיטת רש"י צריך שבועה ונהי דמדכר דכיר מ"מ לא הוי אפי' כע"א וא"כ נהי שנאמר דגם לשיטת רש"י אינו נאמן רק כע"א מ"מ הא ע"א נמי לא הוי ומכ"ש לפי מאי דמשמע מרש"י דבנקט מחד מהימן לגמרי פשיטא תיקשי וכבר תמה הרא"ש וכל המפרשים דלמה יהי' נאמן יותר מע"א דעלמא: ונלענ"ד ליישב ע"פ מה דאמרינן לקמן וביבמות דבבגדים חיישינן לשאלה וא"כ הוי הך טלית בכלל דברי' העשוין להשאיל ולהשכיר דקי"ל היכא דאיכא עדים ומערער שהחפץ שלו וגם ראה מוציאין מיד המוחזק וא"כ י"ל דאף אם אין מקחו בידו מ"מ שפיר מהימן

במגו דאי בעי הוה אמר השאלתיו לך והיה מוציא מידם מהימן נמי לומר דחד מינייהו הוא וא"ל דאכתי מנ"ל להקשות דלמא מיירי דליכא עדים שהוא של מוכר וא"כ אינו נאמן להוציא בטענת שאולים לפי שזה יש לו מיגו דלהד"ם י"ל דז"א דנהי דהשתא לא מהני הלוקח השני להעיד שהוא של מוכר לפי שהוא נוגע שהוא רוצה להעמיד החפץ ביד מוכר שמכרו לו מ"מ כיון דעכ"פ קודם שהם באים לב"ד לטעון הי' זה כשר להעיד שחפץ זה הוא של המוכר א"כ שפיר מוציא המוכר בטענת שאולים שאין זה נאמן במיגו דלהד"ם דמרתת לטעון להד"ם כיון שחבירו יכול להיות ע"א שהוא של מוכר ומיגו במקום ע"א לא אמרינן וא"כ כיון שהמוכר יכול להוציא מידו בטענת שאולים הוי כמקחו בידו ונאמן המוכר במיגו זו לומר דחד מינייהו הוא וא"ל דהוי מיגו להוציא ז"א כיון שנאמן מחמת שהוא בידו לעשות כן ליטול מידם וליתן לזה בכה"ג אמרינן מיגו אף להוציא כמבואר בפוסקים ועוד דעכ"פ על החצי השני שזה מוחזק שפיר מהני סיוע דמוכר שלא יצטרך לישבע ולא שייך בזה עד הצריך שבועה שאין נאמנותו מטעם עדות רק מחמת מיגו:

וראיתי באו"ת סימן קל"ח שהקשה לפי מ"ש הרא"ש הטעם במנה שלישית לפי שהיה ידוע למפקיד מקודם דשל חד מינייהו הוא א"כ האיך פסק בסימן רכ"ב במקחו בידו ונקט מתרווייהו ולא ידע יש חולקין דהא ידוע למוכר מקודם דשל א' הוא וא"כ אע"פ שעכשיו אינו יודע למפקיד דמי ודינא שיהא מונח. ונלענ"ד לבאר ויבואר ג"כ לשיטת הרא"ש דברי הש"ס לקמן אא"ב רבנן התם דודאי האי מנה דחד מנייהו כו' שהקשה הרשב"א הביאו בש"מ דהא בהאי טעמא גופא לרבי יוסי נמי ניחא ומה חידש בזה אליבא דרבי יוסי ומה שתירץ שם דהמקשה סובר דבשלמא לרבנן הא דאמרי יהא מונח אין הטעם משום קנס רק משום שאין החלוק' אמת א"כ כאן דהחלוקה יכולה להיות אמת פסקינן יחלוקו משא"כ אליבא דר"י כו' ע"ש. לכאורה ז"א לשיטת הרא"ש דמשמע מדבריו דגם במנה שלישית החלוקה יכולה להיות אמת כמו בטלית כשאומר ארגתי ולא ס"ל סברת התוספ' שאין דרך שיקנה לו החצי (וגם לפי תירץ הרשב"א יש לדקדק בלשון הש"ס דבסברת המקשה נקט הכא דאיכא למימר דתרווייהו הוא אמרי רבנן פלגי כו' ולא ביאר מאיזה טעם י"ל דתרווייהו הוא רק אח"כ כשתירץ לר' יוסי פירש דבריו אימר בהדדי אגבהו):

אמנם לשיטת הרא"ש נראה דהכל ניחא דהמקשן קאמר אלא מאי רבנן כו' משום דס"ל שהנפקד מוחזק מכח שניהם וא"כ דמי לאוחזין דמתני' שביאר הרא"ש הטעם דכיון ששניהם באים מוחזקים לפנינו בגוף הטלית צריך לפסוק דין חלוקה משום שאין לנו

להפקיע חזקתו של זה ולומר שיהא מונח וא"כ גם גבי נפקד נימא הכי והשיב לו הש"ס האי מאי כו' וכוונת הש"ס בזה כסברת הרא"ש דבשלמא היכא שאנו יכולים לומר שבשעה שהחזיקו שניהם בטלית זה כדין החזיקו שניהם בה וא"כ כיון שגם עתה שניהם מוחזקים לפנינו בטלית זה אין לנו להפקיע חזקת כ"א ואמרינן יחלוקו וא"ל שבזה מפקיעין זכות של א' מהם שהיתה שלו ז"א דאמרי' כמו שהם עכשיו מוחזקין לפנינו אין זכות לזה בה יותר מזה כן הי' מאז שהחזיקו בה ואף ע"פ שאפשר שהיתה פעם א' של אחד מהם לבד מ"מ אין בפסק ב"ד זה הפקעת זכות דאין לדיין אלא מה שעיניו רואות והרי לפנינו חזקת שניהם שוה ואין אתנו יודע שהיתה פ"א בחזקת הא' משא"כ היכא שע"כ היתה כבר בחזקת הא' בודאי אע"פ שאפשר שעתה גם לזה יש חלק בה מ"מ לא שייך למיזל בתר חזקה דהשתא לפסוק חלוקה שהרי יש כאן הפקעת זכות בודאי לא' מהם שהיתה שלו קודם ואזלינן בתר חזקה דמעיקרא דודאי דחד מינייהו גם עכשיו כמו שהיה מקודם ואם נפסוק חלוקה הרי אנו נוטלין מזה ונותנין לזה הלכך דינא שיהא מונח והיינו דקאמר התם ודאי האי מנה דחד מנייהו הוא ר"ל שע"כ היתה של אחד מהם ומידו היתה זאת ליד הנפקד הלכך לא מהני מה שהוא תופס בחזקת שניהם היכא דאיכא למימר דתרווייהו הוא ר"ל כיון שאין לנו זמן מוגבל לומר שבודאי היתה של אחד מהם לבד שהרי יוכל להיות שמשעה שהחזיקו בה היו שותפים בה דאפשר דא' הגביה גם לדעת חבירו וכה"ג וא"כ אין לנו להפקיע חזקת כ"א שהוא מוחזק לפנינו משא"כ לרבי יוסי ולדידיה צ"ל דהכא ליכא רמאי דבהדדי אגביהו נקטינן מיהא דעיקר סברת הרא"ש בזה מ"ש דכל שידוע לנפקד קודם שהוא של אחד יהא מונח היינו מטעם שכתבתי דבכה"ג אין כח ביד ב"ד לפסוק חלוקה דאז בע"כ נפקיע חזקת ממון של אחד שבודאי היה מוחזק בה מקודם ובכה"ג אזלינן בתר חזקה דמעיקרא ואמרינן דחד מינייהו ויהא מונח ואע"ג דלפום חזקה דהשתא שניהם מוחזקין דהנפקד כיד שניהם הוא אנן בתר חזקה דמעיקרא אזלינן משא"כ בטלית וכה"ג כיון דליכא חזקה דמעיקרא אזלינן בתר חזקה דהשתא ואמרינן שמא מעיקרא נמי הכי הוה והשתא א"ש מה שהקשה האו"ת בנקט זוזי ומקחו בידו נימא יהא מונח ולענ"ד לק"מ דהא התם שעדיין מקחו בידו א"כ אכתי משיכה לא הוה רק שהמוכר אומר שאינו רוצה לשנות דבורו והוא רוצה למכרו למי שנתרצה בשעת קבלת המעות אלא שאינו יודע למי נתרצה א"כ לא שייך לומר שהי' ידוע למוכר שהוא של א' ואין יכולים להפקיע חזקתו דז"א דדוקא במנה דודאי דחד לא מפקיעין חזקתו משא"כ בזה כיון דבמעות לא קנה ועד שעת משיכה אינו בחזקת שום א' שיהא נופל בו לומר שלא נפקיע מחזקתו וכיון שעדיין לא משך שום אחד ועכשיו

מוחזקין בשוה דיד המוכר כיד שניהם פשיטא שאין לדון בזה יהא מונח רק חלוקה עדיפא כמו באוחזין. וזה ברור לפענ"ד:

ונחזור למ"ש לתרץ דברי רש"י דאף דהמוכר לא מהימן משום ע"א מ"מ נאמן משום מיגו ואם כינים אנחנו בדברינו אלה לשיטת רש"י יש בזה לפשוט ספיקו דכ"ת שאם נאמר דהיכא דהשליש אית ליה מיגו אעפ"כ אם אינו רוצה לישבע נגדו מי שכנגדו שאומר שלא עשאו שליש אין רשאי ליתן לזה מחמת המיגו של השליש א"כ גם בכאן תיקשי לשיטת רש"י מאי פריך ולחזי זוזי ממאן נקט דהא שפיר י"ל דנקט זוזי מחד ואפ"ה לא מהימן אפי' כע"א כיון דחייב שבועה ואי משום שהמוכר נאמן במיגו דשאולים נימא דמיירי דהמוכר אומר שאין רצונו לישבע ע"ז ואז לא מהני המיגו אלא ע"כ דז"א דכל שנאמנותו מטעם מיגו לא איכפת לן כלל אם יחוש לתביעת התובע לישבע כנגדו או לא שעתה אין אנו דנין בין הבע"ד בדין ודברים שיש להם זע"ז ולא על מה שיש לא' מהם נגד השליש שהוא לעזר לשכנגדו לכן נראה לפענ"ד דרוב הדינין האמורים בענין תביעת הבע"ד והשליש נאמן משניהם היינו בין הבעלי דינין שזה אומר כך וזה אומר כך והם מדיינים זה נגד זה אבל לא מיירי כשהב"ד פוסקים ע"פ השליש ליתן לזה וזה תובע לשליש. ולכן צ"ע לענ"ד במ"ש הש"ך בח"מ סימן נ"ו להשיג על אא"ז מהרש"א במה שנראה מדבריו דנאמנות שליש מטעם מגו וע"ש שכתב דאם ראוהו בידה קודם שנפלו החולקים לכ"ע לא הוי מיגו דהוי מיגו למפרע ולענ"ד נראה דודאי כל דיני שליש שבסימן זה איירינן לענין התביעה שתובע המלוה ללוה אם הלוה נפטר ע"י אמירת השליש שהיא פרוע אבל מ"מ אם המלוה תובע אח"כ השליש ואומר שהחזיר שלא כדין פשיטא דהשליש מחויב לישבע שהאמת אתו והחזירו כדין דאל"כ מאי מיגו איכא דאי בעי קליי' דהא אי הוה קליי' היה המלוה תובעו לשלם לו מדיני דגרמי כדקי"ל השורף שטרותיו של חבירו חייב וכן אי הוה מצנע ליה היה תובעו שיחזירנו לו וחייב היסת כמבואר ס"ס ס"ו וכן בסימן י"ו בטוען שטר שיש לי בידך לי בו זכות כו' ע"ש ובסמ"ע וא"כ השתא נמי כשאומר השליש פרוע ומחזיר השטר ללוה שפיר המלוה יכול לתובעו שהחזיר שלא כדין ללוה ומחויב לשלם מדינא דגרמי כדין שורף וכ"כ הש"ך סימן נ"ה ס"ק ד' בשם שו"ת מ"ב סימן פ"ה אלא דמ"מ נאמן לענין שאין המלוה יכול להוציאו מהלוה דע"ז שלא יוכל להוציא מהלוה שפיר אית ליה מיגו דאי בעי מצנע ליה או קליה:

ומ"ש המרדכי פ' החובל בשליש שאמר פרוע ושרף השטר והמלוה כופר השליש נאמן והביאו בד"מ ובסמ"ע ס"ק י"א בקצרה ושם משמע דמיירי שהמלוה תובע השליש מ"מ פשיט לפענ"ד דהתם נמי ר"ל דמהימן בשבועה דהא קאמר דהא דאי בעי מהימן היינו

אפי' הפקיד בעדים ומשום מיגו דההחזרתי והרי בהחזרתי ודאי הי' צריך לישבע אלא דהוי ס"ד דאפי' שבועה לא מהני דדמי להא דאתה אמרת לי לקצצן דפריך כל כמיניה וע"ז כתב דלא דמי דהתם יש עדים שקצצן וליכא מיגו:

ולענ"ד דבריו תמוהים דהא אפי' אי הוה מיירי התם באיכא מיגו כגון שקצץ בלא עדים וכמ"ש לעיל מיניה בתשובו' מהר"מ מ"מ התם מטעמא דאנן סהדי שאין דרך ליתן רשות לקצץ נטיעות משא"כ כאן שהשליש אומר שהלוה פרע ולכך צוה המלוה לשורפו ולמה לא יהיה נאמן אלא שעכ"פ צריך שבועה ולפ"ז מ"ש הש"ך דבקודם שנפלו החילוקים הוה מיגו למפרע ז"א דמה בכך שראו הב"ד פ"א בידו לא מיבעיא אם לא אמר אז ולא מידי דמה בכך שהב"ד יודעין שזה מונח ת"י שטר אטו משום הא הוא דבר שאי אפשר להיות שנפרע מהלוה ויחזירנו לו שהרי ע"ד כן הושלש בידו מעיקרא. אלא אפי' אם החזיק אז לשטר מעליא בשעה שראו הב"ד מ"מ מאי עדיפותא דב"ד מאילו הושלש מעיקרא בעדי' דודאי היה שטר מעליא בעת הפקדון ומ"מ יכול הוא לומר פרוע מיגו דאי בעי קליי' או שהיה מחזירו ללוה וה"נ היה יכול לעשות כן אחר ראיית הב"ד בידו ושפיר מהימן בכל גווני לענין שלא יצטרך הלוה לפרוע למלוה ולענין תביעת המלוה לשליש נאמן בשבועה:

וא"כ אם ראוהו ב"ד בידו ולא יצא עדיין מתחת ידו ליד הב"ד רק היה אצלו עוד זמן מה עד שנפלו החלוקים פשיטא דאין ראיית הב"ד מעלה או מוריד בזה כלל רק העיקר הוא כבר יצא מתח"י השליש והובא לב"ד לאיזה צורך ונשאר תח"י הב"ד ושוב בא השליש ואמר שהוא פרוע ובהוחזק בב"ד כה"ג שעכ"פ לא חזר ליד השליש שוב אזדא ליה מיגו דיליה ואי משום מיגו שלא הי' מביאו לב"ד הו"ל מיגו למפרע משא"כ אם קודם שהובא לב"ד אמר השליש שהוא פרוע ואח"כ הובא לב"ד או שבשעת הבאה לב"ד תכ"ד אמר שהוא פרוע או שהוחזר לידו מהב"ד ושוב אומר שפרוע שפיר הו"ל מיגו שאין זה מיגו למפרע משא"כ אם הובא לב"ד והיה תחת ידי הב"ד זמן מה ולא אמר ולא מידי א"כ הרי יצא שלישותו מתח"י שוב לא מהימן אם אמר לאחר כ"ד שהוציא השלישות מתח"י וזהו סברת ר"נ אבל רבא ס"ל אע"ג דבעלמא לא אמרינן מיגו למפרע היינו כשיש סתירה להענין שהיה קודם ב"ד כגון אשה שאמרה א"א אני ואחר תכ"ד חזרה ואמרה פנויה אני אף ע"ג דאיכא מיגו דמעצמה אמרה א"א אני הו"ל מיגו למפרע אבל בזה שבשעת שיצא מתח"י ליד הב"ד לא אמר מידי הו"ל כאילו השטר עודנו תח"י ומהני אמירה דידיה ואין זה בכלל מיגו למפרע שבשעת שיצא מתח"י לב"ד עדיין לא נודע לנו מה טיבו ואם היינו רוצין לעשות מעשה לגבות בו היינו צריכין לשאלו ומפיו אנו חיין ואם היה אומר פרוע

היה נאמן משום מיגו נמצא שגם עתה לא נפיק מחזקת השליש להיות נידון אחר פיו והיינו דאמרינן ההיא אתתא דנפיק שטרא מתותיה ידה ר"ל שיצא מתח"י ובא ליד ב"ד אי אמרה ידענא ביה כו' וכך הם דברי הש"ע שהביא לקמן והוציאם מתח"י בב"ד ואמר פרוע הוא אע"פ שהשטר מקוים נאמן שאילו רצה היה שורפו או קורעו ומשמע קצת דאתחזק בב"ד כפירש"י ואפ"ה כתב שהוציאם מתח"י בב"ד משום דכך מתפרש לשון דנפק מתותי ידה ר"ל שבא ליד ב"ד. וזה שכתב הטור ואפי' נראה כבר בב"ד שהוציא השטר מתח"י סתם ושתק עד שנתקיים ועיין ש"ך ס"ק יו"ד שהשיג עליו ולענ"ד מה שכתב עד שנתקיים אין ר"ל שהשליש ידע מזה שהב"ד לוקחין השטרות לצורך קיום רק שהב"ד לקחו השטר לצורך קיום ומ"מ כיון שהוציאם בסתם ושתק שפיר מהני ליה הך מיגו שאם רצה היה שורפו ומ"ש עד שנתקיים היינו שהב"ד לקחוהו כדי לקיימו ואף אם יניח בצ"ע מה שכתב הטור עד שנתקיים וכמ"ש הש"ך מ"מ שפיר כתב הטור שהוציא מתח"י סתם ושתק וי"ל כמ"ש דמטעם זה מועיל המיגו אליבא דרבא:

ולכן מ"ש הש"ך להוכיח מהתוס' שהוכיחו מכאן דמיגו למפרע לא לא אמרינן וכתב דהא רבא ס"ל דהוי מיגו ז"א דגם רבא מודה במיגו למפרע גמור רק בזה ס"ל דכיון שמסרם לב"ד בסתם ושתק לא הוחזר השטר בזה כאילו אמר שהשטר טוב וכיון שאז לא נודע מה טיבו גם עכשיו שהוא ביד ב"ד כאילו עודן ביד שליש דייניין ליה דהוי מהני ליה הך מיגו וה"נ הרי בשעת מסירה לב"ד היה לו מיגו זו והיה נאמן לומר פרוע במיגו זו בזה שמסר בשתיק' לא מבטלינן להימנותא דשליש וע"ד כן מסרו לב"ד שהוא יגיד להם מה טיבו של שטר זה והרי הוא אומר פרוע הוא וגם מ"ש הש"ך ועוד דאם כן מ"מ מאי פריך רבא כו' אי בעי קלתיה (חסר בש"ך תיבת לא אמרינן) ואזלינן בתר אתחזק וכי אתחזק שטרא מעליא הוא כו' נפלאתי דדוקא לשיטת רש"י דמפרש אתחזק הוא מקוים הדבר תלוי בשטרא מעליא דמקוים שטרא מעליא הוא משא"כ אינו מקוים משא"כ להתוס' שמפרשים שראוהו בידה מאי מעליותא דשטר בזה שראו השטר בידה רק העיקר דמחמת דאתחזק היינו שראוהו בידה בטלה מיגו דקלתיה ואין אנו חוששין לדברי השליש שאומר פרוע ודינו כאומר א"י מה טיבו וכמ"ש הש"ך בשם תשובת הרשב"א סימן ס"ה ס"ק דדל נאמנות מהכא לא מרעינן לשטרא (ולהש"ך שם עכ"פ אין מחזירין ללוה ע"ש) שהרי אין ידוע אם שייך למלוה או ללוה ושפיר פריך רבא משובר דכיון שהב"ד ראו השובר ביד שליש ולא ביד הלוה א"כ יש לנו ספק אם מיד המלוה בא ליד השליש שנתנו לידו אם ירצה לפרעו ימסרנו לו או שמא כבר פרעו ונשאר בידו או מיד הלוה בא לו רק שאנו סומכין על דברי השליש שיש לו מיגו שהיה מוסרו ליד הלוה

וכיון שראוהו ב"ד ביד השליש אזדא לה המיגו ודל דברי השליש מהכא והוה כשובר הנמצא ביד שליש ואינו ידוע מה טיבו דלא מהני כמבואר בסימן ס"ה ומ"ש הר"י מוחזק בשובר מעליא לא ידענא במה החזיק להיות שובר מעליא וגם מ"ש והאיך אפשר לו לעשות בענין אחר צ"ע דאטו משום שא"א לו לעשות בענין אחר יהא נאמן בלא מיגו ומה זה ראיה להכשיר השובר וגם דבאמת הי' לו למוסרו ללוה וכמ"ש ג"כ המהרש"א דזהו המיגו שלא היה מראהו לבד רק הי' מוסרו ללוה ור"נ דס"ל דאין זה מיגו א"כ דברי השליש לאו כלום הוא וממילא דאין מציאת השובר ביד שליש מועיל כלל. ומ"ש הש"ך שם לחלוק על הב"י שכתב דא"צ לישבע כיון שאינו אומר שהוא שלו אלא של אחר וע"ז תמה דא"כ לא שבקת חיי כו' לענ"ד דבריו תמוהים דאם יגזול בעדים פשיטא דלא מהני אמירתו שליש אני ובלא עדים ל"ל לעשות קנוניא עם חבירו גם את הכל יקח לעצמו:

אמנם הדבר פשוט כמש"ל דודאי אם זה יתבע לשליש שגזל ממנו יצטרך השליש או להחזיר לו או לישבע שלא גזל רק שבא לידו בתורת שליש רק שעכשיו אנו דנין בין התובע ובין הנתבע על החפץ המושלש וכיון שזה אומר שהחפץ הוא של פלוני יהבינן ליה בלא שבועה ע"פ זה שהחפץ עתה בידו וזה שצועק חמס שהחפץ שזה גזל ממנו חזרה תביעתו על השליש ובאמת צריך לישבע נגדו וכן נראה מדברי הש"ך גופיה דודאי תביעתו להשליש היא תביעה גמורה אך מתשובת מהר"ם דמייתי הש"ך משמע דא"צ השליש לישבע שכתב משום דחזקה שליח עושה שליחותו וחזקה אין אדם חוטא כו'. ולפמ"ש בגזלתני ודאי דמודה דהא לא שייך חזקה שליח כו' ומשום חזקה דאין אדם חוטא כו' נראה דאע"פ כן צריך לישבע דאטו אם טען אחד על חבירו ששרף שטרו והוא כופר נימא חזקה אין אדם חוטא וכן בהחזיר השטר שלא כדין וכמש"ל וכל טענה שאדם טוען על חבירו צריך לישבע אף שלא הגיע לו הנאה כגון נזקין במזיד ודד"ג וכיוצא. ושוב מצאתי בפ"י שכ' בגיטין ושטרות שיכול למסור למי שכותבין על שמו שייך הימניה ובמטלטלין הטעם דאין אדם חוטא כו' וכיון שנאמן לתפוס לעצמו בשבועת היסת כמו כן יכול לתפוס לאחר ומבואר דמשום הך דאין אדם חוטא כו' מהני שיעשה בחפץ כמאמרו אבל מה שנראה מדבריו דמחמת האי טעמא מהני אף בדברים העשוין להשאיל ובא לידו בתורת שאלה ואומר של אחר הוא משום דאין אדם חוטא ז"א דבשביל זה אין להוציא מחזקת מרא קמא ובזה ודאי שייך סברת הש"ך דמי שירצה לעשות קנוניא על דברים העשוין כו' יעשה קנוניא. וא"ל כמ"ש לעיל דמכל מקום בעי שבועה דזה אינו דעל כל פנים מי שירצה לישבע לשקר יכול לעשות דבלא קנוניא זו דינא הוא דמוציאין ממנו ואפשר דגם הפ"י באומר בתור' שאלה דבזה אין יכול לתפוס לעצמו בהיסת אם לא

ע"י שיטמין ויכחיש לגמרי ולפיכך אין יכול לתפוס לחבירו להוציא מחזקת מרא קמא משא"כ לענין טענת נפילה או גזלתני שא"צ להטמין שהרי יוכל לומר מכרת לי אך לא מסתבר וגם לא משמע שם הכי:

והנה כל הענין בדברי הש"ך כתבתי מבחוץ מבלי עיון רק משקול הדעת ולעת הפנאי בל"נ אשובה אראה ביתר דברי הש"ך ובדברי הבאים אחריו לראות היעמדו דברי או לא וכעת סמכתי על כ"ת שבנפה שלו יבור וכתבתי לזכרון דברים כי מילי דסברא אינון:

והנה בפרק ז"ב בסוגיא דההיא אתתא כו' ופירש רש"י דאתחזק בב"ד דכתיבו הנפק והתוספות ומפרשים תמהו בזה דמ"מ שייך מיגו דקלתיה ונראה ע"פ מ"ש הרשב"א בתשובה הובאה בש"ך סימן ס"ה לענין יורשי הנפקד שאומרים מה טיבו אין זה מבטל השטר והוכחתו דאל"כ אמאי לא הימני' ר"נ דל נאמנות מהכא הוי כאומר א"י מה טיבו ע"ש ומה שדחה הש"ך הוא דחוק וחתני הרב המאה"ג מוה' יעקב יהושיע הלוי הורוויץ אמר דאין ראיה מהתם דהתם כשאומר מה טיבו היינו שאינו יודע אם מיד המלוה או מיד הלוה כמבואר שם אף ביורשים הדין כן כמו בנפקד עצמו משא"כ כאן דמיירי שאומרת שיודעת שהמלוה הפקידו אלא שאומרת שהוא פרוע אי לאו משום דמהימנא מה"ת יתבטל השטר וכיון דאתחזק בב"ד ואין לה מיגו שתהיה נאמנת מחמתו מה"ת לבטל השטר והוא נכון:

אלא דלפי"ז קשה דמה בכך דאתחזק שראו הב"ד בידה כמ"ש התוספות כיון שלא אמרה אז שמיד המלוה בא לידה א"כ עדיין היתה נאמנת לומר א"י מה טיבו וא"כ גם פרוע היא נאמנת במיגו דא"י מה טיבו דהא אין כאן מיגו למפרע שהרי גם אחר שראוהו הב"ד בידה יכולה לומר מה טיבו ודוחק לומר דמיירי דאמר' בשעת ראיה בידה שמיד המלוה בא לידה ושוב אחר כך אמרה פרוע הוא. אך אי מיירי דכתב ביה הנפק ואז ודאי מיד המלוה בא דלוה לא מקיים שטרא וא"כ מיד שראוהו ב"ד בידה שוב אין לה מיגו וזה דעת רש"י דס"ל דודאי מיירי שראוהו ב"ד בידה כדאמר ההיא איתתא דנפק שטרא מתותי ידה דלשון זה משמע שראוהו ב"ד ועיין בחידושי הר"ן דמפרש שמסרתו לב"ד רק שרבא הי' סובר דאי בעי קלתי' ויש לה דין שליש דהא הימנה פ"א כמ"ש המפרשים שם וע"ז קאמר ר"נ כיון דאתחזק בב"ד שכתוב בו הנפק ואם כן אין כאן מיגו דאף אם תאמר א"י מה טיבו לא איכפת לן דודאי שטרא מעליא היא ביד המלוה רק שנאמר שיש לה דין שליש כיון דאי בעי קלתי' זה לא אמרינן:

ודאתאן עלה נראה לענ"ד ברור לדינא כמ"ש דמה שאין השליש רוצה לישבע אינו מעכב זכותו כלל וכה"ג בדיין שנאמן לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי דקם דינא ואף ע"פ שזה

יכול לתבוע להדיין שהפסיד מ"מ הזוכה זכה בדינו. וכבר כתבתי שיש להוכיח קצת כן מריש ב"מ דפריך ונחזי זוזי כו' דלמקצת פרושים תיקשי דהו"מ לאוקמי בכה"ג שאין רוצה לקבל עליו שבועה דאז לא מהני מיגו דידיה אלא ע"כ דבכל גווני מהני המיגו. והנה אמרתי אגלה אזניו מה שכתבתי בחידושי בישוב קושית התוספ' שם שהקשו על הא דמקשי הגמרא ונחזי זוזי ממאן נקיט וכתבו התוס' דהוה מצי לשנויי דליתא קמן דנשייליה ונלענ"ד לתרץ דהנה לעיל אמרינן צריכא כו' דאי תנא מציאה כו' ופירשו התוס' דבמקח וממכר דליכא מורי היתרא דלאו מידי חסר כו' ז"א מדתפיס בה סובר לומר אמת וישבע ג"כ שהוא שלו כו':

ולכאורה קשה דלפי מה דס"ל לאביי גם במציאה נמי ע"כ שהשבועה דשמא מסופק במלוה ישינה א"כ במקח וממכר נמי ניחוש לה דשמא מספקא ליה בהך מילתא גופא אם נתרצה לו המוכר ויפרוש מספק דא"ל דבמציאה היה סובר טעמא משום מורי היתרא לחוד ז"א כמ"ש לעיל דמשום מורי היתרא אין מחייבין להמוחזק שבועה וע"כ טעמא שלא יהא תוקף א"כ לא שייך שם מורי היתרא וע"כ משום ספק מלוה ישינה וא"כ כיון דחיישינן לספק כזה א"כ גם במקח וממכר נחייבו שבועה ונאמר שאינו סבור לומר אמת רק מספקא ליה וע"י שבועה יפרוש. ולכן נלענ"ד ע"פ מש"ל דברי הפ"י דגם במציאה היה מקום לומר דמספקא ליה בהא מלתא גופא אם הגביה תחלה רק דהש"ס אדרבי יוחנן פריך ולכאורה קשה דהא רבינא פריך שם אהא דמשביעין אותו שאינה ברשותו והא קעבר בלא תחמוד ומשני לא תחמוד בלא דמי משמע וק' דלפי ס"ד דרבינא הו"ל לאקשויי אמתני' וא"ל דשמא הוה מספקא ליה בהא גופא ז"א דלאו דלא תחמוד ליתא בחזרה כנרא' מדברי הרמב"ם בהלכות גזילה פרק ואם כן לא שייך פרשי מספק שבועה ונלענ"ד לתרץ דבלא"ה א"ש הא דפריך מיגו דחשוד ולא קאמר דמספקא ליה בהא גופא שהתוס' שם כתבו ממונא איתא בחזרה שאם לא יזכור שמגיע לו יחזיר שא"ל שמספק יעכב לעצמו דא"כ אף מספק שבועה לא יפרוש ע"ש. וזה שייך דוקא במלוה ישינה משא"כ אם נאמר דמספקא ליה בהא מלתא גופא לא שייך שלוקח אדעתא דרמי אנפשיה למדכר ובימים שבינתיים הו"ל ידיעה כיון דהשתא לא דכיר פשיטא שלא יזכור עוד כל ימות עולם ואם רוצה ליטל מספק משתבע נמי מספק. אך כל זה במציאה משא"כ במקח וממכר י"ל דנקט זוזי מתרווייהו וליתא למוכר קמן א"כ יש לחוש שמא מספקא ליה בהא מלתא גופא ולכך הוא תופס מספק וגומר בדעתו שאם יבא המוכר ויאמר של חבירו נתרצ' יחזיר לו והלכך רמו שבועה עליו. ולכך לא מצי לאקשויי אמתני' דהא קעבר על לא תחמוד משום דמצי לשנויי ליה דבכה"ג מיירי ולפ"ז א"ש מה שהקשיתי

על הצריכותא דליתני מציאה לחוד ואי משום דס"ד דמורי היתרא הא במקח וממכר נמי איכא למימר דמחמת ספק אומר כן. ולפי מ"ש א"ש כיון דבאמת מוקמינן דהמוכר קמן ולא ידע א"כ לא שייך בזה לומר שעושה כן מחמת ספק כיון שהמוכר לפנינו ואומר שאינו יודע שוב אין לו על מה לסמוך לתפוס מספק. והשתא א"ש מה שהקשו התוספות דה"מ לאוקמא דליתא קמן דנשיילי'. ולפי מ"ש א"ש דלא מצי לאוקמא בכה"ג דאי הוה משני דליתא קמן ולא משכח לאוקמי במו"מ בענין אחר א"כ הדרא קושיית הש"ס לדוכתי' ליתני מציאה לחוד וממילא ידעינן במקח וממכר דליכא למימר דסד"א כיון דלית ליה היתרא מסתמא הוא סבור לומר אמת וישבע ג"כ דז"א כיון דהמוכר ליתא קמן א"כ שוב י"ל שמא מספקא ליה ותופס מספק עד שיבא המוכר ויתברר לו כנ"ל. והנה ידוע לכ"ת המוני הטרדות כי רבו ונוסף ע"ז חלישות כוחי ולכבודו כתבתי הדברים אלה ויתר שאלותיו לא עיינתי כעת ובל"נ אקח מועד משרים לשפוט וה' יהיה בעזרו ועליו יציץ נזרו. דברי בד"ז זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה טז

שאלה בדבר המשפט בא' שהיה חייב לאדון א' סך מסוים ועיקל האדון תבואה שהיה ת"י הלוה בשותפות עם איש אחר עד שהוכרח השותף ליתן ש"ח להאדון ע"ס זה והאדון פטר את הלוה הראשון שלא יהיה לו עוד שום תביעה עליו רק על השותף שנכנס תחתיו וכתב וחתום ע"ז ובהגיע הזמ"פ התרה זה השותף בלוה הראשון שלא ישלם להאדון כי הוא כבר מסולק והחוב מוטל עליו ולא השגיח בו והלך ושילם בעצמו החוב ועתה טוען השותף למה פרעת חובי שלא מדעתי כי אני יש לי מלוה על האדון והייתי מסלק חובו בזה ועתה אפשר שלא יבא חובי לידי גובייא וזה השותף מוחזק בממון שאינו ניכר וידוע לשותפים ע"כ תוכן השאלה ונחלקו הדיינים בזה יש מי שרצה לדמות זה לדין המבואר בסימן קע"ו בשנים שיש להם חוב אצל שר א' וא' דר תחתיו שאף ע"פ שהוא עשה החוב אינו יכול לכפותו שינגוש השר לגבות ממנו החוב ע"ש וכאן שזה לוה הראשון דר תחת האדון וגם הוא היה הלוה הראשון לכך היה רשות בידו לסלק החוב להאדון אע"פ שהלה עומד וצווח ושכנגדו חולק עליו שאין הנידון דומה לראיה וביקשו ממני לחוות דעי בזה:

תשובה נראה לע"ד אם האדון פטר את הלוה הראשון בכתב מפורש באופן שלא היה יכולת בידו לחזור עליו כלל פשיטא שאין זה מועיל מה שהתחלת החוב נעשה על ידו

ודמי כאילו כבר פרע זה וזה האחר הלך ולוה אצלו אלו המעות וקא משתנה גביה ממלוה ישינה למלוה חדשה וזה שהלך ופרע דינו כפורע חובו ש"ח שלא מדעתו ואף להסוברים דבכותי לא דיינין הך דינא היינו דוקא כשטוען שהיה פוטר עצמו בפיוס דבריו ואנן סהדי דאינו מתרצה כ"א ברצי כסף כמבואר שם סימן קך"ח ואף בזה חולק הש"ך שם משא"כ בזה שיש לו בידו כנגדו ממונא מעליא הוה לסלק את חובו ומי ביקש זאת מידו להכניס עצמו בתגר שאינו שלו ומי שרצה לדמות לדינא דסימן קע"ו נפלאתי מאוד עליו דלא דמי כאוכל' לדנא דהתם מבואר הטעם שאינו מחויב להקניט שר שלו לגבות חובו של ראובן. אבל בנ"ד אף אם זה יברר לפנינו שהי' השר עוש' עמו רעה אם לא היה פורע לו החוב מ"מ אין זה רק כאילו מעליל עליו שאינו יכול להציל עצמו בממון של חבירו שאין אדם נתפס על חבירו אלא בארנינות והרי אפי' אם היה השר אנס אותו ולוקח ממנו בחזקה אעפ"כ הוא מחויב לשלם לזה שפוטרו על ידו ונכנס תחתיו כמבואר בסימן קך"ו סעיף ך"ב:

ואף שהש"ך שם גמגם בדבר מ"מ כתב לבסוף ליישב סברת הרא"ש בזה וה"נ כיון שהלוה הראשון היה אתו עמו ומדעתו ובמעמדו נתחייב זה עבורו ונפטר על פיו ואותו חוב שהי' להאדון על הלוה הראשון מסר זכותו לשני הנכנס תחתיו וע"ד כן פטרו לזה א"כ הרי הוא מתחייב לשלם לו מן הדין ואונס השר אינו פוטר אותו ומכ"ש בזה שלא היה כאן אונס כלל אע"פ שאפשר שעשה כן מעצמו כדי שימצא חן בעיני השר ולא יעליל עליו מ"מ בשביל זה לא היה רשאי לפרוע חוב של אחר אפי' במקום שחייב מן הדין כמ"ש בסימן קך"ח בש"ך ס"ק ומכ"ש דלא מיבעיא אם הדבר ברור שזה יש לו כנגד החוב ביד האדון דאין כאן חוב מעיקרא ומה שנתן זה משלו נתן והגיעו אלא אפי' אין הענין ברור מ"מ עכ"פ טענתו טענה שהיה יכול לפטור עצמו שיצא זה בזה והרי אף ר"ת החולק בפורע חובו מ"מ בכה"ג מודה שהרי עיקר חילוקו דדוקא במזונות אשתו שאין החוב ברור כ"כ כו' וא"כ פשיטא דבגוונא דנידון דידן שעכ"פ אין כאן חוב ברור שלא היה לזה לפרוע ואף שי"ל דשאני במזונות אשתו דמעיקרא אין החוב ברור כמבואר שם משא"כ כאן שאפשר שזה לא ידע מהחוב שיש לזה אצל האדון והיה סובר שהוא חוב ברור מ"מ מה איכפת לן בזה שנעלמה הידיעה ממנו והו"ל לאסוקי אדעתיה ועיין בש"ך ס"ק ה' בהג"ה מ"ש דחובות אחרים הדומין לאלו כגון מזונות אשתו קאמרי שאפשר שלא היה מתחייב כגון שפרנס את בתו כו' או שאר חובות שאינם ברורים כו' ע"ש ומכ"ש בנ"ד שלפי דברי זה אין כאן חוב כלל וגם התרה בזה שלא ישלם עבורו דלית דין צריך בושש שזה ששילם איהו דאפסיד אנפשיה ואינו חוזר עליו:

ונראה דאפי' אם כששילם זה החוב להאדון קיבל השט"ח של זה מ"מ הרי דעת אא"ז השארית יוסף בתשובה דאף בכה"ג כשפורע שלא ברשות ישראל יש לו דין פורע חובו ש"ח של"מ ופטור ואף להסמ"ע והש"ך ר"ס קך"ח מ"מ אין חולקים בזה דדוקא כשלקח השט"ח מתחלה בתורת קנין והמלוה נתן לו את כחו אבל אם לא נתן לו בתורת קנין רק בתורת תשלומין כותי מכי מטא זוזי לידיה אסתלק לי' וחוב על ישראל אין כאן כלל ומכ"ש בזה שטוען כי השט"ח פרוע מחמת החוב שבידו כנגדו שאפי' בישראל שמכר שט"ח והלוה טוען פרוע שאין יכול לגבות בלא שבועת המוכר וכיון דהאי לאו בר שבועה הוא הרי הניח זה מעותיו על קרן צבי וזה פטור לגמרי ולהיות כי לפענ"ד הדברים ברורים ופשוטים וכעת טרידנא טובא אני אמרתי בחפזי מבלי עיון בספרים כדרכי מעולם ת"ל להכנס בפילפולין רק כתבתי מה שהוא מן הצורך לשורש הדין כאשר ינוד הקנה וכהאי תנא דלא בעי כוונה. ד"ז מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה יז

שלום לכבוד אהובי בן אחי חביבי כ"ש מוהר"ר אפרי' זלמן נ"י:

הגיעני דבריך בדבר השאלה קהל א' לוו מעות וחתמו כולם על השטר. ועתה בא הבע"ח ותובע לאיש א' שכבר עקר דירתו משם אלא שהוא מהחתומין והמעות הנ"ל לקחו כדי ליתן להשר שאנס אותם והמלוה יודע היה מזה מה דינו אם יכול לתבוע כולו מאיש הלזה:

תשובה נלענ"ד פשוט לא מיבעיא אם מבואר בשטר רמ"ג ורמ"ג כנהוג כעת לכתוב בשטרות דיכול לתבוע הכל אמנם אם לא נכתב רמ"ג אפ"ה כל שלא נכתב אצל חתימתן עבור הקהל כנהוג בכל מקום שהראשים לוים לצורך הקהל כותבין אצל חתימתן שהוא לצורך עבור הקהל ואם בזה השטר לא נכתב עבור הקהל אזי יש להחתומין דין שנים שלוו שהם ערבים אבל לא קבלנין כמבואר בש"ע סי' ע"ז ואבאר עוד בסמוך ואינו יכול לדחותו רק ליתר החתומין אבל לא לכל בני העיר משום שמעשים בכל יום שהקהל צריכים למעות ואין מוצאים מי שילוה להם באופן שיהי' שעבודו על קופת הקהל כי מעולם קשה להשתלם מקופת הקהל בכ"מ לכך צריכים ראשי הקהל או שאר יחידים בטוחים להמלוה סתם ממרנים בחתימתם בכדי שיוכל לתבוע מעותיו מהחתומים לבד וזה מעשים בכל יום:

אמנם אם מבואר אצל החתימה עבור הקהל היה מקום לדון ולחלק שהרי הקהל הם רק כשלוחי בני העיר וכמבואר במקומות הרבה ועיין בי"ד סי' קס"ט סעיף י"ז בהג"ה

ובגוף תשובת הרשב"א שהובא בב"י שם ובח"מ בב"י שם סי' קכ"ח וזה ברור בכל מקום שהקהל הם כאפוטרופסי היתומים ואף שהט"ז שם ס"ק כ"ב כתב וז"ל ועוד נראה דעכו"ם שמלוה יודע שההלואה הוא לצורך הקהל והבטחתו על כל הקהל באם לא יהיה לו מאלו לשלם הרי משמע דאף ע"פ כן עיקר החוב הוא על החתומים ז"א דהתם מיירי שחתמו סתם ועוד דמיירי בנכרי והרשב"א כתב בתשובה דבדיניהם אין לתבוע כלל רק להחתומין וע"ז כתב הט"ז דהבטחתו גם כן על כל הקהל אבל בודאי דנכרי דוקא עיקר הבטחתו על החתומים דלא גרע אצלו מערב דנכרי בתר ערבא אזיל ואף דאסור להיות ערב כמבואר ר"ס קע"ו מ"מ אינו אלא דרבנן כמבואר שם בהג"ה ואף הט"ז מודה שהלוה משלם בעצמו ולכך מותר לצורך מצוה כגון קהל אבל אם המלוה ישראל נראה ברור דכל שמבואר אצל החתימה עבור הקהל אינו יכול לתבוע הגע עצמך אם אפוטרופוס לוה לצורך יתומים או שליח לצורך משלח ומבואר בשטר שביד המלוה שאינו לוה לצורך עצמו רק לצורך יתומים או משלח פשיטא שאינו יכול לגבות מנכסי לוה האפטרופוס ומזה הטעם בעצמו המנהג שכותב אצל החתימה עבור הקהל. אבל ברור דאף אם נכתב עבור הקהל מ"מ אם עדיין דר שם והוא מפורעי המס אכתי לא גרע משנים שלוו לצורך שותפות שגם הוא היה שותף בהלואה עכ"פ ואף שאינו יכול לתבוע ממנו כל החוב תחלה שאינו קבלן ואף דמבואר בטור ח"מ סי' קכ"ח ובהג"ה שם בסוף הסימן בשם הרא"ש דאחד שתפס לאחד מהקהל בשביל חוב תפיסתו תפיס' בעד כל החוב ע"ש דמס שאני הא בהלואה אינו יכול לתפוס אחד בעד חבירו:

אמנם אכתי נ"מ דבשלמא אם החוב הוא רק על החתומין שייך לומר דהם אלמים אבל אם החוב על כל בני הקהלה קשה לומר ח"ו על עדה קדושה שכולם אלמים ובדין אם המלוה אלם עיין סי' קכ"ט סעיף יו"ד ובסמ"ע וש"ך שם וכל זה דוקא אם עדיין דר שם ומפורעי המס אבל אם אינו דר שם ואינו מפורעי המס עתה ולפרעון חובות לפי מנהג א"כ אינו יכול לתובעו כלל אם מבואר עבור הקהל כי אין דינו כשותף כלל שהרי מבואר בסי' קס"ג דלענין פרעון חוב הולכין אחר שעת הגביה או הערכה לשיטת הט"ז וא"כ כיון שהוא אינו מפורעי המס עכשיו א"כ לא משתעבד כלל כי לא נשתעבד להמלוה תחלה רק אותו שיהיה מפורעי המס בשעת גביה כללא דמלתא לדעתי הקצרה אם לא נכתב רמ"ג ואצל החתימה ב' עבור הקהל והוא עכשיו ת אי דין שם ואינו חייב מדינא לפרוע מס ופרעון חוב כפי המנהג אזי אין עליו תביעה מזה השטר:

ואשר כתבת בענין שטר בעיסקא אם המקבל יכול לחזור יש חילוקים בדבר באם שהעיסקא הוא בדרך זה שהזמ"פ הוא לשנה והרווחים כתוב בו בדרך משל ג"ג לשבוע

או כך וכך לרבע שנה או לחודש אזי יוכל לחזור בו אף בתוך שנה או חודש אבל אם כתוב בו דרך כלל עשרים למאה לשנה אינו יכול לחזור בו אא"כ יתן הרווחים או ישבע שלא הרוויח עשרים למאה לפי היתר אחד בנחלת שבעה שתחלה יעמוד באחריות המלוה עד שיעלה כ"כ רווחים וכל הרווחים יהיה למלוה ואחר כך יהיה באחריות הלוה וכל הריווח ללוה א"כ יוכל להשביע שמא הרויח ואין כאן שבות יעקב ח"ב:

ובענין נר הנופל על פאפורקי ונכבה אני מורה בדבר להקל ולהחמיר כי אם נפל ראש הפתילה שכבר נשרף ונעשה אפר אינו אוסר אבל מה שלא נעשה אפר עדיין ודאי דאוסר ואם שהה על הכלי בכדי שהיד סולדת בו בכלי הוי כנבלע ע"י האור ובעי ליבון ואם לא נשתהה עכ"פ בעי הגעלה או גרידה והכא לא שייך זה והטעם דבעי הגעלה או גרידה משום שהדבר ידוע שהפתילה שבראש הנר הוא מלחלוחית חלב וכאשר תכבנה בידים תמצא באצבעותיך שמנים מחלב ולכן כיון שנפל בעוד שהנר דולק אף שנכבה תיכף עכ"פ כיון שנגע הפתילה בכלי והפתילה היתה רותחת מחמת האור ולא גרע מנר טרוזיול. ועיין בתה"ד:

ובענין החלה שנפלה לתבשיל מקצתה חוץ לרוטב וסילקו אותה מיד הנה בלא"ה אני מורה בה תמיד להקל כדעת הט"ז ס"ס שכ"ג דבאיסור דרבנן כזה פשיטא ששומעין להקל כיון שאין לו עיקר. ולרווחא דמלתא אני מצוה לשאול עליו ע"ש. ואמנם מה שרמזת הפלוגתא שבין רש"י ור"י בטיפת חלב אבאר לך דעתי אף לדעת המחמירין וס"ל דבעינן ס' והנה לכאורה לשיטת רש"י ולשיטת ר"י לדעת הט"ז גם הכא בעינן ס' נגד כולו:

אבל האמת דאינו ענין כלל לכאן דהתם הטיפה מתפשטת בכל החתיכה מטעם לח או מטעם שהוא שמן עיין בש"ך ס"ק אבל הכא הוא כחוש גמור כמבואר בחמץ ואינו מתפשט הטעם חוץ לכדי נטילה וגם לדעת רש"י לשיטת הש"ך לא דמי דהתם הוא איסור בלוע ואינו יוצא מחתיכה ובענין זה יש להאריך בלא"ה להבין שיטת רש"י וכבר הקשה הרא"ה על הרשב"א והרשב"א בת"ה אחר שהרבה להשיב על הרא"ה לא השיב על עיקר הקושיא ואין פנאי להאריך בזה אבל הכא הוי איסור מגופו וכל דאיסורו מגופו וחם בחם בלא רוטב וכחוש לגמרי נכנס כדי נטילה ואין לחלק בין שני חתיכות לחתיכה אחת. עיין בט"ז ס"ס ובאו"ח סימן תס"א במצה כפולה ודוק. ולפ"ז צריך בכאן ס' נגד מה שבתוך הרוטב ונגד כדי נטילה למעלה ממנו ועיין בש"ך סי' ק"ה ס"ק י"ז במ"ש בשם הב"ח דכדי נטילה בעינן הכוונה לשיטת ר"י אם החתיכה שתחתיה מקצתה חוץ לרוטב ואם היה כדי נטילה חוץ לרוטב נאסרה ובאמת אם אינו כדי נטילה צריך ס' נגד כדי נטילה שלמעלה לשיטת הב"ח דמיקרי איסור מגופו ודו"ק היות כמדומה

שבכרתי נתקשה בזה וזה ברור כוונת הש"ך נידון הקדירה לדידי' שריא כדכתיבנא על הגעלה ג"פ ולדעת מחמירין יש להחמיר אבל התבשיל שרי אף אם לא היה ס' כיון שהיא ספיקא דרבנן אי מפעפע או לא דברי דודך הק' אלכסנדר סענדיר מרגליות מבראד חונה פ"ק זבאריז ואגפיה:
הלכות גביית חוב תשובת

שאלה יח

רב שלום לכבוד אהו' שארי נ"ד החריף ובקי בחדרי תורה ידיו רב לו בפלפול וסברא כש"ת מוהר"ר מאיר הלוי הורוויץ נ"י אחד"ש זה שבתי בבית ורעיוני נחו מעט. אהבת כלולותיך וילידי שעשועי זכרונך בא לפני. והזכירוני אשר אמרת להשיב את הארי הגאון בעל קצה"ח ז"ל בסימן קט"ז דמייתי מהתוספות ב"ק דף ח' בהא דאמר אביי ראובן שמכר כו'. והקשו לימא שקול ארעא בזוזך ותירצו כשהוזלה ורוצה להוכיח מזה כהטור דבאחריות משלם כפי דמים שנתן בשעת המכר ע"ש וכ"ת קרא ערער ע"ז דמייתי מטריפת נגזל לטריפת בע"ח דבנגזל כ"ע מודו כיון שהוא מקח טעות והוא בטל לגמרי משלם כדמעיקרא. ועניית ואמרת שכן מבואר החילוק בנימוקי יוסף בריש פ"ק דב"מ והטבת לראות:
ובאמת שצ"ע על הש"ך וכנה"ג ומ"ל שדברו בזה והביאו דברי ה"ה ולא הזכירו הנ"י וראיתי שדברי הנ"י בזה הועתקו מדברי הר"ן בחידושיו הביאם בש"מ לב"מ שם ע"ש. אך נלענ"ד להליץ בעדו ועדיין יש לו פתחון פה להוציא את דינו מהתוספות שלכאורה צ"ע בהא דקי"ל שגם בטריפת נגזל חוזר הלוקח על הגזלן לטרוף ממנו שבח היתר על היציאה ואפי' שבחא דממילא כגון ארעא ואסקא שרטין ולכאורה כיון שיש כאן ביטול מקח מה זכות יש לו לזה בהא דאסקא ארעא שרטין הרי לא היתה שלו מעולם וזוזי דידיה הלואה נינהו גבי דגזלן וגם השבח שיותר על הוצאה אין לו לגבות כמו העודר בנכסי חבירו וכסבור שלו הם שאין לו אלא שכר מלאכתו בלבד. ולכאורה היה אפשר לומר דאף שנמצאת שאינו שלו מ"מ עביד אינש דזבין ארעא ליומא:
אך מדברי התוס' בב"מ דף י"ד מבואר דלענין אחריות דנגזל לא אמרינן הכי כיון דמקח טעות היא וה"ל כשטר הלואה ולכך אף לשמואל אמרינן ביה אחריות ט"ס ע"ש (וכ"כ המפרשים הביאם בש"מ. אך שם הביא בשם הראב"ד שבאמת סובר דאמרינן עביד אינש כו'):

ובתשובה אחת הארכתי בדברי התוספ' אלו ובדברי הפ"י שם שכתב הטעם לפי שצריך להחזיר הפירות ולכאורה ז"א דהא הוא יחזיר על הגזלן ע"ש בתוספ' דמיירי גם אם כתב לו אחריות על הפירות וכתבתי שי"ל דלשמואל כ"כ דס"ל דלוקח מגזלן ל"ל שבחא וה"ה פירי והקשיתי ע"ז והעליתי שטעם התוס' כיון דמ"מ עיקר חזרתו של זה על הגזלן אינו מצד מכירה דהא המכר לא חל כלל רק מצד קבלת אחריות הוא צריך לשלם לו שבחא ופירי אין זה זבינא ליומא וקצרתי כאן ומכ"ש לדידן דאף בטריפת בע"ח אמרינן אחריות ט"ס אף במכר ולא קי"ל כשמואל דאמר עביד אינש דזבין ארעא אף ליומא וא"כ פשיטא דביטול מקח גמור הוא ומאי אית ליה גביה דהאי בשביל דאסקא ארעא שרטין הא לית ליה גביה אלא זוזי דהלוואה וצ"ל דמ"מ לענין זה שקיבל עליו אחריות שבח תנאי שבממון הוא וקיים שהרי מ"מ קיבל עליו דמי שויא של הקרקע שכותב לו השטר עליו וכיון דהשתא מיהא האי ארעא אסקא שרטין ושויא אלפא זוזי כך הוא צריך לשלם לו ולפי"ז ק' על סברת הר"ן ונ"י שכ' דאם הוזלה מחזיר הדמים שנתן שיש כאן ביטל מקח דא"כ אתה מגרע כחו של מוכר בשני הצדדים שאם הוזלה אתה אומר שהמקח בטל מעיקרא ויחזיר מעותיו ואם הושבחה ונתייקרה אתה אומר שישלם לו כפי שויו של עכשיו זיל בתר איפכא כיון שהלוקח ביקש זאת מידו לכתוב לו אחריות השבח הרי הוא רוצה בקיומו של מקח עד שעת טריפה וסבר וקיבל שכאשר יהיה שיווי דמי הקרקע בעת ההוא כן ינתן לו:

ועוד אני אומר הגע עצמך מי שמכר קרקע לחבירו באלף והוזלו קרקעות ועמדה קרקע כזו על ת"ק רק שקרקע זו אסקא שרטין והיא שוה אלף והלה אומר הנה נתתי אלא כסף ונתחייבת להחזיר לו ועוד מה שנתחייבת לי אחריות השבח ג"כ ת"ק זוז וזה אומר כיון שאתה רוצה באחריות של שבח א"כ אין לך לקבל יותר כ"א שויא של קרקע זו עכשיו והרי אינה שוה עכשיו כ"א אלף אף לבתר דאסקא שרטין והיכא ליידיני דייני להאי דינא. והנה אף אם נאמר שמטילין על המוכר חומר שניהם ע"כ לומר דודאי הוא צריך להחזיר לו דמי המקח כיון דאין כאן אפי' זבינא ליומא והוא ביטול מקח גמור שהלוקח לא ידע מאומה ומ"מ תנאה דאתני הלוקח שיתן לו השבח הוא קיים וצ"ע:

ולפי מ"ש יש מקום לומר דכיון שהלוקח רוצה לקיים המקח לזמן א"כ א"צ לשלם לו כ"א כשעת טריפה א"כ י"ל דנהי דהר"ן סובר שאין התנאי רק לטובתו של הלוקח ולא לגריעותא דידי' שיקח כפי שוי' בשעה שהוזלה אלא יכול לומר הרי יש כאן ביטול מקח מעיקרא מ"מ היכא שהחזיק אחר שיצאו העוררין שנראה שהוא רוצה לקיים המקח עד שעת טריפה א"כ גם בלוקח מגזלן דינו כבע"ח ומשלם כשעת הזול ועיין בנ"י ב"ק.

ובש"מ שם שמפרש הך דהוחזק בה היינו לאחר שיצאו עסיקין וא"כ אם הדין בבע"ח שטורף כפי שעה שהוזלה ה"נ בלוקח מגזלן לאחר שיצאו עוררין וא"כ שוב יש מקום לראיית בעל קצה"ח ולא קשיא מסברת הנ"י והר"ן דאיהו מיירי היכא דליכא גילוי דעתא כלל שרוצה להחזיקה עד שעת טריפה ואז יש כאן ביטול מקח מיד משא"כ בהחזיק אחר העוררין דגלי דעתיה בקיום המקח עד שעת טריפה ודמי לבע"ח דאינו משלם אלא כשעה שהוזלה ולכן מייתי ראיה מהתוספ' דאע"ג דמיירי בטריפת נגזל מ"מ כיון שהחזיק אחר העוררין הא קמן שרוצה לקיים המקח ואפ"ה משלם כדמעיקרא:

והנה הלצתי בעדו דלא תיקשי עליו מה שהזכרת מדברי הנ"י אבל אכתי לא איפרק מחולשת הדמיון דודאי סברא טובה יש לנו לחלק בין מכר שהיה קיים באמת בין אם המכר באמת אין בו ממש רק שהלוקח היה רוצה בקיומו ומ"מ לענין דינא ראיתי שגם סברת הר"ן ונ"י אינה מוסכמת שהרי בשיטה מקובצת בד"ה הכיר בה שאינו שלו כתב בשם הריטב"א נוטל מעות שנתן בלבד ואף ע"פ שהוזלה או הוקרה דהא כמאן דליכא זבינא כלל דמיא וכדאמרינן בסמוך שלא נתן אלא לשם פקדון בלבד משא"כ בנמצאת שדה שאינו שלו או שטרפה בע"ח שיש לו ליטול בדמים שהיתה שוה בשעת שיצאה מת"י עכ"ל ועיין בשו"ת הרשב"א סימן אלף קנ"ה ותן לחכם כו' דברי שארך:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה יט

נשאלתי במי שקנה בית ואדון אחד היה לו חוב על הבית והותנה שיעוכב סך מה ת"י הקונה עד שיסתלק האדון ואח"כ מת המוכר והקונה הלך וקנה השט"ח מהאדון בסך מה ומעכב ת"י המעות והיורשים טוענים שהם לא רצו ליתן להאדון סך זה רק פחות מזה והאריכו בטענותיהם. נלענ"ד שהדין עם הקונה כיון שבשעת המכירה עשו מעמד ביניהם שיעוכב הס"ך ת"י עד שיסתלק האדון בשט"ח שלו והרי לא נסתלק האדון כ"א בסך זה שנתן לו זה.. ואף שהיורשים רצו לפשר אותו בפחות מסך שנתן לו זה מ"מ לאו ברצון שלהם תליא כ"א ברצון האדון וכל כמה דלא ידעינן שהיה מתרצה בסך זה א"א להוציא הסך הנ"ל מת"י שהרי ע"ד כן נתן לו הממרני מעיקרא שיסולק שעבוד האדון והרי לא נסתלק כ"א בסך זה ואף אם יטענו היורשים שזה גרם להם היזק שהיה אפשר להם לסלק החוב בפחות מזה מ"מ כיון שא"א להם לברר דבר זה שהיה האדון מתרצה בכך אין יכולים להוציא מידו בטענה זו ואף לפי המבואר בסימן שפ"ח במי שרצה לברוח כו' מ"מ מה שהיה מחויב אין זה היזק דבכה"ג שקנה השט"ח לא שייך

לדון דין מסור וגם אין זה דומה לפרוע שט"ח של חבירו כיון שבקנין בא לידו ולאפס הפנאי קצרתי. דברי זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד הלכות הלואה והלכות טוען תשובת

שאלה כ

פרצידא דתותי קלא. קנקן חדש ישן מלא. דעתיה צילא. דלא מעיל פילא ה"ה אהובי ש"ב וח"ג ידידי הרבני המופלג החריף ושנון האברך מוהר"ר משה זאב וואלף נ"י:

אחד"ש הגיעני דבריך. ושמחתני בפעליך ללכת בדרכי הישרים. ולבלתי לכת אחרי הבזורים. מובטחני בזה אם ככה תעשה כל הימים. להיות גדל בין החכמים. ותעיר אוזן לשמוע בלמודים. יהיה לך מהלכים בין העומדים. ואם אמנם כי כעת טרידנא טובי במילי דשמיא ודעלמא כידוע לגיסי חותנך הרבני המופלא הנגיד נ"י פניתי להשיבך שלא תאמר כי השלכתי דבריך אחר גווי אולם לא יכולתי להניף ידי בארוכה על גוף הספק שנסתפקת ולהראות פנים לכל צד כמראה האופן כדרכי מעולם רק באתי בקצרה להשיב על דבריך:

אמרת שנסתפקת מי שקנה מחבירו קרקע וזקף הדמי' במלוה ונתן לו שט"ח על המעות אם הוי כמו שנתן לו הכסף או לא וכתבת דמתשובת מבי"ט שהביא הש"ך מבואר דקני זה א"צ לפנים דהמבי"ט בתשובה ח"ב סימן ר' וסי' רי"ג הוא ושכנגדו החלוקים עליו הם המדברים על הנדון ופלפלו באורך בתשובת הרמב"ן שבבעה"ת המובא בס"ס ל"ט ואי"ה כשאפנה לעיין בגוף הדין אשנה בדבריהם:

ואמנם מ"ש ראיה מהראב"ד המובא בסימן ר"ה לפירש הסמ"ע דשטר היינו זקיפת דמי המקח בהלוואה וכתבת מזה דמשמע אם לא תלוהו אפילו נתן לו רק שטר דקני דהוי ככסף ושגית בזה דאף לפי מה שמפרש הסמ"ע אין משם ראיה דשם מיירי שקנה קרקע בשטר או בחזקה או בחליפין רק כיון דלא יהיב זוזי אע"פ שנתן לו שטר על מעות אלו לאו זביני' זבינא וזה פשוט ואמנם באמת פי' הסמ"ע בזה תמוה וכמ"ש הש"ך דהמעיין בב"י יראה דקאי אשטר מקח. ואולם נלפענ"ד דהסמ"ע למד כן מדברי הד"מ והוא אצלי בכת"י שכ' וז"ל וכתב ב"י משמע מדברי הריי"ף והרא"ש פ' הנזקין דאף אם לא קיבל המעות אלא שכ' לו שטר בלבד קנה כ"ז שרוצה ליתן לו אח"כ המעות שבשטר. אבל דעת הרמב"ם והראב"ד פ"י מהלכות מכירה אינו כן שכתבו דלא קנה אלא שכבר קיבל המעות עכ"ל משמע דבשטר על המעות מיירי וכן משמע להדיא לשון רמ"א שבהג"ה שכת' דבעינן דווקא שנתן לו המעות אבל אם נתן לו שטר עליו כו' משמע דנותן המעות

ונותן השטר חד נותן הוא ואם בשטר מקח מיירי איפכא שנותן המעות הוא הלוקח ונותן השטר הוא המוכר ונראה קצת שלמד כן מלשון הרי"ף שהביא הב"י אבל הכא גבי אשה וסקריקין ליכא מאן דיהיב להו זוזי הלכך לא מהני כתיבת שטר עלייהו כו' והבין שר"ל במ"ש עלייהו על זוזי קאי והא ליתא ועלייהו אאשה וסקריקין קאי ור"ל דאף אם האשה או הבעה"ב כותב שטר על עצמו לא מהני וכדמסיים בה עד דכתבו אחריות והנה פלוגתת הראב"ד והב"י עליו בפי' דברי הרי"ף הוא דלהב"י אף שעדיין לא קיבל המעות לידו רק שהוא רוצה ליתן לו עתה וזה אינו רוצה לקבל מ"מ כיון שכבר נתן לו שטר מקח מעיקרא אדעתא דזוזי נחתי וזה רוצה ליתן אין זה יכול לחזור בו משא"כ להראב"ד דווקא אם כבר קיבל המעות לידו אע"פ שבשעה שנתן לו השטר לא נתרצה רק אח"כ בשעת נתינת המעות נתרצה מהני יעו"ש בב"י והש"ך סתם קצת הדברים:

אמנם לענ"ד מה שפירש הב"י דעת הראב"ד ותמה עליו דמי דחקו לפרש כן דברי הרי"ף הוא תמוה בעיני ומי דחקי להב"י לפרש כן דעת הראב"ד אליבא דהרי"ף דודאי גם הראב"ד מפרש דמיירי שלא נתן מעות בשעת המכר רק שטר לבד נתן המוכר ועתה נותן לו המעות וזה החילוק בין אשה וסיקרוקין דבעינן דיהיב להו זוזי בשעת מעשה דאל"כ לא מהני שטרא כיון דלא נחתי אדעתי' למישקל זוזי משא"כ בתלוהו וזבין כיון דאדעתא דזוזי הוא מזבין כשקיל זוזי בשעת מעשה דמי אע"ג דלא ארצי לי' המעות בשעת מכירה ותלייי' רק לבסוף מכירה דהיינו עתה כשרוצה לגמור סוף המכר ולא בא אלא להשיג על הרמב"ם דמפרש לא ארצי לי' בעדים דז"א דודאי עדי' בעינן אבל מ"מ א"צ שיהיה מרוצה בשעת נתינת המעות כמו שפי' הב"י בדעת הראב"ד ולדבריו צ"ל דמה שמבואר מדברי הרי"ף בדלא ארצי זוזי דקני בתלוהו וזבין היינו דלא ארצי בשעת נתינת השטר רק אח"כ נתן לו מעות ונתפייס ברצי כסף ואם הדבר כן צריכא למימרא בכה"ג דקני שבעת שנתן השטר אמר להדיא בע"כ אני מוכר ואח"כ בשעת נתינת הכסף נתרצה במכר ונראה לכאורה דבכה"ג אף באשה וסיקריקין קני כיון דיהיב זוזי ונתרצה דל שטרא מהכא הא קני בכספא ועיין באבן העזר סימן ואפילו תימא דבאשה וסיקריקין אף בכה"ג לא קני מ"מ ודאי דזה דחיק למאד ולא נזכר לא בדברי הרי"ף ולא בדברי הראב"ד רק כוונתו פשוטה דכל שנתן בסוף מכירה סגי בין שנתן לו בפני עדים אחר המכירה והתלוי' או שרוצה ליתן לו המעות עתה בפנינו ג"כ סוף מכירה מיקרי ולפי שאינו מענין זה קצרתי ועכ"פ בין להסמ"ע בין להש"ך לא מיירי הכא שרוצה לקנות ע"י השט"ח רק לענין אם גמר ומקני או לא:

והנה הבאת דברי המחנה אפרים והשונה הלכות מ"ש בשם ר"ה גאון ז"ל והשגת עליהם והנה ס' שונה הלכות אין בידי אך ראיתי בס' דברי אמת להגאון ר' יצחק בכר דוד ז"ל שכ' ג"כ בקונטרס ז' סי' ב' וז"ל ואף שמצינו לר"ה גאון הובא בס' המקח בשם גאון דהמוכר לחבירו ולא משך הקונה רק שנתחייב הקונה בחיוב ובקנין לתת לו מעות נקנה המקח כו' והמבי"ט סי' ר' ורי"ג האריך כו' ואין ספק שאילו הי' רואה דברי ר"ה בס' המקח הי' שמח שמחה גדולה כו'. והנה לפענ"ד יפה אמרת בזה שלא כוונו יפה בפי' דברי ר"ה במחילה מכ"ת הרמה אולם ילדות היתה בך ופיך ענה לדבר גבוהות עליהם ונתקיים בך כל המתייהר כו' ונטית מן הדרך בפירוש כוונתו כי מ"ש בכוונתו שקונה הסחורה ע"י משיכת השט"ח שאע"פ שאינו נקנה בחליפין נעשה חליפין הא ליתא דכיון שאינו נקנה ג"כ אינו נעשה ואדרבה גבי מטבע הי' ס"ד דאע"ג דאינו נעשה מ"מ נקנה מידי דהוי אפירי לר"נ ומסקינן דאינו נקנה וכ' התוס' ולפ"ז כ"ש דאינו נעשה:

ועוד דכיון שכ' ר"ה סתם ויקח השט"ח ולדבריך מתפרש שמושך השט"ח לקנות הסחורה וכיון שלא הזכיר שכותב קני לך ג"כ א"כ במאי קני דהא השיעבוד שבו לא קני וא"כ במה יעשה חליפין דבניירא בעלמא ודאי אינו נעשה חליפין דכלי בעינן והרי מבואר בתוס' והרא"ש בב"מ דף מ"ה ובקידושין דמטבע דאיצטרך למעוטי היינו משום דמיקרי שפיר כלי שראוי לשקול בו כו' וגם לפמ"ש הגמ"ר הביאו הסמ"ע דבכל דבר הנעשה בידי אדם כלי מיקרי נלפענ"ד דדווקא בכגון מטבע דמיירי התם מינה אבל לא נייר בעלמא דכיון שלא קנה השיעבוד לאו כלי הוא וכן נראה מדברי הרמב"ן במלחמות דדווקא מטבע כלי מיקרי דהיינו אם נפסל קונין בו והביא ראי' מדברי ס' המקח שער י"ג שפסק לדר"ל ע"ש ודוחק לומר דמ"מ מיקרי כלי הואיל וראוי לצור עפ"י צליחותו ועוד נלפענ"ד כיון דדעתא אשיעבוד שבו ושיעבוד הא לא קני במשיכה זו רק הנייר בלבד א"כ הוי כאותו שאמרו במטבע דדעתי' אצורתא ועבידי דבטלה וגרע מינה דהתם לשעתה מיהא לא בטלה משא"כ הכא וכן מבואר בדברי הנ"י שכ' שם דעתי' אצורתא כו' וכיון דבטלה לית בי' ממשא והו"ל כאותיות שאין גופן ממון ומ"ה אינן נעשין חליפין ואין נקנין בחליפין עכ"ל מבואר מזה דאותיות ג"כ אין נעשין חליפין. וגדולה מזו נלענ"ד מדברי הנ"י דאף בכ' לו שטר כתיבה קנה לך כו' מ"מ אינו נעשה חליפין דבעינן דווקא שאותו הכלי גופא שקונה ע"י משיכתו יהא גופו ממון דומיא דנעל משא"כ אותיות ולקמן יבואר עוד טעם דל"ש חליפין במה שקונה שיעבוד קרקעות:

ואמנם אפילו דבכה"ג שכותב לו קני לך שייך חליפין ע"י שזה קונה השיעבוד ולפ"ז שוב לא הי' מקום לדחות דברי הגדולים הנ"ל דגם בנותן שט"ח על עצמו ומשעבד

קרקעותיו שייך חליפין וכמו שכתבת אתה לדחות ראיית מהראנ"ח (אמנם מדבריהם נראה שמתורת קנין כסף הוא אבל אין להעמיד זה בלשון רב האי שכ' סתם ויקח השטר ולא הזכיר כתיבה כלל וגם שהרי מבואר למעיין בגוף ס' המקח ובלקוטי הס' הנדפס עם שערי שבועות יראה שהלקוטים הם מסודרים על הסדר אחת אחת אותן הדינים המבוארים בגוף הס' ואם יש קצת שינוי בלשון הוא לפי שנעתקו הדברים מלשון ערב ונפל שינוי בלשון המעתיקים אבל מ"מ אין שם בליקוטי הס' דין חדש שלא נזכר בגוף הס' והרי גוף ס' המקח לפנינו ולא נזכר מאומה לא מדין שחידש המחנה אפרים בשמו ולא מהדין שכתבת. ואמנם הדבר ברור ופשוט להמעיין בס' המקח גופי' שכ' סוגיא דלא הספיק בעל הפרה כו' ואח"ז כ' והשער הב' הזה כו' אבל אתה מוצא אותו בכל דבר המתחלף כו' והיכא שיש לראובן שטר כו' ואע"פ שראינו לקצת גאונים שהשיבו דאותיות ניקנין בחליפין אין לסמוך על אותו הדעת כו' השער הה' מכירה וכן בס' הקצר בלקוטו מקצר והולך על הסדר הזה ומ"ש שם ויש גאון שאמר אם יתן לו סחורה בקנין שט"ח כו' הדברים כפשוטן בדבר האמור בגוף הס' בשם הגאוני' דהיינו שהוא נותן לו סחורה כדי לקנות שט"ח ומ"ש ויקח השט"ח ר"ל שיקנה השט"ח בכל מקום שהוא ע"י חליפין ודעת גאון דמהני וע"ז חילק וס"ל דלא מהני כמ"ש מקודם זולתי שט"ח וההכרח שהכריחך לכך לפרש דמיירי לענין שיהא נעשה חליפין כמדומה לי דלישנא דולא הכריעה דעתי קו יתיך שהרי באמת הכריע בס' המקח שאין נקנה בחליפין ואין זה דקדוק דודאי ר"ל שלא הכריעה דעתי כהגאון בזה כידוע שע"פ רוב הגאוני' לישנא קטיע נקטי ובפרט בדבר הנעתק מלשון אחר וכן ראיתי בבעל העיטור והביאו הגמיי' והש"ך שכ' על דברי ר"ה על דברי הגאון שאמר דשטר נקנה בחליפין ולא איתברר לי עכ"ל וגם ר"ל במ"ש לא איתברר לי דהיינו שאין זה מחוור בעיניו אלא ס"ל להיפך וכן הוא הכוונה בלשון לקוטי הס' על הדין השנוי בגוף הס' והוא ברור בלי פקפוק והנך גדולים דלעיל לא היו לפניהם גוף הס' רק הלקוטים לבד ולפי שהלשון מגומגם קצת כתבו מה שכתבו וברור כדפירשתי (ועל המחנה אפרים יש לתמוה שכפי הנראה בסי' שאחריו שהיו בידו גוף הספר שהעתיק ממנו משער י"ג בענין המחאה ראובן זבין חפץ כו' יעו"ש וגם שם דבריו תמוהים שנותן טעם לפי שקיבל דמים ואסור לחזור תן כזכי דמי וכתב דדמי להא דסימן קכ"ה אם המקבל עני כו' והא ליתא דהא התם טעמא דהוי כנדר וכיון שמסרו ליד אחר אין מועיל התרה ע"ש בסמ"ע ובש"ך גם מ"ש על הב"י בסי' ר' דלא דק לא ידעתי למה ואדרבא דברי הב"י נכונים עפ"י דברי ספר המקח ומ"ש הש"ך בסימן ר' על דברי הב"י כיון שלא מסרם עתה אין התן כזכי גם לענ"ד אין זה דחויה כלל דלאו מטעם זכיה

אתינן עלה אלא כיון שקיבל הנפקד עליו הו"ל כאילו השאיל או השכיר לו המקום לקנות על ידו וכן משמע מספר המקח ועיין בסמ"ג והגמי"י שהביאו תוספתא כיון שקיבל הנפקד לזכות ללוקח כו' ולפי שאין זה מקומו קצרתי). והנה לדבריך צא ופרנס מ"ש בספר הלקוטים קנה כדרך שקונה הכסף ואם בתורת חליפין קאמר הא אדרבא הכסף אינו נעשה חליפין ולא נקנה ולדחוקי ולומר דר"ל כסף שאינו טבוע אין נראה כלל וגם דמה אריא כסף דנקט הו"ל למינקט מטלטלין וכל דבר הנקנה בחליפין וזה דחקו לפרש למחנה אפרים דמיירי בתורת דמים דבכה"ג מבואר שם בלקוטים מקודם דמהני ע"ש שכתב והשיבו כי מי שקיבל הסחורה נתחייב בדמים כו' ועם כל זה אינו נכון דהתם כשמשך הסחורה נתחייב בשומתה משא"כ בזה שאפילו תימא שהשט"ח במקום כסף הא כסף גופיה לא קני רק למי שפרע ומ"ש המחנה אפרים דעדיף מכסף וקונה קנין גמור דל"ש נשרפה חיטך כמ"ש התוספות בק"ס לענ"ד אין הנדון דומה לראיה דגבי ק"ס כיון שאין לזה ראיה בידו שקנה החפץ אצלו ונתחייב בדמים ואפילו היה הקנין לפני עדים טורח הוא לחזור אחריהם שפיר טרח ומציל משא"כ בשט"ח כיון שהשט"ח בידו והוא בטוח במעותיו לא איכפת ליה אם ישרפו חיטין של זה ולא טרח ומציל ואפי' תימא דסברא הוא דגם בשט"ח דטרח ומציל כיון שלא קיבל המעות ולא יסמוך על מה שיכפנו בשט"ח שבידו מ"מ מה זה שאמר כדרך שקונה הכסף נהפוך הוא כסף לא קני ושט"ח קני:

ואמנם לפי מ"ש יראה לענ"ד ביאור הדברים ע"פ מ"ש בספר המקח דף כ"ט ע"ב וז"ל וגם מי שמקנה לחבירו שט"ח שיש לו על אחר אין נקנה בחליפין כדגרסינן אין אותיות ניקנין בחליפין עד שיכתוב וימסור כמ"ש ואע"פ שסתם קנין לכתיבה הוא עומד כל זמן שאין כותבין העדים לא הוי כלום לענין אותיות עכ"ל ונראה מדבריו שבא לאפוקי מדעת הגאון שהיה סובר שא"צ כתיבה דהקנין במקום כתיבה וקאמר דליתא וכן מבואר להדיא בדבריו בדף כ"ז שכתב ומצינו לקצת גאונים שהשיבו מי שמוכר שט"ח במטלטלין שדנו בו דין חליפין ונקנה אותו השטר באותן חליפין ולא צריך למיכתב כתב מכירה עליו ואין לסמוך על דבריהם כו' ומעתה אני אומר שמ"ש בספר הליקוטים כדרך שקונה הכסף הוא ט"ס וצ"ל כדרך שקונה הכתב ור"ל שהקנין הוא כמו כתיבה וזה ברור ותימה בעיני על הרמב"ן הביאו בעה"ת בשער נ"א שהשיב עליו דדעת הראב"ד דחליפין במקום מסירה אבל כתיבה בעי ואולי מה שהזכיר רבינו האי שמצא למקצת גאונים ע"ד תשובת שאלה שאותיות ניקנין בחליפין ע"ז הדרך נאמר כלומר בחליפין וכתיב' אע"פ שלא נכונו דבריהם אצל הגאון ז"ל עכ"ל בעה"ת בשם הרמב"ן וזה תימא דלהדיא מבואר בספר

המקח דהגאונים ס"ל דל"צ למיכתב כתב מסירה עליו וכפי הנראה לא הי' לפניו ספק המקח רק מה שהעתיק לו הבעה"ת משמו וכמו שמעתיק שם קודם לזה דברי ס' המקח מ"ש בג' מקומות שאין שטר ניקנה בחליפין ולא הזכיר מדברים אלו הכתובים בדף כ"ז: ואמנם לענ"ד גם ממ"ש בדף כ"ט ע"ב יש לדקדק דשכנגדו היה סובר דקנין במקום כתיב' וכמש"ל וכן בבעה"ת שם מתחלה נסתפק בזה והביא דברי הר"י מיגאש בזה דלא מהני קנין ע"ש ואמנם לפי מה דמסיק בעה"ת בשם הרמב"ן דקנין חליפין אינו מועיל שיהא במקום מסיר' דלא סמכא דעתי' עד שיגיע לידו יעו"ש א"כ איכא למימר דאדרבא הגאונים ס"ל להיפך ממ"ש הרמב"ן ורצה להעמיד בדבריהם אלא ס"ל דמסירה ודאי בעי מהטעם שכתב הרמב"ן רק כתיבה לא בעי דהקנין הוא במקום כתיבה כמ"ש להדיא בס' המקח בשמם ובזה חולק ר"ה וס"ל דבעינן שיכתוב ג"כ וכן משמע לענ"ד קצת ומדקדק במ"ש ולא צריך למיכתב כו' משמע שאינו עולה רק במקום כתיבה:

ומעתה מ"ש בליקוטים ויקח השט"ח אין ר"ל שיקנה השט"ח אם אמנם שזה אינו רחוק לרגיל בלשונ' ז"ל אבל לפי מ"ש עתה א"ש כפשטי' דמיירי שנותן לו סחורה בעד שט"ח וזה מושך הסחורה וזה לוקח דהיינו מסירה קונה כדרך שקונה הכתב דהקנין הוא במקום כתיבה:

והנה רבינו ירוחם הביאו הב"י כתב בשם רבינו האי דחליפין שוה בשוה קנה אף בפירות ונראה לדקדק כן ממ"ש בשער הא' דמיירי בחליפין דק"ס שאינו שוה בשוה דברי ר"נ ואח"כ לא הזכיר וכן יש לדקדק עוד מדבריו כאן ובשער מ"א ע"ש ולפי זה נראה מ"ש בסוף שער א' וגם מי שמקנה לחבירו שט"ח היינו בתורת חליפי ק"ס ובסוף שער הב' שכתב והשער השני הזה שפרשתי בחליפין לא יתכן אלא במקח וממכר כו' יעו"ש דמיירי חליפין בהעריכו זה נגד זה ע"ז כתב והיכא שיש לו לראובן שטר כו' לומר דאף בחליפין שוה בשוה נמי לא מהני בשטר ולפי"ז צ"ע דלכאורה בחליפין שוה בשוה ל"ש סתם קנין לכתיבה עומד וא"כ מ"ש בשם הגאונים בדף כ"ז מי שמוכר שט"ח במטלטלין דנו בו דין חליפין ול"צ למיכתב כתב מכירה דהא כיון שנותן מטלטלין משמע שבתורת שוה בשוה הוא וא"כ ל"ש קנין לכתיבה עומד ולמה לא יצטרך לכתוב וזה צ"ע ג"כ בליקוטין דמיירי ג"כ שנותן סחורה תמורת השט"ח ואפשר דס"ל כיון דשוה בשוה הוא וגם יש בו תורת חליפין אלים תורת קנין חליפין כמו כתיבה ואף בקרקע דעת קצת פוסקים דאע"ג דשטר לא קני עד שיתן דמים אלים כח קנין טפי:

ועתה אשובה אראה מ"ש לדחות דברי המחנה אפרים שהביא ראיה מקידושין וכתבת שלפי דברי הרשב"א שכתב דלמסקנא דגופו קנוי לא מהני איני יודע מה חידשת בזה

הרי המחנה אפרים שם במקומו כתב שראיה זו דחויה לפי דברי הרשב"א והתוספות רי"ד יעו"ש ומ"ש בשם התוספות בב"מ דף צ"ט דהא דע"ע גופו קנוי היינו בהענקה דווקא ולא משמע כן בס' המקח שער ב' גם בש"ס ב"ק דף קי"ג לא משמע כן עכ"ל. הנה מ"ש בשם התוספות דהיינו בהענקה בין הענקה לגרעין נתחלף לך וז"ל התוספות אע"ג דאמרינן בקידושין ע"ע גופו קנוי היינו לענין שאין גרעין מחיל אם מחל בע"ע אלא בשטר עכ"ל וכוונתם דהא דאמרינן בב"מ דע"ע לא קני ליה גופו היינו ענין זה שיש לו יד בפ"ע ולא אמרינן גבו יד עבד כיד רבו ומה דאמרינן בקידושין שגופו קנוי היינו שהגוף הוא משועבד למעשה ידיו וקנוי לו הגוף לענין זה ולכך לא מהני ביה מחיל' וא"כ מה לך כי נזעקת מדברי רב האי דשפיר כתב דאף שמעשה ידיו אין בו ממש מ"מ כיון דגופו קנוי למעשה ידיו שפיר הוי מכירה וא"ש נמי בב"ק כיון דהגוף קנוי למעשה ידיו אין זה בכלל הפקעת הלוואה ועיין בס' מחנה אפרים הל' עבדים ובספר בני דוד שם ואין להאריך כאן:

ומ"ש לדחות ראיות ראנ"ח מפדיון בכור וקידושין וגם הא דמשמע מתוספות רי"ד דלא קני בשט"ח וכתבת די"ל דשפיר קונה ומטעם חליפין שהרי נשתעבדו קרקעותיו של זה וראיה מהרמב"ן שכתב אם צוה לכתוב שטר ללותו א"י לחזור דכיון דנשתעבדו נכסיו של זה בשטר מיקני בחליפין כו' והתם אגב שיטפי' נקט חליפין והארכת בזה:

והנה אוכיחך ואערכה לעינך דאגב שיטפך רהיט לך ונעלם ממך פשט דברי הרמב"ן. ומה אעשה לך בני שנהגת עם הרמב"ן ז"ל מנהג בני גליל דלא דייקי לישנא וכתבו שאגב שיטפיה נקט ולא כן אנכי עמדי ידעתיו אף אם מהרה ירוץ דברו לשונו תמהר לדבר צחות כאספקלרי' המאירה ואיך לא יראת לדבר ברבינו משה טרם ירדת לעומק הענין:

ובאמת דברי הרמב"ן בזה פשוטי' כמו שאבאר אך כדי להשתעשע עמך אמרתי להרחיב הדבור קצת ומתחלה אען ואומר שלפי הבנתך במה נשתעבדו קרקעותיו של זה הלוה שיקנה המעות בחליפין הרי מיירי התם אף שלא מסר לו השטר רק שנכתב עפ"י ציוויו ומה בכך אכתי לא משעבדי נכסי דלוה עד שיגיע השטר ליד המלוה והרי אין המלוה רוצה לקבלו כלל ומה חליפין יש כאן:

ואמנם הדבר ברור דהתם בשטר שיש בו קנין מיירי דאל"כ אין כותבין כלל עד שימסור לו בפנינו וא"כ כבר נשתעבדו נכסי הלוה משעת קנין וממילא שנתחייב המלוה ליתן המעות תמורת השיעבוד כמו אם משך חפץ שהוא מתחייב ליתן דמי החפץ ולא מתורת חליפין רק מתורת דמים וכדאמרינן הזהב מחייב כו' וכמו שאבאר אי"ה:

ומעתה יתבאר לך שמ"ש ה"ה פרק כ"ג מהלכו' מלוה בשם הרמב"ן שכיון שנשתעבדו לו נכסי הלוה בחליפין מעכשיו אף הוא חייב ליתן לו דמים כו' והבנת הדברים שתיבת בחליפין מעכשיו נמשכין אחריהם לומר שמתורת חליפין הוא מחויב ליתן דמים ואין זה מכוון בלשונו כלל וגם דהא אין מטבע נעשה חליפין כלל ומה שנדחקת לומר דאולי ס"ל דשוה בשוה מהני כמ"ש בש"מ בשם תוספות שאנ"ץ הם דברים של מה בכך דלהדיא מבואר שם בש"מ תיכף אח"כ שיטת הרמב"ן בפי' הסוגיא דלא כר"ת וגם מבואר למעיין במלחמות יעו"ש ועוד דלפי זה אם לא היה אז הדמי' בעין ביד המלוה א"כ לא שייך לומר שיהיו ניקנין ללוה והרמב"ן סתמא קאמר שמחויב להלוות לו משמע בכל גווני:

ועוד אבאר לך שלענ"ד אין מועיל בזה קנין לפי מ"ש דמיירי אף שלא נתן השטר ליד המלוה רק שע"י הקנין כבר נשתעבדו נכסיו וא"כ ע"י הסודר שנתן המלוה ללוה הקנה לו קרקעותיו שישתעבדו בתורת חליפין ושוב איך שייך לומר שיחזרו מעות המלוה להיות ניקנין ללוה ע"י חליפין הללו שאין זה דרך חליפין רק בפעם אחת זה תמורת זה ואין דרך להיות חוזר וה"נ הקרקעות הם תמורת הסודר שנתן המלוה ותו לא מידי וכוונת ה"ה בשם הרמב"ן כפשוטו דכיון שנשתעבדו נכסי לוה בחליפין מעכשיו ר"ל ע"י הקנין שהוא תורת חליפין נשתעבדו לו הנכסים מעכשיו אף הוא חייב לתת דמים ר"ל שהוא מתחייב בדמים כמו כל קונה מחבירו חפץ ע"י ק"ס וכה"ג מיד נתחייב הלוקח דמי החפץ למוכר וה"נ נתחייב המלוה הדמים תמורת שיעבוד הקרקעות שקנה ולא בתורת חליפין וכ"ז מבואר להדיא בבעה"ת שער מ"ח בשם תשובת הרמב"ן שכתב ועכשיו נחזור לענין השאלה דבר פשוט הוא לך שהלוקח קרקע וקנאו בשטר או בחזקה אין אחד מהם יכול לחזור בו והדמי' מלוה על הלוקח וכן במטלטלין שקנאו במשיכה או בהגבהה ומשנה שלימה שנינו הזהב כו' ותני מחייב ומתני' ומאי דאיתמר בגמרא בהדיא בכולא נזיקין שהקונה כלי מחבירו ומשך נתחייב זה ליתן לו דמים:

ומעתה יש לדון במלוה כיון שנשתעבדו לו נכסי הלוה בחליפין מעכשיו אף הוא חייב לתת לו דמים כלומר שמחויב להלוותו עד זמן שקבע לו כו' הרי מבואר להדיא דבתורת דמים אתי עלה ולא בתורת חליפין ומ"ש בחליפין מעכשיו אדלקמי' קאי שהמלוה נשתעבדו לו נכסי הלוה בחליפין מעכשיו וכמבואר בדבריו שם קודם לזה דבשטר שיש בו קנין מיירי והוא פשוט אמנם ראיתי שכתבת דהרמב"ן אגב שיטפי' נקט חליפין ודלא כאורים ותומים סי' ל"ט דס"ל דחליפין דוקא עיינתי שם וראיתי שלא דקדקת היטב הדק בדבריו והרי האו"ת הזכיר שם כמה פעמים דברי בעה"ת בשם הרמב"ן שהבאתי לשונו לעיל דלאו מתור' חליפין אתי עלה כ"א מתורת דמים וכוונת האו"ת שם הוא דכיון

דלרמב"ן שעבוד קרקע וקרקע עצמו חד מלתא הוא שהרי הרמב"ן למד ממה דחזינן שהקונה קרקע בשטר או בחזקה נתחייב הדמים ה"ה לקונה שעבוד קרקע שמתחייב בכך (והכא ל"ש חליפין דהא מטבע הוא ועוד שהרי השיעבוד בא ע"י ק"ס וכבר גמר פעולתו בפעם אחת) בתור' דמים וכיון דהרמב"ן מדמי לה רוצה האו"ת ללמוד מזה דגם לענין חליפין דומה שיעבוד קרקע לקרקע היכא דשייך חליפין כגון שמשעבד נכסיו בשטר ומוסר לו השטר ורוצה לקנות כנגדו מטלטלין הניקנין בחליפין דא ודא אחת הוא (אבל לענין שיתחייב להלוו' אין כאן תור' חליפין ומ"ש האו"ת שם קודם לזה לשון נתחייב בחליפין וזכה בחליפין פשוט שאין כוונתו בתורת חליפין כ"א ר"ל דמי חליפי החפץ) אבל בשיעבו' קרקעותיו ע"י קנין אף במטלטלין גם האו"ת אזיל ומוד' לסבר' שכתבתי דל"ש בזה חליפין ומכ"ש גבי מטבע שאינה ניקנית בחליפין:

ואמנם אעפ"כ אין דברי האו"ת נראין בזה לע"ד חדא מטעמא שכתבתי לעיל דאע"ג דהשטר יש בו ש"ק מ"מ אין גופו ממון ואינו דומי' דנעל ואם אתה אומר ש"ק שבשטר גופו ממון דש"ק כקרקע אף אנו נאמר ששטר יהא נקנה בחליפין דיחול הקנין חליפין על השיעבוד שבשטר א"ו דליתא ובכל דוכתי דממעטינן שטרות אמרינן דאין גופן ממון ועוד נראה דאע"פ שהוא יכול לשעבד קרקעותיו בק"ס וש"ק נקנה בחליפין מ"מ אין נעשה חליפין כיון שאין זה נותן לו דבר המסוים וניכר מה הוא מקנה לו ואין זה דומיא דנעל שהוא דבר ידוע וע"כ לא אמרו במחליף קרקע בקרקע דקני אלא בקרקע ידוע שהוא דומיא דנעל. אבל כוונת הרמב"ן הוא דווקא לענין חיוב הדמים כיון שזכה זה בשיעבוד הקרקע נתחייב בדמים שעבורם ולהרמב"ן הדבר דומה למשכון דאף במטלטלי כיון שהחזיק במשכון א"י לחזור בו ואף הרשב"א מודה בזה כמבואר בב"י וכ"כ רמ"א בהג"ה ס"ס ל"ט והא ודאי ג"כ לאו מדין חליפין הוא דהא מטבע הוא וגם אפשר דלא הי' בעין אלא בתורת דמים נתחייב:

וראיתי באורים ס"ק ס"ד שכתב וז"ל בתשובה שם נזכר משכונת קרקע והרמ"א סתם דאף במטלטלין דהא ב"ח קונה משכון לכמה דברים כו' ונראה מדבריו שהטעם הוא מפני שב"ח קונה משכון ולענ"ד לא נהירא ואדרבא ממקור הדין הוא מוכרע שהרי שם בתשובה בקרקע מיירי ובקרקע קי"ל דאין ב"ח קונה משכון כלל כמ"ש הש"ך בסי' רע"ח יעו"ש ובפרט בשעת הלוואה בכה"ג לא קני כלל. ועוד נלענ"ד דלא אמרו ב"ח קונה משכון אלא היכא שכבר לוה ונתן לו המעות אבל כיון שעדיין לא נתן לו המעות במאי קני ומכ"ש אם נימא דדינא הוא שיכול לחזור ממה שהבטיחו להלוות א"כ אכתי לא קני ואיך תאמר שזה לא יוכל לחזור מפני שקונה וה"ז כתולה עצמו בחגורתו א"ו דאין זה ענין

לקניית המשכון דאע"פ שנא' דבשעת הלוואה לא קני משכון כלל אף לענין זה שיהא נחשב קצת כשלו מ"מ כיון שעכ"פ קונה אותו שישתעבד לו זה המשכון עבור המעות שיתן לו הרי הוא מתחייב לתת לו דמי השיעבוד לבעל המשכון וכן הוא בקרקע ג"כ שנתחייב במעות מחמת שירד במשכונא וזכה בשיעבוד זה ובזה אין מקום לחלק באמת בין קרקע לשיעבוד קרקע דכל מה שאדם זוכה מחבירו בתורת מכירה הוא מתחייב בדמיו מיד שזכה זה לשכנגדו בתורת חיוב ואף מטבע ופירות וטובת הנא' וכל דבר שאינו נוהג בחליפין הוא מתחייב בדמיו מיד שיזכה זה בא' מדרכי הקניות ואף הרשב"א בתשובה שהביא הב"י נראה שמודה לזה אלא דס"ל דאין שטר וקנין קונה בלא כסף ע"ש: ואמנם דברי הרשב"א בזה צריכין ביאור דהא ודאי שאע"פ שנא' דקניית קרקע אינה רק בכסף מ"מ הא ודאי דמשתעבד' בשטר או בקנין והרי הם פירשו הך דשטר אקניית' היינו שטר קנין ומשתעבדות נכסי' מיד אע"פ שלא לוה וכן מוכח בדוכתי טובי ומה ענין קניית קרקע בתורת מכירה לכאן וצ"ל דהרשב"א ס"ל דודאי מחמת שיעבוד הנכסי' לחוד לא נתחייב זה במעות כמבואר בתשובת הרשב"א סי' אלף וד' והביאו הש"ך שכ' וז"ל וכ"ת שאני הכא דאיכא שטרא וקנה המלוה נכסי הלוה לשיעבוד חובו דהא קי"ל שיעבודא דאורייתא אי משום הא מ"ט דמ"ד שמלוה יכול לחזור כו' ודוקא בהחזיק במשכונא ס"ל דהוי קצת כעין מכר וכ"כ להדיא שם בתשובה ומיהו אם המלוה ירד למשכנתו וזכה בקרקע לא היה יכול לחזור שהרי כבר נתחייב במעות עם ירידתו בתוך המשכונא דדומיא דמכר הוא דלא עייל ונפיק אזוזי (ועיין סי' קצ"ה בשם הרשב"א דחזקה לחוד מועיל כל דלא עייל ונפיק אזוזי) ונראה הא דמדמי לה למכר היינו משום דכיון שזה החזיק במשכונא זו לאכול פירותיו בנכייתא והוי כמו שוכר קרקע מחבירו ושכירות יש לה כל דין מכירה הלכך כיון שהחזיק בה הוי כמו שוכר שקנה הקרקע בחזקה ונתחייב בשכירות וה"נ נתחייב להלוות לו המעות שהם שכירות הקרקע משא"כ במשכונא דמטלטלין מה בכך שהחזיק במשכונא מה"ת לא יהא יכול לחזור בו וכבר כתבתי דלא שייך בזה ב"ח קונה משכון שהרי לא נתן המעות עדיין ויש לי אריכות דברים ולקצר אני צריך וצ"ע:

ועכ"פ אין בין הרמב"ן להרשב"א אלא דמר סבר שמועיל על מה שקנה הנכסים לשיעבוד שיתחייב בדמיהן ומר סבר דאינו מתחייב בזה אבל בתורת חליפין ליכא למ"ד שיועיל. ואמנם אף בתורת חיוב אין נלפע"ד שאם קנה קרקע וכ"ש חפץ שיועיל מה שנותן שט"ח עליו. ומ"ש המבי"ט שמחויב הוא לתת הצמר שקנה ולדעת הש"ך עכ"פ מחויב ליתן לו הצמר איזה שיהיה ולענ"ד צ"ע בזה דע"כ לא קאמר הרמב"ן רק לענין כיון שזה קיבל

עליו קנין ושיעבד נכסיו לחבירו עבור סך מעות נתחייב לו עי"ז הסך הזה משא"כ בצמר וכה"ג שעשה עמו מקח למכור לו צמר בכך וכך מעות ולא עשה שום קנין בצמר רק שנתן לו שט"ח על המעות ובשטר לא נזכר צמר כלל רק שמשעבד נכסיו עבור סך מעות במה יקנה זה הצמר וקנין אין כאן שטר אין כאן וא"ל שקונה בכסף כיון דודאי אין שטר זה במקום כסף ממש רק שע"י שיעבוד הוא מתחייב לו בסך כך וכך מעות והוי כאילו המעות אצלו מלוה ע"פ וכמ"ש הריב"ש בסי' קס"א לענין שטרי אקנייתא וא"כ הא קי"ל דבמלוה לא קני וכמו בקדושין ועיין בש"ך ח"מ סי' ק"ץ בענין מעשה שבא לפניו בא' שקנה קרקע בממרני שהי' לו על לוי וכ' דיש שרצו לומר דלא קנה הואיל ואין גופו ממון ומסיק דלענין מכר לא תלי בהכי ושפיר קני כל שאין המוכר יכול לחזור ולמחלו ע"ש ונראה דזה דוקא בשטר שיש לו על אחרים אבל בנותן שטר על עצמו לא שהרי הש"ך למד זה מקדושין ובקדושין קי"ל דאם נתן שטר על עצמו אינה מקודשת וכמ"ש מהראנ"ח ראי' זו וכ"כ הרשב"א להדי' בטעם הדבר בקדושין דף ח' גבי מנה אין כאן כו' ואפי' אמר הריני חייב לך בקנין והתקדשי לי בו אינה מקודשת דמנה אין כאן אלא מלוה ולא קנה ואפי' כתב לו שטר עליו אינה מקודשת וכמ"ש גבי מה לכסף שכן פודין כו' עכ"ל וא"כ גם לענין קרקע לא קנה מה"ט גופא שאין כאן מנה אלא מלוה וכ"כ בדף ה' בהא דמה לכסף כו' דאילו האומר לאשה הרי את מקודשת לי במנה ומחייב אני עצמי לך בשטר באותו מנה אינה מקודשת דמנה אין כאן ושטר אין כאן שהרי אינה מקדשה בשטר (ור"ל כדין קדושי שטר שיכתוב הרי את מקודשת לי) אלא במנה ומנה אין כאן כו' עכ"ל והיינו טעמא נמי שייך לענין מכירה וכדאמרינן התם בני ר"ה זבין אמתא אותיבו נסכא עלי' ואמנם הריטב"א ז"ל שם פי' דטעמא משום שלא קדם לו חיוב שנתחייב בו דאז אין המשכון נשתעבד כו' וכן הדין במכר ובכל דבר כגון שאמר לחבירו אתן לך מאתים זוז והרי לך משכון עליהם ולא זכה כלל כו' ולפ"ז אפשר דדוקא במשכון איתמר אבל בשטר שמשעבד עצמו בו ככסף דמי וכמ"ש שם אח"כ וז"ל אבל אם נתחייב מנה בקנין וחזר וקידשה בו או שלוקח ממנו שדה אשה מקודשת ושדה מכורה עכ"ל וא"כ מה לי נתחייב בקנין או בשטר וראיתי במחנה אפרים שהרגיש בזה שבמחלוקת היא שנויה בין הרשב"א והריטב"א:

ואמנם מ"ש שמדברי הר"ן ז"ל שכ' טעמא משום דאגיד גבי' דבעל א"כ אפשר דה"ט משום דמקיש הויה ליציאה לענין זה אבל במכר אפשר דיודה שיועיל. דבריו תמוהים ובמחכ"ת אישתמיטתי' דברי רבינו מהרי"ט בחידושיו לקידושין על הרי"ף שהוכיח מהך דאמתא שא"א לומר כן וכ' דגם בקדושין לא אמרינן הך סברא דאגיד גבי' רק בגירושין

מטעמא דכריתות בעינן (והארכתי בזה בתשובה אחת בענין זה) ולא בא הרמב"ן אלא לחלק ולומר דכה"ג שלא יצא עדיין מרשותו לא חשיב נתינה וה"ה בקרקע ועבד דמיקני בכסף נתינה מעליא בעינן כו' (ואפשר דהמ"א דוקא מהר"ן דייק וכמ"ש במהרי"ט דמהר"ן משמע מדכ' בדברי הראב"ד ודכוותה הא דאמר בסמוך פריטי אין כאן כו' משמע דאליבא דהרמב"ן לא הוי הא דבסמוך דכוותה משום דל"ש אגיד לענין ממון כו'. אבל לענ"ד דקדוק קלוש הוא זה ואדרבה י"ל דלהרמב"ן הוי פשיטא לי' דחד טעמא הוא משא"כ להראב"ד הא אפשר לומר כיון שהוא קונה אצלו דבר ומתחייב בדמיו שפיר משתעבד המשכון שנתן עלי' קמ"ל דכוותה גבי פריטי כו' וכ"נ מדברי הריטב"א ע"ש:

ודרך אגב אען ואומר שתמהני על מהרי"ט בחידושיו להרי"ף שכ' וז"ל וראיתי לרבינו ישעי' מטראני בתוס' (והוא תוס' רי"ד) שכ' וז"ל קשיא לי טובא כו' עד וזה רצה לקדשה בתורת חליפין שיתחייב הוא בדמים ולא יוכל לחזור מחיוב הדמים וכיון דזה א"א שיתחייב אלא מתורת חליפין איתעקר להו מתורת קדושי כסף וקמו בתורת חליפין כו' אבל כשרוצה לקיים הדבר שלא יחזיר כו' מתורת חליפין קאתי ולכאורה תמי' דלענין שלא יחזור על הדמים שיתחייב מה מועיל הסודר שנותן לאש' שהרי כליו זה של מקנה ודווקא גבי קרקע שקונה הקרקע ע"י הסודר:

שוב ראיתי שדבריו נכונים ואה"נ קאמר דכיון דלענין שלא יוכל לחזור ע"כ למייתי עלה בתורת חליפין דהיינו שהאשה ניקנית לו בתורת חליפין כמו בקרקע ועי"ז לא יוכל לחזור מחיוב הדמים ובאמת אין אשה ניקנית בתורת חליפין וכן מבואר ממ"ש אח"כ ואעפ"כ אני מהסס כו' אם הק"ס גורם וכן י"ל שאם אמר לאשה התקדשי לי ואתחייב לך כו' ע"ש:

ותבנא לדינא דקונה קרקע ונותן שטר על הדמים לדעת הרמב"ן אין זו נתינה כיון שהכסף לא יצא מרשותו ומה שזה מתחייב בדמים שהי' המוכר מחויב ליתן בעד שטר זה לדעת הרמב"ן בזה א"י לקנות דאף אם יש לו מלוה ביד המוכר לא קנה כדאי' בסי' קצ"ט. ולכאורה הי' אפשר לומר לפי מאי דאיתא התם דעת קצת פוסקים דבמלוה הבאה מחמת מכר שפיר מצי לקנות א"כ אפשר דבכה"ג כמלוה הבאה מחמת מכר דמי שע"י שזה שיעבד לו נכסיו שנעשה מעות זה אצל המלוה כמלוה ע"פ שפיר קמו מטלטלין וקרקעות בדין זה. ולפי"ז הך מלתא במחלוקת היא שנוי' כמבואר בסי' קצ"ט ולפ"ז אפשר לדחות ראיית מהראנ"ח מפדיון הבן וקידושין וגם מעבד דלענין פדיון הבן וקידושין וכה"ג נראה דכ"ע מודי' דאין לחלק ואף מלוה מחמת מכר לא מהני והלכך לא מהני שטרא משא"כ כאן אבל נלענ"ד דהדין דין אמת דגבי פדיון הבן ובקידושין לא מהני מלוה מחמת מכר וגם כאן י"ל דלא מהני כאן שט"ח די"ל טעמא עפמ"ש ה"ה בפ"ה מהל' מכירה וא"ת במה

יקנה והא הני מעות ליתנייהו בעולם איכא למימר כיון דמחמת מכר נינהו הו"ל כאילו לא נתחייב לו מעולם במעות וכאילו החליפו פרה בשור דכיון שמשך הא' כו' ולפי"ז זה שייך דוקא במלוה הבאה מחמת מכר ממש אנו דנין כאילו מחליף עתה המטלטלין עצמן שהמלוה הוא מחמתן משא"כ בזה דבאמת מעות אין כאן וגם מטלטלין מעולם לא הי' כאן וא"כ חזרנו לומר דהוי כמחליף על השיעבוד קרקעות שהמלוה בא מחמתן והרי כבר כתבתי ששיעבוד הקרקע אין בו תורת חליפין:

ועתה אני בא בדבריך למה שאתה סבור דכיון שזה כותב לו שטר ומקנה לו נכסיו ושעבודן קנה החפץ בחליפי הש"ק א"כ צריך אתה לומר שמה שזה קונה הש"ק הוי כאילו נתן סודר לידו שהרי גבי חליפין נמי נתינה בעינן דכתיב ונתן לרעהו וכדאית' בב"מ דף ז' אבל הכא נתינה בעינן והא איכא וכן מבואר בדף מ"ז ע"ש בתוס' דאע"ג דנתינת ממון ל"ב מ"מ נתינה בעינן כמו ונתן בידה דגבי גט וא"כ דש"ק שמקנה מקרי נתינה א"כ למה לא יועיל גבי פדיון הבן וקידושין ושפיר הביא מהראנ"ח ראי' משם דכה"ג לא מיקרי נתינה דמ"ש דטעמא דשם ל"מ משום דמתנות כהונה ל"מ חליפין ואשה נמי אינה ניקנית בחליפין. דבר שאינו כתבת. דמה ענין חליפין בזה דאטו אנו צריכין לומר שיהא הבן פדוי בתורת חליפין או האשה אנן הכי קאמרינן אי איתא דכה"ג נתינה מיקרי א"כ גבי אשה ופה"ב מ"מ יהא קרוי נתינה ומה בכך דנתינה כתיב בהו בחליפין נמי נתינה כתיבה וקאמרת דכה"ג נתינה חשיב אע"כ שזה אינו קרוי נתינה כיון שגוף הכסף אגיד גבי' א"כ גם לענין קנין דעלמא נמי לא מהני דלאו נתינה הוא. ומ"מ שפיר קאמר הרמב"ן דמחמת נתינה נתחייב להלוות לו דלענין זה ס"ל דנחשב כמזכה לו קרקע בתורת מכר וזה מתחייב בדמי':

והנה גם לענין עבד כתבת הא דמשמע מתוס' רי"ד דלא מהני שטרא אדמי' משום דמהרי"ט והמ"ל כ' דאין נקנה בחליפין ובאמת מ"ש במהרי"ט ז"א דהכא לענין שיקנה עצמו ואדרבה מבואר בדבריו במהדורא שני' בב' מקומות דמהני וכ"כ המ"ל בשמו. אך המ"ל גופ' כ' דלפמ"ש הריטב"א בדף י"ד מבואר דאם איתא שקונה עצמו הי' נקנה ג"כ ואני תמה דהריטב"א שם כ' בס"ד אבל באמת פריך ע"ז אשכחן אמה העברי' כו' ופי' הריטב"א דהש"ס הוכיח דאין זה תלוי בזה דאל"כ ל"ל ויצאה והיתה כו' ולפ"ז אף להריטב"א י"ל דדוקא לענין שיזכו בו אחרים אינו מועיל משא"כ לענין לזכות בעצמו כמ"ש מהרי"ט להקשו' על הריטב"א ואמנם אף לפי דעת המ"ל נראה שאין דבריו אמורים כ"א בחליפין הוא שיש מקום לבע"ד לחלוק עמ"ש מהרי"ט לחלק בין מחל

על גרעונו בדבריו ובין מחל בקנין משא"כ בזה שמקנה לו קרקעותיו לשעבוד שעולה במספר הגרעון רק שמקנה לו בתורת ש"ק אין זה ענין לקונה עצמו בחליפין ואין להאריך: ולעיקר הדין נ"ל דאם כותב בשטר השיעבוד עבור המעות המגיע לו ורוצה שיקנה החפץ בתורת חליפין ודאי ל"מ כיון שבשטר כ' שהשיעבוד תמורת מעות ואיך יקנה החפץ בתור' חליפין הרי אין זכרון לחפץ כלל וגם אם כותב בפירוש שמשעבד קרקעותיו עבור חפץ פלוני י"ל דל"מ כמש"ל דש"ק אינה נקנה בחליפין ואין נעשה חליפין ואם רוצה לקנות בתורת דמים לכאורה במחלוקת שנוי' בההוא דמנה אין כאן ולדברי הריטב"א לכאורה קנה (ומ"ש בש"מ ב"מ דע"ז בשם הריטב"א הנה המח"א הזכיר דברי הריטב"א הללו) ואם יהי' ד' עמדי לעמוד על חוקי דין הלז אבא בארוכה אי"ה בכמה סוגיות וכעת לפי הפנאי הוצרכתי לקצר בשגם כי בינותי בספרי' וראיתי בקצה"ח סי' ל"ט שעמד ג"כ על קצת פרטי דין הזה וקצת דבריו מגומגמים וארשום לך קצת חדא מ"ש וראיתי בתוס' רי"ד כו' וכ"כ הריטב"א מיהו מלוה לאו היינו כסף כו' ואשתבש כהנא שאדרבא הריטב"א ס"ל כפי' הראב"ד והוא דעת התוס' והרא"ש שכ' מקודם כמבואר בד"ח וע"ש שכ' דלא מחוור שיהא דין זה כדין מלוה שהי' ת"י קודם לכן כו' וכן בב"מ מבואר בדבריו החילוק בין מלוה דמכבר בין מה שיזקוף עתה וא"כ מ"ש הריטב"א בד' ט"ז מיהו מלוה לאו כסף הוא הכוונה מהופך ממה שהבין הקצה"ח ור"ל דדוקא בכותב שטר על הדמים דהיינו שהעבד מתחייב עכשיו עבור גרעונו ואין לזה שם מלוה שענין מלוה הוא להיפך שמגיע להעבד ממנו וע"ז פריך שפיר דהיינו כסף משא"כ מלוה ר"ל אם מגיע להעבד מלוה אצל האדון לאו היינו כסף וכן מבואר שהבין במח"א:

ומצאתי בריטב"א בחידושי כתובות דף צ"ב ע"ב ד"ה ואמר רב"ח כו' וזקפן במלוה שביאר להדיא שקונה במלוה שמתחייב בה עכשיו דפרעון גמור הוא וקונה מדין כספו כו' דדינא קמא פשיטא דפרעון כסף גמור הוא חשיב זקיפא במלו' עכ"ל ועיין בחידושיו שם בפ' הנושא ד"ה א"ה אמאי אין בנו פדוי כו' וזקיפת מלוה כפרעון חשיב ואפ"ת שאין פדוי מהשתא כו' משמע דלא ברור ליה כ"כ ויש לדחות וע"ש שיש ט"ס בדבריו ואין להאריך שדעת הריטב"א מפורשת דמלוה שנתחייב בה עכשיו ל"ד למלוה שבידו מכבר וקונה מדין כסף וכמ"ש ג"כ בב"מ וטעם החילוק ע"פ מ"ש הריטב"א בקידושין ד"ה טעם דמקדש במלוה אינה מקודשת דכיון דלא אמר בהנאתה ודעתה אזוזי הו"ל מקדש בדבר שאינו שלו דמלוה להוצאה כו' ואין למלוה בה כלום אפי' הגיע זמ"פ כו' וזה ל"ש במחייב עצמו עכשיו:

אמנם מדברי התוס' שם בכתובות משמע דהא דזקפן אינו רק לענין עייל ונפיק אזוזי וכן מדברי הר"ן והרא"ה והריב"ש נראה שהקנין היה בשעת המכר רק כיון דלא קני עד שיתן דמים לזה מועיל זקפן ואפשר דשטר על הדמים שאני והתם זקפן סתמא קתני ויש לפלפל בזה הרבה. וגם מ"ש להקשות דאם אגיד ביה מועיל בחליפין א"כ גבי אמתא קנה בחליפין ואין זו קושיא כלל דהתם לאו בתורת חליפין יהבין ואה"נ אי הוי יהיב בתורת חליפין דמהני ואע"פ שאינו נותן הטכא לחליפין הא דעת רוב הפוסקים דגם סודרא אי תפיס ביה לא מתפיס (ומ"ש בשם הב"י בסי' ר"ג בשם הרמב"ן הוא ט"ס וצ"ל הרמב"ם ולפ"ז אין משם ראי' דאדרבה הרמב"ן ס"ל להיפוך כמש"ל):

ואמנם בעיקר הענין דמסיק התם הוא נכון דבאמת אין דעת הרמב"ן כלל דמחויב להלוות מתורת חליפין רק מתורת דמים וכמש"ל באריכות משא"כ לקנות ע"י שט"ח אינו יכול לא מתורת חליפין שהרי אין גופן ממון ומקצה"ח משמע דאף בגופו ממון כגון נסכא כיון דאינו מוציאו מרשותו לגמרי אינו בתורת חליפין וליתא כמ"ש דכל סודר אינו יוצא מרשותו והדר למארי' ואין ראוי לקנות בו רק בממון או שיעבוד הכתוב בו וזה אגיד גביה ועוד טעם שכתבתי לעיל) וגם לא מתורת דמים וכמש"ל ועת לקצר:

והנה מ"ש על בה"ג לרב האי ז"ל בענין אותיות נקנין במסירה שכתב דתלוי בהא דע"מ כרתי זו שאילת ראשונים וכבר עמד בזה הגאון מוהר"ר ישעיה מטראני בס' המכריע סימן ק"א וכאן קצר המצע ואי"ה כשאפנה אשנה ב"נ פרק זה בארוכה וכל שאלות שיש לך לשאול שאל וכמותך ירבו שואלים בישראל ואנכי לא אחשוך מלהשיבך כיד ה' הטובה. דברי ש"ב ובד"ז:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה כא

שאלה ראובן עשה מעמד עם שמעון שיעמיד סחורתו למקום אחד על אחריותו ושמעון התחייב למסור לו הסחורה ההוא במקום ההוא בשלימות וע"ז יתן לו משכון רק. שלא יהא המשכון תחת ידו רק ביד לוי שהוא יהיה שליש על החפיצים האלו שנותן למשכון וכן נעשה והושלשו החפיצים האלו של שמעון תחת יד לוי ולוי נתן לראובן כתב שלישות ע"ז ולפי שהענין אחריות הוא מחמת העברת מכס לא פירש בכתב השלישות רק נכתב בתוכו שאחר כלות י"ד ימים מי שיביא לו הכתב בחתימת ידו מחיוב למסור לו החפצים או סך פלוני והלך שמעון עם הסחורה והצליח שהביא' בשלום ומסרה ליד ראובן והחזיר הכתב ליד שמעון. ואחר איזה ימים עשו ראובן ושמעון שנית מעמד בניהם בלי ידיעת

לוי השליש ומסר ראובן לשמעון סחורה על אחריותו. ועל סמך הבטחון המונח ביד לוי וראובן מסר הכתב בחת"י לוי לשמעון בלי ידיעת לוי ולא עלתה בידו בשני' ונלקחה הסחורה על בית המכס ועתה בא ראובן ותובע את לוי שימסור לו הבטחון או תמורתו כפי הכתב ולוי משיב שהוא יש לו חוב אצל שמעון ובראשונה נתרציתי שליש ביניכם שאם יופסד הסחורה אמסור לך הבטחון ואחרי שהושלם התנאי בפעם ראשונה ומסר לך הסחורה בשלימותה נתבטל ענין השלישות והכתב וחזרו' החפיצים ההם להיות פקדון בידי והיה רשות בידי להחזיר החפצים לשמעון אחר שנתברר לי שהשלים תנאך אף אם לא היה מחזיר לי הכתב שלא נעשה אלא לאמתת הדבר. והכתב הלז הוא חספא בעלמא ונמחל חיובו ושיעבודו של המשכון ותפסתי החפיצים האלו שהם פקדונו של שמעון על החוב שלי ומה איכפת לי במעמד השני שעשית עמו בינו לבינך והבטיחך על החפיצים האלו ואת פי לא שאלת ואני זכיתי בו תחילה להיות קונה המשכון ושעבודי קודם ולא כל כמיניה דשמעון לשעבדם לאחר וע"ז הגישו דברי ריבותם לפני הב"ד. ושאלוני לחוות דיעי היכי לידייני דייני להאי דינא:

תשובה נראה ברור דהדין עם השליש שמאחר שעל אחריות הסחורה שהושלש המשכון מתחלה ע"ז כבר פקע השיעבוד והעמיד הסחורה לידו כפי תנאו ונסתלק שם משכון מעליו ונעשה פקדון אצל השליש מה"ת לא יהיה יכול לתוספו על חובו ומה שזה חזר ושעבדו שנית לראובן בשביל אחריות הסחורה שקיבל ממנו שנית אין זה כלום ולא כל כמיניה לאפקועי תפיסת השליש על חובו דא"כ בכל תפיסת בע"ח מטלטלין לחובו ילך זה וישעבד אותם לאחד למשכון. ואפילו מכירה לגמרי אינו מועיל לו להוציא מיד התופס ומכ"ש שעבוד ואע"פ שזה לא ידע שהוא חייב לזה ותופסו בשביל חובו. ולכך נתרצה לקבל למשכון שנית מה איכפת ליה לזה השליש כיון שלא שאל את פיו אם עוד המשכון ת"י ולא הודיע שהוא מחדש השעבוד על החפיצים אלו שתחת ידו ואם היה עושה על פיו אפשר שהיה מחייב לשלם לו מדינא דגרמי כיון דעליה קא סמוך והוא לא הודיע שתופס למשכון על חוב שלו אבל אחרי שלא הודיעו כלום אין אחריותו עליו. וכיון שתפיסתו קודם לשעבודו של זה הא קיי"ל דאפי' בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה ומכ"ש שהוא מוקדם וקדם וגבה טרם נתחדש חוב של זה ושעבודו:

ועוד נראה דאפי' אם לא היה החוב מגיע להשליש שהוא תפוס ועומד בחפיצים אלו אלא בע"ח אחרים של בעל החפיצים היו באים לדין עתה עם זה כיון שאין במטלטלין דין קדימה חולקין בשוה שאין לבעל הסחורה דין מלוה על המשכון כלל דדוקא במוסר ליד המלוה בתורת משכון שקנה משכון להיות שעבודו קודם. אבל בפקדון ביד אחר

ואמר הלוה להמלוה פקדון שיש לי ביד פלוני יהיה משועבד לך למשכון נראה שלא קנאו למשכון כיון שלא עשה בו שום קנין וכשם שתיקנו משיכה בשומרין ולקוחות כך צריך לעשות קנין בקניות משכון וכיון שזה לא עשה בו קנין משיכה וגם קנין מעות אין כאן שהרי לא קיבל מעות כלל רק נשתעבד לאחריות הסחורה ולא קנה בעל הסחורה המשכון להיות שעבודו קודם. ובע"ח באים ונוטלין חלקם עמו בשוה. ומכ"ש אם זה התופס הוא בעל חוב שיכול לתפסה בחובו דמשכון אין כאן:

ועוד נראה דאפי' אם הוא מוסר ליד הסוחר עצמו על אחריות הסחורה חפצים למשכון אין שם משכון עליהם כיון דמעות אין כאן ומשיכה לא מהני רק לענין קניית הגוף אבל לא לקנות שעבוד. וכתבו' הנ"י רפ"ק דב"מ בשם הר"ן שמפרש כן לשיטת הר"י הלוי שאין מטלטלין נקנין במשיכה למשכון בעלמא כשאין כאן מעות לקנות. ודוקא משכנו בשעת הלואה מעות קונות או שלא בשעת הלוואה משום דבגוביינא דב"ד אתו לידיה כו' ע"ש. ולדבריו אפילו בפעם הראשון שנמסר ליד השליש להבטיח אחריות סחורתו של זה אין תורת משכון עליו דהא אפילו נמסר מיד בעל החפצים ליד בעל הסחורה אין עליו דין משכון ומכ"ש כשנמסר ליד שליש:

ועוד נראה דאם אירע איזה אונס ש"ש פטור עליו גם זה היה פטור אף ע"פ שהתנה להתחייב באונסין והא קיי"ל מתנה ש"ח להיות כשואל מ"מ היינו דוקא בשקנו מידו אז בההוא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה וא"כ כאן דלא קנו מידו וגם לא שייך בההוא הנאה דקא מהימן ליה דהא קמן דלא הימניה שהרי הוצרך לתת לו משכון ע"ז א"כ לא גמר ומשעבד נפשיה. ולכן אף המשכון לא מהני לחייבו כדקיי"ל בקידושין דף ח' מנה אין כאן משכון אין כאן.. וכתב הרא"ש דאדם יכול לשעבד נכסיו לדבר שנתחייב בו אבל בדבר שלא נתחייב לא חל שיעבוד נכסיה כו' לפיכך לא נשתעבד המשכון במשיכתו כו' ע"ש. ובח"מ סימן ר"ז ובאה"ע סימן נו"ן:

ועוד נראה דאפי' אם אירע ענין שהוא חייב בו מצד חיוב אחריות שקיבל עליו מ"מ כיון שאין כאן חיוב מיד בשעת מסירת החפצים למשכון אלא שאפשר שיולד איזה חיוב ע"י הפסד הסחורה מ"מ מה שמייחד החפצים למשכון שאם יארע חיוב יהיה משועבדים למשכון אין זה מועיל כיון שהחיוב עדיין לא בא לעולם וכמ"ש התוס' בכתובות דף מ"ב בייחד לו כלי למשכון שאם יתחייב כשיעמוד בדין על הקנס יגבה מכלי זה לא מהני דהו"ל דשב"ל. וק"ו הדברי' דהא התם כבר התחיל עכ"פ קצת חיוב משעת ביאה ואפ"ה הוי דשב"ל כ"ז שלא עמד בדין דאי מודה מיפטר ולכן לא מהני מה שמייחד כלי לכשיעמוד בדין ומכ"ש בזה שאין כאן התחלת חיוב כלל ואפי' למ"ד דגבי שומרין

משעת משיכה רמי שעבודא על נכסיה מ"מ אין שייך משכון ע"ז שהרי עכ"פ חיוב עדיין אין כאן לומר שמשכון זה משועבד לגבות ממנו חיוב זה ומכ"ש להסוברים דעיקר שיעבוד נכסים דשומרים משעת אונסין. וכיון דאכתי לא מטא זימנא דחיובא בשעת מסירת המשכון לא מהני דחיובא ליתא בעולם וה"ל כמשעבד משכון אם יתחייב איזה סך וזה לא מהני דבשעת דמשעבד המשכון מנה אין כאן משכון אין כאן:

מכל הלין טעמא נראה ברור שהדין עם השליש ויכול לטעון אני תפסתי בעד חובי ומה שחזרת וקבלת אותו לשעבוד משכון לא כל כמינך להוציא בזה מידי תפיסתי וכמו אם היה מייחד לך כלי שלי למשכון ממש דכיון שגביתי קודם שהתחיל שעבוד שלך לית מאן דפליג שזכיתי בו לחובי. וכל אינך טעמי דכתיבנא נכוחים וישרים למוצאי דעת ואף כי מילי דסברא נינהו מ"מ להפקת רצון השואל אברר הענין בראיות נכוחות ואשא ואתן בהם קצת:

ומתחלה אבאר שאין ספק בדבר שמיד שקיבל זה סחורתו שעליה שעבוד החפצים למשכון חזרו החפצים להיות פקדון ביד השליש וברשותא דמריה קיימי עד שיבא הלה ויטול את שלו ואע"פ שהשליש נתן כתב להסוחר שאחר כלות י"ד ימים מי שיביא לו הכתב יתן לו החפצים או סך פלוני. ואותו הכתב לא הגיע לידו עדיין גם אחרי חזרת הסחורה פשיטא שאין חזרת הכתב מעלה ומוריד כלל שעיקרו של הכתב הוא לאמתת הדבר ומיד כשיתברר הדבר להשליש שזה קיבל סחורתו. אף ע"פ שאין כתב שלישותו בידו מחויב להחזיר החפצים לבעל החפץ וכל שלא החזירם הרי הם כפקדון גמור בידו ויכול לעכבם לעצמו עבור חובו ואע"פ שאין הדברים צריכים לראיה. מ"מ אמינא לברר דהכי הוא שכן מבואר בסימן ע"ב סעיף מ"ג דאחר שפרע הלוה להמלוה ה"ל המשכון כפקדון גביה ואף ע"פ שלא החזירו עדיין לבעליו ועיין בש"ך שם ס"ק י' בשם מהרשד"ם ובס"ק צ"ז דאם צוה אביהם להחזיר המשכון ונאבד פטורין היתומים דמיד נסתלק שם משכון ונעשה פקדון (וקצת צ"ע לפי דיעות הסוברים דבמשכון לא מהני מחילה עיין לקמן סימן רמ"א. ובמחנה אפרים דף למד ובקצה"ח סימן הנ"ל וקצרתי):

ועיין במחנה אפרים בענין משכונו של גר שמיד דפקע ההלוואה פקע קנין המשכון. ולכן במקדש במחילת מלוה מקודשת אף ע"פ שלא החזיר לה המשכון דמיד כשמחל המלוה פקע שעבוד המשכון מעצמו ומכ"ש היכא שנפרע מזה מה שנתחייב לי שנתבטל שם משכון ממני לגמרי ולפי שהדברים פשוטין קצרתי ואם מחמת שלא הוחזר לו הכתב פשיטא שאין זה מעכב מלסלק השעבוד מעל המשכון דמיד כשקיבל סחורתו נתבטל חיוב הכתב ומחויב להחזירו לבעל המשכון או להשליש אם כבר החזיר המשכון

ובשביל שעיכוב הכתב ת"י לא הוכשר אחר שנפסל ונתבטל וחספא בעלמא הוא ואף ע"פ שחזר זה ושעבד לו המשכון שנית ע"פ כתב זה אין בכך כלום שאם היה נמסר לידו שנית מיד השליש גופא היה מקום לדמות זה למ"ש הסמ"ע סימן מ"ח בשם הע"ש דבכת"י שאין טורף ממשעבדי חוזר ולוה בו. והש"ך שם כתב דאם כתב בכת"י כל מי שמוציאו גם הב"ח מודה וע"ש בש"ך הטעם דכיון שהחתום בעצמו חזר ולוה בו ואומר אתחייב לך בכת"י הרי הוא כאלו חתם עצמו מחדש ע"ש וזה שייך כשהחתום בעצמו מוסר הכתב משא"כ בזה שהשליש לא חידש מסירת הכתב כלל רק בעל החפצים מסר הכתב של השליש לבטחון שנית פשיטא דלא מהני דאפי' אם הוא נותן לו היום בשטר ובקנין שמשעבד לו את החפצים המונחים ת"י השליש לא מהני כשהשליש טוען שתפס לחובו ואפי' בלוה בכת"י שרוצה לחזור וללוות עליו כתב בסמ"ע דדוקא שלוה בו ביום דאל"כ הא קיי"ל מלוה על פה מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר ועכ"פ למלוה ע"פ מאוחר כו' ע"ש אך באמת א"צ לכל זה דאף מאן דס"ל דבכ"י חוזר ולוה בו או בממרם היינו לענין שיהיה מועיל שלא יוכל לטעון פרעתי כשיש בו נאמנות כמבואר שם אבל גוף החיוב מחמת ההלואה קא אתי שהלוה לו שנית אבל כאן דמחמת ההלואה שהלוה לו שנית לא נשתעבד המשכון כיון שזה תפוס בו לחובו ואם נאמר שיתפוס בו שעבוד חדש ע"י מסירת הכתב של השליש פשיטא שאינו מועיל אפי' תאמר דמה שבעל החפצים מוסר הכתב כאלו מסרו השליש לא מהני להטיל שעבוד על המשכון מצד מסירת השטר ולהוציא אותו מרשות התופס בו דפשיטא דלענין זה הוי כשטר שנמחל שעבודו וגרע מיניה אבל בלא"ה הדבר פשוט דמה שהוא מוסר לו כתב השליש לאו כלום הוא אפי' לגבי בע"ח אחרים שאין להם תפיסת יד בפקדון זה דחספא בעלמא הוא: ועוד נראה דאפי' אם היה מועיל מסירת הכתב של השליש מיד בעל החפצים ועי"ז נשתעבדו החפצים לבעל הסחורה אף להוציאם מיד השליש התופס מ"מ פשיטא שיכול השליש לומר שלא היה בדעתו להתחייב בכתב זה נגד בעל הסחורה רק על פעם ראשונה בלבד לפי שהייתי צריך שיהיו החפצים מונחים אצלי וכאשר יצאתי י"ח נגד בעל הסחורה יהיה נכון לבי בטוח בחובי על החפצים הללו ועל שתחזור ותתן לו בפעם שנית על כתב ידי לא צויתי ולא עלתה על לבי וכל שנמסר שלא בציויו ה"ז כחרס כמבואר בסי' ל"ט לענין שטר בעדים וק"ו הדברים וא"ל דכיון דנכתב סתם ה"ל כאלו נתרצה על כמה פעמים הדבר מבואר בתשובת בת מהרשד"ם חלק ח"מ סימן ל"ח במי שכתב שהוא ערב קבלן לכל מי שיתן לפלוני סך פ' ונתן לו פעם שנית וטען שלא נתערב רק בפעם ראשונה וכתב מהרשד"ם שיכול לומר מה שנמצאתי ערב הוא אם יתנו לו באותו הפעם שהלך

מאתי כו' אבל אם יתנו ופרע לזה לא נתכוונתי ואיני רוצה להיות עוד ערב כו' וכ"כ בשו"ת משפטי שמואל סימן מ"ה ועיין בקצה"ח סימן ל"ח שלמד מזה דאף בממרני או שכתוב בו לכל המוציאו לא מהני בנמחל שעבודו שכבר פרע עליו פעם אחת וכתב שכן נראה מהט"ז וכ"ז אם היינו אומרים שמסירת כתב השליש מועיל להוציא מידי תפיסתו של זה. הדבר פשוט ומבואר שאין מועיל אף לגבי בע"ח אחרים ומכ"ש להוציא מיד זה שמוחזק בהם ותפסו ברשות שאין הלוה יכול למוכרם או לשעבדם לאחר כלל:

וא"כ הדבר פשוט ומבואר שתפיסת השליש מועיל ואין מידו מציל ע"י טענה שנשתעבד לו שנית וגדולה מזו שאפי' אם בפעם ראשונה האמין בעל החפצים לבעל הסחורה ומסר החפצים לידו למסור אותם ליד השליש וכאשר מסר אותם לידו ורצה ליקח ממנו כתב שלישית לא רצה ליתן לו ואמר לו שכיון שהם של פלוני אני תופס אותם לחובי שפשיטא דמהני תפיסתו כמבואר בסימן נ"ח ע"ש דכ"ע מודים בכה"ג ונראה דאפי' אם זה המביא להשליש עמד וצווח אני נתתי לו סך פלוני על החפצים הללו מ"מ כיון שמודה שלא נמסרו בידו שיהיה ת"י למשכון רק שהאמינו שיוליכים לפלוני ויהיה הוא שליש על המשכונות וא"כ עדיין לא זכה בהם בתורת משכון כלל וכיון שכאשר באו ליד השליש לא קבלם ע"מ לזכות בשביל זה בתורת משכון כ"א קבלם לטובת עצמו ואמר לעצמי אני מציל פשיטא שאין זה מוציא מידו אף ע"פ שקיבלם בשתיקה וכן מבואר בח"מ סי' פ"ג דאם שלח עם המלוה מעות לאחרים וקיבלם בשתיקה יכול לומר אח"כ אקבלם לעצמי ומה ששתקתי כדי שתתן לי המעות והש"ך כתב דאפי' מסר לו בעדים ואמר לו הולך לפלוני או תן לפלוני וכן מבואר בשו"ת תולדות אדם להרשב"א סימן ק"ג והביאה בשו"ת מהרא"ה ששון סי' ו' ודלא כאו"ת שם. ומה שהקשה האו"ת שם מסימן רס"ט כתבתי במקום אחר ישוב נכון:

ועיין בקצה"ח וקצרתי דבנ"ד נראה דאפי' אם בעל הסחורה אמר להשליש זכה בעבורי בחפצים הללו בתורת משכון לא מהני כיון שלא נתן לו מעות רק על אחריות סחורה ואכתי לא מטא זמן חיובא ואין נופל בזה שם זכיה כלל ומכ"ש שבאמת לא אמר לו שיזכה עבורו וכיון שאין כאן זה הרי זה יכול לומר אף ע"פ שקבלתי ע"ד שיהיה לבטחון עבורך אני חוזר בי ומעכב לעצמי כמבואר בדברי הש"ך באומר צא ופרע לפלוני בע"ח חובי דלא הוי כזכי אף אם קיבל מתחלה לצורך פרעון הבע"ח שוב יכול לעכב לעצמו. וכ"כ בספר נתיבות משפט לשארי הגאון אב"ד דק"ק ליסא דאם אמר לשון דלא הוי כזכי כגון צא ופרע לו לפלוני וכדומה כל כמה דלא נתנם לידו יכול לעכבם לעצמו בחובו וא"צ שיהיה דעתו מתחלה לכך כו' עכ"ל וא"כ פשיטא בכה"ג בנ"ד שזה היה יכול

לתפשם לעצמו בפעם ראשונה ומכ"ש כגוונא דנ"ד שכבר נסתלק השלישית והשעבוד מפעם ראשונה לגמרי לית דין צריך בשש שזה זוכה לעצמו ואע"פ שזה חזר ושעבד לזה במשכון פעם שנית לאו כלום הוא ובטעם זה לבד יש די להכריע הדין אך לרווחא דמלתא ולהתלמד במקום אחר אבאר דאפי' אם אין השליש בע"ח רק בע"ח אחרים באים לדין אין לבעל הסחורה דין קדימה שדבר ברור הוא שאין בע"ח קונה משכון אלא א"כ בא לידו וקנה אותו באחד מדרכי הקנין שהמטלטלין נקנין בהם וכמבואר מדברי הנ"י פ"ק דב"מ שהבאתי לעיל וכ"כ הר"ן בפרק שבועות הדיינין דמשכון בשעת הלוואה מעות קונות ושלא בשעת הלוואה משום דבגוביינא ע"פ ב"ד אתי לידיה וכן מבואר בפ"י גיטין דף ל"ז שכתב דכיון דחזינן דשלא בשעת הלוואה קנה לגמרי אף ע"ג שלא נתכוין להקנותו קנין גמור אפ"ה קנה לגוביינא מדר"י ושלא נעשה מטלטלין א"צ בניו וכן לענין בע"ח מוקדם אלמא משעת תפיסתו קונהו במשיכה להא מלתא אע"ג דהוי קנין לחצאין א"כ ה"ה במשכנו בשעת הלוואה קנה במשיכתו למלתא שאם לא יפרענו יזכה בו למפרע ומה"ט לא נעשה מטלטלין אצל בניו ולענין שאין בע"ח מוקדם יכול להוציא מידו כו' עיין שם הרי מבואר דמטעם שקנה המשכון במשיכתיה למילתיה לכן אין בע"ח מוקדם יכול להוציא מידו וא"כ היכא דליכא משיכה בגוונא דאיירינן הכא שהיה לו פקדון ביד אחר ושעבדו למלוה שלו בתורת משכון בדברים בעלמא לא קני ליה כלל ובע"ח מוקדם מוציא ממנו לפי שלא חל עליו שם משכון כלל:

ולכאורה מדברי הפ"י נראה דאף בשעת הלוואתו לא קני ליה כ"א במשיכה וטעמא דאע"ג דד"ת מעות קונות ובשעת הלוואה איכא מעות מ"מ כיון דרבנן תקנו משיכה לענין מקח וממכר גם לענין קניות המשכון צריך משיכה מדרבנן עכ"פ:

אך מדברי הר"ן ונ"י בשמו שהבאתי לעיל נראה דבשעת הלוואה מהני מטעם מעות דאיהו ס"ל דקנין משיכה לא מהני למשכון שאינו רק לשעבוד בעלמא ע"ש. ונראה דהר"ן לטעמיה אזיל לפי מ"ש הב"י רס"י קצ"ח בשמו דשכירות מטלטלין נקנין בכסף דליכא למימר שמא יאמר נשרפו כו' דכיון שהגוף שלו טרח ומציל כו' ע"ש ולפי"ז נראה דה"ה לענין קנין משכון שפיר נקנה בכסף לחוד מה"ט דהא עכ"פ אין הגוף שלו ובדעתו לפרוע למלוה ולהחזיק המשכון לעצמו הלכך שפיר טרח ומציל אך בב"י ס"ס ש"ז כתב בשם הנ"י פ' השואל דשכירות מטלטלין הוי כמכירה. ואינו נקנה אלא במשיכה וכ"כ הרשב"א והסכימו עמו האחרונים:

ועיין בשיטה מקובצת ב"מ דף צ"ט שכתב דמדברי רש"י נראה שאין שכירות נקנה בכסף ותמהני לר"י דאמר מעות קונות כו' ואיכא למימר הואיל ותיקנו רבנן במכירה לא פלוג

בשכירו' דהא נמי מכירה ליומא הוא כו' והאי תירוצא לא ניחא לי כו' ע"ש ולפי זה י"ל דגם במשכון נמי משיכה דוקא בעי דלא פלוג בין קנין משכון לממכר ואע"ג דלא שייך בזה הך סברא דשכירות ליומא מכר הוא מ"מ במשכון נמי הוי כמכר כיון שאם לא יפרענו יפרע מהמשכון ומכ"ש לפי מ"ש הפ"י דהוי מכירה למפרע ולפי שיטה זו שפיר כתב הפ"י דבשעת הלוואתו נמי בעי קנין משיכה דוקא ועכ"פ אין ספק דגם לקנות משכון לא נקנה בדברים בעלמא רק במשיכה או אי עכ"פ במעות וכן מוכח לענ"ד מהא דאמרינן בב"מ דף מ"ח קרא ומתנית' מסייע לר"ל כו' כגון שייחד לו כלי להלוואתו וע' בפ"י שם ובקידושין דף מ"ח שכתב שמזה סיוע להרמב"ם דמלוה קונה במכר ובאמת שכבר קדמו בראיה זו תלמידי הרשב"א והביאו הב"י סימן קצ"ט וכתב שם בשם בעל החידושין לדחות זה דמיירי כגון שייחד לו כלי בשעת הלואה דאיכא מעות ובש"מ בב"מ שם דף מ"ח כתב ראיה זו ודחיי' זו בשם הרמב"ן וכ"כ בפ"י בב"מ ובשם תוספות חיצונות כתב דמיירי שמייחד כלי בהנאת מחילת מלוה ע"ש ועכ"פ מוכח דמשכון למכירה דמי להצריך קנין משיכה או מעות דהא משמע דהך ייחד כלי היינו בתורת משכון דאם מייחד הכלי בתורת מכירה א"כ מאי פריך לר"ל היינו פקדון לר"י נמי תיקשי והי כיון שקנאו קנין גמור ממילא דפקדון ממילא איתי ליה גביה וכן מאי משני תרי גווני פקדון דמאי תרי גווני הוא דהא כיון שהכלי קנוי לו קנין גמור מה איכפת לן אם קנה אותו במלוה או במחילתה וכה"ג ס"ס הכלי שלו הוא והפקידו אצלו וע"כ לומר דהאי דייחד לו כלי אינו בדרך הקנאה ממש רק בדרך משכון בלבד וא"כ שפיר הוי הפרש בין זה לפקדון וא"כ משמע דגם במשכון צריך קנין הצריך במכירה:

וע"ש בש"מ בשם הריטב"א שכתב אפ"ה חשיבא כפירה כל שזכה בשעבוד הכלי במעות או במשיכה משמע מזו כמ"ש (וע"ש בשם הראב"ד דמוקי לה כגון שאמר ליה לא יהא לך פרעון כו' וע"ש מ"ש בשם הריטב"א להוכיח שהאומר לחבירו עשה מלאכה פלוני ואתן לך כלי פלונית אם לא משך לא קנה ע"ש ולכאורה אם נאמר דבמשכון מיירי יש לחלק וקצרתי) דהך דייחד כלי היינו בתורת שעבוד וכן מבואר מדברי התוספות דכתובות דף מ"ב ע"ב ד"ה מאי לאו כו' ואומר רשב"א דלר"ל מיירי שנתן לו כלי בתורת משכון לקנסו וחזר והפקידו וכו' מבואר דאף שאינו נותן לו רק בתורת משכון לא מהני בלא קנין משיכה לר"ל ומבואר דלא נקנה למשכון אם לא בקנין של מכירה וגם בלא ראיה מצד הסברא יש לנו לומר כן דכל קיום איזה ענין בדבר שבממון לא נקנה בדברים בעלמא וא"כ בנ"ד לא מיבעיא לפי מה שכתוב הפ"י דבמשכון אפי' בשעת הלואה לא מהני בלא קנין משיכה וכן נראה לפי דעת רש"י והרשב"א והאחרונים בענין שכירות מטלטלין א"כ

בנ"ד שלא היה כאן משיכה לא קנה משכון ובעל חוב מוקדם מוציא ממנו אלא אפי' לפמ"ש הר"ן דמעות קונות בשעת הלואה ומשמע דמהני קנין מעות לדידיה אף מדרבנן וכמו דס"ל בשכירות מטלטלין מ"מ עכ"פ בעינן שיהי' הלוואת מעות משא"כ בנ"ד שלא נתן לו מעות ולא הקנה לו שום דבר רק ששעבוד לו עבור אחריות הסחורה אם תופסד א"כ אין כאן קנין למשכון זה דמנה אין כאן קניית המשכון אין כאן דליכא לא משיכה ולא מעות ובע"ח מוקדם יכול להוציא ומכ"ש אם תפס שאין מוציאין מידו והדברים ברורים בס"ד:

ועתה אבאר לטעם הג' שכתבתי דאפי' אם היה מוסר ליד הסוחר עצמו החפצים על אחריות הסחורה לא היה מועיל דקנין מעות אין כאן וקנין משיכה לא מהני לפי דברי הר"ן לשיטת הר"י בן מיגאש דבמשכון לא מהני קנין משיכה הלכך במשכון לא הוי הילך שאין כאן קנין מעות דהלואה אינה קונה ע"ש:

ואמנם הר"ן בפרק שבועות הדיינין סיים בה וז"ל ואפי' תאמר נקנה הוא במשיכה לשעבודו כשם שנקנה בכסף לשעבודו במשכנו בשעת הלוואתו מ"מ אינו ככסף לקנות בו אמה עבריה וה"נ משכון לאו הילך הוא עכ"ל:

ולכאורה צריך ביאור שהרי כבר כתב שדחו בזה ראייתו מאמה העבריה וקידושין דהתם שעדיין לא נתחייב במנה אין כאן חוב שיהיה נתפס בו המשכון כו' וצ"ל דהשתא ס"ל דמסתבר למימר איפכא דהקנין נתפס באמה העבריה וממילא שיש כאן חוב ונקנה המשכון מתורת כסף ומה חזית למימר מנה אין כאן דהקנין אינה כלום אדרבא נימא ע"י שזה מקנה לו האמה העבריה והוטל עליו לתת כסף תמורתה משתעבד לזה המשכון אלא דע"כ דאף אם תאמר כן אין המשכון שהוא שעבוד בעלמא במקום כסף ולכן גם הילך לא הוי וכן התוספות בקידושין דף ח' כתבו שאין המשכון תחת הכסף כיון שלא ישאר ת"י האשה ועכ"פ מדברי הר"ן מבואר דמספקא ליה בהא אם מועיל משיכה בזה שאינו רק למשכון בעלמא והנ"י בב"מ השמיט סוף דברי הר"ן בזה ונקט רק סברא קמייתא דהר"ן שאינו מועיל משיכה לקנין משכון:

וכן נלענ"ד סברת הריטב"א בזה שכתב בקידושין דף מ"ד גבי האי דהשואל קורדם כו' ובשאלה דלא מיקני גוף הכלי כלל אלא לתשמיש שבו אין לקנות במשיכה כשם שאין אותיות ניקנית במסירה לחודא לענין שעבוד שבהם שאין משיכה קונה אלא במושך גוף הדבר הנקנה כו' ע"ש וא"כ ה"ה לענין משכון שאינה מקנה לו גוף הדבר רק לשעבוד לבד אין משיכה קונה בו וגרע טפי מהאי דשאלה דהתם קנין הגוף איכא לתשמישו ואפ"ה כתב הריטב"א שם דלא דמי למקנה גוף לפירות שהפירות יוצאין מגוף הקרקע

משא"כ בנותן כלי לתשמיש כו' ע"ש שכתב דאפי' למאי דלא קי"ל כר"ה אלא כר"א דתיקנו משיכה בשומרין מדינא לא מהני ביה משיכה אלא מדרבנן דתיקנו הכי וכן מבואר בש"מ בב"מ דף צ"ט בשם הריטב"א אלא דשם משמע דדוקא משום דמשיכה אין רק מדרבנן ולא תיקנו רבנן רק במכר או במתנה שהוא קנין הגוף כו' ומדברי הר"ן משמע דבמשכון אין משיכה מועלת אף אם היה מועיל קנין משיכה לקנות הגוף מן התורה מ"מ שעבוד בעלמא לא נקנה במשיכה:

ועיין בפ"י דגיטין דף ל"ז שכתב דאי לאו דרבי יצחק לא הוי ידעינן הא מלתא גופא שקונה במשיכה דאפשר דמשיכה אינה קונה אלא היכא דנפיק מרשותא דמריה לגמרי כמוכר ונותן מתנה אבל דרך שעבוד ומשכונא לא מש"ה מייתי מדר"י ע"ש:

וגם בקידושין דף י"ט כתב הפ"י בתוספות ד"ה במלוה שיש עליו משכון כתב הך סברא גם לענין קנין מעות דאפי' למ"ד מעות קונה י"ל דהיינו היכא שהגוף קנויה לו משא"כ במשכון כו':

וגם בפסחים דף ל"ב כתב דעיקר מלתא דר"י אינה אלא לענין דשייך צד קנין במשכון אף ע"ג שאינו מקנה לו הגוף אלא לשעבוד ולבטחון בעלמא אפ"ה קונה ד"ת כאלו הוא שלו וכיון דבשלא בשעת הלוואתו דאף כסף מהני כ"ש בשעת הלוואתו דאיכא תרתי כסף ומשיכה פשיטא דקונה אלא לענין אחריות משמע להש"ס כו' ע"ש. ולפמ"ש לעיל מוכח מהך דב"מ דקאמר כגון שייחד לו כלי דמהני קנין מעות או משיכה גם לגבי משכון ולפי דברי הר"ן י"ל שיחד לו כלי להלואתו היינו דשקליה למשכון ע"י שליח ב"ד שהוא לגוביינא דבהא ודאי קונה משכון:

וראיתי בקצוה"ח סימן ע"ב סק"ב שהקשה לסברת הר"ן דלא שייכא משיכה למשכון בעלמא א"כ מאי קאמר תשומת יד לא אהדריה משום דמחוסר משיכה דהא היכא דלא שייך משיכה קונה בכסף לר"ל כמ"ש הג"א פרק הזהב כו' ע"ש ולק"מ דע"כ לא קאמר התם אלא לענין עובר פרה שאין נתפס בו קנין משיכה כמבואר שם דלא משכח ביה משיכה אבל מידי דשייך ביה קנין משיכה מצד גוף החפץ רק שע"ד שרוצה להקנותו אין קנין משיכה נתפס בו כגון שעבוד משכון שהרי לא נקנה לו גופו ממש רק שעבודו בזה לא מהני אף קנין מעות והוי כההיא דאין אותיות נקנות במסירה שהביא הריטב"א ומה שמדמה זו למ"ש התוספות במציאה ומתנה לר"י וכ"כ בח"ב סימן)(דעת לנבון נקל שאין זה ענין לזה ובגוף דברי הג"א בשם א"ז הארכתי בתשובה אחרת וכאן קצרתי. וגם כי בקנין מעות גופא יש לפקפק דשמא לא מהני קנין מעות כי אם היכא שקונה הגוף כמ"ש הפ"י. ואפשר שזה טעם הסוברים דר"י לא אמר אלא שלא בשעת הלואה משום

דאז נקטו ליה ב"ד לגובייא משא"כ בשעת הלוואה אף דאיכא מעות לא מהני כיון דלא קניא לגופא כ"א לשעבוד לבד וגם י"ל כיון דר"י ור"ל ס"ל דשעבודא דאורייתא א"כ הא קמן דמעות מהני לשעבד נכסי הלוה וה"נ מהני לענין שעבוד משכון ועיין בסי' ל"ט דאם אמר להלוות על משכון והחזיק במשכון אינו יכול לחזור בו:

ולכאורה צ"ע לפי מ"ש הר"ן דמשיכה אינה מועלת לשעבוד המשכון ומעות אין כאן שיקנה בו שהרי עתה הוא שרוצה שילוה לו ע"י שהחזיק במשכון וא"כ למה לא יוכל לחזור בו דהא כל כמה שלא לוה לו לא נכנס המשכון לשעבוד כלל והרשב"א בתשובה שם לענין משכונות קרקע מיירי ובאמת בקרקע לא שייך בע"ח קונה משכון כמ"ש התוס':

והרשב"א כתב מיהו אם זה המלוה ירד למשכנתא והחזיק בקרקע לא היה לחזור בו כו' אבל כשלא זכה עדיין בקרקע לא נתחייב בכלום דאי מחמת שטר המשכון קרקע אינו נקנה בשטר לבדו אלא בכסף ושטר עכ"ל משמע דאע"ג דלא שייך בע"ח קונה משכון בקרקע מ"מ כיון שעשה מעשה קנין המועיל במכירה כגון חזקה נתחייב המעות לזה:

ולכאורה צ"ע דגם בחזקה י"ל דאינו מועיל כ"א לקנות הגוף אבל לא לקנין שעבוד וכמ"ש הר"ן לענין משיכה ואפשר דהתם מיירי בהחזיק בקרקע לאכול פירות בנכייתא דזהו כמו מכירה הוא וכמש"ל בשם הריטב"א דבפירות שדה עדיף שהפירות יוצאים מגוף הקרקע משא"כ במשכון מטלטלין אף ע"פ שמשך לא מהני בלא מעות וכמ"ש הרשב"א דשטר המשכון לא מהני בקרקע בלא מעות ומצאתי בקצה"ח שכתב ג"כ דהאי דהרשב"א במחזיק באכילת פירות בנכייתא משום דקשיא ליה מהאי דמנה אין כאן כו' ויבואר לקמן אי"ה:

ועכ"פ קם דינא ואתברר דינא דלפי מה שכתב הר"ן דבמשכון אין קנין משיכה מועיל וכן הוא סברת הריטב"א וכן נראה דעת כמה פוסקים הסוברים דהאי דבע"ח שלא בשעת הלוואתו קונה משכון היינו דוקא בגביה שע"י ב"ד וכמ"ש במקום אחר וכמבואר בפ"י ואף לפי מ"ש שם דלהכי מייתי מדר"י דאשמועינן קרא שקונה משכון. נראה דלא שייך דר"י אלא בנתן לו משכון על הלוואה דשייך ביה ולך תהיה צדקה אבל בכה"ג שלא לוה עליו כלום רק שמשעבד לו על אחריות הסחורה דליכא למימר ביה שקונה משכון שהרי עדיין לא מטא זמן חיובא א"כ אין קנין המשיכה מועיל להיות קודם לשאר בע"ח וכמ"ש לעיל בשם הפ"י והלכך אפי' בפעם הראשון שנמסר ליד השליש להבטיח אחריות הסחורה לא מהני להקדימו לשאר בע"ח:

ועתה נבוא לטעם הדבר דמה שהמשכון ביד השליש אינו קנוי לבעל הסחורה משום דמנה אין כאן משכון אין כאן וזה מבואר בקידושין דף ח' ובדברי הרא"ש שהבאתי לעיל ובטור אה"ע סימן נו"ן. והנה הב"י הקשה שם דלפי מ"ש הטור קודם לזה דבשידוכין אין דין אסמכתא מחמת הבושת א"כ מנה יש כאן. והט"ז שם כתב לתרץ דנהי דמתחייב מצד בושת מ"מ החיוב שלו אינו כלום מצד אסמכתא רק שחכמים קנסוהו מצד הבושת א"כ מנה אין כאן דדוקא אם יש לו ממון מצד שהוא חייב ע"ז ומשעבד לו המשכון כו' והביאו ב"י:

וכתב הט"ז וא"ל דמאי נ"מ לענין משכון סוף סוף כיון דמהני לענין חיוב הבושת יכול לגבות מהמשכון ז"א דנ"מ אם קנאו ממש אף שיש חובות אחרים על המבייש ואין לו לשלם לשניהם הו"ל זה שיש משכון בידו מוקדם לשאר בע"ח מאחר שהוא קנה המשכון ואע"ג דאינו ברשותו כגון שחזר והשאילו לזה או שהוא ביד אחר בענין שאינו מוחזק מ"מ הו"ל משכון שלו ויש לו זכיה בגופו ואין לזרים חלק בו משא"כ אם לא קנאו ממש אז אין לו זכיה בו טפי מאחר רק מצד שהוא מוחזק ת"י ותו לא עכ"ל. והעתקתי דבריו לפי שהם עסוקים באותו ענין ממש דנ"ד דאף שכשיעבור זה יתחייב מצד הבושת מ"מ אין זה עושה קנין למשכון להיות שלו ואין לו דין קדימה לגבי שאר בע"ח. וממנו נקח לנ"ד דאע"ג שאם נפסד הסחורה ע"י פשיעתו של זה הוא מתחייב עליו מצד מעשה הפשיעה מ"מ החיוב שלו שנתחייב בשעה שנתן המשכון אין לו מקום לחול אז כלל דאפי' שעבוד נכסים אין כאן רק משעת אונסין ולא משעת משיכה כמבואר סימן שמ"א סעיף ד' ע"ש בסמ"ע וש"ך שכן דעת רוב הפוסקים:

ועיין בש"ך סימן רצ"א שכתב הטעם משום דלא דמי להלוואה דלהוצאה ניתנו וא"כ חיובא מיד רמי אנכסיה אבל שאלה כיון דהדרא בעיניה א"כ לא רמיא חיובא על נכסיה דהשואל דכ"ז שהיא בעין חייב להחזירה כו' ע"ש. וא"כ נראה ברור דכמו דלא רמי חיובא אנכסיה דהשואל מטעם דאכתי ליכא חיובא דהא איתא בעינא כ"כ אי אפשר למרמי' חיובא על המשכון דהשתא מיהא ליכא חיובא ואמרינן מנה אין כאן משכון אין כאן:

ולפי זה נראה שא"צ לדוחק שכתב הט"ז לחלק משום דאין לו ממון מצד החיוב דלכאורה מה חילוק יש דס"ס אם יחזור יתחייב וע"ז משעבד לו המשכון דלפי מ"ש בפשיטות י"ל דאף ע"ג שאם יחזור יתחייב מ"מ עתה אין כאן חיוב כלל ולא משתעבדי נכסים וה"ה המשכון אינו משתעבד כלל ואפשר דהט"ז ס"ל דכיון שהוא נותן משכון על אותה שעה שיתחייב א"כ נהי שאין לו חלות עתה יחול אז וע"ז כתב דמה שמחויב לשלם אז הוא מצד הבושת דהיינו המעשה ולא מצד התנאי של עכשיו והמעשה הוא מחודש בעת

ההוא והו"ל כנותן משכון על חיוב דלהבא שאפשר שיבא איזה חיוב ונותן משכון על זה א"כ יש על שעבוד המשכון דין אסמכתא ואינו נקנה. וא"כ כן הדבר גם בנ"ד דנהי שלבסוף הוא מתחייב על המעש' מ"מ המשכון אינו נקנה לו שהרי אסמכת' הוא וגם כי כל כמה שלא נתחייב גופו אין חל שיעבוד על המשכון וא"ל שיחול בשעת החיוב מ"מ יכול לחזור בו קודם לזה ואפשר דאפילו אם לא חזר בו ג"כ אינו חל דהו"ל כנותן משכון על חיוב שלא בא לעולם וכמבואר בש"ע סימן ס' סעיף ו' דאם מקנה דשב"ל אפילו נתן לו משכון אינו כלום והיינו מטעם דחיוב אין כאן משכון אין כאן:

אך יש לחלק דהתם גם כשבא לעולם אין כאן חיוב ואין מקום למשכון לחול משא"כ בזה שיש לו מקום לחול בשעת החיוב וחילוק זה מבואר בדברי הרא"ש בקידושין דמחלק בין האי דמנה אין כאן להההוא דב"מ כשבא חבילה לידו וכתב דבמתנה שאמר ליתן לא נתחייב ולא יתחייב בה לעולם לפי שיכול לחזור בו לפיכך לא נשתעבד המשכון במשיכתו אבל האי דפועלים כיון דדבר אבוד הוא וחזרו בהן חייבין לשלם לו ההפסד הלכך נשתעבד לו המשכון שלהם לשכור עליו עד כדי דמיו עכ"ל ועיין בתוס' שם הרי מבואר דכל שאין כאן חיוב אף לאחר זמן פקע תורת משכון לגמרי משא"כ היכא שבא לידי חיוב אע"פ שאין החיוב בשעת לקיחת המשכון מ"מ שפיר משתעבד בעת החיוב (אך דברי הרא"ש בזה צריכין ביאור ועיין בח"מ סי' של"ג ואין כאן מקומו) ונעשה משכון על החיוב שנתחייב בעת ההוא:

אלא שצ"ע לפי מ"ש התוס' בכתובות דף מ"ב דמיירי שיחד לו כלי כשיעמוד בדין ויתחייב לו יהיה כלי זה מיוחד לו לגבות ממנו דמי אונסו והקשו על זה דהא הוי דשב"ל כיון שאינו נותן לו הכלי מיד אלא שמיחדו לגבות ממנו אם יתחייב כשיעמוד בדין והא דשב"ל הוא ע"ש ואפשר לומר דודאי לענין שיהיה הכלי זה מיוחד לגבות ממנו אע"פ שעודו בבית הבעלים א"כ בעינן לזה קנין ע"פ אמירתו של זה שיחדו מתחילתו לכך וליכא דאף דמטא זמן חיובא לא נקנה להיות מיוחד לו לגבות ממנו דבשעת אמירה שמייחד לו היה החיוב דשב"ל ולא מהני אמירה זו כמו בכל מקנה דשב"ל שלא קנה אף שאח"כ בא לעולם משא"כ כאן שנתן משכון ליד זה שאם יתחייב ישתעבד לו משכון זה כיון דמשכונא בידיה אין אנו צריכים לאמירתו ששעבדו מתחלה לכך אלא כיון דעכ"פ גלי דעתיה שנתחייב לו עתה הרי זה תופס למשכון על החיוב שנתחייב לו וכההוא דחבילה:

ולפי זה א"ש דברי הט"ז דהט"ז שם מיירי בגוונא שעתה בשעת חזרה וחיוב הבושת אין המשכון ברשותו ויש ג"כ בע"ח אחרים ובכה"ג פשיטא דלא מהני דקניית משכון

מחמת החיוב והשעבוד בעת נתינת המשכון אין כאן דהא אכתי לא נתחייב כלל וא"כ מה שמשעבדו לו לכשיתחייב דשב"ל הוא וא"כ אין לנו לדון אלא מצד שממילא נעשה משכון בשעת החיוב ז"א רק אם הוא מוחזק בו אז בלא"ה יכול לתופסו נגד בע"ח אחרים ואם אינו מוחזק בו בעת ההוא אין עליו תורת משכון להקדימו לבע"ח אחרים ויד כולם שוים בו אלא דלפ"ז לא היה הט"ז צ"ל דלא מהני טעמא דבושת אהא דמנה אין כאן דהא אין לו מנה מצד החיוב דהחיוב שלו אינו כלום אלא דחכמים קנסוהו והפקיעו דין אסמכתא מחמת בושת כו' ולכאורה ל"ל כולי האי ת"ל דחיוב הבושת אינו אלא בשעת חזרה וא"כ אי אפשר לתת עליו תורת משכון מחמת אמירתו שמשעבד עכשיו ונראה שכוונתו דודאי אם החיוב שלו מועיל ולא היינו דנין בו דין אסמכתא ע"כ לומר שהוא בענין שהחיוב מתחיל מיד (וכגוונא דאמר התם דקנו מיניה דלא כאסמכתא כו' ור"ל כיון דקנו מיניה כל קנין מעכשיו הוא דאל"כ הדר סודר למאריה וא"כ מיד נתפס השיעבוד למשכון) דא"כ אין מסולק מדין אסמכתא ובכה"ג שהחיוב מתחיל מיד באמת היה מועיל השעבוד בתורת משכון ולכן כתב הט"ז דהא באמת אין לו מנה מחמת החיוב דאינו כלום משום אסמכתא וא"כ אינו מתחיל מיד רק דהחיוב בעידן חזרה מצד בושת אבל אינו מועיל לשעבד החפץ בתורת משכון כשאינו מוחזק בידו וכשמוחזק בו בלא"ה זכי לנפשיה כדין בע"ח שקדם וגבה:

וראיתי בק"א לספר המקנה בסימן נו"ן כתב על דברי הט"ז שכתב דנ"מ אם החוב מתחיל מעכשיו אז חל עליו תורת משכון להיות קודם לבע"ח צ"ע לדין זה דאף אם הוא בתורת קנס (תיבת קנס נ"ל שט"ס וצ"ל קנין ור"ל דאף שהיה החיוב מועיל שיתחייב לכשיחזור) אינו חל אלא משעה שחזר בו ואם אינו ברשותו באותו שעה לא קנה את המשכון קודם החיוב ואם הוא ברשותו בשעת חזרה זכה בו מדין תפיסה קודם בע"ח אחר עכ"ל:

ולפמ"ש דברי הט"ז נכונים דהט"ז מהאי טעמא גופא אתי עלה דכיון דחיוב מחמת בושת אינו אלא בשעת חזרה ואם בההוא שעתא לאו ברשותו קיימא אין כאן דין משכון משא"כ אם היה מקום לחיוב שיתחיל מעכשיו שקנה המשכון לשעבודו מיד ואם כוונת הגאון ז"ל דאפילו כו' בתורת קנין ר"ל היכא שקנו מיניה בקנין דס"ל להטור דמהני דמ"מ אינו חל אלא משעה שחזר בו. לענ"ד ז"א דקנין מהני שפיר דכל קנין מעכשיו הוא דאל"כ הדר סודר למאריה ועיין ס"ס קצ"ג וא"כ ע"כ דהכי קאמר ליה אני מחייב לך מנה מעכשיו בקנין זה רק ע"מ כשלא אחזור בי בטל החיוב ואם אחזור חל החיוב למפרע וא"כ שפיר חל השיעבוד על המשכון ג"כ על אופן החיוב ממש:

וראיתי בקצה"ח סימן ר"ז שכתב ג"כ ליישב דעת הט"ז ע"ד שכתבתי דכיון דחיוב הבושת אינו אלא כשיחזור לא מצי לשעבד המשכון לחיוב שיתחייב אח"כ דה"ל דבר שב"ל ומה שכ' בסוף דבריו שם דקושית הב"י נהי דבעי קנין מ"מ למה צריך ב"ד חשוב דהא הקנין מעכשיו הוא ולא הוי אסמכתא רק היכא דגזים אבל לא בגורם לו היזק ואף דהבושת אח"כ מ"מ גמר ומקני מעכשיו ע"ש ולענ"ד י"ל בדעת הט"ז דמ"מ כיון דבשעת נתינת המשכון אין כאן חיוב רק מחמת הקנין שאם יתחייב יהיה קנוי מעכשיו מ"מ לענין שיהיה המשכון קנוי לו מהשתא אכתי דין אסמכתא יש לו שלא היה בדעתו להקנות לו קנין גמור במשכון מעכשיו שהקנין מעכשיו לאבי' רק על גוף החיוב אבל לא על משכון שישתעבד מעכשיו אלא כשיתחייב בעת שיחזור משא"כ אם נעשה בב"ד חשוב שנסתלק דין אסמכתא לגמרי אמרינן גם המשכון הקנה לו ע"ד שאם יתחייב יהיה קנוי לו למפרע לשעבודו להמנה שנתחייב בהקנין מעכשיו וגם מה שהקשה שם על התוספ' כתובות שהקשו מה מהני יחוד כלי לכשיתחייב דה"ל דשלב"ל ולא מתרצה שמזכה לו בגוף המשכון מעכשיו ובתנאי כשיתחייב הקנס כו' לק"מ דהתם איירי שאינו מוסר לו המשכון כלל רק שמיחדו לו שיקנה כשיתחייב במעות של קנס וא"כ איך יזכה לו עתה בגוף המשכון מעכשיו אחרי שאין כאן עתה שום קנין כלל ומה שאמרו שמועיל כשאומר תזכה בגוף המשכון היינו כשמוסר המשכון לידו והוא פשוט וא"ל דנוקמא כשמוסר המשכון לידו ז"א דהא לר"י אין משיכה קונה וגם דהא לר"ש קיימינן ור"ש ס"ל מעות קונות אף לר"ל וכמבואר בבבא מציעא וכן תירצו התוספות שם קושית דכתובות ד"ה מאי לאו. ועיין בדברי אא"ז מהרש"א בזה ומ"מ הכא לא מצי לאוקמי כשאמר תזכה בגוף המשכון כיון דלר"ש אין קנין רק במעות אין זכיה במעכשיו כלל ועיין בספר כתובה שכתב ג"כ דנוקמא שיחד לו ע"י משיכה גמורה רק שהתנה אם יתחייב כו'. ולפי מ"ש לק"מ דהא אליבא דר"ש ודאי אין משיכה קונה כלל ומ"ש הקצה"ח על הט"ז מדברי התוס' ד"ה מאי לאו כבר כתבתי לעיל מזה. אך לענ"ד אין צריך לזה להך סברא דרשב"ל משום דהתוספ' שם דמיירי לענין שיהיו קנוי לו בקנין מעות שפיר כתבו דמיירי במייחד שיגבה כשיעמוד בדין וא"כ אף קודם העמדה בדין ה"ל כפירת ממון כיון שאם יעמוד בדין יהיה זוכה בכלי ועיין בב"ק דף ק"ה גבי הא דשורי גנבת כו' וע"ז הקשו דהא אף כשיעמוד בדין לא יזכה במעות הקנס מחמת היחוד של עכשיו דה"ל דשב"ל. אך בנידון הט"ז אפי' תימא דכה"ג לא הוי דשב"ל ס"ס אין מקום לשעבוד המשכון לחול בלא חיוב וא"כ אף שיועיל הקנאה זו כשיתחייב יהיה המשכון משועבד היינו אם היה המשכון בביתו ה"ל כאומר משוך פרה ותקנה אחר ל' יום ואז עומדת בר"ה עיין בכתובות דף פ"ו

דלא קנה וקנין מעות בההיא שעתא ליתא דודאי אין קונה במעות הקנס שמגיע לו מחמת הבושת וגרע ממעות מלוה דהכא לא היה בעין בעולם ברשותו ועיין בספר כתובה ר"פ נערה מ"ש בזה על דברי התוס' שם וקצרתי:

ואמנם הט"ז לאו מהאי טעמא כתב דמיירי באינו ברשותו רק משום דקשיא ליה דמאי איכפת לן בקנין המשכון כיון דמחייב משום בושת והך משכון נכסי דידיה נינהו וגבי מינייהו וע"ז כתב דנ"מ אם יש עליו תורת משכון לענין בע"ח אחרים וקצרתי. והנה הארכתי בדברי הט"ז מפני שדבריו הם קרובים לענינינו וכמעט ממש כענין נ"ד ומבואר מתוך דבריו ודברי הגאון בספר המקנה ובקצה"ח דכל כה"ג שנותן משכון לחבירו שאם יתחייב יהיה המשכון קנוי לו לשעבודו אפי' אם המשכון ברשותו י"ל דלא מהני דה"ל דשב"ל ומכ"ש כשאין המשכון ברשותו בעת ההוא אין ספק שאינו נקנה בתורת משכון ואם יש בע"ח אחרים גם הם באים ונוטלין כמ"ש הט"ז בהדיא ואפי' אם המשכון הוא מונח ביד שליש והשליש רוצה לתפוס בו בשביל זה שהושלש עבורו לא מהני כיון שלא זכה בו בשביל זה בשעה שנמסר לידו ומה שרוצה עתה לזכות עבור זה ה"ל כתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים כמבואר בח"מ סימן ק"ה סעיף ו' נפקד שתפס בפקדון כו' כמבואר דבחב לאחרים אף שהופקד בידו מכבר אינו יכול לתפוס ואפי' אם בעל החפץ גופא אומר הולך או תן לפלוני בע"ח דמבואר שם סעיף ב' דמהני היינו כשהוא נותן לו עתה החפץ בידו לזכות לזה אבל אם מתחלה לא בא לידו ע"ד לזכות לזה ואח"כ אמר לו תנהו לפלוני לא קנה אלא במעמד שלשתן ואפילו אם תופס החפץ בידו כו' כמבואר בסימן קך"ה סעיף ז' ובש"ך שם ס"ק ך"ח דאף בחוב ופקדון לא הוי הולך ותן כזכי אלא כשמסר לידו עתה כו' ע"ש וכ"ז אפי' ברוצה לזכות לו החפץ עצמו לשם זכיה אבל בכה"ג שאינו מזכה לו החפץ עצמו רק שאומר לו לתפוס לשם בע"ח למשכון לבד נראה דלא שייך בזה זכיה ועיין בסמ"ע שם ס"ק ד' שכתב דהטור דנקט לפלוני בע"ח לאו דוקא קאמר בע"ח כו':

ולפי מ"ש י"ל דרבותא אשמועינן דאפילו אמר לבע"ח דסד"א שאינו אומר לו אלא שיזכה בו בתורת משכון לבד לצורך בע"ח וזה לא מהני קמ"ל דאפי' דאמר לבע"ח כוונתו שיזכה עבורו בגוף החפץ לצורך בע"ח אבל אם אמר לו זכה בתורת משכון נראה דלא מהני זכיה כיון שאין לו זכות בגופו וגרע ממשיכה אליבא דהר"ן כמש"ל וא"כ אינו אלא רק תופס לבד בשביל המלוה ולא מהני תפיסתו במקום שחב לאחרים:

ומ"מ אפשר דאם הושלש מתחלה בידו ע"ד זה שיהיה משועבד לזה למשכון כשיתחייב א"כ י"ל דהשליש במקום הבע"ד קאי לזכות בו כשיגיע זמן החיוב לצורך הבע"ד וה"ל

כנמסר מתחלה לידו וא"ל זכה למשכון דבשעת מסירה ראשונה לא שייך חב לאחרים וכיון דבמקום בע"ד קאי ה"ל כאלו המשכון ברשות הבע"ד בעת החיוב וגם זה צ"ע וקצרתי כיון דבנידון זה שכבר עבר ענין השלישות הראשון והוא לע"ע כנפקד בעלמא ועיין בסי' קכ"ה בש"ך ס"ק כ"ג בשם הב"ח דנ"מ אם היה מלוה זה חייב לאחרים כיון דלא זכה בהם השליח וכאילו לא יצא מיד הלוה או הנפקד א"כ כל בע"ח חולקים בחוב זה כו' ע"ש וכ"ש בזה שהנפקד עצמו הוא הבע"ח ותופס לצורך עצמו שלא נגרע זכותו בשביל שבעל החפץ ובעל הסחורה תקעו כף וערבו משאות שזה החפץ המושלש ביד פלוני יהיה משועבד לו כשיהיה הפסד בסחורה שאין בדבריהם ממש להוציא מיד השליש שהרי לא עשה בו בעל הסחורה שום מעשה קנין הצריך לשיעבוד משכון שאין כאן לא קנין מעות ולא קנין משיכה וגם אפילו לכשיתחייב לא זוכה לו כלום בגוף המשכון אפילו שיזכה השליש עבורו רק מבואר בהכתב שמסר לו שהרשות בידו לתת לו סך פלוני עבורו א"כ אין זה זולתי קול בעלמא ואותיות הפורחות באויר אפילו נגד בע"ח אחרים ומכ"ש נגד השליש המוחזק וחוב שלו קודם לכל אדם:

סיומא דפסקא שהשליש זכה במה שבידו להשתלם מהחפצים אלו כדי חובו וכמ"ש בח"מ סימן ק"ד ועיין שם בש"ך ס"ק יו"ד שדעתו אף בתפס מעצמו ובלא שומא נקרא גביה ומכ"ש בזה דהתפיסה ברשות הוא דמהני תפיסתו ועיין בקצה"ח שם ס"ק ח' דבתפס מטלטלין כיון דבע"ח קונה משכון מיקרי קדם וגבה אף בלא שומא כלל ודבריו נכונים וזה לענין אם היה כאן בע"ח מוקדם אבל כיון שאין כאן בע"ח אחר שיערער על תפיסת השליש רק בעל הסחורה שהוא בע"ח מאוחר פשיטא שזה התופס זוכה שהרי דעת הרמב"ן בתשובה הביאו הב"י והסמ"ע סימן ק"ד ס"ק א' דאף במטלטלין דוקא קדם המאוחר וגבה אבל אם באו שניהם כאחד לגבות אין למאוחר במקום המוקדם כלום ואף ע"ג דלא קי"ל הכי כמ"ש בסמ"ע שם מ"מ כיון שזה תופס ועומד זוכה בו בתורת משכון ופשיטא שאין בע"ח מאוחר מוציא מידו וכל הנך טעמי דכתיבנא כולהו סלקי כהוגן לדינא ואפילו באחד מהם יש די להכריע הכף לזכותו של השליש וכל מה שטרחתי לא טרחתי אלא להוציא מלב מי שהולך על דרך שיחו ובפיו ידבר העולה על רוחו. ועד מהרה ירוץ דברו כך ראוי לדון ולהורות מבלי שים לב אם כך הוא דרכה של תורה או אם הוא ע"פ ההרגל מפסקי בעלי בתים המרבים בסחורה וע"ז נאמר לא תהא תורה שלימה שלנו כשיחה בטילה כו' ולא אדבר פה מזחוחי הלב התוקעים עצמם לדבר הלכה מבלי העמק שאלה ומשימים עצמם על דברי תורה כהדיוט קופץ בראש ועל רוב יעמדו למשפט במשפטם ישפטוהו וישרפוהו בהבל פיהם כמעט רגע ידברו יחד

יתלחשו ימהרו ויחושו לא יתבוששו כדי פתיחת ספר ועיונו רק מיד חותכין את דינו. וכותבין עליו אונו. וכבר צווחו קמאי ובתראי ואנן מה נעני אבתרייהו ומצלינן האידנא למהדר ארעא והדר דינא. דברי קטינא זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

בעז"ה יום ה' י"ד מנחם תקנ"ו לפ"ק:

הלכות נזקי שכנים

שאלה כב

לכבוד אהו' מחו' הגאון המפורסים מופת הדור מוהר"ר מאיר האב"ד דפ"ק יצ"ו:

אחד"ש אודיע להדרת כבודו בדבר השאלה מק"ק זלאטשוב אשר גילה אזני בזה ויוכח אמש דיש איסור לבנות תחת הפור לייבן ועל הבליטה אין קפידא כ"כ ונמיתי לו שבשו"ת ב"ח כתיבת יד אשר ת"י שם נמצא זה וצויתי להעתיק כל דברי התשובה של הגאון ב"ח ז"ל ככתבו וכלשונו. ומעתה הקולות יחדלון ומטר המריבה לא יותן ארצה וזה תופס לשונו. שאלה ראובן הי' לו קרקע רחבה עשר אמות לר"ה הוא פלטיא גדולה ומקדמת דנא בנה בית ומקרן זוית עד רוחב חמש אמות העמיד הבנין סמוך לר"ה וברוחב חמש אמות השניים כנס לתוך שלו באורך חמש אמות ויותר ובנה בליטה על אותה הכניסה הסמוך לחצירו של שמעון וגם בנה עליי' על אותה הבליטה ועתה רוצה ראובן לבנות בנין אבנים וכיפה במקום שכנס תחלה לתוך שלו באופן שגם זה יהא סמוך לר"ה ושוה לבנין הראשון שהוא בקרן זוית ושמעון בא לעכב עליו בכח הטענה דמרבה עליו הדרך לסבב כל אורך בנין אבנים שמעמיד במקום הבליטה כי מתחלה הי' דרכו לפעמים באלכסון מפתח החצר שלו לתחת הבליטה:

תשובה הדין עם ראובן ואין שמעון יכול לעכב עליו דאע"פ שאם היתה הבליטה מפיקה מזן אל זן כדרך כל הבליטו' בעיירות פולאני' שקורין אונטיר דיא לייבין ושם יעברו דרכם כל בני העיר לא הי' כח לשום אחד מאנשי העיר לקלקל הדרך ולהמשיך הבנין עד סמוך לפלטיא דקי"ל כר"י אמר רב מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו ואע"פ דבסוגיא פ' המוכר פירות דף ך' משמע דההוא דרב היינו דווקא שעשו בו רבים שום תיקון וכן מבואר בהרשב"ם שכ' שהחזיקהו בו רבים שהשוויהו ותקנוהו להילוך והבעלים ידעו ושתקו אסור לקלקלו דודאי לרבים מחל כו' אלמא דבהילוך גרידא לא קנו מ"מ הני לייבין שהחזיקו בו רבים דמי לשביל של כרמים שאינו עשוי כלל אלא להילוך ונקנה בהילוך כדאיתא התם משא"כ מיצרי שדה שעשוי קצת להשתמש בו צורך אחר לפיכך

אינו נקנה בהילוך וכדמוכח שם בתו' ובהני לייבין ודאי ברור ופשוט דאפי' כונס לתוך שלו כנדון דידן נמי אסור לו להחזיר הכתלים למקומן דקיי"ל כר"י לגבי ר"ל בס"פ חזקת דאפילו היכא דאיכא רווחא כל רוחב ר"ה אפ"ה אינו מחזיר הכתלים למקומן דכיון דכבר החזיקו בהן רבים באותה כניסה אסור שוב לקלקלו:

אבל מאחר בנ"ד דבליטה זו אינו אלא ברוחב חצי קרקע ואין כאן קלקול מצר שהחזיקו בו רבים שהרי לא היתה כאן שום העברת דרך הרבים תחת בליטה זו פשיטא דיכול ראובן להחזיר הכתלים למקומן וגדולה מזו כ' התוס' בפ' לא יחפור דאפילו ר"י לא קאמר דאסור לקלקלו אלא תוך י"ו אמה אבל חוץ לי"ו אמה מותר לקלקלו כיון שמניח י"ו אמה כדין ר"ה ור"י דאמר נמי דאסור להחזיר הכתלים למקומן אע"ג דאיכא רווחא דקאמר התם היינו שאינו סותר כל ר"ה אבל ליכא רווחא י"ו אמה, אבל אי איכא י"ו אמה מודה ר"י דמותר לקלקלו ומחזיר הכתלים למקומן וכן פסק בהגהות אשר"י ס"פ חזקת וא"כ נ"ד דאיכא רווחא טפי מששים אמה ויותר אין שום איסור בקלקולו אפי' הי' שם קלקול גמור:

אלא דעל דבר זה בלבד לא הייתי סומך מאחר שכל שאר הפוסקי' לא הזכירו חילוק זה אלא פסקו בסתם כר"י אלא שכיון שדבר זה ברור שאין כאן העברת דרך הרבים אע"פ שלפעמים היה מתאספים בני ר"ה ויושבים באיצטבאות שתחת הבליטה או עומדין תחתיו אין זה מקלקל מצר שהחזיקו בו רבים:

וכיוצא בו כ' הרי"ו הביאו הב"י בסי' תי"ז וז' ודווקא שדורסים בו בני ר"ה ואם אין דורסין בו בני ר"ה כגון שבנה איצטבא במקום שהכניס בתוך שלו והוא גבוה אפילו החזיקו לעבור שם משאותיהם ברוחב אמה אינה חזקה ואם רצה מחזיר כתלים למקומן עכ"ל, ומכ"ש נ"ד שלא הי' אפשר לבני ר"ה לדרוס כאן לקצר דרכם לפי שהבנין בקרן זויות סמוך לר"ה הי' מעכב עליהם, ותו דאינו דומה כאן לשביל של כרמים שאינו נעשה אלא להילוך דכיון שלא הי' בני ר"ה דורסין כאן כדי לקצר דרכם אלא לפעמים כשהי' הטיט גדול בר"ה הי' מקצתם דורסין לשם או מתאספים שם לשעה מפני הגשמים עד יעברו ולפעמים יושבים תחת בליטה זו, בכל אלה לא קנו רבים בליטה זו כיון שלא עשו לשם שום תיקון אלא הילוך גרידא או עמידה או ישיבה כמבואר בסוגיא דהמוכר פירות שהבאתי לפיכך יכול ראובן להמשיך הכיפה עד סמוך לר"ה להיות שוה לבנין שבקרן זויות ותו לא מידי הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי הק' יואל סירקש עכ"ל:

הרי מבואר כמ"ש דבפיר לייבין ודאי אסור לקלקל הדרך ולהמשיך הבנין עד סמוך לפלטיא וא"ל מטעם שכ' אא"ז רמ"א בהג"ה סי' תי"ז שר"ה הוא של מושלי העיר כו'

והוא מדברי הרשב"א הדבר ברור שז"א דהרי הרשב"א שם סיים וה"ז ככונס לתוך שלו ע"ד שיוציא זיזין ומחילות לכשירצה ע"ש והרי בזיזין מבואר סעיף ב' דאע"ג דיכול להוציא אח"כ משום שכנס אבל אינו יכול להחזיר הכתלים למקומן מטעם מצר שהחזיקו בו רבים וע"כ לא מדמי לה הרשב"א אלא במחילות שאינו מקלקל הדרך הרבים רק שעושה חלל תחת ר"ה והא לזיזין דמי ובהא מהני מה שר"ה של מושלי העיר ומעיקרא ניתן לעשות זיזין ומחילות לכשירצה והו"ל ככונס לתוך שלו אבל להחזיר כתלים למקומן דאף בכונס לתוך שלו גופא אסור פשיטא דלא מהני הך טעמא להתיר בכה"ג:

אמנם בנידון מקום הכניסה שהכריע הב"ח דשפיר יכול להחזיר הכתלים למקומן לכאורה אין ראי' לנ"ד לפי המדומה לענ"ד שנדון השאלה הוא שהכניסה הי' בקרן זויות הסמוכה לר"ה וא"כ ל"ש טעם הב"ח מ"ש לפי שהבנין שבקרן זויות מעכב בני ר"ה מליכנס כו' וגם דהתם לא נתקצר דרך בני ר"ה עי"ז כמבואר בדבריו משא"כ כאן שע"י הקרן זויות הסמוך לר"ה שהוא כנוס לתוכו שפיר הו"ל מצר כו' שהרי רוב ב"א של ר"ה ילפתו ארחותם דרך שם. ומצאתי בשו"ת הרשב"א החדשות ד' ליוורני ח"ג סי' קנ"ו וז"ל עמדתי על מחלוקת ראובן ושמעון על הכותל העקום שבא שמעון לקצר קצת דרך הרבים כדי ליישר את הכותל ולבנותו כנגד היסוד לפי שטוען שכן הי' מתחלה ונתעקם ועוד שאינו מזיק בזה כלל לבני ר"ה שהדרך רחבה ואינו מזיק אם יחזור הכותל כנגד היסוד וראובן טוען שכן היו מעוקם מתחלתו ועוד שהוא מקצר הדרך שאין נכנסין ויוצאין בריווח כמו שהיה וגם מעכב המשאות הנכנסין לביתו ולאוצרו ובזה י"ל שהדין עם ראובן שכל שמקצר כלל את הרשות אינו רשאי כדר"י דמצר כו' ואפילו איכא רווחא טובא כשיעור ר"ה שהוא רוחב ט"ז אמות כדגרסינן פ' ח"ה כנס לר"י אינו מחזיר כו' וקיי"ל כר"י ומה שטען שמתחלה הי' ישר כנגד היסוד אלא שנתעקם אינו נראה שאילו נתעקם נופל הי' כל שנתעקם עד שנטה מן היסוד ועוד שעליו להביא ראי' עכ"ל, הרי מבואר דאף אם מתחלה הי' כונס לתוך שלו כה"ג דהיינו בקרן זויות א' לבד נמי אסור להחזיר הכתלים למקומן:

ואמנם לכאורה ממ"ש ומה שטען שמתחלה היו ישר כו' א"נ כו' ועוד שעליו להביא ראי' משמע מזה דאי מייתי ראי' דמעיקרא הי' ישר כנגד היסוד שפיר דמי אף להחזיר למקומו. אך באמת ז"א שהרי הוא מדמה לה להוא דח"ה שמבואר שם דאף בידוע שכנס לתוך שלו אסור להחזיר אלא נראה פשוט שדעתו דודאי אם הי' מתחלה ישר כנגד היסוד אף שנתעקם אח"כ והחזיקו בו רבים לית לן בה דההוא חזקה שלא ברשות הוא ובכה"ג אין

לו דין מצר כו' וכמ"ש בח"מ סי' שע"ז בשם המרדכי בב"מ (והוא ט"ס וצ"ל בב"ב) וכ"כ התוס' בב"ב שם דדווקא החזיקו ברשות בעינן והלכך אם הי' מברר שכך הי' הוא יכול לחזור וליטול מהם כההוא דלינקוט פיזרא וליתוב וא"ל דדווקא אם באים להחזיק שלא ברשות הוא יכול למחות משא"כ אם כבר החזיקו אף שלא ברשות שוב אסור לקלקלו ז"א כדמשמע בתוס' דב"ב פ' לא יחפור וכמ"ש הגאון מהר"י הלוי אחיו של הט"ז בתשובה סי' ך' וכ"נ מהסמ"ע משא"כ היכא שמתחלה כנס לתוך שלו אף שהיתה הכניסה רק בקרן זויות בלבד מ"מ שפיר הו"ל החזיקו בו רבי' ואסור לקלקלו כיון שהחזיקו ברשות. אך דעדיין יש לפקפק בדבר דע"כ לא אמרינן דהחזיקו רבי' אסור לקלקלו אלא כשנתן להם הדרך מדעתו וגמר בדעתו שיוחלט דרך זה לרבי' לעולם משא"כ בזה שלא כינס כל הבית הסמוך לרחוב שנאמר שהחליט הגבול הזה להיות מעבר לרבי' לעולם רק שכינס מקצת הקרן הסמוך לר"ה והרי זה כאומדנא דמוכח שלא הי' בדעתו להחליט להם רק שלפי שלא הי' צריך אליו בשעת הבנין הניחו פנוי עד זמן שיצטרך אליו וכשאל את גבולו לפי שעה לרבים דמי דאיתא בחזרה כמו החזיקו שלא ברשות ולא דמי להא דאמרינן מי שהי' דרך הרבי' כו' מה שנתן נתן ושלא לא הגיעו משום דקי"ל כר"י במיצר כו' וכ' הנ"י בשם הרמ"ה דכל שהחזיקו בו מדעת בעליו אפילו בטעות כי הכא שנתן להם דרך מן הצד אפ"ה אסור לקלקל דז"א דהתם עכ"פ בשעה שהחזיקו באותו דרך הי' בדעתו שיהא הדרך חלוט ביד הרבים לעולם ובכה"ג אף בטעות מהני משא"כ כאן דמעיקרא אדעתא דהכי כנס לתוכו שיהא המקום פנוי עד שיצטרך לבנות עליו ויכול לבנות אימת שירצה. ומכ"ש לפי דעת הרז"ה בס' המאור שם דמחילה בטעות כי הא דמתני' שנתן להם דרך אחר ל"א מה שנתן נתן ומתני' ר"א הוא ע"ש וא"כ בנ"ד נמי לא הו"ל כהחזיקו ברשות עד שלא יהא יכול לבנות ומעשים בכל יום שב"א מניחים את גבולם פנוי זמני' הרבה ובזמן שהוא פנוי הוא למדרס רגל ב"א ולפ"ז צריך לחלק הא דקי"ל כנס אינו מחזיר משום דהתם כיון שבנה בנין על גבולו והניח מקום פנוי מסתמא דעתי' עלי' שיהי' עשוי להילוך רבי' רק שיוציא זיזין אם יצטרך והלכך אסור לקלקלו משא"כ כשיש רגלים לדבר ואומדנא דמוכח שאין בדעתו להפקיר גבולו לעולם כגון שלא עשה בנין כלל או שהניח קצת פנוי בקרן זוית א' ודעתי' לבנותו כשיצטרך ש"ד לבנותו אח"כ:

ומדברי תשובות הרשב"א הנ"ל אין ראי' דהתם לפי טענת ראובן שהי' מעוקם מתחילתו לא הי' שמעון כונס לתוך שלו כלל רק שהיה מקום הכניסה שייך לר"ה מאז ומקדם רק אם יברר שהי' ישר מתחלה ס"ל דלא מהני מה שהחזיקו רבי' אח"כ דהוי חזקה שלא ברשות כמש"ל והא דמייתי הרשב"א ראי' מפ' ח"ה היינו בתורת כ"ש דהא חזינן דאפי'

כנס אינו מחזיר מכ"ש הכא דאיכא למימר דגבול זה לא הי' של שמעון מעולם וכנוס מתחילתו הי':
והנה מ"ש רבינו הב"ח דעת התוס' דחוץ לי"ו אמה שייך הך דמיצר כו' והיינו לפי פרושם שם בהא דאמר ר"פ מ"ט לא אמרי לי' כאן תוך י"ו אמה כו' וקשיא להו מדר"י דס"ל בסוף ר"ה אינו מחזיר:
והנה הרמב"ן במלחמות ס"פ לא יחפור כ' די"ל דר"פ כר"ל ס"ל וגם דיש חילוק בין חפירות כותל לבנין ויש להאריך בזה הרבה אולם לפי שמלתא מני אזדא ואיני יודע בבירור השאלה על מה אדני' הוטבעו רק מה שאני זוכר קצת מה ששמעתי ממכ"ת וגם כי טרידנא לכן ראיתי להפסיק כעת ואמרתי לשלוח שורתיים אילו להגיד להאדון נ"י כי מיתאמרא משמי' דגברא רבה רבינו הגאון ב"ח ז"ל כוותי' בנידון הפיר לייבין והי' זה שלו'. מאדון העולם. דברי או"נ מחו' ידידו לנצח:
הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה כג

שנית בענין הנ"ל הנה לרווחא דמלתא אמרתי תנא דמסייע לי' שהרי הרב אומר כן בשו"ת הרשב"א ח"ג ולפי שאינה מצוי' ביד כל אדם צריך אני להעתיק אותה ז"ל בסי' קנ"ו עמדתי על מחלוקת ראובן ושמעון על הכותל העקום שבא שמעון לקצר קצת דרך הרבים כדי לישר את הכותל ולבנותה כנגד היסוד לפי שטוען שכן הי' מתחלה ונתעקם ועוד שאינו מזיק בזה כלל לבני ר"ה שהדרך רחבה ואינה מזיק אם יחזור הכותל כנגד היסוד וראובן טוען שכן הי' מעוקם מתחילתו ועוד שהוא מקצר הדרך שאין נכנסין ויוצאין בריווח כמו שהי' וגם מעכב המשאות הנכנסין לביתו ולאוצרו ובזה י"ל שהדין עם ראובן שכל שמקצר כלל את הרשות אינו רשאי כדר"י דאמר מיצר שהחזיקו בו רבים כו' ואפי' איכא רווחא טובא כשיעור ר"ה שהוא רחוב ט"ז אמה כדגרסינן פרק ח"ה כנס ר"י אומר אינו מחזיר כו' וקי"ל כר"י שמה שטען שמתחלה הי' ישר כנגד היסוד אלא שנתעקם אינו נראה שאילו נתעקם נופל הי' כל שנתעקם עד שנטה מן היסוד ועוד שעליו להביא ראי' עכ"ל הרי מבואר דכל שהחזיקו בו רבים אף שלא הי' מקום פנוי רק הקרן זווית בלבד אין לו רשות להחזיר כתלים למקומן וא"כ מכ"ש כאן דאף שצוואר המרתף הוא בולט לחוץ מ"מ כיון דמזה ומזה החזיקו בו רבים וגם איכא פסידא טובא לשכינו אם יוציא בנינו בשוה שאסור לו להוציא ואף דמדכ' הרשב"א ומה שטען שמתחלה הי' ישר כו' אינו נראה כו' משמע דאי הוה מצי למיטען שמתחל' הי' ישר שפיר דמי אף להחזיר

למקומו וא"כ הכא שמחמת צוואר המרתף הוא טוען שמסתמא הי' מעיקרא תואר הגבול בשוה רק שהבונה כונס לתוך שלו ויכול להחזירו ואין ראי' ממי שיש לו זיז לתוך חצר חבירו דמ"מ רשאי בעל החצר לבנות תחתיו ולא מצי למיטען שע"י הזיז יכול להחזיק בקרקעו שתחתיו וכמ"ש הגאב"ד נ"י, דאפשר לו' דשאני התם דכמו שיש לזה חזקה בתשמיש הזיז כמו כן יש לבעל החצר חזקה בתשמיש הקרקע שתחתיו שהרי בכל יום ויום הוא מתהלך ומשתמש שם רק מה שהחזיק בעל הזיז לתשמיש אין לבעל החצר רשות לבטלה אבל באמת ז"א שהרי הרשב"א מסיים בה ועוד שעליו להביא ראי' ע"ז וא"כ מכ"ש כאן שכל עיקר הבנין הוא בשוה עם שאר הבתים רק דבר מועט הוא בולט לחוץ דאי לא מייתי ראי' שהי' הגבול שוה לו שאין טענתו כלום ומנעיצת קורה שיכול לומר אני שותף בכותל כמבואר בסי' קנ"ג אין ראי' לכאן כמ"ש המ"ל פ"ח מהל' שכיני' וז"ל אף כי נראה דעת הריב"ש כו' נראה דא"ל כן בגג הסמוך דדוקא בכותל שבין שניהם מסתמא כותל העשוי להפסיק בין ב' בתים יד שניהם שוה בו ומלתא דשייך לתרווייהו אנן סהדי דשל שניהם הוא כו' וא"כ אין ראי' מהתם ומכ"ש לפמ"ש המ"ל שם אח"כ דהרמב"ם מיירי שהכותל בנוי במקום שניהם כו' ע"ש א"כ פשיטא דאין ראי' כלל ועוד איכא לדחויי בכמה גוונין ואין להאריך:

ובר מן דין נלענ"ד דאפ"ת שזה שצוואר המרתף בולט מורה שמתחל' הי' כונס לתוך שלו מ"מ אסור להחזיר שהרי בעובדא דהרשב"א כ' שאינו רשאי לקצר הרשות ומייתי ראי' מפ' ח"ה דכנס אינו מחזיר אע"ג דאיכא רווחא אלמא דאף אם בודאי כנס לתוך שלו מ"מ אין לו רשות להחזיר ולקצר דרך הרבים ומ"ש הרשב"א ומה שטען שמתחלה הי' ישר כו' דמשמע לכאורה דאי מייתי ראי' שכן הי' מתחלה ש"ד נראה כוונתו דודאי אם הי' מתחלה הכותל ישר ונתעקם מעצמו והחזיקו בו רבי' אח"כ לית לן בה דההוא חזקה שלא ברשות הוא ובכה"ג אין לו דין מצר שהחזיקו בו רבים כמבואר בח"מ סי' שע"ז בשם המרדכי בב"מ והוא ט"ס וצ"ל בב"ב וכן הוא בתוס' שם והלכך אם הי' מברר שכך הי' יכול לחזור וליטול מהם כי הא דפריך לינקוט פיזרא כו' וא"ל דדוקא קודם שהחזיקו יכול למחול על ידם בחזקה אבל אם כבר החזיקו בו אף שלא ברשותו שוב אסור לקלקלו ז"א כדמוכח מהתוס' בפ' לא יחפור וכמ"ש הגאון מהר"י הלוי אחיו של הט"ז בתשובה סי' ך' וכן מוכח בסמ"ע ועוד פוסקים דאף אחר שהחזיקו אם הוא שלא ברשות לא מהני והיינו שכ' הרשב"א בטענת ראובן שמתחלה הי' ישר ונתעקם כו' שאילו הי' טוען שמתחלה הי' כונס לתוך שלו באותו מקום העקום א"כ אף אם הי' מברר שכן הוא מ"מ שפיר ה"ל החזיקו בו רבים ואסור לקלקלו כיון שהחזיקו ברשות וא"כ בנ"ד פשיטא

שזה יכול למחות בידו דאפי' אם הי' מברר שמתחלה הי' גבולו נמשך להלן ועד צוואר יגיע שוה לו מ"מ כיון שזהו שנים רבות שהי' דרך כבושה לרבים אינו יכול להחזיר ואין לצדד עפמ"ש התוס' בב"ב דף כ"ו דחוק לי"ו אמה שרי וכ"כ בהג"א ס"פ דאין זה דעת כל הפוסקים וכן מצאתי בשו"ת ב"ח שבידי כת"י בנדון זה מאחר שכל הפוסקים לא הזכירו חילוק זה ופסקו סתם כר"י, ומתשובת הב"ח ראי' גדולה לנ"ד:

ועיין בדברי הרמב"ן בחידושיו לב"ב דף כ"ו במלחמות שם שמתרץ קושית התוס' דר"פ כר"י ס"ל וגם דיש חילוק בין חפירות בור לבנין ע"ש שמחלק דהחזרת כותל גרע לפי שצריך שיהא מקום פנוי לנושאי משא כו' שלפ"ז הי' מקום קצת לחלק בין פיר לייבין דכמו בור דמי דמיירי ג"כ שהוא גודרו וצריך להתעקם מעט וגם כאן הווי דכוותי' משא"כ חזרת כתלי', אבל כל הפוסקי לא הזכירו חילוק זה וגם י"ל דבור שאני דכשמתעקמי' מעט הם מגביהין המשאוי קצת ע"ג הבור ונפנין שם משא"כ בפיר לייבין:

וראי' ברורה נלפענ"ד מדאמרינן בב"ב דף י"א ע"ב אמר ר"ה א' מבני מבוי שביקש לסתום נגד פתחו בני מבוי מעכבין עליו שמרבה עליהם את הדרך ופרש"י שרוצה להקיף מחיצה סביבות ד"א שיש לו במבוי כנגד פתחו ומסיק דהא דר"ה תנאי הוא דהיינו מה דמשמע מדבריו דכולן מעכבין אף החיצונים תנאי הוא וס"ל לר"ה כרשב"א אבל בפנימים ודאי מעכבין עליו כיון שמרבה עליהם הדרך שיצטרכו להקיף המחיצה אליבא דכ"ע הרי מבואר דאע"פ שזה יש לו ודאי ד"א כנגד פתחו אפ"ה אין לו רשות להקיף אותם ולהרבות הדרך על בני המבוי וכ"ש בזה שאין לו ראי' שהי' גבולו נמשך לחוץ שאינו יכול להרבות הדרך ומה שהקשו התוס' שלא מצינו ד"א במבוי אלא בחצר כ"כ הג"א ליישב דמיירי שביתו פתוח למבוי דאית לי' ד"א במבוי ואף היכא דלא מזיק לבני ר"ה דקמי וקיימא בהך סתימה מ"מ בני מבוי מעכבין שצריכין להקיפה ע"ש בהג"א ואדרבא הקשה שם על פי' התוס' והרא"ש שפירשו דמיירי שהעומד בסוף רוצה לסתום עד החצר הסמוכה דת"ל דה"ל מיצר שחזיקו בו רבים כו' ובני מבוי שרצו להעמיד דלתות כו' ובאמת צ"ל לפירוש התוס' והרא"ש דהכא מיירי בפתוח לסימטא או לכרמלית או במבואות קטני' המפולשים למבוי המפולש לר"ה וכמ"ש הפוסקים ליישב התוספתא דאין כופין לעשות דלת למבוי שיכול לומר כו' ע"ש וא"כ בנ"ד שהוא בר"ה פשיטא דבני ר"ה מעכבין עליהם וכ"כ בס' תולדת האדם להרשב"א סי' מ"א וז"ל והוי יודע שאע"פ שלא חזר לוי וזכה בהמבוי אין יהודא יכול לסתום כנגד פתחו ולא לבנות בו האיצטבא אלא במבוי הפתוח לכרמלית כו' אבל בפתוח לר"ה בני ר"ה מעכבין עליו וכאותה שאמרו מבואות המפולשין ובקשו להעמיד דלתות כו' ואף בני מבוי מעכבין עליו מפני שמרבה עליהם

הדרך דאמרי זימנין דדחקי רבים ועיילי להתם וכשמוצאין המבוי פנוי נמשכין והולכין עד סוף המבוי ואין מתאספין כולם נגד פתחינו אבל עכשיו אינם יכולין לכנוס ונמצאת מרבה עלינו הדרך עכ"ל הרשב"א ז"ל ומה"ט נמי אין מקום לומר בנ"ד דפיר לייבין לא מעכבי רבים שהיו יכולין לילך תחת הפיר לייבין דז"א דמ"מ הפיר לייבין גופייהו הם דוחקין את הרבים ועוד שהרי הסמ"ע סי' קס"ב ס"ק י"ח כ' ומסיק המחבר וכ' דאפי' לפתוח עד פתח יכולין פנימי' לעכב מפני שצריכין להקיף דרך הליכתן ולא לעבור לפני הפתח מפני שרגילין להעמיד ולהניח שם עניני' ע"ג הפתח ולפני הפתח עכ"ל. וא"כ פשיטא דע"י הפיר לייבין יש עיכוב גדול לרבי' דגם לפני הפתח הבית תחת הפיר לייבין קשה להם לצאת ולבא. הן אמת שלענ"ד דברי הסמ"ע אין מוכרחין בזה שי"ל בטעם הרמב"ם שהפנימים מעכבין לפתוח פתח אינו מטעם עיכוב הלוכם רק לפי שאין לחיצונה רשות להשתמש רק מן נגד פתח' ולחוץ אבל לצד פני' אף שהוא כנגד חצירם לאו הוא שייך לרשות הפנימי והלכך אין להם רשות לפתוח עוד פתח כיון שאין זה רשות שלהם כלל והוי כמרבה הדרך במבוי אחר דאסור וגם אפשר שרשות לפנימים לסתום עד הפתח של עכשיו וכשיפתח פתח למעלה ה"ז גוזל את הפנימים וכמ"ש הרשב"א וכ"נ בד"מ שזהו טעם הרמב"ם בזה ע"ש:

ועפ"ז הי' אפשר ליישב קצת דברי אא"ז רמ"א בהג"ה במ"ש וי"א דאין טענת רבוי הדרך כו' שדבריו תמוהים מאד דהרשב"א מיירי לענין רבוי הדרך מצד נכנסין ויוצאין בפתח החדש וע"ז קאמר דלא שייך במבוי משא"כ התם לענין להקיף האיצטבא מיירי וכבר הרגיש בזה בט"ז וצריך נגר דיפרקינהו ולפי מ"ש י"ל דהג"ה זו מקומה בסוף דברי המחבר במ"ש אבל אם פתח הפתח כו' וס"ל להרמ"א דאין רשות לפנימי' לסתום שם כמ"ש בסוף בשם הרמ"ה רק משום דכיון דמ"מ רשות הפנימ' הוא הו"ל כמרבה את הדרך ע"ז קאמר וי"א דאין רבוי הדרך טענה כו' כ"ז אני אומר בחפזי כדי ליישב דברי רמ"א שלא יהיו מוקשים כ"כ וצ"ע שם בט"ז וש"פ וגם בד"מ שבידי בכתיבת יד לא משמע הכי וצ"ע. ועכ"פ דברי הסמ"ע הנ"ל אינם מוכרחין אבל מ"מ ודאי דמילי דסברא נינהו וגם פשוט דבהני פיר לייבין יש קלקול גדול לבני ר"ה שצריכין לנסוע בעגלות ומשאות רחבות וכדומה וא"כ פשיטא דבני ר"ה מעכבין עליו:

ועוד נלפענ"ד שאין מקום לזכותו עפ"י מ"ש בתולדת אדם להרשב"א סי' הנ"ל וז"ל ואעפ"י שנחלקו ר"י ור"ל גבי כונס לתוך שלו ורצה להחזיר כתליו כו' דשמעית מיניה דבר"ה פליגי דווקא הא במבוי וא"נ בחצר השותפין לכ"ע כנס מחזיר כתליו למקומן התם כשעדיין פתח פתוח שם והלכך אי לאו דאסור לקלקל מיצר שהחזיקו בו רבים

מותר אבל כאן כשפרץ פצימיו הרי גילה בדעתו שהוא מפקיר זכותו שהי' לו שם אצל השותפים כו' עכ"ל והאריך שם וא"כ בזה שכבר העמיד בנין מתחלה ולא הוציא לחוץ רק בית הצוואר של המרתף אפילו תימא שגם זה היה גבולו הוי כפרץ פצומיו וכאילו מחל לגבי שכינו שהוא צריך לאותו דבר ולבני ר"ה ואינו יכול לחזור בו וכל זה אפי' אם היה מתברר שכדבריו כן הוא וכ"ש בנ"ד שאין כאן בירור רק שאומר מחמת אומדנא וכבר הבאתי מדברי הרשב"א ששם האומדנא טובה יותר שכל הבנין הוא משוך לחוץ רק מקצת הכותל עקום ואפ"ה כתב שעליו להביא ראיה:

ומ"ש הגאב"ד שדיין א' היפך בזכות בעל הבנין על פי מ"ש בסי' תי"ז שר"ה הוא של מושלי העיר יפה כתב הגאב"ד דודאי גם הרשב"א שם ר"ל דכיון דחזינן דכך נהגו י"ל דמסתמא ע"ד כן נמסר להם כגון מחילות וזיזין משא"כ בגוונא דנ"ד מאן לימא לן שנמסר ע"ד כן שיכול לגזול בני ר"ה לעשות לעצמו פיר לייבין:

ועוד אני אומר דאם מכח המושל אתינן עלה שנתן ע"ד כן א"כ אין זה מועיל רק לגבי בני ר"ה לפי שהדרכים של אדוני הארץ הם ורשות בידם להסב אותם אחורנית אבל לגבי יחיד שהורע כחו על ידי זה שא"א לבא בתוך ביתו בריווח ע"י בנין זה כי חוסמת הוא את העוברים לשם א"כ ודאי שלא נתן ע"ד כן מתחלה שיגיע ע"ז נזק לאחר שהרי הוא מושל על כל העיר וכמות זה כן זה כולם משועבדים לו ובצל כנפיו יחסיון ובודאי דלא ניחא ליה לזכות לזה ע"מ לחוב לזה והוא פשוט בסברא והרשב"א לא כתב כן אלא לענין דרך הרבים שלא נאמר שיהא כגוזל את הרבים קמ"ל דלא דמעיקרא נתן להם המלך הרשות שיהא רשות ביד מי שירצה לעשות מחילות כו' אבל פשוט דלא שייך לומר שנתן רשות באופן שיגיע היזק לחבירו דמאי חזית דדמא דידיה סומקא כו':

ובר מן דין נלענ"ד דאדרבה מדברי הרשב"א גופיה מוכח להפוך שאין מקום להתיר כגוונא דנ"ד שהרי הרשב"א סיים שם והרי זה ככונס לתוך שלו ע"ד שיוציא זיזין או מחילות לכשירצה עכ"ל ור"ל כיון שהרשות ניתן מתחלה ע"ד כך הו"ל ככונס לתוך שלו שיכול להוציא אח"ז וא"כ הרי מבואר שם בסימן תי"ז בזיזין דאע"ג דיכול להוציא מ"מ אינו יכול להחזיר כתליו למקומן מטעם מצר כו' והוא מדברי הש"ס דקי"ל כר"י וא"כ מה בכך שניתן ע"ד כך והו"ל ככונס לתוך שלו מ"מ בזה גופיה אסור להחזיר הכתליו למקומן וכמ"ש וע"כ לא קאמר הרשב"א אלא במחילות שאינו מקלקל הדרך רק שעושה חלל תחת ר"ה והא לזיזין דמי ובהא מהני מה שר"ה של מושלי העיר כו' כי היכא דתהוי ככונס לתוך שלו כיון שאין מקלקל הדרך שדורסין בו רבים וכמ"ש בסימן תי"ז בשם ריו"ו דאם עשה איצטבא במקום שכנס לתוך שלו וא"א לרבים לדרוס שם מותר להחזיר

כתלים למקומן משא"כ בחזרת כתליו דאף בכונס לתוך שלו גופי' אסור פשיטא דלא מהני הך טעמא להתיר בכה"ג אך לכאורה בתשובות הרשב"א שהביא הב"י בסי' קס"ב כתב וז"ל אבל עכשיו יש למלכי האומות בני מלוכה כו' דדינא דמלכותא דינא עכ"ל משמע אף היכא דשייך דינא דמצר שהחזיקו בו רבים מ"מ ש"ד עפ"י דינא דמלכותא:
ומ"מ נראה דהרשב"א לא סמך שם ע"ז לבד דסיים בה ואפשר עוד כי מלכי ישראל כו' ובשו"ת תולדת אדם סי' קל"ד איתא תשובה זו ומסיים בה א"כ מה שצוה המלך לעשות פתח ודלתיים לשמירת העם הרשות בידן ונמצא דין מלכי ישראל שוה לדין האומות בדבר זה וזו ראיה כי זו דינא דמלכותא ולא גזלה דמלכותא וש"ד עכ"ל:
ועוד דשאני התם דנתן רשות בפירוש להעמיד דלתות ועוד דכבר כתבתי דלגבי היחיד ל"ש זה כלל וא"כ אף שיהא רשות עתה מ"מ אין זה דינא דמלכותא ולא מהני כמבואר בפוסקים ובתולדת אדם סימן שנ"ו:
ועוד נלענ"ד דע"כ לא אמרינן דהחזיקו רבים אסור לקלקו אלא כשנתן הדרך לחלוטין משא"כ אם מתחלה התנה בפירוש שאין נותנו רק לזמן א"כ אם מחזיקין בו אחר הזמן הו"ל כהחזיקו שלא ברשות ואע"ג דכתב הנ"י בפ' המוכר פירות דכל שהוא מדעת בעלים אף בטעות מהני ז"א דעכ"פ בשעה שהחזיקו היה דעתו שיהא חלוט ביד הרבים לעולם ואף שיהיה בטעות מהני משא"כ הכא ומכ"ש לפי דעת הרז"ה בס' המאור שם והלכך כיון דהו"ל של המלך והשרים שיש להם רשות לבנות ולסגור מעיקרא ניתן לרבים ע"ת שאימתי שירצו יחזירוהו ולכך שפיר יכול לעשות מחילות וזיזין וגם לצוות להעמיד דלתות דמעיקרא היה ע"ת שאם ירצה יסתום דרך הרבים שהולך למבוי משא"כ בזה שזה היחיד גופיה העמיד בנין ופתח בית הצוואר לחוץ ונסב הגבול לצד פנים וא"כ מראין הדברים שהיה בדעתו להחליט לעולם ביד הרבים וא"כ הא קי"ל כר"י דאמר אינו מחזיר. ומה"ט נ"ל דמה שכנס מתחלה ג' רבע אמה לצד הרחוב כמו שנזכר בשאלה שפיר הוא יכול להחזירו לכלל הבנין משם דמסתמא לא ניחא ליה להחליט רק שיהיה פנוי כשיצטרך לבנות איזה חדר וכדומה כאשר הוא מעשים בכל יום ולכך אין בו דין מצר כו' ומ"ש הגאון אב"ד טעמ' משום דלא הוי רק צידי ר"ה דזימנין דחקי רבים ולא ניחא תשמישתי' צ"ע דהא במבואות המפולשין כו' נמי אמרינן הך לישנא דדחקי רבים כו' ולכך הוא כר"ה:
אך מ"מ יש להתיר בזה לענ"ד כמ"ש ובפרט אם אין בזה היזק ניכר כ"כ לשכינו אבל בפיר לייבין כיון דברי היזקא לשכינו ולבני ר"ה איכא איסורא. והדין דין אמת כמ"ש

הגאב"ד נ"י דברי זעירא דמן חברייא החותם על דבר אמת מוצאי ש"ק טו"ב מנחם ולא תסיג הגבול לפ"ק בראד. הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה כה

א.ה. על שאלה כד דלגו המדפיסים בספר הנדפס
גבר חכם בעוז ותושיה. אמריו נעמו מנופת מנופי' כסולת נקי' ה"ה כבוד אהו' ידידי הרב הגדול החריף ובקי המפורסים מוהר"ר מרדכי נ"י:
אחד"ש שש אנכי על אמרתו משאת כפיו בתבונות ינחם. הא דשדר לן מתקא וחורפא קונטרס בדיני ברירה אשר כתב שלח ונמסר יפה מיד בד"ז הרב המופלג החריף ובקי המפורסי' מוהר"ר סענדר חיים נ"י. והנה כי אף בעידנא לא מצינא לאהדורי דלא מצינא לאשתמוטי ממסכתא דקאמינא בה וגם כי אנכי חזון הרביתי בעניני' עמוקי' ורחבים הללו בכמה תשובות אשר התהלכתי ברחבה. אפס לכבודו עברתי בין בתרי אמריו אמרי נועם. ומצאתי בהם טעם. יסודתם בהררי קודש. וראיתי להקריב אומר הבא מן החדש כו':
והנה מ"ש כ"ת להשיג על מ"ש בישו"ש ב"ק בדיני ברירה לתמוה על ר א"ש בנדרים שכ' לחלק בין חצר לבקעה דבחצר קפדי אינשי אדריסת הרגל ותמה הישו"ש דהא אכתי תיקשי דהא התם חצר השותפין דלא קפדי הוא וע"כ דבין לרבנן ובין לראב"י אסרי וויתור כו' וע"ז השיב כ"ת דבאמת ליתא בהרא"ש מה שהעתיק בישו"ש וא"כ רבנן כמאן ואין כוונת הרא"ש להקשות דרבנן דלא כמאן דבהא לא איכפת לן אם ראב"י ומחלקותו יסברו כר"א רק דהרא"ש קשיא לי' דבפרק השותפים משמע דוקא שותפי' לא קפדי אהדדי.
הא אחריני קפדי ואפי' לרבנן דר"א אסור כדמשמע בפרק חזקת ע"ש והאריך בזה:
ואני תמה דמאחר שכ"ת מסכים לדברי מהרש"ל בזה שנראה מדבריו דקאי להך תירוצא דבפרק חזקת דמתרץ רבינא דמתני' דהשותפי' כר"א דוויתור אסור א"כ אפס מקום לדייק מהך מתני' דאחריני קפדי דהא התם לאו משום קפידא מיירי רק בוויתור ואין כאן מקום לדייק מזה כלל קפידא לאחריני רק שנוכל לדייק זה מלשון רבינא בפרק חזקת דקאמר רבינא אמר לעולם לא קפדי והא מני ר"א היא כו' והתוס' שם כתבו דמשמע דלכ"ע קפדי אינשי אדריסת הרגל ואף רבינא לא קאמר אלא בשותפין והקשו ע"ז מהא דאין בין המודר כו' ע"ש ואיך אפשר להעמיס זאת בלשון הרא"ש שלא הזכיר בדבריו כלל ההיא דפרק חזקת והעיקר חסר מן הספר וגם דהתם נמי לאו בפירוש איתמר אלא מכלל משמעות לישנא דרבינא דקאי אתירוצא דר"נ דאמר הכא בשותפין כו' וזה הכריחו לרש"ל לפרש

דמגופא דמתני' דפליגי רבנן וראב"י בדין ברירה משמע דלאחריני אסור משום דקפדי (ולשון רש"ל שכ' אלמא דכ"ע קפדי א"כ רבנן כמאן הוא מגומגם ונ"ל שיש ט"ס וצ"ל דאל"כ רבנן כמאן ור"ל דאם תאמר דלא קפדי א"כ ע"כ דמטעם וויתור אסרי רבנן וראב"י וא"כ רבנן דס"ל וויתר מותר כמאן) דאל"כ ע"כ דתרווייהו ס"ל וויתור אסור וא"כ רבנן דמתירין וויתור כמאן וע"ז הקשה הרש"ל כיון דהרא"ש תלי באוקימת' דברירה והיינו לרבינא ולדידי' בשותפי' לא קפדי רק משום דס"ל וויתור אסור א"כ ע"כ דלא איכפת לי' אי רבנן וראב"י קיימי כר"א דאוסר וויתור וא"כ אף אי הוה אמרינן דחצר ובקעה שווין דבתרווייהו לא קפדי נמי א"ש הא דרבנן וראב"י משום וויתור ואין הכרח ממתני' כלל רק מלישנא דרבינא מוכח הכי וכמ"ש והרי הרא"ש לא מייתי מהתם רק ממתני' דהכא וכן מבואר בדברי הי"ש שם אח"כ להדיא ע"ש שכתב וע"כ רבינא לטעמי' דמפרש דבברירה פליגי אבל בלא ברירה אסרי וויתור במודר הנאה ומיני' ליכא לדייק חילוק דר"ת בין חצר לבקעה אם לא מסוגיא דפ' ח"ה וכדפרישי' עכ"ל ור"ל דכיון דע"כ לומר לדידי' דרבנן וראב"י ס"ל וויתור אסור א"כ אין הכרח לומר דשותפי' דוקא הא אחריני קפדי אלא מצינן למימר דגם אחריני לא קפדי כדמשמע פשטא דסוגיא דאבה"מ דפריך מאן תנא כו' רק דבהשותפי' הטעם משום וויתור אסור וכדמוקי ג"כ בפרק אבה"מ ואע"ג דרבינא נקט מילתי' אשותפי' מ"מ הך סוגיא דאבה"מ דפריך מאן תנא לא ס"ל הכי אלא ס"ל דאחריני נמי לא קפדי ואין הכרח לחלק בין בקעה לחצר כלל רק אם נאמר דלאו בברירה פליגי רק דפליגי אי קפדי או לא וא"כ מה שאמר ראב"י זה נכנס לתוך שלו היינו דמחמת שותפי' לא קפדי ומוכח דאחריני קפדי וכמ"ש הרש"ל שם לשיטת התוס' משא"כ הרא"ש שהזכיר בדבריו אוקימתא דברירה א"כ צ"ל דמטעם וויתור אסור אתי עלה אין הכרח לחלק בין שותפין לאחר לענין קפידא בחצר וא"כ י"ל דהמקשה מאן תנא ומוקי כר"א ס"ל כרבינא בהא דמוקי הטעם דפלוגתא משום וויתור רק דרבינא ס"ל שותפין דוקא והמקשה דאבה"מ ס"ל דה"ה אחריני דממתני' גופא ליכא לדיוקי מינה מידי כיון דלאו בקפידא מיירי רק מחמת איסור וויתור וראב"י משום ברירה מתיר וע"כ דלמאן דמתיר וויתור אפילו באחריני שרי משום דלא קפדי כלל. וזה ברור למעיין בדברי רש"ל. אך שאני תמה לפי הבנת הרש"ל בהרא"ש שקושייתו דלא מסתבר דראב"י ומחלוקתו יסברו וויתור אסור וע"כ משום דס"ל קפדי הוא א"כ דברי הרא"ש סותרים זא"ז תוך כ"ד שהרי לעיל מינה כתב וכיון דסתם לן תנא כר"א הלכתא כוותי' דקי"ל הלכה כסתם משנה ועוד הסוגיא דלקמן בשותפין שנדרו כוותי' כו' מבואר דמפרש דפלוגתא דהשותפין כר"א אתיא ואין איסור רק משום וויתור ולא משום קפדי ותכ"ד כתב והאי

דרה"ר דמתני' אומר ר"ת דמיירי אף בבקעה משום דקשי' ליה מהשותפי' שנדרו ואף ר"א לא שרי כו' ומוכיח מזה דמטעם קפדי הוא דלא מסתבר לי' מטעם וויתור דא"כ רבנן דלא כמאן ולכך מחלק דבחצר קפדי ולא בבקעה וזה סותר למ"ש לעיל דמטעם וויתור הוא:

אך לפענ"ד דברי הרא"ש שבפסקיו מתפרשי' יפה עפ"י מ"ש הרא"ש בפירושו שם ר"פ השותפין כו' אסורין ליכנס לחצר דבחצר קפדי כ"ע אדרה"ר ואתיא אפילו כרבנן ובחזקת הבתים אית דמוקי להך כר"א דאמר וויתור אסור במודר הנאה משום דשותפים לא קפדי אהדדי עכ"ל וכוונת דבריו מ"ש דבחצר קפדי כ"ע כו' היינו לחילוק ר"ת דאף דלעיל אמרינן דלא קפדי היינו בקעה אבל כאן בחצר קפדי ולכן אע"ג דלעיל מוקי כר"א הך דהכא אתיא אפי' כרבנן כיון דבחצר מיירי. ושוב כתב ובחז"ה אית דמוקי כו' והוא אוקימתת רבינא הרי מבואר דמ"ש מעיקרא דבחצר כו' אפי' כרבנן היינו לאינך אוקימתות שם דהיינו ר"נ ור"פ וכן לדעת המקשה שם דס"ל דגם בשותפים בחצר קפדי וא"כ הא דפריך בפרק אבה"מ מאן תנא כו' ולא חייש להנך דס"ל דקפדי אדר"ה וקאמר בפשיטות דר"א לדידהו מוכרח לומר דחצר שאני דבחצר כ"ע מודי' דקפדי ושוב כתב ובחז"ה כו' ר"ל דלדידי' לא מהני מה דאמרינן דבחצר קפדי דאיהו ס"ל דשותפים לא קפדי וע"כ דמטעם וויתור אסור ועפי"ז מתפרשין גם דברי הרא"ש בפסקיו דמתחלה כ' דמסוגיא דהשותפים שנדרו משמע כר"א והיינו לפי אוקימתא דרבינא דס"ל שותפין לא קפדי וע"כ דמטעם וויתור הוא ושוב כתב דר"ת מפרש דמיירי בבקעה משום דקשיא לי' הך דהשותפים כו' והיינו לפי פשיטות הסוגיא ולפום מה דבעי בחז"ה שם מעיקרא למימר דאף שותפין קפדי שלא יסתור הא דמשמע בפשיטות בפרק אבה"מ דדרה"ר לא קפדי ע"כ לחלק בין חצר לבקעה. ומעתה מ"ש מהרש"ל להקשות דהא שותפים אפילו בחצר לא קפדי כדפי' ר"ת בכמה מקומות וכן מוכח בפרק חזקת הבתים כו' לא קשיא מידי דמ"ש כן ר"ת היינו לפי אוקימתא דרבינא בפרק חזקת ולדידיה לא מהני הא דנימא בחצר קפדי כיון דאיהו ס"ל דשותפין לא קפדי א"כ צ"ל משום וויתור משא"כ הרא"ש קאי הכא לאינך אוקימתא שתופסין מתני' כפשטא דמשום דקפדי היא ולא משום וויתור וכה"ג כתב הרש"ל לפרש דברי התוספות. ומ"ש דהתוס' לא תלי בברירה משא"כ הרא"ש דתלי בברירה לפענ"ד אין כאן קושיא כלל שלענ"ד מ"ש הרש"ל שם דלאינך אוקימתא פליגי רבנן וראב"י בהך סברא אי קפדי אינשי בשותפין או לא ומה דקאמר ראב"י זה נכנס כו' היינו כיון דלא קפדי א"כ זה נכנס כו':

ולענ"ד צ"ע דא"כ ה"ל לאוקמי מתני' דפר' חזקת כראב"י דהלכתא כוותי' ולמה הוצרכו לאשכוחי פירוקי אחרינא אלא ודאי דהנך אמוראי נמי בברירה מוקי פלוגתא זו וכדמשמע לישנא דזה נכנס וכדדייק הרא"ש בפ' בית כור ומ"ש הרש"ל שם דהרא"ש כ"כ דלא תימא דטעמא משום דוויתור שרי אבל אינו מיושב דלמא ס"ל דלא קפדי ותלי טעמא דהיתרא בשותפין דלא קפדי לפי שזה נכנס כו'. ולענ"ד תמוה כיון דאין ברירה מה ענין לא קפדי לומר בשלו נכנס ואם נאמר דכל דלא קפיד נכנס לתוך שלו קרי' ליה א"כ איך דייק דלא הוה טעמא משום וויתור דמותר מדקתני זה נכנס דמה הוכחה היא זו דלמא אה"נ קאמר דכיון דלא קפדי זה נכנס כו' ומשום וויתור ליכא למיחש דוויתור מותר אלא ודאי דהך לישנא ולתוך שלו הוא נכנס מורה בהדיא דס"ל יש ברירה וא"כ כל הני אוקימתא דפרק חזקת ליכא מאן דס"ל בטעמא דראב"י דמתיר רק משום יש ברירה ורבנן ס"ל אין ברירה וא"כ שפיר כ' הרא"ש ואף ראב"י לא קאמר אלא משום ברירה אפילו להנך אוקימתא קמייתא משום דכ"ע מודו בהא דפלוגתא דראב"י בברירה הוא אלא דבאוקימתא קמייתא ס"ל דאפילו שותפים קפדי והאיסור משום קפידא ורבי אליעזר בן יעקב מתיר משום ברירה ורבינא סבר שהאיסור משום וויתור ולכך הוצרך ראב"י לברירה אבל לכ"ע בברירה פליגי ולא בקפדי ולא קפדי כך נלענ"ד ברור ועת לקצר. והנה ראיתי מ"ש כ"ת בחצר שיש בה דין חלוקה שהרשב"א אוסר בנדרו זה מזה אף לאחר חלוקה והר"ן כתב דאנן סהדי שע"מ כן נשתתפו שלא יוכל אחד לאסור על חבירו בענין שיהיה נאסר עליו לאחר חלוקה דא"ה אסר עליו נכסי דידי' ואינו בדין עכ"ל וכ"ת פירש דהוי כאלו הותנה שאם יאמר יהא חלקי קנוי לו מעיקרא וכתב לחלק בההוא דחביות דהתם אינו נאסר לגמרי כיון שבידו להוליכו כרגלי שתיהן. ובזה כ' ליישב הא דסנהדרין בעיסה שחצי' של עה"נ כו' שעמד בזה בשאגת ארי' והאריך בזה. ולענ"ד ז"א דמה לי' לאסור לגמרי או כההוא דתחומין כיון שעכ"פ יש לזה קפידא בדבר שיהי' אסור להוליכו כרגליו נימא דחשוב כהותנו מעיקרא שלא יאסר נכסי דידי' להוליכו כרגליו שאינו בדין ואם הי' דינו של הר"ן בענין חצר מוכרח מהש"ס היינו צריכים לדחוק עצמינו לחלק בזה. אבל אחר שהרשב"א אוסר והר"ן מתיר מסברא דנפשי' לומר שע"מ כן נשתתפו מנין לו ליכנס לחילוקין כיון דאשכחן דלא מהני קפידתן לומר כאלו הותנו וכל שנאמר אין ברירה אסור ובאמת שכן מוכח מדוכתי' וקצרתי:

אבל האמת יורה דרכו שאין כוונת הר"ן בזה לומר דהוי כאילו התנו שאם יאסור יהיה שלו למפרע משעת שותפו' דאין מקום לזה רק אם נאמר יש ברירה רק דלענין זה הוי כאלו הותנו שמאותו שעה שיחלוקו יהי' זוכה בו לעצמו מכח המוכר הראשון שקנו

ממנו בשותפות ואין קנינו בא מכח חבירו השותף והר"ן לא כ"כ אלא גבי נדרים דשם עיקר האיסור כו' (עיין בחלק א"ח סי') ובענין הא דעיסה חצי' של עה"נ ובהך דחולין דמשני דאית לי' שותפות הארכתי בכמה תשובות בחלק יו"ד ובחלק אה"ע ע"ש:

והנה במ"ש כ"ת ליישב דברי הרמב"ם בהל' י"ט דפסק חביות מותרת ובהמה אסורה ולא חייש לקו' ר"כ ורב אסי לרב דאקשי לי' לאיסור מוקצה לא חששו לאיסור תחומין חששו דיונקים התחומין זה מזה וכתב כ"ת משום דלכאור' יש לחלק עפ"י מ"ש הר"ן בנדרים דהיתר בהיתר לא בטל וא"כ י"ל דלמוקצה שהוא איסור לא חששו משום שמתבטל משא"כ תחומין שהוא היתר בהיתר כמ"ש הר"ן שם אינו בטל וא"כ מאי קשי' להו וצ"ל דשפיר מקש' לרב לשיטתו דמב"מ לא בטל א"כ אפילו מוקצה אין לו להתבטל ולכך קשיא להו מה בין מוקצה לתחומין אבל להרמב"ם דפוסק דמב"מ בטל שפיר איכא לפלוגי בינייהו עכ"ד והם דברי חכמה אבל לדין יש תשובה דכיון שנאמר דמחמת מוקצה שם איסור עליו ובטל ממילא מועיל ביטול זה גם לענין תחומין:

אך נראה שזה תלוי בפירוש רש"י ותוס' שם דלפי מה שפרש"י מוקצה מחמת יניקה א"כ שפיר י"ל כמ"ש דכיון דעל היניקה יש איסור מוקצה ושייך ביה ביטול שוב נתבטל גם שלא יאסר משום תחומין משא"כ להתוס' שם דביניקה אין איסור מוקצ' רק מה שהי' גדול והולך ביו"ט א"כ שזה שגדל ששם מוקצה עליו נתבטל מ"מ היניקה שיונק מחבירו שם היתר עליו ולא נתבטל וא"כ י"ל דהרמב"ם אזיל בשיטת התו' ושפיר יש לחלק ולומר דנתבטל לענין מוקצה ולא לענין תחומין:

אך באמת עדיין אנו צריכין למודעי דהא במוקצה לא מהני ביטול דהוא דבר שיש לו מתירין וצ"ל דכה"ג שפיר בטל כמ"ש ביו"ד סי' ק"ב בענבים שזבו בגיגית בשבת כיון שמיד שבאים לעולם מתבטלו בהיתר אך נראה דטעמא דהמרדכי בזה להתיר בדבר שיל"מ אע"ג ששייך עד שתאכלנו כו' משום דס"ל כטעם הר"ן דדשיל"מ במב"מ דמי להיתר בהיתר לפי שהוא מב"מ וגם סופו להיות מותר והא דהיתר בהיתר לא בטלי משום דילפינן מולקח מדם הפר ומדם השעיר מכאן לעולים שאין מבטלין זא"ז דהיינו היתר בהיתר וא"כ י"ל דווקא דומיא דדם פר ושעיר שהיה ניכר מעיקרא כ"א לעצמו ועתה מערב אותם אבל כשלא הי' בפ"ע מעולם אדרבה כל מה שנתערב ומוסיף על כח ההיתר שהי' בעולם וניכר והיו לאחדים כיון שההיתר הראשון הוא ניכר ועומד וזה לא הי' לו הוי' בפ"ע עדיין ואחרי רבים להטות קרינן בי' ולכן כיון דבהיתר בהיתר כה"ג שלא הי' ניכר מקודם שפיר בטל דון מינה דגם דשיל"מ בטל בכה"ג דהא כל עיקר איסור דדשיל"מ מטעם היתר בהיתר אתינן עלה:

ומעתה נסתרו דברי כ"ת שכ' דלכך בתחומין ל"ב משום דהיתר בהיתר הוא דז"א דא"כ גם מוקצה אין לו להתבטל משום דבר שיש לו מתירין וע"כ משום דהיתר בהיתר גופא בטל בהכ"ג דאינו ניכר א"כ גם לאיסור תחומין אין לחוש דשפיר מתבטל בהכ"ג אע"פ שהוא היתר בהיתר וגם מ"ש כ"ת דלר"י מב"מ לא בטל גם למוקצה שהיא איסור יש לחוש דהא גם ר"י דס"ל למילף מולקח מדם הפר ושעיר דמב"מ בשם העצם לא בטל נמי בעינן דומיא דדם פר ושעיר שהי' כ"א ניכר לעצמו מתחלה משא"כ היכא שההיתר היה ניכר והאיסור תיכף בתחלת ביאתו לעולם נתערב שפיר בטל אף לר"י ובזה יש ליישב כמה קושיות וקצרתי:

ובהכי א"ש מ"ש ר"כ ור"א לרב לאיסור מוקצה לא חששו דהא באמת טעמא בעי למה לא חששו (ועיין במג"א סי' שי"ח שהביא דברי התוס' ומשמע דמפרש דס"ל שאין לחוש למוקצה כי האי שגדל והולך אף בלא טעם ביטול ואפשר דס"ל דע"כ א"ל בזה משום ביטול כיון דלרב קיימינן דמב"מ לא בטל וע"כ דאף בלא ביטול לא חששו משום שאינו ניכר מה שגדל לא חייל עליו איסור מוקצה. אך לפי מ"ש א"צ לזה די"ל דשייך בזה ביטול אף לרב דע"כ לא אמרו מב"מ לא בטל אלא בניכר וע"ש שרמז לסי' ש"ך סעיף ב' ור"ל דשם איתא דין המרדכי דכה"ג אף דשיל"מ בטל ברוב ומה שהקשה שם על דין הא"ח שהביא הרמ"א בפרי מחובר שנתלש לחולה דנימא שנתבטל ברוב. ולענ"ד י"ל לפי מ"ש הר"ן שאביא דבריו לקמן דכמו דהיתר בהיתר לא בטל ה"נ איסור באיסור לא בטל ולפ"ז י"ל דבעודו מחובר שכל הפרי הי' אסור בשבת לא שייך בי' בטול ואפשר דגם גבי בהמה דבחיי' אסורה שייך לומר כן וצ"ע אך לפמ"ש דכל שאינו ניכר שפיר בטל אף היתר בהיתר א"כ פשיטא דכן הוא גם איסור באיסור וקצרתי) ולימרו אינהו לנפשייהו דא"ל דלדידהו משום ביטול ולרב הקשו דס"ל מב"מ ל"ב דא"כ הכי ה"ל למימר לדידך דס"ל כר"י דמב"מ לא בטל למה לא חששו לאיסור מוקצה דאטו מהך דתחומין שמעינן לרב דס"ל מב"מ לא בטל הא בעלמא שמעינן לה כמבואר בחולין דף ק' ועוד דתיקשי לר"י ודעימי' דמב"מ לא בטל בהמה ביו"ט היכא שחטינן דהא יש כאן מוקצה (ודוחק לומר דפשיט' לי' דלא שייך מוקצה בדבר הגדל והולך וכמש"ל כו') אך לפי מ"ש א"ש דלדידהו ל"ק להו דשפיר בטל אפילו לר"י כיון דלא הוי דומיא דדם פר ושעיר שהי' כ"א ניכר לעצמו אבל בכה"ג שאינו ניכר שפיר מתבטל לכ"ע ולכן הקשו לרב דאוסר משום יניקת תחומין וע"כ דס"ל דאף שאינו ניכר לא בטל א"כ ניחוש נמי למוקצה אלא ע"כ דלפי שאינו ניכר בטל א"כ גם לתחומין אין לחוש והוא נכון לענ"ד:

והנה דעת הר"ן בנדרי' דמשמע דמסכי' להרי"ף בהא דפת שאפאה עם הצלי כו' לפי דהיתר בהיתר הוא דבריו סותרין למ"ש בתשובה לענין חמץ קודם פסח אין חוזר וניעור דס"ל דהיתר בהיתר בטל והביא ראיה ממתני' דצמר גמלים וצמר רחלים שטרפן כו' וכ"כ בשם הראב"ד:

והנה הפר"ח בא"ח סי' תמ"ז דחה הראי' משום דשעטנז לעולם אסור כו' ואלוף נעורי הגאון חסיד שבכהונה מוהר"ר יצחק אייזיק הכהן ז"ל אבד"ק קארץ אמר לדחות עפ"י מ"ש בט"ז טעם הר"ן בדשיל"מ משום דה"ל כהיתר בהיתר ודוקא במב"מ משא"כ צ"ג וצ"ר שהם בעצמותם מין בשא"מ שפיר בטל עכ"ד. ובאמת לפי המבואר בר"ן בנדרים דאם הוא היתר בהיתר ממש אף אם הוא מבשא"מ בשם העצם ל"ב לרבנן א"כ אכתי תיקשי הא דצ"ג כו'. ואפשר שדבריו ז"ל אמורים דעכ"פ מהא ליכא למשמע מינה אלא שיתבטל היתר בהיתר במבשא"מ אבל במב"מ גם בעצמם י"ל דשפיר לא בטל ולא גרע מדשיל"מ ומ"מ מה שדחה הפר"ח לחלק דשעטנז לעולם אסור ואין זה מועיל לחזק הביטול לומר דלאו היתר בהיתר כיון שאם יצטרף עם פשתן יהיה אסור דאם היינו אוסר' מצד הסברא אפשר שיש לחלק בכך משא"כ לפימ"ש הר"ן דהיינו דקאמר לרבנן מכאן שעולין שאין מבטלין זא"ז לפי ששניהם כשרים לזריקה אין אחד מבטל חבירו א"כ מה יושיענו זה שאיסור שעטנז נוהג עכשיו מ"מ הם תערובת היתר בהיתר הוא. (ומקרוב נדפס ספר מק"ח על הל' פסח לש"ב הגאון מוהר"ר יעקב נ"י אבד"ק ליסא וכתב דהתם שאני דבשעה שבא עליו תערובת הפשתן ה"ל איסור בהיתר וגם ז"א לפי טעם הר"ן דהא כשאנו באים לדון דין ביטול ע"כ אנו צריכין לעשות הביטול בשני מיני הצמר ולומר שצ"ר נתבטל בתוך הצ"ג והרי היא כאלו כולו צ"ג וזה א"א כיון שמין אחד של היתר אינו מחליש את חבירו רק אדרבה מחזיק וזה נלמד ממ"ש הר"ן להרי"ף בפת שאפאה כו' דלא אמרינן שהביטול בא בשעה שהוא מתחבר אל הכותח וקצרתי):

והנה בכמה תשובות הארכתי בדברי התוספ' דתמורה שהקשו אהא דפריך ונברור הך דלהדי כלב כו' דא"כ בכל איסורים נימא ברירה ותירצו לחלק בין נולד קודם התערובות או בתוך התערובות וכ"ת הביא זה לתרץ קושית התוס' בחולין גבי הא דמשני דאית ליה שותפות וכבר הרחבתי הענין בזה במקום אחר. אך מידי עברי הלום ראיתי לידון בדבר החדש מה שי"ל ביישוב קושית התוספ' ע"פ מ"ש בתשובה דהתם גבי הך דעשרה טלאים אין לדון דין ביטול ברוב ע"פ מ"ש הר"ן ס"פ הנודר מן המבושל גבי הא דאמר התם גידולי איסור כו' דכמו דהיתר בהיתר לא בטל כך איסור באיסור ג"כ לא בטל. ולפי"ז נראה דה"ה בספק איסור אם כולם הם עומדים בספק איסור לא בטל ולפ"ז התם

קודם שבורר א' נגד הכלב שם ספק איסור על כ"א הלכך לא בטל ברוב וקושית הש"ס ונברור היינו למ"ד יש ברירה אפי' בדאורייתא ע"ש ולפי"ז דע"כ לא פריך ונברור אלא לפי שלא ע"ד של ביטול וכיון דכל חד לחודי' קאי והוא ענין לעצמו שפיר י"ל בזה דין ברירה משא"כ היכא דשייך ביטול (כגון מב"מ או אפי' מבשא"מ היכא דאיכ' שייך ביטול על הממש רק דטעמא לא בטל ברוב כמ"ש הרשב"א) כיון שנתבטל בתערובות לא שייך נברור דמחמת הביטול נעשה כגוף אחד והרבה סוברים דע"י ביטול האיסור נהפך להיות היתר מגזה"כ דאחרי רבים להטות ושוב אין הברירה מועלת בזה:

ואפשר שגם התוס' יודו לזה אלא דקשיא להו בתערובות חד בחד או במב"מ לר"י דלא בטל וע"ז תירצו לחלק בין נולד קודם התערובות. ועפ"ז יש ליישב חומרת רש"ל שהביא המג"א בסימן תלמ"ד שיאכל מעט קודם פסח והמג"א הקשה דהא קמח בקמח הוי לח בלח:

ולפי מ"ש י"ל דודאי אין החשש שמא נפל חמץ ממקום אחר רק החשש שנולד בתוך התערובות חימוץ מעט ולכן יש לחוש דלמא היתר בהיתר לא בטל וחוזר וניעור בפסח אבל כשיאכל מעט קודם פסח אמרינן ממ"נ אם היתר בהיתר בטל הרי נתבטל בס' ואם נימא דהיתר בהיתר לא בטל שוב מהני ברירה ותולין לומר דמה שנאכל הוא היה החימוץ מעט שנולד בתערובות אבל בפסח עצמו לא מהני שישליך מעט דכיון שהגיע הפסח כבר החמץ שבו נתבטל בתוך ההיתר דשפיר בטל כמו שאר איסור בהיתר מדאוריית' וכיון שיש לו ביטול מדאורייתא שוב לא מהני ליה ברירה כמש"ל דכל שישנו בדין ביטול אינו בדין ברירה וא"כ שוב ממילא דנשאר באיסו' דרבנן במשהו (ולמאן דס"ל דבע"פ אחר שש מדאורייתא ואפ"ה בטל בס' צ"ע) אבל כשלוקח מעט קודם פסח שפיר י"ל דמסתמא אם נתחמץ מעט בתוך התערובות אינו רק מעט מזער ואף שתאמר דהיתר בהיתר לא בטל שוב הברירה מועלת וכמ"ש. אך כ"ז אינו אלא לפי מה שנראה משו"ת חוות יאיר שהבין מדברי התוס' דבכל גווני מהני ברירה בנולד בתוך התערובות אף אם האיסור מיוחד ועומד לעצמו בתוך התערובות בנידון דידיה שהיה ג' פרות ונשחט בתה של אחד וא"י של איזה נשחט ע"ש:

אבל לפי מ"ש בתשובה באורך שאין זה כוונת התוספ' דכה"ג שהאיסור מיוחד אינו בסוג ברירה כלל דבשביל שהוא מעורב ואין ידוע לנו איזה הוא א"א לבררו רק היכא שהאיסור חל ע"ז מחמת הברירה שלנו כגון שני לוגין שאני עתיד או כההוא דפריך ונברור וכיוצא בו ע"ש א"כ גם כאן הרי האיסור מבורר לעצמו כשנאמר שנעשה כאן

חימוץ בתוך התערובות אלא שאין ניכר לנו ובכה"ג לא מהני הברירה וע"כ הכוונה כפשוטו לפי שתולין במה שנאכל כדין איסור דרבנן ולפי שאין כאן מקומו קצרתי:
ומה שהאריך כ"ת בשארי סוגיות בעניני ברירה ובשאלת הגאון בעל שאגת אריה והח"י בענין ישראל ועכו"ם שהיו שותפים בחמץ כבר הרימותי ידי בכמה תשובות ועוד יש לי לישא וליתן על כל פרק ופרק בעזה"י ולפי הפנאי אמרתי די:
דברי ידידו הדורש שלומו באהבה רבה ואהבת עולם זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה כו

נדרשתי לאשר שאלוני על דברי ריבות בשערים המצוינים על אודות החניות שבשוק שקמו אנשים סוחרים ופתחו חניות בחומה אחת העומדת לצד צפון החניות ובין החומה ובין החניות יש דרך רחב שרבים בוקעים בו כפי הציור אשר הובא לפני. ובעלי החניות הישנים מעכבים עליהם באמרם כי הבא דרך זה מצד הבתים שנגד החניות הוא מוכרח לעבור לפני החניות אלו החדשות וקא פסיק לחיותייהו וכך הורה גבר חכם בעוז ימינו תעוז. וזרועו הושיעה למו. וסמיכות שלו מדברי אא"ז רמ"א בשו"ת שלו סי' ט' ונחלקו עליו קצת חכמים ודחו ראייתו והחזיקו ביד בעלי החניות החדשות. ונשאל מעמדי לחוות דעתי בזה:
תשובה עמדתי על יסוד גבעת המורה. אם יש בו כדאי להעמיד עליו חומה בצורה. ולהשמיע קול ענות גבורה. סורו מעל אהלי אנשים האלה כי זאת לפנים על התמורה ועל הגאולה. ישובו יחיו יושבי בצילה. ואבינה בענין. כי רוצה לבנות בנין על קו תוהו ויסוד נופל והנה הוא קיר נטוי וגדר הדחויה וחייץ טפל. ואף כי החכם המורה אם אמנם אדמהו אכנהו ולא ידעתיו. לשמע אוזן שמעתיו. כי רב גובריי' דיין אמת ותלמודי מובטחני בזה כי יחזור לומר דברים שאמרתי טעו' הן בידי. כמדת לכל רוח חכמים נוחה. לא יגבה במשפט ודעתו לא זחה. כי תהיה תפארתו על הדרך הזה. ירתקו מדרך גבר יהיר דרכיו בוזה ואם אמנם אני איני כדאי. וגם כי הזמן קצר ואפס הפנאי אולם למען אהבת האמת. אשר היא לטוטפת בין עיני ועל ימיני שמתי' כחותמת. מנעורי החזקתי בימינה. לא אשא פני איש ואל אדם לא אכנה. וכך דעתי נוטה שזו עכבה שאינה. אם לא כי הענין נשתנה. ופתגם המעשה לא כאשר דמיתי כן היתה. אולם אני אתנהלה לעטי לרגל הציור אשר היה לפני צייר וחתוס מידי מנהיגי העיר ונכבדים. כי החניות כלפי אחוריהם ביתה. ולעומתם וביניהם דרך רחב שרבים בוקעין בו ומתהלך לפניהם וביניהם כדרך כל

מקום שווקים. ולא אמר אדם צר לי המקום. ולא רמו תיגרא כ"א אהנהו חנותאי דלדידהו חדתי עבדי להו. ומאן דאתי מהכא ברישא פגע בהו. ועד השלשה בא. והכצעקתה של מריבה זו הבאה אלי אומר אביע ואם כי לקוצר הזמן לא אוכל לבא בארוכה ואין הקומץ משביע עכ"ז להוציא נוגה כאור צדקת האמת לא אפריע ואצריח אף אריע. דכאי רוח להושיע וצור האמת לא יעתק ממקומו. וכל מבין עם תלמיד ישמע ויאמר. הנה אמת נכון הדבר. בנימוקי וטעמו. הלא כה דברי בעז"ה:

גלוי וידוע לפני כל יודעי דת ודין הא דאמרינן ב"ב דף ך"א אמר רב הונא האי בר מוביאה דאוקי ריחייא ואתא בר מוביאה חבריה ומוקי גביה דינא הוא דמעכב עליה דאמר ליה קא פסקת לחיותו כו' א"ל רבינא לרבא לימא ר"ה דאמר כר"י כו' אפי' תימא רבנן ע"כ לא פליגי רבנן התם כו' והדר אותביניה עליה דר"ה מברייתא דתניא עושה אדם חנות בצד חנותו של חבירו כו' מפני שיכול לומר אני עושה בתוך שלי כו' תנאי היא כופין בני מבואות כו' ולשכינו אינו כופהו רשב"ג אומר אף לשכינו כופהו אמר ר"ה בריה דרבי יהודא פשיטא לי בר מתא כו' אבר מבואה דנפשיה לא מעכב כו' וכתבו התוס' דר"ה בריה דר"י כרבנן ס"ל וכוותיה קי"ל דבתרא הוא וכתב הרא"ש שם וגם האיבעיא דבר מבואה אבר מבוא' אחרינא פסקו דכיון דלא איפשטא לא מצו לעכב ע"ש:

ולכאורה קשיא בהא דמוקי כתנאי ושקל תנאי מעלמא והא בפירקן גופא פלוגתא דתנאי הוא לקמן דף ך"ה דרבנן אמרי מרחיקין את האילן כו' אם הבור קדם קוצץ כו' רבי יוסי אומר אע"פ שהבור קודם לאילן לא יקוץ שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו אלמא דרבנן ס"ל דאע"ג דזה עושה בתוך שלו מ"מ כיון דע"י עשייתו בתוך שלו קא מטו היזק לחבריה הרי הוא מעכב על ידו וא"ל דע"כ לא פליגי רבנן התם אלא משום דמזיק ליה לחבריה בממוניה הכא שאין מזיקו בממוניה רק מניעת הרויח לבד אף רבנן מודו. ז"א דכיון דחזינן דהך ברייתא עושה אדם חנות כו' קא יהיב טעמא משום שיכול לומר אתה עושה בשלך כו' ודון מינה דאי לאו האי טעמא היה אסור וכיון דרבנן פליגי אר"י ולא ס"ל הך סברא דזה חופר בתוך שלו כו' וס"ל דמעכב אפי' אי לאו גירי דיליה א"כ גם בכה"ג דחנות ס"ל דמעכב:

איברא שיש לחלק לע"ד ע"פ מ"ש הרמב"ן בדיני דגרמי וז"ל ואכתי איכא למידק ואי אזלי שרשים ומזקי לבור מ"ט פטור מלשלם הוא שורו הא והו"ל לטפיחי באנפייהו ולא קשיא דכיון דלא גופא דאילן קמזיק אלא שרשים הוא דקמזקי ושרשים ממילא אתיא פטור אע"ג דממונא הוא וליכא לדמויי לשורו שהזיק בצרורות כו' אבל הנך נולד הוא

ואע"פ שמחמת האילן מזיק פטור א"נ כיון דשרשים הוא דקא מזקי ולא חזי להו לית ליה לטפוח באנפייהו דדמי לנפרצה בלילה כו' עכ"ל:

ולפ"ז א"ש דרבנן באמת ס"ל דמהאי טעמא מעכב בעל הבור משום דקאזלי שרשים ומזקי לבור וצריך לטפיחי באנפייהו ול"ש בזה אני נוטע בתוך שלי כיון דסוף השרשים לכנוס לתוך גבול חבירו ולהזיקו משא"כ בחנות וכל הנך דמייתי הכא לעולם בשלו הוא עושה ואינו נכנס לתוך חבירו כלל והוא נכון לענ"ד. אלא דלפ"ז פשיטא תיקשי על ר"ה כיון דר"י ס"ל דאף בכה"ג אמרינן זה חופר בתוך שלו וק"ל כוותיה וא"כ כ"ש בהא דאוקי ריחייא שאינו נכנס לגבול חבירו לעולם שיש לומר בשלי אני עושה ואע"ג דאמרי' מודה ר"י בגירי דיליה נראה דהא הכא כ"א כשעושה היזק לחבירו הוא ע"י גירי דיליה משא"כ בזה דלא מסתבר כלל לומר דהוי גיריה דיליה בשעה שבא אחד לטחון אצלו כיון דס"ס אין נכנס לגבול חבירו וזה מבואר ממ"ש הרמב"ם בפ"י מהלכות שכינים שכתב וז"ל הא למה זה דומה למי שעומד ברשותו ויורה חצים לחצר חבירו ואמר ברשותי אני עושה שמונעין אותו ע"ש וא"כ הכא לא דמי להא כלל ודוחק לומר דר"ה ס"ל דאין הלכה כר"י כיון דאיכא למימר דגם רבנן לא פליגי בכה"ג דחנות עליה דר"י א"כ מהיכי תיתי נשווי פלוגתא בינייהו בהא ועוד דהו"ל לש"ס למימר לימא ר"ה דלא כר"י וכאמור על מתני' דמרחיקין הסולם וגם דלמה הוצרכו הפוסקים לראיות דאין הלכה כר"י תיפוק ליה דבהדיא איפסק הלכתא כר"י והכי אזלא ריהטא דשמעתתא בפירקן ולכאורה היה אפשר לחלק ע"פ מ"ש הש"ך בסי' ק"ז דהיכא דקא משתרשי ליה אף בלא דיני דגרמי חייב והביא ראיה ממ"ש בח"מ סי' ק"ד בשם הראב"ד ע"ש ולפ"ז אפשר לומר דגם ר"י מודה לדר"ה ודווקא גבי בור ואילן דאע"ג דגורם היזק לחבירו מ"מ הוא אינו מרוויח כלל בזה ולא משתרשי ליה משא"כ בזה דאוקי ריחייא וכיוצא בו דקא משתרשי ליה והוא נוטל חלק חבירו והיינו דמייתי מרחיקין מצודות הדג כו' וכיוצא בו דכולהו מיירי בענין זה שזה רוצה ליטול מה שהיה ראוי ליטול ואין לו ובכה"ג שפיר יכול למונעו ומודה ר"י שאינו יכול לומר אני עושה בשלי אלא שאין נלענ"ד לחלק בכך דדווקא לענין חיוב תשלומין שייך לפלוגי בהכי דכל דמשתרשי ליה חייב לשלם טפי מחמת דינא דגרמי וכן מלשון הראב"ד שהביא הב"י שם משמע כן שכתבו וז"ל מפני שהזיק שיעבודו של שמשון דקיי"ל דדייניגן דינא דגרמי וכ"ש זה דקא משתרשי ליה שפורע חובו כו' ע"ש משא"כ כאן דחיוב תשלומין ליכא דאפי' סוגר חנותו של חבירו פטור דלא הוי רק גרמא וכמבואר בב"י סי' שפ"ו ובש"ך סי' רצ"ב וכיון דעל ההיזק שבא לחבירו אינו חייב ואין אנו דנין רק לענין לכתחלה אם יכול לעכב על ידו שלא יזיק לו וכיון דר"י ס"ל דבכה"ג

שהוא עושה בתוך שלו אינו מעכב על ידו א"כ מה מקום יש לחלק ולומר דכאן שפיר מעכב דקא משתרשי ליה דאין זה סברא כלל לענין העיכוב לכתחלה דמאי איכפת ליה בריוח שמרוויח זה רק מחמת ההיזק שבא וכיון דמחמת ההיזק אינו יכול לעכב תו ליכא לפלוגי בין אי משתרשא ליה או לא:

ולכן נלענ"ד דודאי גם ר"ה לא פליג עליה דר"י בהא דזה חופר בתוך שלו כו' רק דס"ל דלא אמרינן הכי רק בהיזק שאינו רק לפי שעה לבד משא"כ באומנות כגון ריחיים וחנות וכיוצא בו שעליה יחיה אדם וזה יורד עמו לחייו לקפח פרנסתו בזה ס"ל לר"ה דגם ר"י מודה דמצי מעכב אע"ג דקא עבוד בדידיה משום דא"ל פסקות לחיותי:

וזה מבואר לע"ד ממ"ש בשו"ת הרא"ש כלל ה' שאלה ג' לענין לחלוק מקום בבה"כ דאע"פ ששמעון נפסד עי"ז שאם היה בא למכור מקומו יפחתו לו דמיו מחמת שאינו ראויה כאשר היה בתחלה נ"ל שבשביל הפסד זה לא נמנע ראובן זה מלחלק שכל ההרחקות השניות בב"ב היינו דווקא היכי דדבר הנסמך מזיק לשכינו בגוף ממונו כגון הסומך בורו כו' או פסקת לחיותא אבל אדם הבונה בתוך שלו להשביח נכסיו ואינו מזיק לגוף ממון חבירו אלא שמפחיתו מדמיו כה"ג לא הצריכו חכמים להרחיק כי ההוא דעושה אדם חנות בצד חנותו של חבירו כו' ואע"פ שהדבר ידוע שהחנות של הראשון דמיו נפחתו שהיו נמכר ביותר כשלא היה במבוי רק חנות אחד אעפ"כ אינו יכול למחות בידו ואע"ג דקאמר תנאי הוא ורשב"ג פליג דאמר אף לשכינו כופהו משום שיורד לאומנותו ופוסק חיותא אבל משום דדמי חנותו נפחתים לא פליג עכ"ל הרי להדיא דבכה"ג אין העיכוב כלל מצד היזק דמטו לחבריה דבהא לא איכפת לן מידי אף לרשב"ג רק עיקר הטעם משום שיורד לאומנותו ופוסק חיותו ולכן לא מהני בזה לר"ה מה שהוא יכול לומר אני עושה בתוך שלי:

ואחרי הודיע כל זאת הנה האמת נכון דלדידן דקיי"ל דלא כר"ה בהא אלא גם בכה"ג דשייך פסקת לחיותאי לא מצי מעכב עליו דמצי אמר אתה עושה בתוך שלי כו' ומכ"ש מחמת דמטו ליה היזקא לא מצי לעכובי דהא קי"ל כר"י דאמר זה חופר בתוך שלו:

ולפ"ז צריך לשים לב במ"ש אא"ז רמ"א ז"ל בתשובה סימן ט' ליישב דעת אבי אסף דבדבר דברי היזקא כגון גדר מבוי הסתום כו' שבודאי יזיק לו כ"ע מודים דהלכה כר"ה וא"כ בנ"ד נמי בריא היזקא הוא כי הענטלימר השני נתן להכריז שכל ספר יוזל טפי מהגאון ומי ראה זאת ולא יבא אליו כו' ולכאורה קשה מה בכך שההיזק הוא ברור דאין לך היזק ברור ממה שהחנות נפחת מדמים וכמ"ש הרא"ש ואפ"ה לא איכפת לן בהכי

כלל שזה עושה בתוך שלו כו' להשביח נכסיו וכיון דל"ש להך סברא דפסקית לחיותאי ממילא דלא איכפת לן במה שעשייתו לנזק ג"כ אע"פ דברי הזיקא:
ואפשר דס"ל דר"י לא קאמר אלא היכי דלא קא משתרשי ליה אבל היכי דקא משתרשי ליה דחייב לשלם כיון דבריא היזקא וע"י ההיזק שמגיע לחבירו הוא מרוויח אז ל"ש סברת ר"י זה נוטע בתוך שלו משום דהוי כנוגע בממון חבירו ממש וכמו מוחל שטר וכיוצא בו ואע"ג דלעיל שדיתי ביה נרגא נראה דאבי אסף לטעמיה אזיל דבמרדכי פרק הגוזל מייתי בשם ראבי' היכי דתובע להחזיר פקדונו להרוויח בו והוא מסרב ודחי ליה חייב ליתן לו מחצית שכר דס"ל דמבטל כיסו של חבירו דפטור היינו בלא הרוויח דוקא אבל בהרוויח חייב ע"ש ובישו"ש סי' למ"ד והראבי' הוא בעל המחבר ספר אבי אסף לפיכך שפיר ס"ל דבכה"ג דברי היזקא הוי כמזיקו בידים ולא שייך לומר אני עושה בתוך שלי ושפיר מעכב על ידו והא דמייתי מדר"ה היינו לומר דעכ"פ בכה"ג הוי כמזיק לחבירו ומפסיק לחיותו כל שמעמיד ריחיים סמוך לו וכיוצא בו ובשיטה זו קאי ג"כ הרמ"א בסימן רצ"ב ולכך ג"כ מייתי מינה לנ"ד כיון דעכ"פ בריא הזיק' הוי כנוגע בגוף הממון אע"ג דמשמע דהמדפיס לא רצה להרוויח כלל כ"א להכעיס להגאון ע"ש מ"מ כיון דאם מרוויח חייב לשלם אלמא דהוי כנוגע בגוף הממון ממילא דלכתחלה יש לו לעכב על ידו ולא מצי למימר אני עושה בתוך שלי:
ולפ"ז נבא לנידון דידן דלא יהיבנא להו לבעלי החניות הישינים דדמי ממש עובדא דידן להא דאבי אסף הרי בררנו דכל חיליה מהא דמבטל כיסו של חבירו ומרוויח בו מחויב ליתן לו מחצית הריוח וכדכתיבנא שזה שיטתו במרדכי. אמנם כן הנה הישו"ש שם חולק וכתב וז"ל ולא ידענא מאיזה צד יש לחייבו אי משום שהזיקו שעיכב ממונו א"כ אפי' לא הרוויח נמי אע"כ גרמא בניזקין היא ופטור אם כן אפי' הרוויח נמי כו' ולכן פסק שם דאפי' תובעו לדין וזה מעכבו פטור משום גרמא ואפי' אם הוציאו לעצמו ומרוויח פטור כו' ע"ש. ונראה מש"ך סימן רצ"ב שמסכים לדבריו בזה. ודברי הישו"ש מסכימים לסברא שכתבתי לעיל דכל שפטור משום גרמא מה בכך דמשתרשי ליה וא"כ ממילא בנ"ד כיון דמשום גרמא אין יכול לעכב עליהם דהא קיי"ל כר"י לא איכפת לן בהא דקא משתרשי להו ואפי' לכתחלה אין יכולין לעכב ומצו בעלי החניות החדשות לטעון קים לן כהישו"ש והש"ך ז"ל בהא וכמו דאמרינן באיבעיא דר"ה בדר"י בבר מבואה אבר מבואה אחרינא דכיון דלא איפשטא לא מצי מעכב ה"נ בספיקא דפלוגתא כי האי לא מצי לעכובי וכן נראה ג"כ מדברי הרא"ש בתשובה שהבאתי לעיל:

איברא שיש מקום לפרש כוונת הרמ"א מ"ש דבדבר דברי היזקא כגון מבוי שבודאי יזיק לו כ"ע מודים דהלכתא כר"ה ר"ל דבפסק לחיותא כי האי שהוא דבר ברור שבודאי יקפח פרנסתו בזה כ"ע מודים דמצי לעכובי וע"כ לא פסקו הפוסקים דלא כר"ה אלא היכי דמוקי בהדיא דאין זה פוסק חיותו כ"כ וכן מצאתי בספר אגודת אזוב דף פ"ה: ואומר אני דאבי אסף סובר דאף ר"ה בריה דר"י מודה בזה ודוקא בסתם מבוי דהיינו מפולש דמצי א"ל מי שבא אצלך יבא כו' אבל במבוי הסתום בג' צדדים דלא מצי למימר מי שיבא אצלך כו' דפשיטא שיהא אצלו דהא דר כלפי צד פתוח גם ר"ה בריה דר"י מודה מפני שזה דומה למצודת הדג כו' ואף ע"ג דאבי אסף סיים כדר"ה לא בא אלא לומר שבנידון זה לכ"ע מצי לעכב כדר"ה א"א שמלת כדר"ה ט"ס הוא וראי' דבס' אגודה לא העתיקו עכ"ל וא"כ אפשר שגם דעת הרמ"א כן וכן נראה ממה שמצאתי בטורים שנדפסו מחדש דפוס דיהרנפורט בחדושי הגהות שם כתב שחסר בד"מ שלפנינו וצ"ל וז"ל ונלע"ד דגם ר"ה בריה דר"י מודה בהאי דינא דחנו' דהיה שמעון יושב בפתח ולא היה שום אדם יכול לעבור לראובן א"ל הלך תחלה לפני פתח שמעון וכ"כ המרדכי בהדיא שם ומשמע דוקא מכח זה פסק כן דזה מקרי ירד לחיותו לא כשמעמיד החנות בצידו וע"ש ודוק עכ"ל:

אמנם לפע"ד אע"פ שבחדושי הגהות הנ"ל העתיק כן מהד"מ פ"י אשר היה לפניו מ"מ לענ"ד אין זה מהד"מ כ"א איזה חכם הגי' כן בגליון הד"מ ואח"כ הכניסוהו לפנים כאשר נמצא כן כמה פעמים כי מה שסיים ובתשובות ודוק נראה שאין זה מל' הד"מ שאין דרכו בכך וזה האות כי גם בידי יש ד"מ הארוך כ"י ח"מ ולא נמצא שם לשון זה כלל אדרבא כתב שם וז"ל ואצ"ל שאם א' מבני המבוי כו' וכתב הב"י שכן פסק הרי"ף כו' ולא כמרדכי והגמיי' שכתבו בשם אבי אסף דהלכה כר"ה ולכן פסק שם על ראובן שיש לו חנות בסוף המבוי ובא שמעון לפתוח בתחלת המבוי דראובן מעכב עליו ואין הלכה כן אלא כדברי רבוותא דפסקו דלא כר"ה עכ"ל הד"מ כת"י שבידי ומלשון זה מבואר דלא מחלק כלל בין מבוי סתום שהרי לא העתיק בדבריו מבוי סתום כלל וס"ל דאע"ג דזה בא לפתוח בתחילת המבוי וזה יש לו חנות בסוף המבוי אינו יכול לעכב וכן נראה ממש שהשמיט דין זה לגמרי בש"ע אלמא דס"ל שאין זה הלכה ואע"ג דבשו"ת כתב ישוב לדברי אבי אסף מ"מ לא כתב אלא שיש להתיישב בדבר ע"ש ור"ל שיש לצדד ולהצדיק הצדיק דמעיקרא אא"ז הגאון מהר"מ מפדווא ע"ש דמצדד אצדידי ומהפך בזכותו כל מה דאפשר אבל בהגיע תור הלכה למעשה לא רצה לתקוע הלכה בזה בש"ע שלו ואם איתא דס"ל הכי לא הוי משמט מלהשמיענו חידוש כזה בש"ע שכל הדינים נחתכים על פיו אלא ודאי דלדינא ס"ל דליכא לפלוגי בהכי כלל:

ועוד שלענ"ד לא מסתבר כלל לחלוק בענין פוסק חיות כיון דאתינן עלה מצד סברא דאחד עושה בתוך שלו לשאר נזיקין דמיא דשרי מה"ט לדידן דקי"ל כר"י וכלום חילק בין היזק רב למעט וה"נ לענין פיסוק חיות א"א דאף בתוך שלו אינו יכול לומר אני עושה כו' אף בפיסוק חיות מעט יש לנו לאסור ויש ללמוד דבר זה ממ"ש הרמב"ם פ"ו מהלכות שכינים וז"ל היה שם במבוי אחד מבני מבוי כו' ולא מיחו בו או שהיתה שם מרחץ כו' והעתיק לשונו בש"ע סי' קנ"ו והנה הסמ"ע שם האריך בביאור לשון הרמב"ם בהא דנקט המניעו' פעם בל' יחיד פעם בל' רבי' ועולה ע"פ פירושו מ"ש הרמב"ם ואם היה גר מעיר אחרת כו' המניעה מטעם פיסוק חיות ואפ"ה נקט לשון רבים כלשון הברייתא כו' ע"ש ולפ"ז לשון הרמב"ם בא שלא בדקדוק כדרכו והוא דוחק גדול:

ולפענ"ד נראה דהרמב"ם באו דבריו במשקל הל' כדרכו דהרמב"ם קשיא ליה בהא דקאמר ר"ה בריה דר"י דבר מתא אבר מתא אחריתא מעכב דהא הברייתא סתמא אמרה עושה אדם חנות כו' וסתם לן תנא דברייתא ולא פירש שיהיה מאותו העיר או אותו מבוי דוקא ומשמע דבכל גווני עושה אדם כו' ולכן ס"ל להרמב"ם דודאי כיון דלא נקטינן כר"ה דס"ל דמשום טענה דפסקית לחיותאי הוא יכול לעכב ממילא שאין לחלק כלל בין אם הוא בר מתא או לא דא"ת כיון שזה קבוע במקום זה וזה נכנס לתחומו יש איסור בדבר לפוסק אף אם הוא בר מבואה דנפשיה יש לאסור וע"כ דלא איכפת לן בהא כיון שיכול לומר אני עושה בתוך שלי כו' כמבואר בברייתא זו ממילא דהאי טעמא גופא שייך אם הוא בר מתא אחריתא וזה מוכרח שהרי ר"י ס"ל גבי בור ואילן דשרי מה"ט דזה חופר כו' וכלום חילק בין אם הוא מעיר זו או מעיר אחרת ולשיטות שאר מפרשים צ"ל דלענין פיסוק חיות שייך לאפלוגי בהכי כיון שחבירו קבוע כאן כמותו יד שניהם שוים לכל חיתם ואין בזה דין קדימה משא"כ הבא מעיר אחרת אבל הרמב"ם ס"ל דגם לענין פיסוק חיות אין לחלק בכך והיינו דנקט סתם עושה אדם:

אך ברייתא דקתני כופין בני מבוי כו' הוא מטעם שמרבה עליהם הנכנסין והיוצאין וע"ז קאמר ולשכינו ר"ל שזה בא להיות שכן קרוב אצל אחד מבעלי האומנות זו שאז בני המבוי אין יכולין לעכבו שכבר יש שם אחד מבני מבוי אומנות ומאי איכפת להם שבני העיר ילכו לאומן זה או לזה רק שהוא בא לכופו שיתרחק משם מטעם פיסוק חיות אינו כופהו אלא דמ"מ י"ל דאע"ג דמחלו בני המבוי רבוי הדרך לא מחלו כ"א לגבי מי שהוא מבני מבוי שלהם אבל לגבי אחרינא לא מחלו והיינו דמבעיא ליה לר"ה בריה דר"י ומספיקא דא בר מבואה אחרינא לא מעכב דכל לגבי בן העיר ודאי מחלי כמו שמחלו לזה שהוא מכבר שהי' בידם למחות ולא מיחו וממילא דגם גבי בן עיר אחרת

ונותן עמהם מנת המלך דחשיב כדר עמהם כמ"ש הסמ"ע שפיר מחלו ודינו כבר מבואה אחרינא דל"מ מעכב ובזה יתיישב כל ל' הרמב"ם שהעתיק בש"ע:

אלא דעדיין צ"ע מה שהקשה הש"ך דמאי מבעיא ליה לר"ה בריה דר"י בבר מבואה אחרינא דמי גרע מבר מתא דשייך בכרגא והש"ך הקשה כן על פי' הסמ"ע ולע"ד לפי' הסמ"ע א"ש דודאי למאי דס"ד דאבר מבואה אחרינא מעכב פשיטא דגם אבר מתא דשייך בכרגא מעכב וכ"ש הוא ומה דקאמר ר"ה דאי שייך בכרגא ל"מ מעכב היינו דעכ"פ באין רוצה לכנוס למבוי של האומן ל"מ מעכב עליו דבכה"ג לא הוי פיסוק חיות כולי האי וכן פירשו באמת שאר מפורשים רק הרמב"ם כתב הדין לפי המסקנא דבר מבואה אחרינא נמי לא מעכב ממילא משוויה הדין גם בבן עיר אחרת דשייך בכרגא:

אך זה א"ש לפירוש הסמ"ע אך לפמ"ש דפיסוק לחיות לאו סברא הוא כלל להרמב"ם ועיקר הסברא משום רבוי נכנסין א"כ אף בס"ד אין מקום לפרש הא דאי שייך בכרגא לענין אם אינו רוצה להיות במבוי זה רק במבוי אחר דהא אדרבא במבוי אחר אית להו לעכובי טפי אליבא דהרמב"ם כיון דאין שם אומנות זו כלל וע"כ דמיירי שרוצה לכנוס למבוי זו שהאומנות שם ואפ"ה כיון דשייך בכרגא קאמר דלא מעכב א"כ כ"ש בר מבואה אחרינא שרוצה לכנוס למבוי דכיון דמחלי לגבי עיר אחרת דשייך בכרגא כ"ש למי שהוא מבני עירם וצ"ל כמ"ש הט"ז דמיירי דנותן עמהם המס השייך למלך מאותה מבוי ע"ש וא"כ אין כאן כ"ש כלל:

ויותר נראה לע"ד דהרמב"ם מפרש הא דאיתא בברייתא עושה אדם כו' ואינו יכול למחות בידו מפני שיכול לומר לו אתה עושה בתוך שלך כו' לא בא ליתן טעם דלא מצי למטען פסקת לחיותי דלזה א"צ טעם כלל דהך ברייתא ס"ל דפסקת לחיותי אינה טענה כלל רק שבא ליתן טעם דלא ימחה בידו לומר שמרבה עליו הנכנסין והיוצאין ואע"ג שכבר יש אומנות זו ומחלו לו בני המבוי אני איני רוצה למחול לך לזה אמר שאינו יכול למחות שיכול לומר לו כמו שעשית אתה בתוך שלך והרבית הנכנסין אעשה גם אנכי לביתי:

ודבר זה מצאתי מפורש בתוספתא פ"ב דב"ב דאיתא שם וז"ל כיצד בנה מרחץ בצד מרחצאו של חבירו חנות בצד חנותו של חבירו אינו יכול למחות בידו ולומר אתה הבאת את התקלה שאומר כדרך שעשית בתוך שלך אף אני אעשה בתוך שלי עכ"ל. והנה אמת נכון שהרמב"ם למד כן מתוספתא זו דעיקרא דברייתי' אתי לאשמועינן דל"ת דיכול למחות מחמת הנכנסין והיוצאין ובהכי א"ש טפי הא דסתם ולא פירש דמיירי בבן עיר זו דוקא משום דממילא ש"מ מדקאמר טעמא אתה עושה בתוך שלך ר"ל שהבאת התקלה על בני המבוי ולא הקפידו עליך ע"ד כן מחלו לך שגם האחר יכול לעשות בשלו ג"כ וזה

שייך דוקא בבר מבואה דנפשיה או למאי דבעי ר"ה בריה דר"י שייך לומר כן אף בבר מבואה אחרינא או דשייך בכרגא דהכא אבל בבן מבואה אחרת פשיטא דלא שייך האי טעמא משא"כ לפמ"ש לעיל צ"ל הא דנקט בסתם עושה אדם כו' היינו לומר דמטעם פסקת לחיותי איני יכול למחות אבל אם בא למחות מחמת רבוי הנכנסים שפיר היה אפשר לו למחות בבן עיר אחרת או שנאמר הברייתא מיירי שהוא אין דר שם במבוי זו כלל רק שיש לו חיות וכיון דשאר בני מבוי לא מעכבא ע"ז שמרבה הנכנסין ל"מ איהו לעכובי משום פיסוק חיות מפני שיכול לומר לו אתה עושה וכו' אך לפמ"ש א"ש טפי ול' התוספתא מכריע ועוד יש לדבר בזה הרבה אך לקצר אני צריך:

ועכ"פ למדנו מזה דלדעת הרמב"ם לא איכפת לן בהאי סברא דפסקת לחיותי מטעם שזה עושה בתוך שלו אפי' הוא בר מתא אחריתא ואצ"ל בבן אותו העיר עצמה דל"א דמצי טען פסקת לחיותי וא"כ מה"ת לחלק בין מעט להרבה כיון דלא אמרינן הך סברא דפסקת לחיותי כלל וכן משמע לענ"ד מהירושלמי פ' לא יחפור דקאמר שם טעמא דרבנן מפני שישוב העולם בבורות' שמעון בר ווה אמר בשם ר"י כך משיב ר"י לחכמים כמה דאית לכון ישוב העולם בבורות כך אנא אית לי ישוב העולם באילנות עכ"ל. ונלפע"ד דהכי פירושו דרבנן ס"ל דישוב העולם הוא בבורות שמשקה ממנו שדותיו ושאר תשמישין וכשזה מקלקל את בורו מצי אמר פסקת לחיותי ור"י ס"ל דכמו כן ישוב העולם באילנות שזה מתפרנס ממה שנוטע אילנות וכיון שעושה בתוך שלו לפרנס עצמו לא איכפת לן בזה שיגיע הפסד לחבירו בישוב עולם שלו כך נלענ"ד ועיין בהג"מ מ"ש בשם ריצב"א ראיה מכאן דדוקא בדברים שהם עיקר תשמישו אמרינן על הניזק להרחיק כו' ודבריו צ"ע לענ"ד ועיין בס' פני משה ואין כאן מקומו להאריך:

ועכ"פ איך שיהיה בדברי הירושלמי מ"מ קושטא דמילתא הכי הוא שיש שעיקר פרנסתם תלוי בזה שחופרין להם בורות כתוב בתורה ושנוי בתלמיד ואפי' ס"ל לר"י דלא משגחינן בהא כיון דזה נוטע בתוך שלו וא"כ אף דהתם אזלי שרשיו ומזקי לבור לא איכפת לן בהכי אע"ג דעי"ז מפסיק לחיותי' וא"כ יש ללמוד מהתם להכא דאף בכה"ג דמפסיק לחיות הרבה אינו יכול לעכבו ומ"מ לא רצה להקשות מזה אדר"ה דמצי לשנוי אנא כרבנן ס"ל דכל הקודם לקבוע פרנסתו זכה ואין השני יכול לכנוס לגבולו וא"כ לדידן דק"ל כר"י בכל גווני אינו יכול לעכב אפי' היכא דברי היזקא מ"מ הא כבר הוכחתי דמ"מ הוא פטור מלשלם דכל מבטל כיסו של חבירו הדא. אינו רק גרמא ופטור ואפילו תימא דמ"מ לכתחלה יכול לעכב על ידו וכמ"ש התוספות בהא דגרמא בניזקין פטור אבל אסור ויכול לעכב ולכן גם בזה כיון דברי היזקא שפיר מעכב שלא יגרום לו היזק

ואף ע"ג דלר"י אפי' לכתחלה אינו יכול לעכב משום דאין הנזק מוכן בשעתו דשרשים השתא ליתנייהו משא"כ כאן הוי קצת כגיריה דיליה. מ"מ נראה שאין כל זה מספיק לחתוך הדין שיכול לעכב על ידו שהרי מבואר בח"מ סימן ס"ו שיש דיעות בפוסקים הסוברי' דיורש יכול למחול לעצמו וא"צ לשלם מדינא דגרמי שיכול לומר לא נתכוונתי להזיק כ"א לצורך עצמי נתכוונתי ומשמע התם דאפי' מצי מחל מטעם זה:

ולפי"ז קשה דהא גבי בור ואילן פליגי ר"י ורבנן ולרבנן יכול לעכב ע"י שלא לנטוע בתוך שלו משום שיבא לידי גרמא בניזקין אף ע"ג שאינו מתכוין להזיק כלל רק לטובת עצמו מתכוין ומכ"ש היכא דאית ביה משום דינא דגרמי ודוחק לומר דאה"נ קאמר ר"י זה נוטע בתוך שלו וכיון שאינו מתכוין להזיק שרי דהא באמת ר"י מודה דהיכא דהוי גיריה דיליה לא מהני שעושה לטובת עצמו:

וצריך ליישב ע"פ מ"ש באורים ותומים סימן ס"ו ס"ק מ"ב בשם הגדולי תרומה שהקשה על שיטה שניה מהא דאמרינן בגיטין העושה מלאכה במי חטאת כו' וכתב באו"ת לתרץ דהחילוק הוא דוקא לענין דינא דגרמי אבל לא לענין מזיק בידים ואי היזק שאינו ניכר שמיה היזק הא הו"ל מזיק גמור בידים ע"ש:

ולכאורה. דברי הגדולי תרומה נכונים דהא למאן דדאין דינא דגרמי ע"כ דס"ל דגורם הוי כמזיק בידים ואפ"ה מחלק בין אם מתכוין להזיק א"כ דון מיניה גם לענין היזק שא"נ דאף ע"ג דשמיה היזק מ"מ לא עדיף מגרמי ויש לחלק בו בין מתכוין לטובתו או לא:

אך דזה א"ש למאן דס"ל דדינא דגרמי הוא דין גמור משא"כ למאן דס"ל דאינו רק קנסא כמבואר באורך סימן שפ"ו א"ש דדוקא בדינא דגרמי יש לחלק משא"כ אי היזק שא"נ שמיה היזק ליכא לאפלוגי בהכי כלל ושיטה זו הוא דעת הראב"ד כמבואר בסי' ס"ו ואזיל לשיטתו בפ"ז מהלכות חובל ומזיק דאי היזק שא"נ לא שמיה היזק רק דבמזיד מחויב לשלם מטעם קנס ולכן בעושה מלאכה במי חטאת אפי' בגופו פטור משום דלהנאתו מתכוין ואינו מתכוין להזיק לא קנסו בו במזיד ע"ש:

וכן מצאתי בשיטה מקובצת כתובות דף פ"ו שהרמב"ן כתב בשם הראב"ד שאין המוחל משלם אלא במתכוין להזיק אבל זו מחלה להנאת עצמה והביא ראיה מעושה מלאכה במי חטאת כו' דהיזק שא"נ לא שמיה היזק ובעוסק במלאכתו לא קנסו ע"ש דמבואר דלהראב"ד אפי' לכתחלה שפיר דמי שהרי על הנך דמתרצין דהבת קטנ' היתה כתב שהוא תימא דהאיך נתן ר"נ עצה להזיקו לזה וע"ז הביא תי' הראב"ד וכן מבואר שם ממ"ש בשם תר"י ע"ש:

וצ"ל דאף ע"ג דעושה מלאכה במי חטאת חייב בדיני שמים עכ"פ משום דאף ע"ג דהיה צריך למלאכתו לא היה לו ליקח במזיד ובשאט נפש לעשות מלאכה בגוף הממון של חבירו משא"כ במוחל מו דלא קא עביד מעשה בגוף הממון של חבירו רק בדבורא קא עביד מעשה עדיף טפי מהיזק שא"נ ואפי' לכתחלה מצי למיעבד הכי להנאת עצמו ועכ"פ למדנו מזה שיש חילוק בדבר בין אם הוא נוגע בגוף הממון של חבירו או לא והשתא א"ש הא דפליגי רבנן ור"י באם הבור קדם כו' משום דהתם אע"ג דהשתא לא קעביד מידי מ"מ אנו דנין ע"ש סופו דאזלי שרשים ומזקי לבור ולכן ס"ל לרבנן דמעכב עליו וגם ר"י מודה בכה"ג היכא דהוי גיריה דיליה משא"כ במוחל שט"ח וכה"ג שסוף מעשה ההיזק אינו נוגע בממון חבירו רק אומר ועושה ואינו נוגע בגוף ממון חבירו שפיר דמי אף לכתחלה בכה"ג שאינו מתכוין רק לטובת עצמו ולא נתכוין להזיק כלל:

ומעתה בההוא דעושה אדם חנות בצד חנות חבירו וכיוצא בו אין מקום לדון בזה עיכוב לכתחלה בין לרבנן ובין לר' מטעם מזיק לחבירו שהרי אין מתכוין להזיק כלל רק לטובת עצמו לעשות לו פרנסה במקומו ואין מקום לדון בזה רק מטעם פסקת לחיותי והוא סברא דר"ה ולא קי"ל הכי:

ועפי"ז יש ליישב דברי האבי אסף לפי מ"ש הרמ"א דהוי בריא הזיקא והאבי אסף ס"ל כדעת הנך פוסקים דס"ל גבי מוחל דאם מוחל לעצמו ג"כ מחויב לשלם מדינא דגרמי ולא מהני מה שמכוין לטובת עצמו משא"כ להפוסקים דקיימי בשיטת הראב"ד דכל הנאות עצמו שפיר דמי ואא"ז רמ"א ז"ל שפיר מייתי ראיה מהתם דס"ל לאבי אסף דמעכב על ידו אף ע"ג דקעביד בדידיה ומקרי בריא הזיקא וא"כ ה"ה בנ"ד זה שנתן להכריז שיוזל זהב טפי מהגאון מהר"ם מפדווא ז"ל וא"כ פשיטא דלכ"ע יכול לעכב דהא הענטלימר הב' כתב רמ"א שהיה מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו שעיקר כוונתו היה להזיק להגאון מהר"מ ז"ל ואין מי שחולק בזה וראייתו מאבי אסף דכל דברי היזקא אע"ג שאינו רק דרך משא ומתן שזה מותיב ליה גבי דחבריה יכול לעכב על ידו וא"כ הדבר ברור בנ"ד שאלו מתכוין לטובות עצמו אפי' תימא דהוי ברי הזיקא מ"מ הא איכא דעת הראב"ד וסייעתו דס"ל דבכה"ג שפיר מצי למיעבד לנפשיה ויש להם על מה שיסמוכו ומה שטוענין החניות הישנים דפסק לחיותיהן לא כלום הוא כיון דפסקינן דלא כר"ה בהא ומאן הרגלים לומר לחלק בין פיסוק חיות רב למעט כל דבר מתא הוא מצי מעכב עליו:

ואין להביא ראיה מהא דאמרינן לימא מסייע ליה מרחיקין מצודת הדג כו' ומשני שאני דגים דיהבי סייר ופי' הר"י בן מג"ש כלומר משלחים שלוחים לראות אם יש שם מצודות אם לאו וכשרואין מצודה הראשונה יודעים שיש שם מצודות הרבה בורחים מאותו

מקום כולו ואין נכנסין לאותו מקום כלל שנמצאת אותה מצודה מפסקת לחיותא אבל אי לא יהבי סיארא ולא היה בורחין מאותו מקום שנמצא שממילא לא נאחז במצודה אפשר שילכד באותו מצודה האחרת כמו ריחיים שאפשר שיהא מקצת אנשים טוחנין בזו דלא מפסיק לחיות כלל שאין מעכב עליו ואף ע"ג דהוא מפחית ליה לחיותא מצי אמר ליה את מטי לך מאי דמפסקא לך מן שמיא ואנא מטו לי מה דמפסקו לי מן שמיא עכ"ל ומזה מבואר להדיא סיוע לסברת אבי אסף לפי מ"ש לעיל דאא"ז מפרש דברי הזיקא ומפסיק לחיותא טובא וכמ"ש בשם אגודת אזוב:

אך באמת רש"י פי' דהוי כמטו לידיה וכ"נ מדברי שאר מפורשי' והערוך מפרש לפי שלפעמים ברשת נלכדה רגלם וכשרואין מזונות במצודה אחרת יוצאין מזו והולכין במצודה אחרת ע"ש ולדבריהם אין לחלק כלל בין מפסיק לחיותי' טובא ובין מפחת לחיותי' ואדרבא משמע להיפוך דכיון שהר"י בן מיג"ש כתב שהענין במציאות הוא שע"י המצודה אין נכנסין לה ופסקא חיותאי טובא לא מסתברא שהמפרשים אחרים יחלוקו במציאות וא"כ הו"ל לפלוגי בהכי אע"כ דס"ל דאין לחלק בכך כלל ואי לאו דיהבי סיארא וכניצוד ועומד דמי לא היה צריך להרחיק כלל אע"ג דבמצודה הוא מפסיק לחיותי' טובא ובאמת בעיני יפלא על כל הפוסקים שהשמיטו הך דינא דמרחיקין מצודת הדג כו' היה צריך להשמיענו דלענין מצודת הדגים אינו כן משום דיהבי סיארא:

וראיתי בנימוקי יוסף שכתב ומיהו דוקא בכה"ג שלא הגיע ליד אחד מהם דבר שכל מי שקדם באיזה ענין וקרב הדבר להגיע אין חבירו רשאי להקדימו וליטלו וכדתניא מרחיקין מצודת הדג כו' וע"ש שמרכיב טעם רש"י והערוך יחד ובאמת לפי פי' הערוך אין הכרח מכאן להך דינא שכתב אם קרוב הדבר להגיע כו' ע"ש:

ועיין בב"י בשם הפוסקים שלמדו מהא דמרחיקין כו' דין מעריפיא וגוף הדין דמרחיקין מצודת הדג השמיטו הרי"ף והרמב"ם ושאר פוסקים דהוה להו להשמיענו כזאת. וגם לידע שיעור ריצת הדג שהוא עד פרסה וצריך טעם למה השמיטוהו וצ"ע כעת:

ודאתאן עליה בנ"ד נראה ברור לא מיבעיא לפירוש שאר מפרשים דאין זו טענה כלל אפי' לפי' הר"י מיג"ש אין הנידון דומה כלל דהתם המצודה מפסיק חיותו לגמרי אבל הכא אטו משום שזה פוגע באותן החניות תחלה לא יעבור בהן משם והלאה הא נפשו יודעת מאד כי הן רבים עתה החניות ולא יעזוב נפשו לשאול גם בהן אולי מוזלי גביה וגם להא דאבי אסף לא דמי כלל וכמ"ש לעיל בשם הד"מ הביאו הגהות החדשות וכן האגודת אזוב דדוקא במבוי סתום משלשה צדדים עד כי אפס מקום אחר ללילך לראובן אם לא יעבור תחלה על פתח שמעון ובכה"ג שפיר יש לדמותו להוא דמצודה לפירוש הר"י

מיג"ש משא"כ בזה שמצדדים אחרים דרך הרבים עובר לשם רק מצד אחד צריך לעבור לפני החניות א"כ אדרבה העובר על דרך הפתוח לחניות משאר צדדים אין רואה החניות כלל ואין זה רק כמו עושה אדם בשלו חנות כו' דכ"ע מודו דאינו יכול למחות ולעכב על ידו. ועוד שהרי כתב הר"י בן מג"ש לענין בני מתא אחריתא דה"מ היכא דליכא פסידא ללוקחים כגון דשוו דמי אהדדי ושוו עסקא אהדדי כיון דלא מרוויחים לוקחים מידי עבדי רבנן תקנתא לבני מתא כי היכא דלא לישהי עסקייהו ולא תיפסיק חיותייהו אבל היכי דשוו עסקא ולא שוו דמי כו' הלכך כיון דאיכא הרווחה ללוקחי' לא כל כמיניייהו דמוכרים דמתקני לנפשייהו ומפסדי לאחרים וכן נמי דאמרינן בענין עושה אדם חנות בצד חנותו כו' ובר מתא אבר מתא אחריתא מצי מעכב היכי דליכא ארוויחי תרעי אבל היכי דאיכא ארוויחי תרעי ל"מ מעכב דלא כל כמיניה דמתקן לנפשיה ומפסיד לכל בני מתא עכ"ל והרא"ש הביאו בקצרה ועיין בב"י דעת הרמב"ן וש"פ והרמ"א בהג"ה הביא להלכה כדעת הר"י מיג"ש בזה:. וא"כ נראה דק"ו הדברים שאם אפי' על בן עיר אחרת אין יכול לעכב אי איכא רווחא ללוקחים א"כ כ"ש לבר מתא גופא דלא מצי טען הכי וכאן איכא רווחא ללוקחים הדרים ברחוב שאחורי החניות הללו שיכולים לקצר דרכם כי יהיה להם דבר לקנות לא יסבו בלכתם רק רצוא ושוב ומצינו דרבוי הדרך מילתא הוא כדאמרי' בב"ב דף י"ב מבואות המפולשין לעיר אחרת כו' בני אותה העיר מעכבין עליהם לפי שכבר הוחזקו לקצר דרכם דרך אותן המבואות ע"ש וכה"ג טובא ובודאי דרווחא טובא איכא אם יכול לקצר הדרך ומי לא עסקינן דעד הכי והכי בטיל משווקים. ואמרו עליו על החכם רבי' ישר מקדנדיאה שהיה ממהר בהליכה באמרו כי אין לאבד הזמן היקר שבנמצאות בהילוך לאט ואם כן כי איכא רווחא ללוקחים ג"כ לאו כל כמיניה דהני למיעבד תקנתא לנפשייהו ולפי זה אין ראיה כלל ממ"ש אבי אסף דשם מיירי במבוי של עכו"ם ולא איכפת לן בתקנתא דידהו וכמ"ש הר"י מיג"ש והביאוהו הפוסקים אמנם כ"ז לרווחא דמילתא ולמען כבודו של אא"ז רבינו הגדול רמ"א ז"ל הואיל ונפיק מן פומיה לאוקמי דברי אבי אסף כהלכתא אע"פ שלא החליט הדברים רק מצדד אצדודי וכמ"ש לעיל אעפ"כ הראיתי לדעת כי גם לפי הדברים האלה אין זה ענין לנ"ד ואזיל ומודה דבכה"ג אין יכול לעכב:

אמנם לעיקר הדין הרי השמיטו הרמ"א בהג"ה. ונראה שמסכים לדברי ב"י בזה שדברי אבי אסף מיוסדים על דברי ר"ה ואנן לא קי"ל הכי וכדבריו מבואר בהגמי"י שכתב מדברי האבי אסף נראה דסובר הלכתא כר"ה וכמבואר בש"ך ע"ש ובודאי שהגמי"י כוונתו לדברי הא"א אלו ואם כן פשוט דיחידאה הוא בהא שהרי הרי"ף והרמב"ם וש"פ העלו

דלית הלכתא כוותיה. ובהיות כי ת"ל דרכי מעולם לחתור אחר האמת נחני ה' בדרך אמת והאיר עיני ומצאתי מקור דברי אבי אסף מאין הם נובעין ומצאתי כי ממקום קדוש מרבינו הראב"ן זקינו של הראבי' שקרא ספרו בשם אבי אסף ולפי שאין ספרו מצוי אני מוכרח להעתיק כל לשונו בזה בדף קמ"ח ע"ב וז"ל איוותה נפשו לאכול אשכול בכורה ולשתות יין ישן מקנקן חדש ואבא היום אל עין משפט המה הקדושים אשר בארץ אדירי כל חפצי בם הראשון שבראשון למנורה הוא הרב רבי יצחק בר מרדכי ואחריו יאיר נתיב הרב רבי אפרים והחוט המשולש לא במהרה ינתק הרב ר' משה המדבר שלום אל עמו ועל חסידיו יזכר שלומכם ושלום תורתכם כערג נפש אוהביכם אליעזר בן נתן:

הנה נא הואלתי לדבר אליכם לתת שאלתי שתשיבוני באר היטב על דברי על עסק ראובן ושמעון הדרים בעיר אחת זה במבוי אחד וזה במבוי אחר בין הגוים ושניהם אומנותם שוה להתפרנס ממנה ויצא שמעון ממבוי זה שהיה דר בה ושכר בית במבוי של ראובן ברחוק משער של בית אחד ואין אדם יכול לכנוס לביתו של ראובן א"ל יעבור לפני בית שמעון וטוענו ראובן קא פסקית לחיותי כי כל אותן שהיה רגילין לבא אצלי עד עתה באים אצלך ושמעון משיב בכל יישובי ישראל דרים זה אצל זה ומתפרנסין מאומנות אחת מסחורה וריבית ואנו מה נשתנו וראובן משיב בכל יישובי ישראל המבואות פתוחות ובאים בא' משני צדדים פעמים עוברים לפני פתח הבית של זה ופעמים לפני פתח זה כו' מהחיצונים הוא שאין לו יציאה וביאה אלא לפני פתח ביתך ועתה רבותי היכי נדיינו להאי דינא אי כר"ה דאמר בר מבואה אבר מבואה מעכב כו' וכ"ש אבר מבואה אחריתא וסוגיא דשמעתי' כוותי' אזלא מדאמרינן א"ל ר"ה לרבא לימא ר"ה דאמר כר"י וא"ל רבא א"ת רבנן כו' ומדמהדר רבא לאוקמי לר"ה כרבנן ש"מ דעיקר הוא ובריייתא נמי כר"ה דייקי דקתני אחד מבני מבוי שביקש לעשות רופא כו' עד חבירו מעכב עליו והשתא היזק דריסת הרגל מצי מעכב היזק חיות לא כ"ש ואע"ג דתניא תיובתא עושה אדם חנות וכו' הא מוקמינן לה כרבנן ור"ה כרשב"ג ועיקר הוא דאמר ר"י כ"מ ששנה רשב"ג במשנתינו כו' ובריייתא נמי קרוי' משנה חיצונה ואמרינן נמי שנו חכמים בלשון המשנה ונדון אחר ר"ה או דילמא כיון דר"ה ברי' דר"י פליג עליו ואומר דבר מתא כו' מעכב מלעשותו אומנות בעירו הואיל ואינו שכינו בעירו ואי שייך בכרגא דהכא הוי כשכינו בעירו ולא מצי מעכב מלעשות אומנתו בעיר אבל לא אצלו במבוי ובר מבואה אבר מבואה דנפשי' לא מצי מעכב וכל מילתא כת"ק דר"ש אזלא ובעי ר"ה בדר"י אבר מבואה דעלמא מאי כלומר הא דאמר ת"ק ולשכינו אינו כופהו דווקא שכינו במבוי או אפי' שכינו בעיר ועלתה בתיקו ותיקו דממונא לקולא ועבדינן

כוותי' דהוא בתרא ולא מצי ראובן לעכב על שמעון א"ד כיון דפסיק לחיותי' כאלו נוטל נשמתו ממנו ותיקו דאיסורא הוא ולחומרא ואת"ל דממונא הוא ולקולא מי אמרינן כיון דר"ה סבר דפלוגתא דרבנן ורשב"ג על ב' שכנים במבוי וקאמר איהו כרשב"ג ולר"ה ברי' דר"י מספקא ליה אי אפילו שכינו שבעיר קאמרי רבנן כר"ה דיינינן דפשיטא לי' דבשכינו שבעיר ל"פ דודאי מעכב ואמרינן הקורא לחבירו רשע יורד עמו לחייו ופרשו הגאונים אם יש לקורא חנות יסמוך לי' חנות וימעט חיותו מכלל דאם לא קוראהו לא יסמוך והיינו כר"ה ודיינינן כוותי' על כל דבר יעיינו רבותי אשר להם גולת עליות וגולות תחתיות ואור יקרות וקיפאון ויעמידני על האמת. תשובה מה ידענו ולא תדע כו' חזרנו על כל צידי ראיות דדווקא קאמר דאוקי ריחייא דהזיקו ניכר ומצוי לפוסק חייו מההוא דאין לו מחי' כ"א בזה אבל שאר מו"מ עם בני מבוי שלו אפילו ר"ה מודה דל"מ מעכב א"כ כגון חנות וחייט שהוא אומנותו זה חייו אבל שאר דברים שהוא קונה במעותיו או להלוות בריבית אין נראה שיכול לעכב שהרי כל ישראל אומנותם בכך ולדבריך אין אחד דר עם חבירו כלל:

ועוד אפילו ר"ה דאסר להעמיד ריחיים ה"מ לבני מבוי שלו אבל לבני מבוי אחר אם רוצה לטחון טוחן ואין יכולים לעכב דהכי אמרינן גבי הנהו דיקולאי דאייתי דיקולו כו' מעלמא אתו ומעלמא לזבנו וכ"ש בן מבוי שהעמיד ריחיים אצל חבירו שיכול לטחון לבני מבוי אחר ואין חבירו מעכב רק שלא יטחון לבני מבוי שלו הרגילין אצלו וה"נ שמעון יכול להלוות לכל בני העיר שאינם מאותו מבוי אפי' לר"ה ועוד דמוקמינן ר"ה כרשב"ג ואין הלכה כמותו בברייתא דהכי משמע בא"ט גבי בני מעיים שניקבו וכו' וגבי אבל הוצרך לפסוק כוותי' הלכתא ומייתי סייעתא משמואל דאמר הלכה כדברי המיקל באבל וגם במס' שבת פרק ר"א קאמר את"ל פליגי רבנן עלי' הלכה כמותו או אין הלכה כמותו כו' ואף ר"י גופא מסיק התם הלכתא כרשב"ג ולא פרכינן מי אמר ר"י הכי והאמר ר"י כ"מ ששנה כו' אלא ה"ט דבברייתא לא אמר ר"י הלכה כמותו ועוד ממלתי' דייקי דקאמר במשנתינו ולא קאמר כ"מ ששנה סתם כדאמרינן גבי משנת ראב"י קב ונקי בכל דוכתי מפי רבינו הלוי ועוד מדר"ה ברי' דר"י בעי לה בר מבואה אבר מבואה אחרינא ועלתה בתיקו והיינו לשון בעל התלמוד שסידר הגמרא ועלתה בתיקו ש"מ הכי ס"ל ועוד אמרינן האי מאן דזבין ארעא מעכו"ם אמיצרא דישראל לית בי' משום דינא דבר מיצרא דא"ל ארי' אברחי' מינך ואם איתא לימא לי' פסקת לחיותי שיהיה עוברים עליך וקונים ממך ונושאין ונותנין עמך:

ומה שאמרת מאחד מבני החצר שביקש לעשות רופא כו' אין הנידון דומה לראי' דהתם דווקא בני החצר מצי מעכבי דאינם יכולין לסבול דריסות רגל כל אדם וחצי הרשות קנוי להם לבני חצר אבל מבוי רשות כל אדם הוא ודריסת הרגל וזה עושה בשלו וזה עושה בשלו:

ומה שפסקו הגאונים הקורא לחבירו רשע יורד עמו לחייו להעמיד חנות אצל חנותו רבינו שלמה שדי בי' נרגא מהא דכתובות באושא התקינו שיהא אדם מגלגל עם בנו י"ב שנה מכאן ואילך יורד עמו לחייו והתם מה שייך להעמיד חנות ולפסוק חייו אלא להתריס ולהתקוטט עמו קאמר ואפי' לדברי הגאונים לא מצית למידק מיני' מידי דמי שאינו קורא לחבירו רשע מצי מעכב שלא יפסוק חייב אפילו לשכינו דמצינו למימר אבר מתא אחריתי מצי מעכב הואיל ולא קראו רשע אסור לפסוק חייו אבל לשכינו אפי' לא קראו רשע מצי לפסוק ולא מעכב. ומה שאמרת דשייך הכא תיקו דאיסורא קבלנו מרבינו הקדוש הלוי דאפי' הא דאמרינן תיקו דממונא לקולא קשה בעיני מה שייך לומר קולא גבי' ממונא דאי להוא קולא לכשנגדו חומרא הוא הואיל והמע"ה וכ"ש דאיסורא ל"ש למימר הכא דהא ממש גוזל או מוסר ממון חבירו יותר נוטל נשמתו מזה והוי גורם בעלמא ולא חשבינן לי' איסורא וכאשר ראינו וידענו כתבנו לך ואת לא תעביד עובדא כ"א בבינתך וחכמתך כי אתך תמות חכמה ואורך ימים תבונה:

תמי' אני אליעזר על פה קדוש רבינו שלמה מה שפירש יורד לחייו להתקוטט ולהתריס עמו גבי בנו הרי נוכל לפרש ג"כ שיקפח פרנסתו ולא יפרנסו כפירוש הגאונים ומה שכתבו דגוזל או מוסר ממון חבירו הוי גורם בעלמא לא חשבינן לי' איסורא חלילה כי יש איסור בדבר כדאמרינן בפרק לא יחפור זאת אומרת גרמא בניזקין אסור ופירשתי פירוש יפה בזה הספר עכ"ל הראב"ן:

הנה טרחתי והעתקתי כל דברי התשובה בזה כי כמה הלכתא גברתא איכא למשמע מיני' ועין רואה תשור כי לא ירד הראב"ן לחילוקים אלו שכתב הרמ"א ואגודות אזוב משום שהמבוי סתום אלא כל עיקר ספק שלו שהי' מסופק אם יש לדון בזה כר"ה ושוב כתב דעכ"פ בבר מבואה אחרינא יש לדון כר"ה ואע"פ שצידד בדבר מ"מ לא העמיד על דעתו והנך רואה תשובת הגאוני' שהשיבו לו דאף בכה"ג שהמבוי סתום מכל צד ובר מבואה אחריני אפ"ה ל"מ מעכב:

ויותר מזה מבואר בדבריהם דאף לר"ה ל"א בכה"ג שהוא קונה במעותיו או להלוות בריבית אין יכול לעכב שהרי כל ישראל אומנותם בכך שאל"כ אין אדם דר עם חבירו כלל ולפ"ז נראה דבחניות שלנו שעיקר עשייתם לסחורה מה שהוא קונה במעותיו ל"א

בהא פסקת לחיותי ואותה שאמרו גבי חנות דלר"ה מעכב דזהו חייו היינו בחנות שעושה בו כלים למכור וכדאיתא במתני' חנות שבחצר יכול למחות כו' אבל עושה כלים יוצא ומוכר בשוק ע"ש:

אך אפילו תימא דחנות בכל גווני מירי הכריעו בזה הגאוני' הללו דלא קי"ל כר"ה וכשיטות הרי"ף והרמב"ם וש"פ. ותימא על אבי אסף שכתב שמעכב כר"ה והוא דבר הנראה לעינים שהוא מעתיק מדברי הראב"ן אלו והרי הראב"ן לא הכריע בדבר אלא הי' כמסתפק ושואל את פי הגאוני' הללו ולפי שנראה שמצדד לומר דהלכתא כר"ה וגם השיב על מ"ש שאין זה רק גורם לכן כתב בלשון נראה דמעכב כר"ה לומר דלזה דעתו נוטה אבל באמת מבואר שם בראב"ן בפסקי הלכותיו לב"ב שחזר והודה לדעת הגאוני' הנ"ל שכתב שם וז"ל ומוקמינן דר"ה כרשב"ג והלכה כחכמים דאמרי אף לשכינו כופהו כו' בעי ר"ה ברי' דר"י בר מבואה דעלמא מאי תיקו ותיקו דממונא לקולא ואפילו אבר מבואה דעלמא ל"מ מעכב עכ"ל וכך עלה בהסכמה מכל הראשוני' ואחרונים וכך עמא דבר ומעולם לא שמענו למחות במי שבונה לו בית באיזה מקום בעיר שהוא יותר מוכשר לפרנסת אכסניא אע"פ שהוא בונה אצל שערי העיר או בגובהה של עיר שהכל עוברים דרך עליו ואין מוחה בידם לומר דמפסיק לחיותא אם לא כשאחד בא לגור במקומו' שנוהגין חזקת ישוב או במקומו' שדנין דין מעריפא ועיין בשו"ת רש"ל ז"ל ומשאת בנימין בענין עני המהפך בחררה כו' והרבה יש לי לדבר בזה ולפי שאין ענינם לכאן וגם לאפס הפנאי ושעת הכושר אמרתי לקטוף מלילות ולהשאיר עוללות:

זאת תורת העולה מכל מאי דכתיבנא הנראה בעיני עיקר לדינא כי בעלי החניות החדשות בריבם יצאו כנים. ואיש באחיו לא ידחקון באמיץ כח ורוב אונים כ"א ישבו תחתם חדשים גם ישנים כאשר בררנו הדין דין אמת מפי ראשונים ואחרונים ובעלי הריב אשר מישראל המה ב"ה מאמינים בני מאמינים. המפרנס מקרני ראמי' עד ביצי כינים. יכפיל פרנסתם ומשכורתם עשרת מונים הקולות יחדלון ומטר המריבה לא יותך ארצה ויטע ביניהם אהבה ואחוה כמים הפנים לפנים. לא ירעו ולא ישחיתו כאשר הי' לפנים ואשרי הדור שהגדולים נשמעין לקטנים ושלו' לדייני ישראל דברי זעירא דמן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה כז

אמר אפרים שמעוני אחיי ורעי. אנשי עצתי ושעשועי. ראיתי עצמי כמחויב בדבר להציע. לרבים מה ראיתי על ככה ומה הגיע. כי באתי בידים שניות. לקרוא בראש

הומיות. ובראש כל חוצות אשמיע. אצריח אף אריע. וריב לא לי אחקרהו ולדבר הלכה עצמי אתקיע. ועל ריב יעמדו למשפט במשפטי אכריע. אימא ליאיזי גופא דעובדא. הנהו חנותאי דמחווזא פלוני עבדי שיתין מיני לפדא. באמרם המלח והעורות ודג יבישה. וכל דבר הקשה. להם ניתנה למורשה. כי הם היושבים ראשונה במלח ועל עושה חדשות יתנכלו בנכלי דתות ודברו אתו קשות. איש נגדו כגור ארי' יזנק מן הבשן. של חבירי חדש ושלי ישן. וכאשר ירדו אל עמק יהושפט אז יחלק לב המורים. זה אומר זכיתי לבבי והגעתי לאבני שיש טהורים דרכי גזית וחזקתים במסמורים. וכנגדו החליק עליו. יהפוך כאופן במילין. מה אתה אומר. האבני חמר הי' לך לחומר ובין בצעי המים העמדת. מקום זה יסדת. על קו תוהו ואבני בוהו. ויתנו קול מבין עפאים. להעלות פראים על שפאים. ויתגודדו במשפטם עד הצהרים. ולקול שוועתם שמוע שמעתי אפרים. ומבני מתא קריבן לי קרבות יחפצון. שפתותיהם ידעו רצון. להגיד להם דבר חוק ומשפט עשוי באמת וישר. ואקומה נא ואסובבה בחדרי הפוסקי' כפי אשר היתה אלי עדנה ושעת הכושר והייתי ממהר לירד לעומק הדין כנשר יטוש. להשקיט הרעש ולהשקיע אש המחלוקת בטרם יתגלע הריב נטוש. אולם לא כאשר דמיתי כן היתה. וכל אשר על ריב מתעבר. חיילים יגבר. לא ישקיט עד אם כלה הדבר וכל אשר עשה בו מאמר. הוא קונה קנין גמור. ולא פריך שכן יש צד חמור. לא יאבה ולא ישמע למחות אבן הטועים. אף אם יקראו אחריו מלא המון רועים. ולא לבד חכמים ונבונים. זה מול זה חונים. כ"א מקטני ארץ. פורצי פרץ. לצאת ביד רמה. כנפש החכמה. וילכו דרך שיחם. העולה על רוחם ירקדו כאילים וכעדר העזים. מעיזים ומעיזים. ויוועצו נגידי העיר ושועי'. ראשי' ומנהיגים. ויעוררו אותי בדברים עריבים על אוזן שומע. דבר המלח ודתו להגיע. עוד הפעם מפי אל פיהם יגיח. מי השילוח ולהשיב אמרים. באורך וברוחב מפי סופרים וספרים. ולכן קמתי אני לפתוח לסדר מערכ' שני' על אבני ראמות וגביש בנוי'. ממקור ים התלמוד והפוסקים משיתי'. ובמאזני שכל הישר שקלתי'. ורגבי נחל האמת שמתי בילקוטי. ומלא חפנים ראיות ברורות. הנה הוא באמתחתי. ודרכי בשירים סכתי. שירה חדשה. יתחקה על שרשה. נושאת חן בעיני כל רואי'. מה נאוו לחיי התורה בחרוזיה ומה יפו פעמי נעלי'. ומעתה לא אשא פני איש ואל אדם לא אכנה וגם לא אוציא מפי דבר מגונה. כ"א ללקט אורות בשדה הראשונים ולהעמיד האמת על מכונה. והמתעקש להעתיק צור האמת ממקומו ומבקש תואנה. יהי לו אשר לו גשומה אם שחונה. אני את נפשי הצלתי כי אחזתי דרכי דרך אמונה ולאדם מערכי לב ומד' מענה וזה החלי בעזה"י:

מתחלה נידון היש מקום ללון על פסק היתר החניות החדשות מטעם דבה"ג לא הביא רק דברי ר"ה משמע דס"ל דהלכתא כוותי'. אומר אני שאין מקום פקפוק מחמת זה כלל שהרי כל הפוסקים ראשונים ואחרונים פסקו כר"ה ברי' דר"י דהוא בתראה וכמו שאכתוב אותם אי"ה אחד אחד והרי כולם כאחד עונים ואומרים דלית הלכתא כר"ה ומי יחוש לדברי בה"ג יותר מהם ואפשר שיש חסרון בדברי בה"ג שלנו וכמ"ש בשו"ת מנחם עזרי' סי' ל"ב וז"ל ולאו כל כמינך להחביל דברי הבה"ג על בלי היות כתובין בספרו המצוי אצלינו כי חסרונות הרבה ראיתי בו בהרבה מקומות כו' ע"ש אמנם לענ"ד יש ליישב דברי בה"ג כהלכתא שלא יחלוק על הפוסקים הנ"ל ע"פ מה שמצאתי בבעל העיטור דף צ"א ע"ד וז"ל כדתניא כופין בני מבוי זא"ז שלא להושיב כו' ולשכינו אינו כופהו פירוש אדונינו אבינו ז"ל דרכן של בני אדם חייטין במבוי אחד ספרין במבוי אחד בפ"ע וכופין בני מבוי שלא להושיב חייט ממקו' אחר ביניהם במקום ספרין ולא ספר ממקום אחר במקום חייטי' וכן כולם ולשכינו אינו כופיהו וכדר"ה ברי' דר"י דאמר בר מבואה אבר מבואה י' לא מצי מעכב ובר מתא אבר מתא אחרינא אם שייך בכרגא דמתא לא מצי מעכב וכן פסק רב אלפס ז"ל דר"ה ברי' דר"י פליג אדר"ה ואיכא לפרושי דר"ה אבר מבואה אחרינא קאמר והכי איתא בנוסחא עתיקא דילן ובפירוש דשמעתתא כדפריש אדונינו הרב אבינו ז"ל ולר"ה פשיט' לי' לר"ה ברי' דר"י מספקא לי' והלכת' כר"ה ואשכחת דנוסחא עתיקא דר"ה דיוקא הוא עכ"ל בעה"ע:

ודבר ברור הוא בעיני שגם דעת בה"ג כן הוא כנוסחא עתיק' שהביא בעה"ע ואבר מבואה אחרינא קאי ופסק הלכתא כרבא דמפשיט פשיטא לי' דבכה"ג מצי מעכב וכרשב"ג דאמר אף לשכינו כופיהו שלא להושיב שם חייט ממקום אחר:

אמנם צריך לבאר לפ"ז הא דפריך עלי' מברייתא דעושה אדם חנות כו' דילמא בבר מבואה דנפשי' מיירי וצ"ל כיון דיהיב טעמא מפני שיכול לומר אני עושה בתוך שלי כו' האי טעמא שייך אף בבר מבואה אחריני וה"ה ברי' דר"י מספקא ליה אי הלכתא כרבנן או כרשב"ג ורבא פשיטא לי' דהלכתא כרשב"ג בהא ומ"מ צריך ליישב הא דא"ל רבינ' לרבא לימא ר"ה דאמר כר"י דתנן ר"י אומר לא יחלק אדם כו' וה"ל לפלוגי דאף רבנן מודו בבר מבואה אחריני ואין מתירין רק בבר מבואה דנפשי' וצ"ל דס"ל דרבינא משמע לי' דחכמים מתירין לחלק קליות ואגוזין לתינוקת אף לאותן שהיו רגילין לקנות אצל חבירו והם מכירין ויודעין מלפנים וכמ"ש לקמן לענין מערופיא ור"י אוסר מפני שהוא מרגילן אצלו וחכמים מתירין אף בכה"ג דכ"א עושה בשלו מה שרוצה וא"כ בכה"ג פשיטא דכבר מבואה אבר מבואה אחרינא דמי ואפ"ה ס"ל דלא מצי מעכב עלי' וע"ז

אמרינן אפ"ת רבנן משום דמצי א"ל אנא פליגנא כו' ובהכי א"ש מה שהקשו התוס' תימא לרשב"א דאמאי לא מייתי הברייתא דלעיל דממ"נ ר"י דאמר לא יחלק כו' פליג אברייתא דעושה חנות כו' ולפמ"ש י"ל דמרבי יהודא אין ראי' דפליג אברייתא דאיכא למימר דמיירי בתינוקות שהם רגילין לבא אצל חבירו והוא מרגילן אצלו דבכה"ג דמי לדגים דיהבי סיארא וכמ"ש לקמן לענין מערופי' ועדיף מבר מבואה אחרינא ולזה מייתי תנאי דפליגי בהדיא:

ובהא א"ש מה ששמעתי מי שדקדק דלמה הוצרך בש"ס דב"מ למימר בטעמא דרבנן משום דא"ל אנא פליגנא אמגוזי כו' הא קי"ל כר"ה ברי' דר"י וכן הרי"ף שם העתיק טעם זה אע"ג דפסק כר"ה ברי' דר"י ולפמ"ש א"ש דלא מבעיא לבעה"ע ובה"ג דודאי א"ש אלא אפי' להרי"ף דס"ל לפסוק דאף בר מבואה אחרינא לא מצי מעכב מ"מ בכה"ג שהוא מרגיל הרגילות אצל חבירו דדמי לדגי' דיהבי סיארא הוי מצי מעכב אף אי לאו טעמא דאנא פליגנא כו' ובס"ד דר"ה דאמר כר"י הוי ס"ל דחכמים פליגי נמי אהך דמרחיקין כו' ולפי המסקנא דא"ל אנא פליגנא כו' א"ש הך ברייתא אף לחכמים ולכך שפיר מייתי הרי"ף הך טעמא. אמנם לקמן אבאר דבלא"ה לק"מ:

והנה יעברו לפנינו דברי הפוסקים שפסקו דלא כר"ה א' אחד הנה הרי"ף כ' וליתא לדר"ה דהא קם לי' כיחידאה ולעולם הלכה כסתם ועוד דהא ר"ה ברי' דר"י דהוא בתרא פליג עלי' כו' וכן פסק הרמב"ם בפ"ו מהל' שכיני' שאפי' מבני מבוי אחרת אינו יכול למונעו ולומר לו אתה פוסק חיי. וכ"כ הרמב"ן וז"ל ופסקו הגאונים ז"ל כר"ה ברי' דר"י ופליגי דר"ה ואיכא דתמיהא לי' אי פליגי אדר"ה היכא אמר פשיטא ופירשו בשם ר"ת ז"ל דר"ה ברי' דר"י לאו אאומנות קאי אלא אמיני סחורה כעניינא דעמרויי וגרוגרת אבל באומנות קבועה מצי מעכב ולאו מילתא הוא ומאי דפשיטא לי' לר"ה ברי' דר"י משום דס"ל כרבנן ופשיטא לי' דליתא לדרשב"ג דיחידאה הוא עכ"ל:

והנה לפי' ר"ת במיני סחורה כההיא דעמרויי וגרוגרות אף ר"ה מודה וליכא מאן דפליג דלא מצי מעכב כ"א אבר מתא אחריתי. וכבר כתבתי בתשובתי הראשונה שכך הוא דעת שלשה עמודי עולם שהשיבו להראב"ן דדווקא קאמר ר"ה דאוקי ריחייא כו' ע"ש ולפי"ז צ"ל הא דפריך מעושה אדם חנות כו' לאו מחנות פריך כ"א ממרחץ שהוא ענין אומנות א"נ משמע לי' דחנות נמי בחנות של אומנות מיירי כדאמרינן לעיל חנות שבחצר כו' אבל עושה מלאכתו ומוכר בשוק כו' וכן משמע בריש חזקת הבתים דקאמר ומודה ר"ה בחנותא דמחוזא דלימא עבידי ופירוש הרשב"ם ונ"י שם שר"ל אותן שמוכרין בהם לחם ויין כו' אבל סתם חנויות למלאכה עשוין כגון של צבעין ושל צמרין אלא שצ"ע

לפ"ז מדקאמר רבינא לרבא לימא ר"ה דאמר כר"י הו"ל לשנויי דשאני התם דשרו רבנן משום דלאו באומנות מיירי אלא במיני סחורה. ולכאורה הי' אפשר לומר דחנות קבוע לסחורה כאומנות קבוע. דמי ור"ת מפרש לדר"ה ברי' דר"י במיני סחורה שמבי' לפי שעה כההוא דעמרויי וגרוגרת אלא דלפי"ז לא הו"ל להזכיר בדבריו אומנות כלל רק הו"ל לחלק בין ענין קבוע ובין ענין עראי א"ו שז"א ועיקר החילוק הוא בענין אומנותו בכך וכמ"ש לקמן וכן מבואר להדיא בתשובה שהשיבו הגדולים הנ"ל להראב"ן ע"ש והא דפריך ממתני' דב"מ דרבנן מתירין לחנוני לחלק קליות ואגוזי' היינו משום דבכל חנוני מיירי התם אף בחנות שאינו לסחורה כ"א מה שהוא עושה מעשה ידיו ומוכר ואומנותו בכך וגם אופה פת או בוצר יין מגתו ומוכר בחנות אפשר שג"כ בכלל זה אבל מה שהוא לסחורה שקונה במעותיו מזה ומוכר לזה בכה"ג קאמר ר"ה ברי' דר"י דלא מצי מעכב ור"ה מודה לו בזה:

אמנם הרמב"ן דעתו דאפי' באומנות פליג ר"ה ברי' דר"י על ר"ה והלכתא כוותי' ונראה דמשמע לי' הכי מדאמרינן בתר הכי ומודה ר"ה במקרי דרדקי כו' ומודה ר"ה ברי' דר"י ברוכלין כו' משמע מזה דר"ה ברי' דר"י ור"ה פליגי אהדדי וקי"ל כוותי' וכן מבואר בסמ"ג דאפי' בן מבוי אחרת אינו יכול למונעו וכן פסק הראב"ן בספרו אפילו בבר מבואה אחריני וזה דעת שלשה עמודי העולם שהשיבו לו שחזרו על כל הצדדין ולא מצאו טעם לאיסור וכן פסקו התוס' וכן דעת הרא"ש וכן מבואר ממהרי"ח וא"ז שהביא בהג"א שם וכן פסק רבינו ירוחם בס' משרים נתיב ל"א חלק ו' וכתב עוד וז"ל וכן בני אדם שהולכין להלוות בריבית כו' ואם שני בני אדם דרים יחד בעיר אחת והאחד רוצה להלוות במעט ריבית יותר מחבירו מצי מעכב כי יאמר כמו החנוונים אני אחלק לתינוקת אגוזים חלק אתה להם שאר פירות כדי להרגילם אצלך עכ"ל. וכן דעת הטור והש"ע וכן באגודה כתב בפשיטות דברי הרי"ף דפסק דלא כר"ה ואע"ג דאח"כ הביא דברי אביאסף במבוי הסתום מג' צדדים כו' נראה דמעכב עליו עכ"ל מ"מ הדבר ברור שהוא ז"ל הי' סובר דאבי אסף במבוי הסתום קאתי עלה מטעמא לפי שאין יכול כותי לילך אם ילך תחלה לפני בית שמעון וכה"ג ס"ל דדמי למערופי' אבל אנחנו שזכינו לראות באור הגנוז ספר הראב"ן שביאר להדיא טעמא דידי' דהוה מספקא לי' דשמא הלכתא כר"ה ואי לית הלכתא כוותי' אפי' בכה"ג שאין יכול לכותי לילך כו' לא מצי מעכב. נמצינו למידין דלפי פסק האגוד' גופי' דפוסק כר"ה ברי' דר"י אף בכה"ג לא מצי מעכב ועוד דהתם מיירי ששמעון הרוצה לקבוע דירתו בראש המבוי הוא בא ממבוי אחר דכה"ג מספקא לי' דילמא עכ"פ הלכתא כר"ה בהא לגבי ספיקא דר"ה ברי' דר"י וכמבואר להדיא בראב"ן והאגודה ס"ל

לדעת אביאסף דבכה"ג שפיר יכול לעכב על בן מבוי אחרת כיון שהוא בא ממקום אחר להפסיד פרנסתו אבל בר מבואה דנפשי' כיון דמסתמא קתני עושה אדם חנות כו' ומי לא עסקינן שהמבוי סתום והוא מקדים חנותו ומרחצו לחנותו ומרחצו של זה ואפ"ה קתני דשרי ואם איתא דבמבוי סתום כה"ג איכא איסורא לא הוה סתום לן תנא כה"ג אלא ע"כ דאין לחלק בכך עכ"פ בבר מבואה דנפשי'. אך כבר כתבתי בתשובתי והעתקתי דברי הגדולים הנ"ל דאפי' בכה"ג שא"א לעבור אם לא על פתחו של זה ואפי' בר מבואה אחריני דעתם להתיר ואצ"ל בר מבואה דנפשי':

וכן מבואר בשיטה מקובצת לב"ב בשם הרשב"א שכ' וז"ל וא"ת כיון דר"ה אמר מצי מעכב היכא אמר ר"ה ברי' דר"י דפשיטא לי' כו' י"ל כיון דפלוגתא דרשב"ג ורבנן הוא וקי"ל יחיד ורבים הלכה כרבים מ"ה אמר דפשיטא לי' כו' וכן מבואר שם בשם עליות הרב החסיד רבינו יונה ז"ל וז"ל יש לפרש דר"ה ברי' דר"י פשיטא לי' דבר מבואה אבר מבואה אחרינא מצי מעכב שלא יושיב אומנתו בתוך המבוי של חבירו ובני המבוי יכולין לעכב שלא להשכיר לו בית אלא הכי מיבעי' לי' אם יוכל לעכב בר מבואה אבר מבואה אחר שלא יושיב אומנותו אצל מבוי זה חוץ למבוי בבתים הסמוכים לו כיון שדירתו במקום אחר רחוק מכאן והוא בא כאן לקבוע חנות מפני לוקחי' שמצויין כאן וכענין בר מתא אבר מתא אחרית' שהוא דר בעיר אחרת ובא להרויח לפרקים ולקבוע כאן אומנתו דאע"ג דתניא עושה אדם חנות בצד חנותו של חבירו דילמא ה"מ כשהוא דר בבית הסמוך לחנות זה או שדר בחנות אבל אם דר במבוי אחר רחוק מכאן אינו רשאי לקבוע אומנתו אצל חבירו כדי להרגיל את הלוקחי' מחבירו לבא אצלו כך נראה בעיני כו':

עלה בידינו א' מבני חצר כו' וא' מבני מבוי שנעשה רופא אומן גרדי אינו רשאי לעכב שכיניו שבאותו מבוי מלעשות רופא אומן גרדי ואינו דומה לזו שאמרו עני המהפך בחררה כו' לפי שמצוי לו ליקח לחם מן הפלטר בדמי' ולפיכך כשהוא קונה חררה שמהפך בה העני נקרא רשע אבל זה אין מקום לקבוע שם אומנתו כמו במקום הזה או שמקום הזה מצוי בו הריווח לבעל אותו האומנות כו' ומרחיקין מצודת דג זה מן הדג כמלא ריצת הדג ואע"פ שאין מצוי לו לצוד דג כזה במקום אחר הנה דג זה כאלו ניצוד ועומד במצודת חבירו הפרוסה תחלה לפי שכבר נתן הדג סיירא במזונות שבמצודה לפיכך אין זה דומה למה שהתירו לחנוני להושיב חנות בצד חנותו של חבירו וכן לפאה שאע"פ שפירש העני טליתו מעבירין אותו הימנו כי הצייד יכול הוא להרחיק ולהפריש מצודתו ולצוד דגים אחרים וכופין בני מבוי זא"ז שלא להושיב חייט כו' שלא ימעט

ריווח בני אומני מבוי זה ואם בא אחד מבני מבוי אחרת לקבוע חנות א' אצל חניות מבוי זה חוץ למבוי אע"פ שהוא דר במבוי אחר רחוק מזה והוא מושיב אומנתו בזה המבוי מפני שהוא מקום הרויח לבעלי אותם אומנות אין בני המבוי זה מעכבים עליו ויכולין א' מהאומנים שבעיר לעכב על האומנים הדרים בעיר אחרת כו' ע"כ מעליות הר"י ז"ל וכל עין רואה. תשור כי הר"י ז"ל מתיר אף באם דר במבוי רחוק מכאן ומכ"ש אם דירתו קבוע אצל החנות הזה שאין יכולין לעכב על ידו כלל ולקמן אבאר בזה והנה שם בשיטה מקובצת כ' מגליון התוס' בשם ריצב"א שתי' על קושית התוס' דאמאי לא מייתי ברייתא דלא יחלק כו' דשמא יש ליתן טעם דר' יהודא מודה דמצי לירד לאומנתו אע"ג דאסר לחנוני לחלק קליות ואגוזים עכ"ל:

ולפ"ז פשיטא דא"ש מה שדקדקו בהך דב"מ דל"ל טעמא דאנא פליגנא אמגוזי כו' דודאי לפי מאי דקי"ל כר"ה ברי' דר"י דמותר לירד לאומנות חבירו ס"ל דגם ר"י מודה בזה אלא דחילוק קליו הוי אקרובי' דעתי' טפי דדעתא דתינוק מקרבא לגבי אמגוזי וה"ל כדרך רמאות שמרמה את התינוקת שיבואו אצלו לקנות אע"פ שאין דעת אביהם בכך אלא שולחי' אותם לקנות באשר ימצאו מן היפה ומן המשובח יותר ורבנן פליגי מטעם דאנא פליגנא כו' ומכ"ש דא"ש לפמ"ש לעיל דר"י מיירי בתינוקות שרגילין לבא אצל חבירו וכמש"ל. ועכ"פ מבואר דאף ר"י דאוסר בחילוק קליות מודה ביורד לאומנות חבירו דשרי ואצ"ל בחנות דלסחורה דודאי שרי לכ"ע והא לכם תשובות מהר"מ ב"ב דפוס פראג סי' תרע"ז וז"ל ראובן הי' מתעסק באומנתו ובא שמעון ועסק בה אחריו וצווח ראובן לגזור לבל יעסוק בה אחר כו' ואח"כ נדר שוחד למושל העיר לבלתי יעסיק באותו אומנות כ"א הוא לבדו כו' כך ראינו שאם שמעון זה בן מבואו של ראובן שאין יכול לעכב עליו אע"ג דאמ' במ"ב דרש רבא תרי"ג מצות כו' לא עשה לרעהו רעה שלא ירד לאומנת חבירו זו מדת חסידות אבל לענין שורת הדין לא כדאמרינן בפרק לא יחפור אמר ר"ה בר מבואה דאוקי ריחייא כו' ולית הלכתא כוותי' אלא כר"ה ברי' דר"י חדא דר"ה ברי' דר"י בתראה ואשכחן בהלכות קצובות דשדרו ממתיבתא כל היכא דתשכח אמוראי דפליגי ותשכח בתראי דפליגי בהדא מלתא נמי הלכתא כבתראי ומסור' בידינו ו' דורות הי' רבנן אמוראי כו' מכאן שר"ה בדור של רבה הי' דהוא דור רביעי וכיון שהוא אחרון הלכתא כוותי' ועוד דאר"ה כרשב"ג שהוא יחידי כו' ובברייתא אין הלכה כרשב"ג וקם לי' ר"ה ברי' דר"י כרבנן ומש"ה אמר הא מילתא דפשיטא ולא צריכא ובכל מקום הלכה כרבים ור"ה ברי' דר"י ס"ל הכי והלכה כמותו וכ"ש שפריך על דעת ר"ה מברייתא אחרת עושה אדם מרחץ כו' ומה שאמר ראובן מושל העיר צוה ודינא דמלכותא דינא לאו כי האי אלא כגון

דקטלי דקלא ועבדי גשורי. אבל האי כיון דצווח שמעון נשאל דינינו ונעשה כפי שורת הדין והמשפט ולא שמע דברי חבירו ותלה בגוים שימינם כו' ודבר זה רשע גזל ותרמית: ובענין זה שאל רבנא טודרוס ורבנא משה ב"ר יהודה לפני רבנא קלונמוס ראובן שיש לו בית הריחיים ורצה שמעון להעמיד אצלו ראובן מעכב עליו והשיב הוו יודעים שהלכה כר"ה ברי' דר"י הלכך אם הוא בר מבואו אין יכול לעכב עליו והרשות בידו לעשות בתוך שלו כמו שאדם עושה בתוך שלו ואם בן מבוי אחר הוא כיון שאנו אומרים תיקו דין ממון הוא להקל ואנו עושים בו לשני צדדים אם קדם ראובן והעמיד את הריחיים אין כח בשמעון לכופו ולעקרו משם אם עד שלא העמידו באו לב"ד וא"ל ראובן עשה בתוך מבוי שלך אין מניחין אותו להעמידו אצלו הנה אור עולם ומומחה לרבים הורה כן כר"ה ברי' דר"י ועוקר דברי ר"ה אין לנו לעמוד על דבריו עכ"ל תשובת מהר"מ ב"ב:

והנה עוד שם תשובה בסי' תתט"ו וז"ל ראובן הי' לו מערופיא של כומרים כמה שנים והאי ראובן צורבא מרבנן הוא ומלמד תורה לרבים בחנם והכירו תלמידיו בריוח שמרויח במערופיא ונכנסו להפסידו וקיבל עליהם בקהל והפרישם בחרם מאותו מערופיא ונסתפק לכם אם יש להפריש שאר ישראל שאינם תלמידיו מאותו מערופיא:

תשובה מתוך שאלתכם (נ"ל שחסר מלת אין ניכר אם יש במקומכם דין מערופיא או לאו אין אדם אחד יכול לכפות הקהל שינהגו לו מנהג לעצמו ואע"ג דאמר ר"ה האי בר מבואה כו' לית הלכתא כר"ה דהא אותיבנא עושה אדם חנות כו' ואע"ג דאוקמי כתנאי הוא דאמר כרשב"ג הלכה כת"ק דרשב"ג וה"מ במקום שלא נהגו אבל במקום שנהגו הכל כמנהג המדינה וה"מ בשאר אינש אבל בצורבא מרבנן דעסיק במילי דשמייא מתעני למעבד לי' תקנתא כי היכא דלא מיטרד מגרסא וכעובדא דרב דימי כו' אבל מצאתי על אותו מערופיא של ישראל אין לישראל חבירו לפייסו ולשחדו כדי להפקיע מישראל דכתיב על שאול ועל בית הדמים מתוך שהרג הגבעונים שהי' מספיקים להם מזון כאילו הורגו ויורד לחיי חבירו ואמרינן עני המהפך בחררה כו' ואמר בפרק בר מבואה כו' ע"כ לא קאמרי רבנן אלא דא"ל אנא פליגנא אמגוזי מאלו הראיות נראה דאסור ור"ת אמר דנכסי עכו"ם הרי הן כמו הפקר וכל מי שיוכל להחזיק בנכסים מחזיק והם שלו וכ"ש שאינו גוזלו ואמר בב"מ מי שהניח פיאה כו' גבי מציאה הלכך נראה דמותר הרי להדיא תשובת כמה גאוני עולם דלא מצי מעכב מלירד לאומנתו ואפילו במערופיא ממש דמותר ולקמן אבאר בזה:

ובמרדכי פרק לא יחפור כ' וז"ל יש מקומות שדנו דין מערופיא וכן ראיתי רבינו יוסף ט"ע ומדמה לי' לדגים דיהיבי סיארא ויש מקומות שאין דנין ומתירין לישראל לילך

למערופיא של חבירו ולהלוות לו ולשחדו לי' ולאפוקי מיני' דאין כאן גזל דנכסי עכו"ם הם הפקר וכל הקודם זכה בהם כדאיתא בפרק חזקת הבתים וכן הי' ר' אבא ור' אלעאי וכל רבותינו שוין בדבר ועוד ראי' מפרק קמא דב"מ נפל עלי' או פירש טליתו עלי' מעבירין אותו ממנו עכ"ל הרי מבואר דאי לאו דמדמי דין מערופיא לדגים דיהבי סיארא' הי' רבינו יוסף טוב עלם מתיר בפשיטות וכר"ה ברי' דר"י דפליג אדר"ה ומכ"ש לפי המקומות שאין דנין דין מערופיא כלל וכמ"ש שם דאפי' לשחודי לי' שרי לית דין צריך בשש דשרי בכל גווני:

והנה במרדכי שם אח"כ כ' וז"ל ומבוי הסתום מג' צדדים כו' נראה דיכול לעכב עליו כדר"ה עיין בפרק ח"ה גבי נכסי עכו"ם כו' וגם בפ' האומר גבי רב גידל הוה מהפך כו' ופ"ק דב"מ גבי המגבי' מציאה לחבירו אבי אסף עכ"ל. ונלענ"ד דאבי אסף מייתי מתחלה דברי מי שהי' סובר דמצי מעכב כדר"ה (והוא מדברי הראב"ן כמש"ל בתשובתי הראשונה) וע"ז כ' אבי אסף לעיין בפ' ח"ה כו' ור"ל דמהני דוכתי מוכח דבכה"ג הוי כהפקר ולא מצי מעכב עליו כלל וכמש"ל מיני' לענין מערופיא. ולענ"ד הוא ג"כ מדברי אבי אסף ועכ"פ אי קי"ל כר"ה או לא זה מבואר שם בפירוש דלא קי"ל כר"ה שהרי כתב אח"כ במרדכי וז"ל כ' אבי אסף ראיתי בפירוש ר"ת מאי שייך בכרגא דמתא שרוצה להיות שייך בכרגא כו' לא מצי מעכב ויהא כבני העיר כו' ע"ש. וכן מבואר שם בשם רבינו אביגדור הכהן ע"ש ובמהרי"ק שורש קצ"ב כ' וז"ל ועוד תדע שכן הוא שהרי פסקו כל הפוסקים רב אלפס ורבינו משה ורבינו ישעי' האחרון מטראני וכן רבינו אשר דמאחר דמספקא לר"ה ברי' דר"י אי בר מבואה אבר מבואה אחרת יוכל לעכב ונשאר בתיקו שאין יכולין לעכב עליו מספק ועתה כוף אזנך ושמע אי אמרת בשלמא דהאי דלא מצי מעכב היינו שאין ב"ד מונעין אותו מלבוא ולעשות אותו אומנות מש"ה דין היא שכיון שנשאר בספק אין להם לב"ד לכופו לזה ולמונעו מלעשות שם אומנתו שהרי כלל גדול בדין שהמע"ה וזה הוא כמוציא מחבירו כיון שרוצי' לכופו שלא יבא והוי דינו כל דאלים גבר כיון דלא שייך כאן תפיסה כו' ועוד נלענ"ד כו' דפשיטא דמה שאמרו ר"ת ורבינו אשר שאין בני העיר יכולין לעכב עליו לבא לדור בעירם בלא רשותם כל שירצה לישא בעול עמהם זה דוקא בימיהם שלא הי' בדבר שום סכנה וחשש הריסת המעמד רק מיעוט הריוח והדבר דומה לבר מבואה דאוקי תנורא וריחייא ואתא בר מבואה חברי' כו' או שיש בדבר רבוי עין ומתוך כך השר מרבה העולים אבל עכשיו בעו"ה רבו כתות הדורשים כו' הלא דבר פשוט הוא שיכולין בני העיר לעכב מדין רודף ואע"ג דזה אינו מתכוין לרדוף ולהזיק כ"א להנאת עצמו מתכוון מ"מ פשוט דמשום זה לא יבצר מלהקרא

רודף מידי דהוי אההוא דפר' הגוזל בתרא כו' וכן צ"ל ע"כ שיש חילוק בין מניעת הריוח והשכר כגון האי דמוקי תנורא וריחייא וכו' ובין היכא דאיכא היזק קצת וכ"ש בהיזק גדול וסכנה כי הא דהכא מדאמרינן בב"ב אמר ר"ה ברי' דר"י כו' בר מבואה אבר מבואה אחריתי מאי וסליק בתיקו והשתא יקשה לך אמאי לא פשיט לה מהא דתניא א' מבני מבוי שביקש להחזיר פתחו למבוי אחר בני מבוי מעכבין עליו ואפי' הי' לו שם פתח מקודם כו' והרי לך דבר מבואה אבר מבואה מצי מעכב כ"ש כשלא הי' לו שם שום חזקה מעולם כגון ההוא דמוקי תנורא וריחייא בצד של חבירו ומאי מבעי' לי' לדר"ה ברי' דר"י א"ו צ"ל דיש לחלק בין היכא דאיכא משום היזק כי ההוא דאחד מבני מבוי כו' ואיכא משום היזק דדריסת הרגל שאין רגיל אצלם כמ"ש רש"י או מפני שמרבה הדרך כמ"ש מקצת המפרשים ובין ההוא דבר מבואה אבר מבואה כו' דהתם אין שום היזק אלא מניעת השכר והריוח דודאי מיירי בכה"ג שאין יכולין למנוע ממנו דריסת הרגל כגון שיש לו שם חצר או ששכרה מאחד מבני החצר כדמשמע לישנא דברייתא כופין בני מבוי זה את זה שלא להושיב ביניהן כו' וע"ז קאי ר"ה בריה דר"י ומאחר שכן הוא דאף ע"ג דפליג ר"ה בריה דר"י אר"ה מודה הוא היכא דאיכא משום היזק ואפי' היזק מועט כי ההוא דביקש להחזיר פתחו למבוי כ"ש שמודה היכא דאיכא משום היזק מרובה וסכנת נפשות כאשר הוא בזה"ז בעו"ה ואפילו בר מבואה אבר מבואה הוי מצי מעכב ק"ו בן בנו של ק"ו בר מתא אבר מתא אפילו שייך בכרגא דהא פשיטא דבר מבואה שייך בכרגא דבר מבואה חבריה ואפ"ה מצי מעכב במקום היזק כדפרישית ע"כ לשונו:

הנה העתקתי לשונו בזה ללמוד ממנו כמה דברים חדא שמביא בשם רבינו ישעיה מטראני אחרון ז"ל דפוסק כר"ה בריה דר"י ואפי' איבעיא דבר מבואה אבר מבואה אחריתי מספיקא לא מצי מעכב ואין הב"ד יכולין למונעו וזה הבא למנוע חבירו מלעשות אומנתו המוציא מחבירו ועליו הראיה וא"כ ממנה אתה דן לנ"ד דאפי' אם היה איזה ספק בדבר אין יכול למונעו מספק וק"ו שאפי' ספק אין כאן כמו שבררתי גם מבואר מדברי מהרי"ק דמחלק בין מניעת הריוח להיזק לענין זה וכבר עמדתי על חילוק זה בתשובתי ות"ל כוונתי לדעתו ז"ל ולא כ' שם דמצי לעכב אלא בגוונא דנ"ד דהוי היזק מרובה וסכנת נפשות ודן בו דין רודף משא"כ בנ"ד דלא שייך זה לא מינה ולא מקצתה. ועוד נלמד משם דאפי' במקום היזק מועט או מרובה כ' מהרי"ק דאפי' בר מבואה אבר מבואה הוי מצי מעכב כו' משמע דוקא אבר מבואה אחריני וכדמייתי מההוא דביקש להחזיר פתחו למבוי אחר משא"כ בר מבואה דנפשיה שעושה בשלו לא איכפת לן מה שמגיע היזק לאחרים כל דלא הוי גירי דיליה וכמ"ש בתשובתי בארוכה:

וע"ש עוד מ"ש ראיה מהא דלא יעשה אדם תנור בתוך הבית כו' אע"פ שיהא הכל ברשותו מעכבין עליו שלא תעלה הדליקה לישרף בתי השכינים הרי לך דאפי' הכל ברשותו צריך להרחיק משום חשש הפסד מרובה וק"ו ומה התם שהוא עושה בתוך ביתו וגם אין לנו לאסור דירתו עליו כדפירש"י גבי הא דמשני דירה שאני וגם כי בידו לשמור עצמו כו' ואע"ג שהרמב"ם מפרש להוא דלא יעמוד תנור כיון שהבית והעליה של שנים ואינו חושש להיזק השכינים פשיטא ופשיטא דע"כ לא פליג ארבינו שלמה ודעימיה אלא דוקא בכה"ג בעושה בתוך ביתו וגם משום דלא ברי הזיקא כ"כ מכל הני טעמא דפרישית אבל בכה"ג שיש לחוש הרבה גם הרמב"ם מודה עכ"ל הרי מבואר דאפי' במקום היזק ממש ס"ל להרמב"ם דאין יכולין למונעו כל היכא שאין ברי ההיזק כ"כ אע"פ שיש היזק מרובה מכ"ש היכא שאין חשש היזק כלל רק ענין מניעת הריווח פשיטא דגם רש"י מודה:

ועוד כתב מהרי"ק שם וז"ל ועוד נלענ"ד דס"ל לבה"ג דהלכה כר"ה כו' ואע"ג דרב אלפס פסק דלא כר"ה ותופס לו עיקר כר"ה בריה דר"י ונהגו העם כרב אלפס היכא שלא נחלקו עליו התוספ' כמ"ש מהר"מ בתשובה מ"מ הכא דאפי' לרב אלפס אפשר לומר דמצי מעכבו ואפי' לר"ה בריה דר"י אם נפרש כפרש"י ורמב"ם ורבינו אביגדור דכל דעד השתא לא שייך בכרגא כו' לע"ד יצטרפו גם דברי בה"ג אשר דבריהם דברי קבלה עם החולקים על ר"ת למימר דמצי מעכבו כו' ואע"ג דמ"מ ראוי לחוש גם לדברי ר"ת והנמשכין אחריו מ"מ מי יעכב על ראשי הקהל שלא ימנועוהו מלבא אם תתגבר ידם הלא יאמרו קים לן כרש"י כו' עכ"ל הרי שאחר שנתחבט הרבה לצרף דעת החולקים על ר"ת בענין שייך בכרגא עם בה"ג מ"מ סיים בה שראוי לחוש גם לדברי ר"ת כו' אלא שאין לעכב על ראשי הקהל באם תתגבר ידם אבל בדין פשיטא דלא מצי לעכובי עליו שהוא יכול לומר קים לי כמ"ד דלא מצי לעכובי וכפי' ר"ת והנמשכין אחריו:

וע"ש שכתב ועוד שהרי כמה החמירו רבותינו בהיזק הרבים ואפי' במקום חששא רחוקה כדאמרינן פרק המניח חצר שהחזיקו כו' והדבר מבואר שאין דבריו אמורים אלא לענין היזק וכה"ג דמיירי התם משא"כ היכא שאין חשש היזק כלל רק חשש מניעת הריוח ואדרבה עד שאתה חושש לאותם שכבר החזיקו ניחוש לרבים מבני העיר אשר רצים אחר פרנסתם ואין משיגים אותה כ"א ע"ד זה לעשות להם חנות במיני מזון ומחיה ואין אנו יכולין לעכב עליהם להזיק הרבים שלא תשיג ידם די מחיתם והדבר ברור שאין לעכב על ידם שלא מן הדין:

וז"ל כל מהרש"ל בתשובה סימן ל"ה וביש"ש קדושין ר"פ האומר דבר שאומנתו בכך וחבירו יורד לתוכו כגון בר מבואה דאוקי ריחייא כו' וחנות וכל כה"ג יכול לעכב על מי שאינו בר מתא אבל בר מבואה אבר מבואה לא יכול לעכב כלל דהלכתא כר"ה בריה דר"י כו' ואפי' אבר מבואה אחרינא לא מצי מעכב דנשארה בתיקו וספק דממונא לקולא כו' ע"ש ולקמן אבאר בשאר דברי רש"ל בזה וכן מבואר בשו"ת אא"ז הגאון שארית יוסף סימן י"ז וז"ל אלא אי דמי קצת להא דבר מבואה כו' והלכתא כר"ה בריה דר"י וכ"כ בשו"ת משאת בנימין סימן ך"ז אלא שכתבו די"ל דע"כ לא פליג ר"ה בריה דר"י אלא כה"ג דריחייא דאינו מבטל לראשון לגמרי שהרי הראשון עומד בריחיים שלו אלא שהשני העמיד עוד אחר ומחסר לראשון ממחיתו שלא יהא ריווח הרבה לראשון כבראשונה אבל היכא דבא השני לדחות את הראשון ולבטל אותו ממחיתו בענין החנות והאורענדות שאין רשות רק לאחד בכל העיר ובא השני והסיג גבול הראשון ודוחה אותו לגמרי כ"ע מודו דמצי מעכב אפי' אבר, מבואה דידיה דהא ודאי פסק לחיותי' לגמרי וכ"כ בספר שארית יוסף כו' עכ"ל הנה מבואר מתוך דבריהם ז"ל דאע"ג דודאי ברי הזיקא ומחסר לראשון ממחיתו לא איכפת לן בהכי אם לא היכא דפסיק חיותי' לגמרי ודוחה אותו ממחיה זו לגמרי ולקמן אבאר בזה וכן דעת הלבוש ושאר אחרונים אשר מימיהם אנו שותין. הלא המה הסמ"ע והב"ח והש"ך והט"ז:

וכ"כ בשו"ת חוות יאיר סימן מ"ב וז"ל והנה ממוצא דבר הנ"ל יצא לנו שיש ג' חילוקי דינים יורד לאומנות חבירו קי"ל דמותר לכתחלה אם לא בבר מתא אחריתא וכמבואר בסימן קנ"ו ואף דהאי מילתא דתהוווהו בה אינשי ודאי הכי הוא והכי נהוג בכל תפוצות ישראל ויש לנו עוד ראיה חזקה מהא דאיתא במכות בא דוד והעמידן על י"א כו' ומפרש שם כולהו במילי דחסידות אשר בהם נדנוד עבירה ע"ש ובתוך הבאים מפרש לא עשה לרעהו רעה שלא ירד לאומנות חבירו מכלל דשרי רק הצנועין והפרושין פורשין מזה עכ"ל הנה בפי' איתמר דכה"ג דיורד לאומנות של חבירו שרי לכתחלה ומשמע דאין חילוק בדבר אפי' היכא שמתקן ענינו בטוב יותר מחבירו אין לאסור וכמ"ש לקמן. ואחרי הודיע כל זאת אין נבון וחכם שיאמר שיש לפקפק בדבר לאיסור לא מיבעיא אם הענין כפי אשר כתבו ראשי העם ומנהיגי הקהלה יע"א שכל הדרכים שוים לטובה ולפעמי' יכשר זה ולפעמים זה שאין לפרכס בדבר כלל והאריכות אך למותר. אלא אפי' אם הענין כאשר הציע הרב האוסר כי החניות האלו החדשות הם מוכשרות יותר מהאחרות לפי שבני השוק שמצד זה כשרוצין לחניות הם צריכים לעבור דרך עליו מ"מ דבר פשוט הוא שאין יכול לאסור עליו שהרי הראב"ן והשלשה גבורים גדולי עולם האיתנים מוסדי

ארץ כתבו בהדיא בההוא דמבוי סתום להתיר ואף הראב"ן שמגמגם בדבר לא עלה על לבו להחמיר משום שכל עכו"ם צריך לעבור דרך עליו רק משום דמספקא ליה דילמא הלכתא כר"ה עכ"פ בבר מבואה אחריתי הא לא"ה לא עלה על דעתו שום דבר אחר, לאסור מחמתו והראב"ן גופיה בספרו קבע מסמורות בהא דהלכתא כר"ה בריה דר"י וממילא שלא נשאר מקום לספק כלל וכן מבואר מהגהות מיימוני שאין לחלק בזה שהרי כ' דמאבי אסף משמע דהלכתא כר"ה והיינו משום ההוא דמבוי סתום כו' אלמא דס"ל דמה שאין עכו"ם יכול לעבור כ"א דרך עליו אינו מעכב. וכן מבואר מדברי הב"י שכ' דכיון דלא קי"ל כר"ה לית הלכתא כאבי אסף וכ"כ בד"מ כ"י שבידי וכן נראה מדברי הדרישה והפרישה וסמ"ע וכן הב"ח והש"ך והט"ז שהאריכו בענין זה ואי הוי ס"ל לחלק בהכי פשיטא דלא הוי שתקי מיניה ואיך לא אישתמיט חד מינייהו להביא דין כזה ולתרוצי סוגיא אליבא דידיה דיש חילוק בין א"א לעבור כ"א דרך עליו אלא ע"כ דכולהו ס"ל דאין לחלק בכך:

שוב פקחתי עיני וראיתי שמבואר כן להדיא בש"ך סעיף קטן ג' במה שכתב להשיג על הבית יוסף דהוא כתב ובאבי אסף כו' וכן הוא בהמרדכי והגמי"י בשם אבי אסף ומביאם ב"י גופא לקמן כו' הרי מבואר להדיא דס"ל דמכאן יליף הגמי"י דהאבי אסף ס"ל דהלכתא כר"ה ויותר מבואר בש"ך שם דלא ס"ל האי חילוקא כלל שהרי כתב ועיין בספר אגודת אזוב דף פ"ח ע"ב שנראה שלא כיון יפה ע"ש עכ"ל:

והנה דברי הא"א בדף פ"ח העתקתי בתשובתי הראשונה שכתב בדעת אבי אסף שטעמו משום דהמבוי סתום כו' ע"ש ועל זה כתב הש"ך שלא כיון יפה:

ומעתה אני אומר אליכם תופשי התורה הביטו וראו אם יש ביד האוסר לחתוך הדין נגד אא"ז הגאון בעל ש"ך ז"ל אשר אנו שותים מימיו ולאורו אנו הולכים והוא ז"ל ראה סברא זו באגודת אזוב ודחאה מהלכה וגם הלא למראה עיניו היה תשובת רמ"א כאשר מראה מקום הוא לו בס"ק ה' וס"ק ו' אל תשובה זו יסוד א' ויסוד ב' ואעפ"כ לא מצא חילוק זה חן בעיניו וא"כ מי הוא זה אשר ירום ראש נגדו למחות באותו שהעמיד החניות ולסוגרם להזיקו בממונו ולמיעבד עובדא נגד כל הנך גדולים דלעיל אשר שפתי קדשם ברור מללו להתיר אף בכה"ג:

וגדולה מזו מצינו בשו"ת מהרש"ל וביש"ש בקידושין במי שקנה אורענדי יי"ש ונפל טענות בינו ובין חבירו שהשיג גבולו וקפח מחייתו כאשר באו שם הדברים ברוב ענין והאריך שם הרבה וכתב לבסוף וז"ל ולא ידענא מה אידון בזה שום זכות להטורה אי דומה אותו ליורד לאומנתו של חבירו הלא אין שייך לענין זה כלל דהא הוא בר מתא

כמו ראובן ולא מצי לעכב עליו ולענין מצודת הדג אינו דומה דהתם טעמא דהוה כמזומן אצלו כדפירשנו לעיל שאני דגים דיהביה סיארא כו' והעלה שם דזה הקונה קנה קנין גמור והנוטלה ממנו הוא גזל גמור כו' ואף ע"פ שלפי מה שבא אא"ז הגאון בשו"ת שארית יוסף ללמוד זכות על המורה וכתב וז"ל אלא אי דמי קצת להא דבר מבואה דאוקי ריחייא כו' ומ"מ גם מזה אין ראיה דהכא מניחו ג"כ לעשות מלאכתו אבל נ"ד שהוא מבטלו לגמרי מאותה מלאכה איכא יותר טענה דקא פסקית לחיותאי כו' וכ"כ גם כן בשו"ת משאת בנימן וכמש"ל בשמו הרי מבואר מדבריהם דדוקא משום דבטל מאותה מלאכה לגמרי ס"ל דחיישינן לפיסוק חיות אבל היכא דלא בטל לגמרי אע"פ שמקומו מוכשר לו יותר לא איכפת לן ואם איתא דאף בכה"ג ס"ל דמצי מעכב לא הוי שתיק בשארית יוסף מלאתויי ראיה מדברי אבי אסף אלו אחרי שנתחבט הרבה באותו ענין ללמוד זכות על המורה הגאון מוהר"י בצלאליש ז"ל כמבואר שם וגם המ"ב האריך בענין זה הרבה ולא מצא לו עזר מדברי המרדכי אלו א"ו ס"ל דבכה"ג לא מצי מעכב וע"ש במ"ב ד"ה ומדין הרביעי שכתבנו כו' היינו דוקא בריחיים שרוצה השני להעמיד ריחיים שלו אצל הראשון ואינו מבקש השני לעסוק שום עסק בריחיים של ראשון אבל נדון זה שהשותפים קנו האורענדא שעסק בה הראשון ולוקחין אותה ממנו באופן שהראשון יושב ובטל כו' מבואר שדעתו לחלק בין אם הוא עושה בתוך שלו אלא דממילא מגיע עי"ז הפסד לחבירו ובין אם הוא נכנס תחת הבעלים ודוחהו לגמרי שהוא בא להחזיק מקומו של הא' ממש והוא ילך לו בפחי נפש בכה"ג ס"ל דגם ר"ה ברדר"י מודה:

ובזה א"ש דלכאורה הדבר תמוה כיון דר"ה בריה דר"י סתמא אמר דבר מבואה כו' לא מצי מעכב מאין הרגלים לחלק בין אם ע"י זה ידחה הראשון לגמרי או לא ומי לא עסקינן שהשני הוא זריז ונשכר הרבה וע"י שנתמעטה מחיית הא' במקום זה יצטרך להפסיק אומנתו זה לגמרי ולבקש לו פרנסה אחרת ור"ה סתמא קאמר דלא מצי מעכב א"ו דעיקר החילוק הוא דכל שאינו נכנס תחתיו ממש לעסוק באותו עסק ממש שעסק הראשון רק הוא עושה בתוך שלו אין אנו יכולין למחות בידו כלל אף שאפשר שעי"ז יצטרך הראשון להרחיק א"ע לא איכפת לן בהא ולא עדיף מהיזק דכל שהוא עושה בשלו על הניזק להרחיק א"ע. וכבר הרחבתי הדבור בזה בתשובתי והרי דעת הגאון מוהרש"ל להתיר אף אם דוחה אותו לגמרי ונכנס במקומו ממש:

ומ"ש במ"ב וז"ל ואף ע"ג שמורי הרב כתב בדין אורענדי דלא מצי מעכב אבר מתא. דידיה והתם דוחה הראשון לגמרי מ"מ נ"ל פשוט מ"ש ועוד שגם מורי אפשר דלא מיירי רק בשקנה הראשון האורענדע לזמן קצוב וכמ"ש לקמן עכ"ל:

הנה המעיין בתשובת רש"ל יראה דבכל גווני קאמר דמצי לדחותו כל שאינו מזומן דלהוי כמטא לידיה ולאו מטעמא דזמן קצוב אתי עלה. ומ"ש המ"ב שנ"ל פשוט כמ"ש לענ"ד צ"ע והדבר צריך לפנים ואמינא תניא דמסייע ליה להגאון רש"ל דהא בש"ס מייתינן סייעתא לר"ה מהא דמרחיקין מצודת הדג ופירש"י צייד שנתן עיניו בדג עד שהכיר חורו שאר ציידים מרחיקין מצודתן ממנו כו' והוצרך לדחויי משום דיהבי סיארא ואם איתא לחילוק של המ"ב בפשיטות הו"ל לפלוגי דהתם שהציידים רצים לצוד אותו דג עצמו שיהא נדחה הראשון מעסק דג זה לגמרי כ"ע מודים אע"כ דכל דעדיין לא הוי כמטי לידיה יוכל זה לזכות אף בדבר זה עצמו. אך לפי מה שהסברתי דברי המ"ב שחילוקו הוא בין אם עושה בתוך שלו דאז לא איכפת לן במה שיתבטל חבירו ובין אם נכנס לגבול חבירו ממש א"כ יש ליישב ההוא דמצודת הדג דכל שהוא פורש המצודה באיזה מקום שיהא אף ע"פ שאם יפול הנופל לתוך מצודתו מבטל מצודת חבירו לגמרי לא איכפת לן בהכי כיון שהוא עושה בתוך שלו ולכך מייתי סייעתא לר"ה דס"ל דאפ"ה אסור משום פיסוק חיות ודחי דהתם טעמא משום דיהבי סיארא וא"כ הדבר ברור דכל שאינו בא בגבולו של חבירו אפילו אם כשיזכה זה יתבטל חבירו לגמרי לית לן בה אם אינו כמאן דמטו לידיה ומכ"ש היכא שאין בו משום ביטול מלאכה כלל רק שיש לזה קצת עדיפות מחבירו אין מי שאומר שיוכל לעכב על ידו דהא לא חזינן לר"ה בריה דר"י דליפלוג בהכי:

וגדולה מזו מוכח בש"ס דאפילו היכא שהיה חבירו נכון לבו בטוח שיבא לידו כל שלא היפך בו ועשה מעשה שיבא לידו לא חשבינן ליה כמאן דמטו לידיה ושרי חבריו למסביה לנפשיה שהרי ר"ה קאמר מאן דאוקי ריחייא כו' ובעי לסייע ליה מהא דמצודת הדג ומשני משום דיהבי סיארא ופירש"י צייד שנתן עיניו בדג זה עד שהכיר חורו כו' אלמא אף ע"ג דלא זכי ביה ולא מטו לידיה מרחיקין ועלה משני כיון שהדגים נוהגין לרוץ למקום שיש מזונות וזה הכיר חורו ונתן מזונות בתוך מלא ריצתו בטוח הוא שילכדנו כו': ולכאורה ל"ל לרש"י לפרושי בקושיא דמיירי שנתן עיניו בו והכיר חורו כו' דלמה לא נימא בפשיטות דהמקשה הוי ס"ד דכל שזה פרש רשתו לכאן אסור לחבירו לבא ג"כ לפרוס כאן ולהשליך ביאור חכה ואתי תירץ הש"ס בפשיטות דיהבי סיארא שדרך להכיר חורו והוי כבטוח שילכדנו א"ו דז"א דא"כ אכתי הוה סייעתא לר"ה דהא דבר פשוט הוא דכל שאין כאן שום ריחיים במבוי רק שלו לבדו הרי הוא בטוח שכל מי שיצטרך לטחון יבא אצלו שהרי הוא יחיד בדבר ואין לזרים אתו וכהכיר חורו דמי ולכך מפרש רש"י דגם המסייע ידע מזה דמיירי בהכיר חורו כדמשמע לישנא דמרחיקין מצודת הדג מן

הדג דאל"כ הול"ל מן המצודה (ועיין בשו"ת רש"ל שרוצה לדייק מזה דמיירי אף בלא פרס מצודה רק שהכיר חורו ודבריו צ"ע לענ"ד) ואפ"ה שפיר הוה סייעתא לר"ה דהא כיון דליכא ריחייא אחרינא כהכיר חורו דמי שהכל צריכין למאריה דריחייא ואין עוד מלבדו ואע"ג דלא מטי לידיה לא איכפת לן ואהא קא משני דהתם שאני שע"י שדרכן לשוט אחר מזונות והוא כבר נתן מזונות כמטא לידיה דמיה והוי כאילו כבר בא משא"כ בהא דר"ה אע"ג דלכשיבא יהיה בא לידו מ"מ השתא מיהא מחוסר ביאה הוא וכיון דבר מתא הוא לא יכול לעכב עליו להעמיד ג"כ שמי שיבא אצלו יבא וזה ברור בפרושה דשמעתתא. ולפי"ז הדבר ברור דכל שעדיין לא בא אע"פ שאם היה בא אין ספק בדבר שהיה בא לידו לא חיישינן להכי ושרי ליה לחבריה להעמיד ג"כ אע"פ שזה הבא לטחון בריחיים שלו בלי ספק מניעת ריווח דראשון הוא שבודאי היה בא לידו לא איכפת לן בהא וא"כ פשיטא שאין לדון בזה דין קדימה לומר כיון שחנות זה קודם כל הבא ועמד שם לקנות הוא נוטל חלק חבירו דמה בכך כיון דהשתא מיהא אכתי לא בא ולא מטא לידיה דחבריה יכול הוא להקדים ולזכות בו ואין מקום לחלק בין אם מעט או הרבה יאכל דהא אף מעט המוכן לחבירו היה אסור אי לאו משום דאכתי לא זכה בו ולא מטא לידיה וא"כ מה לי פורתא מה לי טובא:. ולפי"ז צריך ליישב דברי אא"ז רמ"א בתשובה שרצה לומר בדעת אבי אסף דבדבר דברי היזקא כגון במבוי סתום שבודאי יזיק לו כ"ע מודו דהלכתא כר"ה והדברים צ"ע דהא אין לך ברי היזקא יותר מזה אין שם רק ריחיים אחת ועינינו הרואות כי מאז הקים זה הריחיים החדשה רבים באים אליו לטחון בתוכה אשר מקדם היו צריכין לטחון בתוך הריחיים של ראובן המעמיד הראשון ואפ"ה קי"ל דלא מצי מעכב אבר מתא:

אמנם כבר כתבתי בתשובתי שלפי מה דמפרש הר"י בן מגא"ש בהך דשאני דגים דיהבי סיארא יש הפרש בין מפסק חיותא לגמרי בין מפסיק חיותיה מעט כו' ע"ש וס"ל להרמ"א בדעת אבי אסף דכה"ג שאין עכו"ם יכול לבא לבית ראובן אם לא יעבור תחלה על פתח שמעון כמפסיק חיותיה לגמרי הוא והוי כמבטל מאומנתו לגמרי וכמש"ל גם כן בשם השארית יוסף והמ"ב דס"ל דבכה"ג גם ר"ה בריה דר"י מודה:

ומעתה דבר ברור הוא דכל זה היכא דמפסיק חיותיה לגמרי ומבטלו ודוחה לגמרי ובכה"ג איירי נידון דהרמ"א ג"כ כמ"ש שם דבנ"ד בריא היזקא הוא כי הענטלומר השני נתן להכריז שכל ספר יוזל זהב טפי מהגאון ומי ראה זאת ולא יבא אליו לקנות ממנו ויכול הוא להוזיל כי הוא מעשירי ארץ כו' מבואר להדיא דהתם דן אותו כמזיקו לגמרי וכמדחהו מאומנתו משא"כ היכא שאין מדחהו לגמרי כי ההוא דהתם או כההוא

דמצודה שע"י שרואין המצודה הראשונה הם בורחים משם לגמרי משא"כ היכא דלא מפסיק לגמרי אע"פ שיש קצת עדיפות לזה לא איכפת לן בהכי וכמבואר בל' הר"י בן מיגא"ש שכתב אבל אילי לא יהבי סיארא ולא היו בורחים מאותו מקום שנמצא שאילו לא נאחז במצודה זו אפשר שילכד באותו מצודה האחרת כמו ריחיים שאפשר שיהא מקצת אנשים טוחנין בזו דלא מפסיק חיותיה כלל (ר"ל לגמרי) י"ל שאין מעכב עליו מבואר מלשונו דלא קפדינן מידי בעדיפות כ"א בהפסק חיות לגמרי וכן מבואר יותר שהרי כתב וכשרואין מצודה הראשונה יודעים שיש שם מצודות יותר כו' משמע שלפעמים זה הבא פורש רשתו יותר קרוב אל מקום הדגים הניצודים ולכך חוששין שמא עי"ז שיראו המצודה שהקים זה יברחו משם ושוב לא יבואו כלל לתוך מצודה שכבר טרח בה זה ופרש אותה ומפסיק חיותיה לגמרי משא"כ אם לא היינו אומרים הך סברא שבורחים משם אע"פ שמצודה זו הוא קרובה להם יותר לא חששו להם חכמים לדבר זה כלל לאסור ע"ז אע"פ שאפשר שיש עדיפות למצודה זו מחמת קורבה דמוכח מ"מ כיון שעכ"פ אינם בורחים משם ויוכל להיות כי המה ירוצו עד המצודה השניה ומטו ליה מאי דמפסיק ליה מן שמיא אינו יכול לעכב עליו וזה ברור למעיין בדברי הר"י בן מיגא"ש ומשם ראיה ברורה לנ"ד דאע"פ שזה מעמיד חנות על הדרך מ"מ מאן לימא לן שמידי עברו יסור שמה שמא יעבור דרך עליהם עד מקום שאר החניות ואין זה מפסיק לחיותיה לגמרי אפי' תימא שיש כאן עדיפות קצת משום ככה לאו עכובא הוא וקל וחומר הדברים דמה דגים שבים דלאו בני דעה נינהו וסברא הוא שיכנוס למצודה אשר לפניו ראשון לחפור משם אוכל כי מנין ידע שימצא כזה מן הוא והלאה ואפ"ה אמרינן כיון דהוא דבר שאפשר להיות שדרך מרוצתו יהא שוטף ועובר עד המצודה השנית שפיר מתירין לזה לפרוס מצודתו אע"פ שכבר קדמו אחר וק"ו בנ"ד שהקונים בני דעה נינהו ויודעין כי כל עיקרין של חניות הם העומדים בשורה הפנימית ורגילות הוא שנותן לב לחפש איזה מקום שיוכל לברור לו חלק יפה או דזולא ליה וכל כה"ג מילתא דפשיטא הוא דלכ"ע אינו יכול לעכב עליו:

ואמנם כבר בארתי שלענ"ד אף היכא שדוחהו לגמרי שכתב השארית יוסף והמ"ב דמצי מעכב אין הדברים אמורים כ"א היכא שנכנס תחתיו ממש ועל מקומו יבא משא"כ אם שביתתו במקומו אף בכה"ג שיהא חבירו בטל לגמרי ליה לן בה. ודברי רמ"א בזה לתרץ דברי אבי אסף כבר כתבתי בתשובתי כמה דרכים ואיהו גופא לא ס"ל כוותיה כמ"ש בתשובתי מדברי הד"מ כ"י וכן ממה שהשמיטו בהג"ה אלא דבתשובה שם מצדד אצדודי למינקט ליה שוקא ואא"ז הגאון מוהר"מ מפדווה ז"ל חזא לאצטרופי גם סברא זו:

והדברים מוכרחים שהרי כתב שם דבנ"ד הוי בריא הזיקא לפי שזה הכריז שיוזל זהב טפי כו' ולכאורה מה בכך אטו משום הא יהיה יכול לעכב עליו. הרי כבר הבאתי לעיל דברי רבינו ירוחם שכתב להדיא לענין הלוואת ריבית דלא מצי מעכב אבר מאתיה שרוצה להלות בפחות מחבירו כי יאמר כמו החנונים אני אחלק אגוזים כו' ואפי' תימא דרמ"א ס"ל דמה שהוא מוזיל טפי אינו דומה לחילוק קליות מ"מ הא קמן דרבי' ירוחם מתיר אפילו בהלוואת ריבית שהוא לעכו"ם והביאו רמ"א גופא בסי' קנ"ו בהג"ה וק"ו היכא דאיכא ארווחי תרעא לישראל אע"כ דלא בא רק להראות פנים שבעל נפש יחוש לפסידא דהגאון מוהר"מ אבל לא שנסמוך ע"ז לחתוך הדין בשביל זה לבד אף במקום פסידא ממש ודחיה לגמרי ומכ"ש בזה דפשיטא שאין כאן דחיה לגמרי רק עדיפות קצת דאין שום פוסק שיאמר שיוכל לעכב:

ודברי אגודת אזוב שכתב דדוקא בסתם מבוי דהיינו מפולש דמצי א"ל מי שבא אצלך יבא כו' אבל במבוי הסתום בג' צדדין דלא מצי למימר מי שבא אצלך כו' דפשיטא שיבא אצלו דהא הוא דר כלפי הצד הפתוח גם ר"ה בריה דר"י מודה מפני שזה דומה ממש למצודת הדג דתנן דמרחיקין כו' ועיין בפירש"י ובסוגי' שם שדברי אמת ויציב עכ"ל ודבריו תמוהים מאד דמה ענין זה למצודת הדג לפי פירש"י שהטעם מפני שכבר נתן מזונות והוי כמטא לידיה וכלוקח מתוך מצודתו דמי. וכבר כתבתי דלפי פירש"י מוכח איפכא ואולי לזה כיון הש"ך במ"ש שלא כיון יפה:

ומ"מ נראה דגם אגודות אזוב לא קאמר אלא בכה"ג דס"ל דהוי כמפסיק חיותיה לגמרי וכמ"ש להדיא דהא לא מצי למימר מי שבא אצלך כו' דפשיטא שיבא אצלו כו' והיה סובר דמיירי בענין שדרך העכו"ם ללות מי שמוצא ראשון ואין דרכו לחזור אחר איש אחר כלל וממילא שדוחה הראשון לגמרי משא"כ בנ"ד אם לא כי כה יאמר המורה הוראה לאיסורא כי ע"י החניות שחידש זה צריך לסגור החניות הישנות לגמרי ולסלק את התריסין ואם יקבע זה מקום בחניות אלו תכלה רגל מן השוק ואז היה אפשר שימצא לו סיוע מדברי אגודת אזוב:

אבל לענ"ד הוא דבר שאינו שהרי אנכי הרואה הרשום בכתב אמת דליכא עלויא כלל וא"כ אף שניקום וניחוש לקצת עילוי מ"מ בשביל זה לא יכלו באפס תקוה למצוא פדיום ובפרט בזה שרבים המה החניות אין זה מפסיק חיותיה לגמרי בשביל רווחא דשביק למאן דקדים מיניה ובודאי לא יאמרו כדבר הזה אשר אין לו שחר וא"כ גם אגודת אזוב אזיל ומודה בנ"ד וההיתר ברור נראה בעליל לארץ מזוקק שבעתים כשמש בחצי השמים:

והנה אף ע"פ שהדברים ברורים ומחוורים כשמלה חדשה אולם למען הגדיל תורה אמרתי לא אחשה ואוסיף מיא אוסיף קמחא דהני חדתא כלהון יהון שרן ואינש לא ימחא בהון ודבר זה בתורת ק"ו למדנו שהרי כבר הבאתי לעיל בשם המרדכי והגמ"יי שיש מקומות שאין דנין דין מערופיא ומתירין לישראל לילך למערופיא של חבירו ולהלוות לו ולשחודי ליה ולאפוקי מיניה דנכסי העכו"ם הרי הם כהפקר כו' וכ"כ לעיל בשם תשובות מהר"מ ב"ב סימן תקט"ו דמסיק להתיר ורמ"א בהג"ה סי' קנ"ו הביא דיעות אילו:

והנה מ"ש ויש אוסרין מבואר בד"מ שהוא ע"פ דברי הגמ"ר דב"מ והרשב"א בתשובה שהביא הב"י והנה בהגמ"ר שם איתא הטעם שאסור לעבור מערופיא של חבירו דהא לווין גוים איכא טובי ודמי למקח וממכר שיכול לקנות במקום אחר כו' ע"ש והרש"ל בתשובה כתב וז"ל ומאחר שיש מקומות חלוקות ויש פנים לכאן ולכאן נראה לכתחלה לאסור עליו אבל לא לדין עליו כלל בפרט בעתים הללו וכן מצינו שפסק אב"ד הזקן מורינו ורבינו קלונימוס אשר מ"כ לע"ע בק"ק בריסק בשבת תחכמוני וכל בעלי תריסין אבני פז הנמצאים שם הסכימו עמו וז"ל הגאון ובגלילות הללו לא מצאנו ידינו ורגלינו להיות דנין בדין מערופיא ע"כ וע"ש בתשובות רש"ל דקניות הורענדא אע"ג שאין הריווח מבורר וגם אינו קצוב מ"מ דמי למציאה כי אין דרך למכור רק לאדם אחד ולא נימא שיחפש לו מקום אחר למחייתו מאחר שמצא מחייתו במקומו בריווח והשקט אין לך מציאה גדולה מזו והביא ראי' מתשובות המרדכי בשם מהר"מ בראובן שהי' מהפך בקרקע של עכו"ם על מיצר שמעון וקדם שמעון וקנה דלא מיקרי רשע דלאו כל שעתא מתרמי על מיצר שלו ועוד הביא ראי' ממ"ש התוס' לענין מלמד דכל שאפשר לו במקומו הו"ל כמציאה ואחריו החזיק תלמידו הגאון בעל מ"ב וכ' בד"ה ומהשתא כו' דאפי' אי הוי פסק דמים עם העכו"ם אפ"ה אין כאן דין מהפך בחררה דהא קי"ל כר"ת דפסק דבמציאה והפקר מותר להקדימו אפילו לכתחלה ואלו כיון שמצאו מחייתם במקומם בהשקט ובטח דומה למציאה ואין שייך כאן לומר יניחו ביתם ודירתם וילכו וישתכרו במקום אחר וכה"ג כ' מהר"מ כו' עכ"ל:

וכבר הבאתי לעיל מלשון הרב החסיד רבינו יונה ז"ל בעליותיו דאף ר"ה ברי' דר"י דהוי מספקא לי' בבר מבואה אחרינא מ"מ היכא שדר בבית סמוך לחנותו של זה פשיטא לי' שיכול לקבוע אומנתו בכאן רק דמספקא לי בדירתו במקום אחר רחוק מכאן והוא בא לקבוע כאן חנות מפני לוקחים שמצוים כאן והוא מקום הריווח לבעלי אותה אומנות וק"ל דאף בכה"ג לא מצי מעכב ע"ש וכבר ידוע פרשת גדולתו וחסידותו של רבינו יונה ז"ל שהרשב"א תלמידו משתבח בו בכל מקום וקורא אותו מורי הרב החסיד ז"ל

וא"כ בנ"ד שדירתו הוא קבוע שם ועושה חנות בקיר החומה שלו שאין מקום להסתפק שיצטרך להניח מקומו ולבקש לו מנוח במקום אחר מאן צייית דעקר סוכו ומשכניו ורהיט ורבינו יונה מסתים סתים לה שיכול לקבוע חנותו חוץ למבוי בבתים הסמוכים לו ואע"ג שאותן שיצטרכו לאומנות זו משאר בני העיר יפגעו בו בראשונה לית לן בה ודוחק לומר דכי איתמר דרבינו יונה במבוי המפולש וקצת מבני העיר דרין מעבר השני למבוי ואיך שיהא עכ"פ מבואר מדבריו דלא שייך בזה שילך לחפש מקום אחר כיון שהוא מקום הריווח לבעלי אומנות זו:

ומעתה כל אשר עינים לו ירא וישפוט דלא מיבעיא לדעת המתירין במערופיא שאין כאן מקום פקפוק כלל והדברים ק"ו דהשתא לילך אצל העכו"ם ולפייסו ולשחדו בממון שיהא קונה שלו או שילוה ממנו התירו אע"פ שעושה מעשה בידים למינקט בשפולי' דגלימי' ולמרהט אבתרי' ולפתותו בשפתיו ולשחדו בממון ואע"פ שהוא רגיל אצל חבירו ועוסק עמו מעודו מ"מ מותר לו לרצותו שיהא מערופיא שלו ואע"ג דדמי קצת לדגים ם דיהבי סיארא מ"מ ס"ל דלא דמי וכמ"ש בשו"ת רש"ל וכ"כ בשו"ת מ"ב משום דאפי' שהי' רגיל אצל הגוי במו"מ שעבר מ"מ לא נאמר בשביל זה שנתן עיניו במו"מ שעדיין לא בא לעולם ולפיכך מתירין לילך לגוי למערופיא אפילו לכתחלה כו' ע"ש:

וא"כ ק"ו בן ק"ו בנ"ד דאפילו הכותים הקוני' אינם מערופיא שלהם כלל שנדמה אותם לדגים וגם לא קעביד שום מעשה לילך להעכו"ם לפייסו ולשחדו בממון ואפילו דבור בעלמא ליכא רק משום דחנותו מוקדם ולא גרע מאם הי' העכו"ם הללו הקונים מערופיא של בעלי החניות הישני' והוא הולך אצלם ומפייסם ומשחדם בממון ומוליך אותם בידו לחנותו לקנות אצלו רשאי אף לכתחלה:

אמנם אף למאן דס"ל במערופיא לאיסור הרי ביארו להדיא שטעם משום דמדמי לי' לדגים דיהבי סיירא וה"ל כאילו כבר לכדו משא"כ בזה דהנך עכו"ם הקוני' לאו מערופיא דידהו נינהו וכן הרשב"א לא אסר אלא באם רגיל לעסוק עמו במלאכתו מדמין לה למכירי כהונה משא"כ בזה וגם לפמ"ש הגמ"ר משום דלווין עכו"ם מצוין א"כ פשיטא דבזה שהוא עושה חנותו בבית דירתו דלא שייך לומר כלל שיניח את מקומו וילך למקום אחר וגם בלא"ה מקום זה הוא מקום הריוח לבעלי אומנות ופשיטא דכמציאה דמי וכ"ע מודו בזה:

אמנם כבר כתבתי שמדברי מהרש"ל מבואר בשם גדולי עולם שבגלילות אלו אין דנין בדיני מערופיא ונראה שהכוונה שאף לכתחלה אין נוהגין לאסור רק שרש"ל מדעתי' דנפשי' עביד וכ' שראוי לאסור עליו לכתחלה אבל לא נהגו כן וכן מבואר שהבין בחוות

יאיר סי' מ"ב שכ' דהרש"ל פסק כיש מתירין וכ"כ בשם גאוני' חכמי פולין והרי מבואר בש"ך דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא כ"ש בזה שיש הכרעה מפורסמת ואם קי"ל כיש מתירין מותר אפי' לכתחלה כו' עכ"ל הרי מבואר דס"ל דגאוני וחכמי פולין מתירין במערופיא אף לכתחלה וא"כ מכ"ש בנ"ד שאין לפקפק כלל:

ובר מן דין אומר אני דבכה"ג דזה הבא לעשות חנות לצורך פרנסתו ואי אפשר לו לילך לחפש מקומות אחרים שהוא רוצה בקב שלו כתפארת אדם לשבת בית ומכ"ש אם אין מוצא מקום אחר שיהא מצוי בו הריווח לבעלי החניות ואף אם ימצא בשכירות מאחרי' לא ניחא לי' בדאחרינ' ומכ"ש אם אין מוצא אף לשכור דודאי שרי לי' לעשות לו חנות במקומו ולא אמרינן יפרח באויר ואפשר דגם ר"ה דס"ל דמצי מעכב לא קאמר אלא בכה"ג דאוקי רחייא גבי' ואפשר לו להרחיק ממקום זה ולהעמיד במקום אחר ור"ה ברי' דר"י ס"ל דאף בכה"ג שאפשר לו להעמיד במקום אחר שרי כיון דבר מבואה דידיה הוא כל המקומות שבמבוי מותרים הם לו ובבר מבואה אחרינ' מבעי' לי' אבל אם אין לו מקום אחר כלל שיעמוד שם רק מקום זה אין לנו למונעו שיצטרך לבטל לגמרי וכמ"ש השארית יוסף והמ"ב לענין אם יתבטל וידחה הראשון לגמרי כן אני אומר לענין השני הבא להעמיד דההוא גברא נמי בעי חיי ומאי חזית דדמא דהאי סמיק טפי ומצאתי און לי ממ"ש דודי זקיני הגאון בספר ת"ח אהא דמייתי וכמה אמר רבה עד פרסה דאיצטריך לאתויי הא דלא תימא מלא ריצת הדג שיעור קטן הוא וא"כ איכא למימר דשאני התם דלא חסר מידי אם ירחיק מצודתו קצת ממנו ויצוד שמה ור"ה אשמועינן דמעכב עליו אע"ג דחסר ונדחה לגמרי לכך מייתי הא דרבה דצריך להרחיק פרסה נמצא דחסר דאפשר שע"י הליכות טורח פרסה ימנע ולא יצוד כלל עכ"ל:

ולענ"ד צ"ע שהרי הת"ח גופי' כ' שם בד"ה פשיטא לי כו' דלא שייך לומר פסיק לחיותי' אלא היכא דנעשה שכינו ממש דקא מוקי לה גבי' כדקאמר ר"ה ובריייתא נמי קאמר עושה אדם חנות בצד חנותו כו' א"כ מנ"ל לפרושי הא דר"ה בכה"ג שהוא מעכב עליו וחסר לגמרי דלמא אע"ג דמעכב עלי' שלא לאוקמי גבי' אכתי מצי לאוקמי קצת בריחוק מקום אצלו או במבוי אחר עכ"פ:

ועוד שהרי התוס' בחד תירוצא כתבו בטעם דמרחיקין משום דיוכל לפרוס מצודתו במקום אחר אלמא דאע"ג דמרחיק פרסה מ"מ אמרינן שיכול לפרוס מצודתו. ואמנם הת"ח שם ס"ל דעיקר כתי' הראשון. ולקמן אבאר בזה. ובפשיטות י"ל דהוה ס"ד, דשיעור ריצת הדג שיעור קטן הוא וזה שפרס המצודה זכה כל סביבותי' וזה הבא אחריו לפרוס שם מצודה כבא בגבולו ממש דמי ולא שייך בי' למימר אני עושה בתוך שלי כו' ואפ"ה

צריך להרחיק עד שיעור פרסה והוה סייעתא לר"ה ועוד איכא לשנויי בכמה גווני ועכ"פ מצאנו ראינו שיש סברא לחלק דהיכא דחסר ונדחה לגמרי לא מצי לעכב עליו. וא"כ י"ל דגם ר"ה מודה ולא מיירי רק היכא דמוקי גבי' ממש כמש"ל וא"כ הדבר פשוט בנ"ד אפי' תימא דבכה"ג שייך פסיק לחיותי' מ"מ לא עדיף מאליבא דר"ה דס"ל הך סברא דפיסוק חיות ומ"מ היכא שנדחה לגמרי לא חיישינן לה וכיון שבנ"ד האיש הזה עושה לו פרנסה במקומו והוא גברא דלא עביד למיגר דניח' ליה בדידי' פשיטא דלא אמרינן שיניח את שלו וישכירם לאחרים וכיוצא בזה קי"ל אם אמר ע"מ שאראך בית כור עפר אע"ג דקיימא באריסותא דהיינו אריסות בתי אבות שאינו מסתלק לעולם ומכ"ש במושכר לו מאחרים אינה מקודשת כמבואר בקידושין דף ס' ובאה"ע סי' ל"ח ועיין בריטב"א שם דאע"ג דהשתא דידי' הוא שניתן לו במתנה ע"מ להחזיר לא מהני שלא נתכוונה זו אלא לראות משלו ואף אם נרצה לחלק בין תנאי דקידושין מ"מ הדבר פשוט לכל בר דעת דאין לומר בזה שכיון שאפשר בשכירות אין זה דחי' דהא איכא אינשי טובי דלא מתדר להו בשכירות כלל וגם אם יהא אפשר לשכור לזמן אח"כ יסלקוהו ממנו ואין להאריך בדבר פשוט. וכ"ש אם אינו מוצא מקום לשכור כלל דאטו משום חששא דהני דלהווי עדיף מחברייא משום דחזי להו מקמא לא שבקת לי' חיי' ויהא רץ אחר פרנסתו לתור לו מקום מנוחה איכה ירעה איכה ירביץ ולקתה מדת הדין ופשיטא דבכה"ג אין למחות בידו שיעשה לו חנות במקום דירתו משום כדי חייו וכבר כתבו התוס' והפוסקים לענין ריבית דעכו"ם כיון שרבו המסים והארנונית אין שיעור לכדי חייו כלל ובכמה דברים כתבו להקל בזמן הזה שיד הזמן הלוך וקשה ואיך נבא להחמיר ע"ז לגרשו מבית תענוגיו שלא כהלכה. ומה שרוצה המורה הוראה לאיסורא להטעים טענות של הבע"ד לפי שהבונה החדשות בנה אותם בקצה החניות הסמוכים לשוק ועיקר מכירת הדברים אשר בחניות אלו הוא לנכרים המתאספים על יום השוק שלאחר שגומרים למכור מה שמביאים הם שבים ללכת אל החניות וכיון שעובר לפני פתח החדשות קונה שם הצטרכותו ועי"ז מתמעט פרנסת הישנים כי הוא מגרע בפדיונם הנה כבר כתבתי שאין לחוש לזה כלל שאף אם הי' הדבר כן מ"מ כל הפוסקים כולם לא אחד בהם דכה"ג דעדיף מחביריו יכולין למחות בו והם דברים ברורים:

אולם חזרתי על ענין הטענה עצמה וראיתי שאין בה ממש אפי' שמע מעוף הפורח אין בה לא טעם ולא ריח דאטו הנכרים המתאספים על יום השוק דירתם קבועה שם עד שנאמר שהולכין להקרוב וקונים שם וחוזרים על עקב אל הרחוב אשר הם קבועים שם ביום השוק והלא נכרים הללו מסביב נקבצו באו ומיקלעי לה מעלמא ואשר דירתם

קבועה מנגד לחניות הישנות הם עושים קפנדרי' ולא ישיתו לבם למסילה דרך הלכו כ"א נכחו יצא והבא דרך שער הנגב יצא דרך שער הצפון לקצר הילוכו ואז אין קונין בחניות החדשות האלו כלום שלמה להם ליכנס בחבילתם ובכתף ישאו ולמעוטי במשאוי טפי עדיף וקונין בחניות אשר במקצוע צפוני או קרוב להם ולפי"ז נצטרך לידע אם רוב נכרים שבשוק באים מדרך הדרום או אלה מצפון יבואו ולהקים איש יסובב בשווקים וברחובות ולשאול אותם מאין באתם זה הבל ורעות רוח הייטיב בעיני ד' לגבך דברי הבאי כאלה ולהשליך אמת ארצה ואומר על דרך המליצה לא בשוקי האיש ירצה:

ואשר רצה להטעים טעמא דאיסורא משום דע"י החדשות יש היזק לרבים ושאני הזיקא דרבים כבר כתבתי לעיל דליתא דהכא מטעם אני עושה בתוך שלי אתינן עלה ועוד שאין זה היזק רק מניעת הריווח. ועוד דגוף הענין ליתא כלל בנ"ד והגע עצמך שינטלו החניות וסלק אותם כמי שאינם א"כ החנות הקרובה אליהם הוא העומדת היום בקצה שורת החניות ואליו גוים יבואו לקנות ממנה א"כ בעל החנות הלזה הוא יש לו להתלונן על העושה חדשות ושאר החניות שלמעלה מה להם כי ילינו עמו דסוף סוף לאו בתר דידהו קא אזיל לקנות כ"א בחניות הקרובים אל השוק והעליונים מהם מה להם כי יזעקו אם לא שנאמר שכיון שע"כ מוכרח הוא לבא אל תוך השורות הרי הוא הולך כל פני כולה משא"כ החניות החדשות העומדים מנגד וכשבא לשם אינו רואה שאר החניות ועושה כל צרכו בחניות אילו וחוזר. וגם זה הבל דאטו הנכרים הללו הבאים מסביב לא ידעו ולא יבינו כי העומדים בשורה הפנימים והחיצונים המה חניות מזוינות ואף שרואה שהבא מן החדש גם הוא למלח הוכן לא ימנע מלהלוך גם אל הישינו' ובקש אולי ימצא שם דבריו הנאותים לו ומה איכפת לו אם רואה מקום השוק או לא דאטו אותן הקונים בני היוונ' עיניהם כיוני' דלא מדדי כ"א בדחזי לקיני' ולאפוקי בהאי סברא קלוש' לאו כל כמיני' וא"כ הדר דינא רק לבעלי החניות אשר מקצה מזה לבד ואין זכרון לראשונים עם מי שיהא לאחרונה ואין כאן שייכות היזק דרבי' כלל אף אם הי' בכלל היזק גמור וק"ו בנ"ד שאין זה היזק רק מניעת הריוח וזה אינו מתכווין להיזק רק להנאת עצמו ופשיטא דיכול לעשות בתוך שלו באין מוחה:

וכל זה אף לפי סברת מי שרוצה לכנות נדון שלנו בשם ברי הזיקא אבל לענ"ד כינוי שם זה נמחק בכאן והוא משמות הנמחקין ושפיר דמי למיעבד הכי אף למאן דבעי למיהוי חסידא ולקיים מילי דנזיקין ולית מאן דפליג בהא דאפי' הרמ"א בתשובה שרצה לתת טעם לדברי אבי אסף משום דברי היזקא מיירי התם בענין שזה האומנות יש לו שער קבוע וקצוב כגון ריחים שיש קצבה לדבר וכגון הלוואת ריבית לעכו"ם שהי' קצבתו ידוע

כמה יקח ריבי' ואין דרך כלל להוזיל יותר מזה וכדמשמע מדברי רי"ו שכ' שאם אחד רוצה להוזיל בהלוואת ריבית כו' משמע שהי' שער ידוע על הריבית ולכך בכה"ג שפיר ס"ל לרמ"א דהוי ברי הזיקא כיון שאין גוי יכול לבא לראובן כ"א כשיעבור תחלה על פתח שמעון ובודאי מיעוטי בהילוכא טפי עדיף ליה דלאיזה ענין יתירה ירבה הדרך ללילך לראובן דהא זוזי כי זוזי ועל הריבית קצבתו ידוע ולשמא יוזיל גביה פשיטא דלא מסיק אדעתיה ומספיקא לא עקר נפשיה מימר אמר כראובן ושמעון יהא ליה משא"כ בנ"ד שהחניות מלאים בכמה מינים שונים ובנציב מלח איכא זוטרי ורברבי ואלימי וקטיני וגם השערים משתנים עולים ויורדים בו וכן בשאר מינים ובכה"ג גם רמ"א מודה דלא שייך ברי הזיקא ואין דין קדימה בחניות לפי שזה שהולך לקנות ידע בנפשו שיש שם הרבה חניות שיברור לו חלק יפה או שיקנה כשער הזול ואינו מדקדק בשכר פסיעותיו כלל כשמדמה בנפשו שיוזילו לו או שיבחור בטוב ולכן פשיטא דאין כאן שייכות לטעמא דברי הזיקא כלל:

אמנם באמת כתבתי דמפורש יוצא מפי הראב"ן ודעימיה דגם התם במבוי סתום מג' צדדים לאו משום דין קדימה נגעו בה אלא משום דזה בא לעשות מחדש וגם הוא בר מבואה אחריתי ומספקא להו בדר"ה ובדר"ה בריה דר"י ולפי מאי דקי"ל להלכתא אין מקום להסתפק כלל ולא איכפת לן בקדימה כלל וכמבואר ג"כ מהב"י שכתב דלית הלכתא כאבי אסף בזה וכן מצאתי בשו"ת גינת וורדים כלל ג' סימן ד' בעובדא כה"ג שראובן פתח לטחון למכור קמח חוץ למחנה העברי' בתחלת מחנה עכו"ם וכל ממכרו היה ליהודים שסביב קצה המחנה ועתה נפלה מריבה בינו ובין שמעון ושמעון לקנאתו את ראובן רצה להשיב לו כגמולו ופתח לו חנות למכור קמח בקצה מחנה העבריה וכל העובר דרך שם לקנות קמח כמנהגו מאותו טחון שמחוץ למחנה היה מושכו אליו בדברים ומפתהו לקנות קמח ממנו ומוזיל לו גביה דבר מועט באופן שראובן רמיא זבינא לאפי' ולכן רוצה לעכב על שמעון ולסגור חנותו זאת ואם ירצה למכור קמח יפתח לו חנות בקרב המחנה לא לפתוח חנות זו שיושבת על הספר שמושך לו כל ההולכין לקנות מן הטחון שבתחלת מחנה הגוים. וע"ז הגישו עצומותיהם. ראובן טוען פסקת לחיותי ושמעון טוען אני עשיתי בתוך שלי ואין לך יכולת לעכב עלי. ע"כ תוכן המעשה והנה הגאון המחבר שם רצה לצדד שיהא הדין עם ראובן מחמת ההוא דאבי אסף וכפי שפירש בו הרמ"א בתשובה ושלח דבריו להגאון מוהר"ר יוסף בכר יוסף זצ"ל והשיב לו שאין הדין כדבריו וכתב בסוף דבריו וז"ל מ"מ נקטינן מהכא דלא נסתפק ר"ה אלא בבר מבואה אחרינא אבל אבר מבואה דנפשיה לא מצי מעכב ואם איתא שיש מציאות

שמעכב אפילו בבר מבואה דנפשיה הו"ל למינקט האיבעיא אפי' בבר מבואה דנפשיה כגון שפתח לו חנות בראש המבוי אם לא שנאמר דהא פשיטא ליה דמצי מעכב אבל מ"מ נ"ל כיון שהב"י דחאה מהלכה הא דאבי אסף אין לנו כח לעשות מעשה נגד מרן. הנלענ"ד כתבתי הצעיר יוסף בכר יוסף עכ"ל:

והרב המחבר העתיק תשובה זו בתוך ספר תשובותיו ולא כתב שהשיב לו דבר ע"ז ונראה דשתיקה כהודאה דמיא והגאון מוהר"ר יוסף הנ"ל מוזכר שם כמה פעמים ונראה מתוך התשובות שם דמסיק שמעתתא אליבא דהלכתא הוי והרואה יראה שאלה הנזכרת שהיא ביתר שאת כמה מעלות הנוטים לאיסור ואף ע"פ כן הסכימו שאין כח לעכב עליו ק"ו הדברים בנ"ד שאין בידם לעכב עליו. ולחלק בין יחיד לרבים כבר כתבתי שהוא דבר שאינו ואדרבה נראה דקיל טפי כיון שהמה הרבים לא מטו פסידא דמניעת הריוח לכל חד כ"א דבר מועט וגם מאן לימא דפסידא דידיה דילמא דילמא דחבריה הוא ואיהו מט' ליה מאי דפסקי ליה מן שמייא משא"כ בחד לגבי חד שהוא היזק הניכר ונראה לעין דכיון שמתחלה היה יחידי כל הנעשה דמים באחר פסידא דידיה הוא שהרי זה היה הוא ראוי ליטול ואין לו וגם הוא היזק רב שהרי מתחלה היה הכל לו לבדו ואין לזרים אתו ועתה היא נתנו לאיש אחר ואפ"ה דינא הוא דלא מצי מעכב:

ונחזור על הראשונות הנה סברא זו שכתבתי דכיון שחנות זה הוא בבית שדר בו והוא לו המקום המוכשר ביותר פשיטא דאין לנו לומר שישכור לו במקום אחר ומכ"ש אם אין מוציא לשכור הם דברים ברורים והן הן דברי ר"ת דס"ל גבי עני המהפך בחררה דבהפקר ומציאה כיון שאינו מוצא כזה במקום אחר שפיר דמי ואף האוסר מערופיא נמי אין הטעם רק משום שעכו"ם לוין שכיחי כמש"ל בשם הגמ"ר ואף לפי דעת רש"י דמשמע דס"ל התם דאף במציאה והפקר נקרא רשע היינו דוקא בלוקח אותו דבר עצמו שמהפך בו חבירו משא"כ בזה שלא נדחה לגמרי. אמנם בלא"ה אנן קי"ל כר"ת ודעימיה בהא וכמ"ש בשו"ת רש"ל והחזיקו בסברא זו כל האחרונים:

וכדברי אלה מבואר בשו"ת הגאון מנחם עזריה סימן ס"ז וז"ל מה שאמרנו דכי לא נקיט הרמנא ופסק דמים אידך שקדם ונטלה נקרא רשע לא אמרו אלא במקח וממכר כשיטות ר"ת שהרבים מודים לו בזה דאי טרח אידך משכח וזבין אבל מציאה לא ובזמן שהנהיגו קדמונינו חרם הישוב היה רשות ההלוואה מצוי הרבה בכל מקום כמפורסים אבל האידנא נתקיים בנו בעוה"ר וידל ישראל מאד ואין רשות ההלוואה אלא כמו מציאה הבאה בהיסח הדעת דבר שאינו מצוי כלל וכ"ש שאינו מסלק את חבירו דומיא דחררה דנוטלה ממנו קאמר אלא דזה מלוה וזה מלוה אינו נקרא רשע ואפילו אחר שהחזיק

הראשון בזכותו אם הוא במקום שאין תנאי שלא להרבות במלוים כמו שביארנו במקום שאין פרעון מס או במקום שהשני נמי שייך באותו מס מעיקרא יכול השני בכל זמן לומר לראשון אתה עושה בתוך שלך ואני עושה בתוך שלי כו' עכ"ל:

ודבריו נכוחים מאד וידוע שדרך הגאון החסיד האלקי הן בנגלה הן בנסתר לשנות דרך קצרה והרגשתי שהבליע בנעימת דבריו סברא זו אשר כתבנו למעלה דכל שאינו מסלק את חבירו ונכנס במקומו ממש כההוא דחררה רק שהוא עושה בתוך שלו וממיל' מגיע לידו אע"פ שמתחלה היה זה מוכן לחבירו מ"מ יכול הוא לומר אני עושה בתוך שלי וכמ"ש:

ועוד אני אומר דבנ"ד אין לפקפק בהיתר כלל לשום פוסק שבעולם שהרי הדבר ידוע שמצד דין המלכות כל אחד יכול לעשות לו פרנסה במקום המוכשר לו ביתר שאת ויתר עז אף שחביריו רצים אחריו ואין מגיעים אותו ובין ישראל ובין עכו"ם יכול לעשות כן ואם היה בא עכו"ם להעמיד חנות בראש כל דרך מי היה מוחה בידו וכי בשביל שזה ישראל כשר וכאן מצא מקום חנותו הפסיד. ודבר זה מתורתו של הגאון מוהרשד"ם למדנו שכתב בשו"ת חלק ח"מ סימן ת"ז וז"ל והטעם שנוכל לומר והוא האמת שדינים אלו וכיוצא בהם שמצינו בגמ' ב"ב והביאום הפוסקים ז"ל גם בחבורי השו"ת היה בזמנים ההם שהיו היהודים קצתם תחת שר א' וקצתם תחת שר אחר:

אבל במלכות הזה הרחבה יר"ה שפותחים עתה לכל באי עולם וכולנו כו' נראה שאין דינים אלו נוהגין על הדרך שהיה נוהג בזמנים ההם ובאותן המקומות וראיה לדבר אנגורה שיש שם סוחרים הסופיש ואין ישראל שם אשר מוחים ביד מי שרוצה לקנות עד שעלה מה שהיה שוה א' או שנים או יותר וכן מצרים ושאר מקומות מהמלכות הזה והטעם שאינם יכולין למחות ביד התורגמים ויתר הגוים למה תלקה מדת הדין על ישראל וכי מפני שאני זכר הפסדתי וכ"ש שדין המלכות כן הוא שכל סוחר יוכל לסחור בכ"מ שירצה לכך נ' שא"א למחות ביד שום ישראל כו' מ"מ יכולין לומר אין פורעניות בא לעולם אלא בשביל ישראל כי אין עין גדולי הארץ כ"א על היהודים וא"כ נראה בעיני טוב וישר עכ"ל:

וכ"כ בסימן תמ"א וז"ל ועוד אני אומר כי בשלמא באותן המקומות היה כח שוה למחות ליהודים כמו לגוים אבל תושבי אסקופ' אין כח בידם למחות לא בערלים מוכרי אלו ולא לישמעלים העל זאת יתאפק ד' שמפני שאני זכר הפסדתי שאם יבואו כל בני נכר יקנו עורות או מה שירצו כרצונם ואין מוחה בידם ועדת ישראל ילקה מדת הדין עליהם חלילה ועתידים ליתן את הדין וד' יכפר אם ח"ו לא ישובו מדרכם הרע עכ"ל הרשד"ם.

עיניך הרואות דהרשד"ם שם מיירי בבני עיר אחרת הבאים להסתחר דמדינא דש"ס מצי מעכב בידם משום טעמא דפסקו לחיותינו ואפ"ה ס"ל כיון שאין בידם למחות לעכו"ם הבאים לשם בשביל שהוא ישראל לא גרע ומכ"ש אם דין המלכות הוא כך וא"כ דבר פשוט דק"ו בנ"ד שאין יכולין עכב ע"י:

וראיתי בשו"ת הרשד"ם סימן רנ"ט שכתב בעובדא שהמלך השכיר ב' בתי ריחיים מים שבוטאין בהם הבגדים בגדי צמר הנקראים באטניש ליהודים העושים במלאכה בסך מה והשוכר הראשון החזיק בה כו' ואחר שנים מכר חזקתו לאחר ואחר לאחר זה חמשים שנה ואין פוצה פה לסלק חזקה זו מבעלים גם לא נעשה בטאן אחר בכל הזמן הזה ועוד שקמו תוגרים לשכור הבאטניש וזה בעל החזקה השתדל להצילם מידם ויהי היום נפל הפשר בין בעלי החזקה ובעלי הבגדים ונתפשרו ביניהם בתנאים כו' ועתה מקרוב קם שמעון וקנה מקום באיזה מקום רחוק מהבאטניש הראשונים לעשות באטאן חדש והמחזיק בבאטניש הראשונים מעכב על ידו וע"ז השיב מתחלה מחמת התנאים כו' והאריך והעלה דמחמת התנאים והסכמה אין רשות להם לעשות בבאטן אחר שום דבר ועוד שיש כח להראשון לעכב כו' עני המהפך בחררה כו' ותירץ בתירץ שני דמיירי בדג מת והדגים מתאספים כו' ויוכל לומר תוכל לעשות כן במקום אחר מכאן נראה דבנ"ד מעכבין למי שירצה לבנות בטאן אחר חדא דהוי עני המהפך כו' ועוד דטרח בה טובא כמ"ש מהריק שורש קל"ב כו' ועוד דשייך לומר טוענין ליורש כו' וא"כ י"ל שהראשון עושה תנאי שלא יעשה באטאן אחר באי רודש כו' וכ"ש דאיכא רגלים מוכיחות שזמן רב כזה לא נמצא אחד מישראל ולא משאר אומות שיקום ויבנה באטאן אחר והדעת נותן והשכל גוזר שאלו היה כח בידם היה עושים כו' וזה אני אומר שפשוט והוא דבר שאין בו ספק שלא עלה בדעת המלך לעשות בטאן אלא שיהודי הראשון המציאו וטרח להוציאו אל הפועל ומכח זה נתרבו הבגדים ועושין אותם והוי ממש כההוא דכתב רבינו מאיר בהביא דג מת ומסבתו מתאספים הדגים דהבא לפרוש מצודה הוי גזלן ה"נ עשיית באטניש הוא הדג המת שבשבילם עושין הבגדים והמאנטיש ומתאספי' והוי כאילו כבר זכה בהם והבא להמציא בטאן אחר צריך לפתות לעושי הבגדים שיתנו לו והוי גזל בידם שיש עתה כ"כ שכל הבגדי' והמאנטיש נעשים באלו הבאטניש דומה זה ממש למ"ש הרשב"א בתשובה הביאה הב"י בחייט שהיה רגיל אצל עירוני כו' א"כ בנ"ד נמי זה רגיל כמה שנים וזה הבא לבנות היה צריך לבנות ואח"כ לפתות לבני אדם יתנו לו בגדים והוי כמו גוזל את חבירו במה שזכה כבר כו' עכ"ל:

והנה העתקתי לשון השאלה והתשובה הנוגע לענין שלנו למען תשכיל ותדע מן מוצא דבר כמה גבהו דרכי ענין זה מדרכינו ושאלותינו ואנקיט קצת מהם חדא דהתם גם עכו"ם לא היה רשאי לעשות בטאהן אחר כדמשמע התם ועכ"פ אין חוק ידוע מהמלכות ואדרבא רגלים מוכיחות שהיה תנאי עם המלך שלא יוכלו לעשות אחר וגם טעמא דטרח כו' והוי בזה כבר מתא אבר מתא אחריתי דמעכב וגם דטעמא שרגלים לדבר דתנאי היה עם המלך כו' וגם טעמא לפי שהוא היה הממציא הראשון ובשבילו מתאספים שם כו' ויש כ"כ שנים שנעשים הבגדים אצלו ולדגים דיהבי סיארא דמי וכמו שהביא עלה מההוא דהרשב"א שהוא דין מערופיא וזה מבואר מהא דמייתי ראיה מדברי ר"מ גבי מצודת הדג ועלה דההוא אמרי' שאני דגים דיהבי סיארא הא אי לאו האי טעמא אף ע"פ שהוא נתן את הדגה אשר ביאור מתה ובסיבת זה מתאספים אין בכך כלום וגם נראה מדבריו ששמעון יכול לעשות כזה במקום אחר לא באי רודיש שהרי הביא ראיה מההוא דר"מ דמסיים בה להדיא ויכול לומר לו תוכל לעשות כן במקום אחר הרי מבואר דאי לאו האי טעמא למציאה והפקר דמ' כמבואר בתוס' להדיא שם. ומ"מ אפשר דדברי הרשד"ם א"ש אף אם א"א לו לעשות במקום אחר כ"א באי רודש לפי המבואר שם שעושי הבגדים הם ישראל וע"כ לא התירו המתירים במערופיא כ"א בעכו"ם משום דנכסי עכו"ם כו' ובזה תלוי אם יכול למצוא כן במקום אחר או לא ואיך שיהא בזה מ"מ בנ"ד דליכא הני טעמי כלל ובפרט שבנ"ד אם היה בא עכו"ם לעשות כזה וגדולה מזו לא היה מי שמוחה בידו כי כן דבר המלך שיכול כ"א לעשות בשלו ועכ"פ ככל הגוים בית יהודה חשובים וכמ"ש מהרשד"ם וכי בשביל כו' ואין לפקפק בדבר זה כלל:

ונהדר לרישא דבגוונא דנדון דידן ליכא מאן דאסר דהא הרבה מתירין אפי' במערופיא ואפי' מאן דאסר היינו משום שהוא רגיל אצלו והרשב"א מדמי לה למכירי כהונה והרב ר' יוסף ט"ע מדמי לה לדגים דיהבי סיארא והיכא דליכא למימר הכי כ"ע מודים דשרי: ובתשובתי הראשונה הקשיתי לשאול על כל הפוסקים שהשמיטו הך דינא דמרחיקין מצודת הדג. ועתה ראיתי שיש ליישב זה דהש"ס דבעי לסיועי לדר"ה ואכתי לא ידע דאיכא פלוגתא דתנאי בהא א"כ היה קשה על מאן דפליג אר"ה דהך ברייתא מסייע לר"ה ולכך דחי ליה שאני דגים דיהבי סיארא משא"כ למאי דמסיק תנאי הוא ס"ל להש"ס דלא מסתבר לחלק בין יהיב סיארא או לא דסתמא קאמר ר"ה בריה דר"י אבר מבואה לא מעכב ומשמע אף בגווני דדגים נמי לא מעכב ולא מסתבר ליה לדחוקי בהכי למפלג בין יהיב סיארא או לא אלא בפשיטות מוקי לה להך ברייתא כרשב"ג דאמר אף לשכינו

כופהו משא"כ לדידן דקי"ל כר"ה בריה דר"י גם במצודת הדג א"צ להרחיק דלא איכפת לן ביהיב סיארא:

ובהכי א"ש שיטות המתירין מערופיא ולכאורה שפיר קאמר הר"י ט"ע דהא דמי לדגים. ולפמ"ש א"ש דלדידן דקי"ל כר"ה בריה דר"י לא קי"ל הכי רק בס"ד דאכתי לא ידע מתנאי הוצרך לדחוקי בהכי ולפ"ז כל גדולי הפוסקים הרי"ף והרמב"ם והסמ"ג והרא"ש וטור וש"ע שלא הזכירו הך דינא דמרחיקין מצוד' הדג כולהו ס"ל להתיר במערופיא ומפשיטות דברי הפוסקים מבואר דמאן דס"ל להתיר במערופיא מתיר אף אי מודה בהך דינא דדגי' ולקמן אבאר בזה לדעת ר"ת. אך באמת אף בלא שיטת ר"ת ס"ל להמתירין דלא דמי לדגים דהתם הוה כאלו נלכד כבר משא"כ בזה שאין בטוח על משא ומתן דלהבא וכמש"ל בשם תשובת מ"ב:

ולפי"ז י"ל דאין ראיה משו"ת רמ"א לנ"ד אף לפי מה שרצה רמ"א לפרש דברי האבי אסף משום דהוי ברי הזיקא משום דלכאורה צריך ישוב מ"ש שם בריא הזיקא דהא אין כאן היזק רק מניעת הריוח לבד. אך י"ל לפי מ"ש בהא דאוקי ריחייא כיון שלא היה שם רק ריחיים אחת וכולהו לגביה הוו אזלי כמערופי' דמי וכמש"ל מתשובת הרשד"ם ג"כ והלכך בהא עובדא דאבי אסף נמי שמתחלה לא היה שם רק ראובן לבד והעכו"ם הלווין מערופיא דידיה נינהו:

ובהכי א"ש מ"ש דינא הוא דמעכב עליה כדר"ה ולפי פירוש רמ"א מאי קאמר כדר"ה דהא ר"ה אף בלא ברי הזיקא אוסר וצריך לדחוק ליישב הלשון לפ"ז. אך לפמ"ש א"ש דודאי ר"ה דס"ל דקא מעכב משום דפסק לחיותיה לא ס"ל הך סברא דאני עושה בתוך שלי כו' ולפ"ז הוה כמזיק לחבירו דהא דמי למערופיא ומייתי סייעתא מדגים ודחי משום דיהבי סיארא והוה כנלכד כבר משא"כ היכי שאין בטוח על להבא ור"ה בריה דר"י נמי ס"ל דדמי למערופיא דלכך מבעיא ליה בבר מבואה אחרינא דלמא מצי מעכב רק דס"ל כיון שאין ההיזק ברור דמי שבא אצלו יבא כו' והלכך ס"ל לרמ"א בדעת אבי אסף דבכה"ג דאין גוי יכול לעבור כו' הוי ברי הזיקא והיינו דמייתי עלה כדר"ה כו' ר"ל דעכ"פ אנו למידין מדר"ה דכה"ג היזק מקרי ואם כן אף דקי"ל כר"ה בריה דר"י דפליג עליה היינו היכא דאינו ברי הזיקא שנתן להכריז שיוזיל זהב טפי כו':

ולפי"ז א"ש מה שהשמיט הרמ"א דינו דאבי אסף בהגהת הש"ע אע"פ שכתב בתשובה ישוב לדבריו ולפמ"ש א"ש דגם רמ"א מודה דלא קי"ל כאבי אסף במה שסובר שזה דומה למערופיא ושם היזק עליו דבאמת ז"א דהא גדולי הפוסקים ס"ל דלר"ה בריה דר"י אף כה"ג דדגים נמי שרי וכ"ש במערופיא וכמש"ל וא"כ אין שם היזק עליו כלל

ומ"מ מייתי שפיר ראיה מדבריו לענין זה דהיכא דשם היזק עליו ובריא היזקא כ"ע מודו דאסור ובנידון דהרמ"א בודאי היה לאא"ז הגאון מוהר"מ מפדוואה ז"ל היזק גדול אם היה היענטלומר השני מדפיס ומוזיל במקח ולכך שפיר למד מההוא דהתם דברי הזיקא כ"ע מודים אלא דבמקום שאין שייך היזק גמור כהלוואת ריבית וכיוצא בו רק שנאמר דהוי כהיזק משום שדומה למערופיא בזה חלוקין עליו גדולי הפוסקים והאבי אסף יחידאה הוא ולית הלכתא כוותיה וא"כ קם דינא ואיתברר דינא דאף הרמ"א גופא לא קאמר אלא במקום דאיכא היזק ולדידן דלא חשבינן ליה כמערופיא ומכ"ש לפמ"ש לקמן דהכא ודאי לאו מערופיא נינהו דהא עיקר חששא דידיה הוא משום יום השוק א"כ גם רמ"א מודה דלא שייך דינא דברי היזקא כלל בכה"ג:

והנה עלה דתשובת מהרשד"ם שהבאתי לעיל מצאתי בשו"ת פני משה שעמד עליו וז"ל השו"ת פ"מ ק"א סי' ל"ט בענין סרסראות המשי שבא אחד להיות סרסור וצעקו ארבעה הראשוני' שהוא מסיג גבולם והשיב דכיון שהוא מתושבי העיר לא מצי מעכבי עליו וכו' ומה גם לפי דברי מהרשד"ם דכל דינא דבר מתא אבר מתא מצי מעכב היינו דוקא בזמנים ההם כו' אבל במלכות הזה שהפתח פתוח לרווחה לכל באי עולם כו' נקוט מיהא דלדברי מהרשד"ם אלו דבמדינות מלכותינו זה לא שייך ההוא דבר מתא אבר מתא אחריתא כו' וק"ו שא"צ לזה אך שיש מקום להסתפק כיון דמוכרי המשי מכירי הד' שותפין שכיחי גבייהו זה זמן מה הו"ל כההוא דתשובת הרשב"א כו':

אך דבאמת צ"ל דראיית הרשב"א לאו גמורה הוא כמ"ש בשו"ת מהרש"ך דגרע נידון דהרשב"א מהא דמרחיקין מצודת הדג גם ראיה הב' מפרק י"ג לאו ראיה הוא דהתם שכבר נשחטה הבהמה בחיי אבוהון כו' אבל בעובדא דהרשב"א במלאכת החייט דהוא דשלב"ל ומ"ה לא הוי כמטא ליד החייט הא' והוא חילוק מהרש"ך בין ההוא דמצודת הדג ועוד י"ל דהתם בפרק י"נ כתבו התוספ' לפי שהוא מתנה מועטת ואין יכול לחזור בו לכך מקרי הכהן מוחזק א"כ בההוא דעירוני שהוא עכו"ם לא שייך זה. ועוד דהתם אפשר דלא הוי כמטא לידיה כי פיהם כו' ולכך לא מייתי אלא כדמות ראיה ודוקא לענין למחות ולגעור בו. אך גם בזה אין דברי הרשב"א מוסכמים:

והמרדכי כתב יש מקומות שדנין דין מערופיא ויש מקומות שאין דנין ומתירין כו' א"כ במקומותינו אלו שאין מקפידין בזה וכיוצא בזה לא קפדינין עליו דרבי ישראל משום הא ולא מצי לעכובי עליו גם טעם דין עני המהפך כו' דסרסראות הוי כמציאה והפקר דלר"ת שרי ואף לרש"י כו' ומ"ש ממהר"מ דדין דמהפך ליתא אלא בשכבר פסקו הדמים כו' וכן מהרי"ק פסקה להא מילתא וכן נראה מהמתירין מערופיא די"ל דהו"ל מהפך א"ו

דבכה"ג לא שייך זה א"כ נ"ד נמי דהא כל סרסרות וסרסרות דבר חדש הוא כו' ואף ע"ג דד' סרסורים אלו הוי כל אומנותם סרסרות ומשמע מדברי התוספ' ב"ב לחד תירוצא באומנתו בכך מיקרי טפי עני המהפך והטעם מפני שאם אומנותו בכך א"כ האחר שרוצה לעשותו קפסיק לחיותיה וכמ"ש בש"ג ריש האומר כו' נראה דהתוס' הוצרכו זה לס"ד דלא ידע מחילוק דשאני דגים וכמ"ש מהרש"ך ולפי הס"ד דאתי לסיועי לר"ה אהא קאמרי אע"פ שהוא של הפקר כיון דאומנותו בכך מרחיקין דפסיק חיותיה אבל לפי האמת דקי"ל כר"ה בריה דר"י א"כ אע"ג דאומנתו בכך לא הוה מרחיקין המצודה אי לאו מטעמא דדגים יהבי סיארא ותמהני על מהרי"ק שורש קל"ב דתפס תירץ זה דהתוספ' ומחוורתא דמהרי"ק אשאר טעמא סמיך וא"כ בנ"ד דלא שייך פסק חיותיה כיון שהם בני עיר א' כו' א"כ אף אם אומנתם בכך אינו מעלה ומוריד ואף דין עני המהפך לא שייך כדכתיבנא:

ואף שמהרשד"ם בח"מ סי' רנ"ט בענין האיש שהחזיק בבאטניש כמה שנים ואח"כ בא חבירו לעשות גם הוא בטאן אחר מיחה בדבר הרבה והעדיפו לראשון יותר מדין עני המהפך בחררה כו' ודומה אותו לגזל ע"ש מ"מ נידון דידן לא דמי לנדון דידיה מצד רבוי הטעמים שכתב שם ע"ש העולה מהקובץ דאין ביד הד' סרסורין למנוע לרבי ישראל מלהתעסק בסרסרות המשי עכ"ל:

וידוע ומפורסם כי זה האיש משה גדול מאד ואור תורתו היה זורח בק"ק קושטנדינא והגאון המובהק בעל משנה למלך משתבח טובא בגוויה. ומדבריו למדנו כמה דברים חדא דלפי מ"ש מהרשד"ם במלכותינו זה כו' אפי' אבר מתא אחריתי אין לעכב גם נלמוד מדבריו דהרשב"א נמי לא החליט במערופיא לאיסור גמור שהרי ראייתן אינה ראיה גמורה רק דמות ראיה ולכך ס"ל דאין מוציאין מידו גם כתב שבמקומות מושבותיהם אין דנין על דין מערופיא כלל וא"כ נראה דגם במקומות אלו הוי הכי וכמש"ל בשם רש"ל וחוות יאיר גם ס"ל דלא שייך עני המהפך בסרסרות כיון דמחוסר פסיקת דמים א"כ נ"ד פשיטא דלא הו"ל דין עני המהפך בחררה. גם ס"ל דאפי' אומנותו בכך לא איכפת לן כלל לפי מאי דקי"ל כר"ה בריה דר"י ולקמן אבאר בזה:

גם כתב דאין ראיה משו"ת מהרשד"ם סי' רנ"ט דהתם החמיר עליו מצד רבוי הטעמים שכתב שם ור"ל שמצד טעם זה דהו"ל עני המהפך כו' לא היה אוסר עליו וא"כ בנ"ד נמי הא ליכא הני טעמי וכבר כתבתי לעיל תשובת מהרשד"ם בזה ע"ש דמדין מערופיא אתי עלה וס"ל דהוי כמו כבר זכה בו וא"כ לפי מ"ש הפ"מ דאין נוהגין שם בדין מערופיא ממילא דאין ענין לתשובת מהרשד"ם כלל:

והנה בהך דעני המהפך דעת רש"י דאפי' במציאה והפקר נקרא רשע ור"ת והרבה פוסקים ס"ל דבמציאה והפקר לא מיקרי רשע והרמב"ן החזיק בדעת רש"י וכתב בחידושיו לב"ב דף נ"ד דמה שאמרו לענין פאה מעבירין אותו הימנו מפני שכל העניים מהפכין כמותו אחר הפאות ולא הוא בלבד מחזר אחריו וכ"כ הר"ן בפ' האומר בשם הרמב"ן ולפ"ז מבואר דע"כ לא אמרינן דנקרא רשע כ"א כשזה מחזר לקנות דבר אחד של הפקר ואין אחר שיחזר אחר דבר זה משא"כ בדבר שהכל מחזרין למצוא כזה בשביל שקדם זה ומצא לא נקרא חבירו רשע שזריז יותר בדבר לקחתו ולפ"ז הדבר ברור לדעת רש"י והרמב"ן ודעימיה אין זה ענין כלל לעושה חנות וריחיים וכיוצא בו ומותר גם חבירו לעשות לו כל השמשין שאפשר לו לעשות כמותם לצורך פרנסתו דגם זה מחזר למצוא פרנסתו ע"י ריחיים וחנות וכיוצא בו אע"פ שזה היפך בה תחלה וק"ו הדברים דהא גבי פאה מותר ליקח אפי' אותה דבר עצמו שהיפך בה זה כיון שגם אחר מחזר עליו בשביל שעה קלה שקדם זה ומיהר למצוא היום לא חל על חבירו איסור אם הוא זריז ומקדימו בקנין וק"ו בדבר שדרכו לחזר וחבירו קדמו והוא עושה בשלו כדרך שעושה חבירו דפשיטא דאין כאן בית מיחוש:

אך נראה דלדעת הרמב"ן במערופיא שפיר נקרא זה מהפך בחררה שהרי הוא מחזר אחר עכו"ם זה והוי כמחזר אחר חררה לקנות מן ההפקר אך דעת ר"ת דבהפקר אין לו דין מהפך כלל כיון שזה א"א לו למצוא כן במקום אחר והתוספ' ר"פ האומר כתבו להקשות מהא דמרחיקין מצודת הדג אף ע"פ שהוא של הפקר וכתבו הטעם משום שהוא יורד לאומנות וכדאמרינן האי בר מבואה כו' ועוד אומר רבינו מאיר אביו של ר"ת דמיירי בדג מת שכן דרך הדייגין להושיב במצודה דג מת וכיון שזה פירש תחלה וע"י מעשה שעש' מתאספים סביב אם היה חבירו פורש הוי כגוזל לו ויוכל לומר לו תוכל לעשות כן במקום אחר עכ"ל:

והנה אא"ז מהרש"א ז"ל פירש דאף ע"ג דהדגים חיים שרוצה לצוד עדיין הפקר הם מ"מ ע"י מעשה זה נתאספו ולא הוי כהפקר ול"ק להו אלא לפרש"י שפי' מן הדג דהיינו צייד שנתן עיניו בדג שהכיר חורו כו' דהוה כהפקר בעלמא עכ"ל ואני אפר תחת כפות רגלי אא"ז ז"ל שלענ"ד כונת התוספ' בזה כמו שאבאר שהם הקשו מהך דמרחיקים מצודת הדג כו' דאלמא אף בדבר הפקר צריך להרחיק ובב"ב תירצו בזה משום שזה יכול לפרוס מצודתו במקום אחר וכאן לא ניחא להו בתירוץ זה כיון דמיירי שפירש מצודתו על דג מיוחד שהכיר חורו ס"ל דלא שייך זה שילך במקום אחר דשמא לא ימצא שם וכ"ה במהריק שורש קל"ב על דברי התוספ' דדלמא לא משכח דג במקום אחר ואת"ל דמשכח

מי יימר דמשכח דג גדול ושמן כזה דבכל ענין פסיק ותני דמרחיקין ואפי' היה גדול כי הנהו דחזא רבה בר בר חנא כו' ע"ש ולכך תירץ רבי' מאיר דמיירי בכה"ג שמרחיקין מן הדג מת כו' דהשתא א"ש דלא דמי למציאה והפקר כיון שיכול לומר לו תוכל לעשות כן במקום אחר ומה שהוצרך לומר כיון שזה פירש תחלה ועי"ז מתאספים תחלה כו' היינו משום דקשיא ליה דבכה"ג שנותן דג מת במצודה לא מסתבר כלל שיהא נאסרין כל מטילי ביאור חכה לר"ה דמוקי ריחיים שאני שזה טרח ועשה מעשה ועי"ז היה דרכם של הצריכים לטחון לבא לשם וזה הבא בגבולו חשיב כמזיק ממש משא"כ במצודה לזה אמר דגם במצודה שייכא סברא זו דע"י מעשה שעשה מתאספים כו' ועוד אפשר לומר דבא לפרש להך פירושא הך דדגים דיהבי סיארא היינו בכה"ג שע"י מעשה זה מתאספים שם ע"ש כנלענ"ד בפשט דברי התוס':

והנה לסברת ר"ת נראה שהסכים ג"כ הריב"א כמבואר בתוס' דב"ב וכן הוא דעת רבי' מאיר אביו של ר"ת וכן דעת הר"י שם וכן דעת מהר"מ מרוטנבורג ותלמידו הרא"ש וכן דעת הטור וכן דעת הריטב"א בקדושין דאם נטלה השני מן ההפקר נוטלה וזכה בה ואינו נקרא רשע דחייו קודמי' לכל אדם אימת ימצא הוא אחרת כיוצא בה מן ההפקר והיינו ההוא דפאה כו' ועל הדרך הזה הוא מה שאמרו בבר מבואה דאוקי ריחייא ואתא בר מבואה אחריתי ואוקי גבי' שאם הוא בן מבוי אחר הוא מעכב ע"י שזה כעין מקח וממכר הוא והרי יכול הלה לילך ולבקש פרנסתו במבואות אחרות ולא יפסיד לזה שמהפך כאן אבל לשכינו אינו כופהו דכיון שהלה דר במבוי זה אין מלאכתו מזדמנית לו יפה כמו במקום אחר ואית ליה פסידא והוי כהפקר כו' וזה שיטתו של ר"ת ז"ל והוא הנכונה כו' עד מפי רבי' נרו עכ"ל הריטב"א ז"ל וידוע שבכל מקום שכותב סתם מפי רבי' נרו הכונה על רבי' הרא"ה ז"ל:

הדור אתם ראו דברים עתיקים יוצאים מפה קדוש גאונינו הריטב"א ז"ל אשר בכל מקום דבריו שקולים בשקל הקודש כידוע למעיין בספריו והורה גבר דבאותו מבוי אין יכול לעכב לומר לך במקום פלוני שאין מלאכתו מזדמנת לו יפה ואית ליה פסידא והוי כהפקר וכן מדברי הקדוש החסיד רבי' יונה ז"ל שהבאתי לעיל והן הן הדברים אשר כתבתי למעלה דבכה"ג לכ"ע אינו יכול לעכב עליו כל שא"א לו במקום אחר והדבר ברור דאף אם ע"י זה נתקן ענינו בטוב יותר ומטו פסידא לאחריני א"צ להשגיח עליו כלל שהרי יכול הוא לזכות אף באותו חררה של הפקר עצמה שהיפך בה חבירו משום דחייו קודמין לכל אדם ואטו משום זה ידחה הוא ויקלקל לעצמו ויתקן לאחרים ואם כן דבר ברור הוא דלר"ת וכל הגדולים העומדים בשיטתו פשיטא שאין מקום לפקפק

בהיתר כלל ולא יעלה על לב לעולם ולשיטת רש"י והרמב"ן גם כן פשיטא דבכה"ג שהכל מחזירים אחריו שרי אפי' להיות זריז וליקח זה שהיפך בה חבירו כגון בנפל על הפאה וא"כ הדבר ברור דבנ"ד דג"כ הכל מחזירים להעמיד להם חנות לפרנסתם שאין מקום לעכב עליו וכל חכמי לב חלילה שיאמרו דבר כזה אשר אין לו שחר:

והנה לדברי ר"ת הסכים הרשב"א בחידושיו לקידושין וכ"כ בשמו בשיטה מקובצת לב"ב דף נ"ד והרא"ש בפ"ד דפאה וכן נלענ"ד דעת הר"ן בפ' האומר שכתב מתחלה דעת ר"ת ואח"כ כתב והרמב"ן סובר כדברי רש"י וזו ששנינו לענין פאה כו' וכן דעת ר"ת ז"ל והוא תמוה לכן נלענ"ד שט"ס הוא וצ"ל ונ"ל דעת ר"ת ז"ל וכן מבואר בש"מ לב"ב דף ק"א בשם רבי' יונה ז"ל וז"ל ועני המהפך במציאה או בהפקר ולא זכה עדיין בדבר בהגבהה או במשיכה מותר לאחר להקדים לזכות בו ועשיר המהפך בחררה ובא אחר ונטלה ממנו אינו נקרא רשע שהעשיר מצוי לו בביתו או ליקח משכיניו אבל אם היה מהפך בשדה או בבית לקנותו ובא אחר ולקחו ממנו נקרא רשע שאין הקרקע מצויה בכל שעה וכיון שהיה מהפך בקרקע זה לא היה לזה להקדים לזכות בה ולקנותו אלא ה"ל להמתין עד שיזדמן לו ליקח קרקע אחר שאין מקח הקרקע לזה צורך השעה ע"כ לשונו:

ודברים אלו שכתב ועשיר המהפך כו' כתבם ג"כ הר"ן ז"ל בפ' האומר אחר שכתב דעת ר"ת נראה מזה כמ"ש שצ"ל ונ"ל דעת ר"ת או איזה הג"ה אחרת דהיינו שאחר שהביא דברי הרמב"ן כתב בשם גדול אחר דלא ס"ל כהרמב"ן וכתב ע"ז וכן דעת ר"ת ז"ל ומ"מ עשיר כו' ובש"ע סי' רל"ז כתב אא"ז רמ"א שהסברא ראשונה עיקר (דהיינו סברת ר"ת) ואפי' לסברא זו דוקא בעני כו' ועיין בסמ"ע שם מה שפירש בכונת הרמ"א והשיג על הע"ש:

ולענ"ד במחילת מכ"ת הרמה והנשגבה שאין הפי' כמ"ש הם ז"ל אלא ר"ל ואפי' לסברא זו דהיינו סברת ר"ת ז"ל דוקא בעני אז הדין כן דאם המהפך לוקח בדמים הנוטלה נקרא רשע משא"כ בעשיר כו' וכמש"ל בשם רבי' יונה ז"ל והסמ"ע לישנא דהב"י אטעי' שלא העתיק וכן דעת ר"ת ז"ל אלא כ' הך ומ"מ עשיר כו' אחר סברת הרמב"ן ז"ל והיה סובר כי זהו ג"כ מדברי הרמב"ן וכמבואר בסמ"ע שם וכן מצויין שם בפנים בהג"ה:

אבל באמת ז"א דדבר זה אינו מתורתו של הרמב"ן כלל רק אשיטת ר"ת קאי דלדידיה הדבר תלוי במצוי למצוא כזה או לא משא"כ להרמב"ן אין חילוק בין אם מצוי כזה או לא:

אמנם העיקר כמ"ש דהר"ן קאי על דברי והם מדברי ר"י לעיל והוא פשוט והרי מבואר שרוב גדולי הפוסקים כר"ת וכ"נ דעת המרדכי בקדושין ובפ"ק דב"מ ובטור סי' קצ"ד

לענין נכסי עכו"ם כו' כתב שהרשב"ם כתב שנקרא רשע וא"כ כתב דלא הוי רשע אלא במכר כו' וכתב הב"י דהרא"ש אזיל לטעמיה דס"ל דא"צ ליתן לו דמים וא"כ ה"ל כמציאה אבל לדברי האומר שצריך ליתן לו המעות ה"ל כמכירה ומיקרי רשע עכ"ל וכ"כ בסמ"ע סימן קצ"ד בשמו וכן מבואר במהרי"ק שורש קל"ב בשם התוספ' משיטת רבינו פרץ פ' ח"ה שכתב ופי' רשב"ם דלא יחזיר המעות ומ"מ רשע מיקרי:

אמנם לפר"ת גבי מצודת הדג דההוא דחררה שבאה לידו בתורת לקוחות כו' ומ"מ פי' ריב"א דיחזיר המעות כו' וגם רשע מיקרי לפר"ת נמי דאין זה מציאה שהרי לא באתה לידו של שני בחנם כיון שצריך ליתן דמים עכ"ל הרי מבואר כדברי הב"י בזה וכן מבואר בש"מ לב"ב דף נ"ד בשם הרשב"א וז"ל ובודאי אם מחייבין אותו להחזיר מעות ללוקח ראשון נקרא רשע דמה לו ליקח את זו כמה שדות ימצא לקנות במקום אחר אבל אם לא היה חייב להחזיר המעות אין זה נקרא רשע דה"ל כמציאה וכנוטל את הפאה כו' דלא כל שעה אדם זוכה למצוא מציאות ולא פאה שמא יקדמוהו שאר עניים הלכך אין זה נקרא רשע שחייו קודמין לחיי חבירו וכן אמרו משמו של ר"ת ז"ל ותימא על הרשב"ם שכ' כאן דנקרא רשע אף ע"פ שהוא כתב שאין לחייב להחזיר הדמים לראשון דזוכה הוא מן ההפקר עכ"ל הרשב"א ז"ל וכן נראה דעת הנ"י פרק ח"ה שכתב מיהו רשע מיקרי לפי שהיה לו ליקח בכסף ממקום אחר כו'. ולענין מציאה הוא פלוגתא דרבוותא כו' ע"ש.

ובזה יש ליישב קצת לשון הגהת שני' דמרדכי בב"מ שכתב בשם א"ז קטן וז"ל הואיל שבזה תלוי כו' שכל שיכול להשתכר במקום אחר מעכבין ונקרא רשע אם כן אסור לישראל להעביר מערופיא דלווין גוים איכא טובי כו' ור"ת התיר משום דנכסי עכו"ם כהפקר ומ"מ נראה דאי עבר מיקרי רשע דמ"ש ממצודת הדג דהפקר ואפ"ה מרחיקין ה"נ ל"ש וכן הורה ר"י בשמו לאיסור ע"כ לשונו:

ולכאורה הוא נגד כל הפוסקים שכתבו בשמו דר"ת לאיפך ולפי מ"ש י"ל דמעיקרא היה סובר דבהפקר בכל גווני לא שייך הך דמהפך בחררה כיון דהפקר הוא א"צ לטרוח לחפש במקום אחר וע"ז כתב דמ"מ נראה דאי עבר מיקרי רשע ר"ל בכה"ג דמערופיא דאיתא לווין גוים טובא דמ"ש ממצודת הדג אע"ג דהפקר היא מרחיקין והטעם מפני שיכול לפרוש במקום אחר כמ"ש בב"ב או דמיירי בדג מת כמ"ש רבינו מאיר אביו של ר"ת בקדושין וא"כ ה"ה במערופיא ולכן שפיר כתב וכן הורה ר"י בשמו לאיסור כנלענ"ד:

ובשו"ת רש"ל כתב דגם הרשב"ם מודה לר"ת רק הטעם משום דיהיב הראשון זוזי ע"ש שהאריך בזה ונדחק בל' התו' והרא"ש וכבר כתבתי שהרשב"א באמת תמה על הרשב"ם בזה ומ"ש בשו"ת רש"ל שם ועוד ראיה מן הר"ן בב"ב שכתב ג"כ גבי נכסי

עכו"ם שהמחזיק בה הוא רשע ואין מביא שום דעה לחלוק ואח"כ כ' ולענין מציאה איכא פלוגתא כו' ע"ש:

ולענ"ד ז"א דהנ"י שם קאי על מ"ש לעיל מינה בשם הרמב"ן וספר המקח לר"ה גאון שצריך להחזיר הדמים והלכך סתם לומר דודאי מיקרי רשע והיינו דגם ר"ת מודה בזה וכמ"ש להדיא הטעם לפי שהיה לו ליקח כו' וע"ז כתב ולענין מציאה כו' ע"ש והוא פשוט ומ"ש שם על דברי מהר"מ שבמרדכי דבמרדכי בב"ב משמע דמהר"מ סובר כרשב"ם ואפ"ה סבר כר"ת לענ"ד י"ל דאפי' אי סובר כרשב"ם בהא דמיקרי רשע היינו משום דס"ל דצריך להחזיר הדמים אמנם בלא"ה מה שהביא בשם מהר"ם הוא מילתא באנפי נפשיה והוא משו"ת מהר"מ ב"ב הקטנים דפוס קרימונה סימן רע"ו ורע"ז וקאי שם על עובדא דמייתי במרדכי דב"מ שהלך המצרן וקנאו וע"ז כתב דלא נקרא מהפך בחררה כו' לפירש ר"ת דבמציאה והפקר לא מיקרי רשע כו' וה"נ כיון דהבית עומד על מיצר שלו כו' וששאלת עד כמה יהא נקרא עני המהפך אם יום או יומים כו' נ"ל דלא שייך בקרקע זה של העכו"ם עני המהפך אא"כ גמר כבר הפיסוק דמים עם גוי כו' ע"ש דבא לפרש לדברי השואל שהיה סבר דיש בזה דין עני המהפך אע"פ שהוא על מיצר שלו ע"ז אמר דהיינו נמי דוקא כשכבר פסק כו':

ואני תמה על אא"ז הגאון בעל שארית יוסף שכ' דמשמע מהר"מ דאם גמר פיסוק דמים מיקרי רשע אפי' גבי נכסי עכו"ם שהם הפקר אע"ג דבפ"ק דמציאה כתב במהפך על מיצר שמעון כו' ע"ש דמשמע דבדבר מציאה לא מיקרי רשע יש לחלק דלא תיקשי דידיה אדידיה כו' ובאמת ז"א דתשובת מהר"מ אלו הם תכופות זו לזו ואין כאן סתירה כלל דבנידון זה דמהר"מ לא שייכא כלל הא דנכסי עכו"ם כו' דהתם מיירי בנסתלק העכו"ם ע"י נתינת הכסף והוא קדם וקנה בחזקה כו' אבל בנדון דידן מיירי שעדיין לא נתן ראובן מעות רק שהיה מהפך בה וקדמו שמעון ולקח במעותיו פשיטא דאין זה מציאה והפקר שהרי לקחו במעותיו ויכול למצוא במקום אחר ולפיכך מחלק בין קודם פיסוק הדמים כו'. ועיין בתשובת רש"ל מ"ש. ואף שכתבתי שהכל תלוי כו' ע"ש שכתב ג"כ דכשלא נתן מעות דאכתי לא איסתלק א"כ אינו כהפקר כו' והוא כמ"ש אלא שיש גמגום בלשון ומ"ש בשארית יוסף ג"כ על ראיות רש"ל מהנ"י פ' ח"ה ודחה דבריו מדסיים הנ"י שהיה לו ליקח כסף כו' וא"ל למה לא זכה מן ההפקר י"ל דמיירי בגוי אלם כו' ולענ"ד הוא דא"צ לזה כלל והעיקר כמ"ש לעיל דכיון דצריך להחזיר הדמים ממילא דלא הוי כהפקר ומה שנדחק ליישב מהרי"ק דלא הביא מאשר"י פרק ח"ה לענ"ד אפשר דבהאי שעתא לא הוה בידיה דמהרי"ק האשר"י על ב"ב כמו שנמצא כמה פעמים בתשובותיהם ולכך

הביא מהטור ומ"ש שמהר"ן משמע שמסכים לדברי הרמב"ן ומ"ש וכן נראה דעת ר"ת צריך להגי' במקום ר"ת גדול אחר ולענ"ד העיקר כמ"ש:

והנה התוס' בב"ב כתבו ב' תירוצים לשיטות ר"ת אהא דמרחיקין חדא שבכמה מקומות ימצא לפרוס מצודתו ועוד דהכא אומנתו בכך ותירוץ זה כתבו התוספ' בקידושין וז"ל ונראה דהתם היינו טעמא מפני שהוא יורד לאומנות כי ההיא דקאמר התם האי בר מבואה כו' ואע"ג דבאמת לא קי"ל הכי מ"מ לא מייתי מהתם דאיכא סברא דפיסוק חיות ומ"מ לכל מר כדאית ליה לר"ה אף בלא סברא דיהבי סיארא ולר"ה בריה דר"י דוקא משום סיארא וכ"כ בשו"ת רש"ל ובשו"ת פני משה שהבאתי לעיל כתב דלמאי דקי"ל כרב הונא בריה דר"י לא הוה מרחיקין המצודה אי לאו משום דיהבי סיארא ולפיכך תמה על מהרי"ק שתפס תי' זה דהתוספות כו' ע"ש:

ולענ"ד לק"מ דמהרי"ק סובר דלענין הך סברא דבאומנותו בכך אף בדבר הפקר יש בו דין עני המהפך כו' אין חילוק בין הס"ד ובין המסקנא כלל דלתרווייהו אומנתו בכך גרע ממהפך בחררה של הפקר:

אך דמ"מ בשביל זה אין הכרח לדון לעכב עליו ופשיטא דפליגי בה ר"ה ור"ה בריה דר"י דלדידיה לא הוה מצי מעכב אי לאו משום דיהבי סיארא ועוד דמהרי"ק שם מיירי שזה בא ממקום אחר לזכות בחררה שהיפך בה הראשון דהיינו שהראשון כבר שכר שם בית ופיזר מעותיו ליקח החזקה מאדוני הארץ ומהצבור להלוות ובא שמעון ומסיג את גבולו שם ובהא שפיר קאמר דלהלוות בריבית לעכו"ם אומנותו בכך שהוא עיקר אומנות שלהם וכמעט שאין להם אומנות אלא הוא אבל בבר מאתיה גם מהרי"ק מודה דאין לחלק בכך כלל דהא אההיא דאוקי ריחייא שהוא אומנותו בכך קאי ר"ה בריה דר"י ואמר דלא מצי מעכב וע"כ דאין מקום לחלק כלל בזה:

ועיין בשו"ת חוות יאיר מה שתמה על הגאון רש"ל שכתב הטעם שיורד לאומנות כו' דהא באמת יורד לאומנות אין איסור וכתב שנפל ט"ס כו' ע"ש ובאמת הדברים פשוטים שכוונתו על תי' התוספ' באומנותו בכך. אמנם מ"ש הואיל ויהבי סיארא הוי כיורד לאומנותו הלשון מגומגם קצת כמ"ש בחו"י שם. אמנם הכוונה דאף על גב דיורד לתוך אומנותו בעלמא שרי מ"מ בזה דיהבי סיארא אסור:

והנה בגיטין דף ס' אמרינן מצודות חיות כו' וכתבו התוס' דלא דמי למרחיקין מצודת הדג דהתם אומנותו בכך ומן הדין שירחיק משם דא"ל פסקת לחיותי אבל הכא דאין אומנותו בכך לא הוי גזל אלא מפני דרכי שלום עכ"ל ופשוט דר"ל ג"כ לכל מר כדאית ליה למר אף בלא סברת יהבי סיארא ולמר משום סברת יהבי סיארא ובמרדכי שם כתב

וז"ל תימא לר"י הא אמרינן מרחיקין ממצוד' הדג וכ"ש כשבא במצודה ונראה לר"י דודאי לכתחלה מרחיקין אבל גזל ליכא ועוד י"ל דהתם אומנותו בכך כו' עכ"ל:

והנה על תי' הראשון יש לתמוה דלפי מאי דבעי הש"ס להביא סייעתא לר"ה דפסקית לחיותיה דאיך שייך טענת פסקת לחיותי' כיון שאף אם הלך ולקח מתוך מצודתו ממש אין גזל בדבר מדאורייתא וא"כ איך נאמר דכיון שפירש מצודתו נרחיק מעליו כל הבא לשם אף שעדיין לא בא לרשותו כלל ואף לפום שנויא דיהבי סיארא קשה דאפי' תימא דהוה כבטוח שילכדנו מ"מ כיון דאפילו אם כבר לכדו אין בו משום גזל גמור א"כ כ"ז שלא לכדו אין לדון דין פסקת לחיותי. ולכאורה אפשר לומר למאי דאמר שם באוזלי ואוהרי כ"ע לא פליגי כו' א"כ י"ל דמיירי במצודה שהוא כלי דאז כיון שבטוח שיבא לתוך המצודה ואז קונה קנין גמור שפיר י"ל פסקית לחיותי:

אך דלענ"ד כיון דעכ"פ בלחי וקוקרי אף שניצוד ועומד יכול זה לבא ולזכות בו ואין יכול להוציא ממנו בדיינים א"כ אף באוזלי ואוהרי כ"ז שעדיין לא בא בתוכו מה"ת נדון אותו כאלו כבר לכדו עד שנאסר ע"ז שיפרוס מצודתו שם וזה נלענ"ד שיטת הפוסקים שהשמיטו הדין דמרחיקין מצודת הדג כו' וכבר כתבתי בזה הנלענ"ד:

אך לפי מ"ש י"ל דטעמייהו דס"ל דהך ברייתא דמרחיקין מצודת הדג אזלא כוותיה דרבי יוסי דס"ל דמצודות חיות כו' עכ"פ הוי גזל גמור מדבריהם להוציא בדיינים ולכך שפיר צריך להרחיק לכתחלה משא"כ לפי מאי דקי"ל כרבנן וכן פסקו כל הפוסקים דאפי' אם כבר ניצוד ועומד ובא חבירו ונטלו אינו יכול להוציא ממנו בדיינים א"כ לא מסתבר כלל שקודם שניצוד יהא יכול לעכב עליו ולומר פסקת לחיותי ולכך השמיטו דין זה ולפי"ז גם במערופיא שרי דהא אפי' אם כבר גמר עמו המקח בפיסוק דמים אם בא זה ופית' אותו עד שהלך וקנה או מכר לו אין יכול להוציא בדיינים רק דמיקרי רשע א"כ כ"ז שלא עסק עמו בענין אף דדמי לדגים דיהבי סיארא מ"מ יכול הוא לפייסו שיבא אצלו וכמ"ש: איברא דדעת ר"ת דכל דמיקרי רשע צריך הוא להחזיר המקח כמ"ש הנ"י פח"ה ובתשובת רש"ל כתב ותמה אני אם יצא זה מפי ר"ת כו' ע"ש שהאריך וכתב דאין לדקדק דאל"כ מאי מקשה מראה את המציאה כו' עיקר הקושיא אינה אלא ממתניתין דפאה ומה שמביא מב"מ סמך אשקלא וטריא דהתם ע"ש שהאריך והביא ראיה מעובדא דרב גידל דלמה לא כפה את רבי אבא בדין שיחזיר לו המקח כו' ואא"ז הגאון בעל שארית יוסף השיב לו שבאמת ראיות הראשונים הוא כמבואר בנ"י וכתב לחלק משום דר"ג לא ידע ובהיתרא אתי לידיה לכן לא היה מחויב להחזיר ובאמת שהרמב"ן בב"ב דף נ"ד והריטב"א בקידושין כ"כ בשם ר"ת ואקשו עלה מדאמרינן לא מר נחית לה משום

דנכסים הראשונים נינהו הרי מן הדין חייב להחזירה כו' ע"ש ולפ"ז א"ש בפשיטות מה שהקשו התוספ' מב"מ:

אך הפ"י בקידושין הקשה ג"כ קושיא זו דדילמא אע"ג דודאי זכה מ"מ מקרי רשע ובחידושי לקידושין כתבתי ליישב ע"פ מה דאמרינן בב"מ כי תיקנו רבנן ד"א בסימטא כו' בר"ה לא תיקנו רבנן ומבואר שם בש"מ הטעם דד"א קונות דהוי כחצר המשתמרת שלו משא"כ בר"ה כיון שכ"א מצוי שם והוי כחצר שאינה משתמרת ומבואר שם דבמתנה אע"ג דאינה משתמרת מ"מ קונה דשפיר סמכא דעתיה דקונה שהרי א"א לאחר לזכות כיון שלא הקנה רק לזה משא"כ במציאה שאין רצונו שהחצר יהא שלוחו לזכות בו ולפ"ז אם נימא דהאחר מיקרי רשע לפי שהיפך בה זה ונפל עליו י"ל דשפיר המכה דעתיה שלא יזכה בו אדם וכ"כ הת"י דמסתמא לא יזכה בו אדם אחר וא"כ אף בחצר שאינה משתמרת נמי יש לו לקנות וא"כ אף ד"א נמי הם ראוין לקנות וא"כ קשה דאמאי זכה השני דליקני לראשון ד"א דידיה דלא ס"ל לר"פ לתירוצא כיון דנפל כו' אלא ס"ל דלא תיקנו רבנן ד"א כו' אע"כ דאע"ג דהפך בה זה יכול אחר לזכות בה ולא נקרא רשע ועוד כתבתי שם ליישב באופן אחר ואין להאריך כאן דלדינא דעת כל הפוסקים דא"צ להחזיר:

והנה הרמב"ם והסמ"ג השמיטו הך דינא דעני המהפך בחררה נקרא רשע וצריך טעם למה ואפשר לומר לפמ"ש מהרי"ט בקידושין לרי"ף על קידושין שכתב דלא איתפרש היכן מצינו שנקרא רשע וכתב רש"ל דמדאמרינן פ' הנשרפין ואת אשת רעהו לא טמא וכתיב בתריה צדקת הצדיק עליו תהיה ורשעת הרשע עליו תהיה אלמא רשע מיקרי בחד מהנך ואע"ג דיורד חמיר טפי משום דפסיק לחיותיה מ"מ התם בשל הפקר מיירי ומהפך בחררה של שכירות שוה הוא לנכנס לאומנות של הפקר כדמוכח מדברי התוספ' ובתרווייהו רשע מיקרי כו' עכ"ל ולפ"ז מבואר דר"ה דס"ל הך סברא דפסיק לחיותיה היינו משום דס"ל דהתם קרי' רשע ולכך יש לו לעכב עליו מן הדין שלא להניחו:

ומצאתי בפסקי מהר"מ רקנטי סי' מ"צ שכתב וז"ל ראובן שהי' דר בישוב ויצא משם כו' וראיה ממרחיקין מצודות כו' אטו אם הסיר זה מצודתו וכי השני יאסר לעולם לצודו וכן בר מבואה כו' אטו אם הסיר ריחיים שלו ותפס אומנות אחרת הלעולם יכול לעכב עליו והלא עיקר איסורא אינו אלא מדכתיב אל ההרים לא אכל שלא ירד לאומנות חבירו דלא פסיק לחיותיה אבל פשיטא שאם יצא מן הישוב כו' עכ"ל הרי מבואר דס"ל דעיקר האיסור אינו אלא משום אל ההרים כו' וס"ל להרמב"ם דהיינו דוקא אליבא דר"ה אבל למאי דקי"ל כר"ה בריה דר"י א"כ אפי' ביורד לאומנות בדבר הפקר שרי לר"ה בריה דר"י וא"כ ה"ה חררה דשכירות נמי שרי ולא מיקרי רשע וההוא דיורד לאומנות חבירו מוקי

לה ר"ה בריה דר"י בבר מתא אחריתא אלא שצ"ע דלא מסתבר של ר"ה בריה דר"י אין איסור במהפך בחררה כלל שא"כ צ"ל דר"ג ורבי אבא כוותיה ס"ל ועוד דבאמת צ"ע על מהר"מ רקנטי ועל מהרי"ט דאיך אפשר דאיסורא דר"ה משום הא דהנשרפין או משום ההוא דמכות דהא משמע התם שאין בדבר רק מדת חסידות בלבד כנראה מאינך דבריו דקא חשיב התם וכמו שהבאתי לעיל משו"ת מהר"מ ב"ב סימן תרע"ז ומשו"ת חוות יאיר דאין זה רק מדת חסידות ופרישות לבד:

ואא"ז מהרש"א בחידושי אגדות אהא דאמרינן לא עשה לרעהו רעה פירש שר"ל שיעסוק בתורה כמ"ש בסוף קידושין מניח אני כל האומנות שבעולם כו' והוא שבכל אומנות אם יש אחר באותו מבואה הוא מעכב ע"ז אבל באומנות של תורה אינו כן דבמקרי דרדקי אמרינן שם דמודו כ"ע דלא מצי מעכב עליו כו' ע"ש ונראה דאליבא דרב הונא קאמר הכי וכמ"ש דבמקרי דרדקי כ"ע מודו כו' או שכוונתו ג"כ לענין מדת חסידות וכמבואר בסנהדרין בהא דואת אשת רעהו לא טימא שלא ירד לאומנות חבירו וע"ש שכ' אא"ז מהרש"א כי דימה בכ"מ מחייתו של אדם לאשה כמ"ש ראה חיים עם האשה כי בה תלה מחייתו כמ"ש פ' הבע"י עזר כנגדו אדם מביא חטים כו' וע"ש ונלענ"ד דהנך תרי דרשות דסנהדרין ודמכות לאו חד ענינא הוא דבסנהדרין מיירי שהוא מכווין להנאתו שרוצה ג"כ לעסוק באומנות זו ומ"מ כיון שכבר קדמו חבירו אסור ולהכי מדמי לה לטימא אשת רעהו דאף ע"ג דלהנאתו מתכווין אסור משא"כ במכות י"ל דמיירי שהוא אינו עושה זה להנאת עצמו כלל רק עיקר כוונתו להרע לחבירו וזה נדרש בלשון לא עשה לרעהו רעה ובכה"ג ודאי י"ל דאפילו איסורא איכא:

ובהכי א"ש מה שפרשו הגאונים בהא דיורד עמו לחייו היינו שעושה חנות כו' וכמ"ש בתשובתי הראשונה מדברי הראב"ן שהגדולים שהשיבו לו דחו פירש זה בשם רש"י ולענ"ד י"ל דהתם מיירי שא"צ לאומנות זה כלל רק שיורד במכווין לאומנות חבירו לקפח פרנסתו וכן במועד קטן דף אמרינן דעבדינן הרדפה וכתב הר"ן שם בשם רבינו ישעיה שיורדין לחייו לפסוק מזונותו שמושיבין אומנים אחרים סמוך לו שיעשו אומנותו כו' היינו נמי בכה"ג שמושיבין אותם במכווין כדי לקפח פרנסתו של זה אבל כגון ההוא דסנהדרין שזה עושה לצורך עצמו פשיטא דאין כאן רק מדת חסידות לבד וכדחשיב ואל אשה נדה לא קרב שלא נהנה מקופה של צדקה עי"ש בדברי רש"י:

וגם זה דוקא בדאפשר לי' למצוא בריוח פרנסתו במקום אחר הא לא"ה פשיטא דחייו קודמין ואין זה נרמז בקרא דאשת רעהו לא טימא דהתם אע"ג שאינו עושה להכעיס לחבירו רק להנאת עצמו מ"מ מיירי ג"כ דאפשר לו למצוא במקום אחר דומיא דאשה

שעל הרוב יכול הוא למצוא בת זוגו אבל פשיטא דלא בעי קרא לדמותו לאשת רעהו לענין אם א"א למצוא בריוח במקום אחר וכדאמרינן לענין אבידתו ואבידת רבו או אביו דילפינן אפס לא יהא בך אביון דשלו קודם לכל אדם וכתב בסמ"ע סי' רס"ד דלאו דוקא אבידתו קודמת קאמר אלא כל הפסד ממון או ביטול מלאכה מפני השבה זו הרי מבואר דאף כשרואה של חבירו לפניו שהולך לאיבוד ג"כ שלו קודם ומשמע ס"ק ב' דאף במניעת הריוח יוכל לעשות מדינא והיינו נמי ענין ביטול מלאכה וכיוצא בזה ופשיטא שאין לחלק בין ענין אבידה לשאר דבר שבממון דהא מקרא דאפס לא יהא בך אביון ילפינן לה ופי' רש"י הזהר שלא תבא לידי עניות ולא מירי באבידה דוקא אלא בכל עניני ריוח והפסד ישגיח על שלו תחלה אם לא בהפסד מועט ושל חבירו הפסד מרובה שיש לו ליכנוס לפנים משורת הדין כמבואר שם וכאן אף הכנסה דלפנים משורת הדין לא שייך דכמוהו כמוהם הוא מחזר אחר פרנסתו וא"ל דכיון שאילו קדמהו צריך זה להניח מקומו אע"פ שלא ימצא מקום מרווח כזה ז"א דאין הקדימה מועלת רק לענין שלא יכנס לתחומם ולדחותם אבל מה שהוא עושה בשלו שהוא מהפך אחר פרנסתו פשיטא שזה נכלל בקרא דאפס לא יהיה בך אביון שלך קודם לכל אדם וכמבואר בהרשב"א שהבאתי לעיל מהש"מ ב"ב ומן הריטב"א בקידושין לענין סברת ר"ת דבמציאה והפקר ל"א הך סברא דעני המהפך כו' כלל וא"כ אפילו במקום דטען טענותא דפסקת לחיותי לא איכפת לן דקי"ל כר"ה ברי' דר"י דלא חש לה אלא ס"ל דבכל גוונא חייו קודמין וכן נוהגין בכל תפוצות ישראל וכמ"ש בשו"ת ח"י ובכל יום מתרבים חניות חדשות אם דל אם עשיר שרוצים להביא טרף לביתם או להרוחה בעלמא וחשוקיהם כסף ומעולם לא שמענו ולא ראינו שיעכבו ע"י:

וכבר הארכתי בזה דאדרבה חד לגבי חד גרע דהוה קצת דומיא דמערופי' ואפ"ה שרי ומכ"ש בזה שבעלי החניות הישינים הם הרבה וגם היזקא דרבים אין כאן מכמה טעמים אשר כתבתי לעיל וגם הטעם האחרון אשר כתבתי שיכול לומר אתם מה לכם עלי אין דיני אלא עם החנות שסמך לי הוא נכון מאד ואדרבה אם אתה אומר כן שבשביל שקדמה ישיבתו של זה הוא פוסק חיותם של האחרונים אם כן כשתסגיר את זה מצד הדרום בואו ונצווח על החניות העומדים במקצעות שהבא מן השוק צריך לעבור על פתחם ונבטל אותם אחד אחד עד כלותם ודבר זה מביא לידי גיחוך ואם תאמר דשאני הני שכבר החזיקו כך מתחלה משא"כ כאן שזה בא לעשות מחדש הם יכולין לעכב עליו ז"א שאם נאמר דפוסק חיות כה"ג מלתא הוא נראה דגרע מהא דאין אנו יכולין לישן מקול הנכנסים כו' דמדמינן לה לעשן ואבק שאין להם חזקה וכמבואר ברמב"ם וש"ע והרשב"א

ושאר פוסקים והוא ע"פ הירושלמי דאיתא שם דיכולין לומר כסבורין היינו יכולין אנו לקבל ועכשיו אין יכולנו לקבל ע"ש ובאמת צ"ע לענ"ד על מ"ש הרמב"ם והש"ע ואפילו היו מבני מבוי אחר אינם יכולין לעכב שהרי יש ביניהם אותה אומנות כו' ור"ל דגם בני מבוי האחרים אין יכולין למונעו נכנסין ויוצאין כיון שלא מיחו בראשון וכמבואר בסמ"ע שם וכמ"ש בתשובתי הראשונה ע"ש וקשה דמה בכך שלא מיחו בראשון וקיבלו עליהם הנכנסים והיוצאים מ"מ יכולין לומר עכשיו אין אנו יכולין לקבל ואפילו על הראשון גופו הרשות בידם לחזור בהם ולעכב על ידו ודוחק לומר דבאמת זה טוען אם אין אתם מוחים בראשון אעשה כן אף אני ואם באמת רוצים גם הראשון פשיטא שיכולין לעכב דהלשון לא משמע כן ואין פנאי להאריך בזה:

ועכ"פ בנ"ד אם הם יכולין לעכב על אילו החדשות גם על הישינות שבמקצוע יכולין לעכב אע"פ שכבר החזיקו ודוחק לומר דאע"ג דחיישינן בכה"ג לפיסוק חיות מ"מ דמי לקול פטיש ורחיים שאם החזיק אינם יכולין לעכב מטעם שהוא עושה בביתו משא"כ היזק דקול הנכנסים שהוא בחצר המשותף לכולם כמ"ש בסמ"ע סי' קנ"ו ס"ק יו"ד חילוק זה ואמנם מדברי ה"ה פרק ו' מהלכות שכינים נראה חילוק אחר שאפילו החזיק אין חזקתו חזקה אצל הנכנסין ויוצאים שהם אחרים אבל חזקת חזקה במלאכת עצמו כו' ע"ש:

ואיך שיהיה לכאורה י"ל דכה"ג מהני חזקה אך מדברי הרמב"ם פי"א שם שכתב הטעם לפי שהיזק קבוע הוא כמו העשן והאבק משמע דכל שהוא יכול לעכב ע"י והוא קבוע לא מהני ליה חזקה וא"כ נראה דפיסוק חיות גרע טפי מהיזק דפטיש וריחיים ואפילו חזקה נמי נימא דלא מהני וא"כ נבטל אותם אחד ונמצאו כל החניות או רובם בטילם א"ו דמילי דכדיבי נינהו וגם הני חניות דמקמא בדרי חשבינן ליה ואין לפקפק בדבר:

ועוד נלענ"ד פשוט אפילו תימא דקדימה מילתא הוא מ"מ לא עדיף מאם מוזיל השער בהלוואת ריבית שכתב רבינו ירוחם דשרי ופסק כן בהגהות ש"ע ונתן רי"ו טעם מפני שדומה לחנווני דא"ל את פלגת אמגוזי כו' וא"כ ה"נ יוכל לומר אנא ברגלי ואת בפריטי דהיינו אני מרגילם ע"י שהם מקצרים הילוכם ואתה תוכל לוותר ולהוזיל קצת להרגילם שיבואו אצלך ובאמת לכאורה צ"ע על רי"ו דל"ל לטעמא משום דאנא פליגנא כו' הא אמרינן בב"מ דף ס' ולא יפחות השער וחכמים אומרים זכור לטוב ואמרינן התם טעמא משום דמרווח לתרעא ודוחק לומר דדוקא לגבי פירות אמרי' הכי שאוצרי פירות יראו וימכרו בזול כמ"ש רש"י אבל לגבי הלוואה וכיוצא בו לא שנראה דאע"ג דלא שייך זכור לטוב מ"מ איסורא נמי ליכא היכא דמרווח לתרעא דהלוואה:

אמנם ודאי פשוט דרי"ו סובר דדוקא בדבר שישראל נהנים מהרווחת השער משא"כ אי מרווח לתרעא לעכו"ם בלבד לא מהני כמבואר לענין בני מאתא אחריתי בשם הר"י בן מג"ש והתם להוזיל בריבית לעכו"ם מיירי ולכך הוצרך לטעם דאנא פלגינא:

וראיתי בפנים מאירות ח"א סי' ע"ח צידד בשני כפרים בתחום א' כ"א משר א' ורוצה א' למכור י"ש ושכר בזול ועי"ז מרגיל בני הכפר של השני לשם ובא לידי הפסד וכתב דאם אין הלוקחים ישראלים נהנים פשיטא שיש איסור בדבר ואינו יכול לומר אני עושה בתוך שלי דהא על הניזק להרחיק א"ע אף בשלו אלא אפילו בעיר ובשכונת ישראל שהלוקחים נהנין אפ"ה השאר יכולין לעכב כו' כיון שכבר יצא השער והוא חק המדינה להתנות על השערי' והוי כדינא דמלכותא כו' ועוד י"ל דדוקא בפירות שמשתנה השער ע"י רבוי הפירות אבל בשכר וי"ש שהוא חוק ונימוסיהון להכריז בכמה המדה וכן אם ראוי למכור בזול מכריזין שימכרו בזול הוי כדינא דמלכותא ולא משגיחינן בטובת הלוקחים כו' ואף שבהלוואת ריבית כ' רי"ו כו' נראה דשאני ריבית שאין שער קבוע לריבי' ורשאי כ"א לוותר קצת שירגיל הכותים אצלו דומיא דחנוני אבל להוזיל סחורה משער ידוע ובפרט במכירות שכר וי"ש שהוא מחוק המלכות יכולין למחות אמנם אם עושה שכר טוב יותר מחבירו ועי"ז מרגיל אצלו נראה דשפיר דמי ודמי להא דאמר אנא פליגנא כו' עכ"ל:

ודבריו תמוהין מ"ש דאף דאין לו שייכות עם השר השני והוא עושה בשלו אסור דעל הניזק להרחיק א"ע ובאמת ז"א דהא לא קי"ל כחכמים אלא כר' יוסי דאמר על המזיק להרחיק א"ע אם לא בגירי דיליה ופשיטא דבכה"ג ל"ש גירי דיליה גם מ"ש דרי"ו מיירי שאין שער קבוע לריבית לענ"ד ז"א וכמש"ל דודאי מיירי שהיו להם שער ידוע וזה מוזיל את השער דאל"כ ל"ש לישנא דמוזיל כלל כל שאין שומתו ידוע כלל אלא דמ"מ שרי דמצי א"ל אנא פלגינא כו':

אמנם אפילו לדעת הפ"מ עכ"פ באין שער ידוע מודה לרי"ו דשרי משום הך סברא דאת פליג אמגוזי וכן באם עושה שכר טוב יותר כו' וא"כ פשיטא דבנ"ד נמי אפי' תימא שיש דין קדימה בחניות מ"מ לא עדיף מאם מוזיל גביה בדבר שאין קצבתו ידוע או בעושה שכר טוב אע"פ שעי"ז מרגיל אצלו ש"ד דהא חבירו יכול להוזיל וכיוצא בו שירגילם אצלו בענין אחר וא"כ גם כאן יכול להרגיל אצלו בהוזלה קצת או בסחורה שפירתא וכיוצא בזה ופוק חזי מה עמא דבר אפילו במכירת י"ש ושכר כ"א עושה בשלו כרצונו באין מוחה ומעכב כלל אפילו אם השער ידוע ופשיטא דרשות למיעבד כל טצדקי כדי להרגיל אצלו ויזכה הוא לפי שחייו קודמין לחיי חבירו:

וגדולה מזו מצינו בתוספתא דפאה בעה"ב שנתן פאה לעניים ובא עני אחד ונטלה מאחריהן ה"ז זכה שאין עני זוכה בלקט שכחה ופאה ובסלע של מציאה עד שתפול לתוך ידו וכ"כ הרמב"ם פ"ב מהלכות מ"ע בעה"ב שהניח פאה לעניים אלו העומדין לפניו ובא עני אחד מאחריו ונטלה זכה שאין אדם זוכה כו' וכן בתרומה ושאר מתנות כהונה קי"ל דאסור לסייע בבית הגרנות כדי שיתנו לו תרומה ושארי מתנות משום שאין זה דרך כבוד וכתיב שחתם ברית הלוי ובתרומת ח"ל קיי"ל דמותר אף לסייע בבית הגרנות וכן לענין זרוע ולחיים אמרי' בסוף חולין מריש הוה חטפנא כיון דשמענא להא דכתיב ונתן ולא שיטול מעצמו לא חטפנא מימר אמרו כו' ולא מקרי גזל השאר בכך על מה שהוא מקדים עצמו לזכות ואמרינן התם ההוא שקא דדינרי דאתא לבי מדרשא קדים רב אמי וזכי ביה כו' והרי זה זריז ונשכר ואף ר' יהודא דקאמר לא יחלק לתינוקת כו' וכן לא יפחות את השער משום שירגיל לבא אצלו אף אותם שהיו רגילין לבא אצל חבירו ובכה"ג י"ל דאין לו לעשות כן וכמ"ש הרשב"א דגוערין בו ומדמי לה למכירי כהונה דאע"ג דלא אתי לידיה כו' ולפי מאי דלא קי"ל כר"י בהא שפיר דמי למיעבד טצדקי להרגיל אצלו ואינו חושש שמא יש בהם ממכירין וכבר כתבתי דה"ט דר"ה דס"ל דפסקת לחיותי משום דכיון שלא היה במבואר שום ריחיים אחרת כולהו בני מבואה מכירין של זה נינהו וזה מבואר בתשובה שהשיבו הגדולים להראב"ן דאפילו ר"ה מיירי לבני מבוי שלו אבל לבני מבוי אחר אם רוצה לטחון טוחן ואין יכולין לעכב דהכי אמרינן גבי הנהו דקולאי כל מעלמא אתו ומעלמא ליזבין ומכ"ש בן מבוי זה שהעמיד ריחיים אצל חבירו שיכול לטחון לבני מבוי אחר ואין חבירו מעכב רק שלא יטחון לבני מבוי שלו הרגילים אצלו וה"נ שמעון יכול להלוות לכל בני העיר שאינם מאותו מבוי אפילו לר"ה עכ"ל וא"כ דבר פשוט הוא דחניות העומדים בשוק והקונים מעלמא אתו לקנות שם באשר ימצא דל"ש דינא דר"ה כלל ובפרט אם נאמר שעיקר החשש משום יום השוק וכמש"ל שאין כאן בית מיחוש לכ"ע ומכ"ש לפי מאי דקי"ל כר"ה בריה דר"י ומכ"ש לפי מ"ש יקירי העיר רבים ונכבדים שהדרכים שוים לטובה ואין אחד מוכשר מחבירו לפעמים באים בזה ופעמים בזה פשיטא שאין מקום לשאלה זו וא"צ לפנים:

והנה כבר כתבתי דגם במערופי' ממש (אין דנין במדינות אלו ומכ"ש בזה ופשוט בעיני ששום משכיל לא יטעה לדמות נ"ד למערופי' דא"כ אותן המתירין מערופי' איך מצאו ידיהם ורגליהם בהא דאוקי ריחייא כו' וחנות ומרחץ וכיוצא בו נימא דכיון דעד השתא כל דאתי אדעתיה דידיה אתי כיון שהוא יחיד בדבר כמערופי' דמי א"ו דליתא כ"א באותן הרגיל אצלו ממש ואינו עוסק בעסקיו אלו עם אדם אחר כלל דבכה"ג האוסרים מדמי

לה לדגים דיהבי סיארא והחולקין ס"ל דל"ד וכמש"ל ומכ"ש לפי מה שרצה להטעים טעם דבריא היזקא לפי שביומא דשוקא זמן קהלה לכל הוא ומתאספין ברחוב אשר הוא מקום השוק כו' א"כ פשיטא דהני דמעלמא אתו ל"ש לדון בהם דין מערופי' כלל שהקונה הולך בשרירות לבו ודבר אין לו עם אדם כלל ואדרבה בזה הדין פשוט ומבואר בש"ס וכל הפוסקים להדיא דביום השוק שמוכרין לאחרים הבאים מסביב אין בידם לעכב אפילו על בני עיר אחרת הבאים לשם אע"ג דעל בני מתא אחריתי ודאי שייך פיסוק דמים מ"מ כיון דיום השוק הוא שרי אפי' המוכרים מבני עיר אחרת והקונים מבני העיר עצמה כמ"ש בסמ"ע וע"ש בב"י ובפרישה שזה ג"כ דעת הרמב"ם והטור והנ"י והרי דבר ידוע שהמוכרים הבאים ממקומות אחרים הם בוררים להם מקום מוכשר בגובהה של עיר ואין מקפידין עליהם כיון שהוא יום השוק מעלמא אתו ולעלמא קא מזבני ואף שיש בתוכם מבני העיר ג"כ בתר רובא אזלינן דמעלמא אתו וא"כ ק"ו הדברים בזה שהוא מבני אותו העיר עצמה ואינו נכנס לתחום חבירו אלא עומד בשלו שהרשות בידו להכשיר מקחו ולמיקבע ליה דוכתיה אע"פ שהוא קבוע לו בראש כל חוצות לכן יראוהו אנשים הבאים לשוק לקנותו אין למחות בידו ואף אם יתעקש המתעקש לומר שאין רשות ביד הבא מעיר אחרת על היריד לברר לו מקום מוכשר ביותר לעמוד שם עם סחורתו מה שבאמת אינו כן כידוע ומפורסם שבכל מקום שווקין אין מקפידים כלל כגר כאזרח כ"א בורר לו מקום הראוי לגאול ביפה אמנם בבן עיר עצמו אין ספק שלא יעלה על לב שום בר דעת שזה יהא צריך להיות נדחה חוץ למחיצתו על לא חמס בכפו ומכ"ש מה שרוצה לסמוך לו ענין משו"ת רמ"א עד שנושאין ונותנין בו מוזרת בלבנה ותקראנה לו השכינות שם בריא היזקא. הכי חזינן בליונא דגושפנקא דחתים מר בריה דרבנא ורבנן דרהטי לפירקא בדין שרו לן להפוכי בעסקא. ולמינקט לן שוקא. ולדידיה אסור ואמור רבנן בטעמא ובנימוקא. ואתו למסמך עלה כדנפל ממתיבתא דרקיע פתקא וגם בבי מדרשא אתי ינוקא. מימר אמר שויניה האי שמעתא כגדיא מסנקא. פליגי בה אמוראי מיקרי שמע ומותיב פרקא. חד אמר פלגא נזקא. ואידך רייק עלה עד דלדייני מתחזי רוקא. וגם נפיק בין גברא לגברא פלוגתא רחוקא. והאי תיגרא דדמיה לבידקא. ומריש הוה אמינא מסתיא עירוקא. מלה בסלע ובתרין משתוקא. כיון דחזינא דדלו זעפא ונשיב זיקא ונפצי גלימייהו עד דכסי אבקא. וטרחנא למעבד שלמא ושדרנא אגרתא ודסקא ומזיגנא להו כסא דפושרין ואידמי להו כמיא עכירי וחמרא מרקאי והדר שדרוהו לקמאי אמינא כל האי שלחו ואזלו והדרינא ועיילנא ונחיתנא לעומקא. ודייקנא ואשכחנא דהנהו תלת חנותאי דחדתי עבדן להו שרא ליה למרייהו למזבן בהוא מלחא וכוורי ולמסאני ערקא

דא הוא סיומא דהאי פסקא. ולית ביה גמגומי וספיקא וכל כי הני מילי מעליותא לימרי משמאי בבראי ובשוקא. דהא קאמינא על עיקרא ושרשא וברורי דמלה ולא השתכחת בהון עילא ושחיתא ופקפוקא. בסייעתא די ברא שמיא וארקא. אמינא כל דא אנא זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד.

כאשר שבתה חן קולמסי ואהיה שעשוע. כי קמתי היום לימין האמת להיות לו מושיע העירוני רעיוני להיות תוקע ומריע. להרים קול בשמחה המון מעים להרגיע. ועת הזמיר הגיע זה השיר יהיה רבוע. במעבה השיר יצקתים. ועל שנים עשר דיומדין העמדתם. ויהי שירו חמשה לולאות במחברת האחת. ויהי כפורחת תחלתה ארבעה ומוסיף והולך על ארבע. עד כי שיריו שמונה. וחמשה לולאות במחברת השנית מדה אחת שהוא הנה כאשר תעבורנה ע"י מונה וישארו שנים במחנה. המה יסעו באחרונה ויסגור בעשר תחתינה. יסדתיו בערב יום שנטל עשר עטרות. ולסדר הפטורת. למען אשר לא יפוצו עמי איש מעל אחזתו לפ"ק:

א

שאול ישאלו קהל קדושים
בדברי ריבות בשעריהם מתרגשים
מעוררים על חנותם ומרעישים
ובל העזרה כולה מרגשים

ב

הן חניות ישינים גם ישישים
יעלו למספר ארבעים או חמשים
עושי מסחר במלח ודגים יבישים.
ברזל ונחושת מנעלים ועורות תחשים:

ג

כי הנה המלחים נועדו יחדיו נפגשים
דל בן המלח והרצים רוכבי הרכושים
בעלי תשעה קבים שיחה ואוהבי אשישים
כולם אגודה אחת תואנה הם מבקשים

ד

בקום עליהם אדם ולו מלח וחיי נפשים
ויבן חניות בקיר חומתו ויהי כשלש חדשים
המה היו לראש פנה לכן יראוהו אנשים

בני הרחוב אשר לעומתם וגם הקונים הנגשים.
ה
מדי עברם יסורו שמה ולפני הפתח שואלים ודורשים
והעומדים בשורה הפנימית מגרעית ניתן בפדיונם וידיהם נחלשים.
והעושה חדשות במענה רך משיב כבר התירו פרושים
לעשות כרצון איש ואיש ממלאכתו אשר המה עושים
א
אליכם אישים חכמי חרשים
הביטו לראות דרכים המפולשים:
והעם נפוץ להיות מקוששים
ואחר נתח טוב מחפשים
ב
ומבית תענוגי אותי אתם מגרשים:
קירות בתינו ארזים רהיטינו ברושים
ובמלון אורחים פורחים קיני אישים
לחסות תחת כנפי הנמלים ויבחושים
ג
התדמו בנפשיכם להבעיתינו בקול ענות חלושים
ובדברים קשים בגידים וכסלעים יפוצצו פטישים.
אעזבה את ביתי ונחלתי כנכסי רטושים
ובדמי אלכה לנוע כמפני חרבות לטושים.
ד
דמיוניכם כוזב לשום הבקעה לרכסים והמישור למעקשים.
כי אם צל ההרים אתם רואים כאנשים.
בנטות צללי ערב נודע שהמה בנים כחשים
אני עושה בשלי ולא אשחית בעבור החמשים
ה
מה נכבד היום מלח ישראל הלא כבני כושים
אתהלכה ברחבה ראיתי אהלי כושן ויריעות מדין פרושים
עמון ומואב במקומם יושבים ולמה יגרע ישראל קדושים.
כאשר דבר מלך שלטון ואלה המשפטים אשר ישים

א
ואתם הרי ישראל מתקו לי אמריכם מנופת צופים ואשפר ואשישים
הלא כתבתי שלישים אז קדמתי לשלוח הענפים ונשאר בידי השרשים:
אני שלום וכי אדבר המה למלחמה וראיתי אותם יחד מתלחשים.
כל אשר לו סנפיר וקשקשת יביעו ידברו עתק וכצפעונים מפרישים.
ב
ונתעוררתי לקול ההמולה להניף ידי שנית לברר ההיתר לקבוע חדשים
ראו עתה כי אני אני הוא המתיר מדעת רבותינו הקדושים
ולא תהיה כזאת בישראל לבטל רשות בדברי הבאי וטעמים משובשים.
והשומע יזכה עת ישבו איש תחת גפנו ותאנתו שמחים וששים
אמן

שאלה כח

באר מים חיים. תורת אלקים בלבו וברוחו פי שנים. לא יעמדו בגבהו שותי מים. ה"ה כבוד אהו' ידיד ד' וידיד נפשי ולבי הרב הגאון הגדול החריף ובקי המפורסים בכל קצוי ארץ סיני ועוקר הרים. מאיר לארץ ולדרים כש"ת מוה"ר צבי הירש נ"י. יהל עד עמוד הכהן לאורים. אמן:
אחד"ש זה ימים עברו הגיעני אמרותיו הטהורים. דברים שמחים כנתינתן מסיני ועוקר הרים. אורו עיני כי טעמתי מעט דבש דובשא עיקר מתקי ליה רגבי נחל דבש וחלב תחת לשונו כמוצאי בוקר. וענוותו תרביני ואחר כבוד יקחני כאשר מבין שורתים יצהירו. יתרועעו אף ישירו. תהלתי לתארני אדם בתור המעלה ופני יחוורו כי העביר על פני טובי. והדבר אין בי כי אפרים הוא הצעיר. ומן חברייא זעיר. לא זכה לשם ולרועי צאן לא הגיע. ונחלי עדני תבונתי שקופים אטומים ימעטו מהיות בהם כדי גמוע. אולם גדולתו וענותנותו ואשר נפלאת לי אהבתו זה וזה גורם ועביד דגזים. ומגביהי לשבת כגובה ארזים וכאשר ירד הגשם מן השמים עולה לקראתו טפחים. כן נפשי תערוג על אפיקי אהבתו. כי הגדיל על שמו אמרתו. וגפן האהבה הנטועה בלב ימריח מים יפריח. כגנה זרועי' תצמיח. וטרם יצמח כל שיח. אימא לאיזי כי בגוף הנדון כבר גמרתי בלבי שלא להתווכח אחרי כי שמעתי כי ההמון נמוג הלוך ויהלום. וליוצא ולבא אין שלום. לכן השבתי ימיני אחור. ואשר ראיתי כי דודי שלח ידו מן החור. ונפשו חשקה לתת אל החומר צורה. כדי להגדיל תורה ולהאדירה. לחוש לכבודו של החכם האוסר. פן יהיה לבוז ויקהו שיניו כאוכל בוסר. אף אני עשיתי שלי זה מספר ירחים הרימותי ידי

במכתב אל יקירי ונכבדי הקהלה על אודותיו ועל כפים חקותיו גדלתיו ורוממתיו אף עשיתיו חטיבה בעולם וקראתי אליהם לשלום וזה מקרוב חזרתי וכתבתי להחזיק עמוד השלום ולהשקיט הריב. ובדברי תוכחת הרביתי חזון. אולי יטו אוזן. וכעת לא ידעתי אם השלימו. וכן התמו או אם הוא מחלוקת לשם שמים שסופה להתקיים:

ועתה באתי על דברי תורה ולא נצרכא אלא לפלפולא למען אשתעשע בדבריו כי לי מה יקרו אמריו. וראשון תחלה אען ואומר אשר הפליג מעלת כ"ת בצחות לשונו להרחיק נדון דעושה חנות כו' מעל גבול גרמי וגרמא כאלו דרך הרבים מפסקתן וגבה טורא בינייהו והביא ראיה מדברי הרמב"ן בד"ג שלו ע"ז אני תמה שממקום שבא להביא ראיה דמרחקי טובא שם מבואר לאיפוך שהרי הרמב"ן ז"ל כתב וז"ל עוד צריך לפנים שהרי מצינו גורמי נזקין פטורין הפורץ גדר כו' וע"ז כתב דכופף קומתו בפני הדליקה או שוי' טמון באש פטור דהא לאו גורם נזק הוא שהנזק ע"י המדליק בא לו ואע"פ שהלה פוטר את המדליק מלשלם כיון שעדיין לא נתחייב לו כלום ואין כאן חיוב אלא שהוא מתכוין להזיק ולהפסיד ממונו מה שירויח ודמיא למאן דנחית לאומנות חבירו אע"פ שבכאן מפסידו ממונו והתם הריוח הוא שמפסידו כיון שעדיין אין הלה חייב לשלם כלום לא מפסיד ממון הוא ומש"ה חייב בדיני שמים כו' עכ"ל הרי מבואר כי אשר הרחיק הדר גאונו והוציא מכלל מגע הנה קרבו ויאתיון שהרי רבינו הגדול הרמב"ן ז"ל הוה מקיף להו ואדמי לולי כי החילוק מבואר ששם אין ההפסד רק על הרווח וגם ההוא דשוויא טמון באש לפי שבעת ההוא עדיין לא היה החיוב לענין דיני בני אדם דייניו ליה כאלו לא הפסידו רק הריווח וכמו יורד לאומנות חבירו דאין מחויב לשלם לפי שאין כאן רק פסידא דרווחא שהיא מעותד לבא אלא לפי ששם באמת יש הפסד ממון לכך חייב בד"ש: ונמצינו למדין מדברי הרמב"ן הללו דאי הוה אמרינן דריוח העתיד לבוא כגוף הממון דמי הוי מקום לחייבו כשאר דד"ג רק דבאמת קי"ל דמבטל כיסו של חבירו פטור ואפי' בד"ש כיון דאכתי לא זכה חבירו בממון זה והלכך יורד לאומנות חבירו אין מקום לחייבו מטעם דד"ג. והן הן הדברים בתשובתי ועל פיו יצאו ויבאו אותן החילוקים אשר כתבתי שם דלכך לא דמי לגרמי מפני שאין זה רק כמבטל כיסו של חבירו ומ"מ רבנן ורשב"ג פליגי לענין לכתחילה דרשב"ג ס"ל דעכ"פ לכתחלה יכול לעכב על ידו שלא יפסיד לו הריוח שעתיד היה לזכות בו וכמו שויא טמון באש אע"פ שאין בו משום דד"ג מ"מ בד"ש חייב משום שבא לזה פסידא ע"י כמו כן ביורד לאומנות אע"ג דגרע מיניה שאין כאן הפסד רק הריוח מ"מ לכתחלה יכול לעכב על ידו וכמו כל מבטל כיסו (ואפשר דלרשב"ג בכל מבטל כיסו אפילו בדיעבד חייב בד"ש ולכך ודאי דלכתחילה יכול לעכב

אלא שז"א דא"כ טפי ה"ל למנקט פלוגתא לענין דיעבד אי חייב בד"ש) ורבנן ס"ל דגרע ממבטל כיסו מפני שיכול לומר אני עושה בתוך שלי:

ונפלאתי מאד על מ"ש הדרכ"ת דאם איתא למה אישתמיט למימר דרשב"ג דאין דד"ג כו' וגם קשה אותן החילוקים בין בר מתא כו' ואני תמה שאף אם היה מי שאמר דהך דעושה אדם חנות דמי ממש לדד"ג מ"מ לא הוי מצי למיתלי חיובא דד"ג כדרשב"ג שהאיך מצינו בדברי רשב"ג שיחייב את העושה לשלם לחבירו מה שהפסידו עד שנאמר דדאין דד"ג והלא לא אמר רשב"ג רק דאף לשכינו כופהו ור"ל דמצי מעכב עליו לכתחלה שלא יעשה כן וכן הדין בגרמא דפטור מלשלם מ"מ אמרי' זאת אומרת גרמא בנזיקין אסור וע"כ לא קשיא ליה להרמב"ן אלא מההוא דמוכר זרעוני גינה דאיתא שם דמחויב לשלם משא"כ בהא דעושה חנות:

ואמנם לאמתת הדברים פשיטא שאין זה דעושה חנות דומה לדד"ג כאשר בארתי בתשובתי וכך מבואר בדברי הרמב"ן דכיון דאין כאן רק פסידא דרווחא אפילו מאן דדאין דד"ג פטר בהא רק דרשב"ג ס"ל דלכתחילה מעכב על ידו ורבנן ס"ל דעל בר מתא אינו יכול לעכב אפילו לכתחלה לפי שהוא עושה בתוך שלו משא"כ בר מתא אחריתי שהוא נכנס לגבול חבירו להפסידו ריוח הראוי לו יכול לעכב עליו אע"פ שאם עבר ועשה פטור דלא גרע ממבטל כיסו ולקמן אבאר שאף בדוכתי דשייך דד"ג פליגי רבנן ורשב"ג היינו היכא שהוא עושה בשלו אם הוא חייב לשלם ומינה לדין עושה חנות אע"ג דלא שייך ביה דד"ג מטעמא דכתיבנא מ"מ איכא לפלוגי בהא לענין אי שרי לכתחילה:

ומעתה פשיטא כי אפס מקום לומר דמוכח מהא דלשכינו כופיהו דדאין דד"ג כיון דודאי לאו מה"ט אתי עלה רק משום דס"ל דלכתחילה יש לאסור בכה"ג כמו שיכול למחות בידו לכתחילה שלא יבטל כיסו או אפשר דגם הוא מודה דזה גרע משבטל כיסו ואפי' לכתחילה לא הוה מצי לעכב אי לאו משום דפיסוק חיות גרע שהוא דבר שאומנתו בכך וכדאמרינן בסנהדרין את אשת רעהו לא טימא שלא ירד לאומנת חבירו וכן במכות לא עשה לרעהו רעה כו' ורבנן ס"ל דאין זה רק מדת חסידות לבד או מוקמי לה בבר מתא אחריתי ומ"מ י"ל דהיכא דברי היזקא ומשתרשי ליה אף רבנן מודו לפי שיטת ראבי"ה דס"ל דבמבטל כיסו מתחייב בכה"ג ולכך כתבתי דאפשר דראבי' לשיטתו בזה:

ודברי הרמב"ן הללו הואיל ואתי לידן נימא בה מילתא דמ"ש הרמב"ן בהא דזרעוני גינה אין הטעם משום גרמי דא"כ נימא בפירקן רשב"ג הוא כו' וזה צ"ע שהרי איהו גופיה כתב לעיל מיניה בהא דעשה עבדו אפותיקו ושחררו כו' כרשב"ג דיינינן וכן נמצא במקצת הלכות כו' עכ"ל הרי מבואר דודאי רשב"ג דאין דד"ג ולכאורה י"ל דהרמב"ן

ס"ל דודאי לדידן דדייניגן דד"ג מכ"ש שיש לחייב במזיק שיעבודו דעדיף מגרמי ומ"מ מרשב"ג דמחייב במזיק שעבודו אין הכרח שיסבור דד"ג וכן מבואר מדברי התוס' בגיטין והרשב"א בחידושיו שם והר"ן בשם הרמב"ן והרשב"א וכ"כ ה"ה פ"ז מהלכות חובל אלא שאני תמה על מה שבא בדבריהם להוכיח מהא דאמרינן פרק המניח בשחטו לתם דמשמע דעדיף מדד"ג וזה תימא דהתם אמרינן הא נמי אמרה רבה השורף שטרותיו של חבירו כו' ומשני מהו דתימא התם א"ל ניירא בעלמא קלאי מנך אבל הכא כחופר בה בורות שיחין ומערות דמי קמ"ל ופירש"י שהרי השחיטה נראית וניכרת הרי מבואר דדוקא בשחטו לתם או בחפר בה בורות שהוא מעשה הניכר בגוף הקרקע אבל המזיק שעבוד חבירו ואין שם מעשה ניכר תלוי בפלוגתא אי דייניגן דד"ג וא"כ התם דמיירי ששחררו לעבד שעשאו אפותיקי ומה מעשה ניכר יש שם וא"כ רשב"ג דמחייב ע"כ משום דדאין דד"ג הוא וכן מבואר באסיפת זקיני' לב"ק דף ל"ג בשם הרב המאירי ז"ל שכתב וז"ל ולא עוד אלא שמזיק שעבודו בשחיטה יותר מדד"ג הוא שהרי מזיק ומפחית עיקר ממון בידים והוא כחפר בה בורות אבל עשה עבדו אפותיקו ושחררו הוא מזיק שעבודו דרך גרמא ועליו ראוי לומר דד"ג עכ"ל מבואר כמ"ש דהך דב"ק אין דומה להא דהמשחרר עבדו אך מ"ש לחלק בין ההיא דהתם שמזיק בידים אפשר לומר דכיון דבדיבורא קא עביד מעשה לית לן לפלוגי בינייהו וכמו מוסר דמחייב לכ"ע משום דכמאן דקליא דמי ומכ"ש בזה שנותן לה גט שחרור וכעביד מעשה בידים דמי. אמנם לפמ"ש רש"י וחילק בין שורף לזה דשחטו משום שיש בו מעשה הניכר ור"ל דהתם לא עביד מעשה בגוף הקרקע המשועבדת ואין ניכר בו רק ע"י שריפת הנייר נתקלקל שעבודו של זה משא"כ בזה שעשה מעשה היזק הניכר בגוף השיעבוד א"כ בשחרור זה היזק ניכר יש כאן ואפ"ה מחייב ליה רשב"ג אלמא משום דדאין דד"ג הוא:

וכדי ליישב דברי התוס' ושאר מפורשים היה אפשר לומר דס"ל כמ"ש המאירי דשחיטה בתם או חפר בורות מזיק בידים הוא ומפחית עיקר הממון וס"ל דגם במשחרר עבדו כיון שע"י שחרורו פקע העבדות ממנו ג"כ כמזיק ומפחית עיקר הממון הוא בידים וכמ"ש משא"כ בשורף שטרות דבעיקר הממון לא עביד מידי רק ששרף שטרות שהיה לו ראיה שיש לו שעבוד על הממון כה"ג אי לאו משום דד"ג אין לחייבו דמצי א"ל ניירא בעלמא קלאי מינך ודבר זה מבואר לענ"ד בשו"ת הרא"ש כלל ע"ט סי' יו"ד שכתב דיתומים שמכרו בנכסי אביהם אינו בע"ח יכולין להוציא ממנו דהיינו מהיתומים המעות כי נכסיהם מכרו דקי"ל כרבא דמכאן ולהבא הוא גובה ואין לו לבע"ח אלא משעת טריפה ושלהם מכרו ואפילו דין מזיק שיעבודו אין כאן כי לא קלקלו את גוף הקרקע:

והנה דברי הרא"ש נפלאו בזה דל"ל לחדש טעם לפי שלא קלקלו בגוף הקרקע ת"ל כיון שכבר כתב דנכסיהם מכרו א"כ פשיטא שאין עליהם דין מזיק שעבודו דאינהו במקום אבוהן קיימו וכמו שאביהם היה יכול למכור קודם זמן הגבי' כמו כן הם יכולין למכור אלא דאבוהן מחייב לשלומי כשיגיע זמן שירצה המלוה לגבות חובו דהא אשתעבד ליה מעיקרא ואקרקפתא דגברא מנח ואינהו דלא רמי שעבודא עלייהו מאי איכפת להו והני זוזי לא נשתעבדו כלל כמ"ש הרא"ש אח"כ ופשיטא דכל כי האי לאו מזיק שעבודו מקרי ול"ל לטעמא שלא קלקלו בגוף הקרקע:

ואמנם נראה שכוונתו לפי שיש שני ענינים דיני דגרמי ומזיק שיעבודו דיני דגרמי היא שגורם שיוזק ויתקלקל ממון של חבירו אע"פ שאינו עושה מעשה בגוף הממון ואית ביה חדא לטיבותא דבדחבריה קעביד מעשה ההיזק וחדא לגרעותא שאינו עושה מעשה בגוף הממון ומאן דאין דד"ג מחייב בכה"ג וזהו ענין שורף שטרות כו' ומזיק שיעבודו היינו שבשעה שעושה מעשה ההיזק בשלו הוא עושה רק שזה יש לו שעבוד עליו ואית ביה טיבותא לפי שעושה מעשה בגוף הממון שמשועבד לזה כגון שחיטה בשור תם או עשה אפותיקי ושחררו וגריעותא משום דבדידיה קעביד ובזה פליגי רבנן ורשב"ג וכן מבואר מדברי המאירי ז"ל דשם מזיק שיעבודו הוא מונח בהיכא דבדידיה קעביד ובאמת דעת הראב"ד לפסוק כרבנן דהיכא דבדידיה עביד פטור. אך שאר פוסקים והרא"ש מכללם ס"ל שאין לחלק בכך דאע"ג דהשתא בדידיה עביד מ"מ כיון דמשועבד לחבירו וע"י גרמתו אינו יכול לגבות חובו הוי כאלו עביד בדחברי' ושייך ביה דד"ג אלא דמ"מ אין נותנין עליו חומרת שניהם וצריך עכ"פ שיעשה מעשה בגוף הממון דהא לא מצינן לחיובי יותר ממה דמחייב רשב"ג כגון משחרר עבדו שע"י השחרור מפקיע ממנו העבדות שבו:

ועפי"ז דברי הרא"ש מדוקדקים היטב דמעיקרא בא לפטור אותם מדד"ג כגון שורף שטרות שמקלקלין שעבוד חבירו ועל זה מחלק ביניהם דהכא שלהם מכרו כו' משא"כ ששורף שטרות שהוא מעשה בשטרות של חבירו ושורף אותם אבל הכא ברשות קעבדי למכור כמו שהיה ברשות אביהם למכור אלא דמ"מ קשה דהא באמת קי"ל במשחרר עבדו דהתם נמי כל שלא גבה זה בדידיה קעביד מעשה וזהו דין מזיק שיעבודו דקי"ל כרשב"ג דחייב כיון שעכ"פ שיעבוד חבירו הוא והיה עתיד לגבות ממנו וה"נ קרקע שהניח אביהם המשועבדת לזה ואין לו מקום מוציא לגבות כ"א בזה לבד נמי דינו כאפותיקי ובריא היזקא שהרי ע"י מכירה זו הוא נפסד חובו ובכה"ג אע"ג דבדידיה קעביד חייב לזה כתב הרא"ש ואפילו דין מזיק שיעבודו של חבירו אין כאן (ר"ל דאע"ג

דמזיק שיעבודו קרוי היכא דבדידיה קעביד) כי לא קלקלו את גוף הקרקע כלום משא"כ בשחטו לתם ובמשחרר דקעביד מעשה היזק בגוף הממון המשועבד לחבירו הלכך אע"ג דבדידיה קעביד מחייב אבל הכא דבדידהו קעבדי וגם אין עושין מעשה בגוף הממון רק שע"י המכירה יוצא מרשותם לרשות אחר ועל ידי זה לא יוכל לגבות חובו בכה"ג ליכא לחיובי אינהו כלל:

ולפי"ז נלענ"ד דגם הרא"ש מודה דהיכא דלאו בדידיה קעביד כ"א בדחברי' אפילו לא עביד מעשה בגוף הקרקע נמי חייב וא"כ פשיט דמוסר ומראה קרקע של חבירו דחייב ואפילו מוסר ומראה שיעבודו של חבירו כגון קרקע המשועבדת מראובן לשמעון ובא אחד ומסר והראה הקרקע לאנס דחייב אף בלא שיעבודא דר"נ וכן במוסר או במראה שטר לחבירו כמבואר בש"ך סי' שפ"ח סעיף קטן פ"ח דכמאן דקליא דמי וכמו שורף שטרותיו של חבירו ואע"ג דלא עשה בגוף הקרקע רק הזיק שיעבודו מ"מ כל דבחברי' עביד אין חילוק בין שיעבוד לקרקע שלו ממש וכתבתי זה לפי שראיתי בש"ך סי' ק"ז סעיף קטן ח' וז"ל דוקא בשיעבוד קאמר הרא"ש בתשובה אבל לא בקרקע של חבירו שהוא שלו וכדאיתא בש"ס במוסר ומראה קרקע של חבירו שהוא חייב עכ"ל ואנכי לא ידעתי שלענ"ד אין מקום לחלק בין שיעבוד לקרקע חבירו שהוא שלו אלא אפילו אינו שלו רק שמשועבדת לו הדין כן ועיקר החילוק הוא בין היכא דבדידיה קא עביד כגון ההיא דיתומים שמכרו ובין היכא דבחברי' עביד דהיכא דקעביד בדחברי' אפילו בשיעבוד חייב:

אמנם כדי להסביר החילוק בין ההוא דשחרור להך דיתומים שמכרו כיון דתרווייהו בדידיה קא עביד ואי משום דלא קלקלו בגוף הקרקע משא"כ בזה דהוה קלקול בגופו של עבד מ"מ מה סברא יש לחלק בזה דהא ס"ס השתא דידיה הוא ותיקן לעצמו וקלקל לאחרים לאחר זמן שלא יוכל לגבות חובו משעבודו ואפשר לומר דשאני בההוא דשחרור כיון דבאפותקי מפורש מיירי שאמר לו לא יהא לך פרעון כו' א"כ יש לחייבו משום שהפסיד את של חבירו דהא יש לחבירו ע"ז שיעבוד מפורש ואע"ג דבידו הוא לסלוקי ליה בזוזי מ"מ כל כמה דלא סלקיה חשיב כדידיה והוי כאלו עבד מעשה בדחבריה ופשיטא הוא דלכתחלה ודאי אסור לו לעשות כן להזיק את חבירו והלכך אם עבר ועשה גרמי הוא וחייב משא"כ ביתומים שמכרו שלא עשאו לו אפיתוקי ולאו עלה דההיא סמך שעבודו הלכך היורשים במקום אביהן קיימי כיון דאיהו הוה מצי מזבין גם אינהו מצי מזבין ואע"פ שעי"ז לא ימצא זה מקום לגבות אינהו מה איכפת להו וכמש"ל:

ועוד נלע"ד דע"כ לא מתחייב לשלם מדד"ג אלא היכא שגרם היזק וקלקול בקרקע המשועבדת לחבירו או אע"ג דלא עביד מעשה בגוף הקרקע מ"מ ע"י גרמתו נסתלק שיעבודו שהיה לו על קרקע זה ג"כ חייב וכגון מוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו שע"י מחילתו שיעבוד הגוף פקע שיעבוד נכסים של חבירו משא"כ ביתומים שמכרו שבגוף הקרקע לא עשו מעשה וגם בשיעבוד של זה לא הזיקו את גוף השיעבוד ועדיין שיעבודא דידיה רמי עליה ואע"ג דאיהו לא מצי טרח במלוה ע"פ דידיה משום תקנתא דרבנן משום פסידא דלקוחות מ"מ אינהו מיהא לא עשו מעשה היזק בקרקע ולא בשיעבוד והמכירה שמכרו בדידהו קא עבדי אין מקום לחייבו מצד מזיק שיעבודו משא"כ בשחרור אפילו תימא דלא חשוב כעושה מעשה בגוף העבד מ"מ כיון דקי"ל דשחרור מפקיע מידי שיעבוד ובעשה עבדו אפותקי ומכרו בע"ח גובה ואפ"ה בשחרור מפקיע מידי שיעבוד ואינו גובה נמצא דהו"ל כהיזק גוף השיעבוד וכמו מוחל שטר דחייב:

ומ"מ צ"ע לענ"ד מה שנראה מדברי הרא"ש דאי הוו מקלקלו בגוף הקרקע כגון שחפרו בה בורות היו חייבים מטעם מזיק שיעבודו וזה צ"ע לענ"ד כיון דבע"ח מכאן ולהבא גובה ובשלהם חפרו וקלקלו וכה"ג קי"ל בניכסי לך ואחריך לפלוני שאפי' היה בהם עבדים והוציאן לחירות אוכלים ועשאן תכריכין כו' מעשיו קיימין ומשמע דאין הראשון צריך לשלם כלום. אך ז"א דע"כ צריך לחלק בין ההוא דאחריך להההוא דעשה עבדו אפותיקי ושחררו דקרינן ליה מזיק שיעבודו משום דהתם בחיי הראשון אין לזה לא גוף ולא פירות ואף שיעבוד אין לו על נכסים אילו רק שאם ישתייר מן הראשון שייך לו הלכך קמא עביד ביה כאדם העושה בשלו ומה איכפת ליה אם הבאים אחריו לא ימצאו מה ליקח ואע"ג דגם שם אסור לראשון למכור או ליתן הגוף היינו משום כדי שיקוים דברי הנותן ומ"מ אי עביד מהני משא"כ בעשה אפותיקי כיון שבאותו שעה שמשחרר זה שיעבודו דהאי רמי עלי' ומזיקו ומפקיע ממנו הוא מחויב לשלם והלכך גם ביתומים כיון דהשתא מיהא ליכא רק קרקע זו הו"ל כאפותקי דהאי ואם חופרין בה בורות שיחין או אם היה עבדים והוציאן לחירות מחייבי היורשים מטעם מזיק שיעבודו:

איברא שלענ"ד י"ל לפמ"ש הרשב"א בתשובה הביאה הב"י ס"ס ק"ד לענין בע"ח מאוחר שגבה מעכו"ם דאם מכר הלוה קרקע והביא לו מעות אינו חייב לשלם דמעות אילו לא נשתעבדו לו ואומר לו הרי הקרקע שנשתעבד לך לפניך ואפילו גבה קרקע ומכרה אינו חייב מטעם זה שאומר הרי שלך לפניך וא"כ מכרו לגברא אלמא ומטעם מזיק שיעבודו של חבירו עכ"ל ולכאורה דברי הרשב"א אילו סותרין לדברי הרא"ש שהרי מבואר מדבריו דאף בכה"ג שלא קלקל בגוף הקרקע יש לחייבו מטעם מזיק שיעבודו

וכדברי הרשב"א כ' בעה"ת הביאו הטור ר"ס ק"ד אמנם כבר הרגיש בזה הסמ"ע וכ' ליישב דברי הטור דשאני הכא דבדידהו קעבדן כמ"ש הרא"ש בתשובה כו' עי' שם אמנם צ"ע לפמ"ש הרשב"א הטעם דמכרה אומר לו הרי שלך לפניך והיינו דאומר לו זיל גבה לך מהלוקח ששיעבודך בידו א"כ אף אי מכרה לגברא אלמא למה מחייבינן ליה משום מזיק שיעבודו דנימא ליה הרי שלך לפניך. אך באמת ז"א דכיון דלקח בידים שיעבודו של זה ומכרו למאן דלא מצי לאשתעי דינא בהדיה לא מצי א"ל הרי שלך לפניך כמ"ש התוספות בבא קמא דף ובגיטין דף נ"ג דמה שנופל ליד ב"ד חשיב היזק ניכר ולפי שהיזק ניכר זה בא בפשיעת שומר אינו יכול לומר הרי שלך לפניך כו' עי' שם וכה"ג אמרי' בגוזל שדה ונטלוהו מציקין דאומר הש"ל ואם מחמת הגזלן נלקחה חייב להעמיד לו שדה אחרת ולפ"ז צ"ע דכיון דעכ"פ מוכח דהמכירה שמוכר למאן דלא מצי למיגבי מיניה כהיזק ניכר חשבינן לי א"כ גם ביתומים נמי מה לי קלקלו בגוף הקרקע או לא קלקלו דס"ס היזיקו היזקו הניכר וא"ל דכיון שמכרו שלהם תו לא חשבינן ליה היזק הניכר כיון שבשעת המכירה לא הוה מינכר היזקא דהא מדידהו קעבדי דא"כ קשה בההוא דעשאו אפותיקי שכתבו התוס' דלרב דמוקי לה בשחררו רבו ראשון חשיב שפיר היזק הניכר ולכאורה ז"א דהא הרב בדידיה עביד וא"ל כיון שעשאו אפותיקי הוי כעביד בדחברי' דא"כ גבי יתומים נמי כאפותיקי דמי וכמש"ל לענין אם קלקלו בגוף הקרקע ולפמ"ש לעיל א"ש. אך עתה נלענ"ד לחדש בה דבר לפי מה המבואר בתוספות דלא דמי נטמא ממילא דאומר לו הש"ל למטמא בידים דלא מצי א"ל הכי ועי' במשנה למלך פר' ז' מהלכות חובל באורך וטעמא דמלתא משום דכיון דנתחייב בהשבה אז אם נפל היזק ממילא והוא בעין שפיר מקרי השבה ע"י אמירתו הש"ל כיון דלאו בגרמתו איתעבד ביה הקלקול משא"כ אם גזל תרומה וטימאה בידים אפילו בשוגג חייב כמבואר במשנה למלך שם משום דבעי למיעבד השבה מעליא והלכך אף שהוא היזק שאינו ניכר ובשוגג מ"מ כיון שעשה מעשה בידים לא מצי א"ל הש"ל עי' שם:

ולפי"ז נראה דהיינו טעמא דגבי שחרור מחייב כיון שזה לוה אצלו והוא מחוייב לשלם לו רק לפי שעשה את עבדו אפותיקי שיהא נפרע ממנו והוא מראה לו העבד שיגבה ממנו ואומר לו הש"ל וכדין שטפה נהר כו' המבואר בסי' קי"ז אך זה דוקא במעשה דממילא אבל זה שעשה בו מעשה שחרור תו לא מצי א"ל הש"ל וא"כ ממילא שהוא מחויב לפרוע החוב שנתחייב לו דהא לא מצי לאחווי' ליה על העבד כיון דאפקיה מרשותיה בידים משא"כ ביתומים שמכרו דמעיקרא לא חל עליהם שום חיוב ושעבוד כלל ואין מקום לחייב אותם מכבר זולת מצד ההיזק עצמו וכיון שלא קלקלו בגוף הקרקע ובדידהו

קעבדי והיזק שאינו ניכר בגוף הקרקע הוא שפיר פטור שהרי שיעבוד של זה הוא קיים בעין ומצוי אמר ליה הרי שלך לפניך:

אלא דלפ"ז צ"ע דהא בש"ס אמרי' דבמזיק שעבודו פליגי ורבנן ס"ל דמזיק שעבודו פטור ולפמ"ש קשה דמה בכך דאפי' אם מזיק שיעבוד חבירו בעלמא פטור מ"מ הכא כיון שכבר נתחייב זה לפרוע חובו אלא שזה עתיד להפרע מהעבד וכיון שזה קלקל והזיק השיעבוד ממילא יתחייב מצד חיוב ההשבה וע"כ לומר דחשיב כאלו נפרע כבר בעבד זה וכן מבואר מדברי הרמב"ם והטור והש"ע סי' קי"ז דכותב לו שטר ואינו גובה אלא מזמן זה השטר והטור הוסיף ששטר הראשון כבר נפרע וכ"כ הסמ"ע שם שאותו השטר חשבינן ליה כפרוע באפותיקי של העבד אלא שנתחייב לו מחדש אשר הזיקו בשחרורו וכהזיקו אחר דמי כו':

אמנם לענ"ד צ"ע דאין זה מוכרח דמה"ת נימא דהוי כפרוע באפותיקי זו דהא קי"ל מכאן ולהבא הוא גובה ומכ"ש בזה דלא אתי לידי גביה כלל ואפילו באפותיקי מפורש הדין כן כיון דמצי לסלוקי ליה בזוזי וכמבואר בתוספות בגיטין דף מ"ם ד"ה הקדש דאליבא דרבא חשיב ברשותו ולהכי מהני הקדש ושחרור דידיה דכיון דחיילא קדושת הגוף שעה אחד תו לא פקע והכי קי"ל דעכ"פ אם מכרן הלוה מכורין עד שעת טרופה וא"כ איך אפשר לומר דהשטר חוב שמכבר כפרוע הוא מחמת אפותיקי זו דהא אכתי ברשותיה דלוה קאי כיון דמצי לסלוקי בזוזי אם ירצה ומ"ש הב"י דשחרור דעבד הוי כעושה אפותיקי ושיטפה נהר לפמ"ש יש לחלק דשטפה נהר שאני דמצי א"ל לא בעינא לסלוקי לך בזוזי ונסתחפה שדך משא"כ בשחררו דעבד מעשה בידים א"כ דמי להא דגזל תרומה וטימאה בידים דלא מצי א"ל הרי שלך לפניך וממילא דמחויב בהשבה ומ"מ א"ש מ"ש הרמב"ם דאינו טורף אלא מזמן השטר משום דכיון דלענין טריפת לקוחות מיירי והשטר הראשון היה לו אפותיקי מפורש ולא אשתעבדי שאר נכסי הלוה כלל ולא מצי טריף מיניה אמנם אפילו אם נאמר בטעמא דהרמב"ם כמ"ש הטור והסמ"ע נמי צ"ל דמהאי טעמא אתי עלי דכיון דלא ברירא לן מילתא מה יהא בסופו אם סופו לגבות העבד או יסלקנו בזוזי ממילא שא"א לגבות מהלקוחות שקנו קודם השחרור דהלקוחות מצי אמרי שהעבד היה מגיע לסילוק חובך והשתא הוא דאזקך ומאי אית לך גבן ולגבי הלקוחות שפיר דמי לשטפו נהר דמה איכפת להו אם ההיזק היה ממילא או ע"י הלוה.

אך לגבי הלוה גופיה פליגי רבנן ורשב"ג דרבנן ס"ל מזיק שעבודו פטור וא"כ מצי הלוה למטען כיון דאכתי לא היה העבד חלוט לך אלא בדידי קא עבידנא וכל דבדידיה קעביד אע"פ שעל ידי זה נפקע שעבודו של זה פטור ואינו יכול לבא עליו מחמת החוב

שמכבר דהשתא מצי א"ל נסתחפה שדך ואין זה דומה לגזל תרומה וטימאה בידים דהתם בדחברי' עביד מה שטימאה הלכך תו לא מצי א"ל השי"ל משא"כ היכא דבדידיה קעביד אין שם היזק עליו ורשב"ג ס"ל דמזיק שעבודו חייב הלכך איכא לחיובי ממ"נ דאם נאמר דכיון דמכאן ולהבא הוא גובה אכתי ברשותיה קאי א"כ עדיין חיוב החוב הוא עליו ומחויב בהשבה ואין זו השבה דאע"ג דבדידיה קעביד מ"מ ס"ס הזיקו בידים ואם כה יאמר כי החוב שלך נסתלק ע"י השיעבוד שיש לך על העבד א"כ שוב לאו בדידיה קעביד אלא בדחברי' שהרי בזה השעבוד של העבד סילק החוב שלו וכיון שהפקיע השעבוד ממנו חייב וכל זה היכא שהיה כאן חיוב מעיקרא קרא אבל ביתומים שמכרו דמעיקרא לא חל חיובא עלייהו כלל והשתא בדידהו קעבדי שפיר כ' הרא"ש דפטורים:

אלא שלכאורה צ"ע על סברא זו שכתבתי לחלק היכא דנתחייב בהשבה מכבר וכמ"ש המשנה למלך דמש"ס דבבא קמא דף קט"ז לא משמע הכי דאמרינן ההוא גברא דאחוי אכריא דחיטי דר"ג אתא לקמיה דרב נחמן חייביה לשלומי כו' מתני' הוא דתנן אם מחמת הגזלן חייב להעמיד לו שדה אחר ואוקימנא דאחוי אחווי' כו' וכן איתא שם דף קי"ז זיל לגביה דר"ש בן אליקום כו':

ולפימ"ש אין ראיה ממתניתין דמיירי שכבר גזל הקרקע ועתה מסרה ביד האנס משא"כ היכא שלא מחויב מכבר כלל ואפשר לומר דשפיר מייתי כיון דבאמת דינא הוא דבקרקע אומר לו הש"ל רק כיון דאחוי אחווי דיינינן ליה כעבד בה מעשה בידים לענין דתו לא מצי למימר הש"ל א"כ מינה ילפינן דבכריא דחיטי וכה"ג דלא שייך ביה הש"ל הא דאחוי אחווי כעביד מעשה דמי וחייב:

אלא דלפ"ז צ"ע על מ"ש הש"ך דבמוסר או מראה קרקע חבירו דחייב וכ"כ בסי' שפ"ח ס"ק י"א דה"ה בקרקע שייך דין מוסר וכדלעיל ס"ס שע"א עכ"ל. ולפמ"ש אין ראיה מההיא דסי' שע"א דהתם מיירי שהקרקע מתחלה בגזלה באה לידו ונתחייב כבר בהשבה מצד הגזילה שתקף קרקע חבירו וכיון דאחווי אחווי אין כאן השבה משא"כ לחייב באחווי לחוד בקרקע דשייך בה הש"ל זו מנין לנו ומ"מ מסתימת הפוסקים משמע כהש"ך וכבר כתבתי לעיל דאע"ג דהרא"ש פוטר היכא שלא קלקלו בגוף הקרקע מ"מ היכא דבחבריה עביד שאני. ולפי שהוא חוץ לענינינו לא הארכתי עוד בזה:

ודאתאן עלה מ"ש על דברי הרמב"ן הנ"ל דהא עכ"פ מוכח מהא דמזיק שעבודו דרשב"ג דאין דד"ג לפמ"ש י"ל דמזיק שיעבודו דהתם גרע דהוי כעושה מעשה בידים בגוף השיעבוד שעי"ז השיעבוד נפקע ממנו והתוס' חשבו ליה היזק ניכר ואפשר דגם רש"י

מודה בזה אע"פ שנתן טעם שמעשה השחיטה נראית וניכרת כמו כן מעשה השחרור נראה וניכר לעין שזה יצא מעבדות לחירות:

ומצאתי בחידושי הרמב"ן לגיטין דף נ"ג שכתב מ"ט היזק שאינו ניכר הוא כו' פירוש ואומר לו הש"ל כו' ולא דמי למוחל שט"ח דהתם כיון שאבד לגמרי כו' וכן בעושה עבדו אפותיקי היזק ניכר הוא שהרי אינו יכול להעמידו לפניו כשהי' עכ"ל והר"ן בחידושיו שם כתב וז"ל וא"ת מ"ש ממוחל שט"ח כו' י"ל דהתם היזק ניכר הוא דעיקרו היינו שיעבודו וכל שאין שעבודו קיים אינו יכול לומר הש"ל ומה"ט נמי בעושה עבדו כו' היזק ניכר הוא משום שאין העבד עומד אלא לשיעבודו וכיון שאין שיעבודו קיים אצל העבד אינו יוכל לומר הש"ל וגם י"ל דמהא לא הוי קשיא ליה דנימא בעלמא רשב"ג דאין דד"ג משום דעולא מתרץ התם דרשב"ג ורבנן בשחררו רבו שני מיירו ובהיזק שא"נ פליגי וא"כ אין זה ענין למזיק שעבודו כלל אבל בהא דרשב"ג דקאמר אף לשכינו כופהו פשיטא דא"א לדייק מידי כמש"ל חדא דרשב"ג לא קאמר רק לכתחלה ועוד דע"כ לא אמרינן הכי אלא היכא דבריא היזיקא דומיא דההיא דאבי אסף משא"כ בסתם חניות פשיטא שאין לסמוך ענין לו מדיני דגרמי ועוד דהא מניעת הריוח כה"ג פטור ואם נאמר מחמת דמשתרשי ליה א"כ אין זה ענין לדינא דגרמי דעלמא ואין להאריך:

ומ"ש הד"ג בטעמא דהראב"ד כפי מה דמשמע מהרא"ש פרק מ"ש דהא דס"ל לרה"ג דחייש משום דנקט בידיה זוזי דמי הקרקע המשועבד' ומה לי הוא ומה לי' דמיה כו' ואני תמה ע"ז ש שהרי אדרבא ברא"ש שם בשם רה"ג מבואר לאיפוך שהרי לא כתב רק בתר דתקינו רבנן בתראי מזונות ממטלטלין הא קודם לכן לא ולא אמרינן כיון שהם דמי חילוף הקרקע הוי כקרקע עצמה אלא ס"ל דהוי כאלו שביק אבוהן הני זוזי והרא"ש חולק ע"ז וס"ל דהני זוזי לא משתעבדי להו כיון דלאו הני זוזי שבק אבוהון והלכך אע"ג דתקינו רבנן דמטלטלי משתעבדי מ"מ כיון דלאו הנך מטלטלין שבק לא מחייבי לשלומי בהו ובדברי הראב"ד שכתב וז"ל ונכתוב לשמעון שטר על חנוך כו' מפני שהזיק שעבודו של שמעון דקי"ל דדייניין דד"ג וכ"ש זה דקא משתרשי ליה שפורע חובו משעבודו של זה לא מסתבר כלל לפרש דמ"ש וכ"ש זה כו' ר"ל דאיכא לחיוב מטעמא אחרינא דהוי כאלו שבק אבוה זוזי דלא הו"ל למימר כלל בההוא לישנא אלא הו"ל למימר וכ"ז שמעות ההלואה אשר תחת ידו נכנסו תחת הקרקע והו"ל כאלו שבק אבוהן חוב אצלו ואין נוח כלל לפרש זה בלשון דקא משתרשי ליה. ובאמת מה שנראה מדברי הוד תורתו דר"ה גאון והראב"ד אמרו ד"א לענ"ד ז"א דר"ה גאון ע"כ ס"ל דאין כאן דין מזיק שעבודו דא"כ קודם תקנה לגבות ממטלטלין נמי לתחייב מטעם מזיק שעבודו וע"כ דס"ל כמ"ש

הרא"ש דכיון שלא קלקלו גוף הקרקע כלום אין חייבים מטעם זה רק דלבתר תקנה הם נזונים מהדמים דס"ל דהו"ל כאלו שבק אבוהן הני זוזי וכן מבואר ממ"ש או שקלי דמים יהבו מזונות כו' משמע דאי לא שקלי זוזי כגון שנתנו במתנה וכיוצא בו הם פטורים דלא שייך דין מזיק שעבודו כלל והראב"ד סובר שחייב בזה משום מזיק שעבודו (ועיין בב"ש שכתב בסי' צ"ג לחלק היכא דהשיעבוד דאורייתא משא"כ מזונות דרבנן ע"ש שכ"כ לדעת הטור):

ולענ"ד א"א לומר כן בדברי הראב"ד שהביא בסי' ק"ד דמיירי שם במלוה ע"פ וכ' שם דשעבודא לאו דאורייתא ואפ"ה מחייב בזה משום מזיק שעבודא ולא משום דה"ל כשבק אבוהן זוזי ומ"ש וכ"ש דקא משתרשי ליה ר"ל דבכה"ג יש סברא טפי לחייבו לשלם היזקו אע"ג דבשביל ההיזק לחוד מפטר שאם נפרש מ"ש וכ"ש דקא משתרשי ליה היינו ע"פ סברת ר"ה דה"ל כאלו שבק אבוהן וקי"ל דאף ממטלטלין ובין לבתר התקנה א"כ לא מצינו ידינו ורגלינו בשיטות הראב"ד גופא שנראה מדברי סה"ת שהוא מהסוברים דיורש יוכל למחול לעצמו ואפילו מדד"ג פטור שיכול לומר לא נתכוונתי להזיק רק לטובת עצמו ע"ש ולפ"ז בההוא דסימן ק"ד אף אם נימא דכיון שהגבה הקרקע בחובו ה"ל כאלו שבק אבוה חוב זה עליו ורוצה בע"ח של אביו לגבות ממנו ולכך כופין אותו שיכתוב שטר. ובאמת ז"א דמיד שמגבה הקרקע ונכנס תחתיו החוב ג"כ ראובן הוא יורשו ומוחל לעצמו ולא עדיף בע"ח זה מלוקח ואדרבה אפי' מאן דסבר התם שאין יכול למחול לעצמו מבואר בבעה"ת הטעם לפי שהאב כבר מכר החוב ונשתעבדו נכסיו ללוקח זה משא"כ כאן שמיד שבא החוב לתוך נכסי אביו הוא יורשו ומוחל לעצמו:

ועוד שנלפענ"ד ברור בטעמא דר"ה הא דס"ל דאין כאן דין מזיק שעבודו אפילו קודם התקנה משום דע"כ לא שייך לתת עליו דין מזיק שעבודו כגון במשחרר או בשור תם שבשעה שבא זה לגבות חובו משעבודו הוא מוצא שכבר הוזק עי"ז ומחייבינן ליה משא"כ כאן דמה בכך שהוא מוצא שכבר נמכר הקרקע המשועבדת לו הלא מעיקרא אדעתא דהכי הלוה לו ואישתעבד ליה שיהא זה בידו למוכרו ואינהו במקום אבוהן קיימי וה"ל כאלו מכר אבוהון ולקח דמים אלו תמורתם וזה שאינו יכול לגבותן משום דה"ל מטלטלי דיתמי משא"כ במשחרר ושור תם שמעיקרא חל עליהם השיעבוד שלא יהיו נפקעים ממנו וזה שהפקיע השעבוד מחויב לשלם והגע עצמך בעשה עבדו אפותיקי ומכרו וקיבל דמים עבורו אם אינו יכול להוציאו מן הלוקח פשיטא שזה מתחייב לשלם המעות שקיבל אף לרבנן אבל מהיתומים אינו יכול להוציא אם לא אחר התקנה שאף אם נימא דקיימו במקום אבוהן והוי כמכר אביהם מ"מ הרי נכנסו הדמים תמורת הקרקע

וגובה מהם והרא"ש ס"ל ג"כ שאין לתת עליהם שם מזיק שעבודו כיון שלא באו להזיק ולקלקל הקרקע ורשות בידם למכרה דבמקום אבוהון קיימי אלא דאבוהון הוי מחויב לפרוע בדמים שקיבל ואינהו לא מחייבי אף לבתר התקנה כיון דלאו הני זוזי שבק אבוהון וא"כ אם איתא דהראב"ד ס"ל כסברת ר"ה היאך התחיל לומר לחייבו מטעם מזיק שעבודו שהרי במקום אבוה קאי וה"ל כיורש שמכר הקרקע ולקח המעות עבורם שאין עליו דין מזיק וצ"ל דהראב"ד חולק בזה על ר"ה וס"ל דשפיר הוי מזיק אם היה קודם התקנה שלא היה מתחייב מטעם דהדר ה"ל מטלטלי ושוב כתב וכ"ש דקא משתרשי ליה כו' והיינו כסברת ר"ה דבאמת אינו מזיק שהכניס הדמים תחתיו וזה גובה מהדמים כיון שהוא לבתר התקנה וארכביה אתרי ריכשי וכ"ז אינו במשמע מדברי הראב"ד וגם שיש לתמוה על הראב"ד שכתב בזה לחייבו משום מזיק והרי בהשגות פ"ז מהלכות חובל נראה שדעתו לפסוק גבי עבדו אפותיקי כרבנן דרשב"ג משום דבדידיה קעביד:

ומצאתי בכנה"ג סי' קי"ז שהרגיש בזה וכתב ועוד י"ל דוקא היכא דלא מטי ליה הנאה משחרור זה אבל בע"ח שפרע בשעבודו של חבירו דמטו ליה הנאה בפרעון חובו זה חייב כו' נראה מדבריו כמ"ש דהיכא דמטי ליה הנאה בפרעון טפי אית לן לחיובי משום דד"ג: ומלתא אגב אורחא ראיתי שצ"ע על בעה"ת הביאו הש"ך סי' ס"ו שנראה מדבריו שלמד לומר דיורש מוחל לעצמו וא"צ לשלם מדד"ג ממ"ש הראב"ד לתרץ בעובדא דר"נ דאתי לקוחות ותבעו לברתה ולענ"ד זה צ"ע דא"כ קשה על הראב"ד בהא דסי' ק"ד שכתב לחייבו מטעם מזיק שעבודו שהרי גם זה שהגבה לב"ח בחובו לא נתכוין להזיק רק לטובת עצמו ומכ"ש בנדון דהראב"ד דבשעת הלואה ושעבוד לא היה מקום לקרותו בשם מזיק כלל דמאן יימר שלא יסלקנו במעות והיזיקא לא מינכר עד ההיא שעתא דאתי האי וגבי ליה בכח הב"ד ואיהו מאי קעביד שנחייבנו מטעם שנתכוין להזיק וישלם מדד"ג וע"כ לומר דע"כ לא כתב הראב"ד אלא בההוא עובדא דאמרינן תיזיל ותמחול לברתה ותהדר ותירתה מאבוה דמיירי שהאב היה חי עדיין ומחלה לו דהשתא מיהא לא מירווחה ולא מידי אלא דמ"מ אין לחייבה משום דד"ג כיון שלא היה כוונתה להזיק רק כדי שתוכל לירש אח"כ מאביה בתורת ירושה וכל שהיא עושה כן בעבור התועלת לא נתכוונה להזיק מיקרי וכן מבואר מדבריו בס' תמים דעים סי' רל"ח עי' שם אך כ"ז היכא שאין הריוח עכשיו רק עתיד לבא לאחר זמן משא"כ אם בההוא שעתא גופא שמזיק לחבירו מטו ליה רווחא מינה פשיטא שאין זה מועיל מה שאין מתכוין להזיק דאדרבה נהפוך הוא שאין זה רשאי להיות מתקן לעצמו ולקלקל לאחרים דאטו משום שהוא שוקד לטובת עצמו יגרום פסידא לחבירו (וכל מזיק ומקלקל כגון שורף שטרותיו של

חבירו וכיוצא בו מתקן הוא אצל יצרו ועושה לתועלת עצמו ולקרר דעתו ולא אמרי' שיפטור כיון שעושה בשביל תועלת כיון שזה עצמו הוא התועלת שיזיק לחבירו) הלכך עכ"פ כל האי רווחא שהרויח ע"י היזק חבירו הוא מחויב להחזיר לחבירו רק שאין לנו לחייבו יותר ממה שהרויח מחמת מזיק שעבודו של חבירו כיון דלא נתכוין להזיק והיינו טעמא דעושה מלאכה במי חטאת דפטור משום שלא נתכוין להזיק והלכך טפי ממה דמטי לי' רווחא במלאכה זו לא מחייב וא"כ כ"ז דוקא בכה"ג שלע"ע לא הרויח במחילה זו ס"ל להראב"ד שאין לחייבו מדד"ג משא"כ במוכר שט"ח של בנו ומת והיורש מוחל לעצמו דקא משתרשי ליה בהיזק של זה כל דמי החוב פשיטא שיש לחובו לשלם לזה שהרי הוא מרויח כל דמי החוב במחילה זו ובכה"ג לא אמרי' שיכול לומר לא נתכוונתי רק לטובת עצמי וכמ"ש:

אמנם שם בתמים דעים נראה דלא ברירא ליה אי טעמא משום דנתכוונה להנאתה או משום דמדד"ג לא מחייבה לשלומי רק הדמים שקיבלה אמה מן הלקוחות בטוה"נ וקצת משמע שם דהכי ס"ל במסקנא והלכך שפיר כתב מתחלה דחייב משום גרמי והיינו להך סברא דאף במתכוין להנאת עצמו חייב מדד"ג ושוב כתב וכ"ש הכא דקא משתרשי ליה כו' ר"ל דאע"פ שאין כאן דד"ג כיון שנתכוין להנאתו מ"מ כיון דמשתרשי ליה לא מהני מה שעושה לטובת עצמו כיון דס"ס הוא מרויח אותו ההיזק שמגיע לחבירו והוא מתחייב להחזירו לבעליו:

ומ"ש הד"ג מדברי הר"ן בחולין ונראה מדבריו דמ"ש הר"ן מה לי הן מה לי דמיהן היינו שהמצוה מוטלת על הדמים כאלו הם עצמם קיימים ולדידי צ"ע טובא שאם הדמים נכנסים תמורת המתנות פשיטא דהוי רמינן עליה דגזלן לתת דמים עבורם ואטו משום דחוטא בנפשו ומחשב לגזלן יפטור דינו בזה כמו כל גזלן שמתחייב בדמים כשאין הגזילה קיימת וה"נ אע"פ שאין לו תובעין מ"מ דבאיתנייהו חיובא אקרקפתא דגברא מנח לתתם ליד הכהן והשתא כשמעכבן לעצמן בתורת גזל יהיה מתחייב מצד המצוה לתת הדמים כיון שהם תופסים דמיהם ויצא בהם ידי חובת המצוה:

אך לענ"ד מדברי הר"ן מבואר דודאי כל שאינו בעין פשיטא דלא חייל חיוב מצוה על הדמי' כלל וע"ש מ"ש הר"ן במשנה דלא הספיק ליתן עד שצבעו שאין מועיל החילוף דמיהם בם כלל שתתקיים המצוה כראוי וכוונת הר"ן בזה נלענ"ד באופן אחר ויתיישב ג"כ מה שצריך להבין בדברי הר"ן אלו שלפי דבריו הך שנויי דמשני דמשתרשו ליה לא מהני רק לתרוצי אהא דמזיק פטור אבל אהא דפטר ר"ח כשאכלן ע"כ צ"ל משום שהפקיע מצותו וא"כ עיקר התירוץ חסר מן הספר. ולכן נלענ"ד דכוונת הר"ן דס"ל לחלק

בין אם נחית אדעתא דגזלנותא או אדעתא למיהב זוזי וזה מבואר לפי מה דאמרינן התם אם אין שם כהן מעלה אותן בדמים ונותן הדמים אח"כ לכהן משום דכתיב בהו נתינה ולפ"ז צריך לחלק בין זה להך דר"ח משום דהיכא דנחית אדעתא דגזלנותא דבההוא שעתא פריק מעליו עול מצות נתינות מתנות כהונה לכהן שהרי לא עשה כן ע"ד שיתן דמים תמורתם תו לא מהני זה דבתר הכי יהיב זוזי שיעלה לו במקום קיום המצוה והוא מעוות לא יוכל לתקן וכן אי לא נחית אדעתא דגזלנותא רק שהזיק אותם או אכלם במזיד או אפילו בשוגג כיון דעכ"פ בההוא שעתא היה דעתו להעבירם מן העולם בלי תת דמים חלופיהן הרי הפקיע מצות הפרשה ומצד חיוב ממון א"א לחייבו דהא הוא ממון שאין לו תובעין משא"כ בההוא דאנס גרנו שלא היה בדעתו להפקיע מצות הפרשה כלל ובההיא שעתא דאיתנסו מיניה הרי ידע לבבו שיש בידו תמורתם הדמים שהרי היה מחויב לשלם חוב זה והו"ל כאלו מכר אותם למלך בעד דמים הללו ע"מ ליתן הדמים הללו לכהן שחל שפיר המצוה על הדמים דמה לי שא"א ליתנם לכהן לפי שאין כאן כהן או מחמת אונס המלך ס"ס אנוס הוא וזוכה לכהן שלא בפניו למכור אותם בעד דמים אלו:

והשתא א"ש הא דקא משני שאני הכא דקא משתרשי ליה ר"ל דהתם מעשה שלוקח המלך הגורן משתרשי ליה החוב וכיון שלא עלה בדעתו להיות גזלן עליהם רואין אותם כאלו לא מצא כהן ליתנם ומכרם ולקח הדמי שהוא מחויב ליתנם לכהן כשימצא כהן משא"כ בהזיק או אכל כיון דבההוא שעתא שאכלן לא מהני הא דהוה משתרשי ליה שהיה צריך זה לקנות בדמים דמה בכך דמ"מ הוא לא היה בדעתו ליתן דמים עבורם נמצא שכבר הופקע ממנו מצות הפרשה ואף אם ירצה ליתן דמים אח"כ אינם עולים לו במקום נתינת המתנות שהיא מחויב וגם אין מקום לחייבו מטעם שנהנה או הזיק כיון דהו"ל ממון שאין לו תובעים והא דמשני בסתם דקא משתרשי ליה י"ל דגם המקשן ידע מזה דבהפקעה בידים שוב אין כאן מצות הפרשה ופטור כדמוכח ממתניתין דלא הספיק ליתן לו עד שצבעו רק דהמקשן היה סובר דר"ח דנקט מזיק או שאכלן ולכאורה ל"ל למימר מזיק כלל כיון דאפילו אכלן דמשתרשי ליה פטור מזיק מבעיא וצ"ל דמיירי אע"פ שלא היה מתכווין שהזיק בשוגג שלא היה מתכווין ליטלן לעצמן רק שהוזק ע"י גרמתו ולא נתכווין כלל להפקיע המצוה דבכה"ג בעלמא מחייב לשלומי דאדם מועד לעולם והכא פטור ותרתי מילי אשמועינן ר"ח דמזיק אע"ג דסתמא דלא עשה במתכוין רק שהוזק ממילא או שאכלן אפ"ה פטור והלכך שפיר קשיא ליה מהא דמי שאנס גרנו דלא הוה ס"ד שיש לחלק בין משתרשי ליה או לא ואהא משני שאני התם דקא משתרשי ליה לאפוקי מזיק אף אם היה שוגג מ"מ כיון דבשעת מעשה לא הוה משתרשי ליה לומר

שיהא בדעתו שזה תמורת זה אע"פ שעתה רוצה לקיים מצותו ע"י שישלם תשלומי נזקו לא מהני אם לא היכא דאיכא תרווייהו שלא נתכוין להפקיע המצוה וגם בשעת מעשה קא משתרשי ליה כגון ההיא דאנס גרנו שבשעה שנתבטל ההפרשה מן הגורן דעתי' עלי' שיכנסו דמי החוב שנתחייב תרומת המעשר והוי כאלו אין שם כהן שהוא מעלן בדמים: ובהכי א"ש בהא דאמר לו מכור לי בני מעיו של פרה זו כו' שאם שקל לו הטבח הדין של הכהן עם הטבח ולכאורה קשה כיון שהטבח נעשה עליהם גזלן תו לא מהני תשלומין דידיה ולפמ"ש י"ל דאע"ג דנקט בלישניה מתנות כהונה נגזלות כו' מ"מ לא מיירי בגוונא שהוא נתכוין להיות גזלן עליהם דבכה"ג תו לא מהני תשלומין אלא מיירי שנעשה גזלן על המתנות בשוגג כדמשמע לישנא דא"ל מכור לי כו' והיה בהן מתנות כו' ובכה"ג כיון שלא היה בדעתו להפקיע המצוה וגם משתרשי ליה הדמים שנטל עבורם ומה שמכר היה בלא דעת ולכן לא פקע מינייהו מצות הפרשה ומחויב ליתן הדמים לכהן:

ויותר נראה דהר"ן ס"ל דאפי' אם הוא מזיד בדבר ומתכוין לגזול ולא ליתן הדמים לכהן מ"מ כל שהוא מקבל עתה דמים תמורת המתנות לאו כל כמיניה להפקיע מהם המצוה שהרי לפנינו שדמים אלו ניתנו תמורת המתנות לו הלכך אף אם בההוא שעתא רוח עברה עליו ויאשם והיה בדעתו לקבלם לעצמו מ"מ אם לאחר זמן הוא רוצה ליתנם פשיטא דמהני ליה נתינה זו וה"ט דמכור ליה בני מעי' כו' וכן משמע בר"ן שם שכתב הטעם משום דמשתרשי ליה זוזי לטבח וחייב לשלם שאסור לו למכור חלק כהנים ולעשות עליהם גזלן הלכך חייב להחזיר המתנות לכהן מדין הפרשה כו' (ונראה שחסר תיבה א' וצ"ל דמי המתנות) משא"כ היכא שאין לוקח דמים בעין לפנינו אלא שהוא מתחייב בדמים מחמת הנאתו או פרעון חובו בזה יש לחלק בין אם היה מתכוין להפקיע מצותו או לא:

ואחרי הודיע כל זאת הדבר ברור דודאי הר"ן מפרש מה דקאמר דקא משתרשי ליה הוא כמ"ש הר"ן שם לפי שהוא משתכר בזה שא"צ לפרוע חובו והוא פירוש הפשוט במלת משתרשי שר"ל שמרוויח מחמת דבר זה וכדאיתא בגיטין דף ל"ה דאישתרשי לה מקום דינר וכן מצינו בכמה מקומות עיין בערוך ערך שרש דמייתי מדוכתי טובי דלא שייך כלל לפרושי משום מה לי הן ומה לי דמיהן כלל וגם הכא א"א לפרש מ"ש הר"ן כיון שלא הפקיע מצותו ומשתרשי ליה עדיין מצותו עליו דמה לי הן מה לי דמיהן היינו שהדמים נתפסים תמורת המתנות שאין זה במשמעות לשונו שכ' ומשתרשי ליה עדיין מצותו כו' וגם בכה"ג שאנס המלך כו' נראה דלא שייך לומר כן רק ר"ל כיון דאיהו לא הפקיע מצותו וגם הוא משתכר בשעת ביטול מצות הפרישה שיפטור מחובו וה"ל כאלו

לקח דמים מן המלך בעד הגורן א"כ עדיין מצותו עליו שיתנם לכהן דמה לי הן מה לי דמיהן ר"ל כמו שחל החיוב עליו כשהמתנות כהונה הם בידו בעין שיוציאם מת"י ליתן אותם לכהן כמו כן חל עליו חיוב להוציא מת"י הדמים שקיבל בעד המתנות כהונה ליתן אותם לכהן אבל ביאור מלת דקא משתרשי ליה הוא כפשוטו כמו שמתפרש בכל מקום שהוא מרוויח ומשתכר עי"ז כנלענ"ד ומ"ש הדרת כ"ת לחלק בין הא דהראבי' משום דגוף הממון עשה לו החיל הזה כו' משא"כ גבי מבוי שזה נושא ונותן המעות של עצמו לענ"ד אפי' אי יהבינן ליה להדרת כ"ת דמה"ת אתי עלה שפיר איכא לאדמויי להך דמבוי סתום שאין גוי יכול לעבור כו' שרציתי להעמיד דברי אא"ז רמ"א ז"ל דיהיב טעמא משום דברי' היזקא וכתבתי שם דאע"ג דברי היזקא לאו מלתא הוא שיהא יכול לעכב על ידו לעשות בתוך שלו מ"מ בזה שפיר מלתא הוא והיינו משום דכיון דברי היזקא שאותן העכו"ם שהי' לפנים יודעיו ומכיריו והמה מערופיא של זה ועתה ילכו אצל זה וישתכר וירוויח מה שהי' מוכן לחבירו וא"כ פשיטא דהו"ל כעושה בממון של חבירו דמה בכך שעושה בממונו כגון הלוואת ריבית וכדומה מ"מ כיון שעיקר צמיחת הריווח הוא ע"י יודעיו ומכיריו של זה ולפעמים יוכל להיות שמרוויח ממנו אף בלא ממון כגון סרסראות או מלאכה. אך אפילו כשמרוויח ע"י ממון של עצמו מ"מ הרווח ע"י אלו שהמה אצלו כמקנת כסף להצמיח לו הריווח ומה לי דמיהם ומה לי הם:

וכבר כתבתי בתשובתי דכל דברי היזקא חשבינן ליה כנוגע בגוף הממון עצמו הילכך שפיר להא דמיא ומכ"ש לענין לעכב עליו לכתחילה לפי שאין הממון לבד גורם הריווח רק ע"י אילו הלוקחים או הלווים שהם מכיריו של ראובן שהרי אלו לא בא זה ליישב בפתח עינים היו באים אצלו והרי זה לוקח ריווח של זה ממש לעצמו ודמי להא דהראבי' גבי פקדון דהתם ג"כ אין הממון גורם לבד והלא הממון הוא שובת ואם לא היה זה מתעסק בהם היה זה מתעסק בהם הי' המעות בטלות אצלו וצמיחת הריווח אשר כעת בא ע"י התעסקותו של זה וזה גורם הוא ואפ"ה מחייב כיון שאם הי' מחזירם לידו הי' הוא מתעסק בהם והיו עושים פירות ומכ"ש בכה"ג יכול לעכב עליו אך בלא"ה מ"ש הד"ג שהוא דבר הלמד מענינו במרדכי שם קודם לזה דמייתי פלוגתא דר"י ור"י אם הכל לבעל המעות כו' נפלאתי דאם מהאי טעמא אתי ע א"כ אף בסתם פקדון ששלח בו יד נימא הכי שצריך ליתן לו חלקו הואיל וע"י מעותיו הרוויח והרי בזה מודה הראבי' וכתב דבמה שעבר קודם שתבעו לא עלה על לב הגאון כו' והיינו משום דכיון דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה וזה ששלח יד הו"ל כגזלן וא"צ לתת לו מחצית הריוח כקושית רבינו שב"ט שם ופלוגתא דר"י ור"י שאני דמתחלה נעשה שלוחו לקנות כו' כמבואר שם

משא"כ כשבא לידו בתורת פקדון ושלח בהם יד דהו" כגזל מעות חבירו ונשא ונתן בהם והרוויח שאין מי שאומר שיצטרך לשלם יותר משעת הגזילה:

ואמנם נראה דעת ראבי' דודאי אין לתת עליו דין גזלן גמור וכמבואר בדברי השואל שם דמסתמא לא היה דעתו של שמעון לשלוח בו יד ולהיות גזלן דלא משוי נפשיה רשיעא ומ"מ היכא שלא תבעו א"צ לתת לו דהא לא מפסיד מידי ואין עליו שם ביטול כיס כלל משא"כ כשזה לקח הפקדון והלוה אותם והעלם בריווח ובתוך הזמן בא זה ותבעו שיחזירם לו נמצא דמן הוא והלאה דינו כשליח שמעיקרא אדעתא דהכי אתי לידי' ושינה בהם שחייב לתת לו מחצית הרויח וה"נ חשבינן ליה מההוא שעתא שתבעו הפקדון ואין משיב לו מחוייב לתת לו חצי הריוח כיון דלאו בתורת גזלנא נחית להו וזה הפסד שלא ניכר שהרי היו מזומן להלוותם לכך צריך לתת לו מן הריוח וא"כ כיון דעיקרא דמילתא מטעם הפסדו של זה אתינן עלה מה לי ע"י אותו ממון או ע"י ממון אחר כל שזה חסר וזה נהנה ע"י חסרונו של זה יש לחייבו אע"פ שלא היו מחוייב לשלם בשביל החסרון וכדמייתי מר גופיה מדברי הפוסקים לענין חצר דקיימי לאגרא:

ולכאורה היה נלענ"ד ראי' לדברי ראבי' מהא דאמרי' במכות מעידין אנו באיש פלוני שהוא חייב לחבירו אלף זוז ע"מ ליתנם מכאן ועד שלשים יום כו' אומדים כמה אדם רוצה ליתן ויהיה בידו אלף זוז בין נותנים מכאן ועד שלשים יום ובין נותנים מכאן ועד עשר שנים ולכאורה קשה דלו יהא שעשו מעשה בידים ולקחו אלף זוז של זה ועכבו אותם אצלם שא"צ לשלם מה שהיה זה יכול להרוויח בהם כדין מבטל כיסו של חבירו שפטור אלא ע"כ דדוקא בפקדון אין זה ביטול הריווח משא"כ היכא שהלה תובעו ואמר תן לי פקדוני שאני רוצה להרוויח חייב אלא שצ"ע דהא גם לראבי' אינו חייב אא"כ נשא ונתן בהם והרוויח אבל לא הרוויח בהם פטור בכל ענין וא"כ מדוע יצטרכו אלו המזימין לשלם ביטול כיסו של חבירו:

ומצאתי בב"י בי"ד סי' ק"ס שהביא בשם תשובות מיימוני שהר"א ממי"ץ למד מכאן שאין בשכירות איסור ריבית דאי בהלוואה הי' פטור משום ריבית והב"י השיג עליו דמ"מ הפסדוהו מה שהי' צריך ליתן ריבית לעכו"ם עד עשר שנים או אם יעבור ויקח מישראל ע"ש ומ"מ עדיין קשה דהא הו"ל מבטל כיסו של חבירו. וראיתי במשנה למלך פ"ז מהלכות מלוה שכתב שיש לדין בדברי ר"א אלו דהא קי"ל מבטל כיסו של חבירו פטור ושמא י"ל דאם הרויח חייב כדאיתא במרדכי. אך צ"ע דהא בשכירות הוי כמו פקדון ואפשר דמיירי בתבעו בתשלום הזמן כו' עכ"ד בקצרה. ולדידי צ"ע דאף אם נדחוק כן בדברי הר"א מ"מ מתני' היכא מתרצה שלמה יתחייבו עדים אלו שהעידו שקר לבטל

כיסו של זה. ולכן היה נלענ"ד דאע"פ שאמרו מבטל כיסו של חבירו פטור אין הדברים אמורים אלא לענין שפטור מליתן לזה מה שהוא טוען שהוא יכול להרוויח ואף אם מברר דבריו שהיה יכול להרויח אין זה צריך לשלם דאין זה רק גרמא אבל מ"מ מחויב הוא לשלם לו מה שאדם רוצה ליתן בעד סך כזה שיהא בידו זמן כזה על הספק אם ירוויח בהם או לא וכמ"ש הב"י לפי שצריך ליתן כן לעכו"ם או כמ"ש המשנה למלך דהעדים משלמים מה שהי' נותן המלוה ללוה אם היתה הלוואה לעשר שנים כדי ליפרע לשלשים יום וזה היתר גמור כדתנן בתוספתא לוקח אדם שטרותיו של חבירו בפחות כו' וכיון שהמבטל כיסו של חבירו עכ"פ הוא מחוייב לשלם מה שמפסיד לחבירו מה שאדם רוצה ליתן אתיא מתניתין שפיר שהעדים זוממים מחויבים לשלם לו הפסד זה:

אלא דאכתי י"ל דע"כ לא אמרינן המבטל כיסו של חבירו מחויב לשלם הפסד מה שאדם רוצה ליתן אלא כשזה תוקף מעות של חבירו בע"כ וסוגר אותם וכיוצא בו שזהו הפסד ברור מתחייב היכא שלא נעשה עליהם גזלן דשייך ביה כל הגזלנים כו' משא"כ היכא שבאו לידו בתורת הלוואה והוא מעכב אותם אחר שהגיע זמן הפרעון נראה דבכה"ג אף אומד ההפסד מה שהי' אדם אחר נותן אינו משלם לו כיון דזוזי בהלוואה אתי לידיה אף בכה"ג מחזי כריבית ולכך ס"ל להר"א דבשכירות מיירי מתני' וכיון דלאו בתורת הלוואה אתי לידיה אם עתה נותן לו מה שהפסיד ע"י עיכוב הפרעון לא מחזי כריבית וכה"ג איתא בב"מ דף ס"ו התם הלוואה הכא זביני ופרש"י ומחזי כריבית בהלוואה בא לו וכריבית קצוצה דמי כו' ומזה למד הר"א ודן שחייב ליתן למלמד הריוח ור"ל שהמלמד היה תובע מה שהיה יכול להרוויח במעותיו והיינו מה שמחייב אומד הדעת שאדם נותן שיהא המעות אצלו זמן זה ושפיר דן הר"א שמחוייב הוא ליתן לו כיון דמעיקרא לאו בתורת הלוואה אתה לידיה שפיר הוא מתחייב ליתן מה שהפסידו ע"פ אומד הדעת:

ובהכי א"ש מה שהקשה לו אחיו דוקא מהא דאמר רבא להני דמינטרי באגו כו' ולא הקשה מהא דלא יאמר לו נכש עמי כו' או מהא דמרבין על השכר כו' כמ"ש המ"ל שם בשם הג"ת ולפמ"ש א"ש דודאי התם יש בזה משום ריבית כיון דמעיקרא מתנה עמו שימתין לו השכירות ויתן לו ריבית והו"ל כזקף במלוה ונותן לו ריבית דאסור משא"כ היכא דמעיקרא לא הוי ביה דררא דמלוה כלל ומ"מ קשיא ליה לאחיו של הר"א מהא דבני באגו דהתם נמי מעיקרא בשכירות אתי לידייהו וע"ש שהב"ח כתב ליישב גם הך דמינטרי באגו דמסתמא זקפו במלוה כו' ונראה כמ"ש ודברי המ"ל צ"ע ומצאתי בחדושי הרמב"ן למסכת מכות שכתב וז"ל איכא דקשיא ליה כיון דהאי גברא מחייב לחבריה הני אלפא זוזי דמסהדי הני מאי עבדי ליה רווחא דרווח מכאן ועד עשר שנים אמאי

משלמי לא יהא דגזלו מיניה אלפא זוזי ובטלוהו ולא רווח בהם הא קי"ל כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה כו' ואמרינן בירושלמי המבטל כיסו של חבירו פטור ולאו קושיא דהכא כיון דהשתא לא מחייב ליה כלום כמאן דמפסדי מיניה אלפא זוזי דמי דהא איהו לא מחייב כלום ואינהו מחייבי ליה אלפא זוזי מאי דמכפי ליה דפרע ההוא שיעבודא דאיכא עליה ותירוצו אינו מובן לי:

ומצאתי בריטב"א שם שכתב וז"ל אין לפרש שישלמו לו מה שאומדין מה שהיה יכול זה להרויח באלף זוז עד עשר שנים חדא שאין זה משמעות כו' ועוד שזה גרמא בניזקין כו' וכמ"ש המבטל כיסו של חבירו פטור וה"ה לענין הזמה כמש"ל ואפי' גזלן גמור אינו משלם כ"א בשעת הגזילה אלא פירושו שישימו מה היה נותן הלוה למלוה עתה מחוב זה אם יפרענו עתה ומה היה מניח לו להמלוה מזה ומנכין שומא זו והשאר ישלמו לו כו' ומכאן דן מורי הרא"ה ז"ל במי שמכר או נתן שט"ח לחבירו והאריך ללוה שזה בכלל מה שאמרו שאם חזר ומחלו מחול וזה אריכתו מקצת מחילה הוא וכן חייב לשלם מה שהפסיד לוקח או למקבל המתנה כדרך שחייב אם מחלו לגמרי מדיני דגרמי כדאיתא בדוכתי טובי שאומדין כמה היה נותן הלוה באריכות זה למלוה וישלמו לו מדד"ג כו' עכ"ל ושמחתי שת"ל כוונתי לדעת הגדולים בזה שמבואר מדבריו דס"ל לחלק בין אומד מה שהיה יכול להרויח שעל כיוצא בזה אמרו מבטל כיסו דפטור ובין אומד מה שהזיקו זה שלא היה צריך לשלם עתה למלוה כל האלף זוז רק היה מוותר לו בשביל הזמן והארכת הזמן מילתא הוא וכהיזק ברור דמי כל מה שדרך ליתן עבורו כענין טובת הנאה גבי כתובה אלא שה"ר אליעזר סובר דכה"ג בלוה שיימינן ובאמת אסור ללוה לתת יותר בשביל ריבית ולכך מוקי ליה בשכירות והריטב"א ס"ל דשפיר מיירי בהלוואה אלא דבמלוה שיימינן כמה היה מקבל ממנו ומוותר לו המותר דבכה"ג לית ביה משום ריבית וכמ"ש המשנה למלך ז"ל ויש להעמיס תירוץ הריטב"א ג"כ בלשון הרמב"ן ז"ל רק דהרמב"ן ר"ל דל"ת מה"ת לשום במה שהיה המלוה מוותר בשביל הקדמת הזמן כיון דבאמת ביטול כיס לאו מילתא היא לענין היזק לזה אמר דאדרבא לכאורה דינא שיתנו האלף זוז דמפסדי מיניה כיון דאיהו לא מחייב השתא כלל וכל מה שהוא צריך ליתן על פיהם הם מחויבין ליתן לו מה תאמר ס"ס בכלות עשר שנים יהא זה צריך ליתן לו האלף זוז מ"מ אנן בתר השתא אזלינן מה שתצטרך לתת לו אחר שלשים יום בשביל עדותן יותר ממה שהיה צריך ליתן לו אם לא העידו דהא איהו לא הוה מחייב השתא מידי:

ולפ"ז י"ל דה"ט דהגאונים שפסקו דמבטל כיסו של חבירו פטור אבל אם הרוויח בהם חייב והראבי' פירש דגם בפקדון אם עיכב בידו אחר שתבע חייב למיפלג ברווחא בהדיא

והדרת כ"ת בעי למיהב טעמא ע"פ דברי הרי"ף והרא"ש גבי חצר דקיימא לאגרא. ולפי דבריו היה אפשר לומר דגם התוס' מודים בזה דדוקא התם דאיהו לא נהנה כיון דלא עביד למיגר משא"כ בזה שהרוויח במעותיו של חבירו ונהנה ממש ע"י שאכל חסרונו של זה ובחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר. אך לפמ"ש ז"א דאכתי קשה דלמה חייבו הראבי' לתת לו מחצית שכר היינו אפילו הרוויח הרבה והרי אם באנו לחייבו בשביל שאכל חסרונו של זה אין לחייבו יותר ממה שאומדין כמה אדם רוצה ליתן שיהא המעות בידו זמן כזה כמבואר להדיא במשנה למלך דמכות וזהו שיעור חסרונו וא"כ מה שדן את הדין לתת לו מחצית השכר ומשמע אפילו אם הרוויח הרבה זו מנין לנו כיון שהוא יותר מכדי חסרונו וגם כי לפמ"ש כדי האומד מה שאדם רוצה ליתן הוא מחוייב לשלם אף בלא הרוויח כלל:

אך לפמ"ש י"ל דכיון דעכ"פ דינא הוא שזה שהפסידו מה שאדם רוצה ליתן הוא מחוייב לשלם לו שזה הפסד ברור הוא ממילא שהוא מחוייב לשלם לו כל מה שנהנה דהא אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר דהוי זה נהנה וזה לא חסר ואפ"ה היכא דשייך שחרוריתא דאשיתא מגלגלין עליו לשלם הכל כל מה שנהנה וא"כ ה"נ כיון דעכ"פ חסריה מה שאדם רוצה ליתן שיהא המעות אצלו ממילא שהוא מתחייב לשלם כל מה שנהנה והיינו מחצית השכר שזהו דרך הנאתו שכך דרך מקבלין בעיסקא שיהא למחצית שכר נמצא שמה שנהנה מחמת מעותיו של זה הוא מחצית השכר והוא מחוייב ליתן לו דהא חסר ואתאי ע"י עיכוב ממונו והיה מחוייב להכשיר נזקו:

איברא דאי אתינן להכי אפשר לומר דאפילו תימא דהמבטל כיסו פטור לגמרי אפי' ממה שאומדין מה שאדם רוצה ליתן דהכל בכלל גרמא הוא מ"מ כיון שנהנה חייב לשלם מה שנהנה דהא עכ"פ לא שייך למימר מה חסרתיך דהא עכ"פ חסריה ואע"פ שהוא פטור על החסרון הזה מטעם גרמא מ"מ חייב לשלם מה שנהנה וכן נראה ממ"ש התוס' בכתובות דף למ"ד ד"ה לא צריכא דמצי לאהדורי כו' וי"ל כגון דמעיקרא לא הוה בה כ"א ש"פ או מעט יותר ועתה שנתקלקלה קצת אינו ש"פ ואפילו אי זה נהנה וזה לא חסר פטור מ"מ כיון דשוה כל שהוא מחייב בכל כדאמרי' בב"ק כו' ע"ש מבואר מדבריהם דאף אי חסרים בפחות מש"פ כיון דעכ"פ הרי חסר לפניך ואע"ג דפחות משו"פ אין עליו חיוב תשלומין מ"מ חסרון מיקרי לענין זה שזה מחויב לשלם מה שנהנה:

וע"פ דברי התוס' אלו כתבתי בחידושי פרפרת אחת בפשט דברי התוס' בפסחים דף כ"ט ד"ה אין פודין כו' ועוד י"ל הא דאין מקדשין באיסורי הנאה היינו היכא דלית ביה ש"פ כשיהא אפר ולכאורה תמוה שדקדקו בלשונם לתרץ הא דאין מקדשין דמייתי הכא אגב

גרירא ושבקי הך דהכא לענין אוכל חמץ הקדש דגם בהא שייך לומר דלכך אין מועלין משום דאחר שישרוף לית ביה שו"פ ולפי דברי התוס' דכתובות א"ש דדוקא בהא דאין מקדשין דמייתי הכא א"ש בהך תירוצא שאין באפר שו"פ אבל בהך דהאוכל חמץ כו' אפילו תימא דלית באפר ש"פ מ"מ כיון דאיהו באמת אכלו ונהנה ש"פ אע"ג דלא חסרי להקדש כיון דלא שוה מידי מ"מ כיון דאיהו באמת אכלו ונהנה וכשישרוף ויעשה אפר הוא שוה כל שהוא אע"פ שאינו ש"פ מ"מ כיון דחסרי' מידי שוב מתחייב על הנחתו:

איברא שי"ל בלא"ה דהתם לענין מעילה אע"ג דלא מחייב קרבן מעילה כ"א בש"פ מ"מ גם בפחות מש"פ חצי שיעור אסור מן התורה כמ"ש המשנה למלך פרק ב' מהלכות מעילה ועכ"פ איסורא דרבנן איכא לפמ"ש הרשב"א בגיטין וא"כ נראה דמחויב לשלם כדי שלא יעבור בכל שעה אך מ"מ י"ל דאע"ג דמחויב לשלם מ"מ לאו חסרון מיקרי כיון דבכה"ג פטור בהדיוט אך לפי דברי התוס' דאף בפחות משוה פרוטה מיקרי חסרון לענין זה שמגלגלין עליו את הכל א"ש:

ועכ"פ למדנו מדברי התוספות שכל שיש כאן חסרון אף על פי דליתא בתשלומין מ"מ כיון שזה נהנה מחויב לשלם כל הנאה וא"כ א"ש הא דהראבי' דכל מבטל כיסו דפטור היינו כשלא הרויח אבל אם הרויח כיון דס"ס הפסיד זה מחויב זה לשלם מה שנהנה ממון חבירו ומכ"ש דא"ש לסברת הפ"י דס"ל דטעמא שזה נהנה וזה לא חסר משום שכופין על מדת סדום וכל שזה חסר אף שהחסרון מחמת גרמא מחויב זה לשלם בעד הנאתו ומ"מ אין זה דומה למ"ש הרא"ש אליבא דהרי"ף דמייתי הדרת כ"ת דשם בעינן שיאכל חסרונו של זה ממש משום דמיירי בזה חסר וזה לא נהנה אלא שאוכל חסרונו משא"כ כאן שאינו אוכל חסרונו ממש וכמש"ל אלא דמ"מ כיון דכאן נהנה ממש אע"פ שהרויח שנותן לו הוא יותר מכדי חסרונו הוא מתחייב ליתנו כיון שעכ"פ היה כאן חסרון ואע"פ שאינו רק גרמא מתחייב ואפשר שגם הדרת כ"ת כיון לזה אלא שהביא דברי הרי"ף והרא"ש כי היכי דנמתיק טעמא טפי והדרינן למ"ש בשיטת הר"א מטוך דלדידיה כל הרחבת זמן הוא שוה מה שאומדין אותו כמה רוצה ליתן ואם הזיקו כמה היזק גמור הוא ומתחייב לשלם וס"ל דאם קצץ לו דמים עבור הרחבת הזמן אין זה ריבית קצוצה כיון שלא קצץ בשעת הלוואה וכדעת הרמב"ם פרק ב' מהלכות מלוה בשם רבותיו והלכך לא מתוקמי ליה מתני' במעות הלואה דעכ"פ אסור משום אבק ריבית ולכך מוקי ליה בשכירות דכיון דמעיקרא לאו בתורת הלואה אתי לידי' שפיר יוכל לקצוץ לו דבר בעד הרחבת הזמן:

ובהכי א"ש מ"ש שם הראב"ד על הרמב"ם פרק ו' מהלכות מלוה וכתב דקידושין יוכיחו ור"ל לפי פירוש ההלכות ולזה הסכים הראב"ד שם דהא דמוקי בארווח לה זימני' היינו שבאמצע הלואה האריך הזמן אלמא דכנתינת מעות אז דמי ולפמ"ש י"ל דמשום הא לא אוריא דאף על גב דאין זה כנותן מעות מחדש מ"מ הרי זה שוה כפי האומד מה שאדם רוצה ליתן וזה ממון גמור הוא שאם היזק אותו מתחייב לשלם ומקדשא בההוא הנאה אלא דמ"מ אסור לעשות כן מפני הערמת ריבית:

וראיתי בס' חוות דעת לשארי הגאון נ"י בסי' קס"ח בישוב דברי הר"א הנ"ל דברים אשר לא נתכנו בעיני שכ' לחלק דהיכא דאיכא איסורא משום אגר נטר הו"ל כנחית על דעת להתעסק לצורך חבירו משא"כ בשכירות דס"ל להר"א שאין בזה משום אגר נטר הו"ל כנחית אדעתא דאגרא ומחויב ליתן שכר אפילו לא הרויח כמו שאומדין כמה אדם רוצה ליתן עי' שם ומדמי לה לתוקף ספינתו של חבירו. ולדידי חזי לי ואין דמיונו עולה יפה שלא נאמרו הדברים אלא בדבר המיוחד לחבירו כגון ספינה או שאר מטלטלין בזה שייך לומר דנחית אדעתא דגזלנותא או אדעתא דאגרא משא"כ בנידון דהר"א דמיירי שמעכב דמי שכירתו ולא שילם לו לזמנו ועדיין לא נתייחד שם השכיר עליו כלל פשיטא שזה שהוא נושא ונותן במעותיו בדנפשיה קעביד ולא שייך בזה גזלנותא ואגרא כלל ואין עליו רק חוב שכר שכיר ולא דמי לפקדון כלל וכדאמרינן בבבא מציעא דף מ"ח דכל שלא יחד לו כלי לעושקו לא מחייב קרבן שבועה דלא מייחד ליה באנפי נפשיה בפקדון וגזל ואבידה כו' עי' שם וכי אפשר לפלוגי בין נחית אדעתא דגזלנותא או דאגרא דוקא בספינה המיוחדת לחבירו או בדמי פקדון שבידו אם לא היה בו משום ריבית אבל בכה"ג שעדיין לא נתייחד לחבירו כלל פשיעא דאדעתא דנפשיה קא נחית לסחור במעותיו וע"כ דהר"א שחייב לזה היינו משום שהזיקו בעכוב מעותיו מה שאדם רוצה ליתן וכדכתיבנא דכיון שתבעו ולא נתן לו הוא הכשיר נזקו וגם המ"ל מוקי לה בתבעו ולא נתן לו אלא דאיהו ס"ל דהר"א מחייב מה שהרויח ולפמ"ש אינו מתחייב רק מה שאומדין כו' וס"ל דכה"ג לאו מבטל כיסו שפטור הוא דמ"מ מתחייב לשלם מה שאומדין כו' רק מה שהלה תובעו שהיה יכול להרויח יותר מזה פטור אף על פי שמברר שכדבריו כן הוא דזה ודאי מבטל כיסו מיקרי גם מ"ש בחוות דעת שם דהר"א הוכיח דמעות קיימי לאגרא מהא דמכות דאלת"ה לא גרע מנטלו המעות כו' (לא היה צריך לזה דהא להדיא מבואר דאומדין כמה רוצה ליתן כו') וכיון שזה נשתמש במעות הוי כדר בחצר דקיימא לאגרא דחייב לשלם חסרונו אף שלא הרויח בו כמו בגברא דלא עביד למיגר והא דלא חייב כו' (דבריו מגומגמים שהרי מסיק דהגמי' אף בלא הרויח מחייב) אבל

במטלטלין פטור כו' וז"א דאין זה ענין כלל לחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר אף לשיטת הרי"ף דמחייב בזה משום דעכ"פ הוא אוכל חסרונו של זה ונהנה אלא שלא היה צריך להנאה זו שהיה יכול למצוא לו בתים אחרים לדור בו בחנם וכמבואר בדברי הרא"ש משא"כ היכא דבאמת לא הרויח ולא נהנה כלל ואם נאמר דגם זה חשיב כהרויח שאע"פ שעתה באמת נשא ונתן ולא הרויח מ"מ הוא היה צריך לתת איזה סך עבור זה שיהא המעות אצלו זמן כזה כפי שאומדין כמה אדם רוצה ליתן א"כ ה"ל לדמותו לחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר דודאי חייב אך באמת ז"א דדוקא בחצר המיוחדת לחבירו שייך לפלוגי בין קיימא לאגרא או לא משא"כ במעות אילו שלא יצאו מת"י ורשותו כלל והוא עושה בשלו ליכא למידן בה מידי כ"א שמחסר לחבירו בעיכוב פרעון זה ואין להאריך:

ומ"מ בלוקח דמי פקדון של חבירו כעובדא דהראבי' שפיר יש לחלק בין נחית אדעתא דגזלנותא או לא והלכך היכא, דבשעת התביעה היה המעות בעין בידו ולא רצה להחזירם ונשא ונתן והרויח בהם הרי נעשה גזלן עליהם ואינו משלם רק כשעת הגזילה משא"כ אם טרם תבעו אותו זה כבר הלוה המעות לאחרים להיות עולים בריוח כיון דמסתמא לא היה בדעתו אז להיות גזלן עליהם בתר דעתיה אזלינן ומחויב לשלם לזה את חלקו בריוח:

ומ"ש המרדכי והלה מעכב ומרויח בו ר"ל שאין מחזיר לו עכ"פ מעות אחרים תחת מעותיו של זה שהלוה לו ואפשר דאף בכה"ג שהמעות הן בעין וזה תובע פקדונו כל שאין התביעה בפני ב"ד רק בינו לבין עצמו וזה משתמיט מיניה אבל מ"מ לא כפרי' נמי אין לתת שם גזלן עליו ואמרינן דנחית להרויח כדרך המתעסקים במעות חבריהם ואף על פי שעושה שלא כדין מ"מ לא נעשה גזלן עליה להקל עליו ולא גרע משליח שאמר לו בפירוש לקנות חטים והלך וקנה שעורים אף על פי ששינה מדעת בעה"ב ואם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לאמצע כיון שלא היתה כוונתו ע"ד לשלוח יד ולהיות גזלן וה"נ דכוותיה כל כמה דלא גילה דעתו שרוצה להתעסק בו בשביל עצמו:

ומ"ש הד"ג דהו"ל כשבח גזילה אין הנדון דומה דהתם בגזלן או בשואל שלא מדעת שידוע שעושה לנפשו הו"ל גזלן עליו וקונה שבח כדין כל הגזלנים שאין משלמין אלא כשעת הגזילה משא"כ בהא דלא נחית אדעתא דגזלנותא ומ"ש דעל ההיזק אין מקום לחייבו דהו"ל גרמא בעלמא כמבטל כש"ח כבר כתבתי שיש מי שסובר דמחייבין אותו לשלם מה שאומדין כמה אדם רוצה ליתן כדמשמע ממתני' דמכות וכ"כ בש"ג פרק איזהו נשך דהיכא שמבטל כש"ח והוא אינו מרוויח איכא פלוגתא ע"ש אך באמת א"צ לזה דכיון דעכ"פ יש כאן גרם היזק מחוייב לשלם כל הנאה כמש"ל ואין דומה לגזלן

או שואל של"מ כגון תוקף מטלטלין של חבירו אפילו ירד להם בתורת שאלה כיון שלא היה בידו כלל והוא לוקח בע"כ של הבעלים נעשה גזלן עליהם משא"כ כאן שהמעות הם כבר בידו אע"פ שהם בתורת פקדון מ"מ כל שלא תבעו בב"ד וכפרי' אע"פ שתבעו בינו לבין עצמו ומשתמיט מיניה מ"מ אמרינן דנחית להתעסק כדרך המתעסקין בממון חבריהם כיון דמעיקרא בהיתרא אתי לידיה ומחוייב ליתן לו מחצית שכר ואיסור ריבית אין כאן כמבואר בסמ"ע סי' רצ"ב ע"ש:

ומצאתי בשיטה מקובצת לב"ק ד"ק שכתב בשם ה"ר ישעיה ז"ל אהא דאמרינן לא צריכא בחצר דלא קיימא לאגרא ואיפכא לא מצי למימר דפשיטא ליה הואיל ולא נהנה דפטור ואי משום דחסריה לא מחייב מידי דהוה אם גזלה ממנו דמשיב כעין הגזילה ואין משלם שכירת ולא נהירא דא"כ זה נהנה וזה חסר נמי נפטריה מטעם גזלן א"ו לגזלן לא מצי לדמויי דהתם גזרת הכתוב הוא דכתיב והשיב את הגזילה אשר גזל כעין שגזל יחזיר אבל הכא מיירי באדם שאינו רוצה לעשות עצמו גזלן ולהכי לא מצי למימר איפכא כו' עכ"ל הרי מבואר דבאדם שאינו רוצה לעשות עצמו גזלן לא שייכא הך סברא כלל דמשלם כשעת הגזילה והוא עצמו סברת הגדולים שכתב המרדכי בשם אותן ששאלו לראבי' דמסתמא לא היה דעתו של שמעון לשלוח בו יד כו' והכי ס"ל נמי לראבי' ומכ"ש לפמ"ש דראבי' מיירי שכבר הלוה מעות להעלות ריוח קודם שתבעו זה דפשיטא דאין ליתן עליו שם גזלן לפוטרו מליתן ריוח לזה כנלע"ד ליישב דברי ראבי':

איברא כי מ"ש הר"ר ישעיה דזה נהנה וזה חסר נמי נפטרי' משום גזלן דעת הפוסקים דיש חילוק בזה בין קרקע למטלטלין כמבואר בב"ק דף צ"ה בתוקף עבדו כו' דבקרקע כיון דאינה נגזלת ברשותיה דמרי קאי ולכך מחויב להעלות שכר לבעלים משא"כ במטלטלין דנגזלין אי נחית אדעתא דגזלנותא פטור והד"ג העמיק והרחיב הדבור בזה ליישב דברי הרי"ף ואתא ואייתי דברי הרמ"ה שהביא הטור בהשכירה הגזלן לאחר ומה שתמה עליו הב"י וכתב שהב"ח תירץ האמת כמבואר בא"ז בשם הרמ"ה כו' ע"ש:

ולפענ"ד אני תמה שדברי הב"ח צע"ג דמאי חדית לן הב"ח בהא דמייתי מדברי המרדכי דודאי גם הב"י ידע מזה רק עיקר קושית הב"י דבמלאכת עצמו נמי נימא הכי כיון שאין הממון קנוי לו ועשה בו מלאכה הרי שבח הכלי שייך לבעל הממון שעושה הכלי ולמה יהא עדיף הוא מאחר ואם נאמר שהתורה פטרתו מדכתיב אשר גזל כעין שגזל יחזור א"כ מה בכך שעשה עוד גזל ומסר מלאכה זו לאחר וקיבל עלי' שכר ס"ס הוא אין לו עליו רק שיחזור לו גזלתו בעינו כמות שהיה וממילא גם מה שמסרה לאחר וקיבל דמי השכירות לידו אין יכול להוציאו ממנו דמה לי עבד בה איהו מה לי עבד בה חבריה

בשליחותיה וטפי יוכל לדון עם השני שיתן לו ג"כ שכירות אם ידע שגזול הוא אתו וא"ל דכיון דבשעה שחבירו עושה המלאכה מגיע השכירות להנגזל ממילא מה שקיבל הגזלן לידו הוא גזלן חדש א"כ גם במלאכה דנפשיה נמי נימא הכי כיון שאין גוף הממון קנוי לו ואי תברי' או שתי' דינא הוא דמשלם ארבע משום דהו"ל כאזקיה בההוא שעתא וה"ה לענין המלאכה שעשה והגע עצמך בגזל עבד והעבד ארג לו בגד וכיוצא בו מה"ת נימא שבשביל שתקף זה והכניסו לביתו היא זוכה בבגד זה הלא כל מעשה העבד לרבו וכי בשביל מחשבתו הרעה אשר חשב שהעבד אורג הבגד לצורכו יזכה בו ופשיטא דזה מחשב וזה עובד לא אמרינן וכל נימא ונימא שאורג הוא של הרב ופשיטא דכה"ג כשכרו אחר דמי (ואם נחלק בין דבר שהמלאכה ניכרת שבחה כגון אריגת בגד וכיוצא בו ובין מלאכה שאין ניכר שבחה ואין עליו רק תורת שכירות לבד כגון נעלו וסכו בפשיטות היה מקום ליישב דברי הרי"ף ואין להאריך) אמנם רמ"א בד"מ והסמ"ע נראה שהרגישו בזה דקושית הב"י דמ"ש השכירה לאחר או עשה בו מלאכה הוא בעצמו ולכן כתבו איזה חילוקים בזה:

ואשר אני אחזה לי דרך והוצאתי בדיוק מדברי הרמ"ה שהביא בש"מ הוא זה דס"ל דלענין נתינת שכר תרי מילי בעינן דליהוי קיימא לאגרא ונחית אדעתא דאגרא הלכך היכא דלא עבידא לאגרא אע"ג דנחית לאגרא א"צ לשלם לו רק פחתא וכן היכא דקיימא לאגרא אלא דאיהו לא נחית אדעתא למיהב אגרא כ"א בתורת גזל או שאלה דלא שייך לומר שזה נתחייב בשכר מלאכה בעידן עבודה כיון שלא עבד עבודה זו אדעתא דאגרא וכך עלה במחשבה לפניו ששכר לא יהא חלף עבודתו אשר עבד הלכך אין לחייבו בשכירות משא"כ בהשכירו לאחרים כיון דאיהו נחית אדעתא דאגרא הרי השכירות הזה שייך לבעלים ואינו רק כשלוחם והממון שנטל ממונא דבעלים הוא ומחוייב להחזיר והדר קא קשיא ליה כיון דמ"מ כללא קאמרינן דכל הגזלנים כו' א"כ גם זה כיון שמשלם לו כשעת הגזילה די בכך והוי כשבח גזילה שהוא דגזלן מפני תקנת השבים וע"ז כתב לחלק דשאני שבח גזילה שאז בשעה שהיתה ביד הנגזל לא היה שבח זה בעולם ועדיין לא זכה בו כלל לכך תיקנו שיהא שייך לגזלן אע"ג דמגופא קרבו מ"מ לא שייך ביה זכיית נגזל שנאמר שזה לוקח שלו משא"כ בשכר מלאכה שהדבר הזה שעושה בו המלאכה הוא עתה לפנינו בעולם ובשעה שלוקחה לעשות המלאכה מתחייב בשכרה והשכר הוא לנגזל ממילא שזה מקבל לידו ממונו של נגזל ובזה מובן יותר החילוק בין עשה מלאכה בעצמו ובין השכירה לאחר דבעשה בעצמו לא היה כאן תורת שכירות כלל ואין מקום לשכירות לחול אלא אחר עשיית המלאכה אז מתחייב בשביל מה שנהנה מממון חבירו

והו"ל כשבח הגדל ע"ג הגזלה שהוא דגזלן ובפרט בזה שמעשה הגזלן גרמו השבח הזה והוי כפיטמה דלכ"ע השבח שלו משא"כ בנחית אדעתא דאגרא שתיכף ומיד שלוקח ומושך לעשות המלאכה בא חיוב השכירות דאע"ג דאין משתלמית כ"א לבסוף מ"מ חיוב השכירות משעת משיכה חייל ואז הוא בשביל החפץ שמוכר לו דהיינו העבד או הבהמה שהוא ממונא דנגזל והוא בעין לפנינו ולמה יזכה הגזלן בשכר הזה אשר לא עמל בו ולא גידלו ואלו בא הנגזל טרם קבלת השכר מחוייב הוא ליתן לידו מדין גזל ולא נתייאשו הבעלים כו' ואף עתה שכבר נתן לגזלן יכול לתבוע לנגזל כמבואר סי' שס"א (וע"ש שלא נרשם מוצא הדין ולע"ד נלמד מהא דב"ב פרק חזקת דאמרינן התם הני נוגעין בעדותן נינהו דאי אמרי פרענוהו אמר להו פרעוני וכן מבואר מדברי הנ"י לענין דר בחצר חבירו בשם הפוסקים ואיתא בש"ע סי' שס"א ומ"מ י"ל דדוקא בחזקת בעלים הוא דאמרינן הכי אך בש"ע משמע גם במטלטלין והיינו בידע שהוא גנוב דאל"כ יש לפוטרו משום תק"ה) ועכ"פ הנגזל יש לו דין עם השני הלכך בשעת חיוב השכר ודאי דנגזל הוא וה"ה אם גזל חפץ ואח"כ עשה מלאכה בחפץ זה ואמר דנחית אדעתא דאגרא דכשהשכירה לאחר דמי:

ועכ"פ הדבר ברור שהרמ"ה מחלק בין שבח שע"ג גזלה שהוא שבח שלא זכה בו הנגזל מעולם ובין שכר עבודה שהוא תמורת החפץ עצמו שהוא של הנגזל אלא דכל דהאי לא נחית אדעתא דאגרא אין נופל בזה חיוב תשלומי שכר כלל דמאן אגיר גביה ולכך פטור אלא דמ"מ צ"ע שהרי הנ"י פ"ב דב"ק הביא בשם הרמ"ה דחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא א למיגר ס"ל להרמ"ה הביאו הנ"י שצריך לשלם מדין שבת והביא ראיה מהא דאמרינן שבת שלא במקום נזק דהדקיה באנדרוניא ובטליה. אך נלענ"ד דודאי במטלטלין שהם נגזלים אין עליהם תורת שבת כלל דרחמנא לא חייביה לגזלן טפי רק להחזיר כעין שגזל משא"כ בחצר שהוא קרקע דאינה נגזלת וברשותיה דמאריה קאי לכן כשבטלה ממלאכה ומשכירתה יש בזה משום שבת וכההוא דהדקיה בהנדרוניא דלא שייך בזה תורת גזל ומחויב לשלם שבת ולפ"ז א"ש מה שהקשה הד"ג דמ"ש בחצר דקיימא לאגרא דחייב בשכירות ובספינה פטור אף בקיימא לאגרא אי לא נחית אדעתא דאגרא. ולפמ"ש א"ש דבחצר כיון שאינה נגזלת מחוייב לשלם משום שבת משא"כ בספינה אי נחית אדעתא דגזלנותא אין כאן חיוב משום שבת כלל וגם לחייבו בתורת אגרא אין כאן כיון דלא נחית לה אדעתא דאגרא כלל וכמ"ש:

ולפי דברי הרמ"ה אלו דיש חילוק בין שכר דבר הגזול עצמו ובין שבח שע"ג גזלה שלא זכה בו הנגזל מעולם א"כ הא דכתב הד"ג בטעמא דמטלטלי כיון דאין נגזלין הו"ל שכר

דידהו כשבח גזילה ולפי דברי הרמ"ה הם טעמים מחולקין וגם מ"ש שדברי הראבי' הם לימוד ערוך בפי כת הקודמין לענין חצר דקיימא לאגרא ולפמ"ש אין הנדון דומה דנידון דראבי' דמיירי לענין הריווח שעלה בו אח"כ הוא דבר שלא זכה בו הנגזל מעולם כמו שבח גזלה משא"כ ההוא דחצר:

אך נחזי אנן במ"ש הטור סימן שס"ג בשם הרמ"ה דגם בשואל שלא מדעת רצה שכרה נוטל וכן פסק בש"ע ולפי מ"ש צ"ע די"ל דהרמ"ה לשיטתו דגבי הך דחצר לא ס"ל לחיובי משום שאוכל חסרונו של זה רק ס"ל לחיובי משום דבקרקע חייב בגרמא כ' האי משום שבת (וצ"ל דלא ס"ל כמ"ש התוס' בגיטין דף מ"ו והרא"ש בב"מ פרק השואל דדרשינן ולא איש בשור לומר שאין שבת בבהמה אלא מותר האדם מן הבהמה אין וה"ה לכל שאר ממון כל שלא בא לידו בתורת גזלה רק בתורת נזק ולפי סברת רבינו חיים שם לענין בהמה ועשה מכה בפשיעה שסופו לחזור שכתב דאין זה שבת אלא נזק כו' י"ל דגם כאן כיון דעביד מעשה בידים ונעל בפניו ואם היה רוצה זה למוכרה עתה אז בודאי היה הלוקח פוחת מן הדמים כל מה שעולה שווי ימי הסגר והו"ל כי ההוא דהתם דקאמר דמתחלה כשהוזק שמין כמה נפחתו דמיו כשעומד למכור וע"כ לא אמרינן אין שבת בבהמה אלא במקום שמשלם לו נזק שהרי ע"י שמשלים נזקו בידו לקנות לו בהמה אחרת מיד ובמקום אחר כתבתי עוד מזה) והלכך א"ש במטלטלין הנגזלין דלא שייך שבת כלל שא"צ להחזיר רק כעין שגזל משא"כ אליבא דהרא"ש דס"ל דגם בקרקע פטור משום גרמא ואין חיוב רק משום שאוכל חסרונו של זה א"כ במטלטלין נמי יהא חייב מה"ט דמה בכך דלא אתי עלה בתורת אגרא גבי חצר נמי לאו בתורת אגרא נחית ואפ"ה חייב:

וראיתי שהד"ג כתב דלא עדיף משבח דשמיט מע"ג גזלה כו' ואני תמה דהא אפילו השבח שאינו ע"ג הגזלה אין טעם שיזכה כ"א משום שהוא שינוי גמור או משום תקנת השבים ואחרי שהסכים הד"ג למ"ש הפ"י בשיטות הטור דבשואל של"מ לא שייך תקנת השבים א"כ אין טעם שיזכה בשבח שלא ע"ג גזלה כ"א משום דהוי שינוי עכ"פ לענין השבח עצמו כמבואר בפ"י שם וזה לא שייך גבי שכר כלל וכיון שאין כאן שינוי מה בכך דשואל של"מ גזלן הו' מ"מ היאך יזכה בשכר הספינה דבמאי קני לה ועוד דאם נאמר דמה שזוכה בשכר מטעם שבח שע"ג הגזילה נגעו בה מה נעשה לדעת רבינו הב"י בש"ע וכן הוא דעת הרמב"ם שאינו זוכה בשבח שע"ג גזילה כ"א אחר יאוש:

ואמנם דברים שאמר מר שיש חילוק בין קרקע למטלטלין אמת נכון הדבר שהרי הש"ס אומר כן ואי ס"ד עבדא כמקרקע דמי אמאי פטור ברשותיה דמריה קאי וכן מבואר

מדברי ה"ה פ"ט מהלכות גזילה על מ"ש הרמב"ם בגוזל שדה כו' צריך להחזיר הפירות שאכל שכדבריו כן הוא ומייתי ראיה מהא דקאמר ואי ס"ד עבדא כמקרקע כו' וכן ההוא דהדר בחצר חבירו שנתבאר פ"ג אפילו נחית לה בתורת גזלנותא הוא עכ"ל וכן מבואר להדיא בטור סי' שע"א כשם שקרקע היא באחריות הנגזל לחובתו שאם תתקלקל אומר לו הש"ל כך היא לטובתו שאע"פ שאם גזל מטלטלין ונשתמש בהם א"צ לשלם מה שנהנה אלא כשעת הגזילה גזל קרקע ונשתמש בה ואכל פירותיו צריך לשלם מה שנהנה ממנה והביאו הרמ"א בהג"ה שם וכ"כ בש"ך ובסי' שס"ג:

וראיתי שדברי הטור הללו לקוחים מדברי הרא"ש בתשובה כלל צ"ה ס"א שכתב יקבל החכם את תשובתו מ"ש שהגוזל שדה ואכל פירותיו שאינו משלם הפירות שאכל והבאת ראיה מהתוקף ספינתו כו' אין הנדון דומה לראיה דודאי מטלטלין שהם נגזלים ועשה בהו שינוי קנאם והשבח שלו כגון גזל עצים ועשאן כלים כו' וכן פרה שנתעברה כו' אבל הקרקע שאינה נגזלת ותמיד עומד בחזקת הבעלים וברשותם דאם שטפה נהר כו' וכי היכא דלטובות הגזלן מוקמינן להו ברשות הבעלים וה"נ לחובתו והפירות שגדלו על הקרקע של הבעלים הם והגזלן נכנס לתוך רשות הבעלים וגזל פירותיהם וחייב לשלם להם וכן חייב ליתן לבעלים שכר העבדים וראיה מדאמר וסבר רב עבדא כמקרקעי דמי כו' עכ"ל ולכאורה נראה מדבריו דמטעם שינוי אתי עלה דמטלטלין קונה בשינוי והשבח שלו וה"נ בספינה כיון שפיחתה ניקנית בשינוי ולכך אינו משלם רק פיחתא (ועי' בשיטה מקובצת לב"ק בשם הראב"ד שהקשה האי פחתא ה"ד אי דאית ביה שינוי הא אמרינן אין שמין לגנל ולגזלן כו' אלא נ"ל דהא דקאמר נחית אדעתא דגזלנותא לאו לגזלה ממש קאמר שלא יחזרנה לעולם אלא להשתמש בה חנם ולהחזירה כו' א"נ לא אמרו אין שמין אלא בנשבר או מת דאינו ראוי למלאכה ראשונה כו' עכ"ל עי' שם) אלא דלפ"ז לא היה צריך להאריך בטעמא דגבי קרקע מחויב לשלם הפירות שאכל הרי הטעם מבואר דקרקע אינה ניקנית בשינוי ולכך אינו קונה השבח וגם דאין שם שינוי בקרקע ועוד דהא משמע דאי עבדא כמטלטלי דמי הוי ניחא לן הא דתוקף עבדו דפטור אע"פ שאין שינוי ודוחק לומר דמיירי שנכחש כחשא דלא הדר דלא משמע הכ' אלא נראה דמ"ש הרא"ש ועשה בהם שינוי לאו לומר דדוקא בעשה השינוי השבח שלו דההוא לענין השבח שע"ג הגזילה (ומה דנקט וכן פרה כו' וילדה לאו דוקא דהא בש"ס מבואר דה"ה לא ילדה) ובההוא אי לאו דקני ליה מטעם שינוי היה צריך להחזירה כמות שהוא כמבואר באשר"י שם אבל בשבח שאינו ממש ע"ג גזלה החילוק פשוט דבמטללין דנגזלין ומיד שגזלן והביאן לרשותו נגמר הגזל. והלכך כיון דמיד נתחייב בהשבת הגזלה או

דמים וכל זמן שלא השיב בתורת גזל הוא בידו ולא ברשותיה דמריה וכדאמרינן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם א"י להקדיש זה לפי שאינו ברשותו כו' משא"כ בקרקע אף על פי שהוא ביד הגזלן כל שיכול להוציאו בדיינין קדוש והיינו משום דקרקע נתמעטת מתורת גזל ולעולם ברשות בעלים עומדת וכ"כ הרא"ש בתשובה שם אח"כ וז"ל ועתה אבאר דין גזל קרקע כו' מטלטלין משנוטלן ומוציאן מרשות הבעלים ומביאן לרשותו נגמר הגזל במקרקעי לא שייך כי נתמעטו בכלל ופרט כו' הלכך אם גזל קרקע או בית ולא נשתמש בו אין כאן בל תגזול כי ברשות בעלים הן עומדים אע"פ שמנע הבעלים להשתמש בו ועי' סיום הדברים בטור סי' שע"א וכוונתו מבוארת כמ"ש דדוקא בקרקע אמרינן דכי מתהני זה ברשותיה דמרא קא מתהני ולכך שפיר חייב אף בלא עביד למיגר דהו"ל כנכנס לביתו של זה וגוזל פירותיו ואוכלן שהוא חייב לשלם אע"פ שהיה מוצא לאכול פירות כאלו אצל אחר בחנם ועיקר הגזל הוא דמתחיל בההוא שעתא שאוכל הפירות מקרקע של חבירו וכמ"ש הטור שם בשם הרא"ש וקודם לזה לא חל שם גזילה כלל משא"כ במטלטלין דבלקיחתן לביתו נהי דלא קני להו לגמרי מ"מ כיון דברשותיה קאי לענין אונסין ופקע רשות בעלים מיניה לענין דלא מצי להקדישו או למכרו וליתנו במתנה ומה שנהנה זה מתשמישו לאו כמתהני ברשות בעלים חשיב ואין מתחייב רק על שעת הגזילה לבד שאז חל עליו מצות השבה או חפץ זה כמות שהוא או אם יאנס ישלם דמיו וכן נראה ממה דאיתא בסנהדרין דף ע"ב דקאמר ולא היא כי אוקמי רחמנא ברשותיה לענין אונסין אבל לענין מיקנא ברשותיה דמרייהו קיימא מידי דהוי אשואל ופי' רש"י אם קיימין הם אצלו והוא בא להחזיר דמיו כו' והא דכי נאנסו מחזיר דמים ולא מצי א"ל נאנסו למפטר משום דלא גרע גזלן משואל דמשום דכל הנאה שלו אוקמינהו רחמנא ברשותיה לשלם אם נאנס וכל כמה דקיימא הדרא בעינא הא נמי כל הנאה שלו ומחייב לשלומי עכ"ל ועי' במ"ש שם אא"ו מהרש"א בזה הרי שהוא תולה מאי דחייביה רחמנא באונסין משום דכל הנאה שלו והיינו שאינו משלם על תשמישי הכלים כלל:

ואפשר לדחוק שכוונתו כיון דאיהו עכ"פ לאו אדעתא למיהב אגרא נחית לה רק להשתמש בחנם וגזלה בע"כ של הבעלים בכה"ג כל הנאה שלו מיקרי. אשל מפשיטות לשונו נראה כיון דבאמת פטרי' רחמנא אם נשתמש בה משום דלא חייבים רחמנא רק להשיב את הגזילה בעינא כמו שגזלה וכמש"ל מלשון השיטה מקובצת בב"ק דף ק' בשם רבינו ישעיה שכתב דלגזלן ליכא לדמויי' דהתם גזירת הכתוב הוא דכתיב והשיב את הגזלה אשר גזל כעין שגזל יחזור אבל הכא מיירי באדם שאינו רוצה לעשות עצמו גזלן כו' (אך ה"ה ס"ל דהתם אפי' בתורת גזלנות מיירי אלא דבקרקע שאני וכמ"ש דבריו

לעיל) והלכך ממילא כיון דפטריה, רחמנא מלשלם בעד מה שישמש בה וא"צ להחזיר רק הגזילה בעינא א"כ כל הנאה שלו הוא וחייב באונסין וצ"ע בלשון רש"י ז"ל בזה ולפמ"ש רבינו ישעיה דגזירת הכתוב הוא דמשיב בעין כעין שגזל ואין משלם שכר לפ"ז אפשר לומר דגזל פרה ונתעברה אצלו וילדה דהוי של גזלן הוא ג"כ מההוא קרא גופא דכעין שגזל יחזיר:

ובזה יש ליישב דברי הטור ג"כ סי' רצ"ב גבי שליחות יד. אך מהתוס' דף צ"ה גבי שבח שע"ג גזלה נראה דשבח שאינו ע"ג גזלה ג"כ אינו של גזלן רק מטעם שינוי או תקנת השבים והתם מיירי בגזל פרה ונתעברה אצלו אפשר לומר דעבור וגיזה דמגופה קא רבי אפשר דאפי' אתי אח"כ ובשעת גזילה לא היה מ"מ כיון שהוא מעותד לבא ולמגדל בגופה הוי קרינן ביה כעין שגזל אי לאו משום שינוי או תקנת השבים (וכעין זה כתב בסמ"ע לחלק בתקנת השבים גופא לענין השכירה לאחר עיין סי' שס"ג) משא"כ במשתמש ועושה מלאכה בחפץ הגזול שאין השבח בגופא של בהמה כלל ומעשה הגזלן גרמו האי שכר דאתי מעלמא בכי הא ודאי אמרינן דכיון שהוא מחזיר כעין שגזל סגי בהכי והשכירה הגזלן לאחר שאני כיון דההוא אחר אדעתא דאגרא נחית לה וכל שיש כאן תורת אגר והוא קודם יאוש הוא של בעלים וכמש"ל בשם הרמ"ה ז"ל:

ואיך שיהיה הדבר מבואר בדברי הרא"ש דהא דבמטלטלין פטור מלשלם שכר שימוש הוא דכיון דנגזלה ברשותיה דגזלן קיימי לענין זה דכי מיתהני מנייהו לאו ברשותא דמרא מיתהני דכבר פקע רשות מרא מיניה לענין שאינו יכול למכור ולהקדיש שרשות גזלן מעכב עליו משא"כ בקרקע דהו"ל כלא נגזלה כלל ומההוא שעתא שנהנ' פירותיו מתחיל הגזל של הקרקע ומחויב לשלם משום בל תגזול אבל מטלטלין בהבאה לרשותו נגמר הגזל ושוב השימוש שאח"כ אין עליו חיוב תשלומין משום השבת הגזל כ"א חיוב השבת הגזל הוא חל עליו להחזיר החפץ או דמיו משעתיה דגזלה וכל זה בגזלן או בשולח ד שדינו כגזלן אבל בדבר שלא בא לידו בתורת גזל כלל אע"פ שאח"כ שינה בו מדעה בעה"ב והוא חייב בו באונסין כמו גזלן מ"מ בשביל זה לא יפה כחו לקחת כל הריוח שעלה וס"ל לראבי' דכיון שזה אינו רוצה להיות גזלן על המעות ומעיקרא לאו לשם גזילה אכוון דמי לשליח ששינה שהותירו לאמצע וכן נראה מדברי הרשב"א בב"ק דף ק"ב שכתב לענין שליח ששינה וז"ל ואם נפשך לומר דכל שנעשה עליו גזלן במעשיו אע"פ שהוא מתכווין לקנות לו ולזכות לבעל המעות לא קנה בעל המעות אלא הותיר לעצמו ותדע דהא לר"מ קני בשינוי גמור כו' י"ל דילמא לר"מ כל שהוא שינוי גמור מתכווין הוא לקנות לעצמו כו' ע"ש שמבואר מדבריו דאע"פ שמעשיו גרמו לו שיעשה כגזלן על

המעות הזה מ"מ לענין הותירו אזלינן בתר מחשבתו שלא רצה להיות גזלן ולכך הותירו לאמצע ועיין בב"מ דף קי"ז בתוס' ד"ה בשלשה מקומות כו' כנלענ"ד ליישב דברי ראבי' בזה וכמש"ל:

ומ"ש הד"ג בשם התיו"ט שכתב בההיא דהשוכר את האומנים כו' ודבריו צ"ע ובשיטה מקובצת גבי מאן דיהיב זוזי למזבן ליה ולא זבין כו' כתב בשם הריטב"א שכתב בשם מורו הרב כיון שזה הבטיחו שיקח וסמך עליו כו' וזה ענין שכירות פועלים דפרקין דלקמן שחייבין לשלם לבעה"ב או בעה"ב להם מה שמפסידן דכיון שסמכו זע"ז נתחייבו זה לזה במה שיפסיד ע"פ ע"ש. אך מ"ש שם כיון שנתן לו מעות ליקח סחורתו כו' צ"ע דהא הא דמבטל כיסו נמי בכה"ג מיירי דקאי אברייתא דהנותן מעות ליקח פירות למחצית שכר כו' עי"ן ברשב"א לב"ק דף ק"ו ויש ליישב ואין כאן מקומו להאריך ועיין בתה"ד סי' ש"ז שכתב ול"ד להשוכר האומנין כו' דהתם הוא בעצמו שכרו והבטיחו על שכרו כל משך הזמן וע"י כך נתבטלו ממלאכתם ועיין בקצה"ח סי' ש"ז שכתב דהתם משום שבת חייב וכבר כתב מזה במחנה אפרים ומ"מ נראה שצ"ל הטעם משום דהבטיחו דאל"כ לא דמי להדקי' באונדרוניא דעביד מעשה בגופיה וצ"ל כיון שהבטיחו בדבורא קעביד מעשה. ולקצר אני צריך:

ומ"ש הדרת כ"ת בישוב דברי הרי"ף וכדי ליישב הא דפריך ומי סבר עבדא כמטלטלי דמי הביא דברי הרמ"ה בש"מ לב"ק דף קי"ז דמוקי כשנשא ונתן ביד לא ס"ל כר"מ דד"ג. ונפלאתי איך כתב ליישב בזה שיטת הרי"ף שהרי הרי"ף בסנהדרין הביא סברא זו שכתב הרמ"ה בשם חד מרבוותא ודחה אותה וכ' דהך אקומתא שפיר אזלא אף לר"מ דדאין דד"ג ע"ש:

ומ"ש הד"ג מדברי האגודה ומשו"ת מהרשד"ם כבר הרימותי ידי בפסק הארוך אשר כתבתי שבררתי שם כל הדברים כשמלה חדשה ושם הארכתי ג"כ בדברי הנ"י וכאן לא באתי אלא בשביל דבר שנתחדש בדברי מר שכתב דמהתוס' דגיטין מוכח דהך דמרחיקין מיירי אפי' במצודה שאין לו תוך. ואני מתפלא ע"ז שהרי הדבר פשוט שהתוס' מתפרשין הא דקאמר שאני דגים כו' כפירש"י שעדיין לא בא לתוך המצודה כלל והדג רץ כדרכו ואפ"ה כיון שבטוח שילכדנו הו"ל כמטו לידו ולא עדיף זה ממצודה שאין לו תוך שכבר ניצוד ועומד ואפ"ה קתני דמרחיקין:

ואמנם אפי' לפי פי' הערוך מ"מ המקשה שרצה לסייע לר"ה פשיטא דמפרש לה אע"פ שלא בא לתוך המצודה כלל ומה לי שהמצודה יש לה תוך או אין לה תוך וכן מבואר

להדיא במרדכי בשם ר"י שכתב ותימא דהא תניא מרחיקין מצודות כו' וכ"ש זה שכבר בא לתוך המצודה ע"ש:

אך נלע"ד בלא"ה לפי משמעות רש"י בגיטין נראה דמצודה שאין לה תוך הוא כגון חכה וכיוצא בה שתיכף כשבא בולעו לתוך פיו ושוב א"א לו לזוז משם ולא שייך לפרש בזה כפירוש הערוך כלל אם לא במצודות שיש להם תוך שהוא רשתות של חיטין או של גמי וקודם שממשיך הצייד החוט מלמעלה להביא הרשת לידי הסגר הם יכולין לצאת ממצודה למצודה ודוחק לומר דמיירי במצודה שאינו כלי כגון הא דמפרש בערוך ערך לח מצודת לחי וקוקרי אינם כלים שעושים חפירה בקרקע כו' ע"ש ובזה י"ל שאע"פ שאין כאן קנין כלים מ"מ משכחת לה שיצאו ממצודה זו טרם יגעו באוכל הנתון שם יתנו מחמדיהם באוכל הנתון במצודה אחרת ואין זה במשמע בדברי הנ"י וגם דהא ע"כ לאו בכל מצודות מיירי דהא במצודה כגון חכה וכדומה שא"א לצאת מזה לזה לא שייך פירוש זה א"כ י"ל דמיירי במצודות של רשתות וגמי ולא בחפירות קרקע:

אמנם אני תמה בעיקר הדבר שכתב הד"ג ועוד ראיה מדברי הנ"י שכתב שכל מי שקדם באיזה ענין כו' ולדבריו נלמוד מכאן דבהך ריחייא נמי דינא הוא דמעכב על חברי' שאין לך קרוב להגיע יותר מזה שכיון שאין שם עתה רק אותה הריחיים בלבד בודאי כל מי שיבא לטחון יטחון בזו והרי הש"ס מחלק בין דגים לזה משום דיהבו סיארי' וצ"ל דשאני הך קרוב להגיע דדגים מקרוב להגיע דרחיים דבדגים חיישינן שכבר בא לתוך המצודה ואע"פ שלא זכה בו כיון שהדבר קרוב שיזכה בו אילו לא בא זה להיות פורס מצודתו שם משא"כ אם הוא ידוע לנו שלא בא עדיין לשם כלל אע"פ שאם היה בא לשם היה זוכה בו וכן בההוא דאוקי ריחייא שעדיין לא בא לשם אינו יכול לעכב ע"י וכן מבואר בערוך וז"ל ור"ג פירש כי מסיר לו דבר שבא כבר למצודות חבירו כו' אבל גבי ריחיי' ליכא למימר הכי דבר הבא לידו אתה מסיר ממנו שעדיין לא בא לידו כלום מצי לאוקמי במבוי עכ"ל:

ובאמת כל החרדה שחרד עלינו הדר גאונו ליישב דברי הנ"י שכתב להוכיח דכל שהוא קרוב להגיעו כו' היינו משום דגם לפירוש הערוך עדיין לא זכה בו משום שהמצודה אין לו תוך רק קרוב להגיעו מקרי. ובאמת לא היה צריך לזה כלל דאף בכלי שיש לו תוך דמשמע התם דזכה בו היינו כשהוא ניצוד ועומד בכלי זה משא"כ כל זמן שעדיין לא ניצוד בתוכו ויוכל לצאת משם אל אשר יהיה הרוח ללכת פשיטא דלא עדיפא מצודה זו מחצירו ואמר זכתה לי חצירי שכל שהוא רץ אחריהן ואינו מגיען לא קנה וכיון דכאן החשש שיצאו משם למצודה אחרת פשיטא שעדיין אינם קנינו של זה כלל אלא דמ"מ

כיון שכבר נכנס במצודתו עדיף טפי לענין שיעכב על חבירו משא"כ בההוא דאוקי ריחייא שלא הגיע ליד אחד מהם שום דבר:

ועכ"פ דבר ברור הוא דהני פוסקים דס"ל לדין דין מערופי' וילפי לה דמרחיקין משום דיהבי סיארא היינו משום דמפורשים כפירש"י כיון שבטוח שילכדנו כמאן דמטו לידי' דמי אבל לפי פי' הערוך בשם ר"ג אין ללמוד משם כ"א היכא שיש לחוש שהגיע לתוך מצודתו ממש והוא פורס מצודה אצלו דשייך לומר שהוא מסיר ממנו דבר אבל בגוונא אחרינא שעדיין לא הגיע לידו אף אם בטוח שיבא לידו כגון מערופיה נמי אינו יכול לעכב וא"כ דברי הנ"י תמוהין שפתח לומר ומיהו דוקא כה"ג שלא הגיע ליד א' מהם דבר כו' והוי כאלו נטל מה שבידו בראש וסוף דבריו הם ע"פ פי' הערוך בשם ר"ג ואמצעות דבריו שכתב שכל מי שקדם באיזה ענין וקרוב הדבר להגיע אין חבירו רשאי ליטול כו' וכדתני' מרחיקין כו' לפי שכבר נתן עיניו כו' משמע אע"פ שעדיין לא הגיע לידו רק שקרוב להגיע דבר זה בעצמו ונתן בו עיניו וטרח בו שיגיע לידו וזה ע"ד פירש"י ור"ל כגון מערופיה וכדומה משא"כ לפירוש ר"ג אע"ג דלא בעינן שיזכה בו מ"מ בא לידו בעינן אבל כל שעדיין לא בא לידו אע"פ שאם יבא קרוב להגיעו ולזכות בו מ"מ רשאי חבירו להקדים ולזכות בו ואם נאמר דמ"ש הנ"י וקרוב הדבר להגיעו ר"ל שקרוב שיזכה בו אבל מ"מ מיירי בהגיע לידו כבר א"כ יש לדייק מיניה דכל שלא הגיע לידו כלל רשאי זה להקדים וליטלו כיון שהוא דבר של הפקר וא"כ פשיטא דבחניות כה"ג דנ"ד שלא הגיע עכ"פ לידו רשאי להקדים:

אך בלא"ה לשון הנ"י צ"ע במה שמרכיב הפרושים אהדדי ונראה שחיסר לשון יש כאן ואיך שיהיה כוונת הנ"י דבר ברור דלפי' הערוך אין יכול לעכב אם לא היכא שיש לחוש שכבר הגיע לרשות חבירו עכ"פ אף שלא זכה בו עדיין אבל אם לא בא עדיין לרשותו אינו יכול לעכב ולפירש"י ג"כ בעינן שכבר נתן בו עיניו והכיר חורו ונתן מזונות דרך מרוצתו שאז בטוח שילכדנו וחשבינן ליה כמטא לידיה וזה נוטל ממנו משא"כ בריחיים אע"ג שאם בא אחר לטוחנו בודאי הי' בא אליו ומובטח הוא בזה מ"מ כיון דכל כמה שלא בא לא שייך לומר שנתן עיניו בו אלא דמידי דממילא כיון שאין שם אחר ומ"מ השתא מיהא הא לא מטו לידיה ומצי א"ל מי שבא אצלי כו' כמבואר ברש"י שם שזה החילוק בין מצודת הדג לריחיים ולכך יש מדמין מערופיה למצודת הדג דה"ל כמטו לידיה משא"כ כל שאינו מערופי' שלו אלא שאם היה בא היה בא אצלו לפי שלא בא אחר בגבולו משום הא לא איכפת לן ואמרינן דמי שבא אצלך כו' והדבר מבואר למעיין דרש"י מחלק בין היכא שאותו דבר שהוא רוצה לזכות בו ודעתו עליו הוא בעין לפנינו

ונותן בו עיניו דבכה"ג חשבינן ליה כמטו לידיה וה"ה בעכו"ם מערופיה שלו שהוא רגיל עמו במשא ומתן והריוח שלו בא על ידו והוא מחזיר עליו תמיד וטורח בו וה"ל כמטו לידיה הריוח שזה מרויח על ידו משא"כ בריחיים כיון שאין הדבר שהריוח בא ע"י לפנינו אע"פ לכשיבא עדיו בא מ"מ מצי חבריה למוקמי גביה וא"כ פשוט דבחניות אין יכול לעכב עליו. שאין לדין העכו"ם הלוקחין כמערופיה דבעלי חניות היושבים ראשונה דא"כ לעולם היו יכולין בעלי החניות לעכב שלא יעשה אדם חנות בצד חנותו ואנן לא קי"ל כר"ה בהא ואין מקום ספק בזה מצד מה שרוצה לזכות בריוח שקדם חבירו וקרוב להגיע לפי שאין זה דומה למערופיא ואף אם היינו נותנים עליו דין מערופיא הרי יש מתירין במערופיא גמור ואין לנו לדון רק מצד מה שאלו מתלוננים ע"ז העושה חדשות דקבע ליה דוכתא בראש השוק ועדיף מחברייא דחזו ליה מקמא וכבר בררתי הדברים על אופניהם בפסק הארוך אשר כתבתי בס"ד:

כל זה ראיתי לישא וליתן בדברי הדרת גאונו ולטייל קצרות וארוכות והרבה דברים אשר בקולמוס נשתיירו וידי משוכות כי כל ישעי וחפצי להיות שעשוע כי מתקי לי רגבי אמריו אומר יביע ואחוה כי יהיה אמרי לרצון כל עומת שבא כן ילך המון מעים להרגיע.

דברי אוהב דבוק מאח וריע:

הק' אפרי' זלמן מרגליות מבראד הלכות שותפים

שאלה כט

שאלה ראובן ושמעון נשתתפו במו"מ לווארשי ודרך הסוחרים שאין מוליכין מטבע שפודי' שם דהיינו מעות פרייסיש לביתם רק מחליפין שם על אדומים או על באנקי ודרכם לתת כסף הפדיום מה שיעלה ראשון ליד החלפן וכשהם צריכים לבאנקי לוקחין ממנו כפי השער שבשוק וראובן היה צריך למעות לצורך עצמו ולקח באנקי מהחלפן כפי השער במעמד חבירו ובצווויו ליתן לו אך התנה שכיצטרך הוא יקח ג"כ ואח"כ לא לקח כלל עד הגיע תור נסיעתה ואז כבר עלה השער ממעות פרייסין נגד באנקי ובעת שקיבל ראובן לא נשאר אצל החלפן מ"פ בעין כ"א מעט מזעיר ועתה נתעצמו לדון כי שמעון טוען מה שהותירו מעות פרייסין בעליית השער הותירו לו וראובן טוען שהותירו לאמצע והאריכו בטענותיהם וקצת מהם מבואר מתוך התשובה ונשאלתי לחוות דעי בזה:

תשובה מתחלה נדון בשנים שהטילו לכיס אחד מנה ואחד מאתים בכה"ג ואח"כ נתקע עצמינו לדבר הלכה בנ"ד הנה בשנים שהטילו לכיס אחד מנה ואחד מאתים וכשבאים לידי חלוקה עלה המטבע או ירד הלכה רווחת בישראל שכ"א מה שהניח הוא נוטל

וכן מעשים בכל יום ואין פוצה פה ומצפצף ואין משגיחין בעליית המטבע וירידתה כלל ונראה דטעמא דמלתא לפי שהסך מאה זוז שהניח זה יותר הוי כהלוה לתוך השותפות ודין המלוה לגבות מטבע שהלוהו אם לא נשתנה למטבע אחרת כמבואר בדברי הפוסקים עיין ביו"ד סי' קס"ב ובסמ"ע ס"ס ע"ד ובשו"ת מהרי"ט ח"א סי' יו"ד:

אלא שצ"ע מלשון הרמב"ם והש"ע סי' קע"ו דמחלק בין נשא ונתנו במעות או לא וקשה דבכה"ג שפחתו או הותירו מחמת המטבע אפי' בנשאו ונתנו נמי דלא עדיף מהלואה והו"ל למימר סתמא אם פחתו או הותירו מחמת המטבע לבד חולקין לפי המעות וגם על דברי הטור בשם הרמ"ה צ"ע דיהיב טעמא הואיל והני זוזי אחרינא נינהו ורווחא ופחתא דידהו מכח שותפות קאתי דזה אינו מובן דמה בכך דהני זוזי אחרינא נינהו דהא מ"מ צריך לסלק למי שנתן היתרון כפי המטבע שהטיל לכיס וכאלו לוו מאחרים ולמה יגרע כח השיתוף שהלוה לשותפות מאם לוה מאחר וע"ש בסמ"ע נתן טעם בלא נשאו ונתנו משום שאף אם היה נשאר המטבע בביתו היה מגיע לו הריוח או ההפסד והוא מדברי הרמ"ה שבטור ולכאורה בלא"ה למה לא יסלק לו במטבע שנתן כמלוה דעלמא שאינו מתחייב בעולה ויורד:

אך בלא"ה קשה לפי המבואר שם דבשור אם טבחוהו מתחלק לפי המעות וה"ה פירש העומדים ליחלק וע"ש דאף בלחרישה וטבחוהו כן כמ"ש בסמ"ע וכן הוא ברי"ף ועיין בב"י וא"כ מה בכך שנשאו ונתנו והגיע לידם מטבע ופיחת או הותיר מחמת עליית וירידת מטבע הרי טרם שעלה המטבע או ירד הי' עומד ליחלק וכשור וטבחוהו דמי דכיון שעומד ליחלק חולקין לפי המעות אף דאייקר או זל ומכ"ש מעות דזווי כמאן דפליגי דמי וגם אחרי שירד או עלה יש להם לחלוק לפי המעות כמקדם:

אלא שבאמת מ"ש הסמ"ע דהרמב"ם פליג על הרא"ש בפירוש העומדים ליחלק לענ"ד צ"ע דמריש דברי הרמב"ם שכתב שהטילו ונתעסקו בממון משמע דבכל עסק מיירי וכ"כ הר"ן בשיטת הרמב"ם ע"ש וכך מבואר לענ"ד בפי' המשנה להרמב"ם להדיא וגם דברי הרא"ש בזה מוקשים עיין בדרישה בביאור דבריו ובאמת מה שנראה מדבריהם בשיטת הרי"ף לדידי חזי לי שדברי הרי"ף מתפרשים באופן אחר ממה שפירשו בו הם ז"ל אחר שנדקדק בלשונו מ"ש לחלוק באבריו לכאורה הוא שפת יתר. גם מ"ש הואיל ואלו טבחוהו וחלקו באבריו דהא כיון שטבחוהו עומד ליחלק מה לי חלקו או לא:

ולכן נלענ"ד דעיקר ענין עומד לטביחה היינו שלא ע"מ למכרו בשותפות להרויח רק לחלק באיבריו וכ"א יקח חלק לביתו לעשות בו בפני עצמו כרצונו וזה ביטול השותפות לגמרי ורבה ס"ל דמחשבה לטביחה לחלק באבריו ושלא להמציא להם שכר כשהם

אחוזים זה בזה בשותפות מוציא מידי מחשבה ראשונה ורואין אותו כאילו כבר חלקו והלכך אפילו מכרוהו חי חולקין לפי המעות דאז שהיה בדעתם שלא למכרו בשותפות כ"א לחלקו לאברים פשיטא שכ"א היה נוטל בו לפי מעותיו ולכן גם עתה שאירע להם שמכרו חד חולקים ע"ד זה ור"ה אמר כיון דמתחלה קנו לחרישה והיינו להשתכר בשותפות ודינא היא שיהיה לאמצע לא איכפת לן במחשבה שחשבו לטביחה כיון שלא נתקיימה מחשבתם ולא חלקו עדיין השותפות קיימת והיינו ע"ד שקנו בראשונה למוכרו יחד והשכר לאמצע. ומצאתי כדברי בש"ג בשם ריא"ז עי' שם (ושם יש ט"ס מן אבל אם שמו כו' עד לפי מעותיו כמבואר למעיין):

שוב ראיתי בפ"י שכ' כעין מ"ש אך מ"ש בשיטת הרי"ף לחרישה או לטביחה שלא ע"ד מו"מ למכור כו' ז"א דלחרישה הוה כמו"מ להשתכר ואין להאריך כי הדברים ברורים כמ"ש והאיר ה' את עיני ומצאתי בשו"ת מנחם עזרי' סי' קכ"ח העתקה ותשובת הרי"ף מלשון ערבי ללה"ק ביאור הלכה זו באורך והרי"ף בהלכות שם רמז לתשובה זו וכן בספר תמים דעים להראב"ד העתיק ג"כ תשובה זו מלשון ערבי קצת בסיגנון אחר והמכוון אחד ושם מצאתי ת"ל כדברי. ושמחתי שדרכתי בעזרת הש"י בדרך אמת ולולי יראת האריכות הייתי מעתיק הדברים כי הם עריבים לאוזן שומעת ועי' בב"י שמסתפק בפי' הרי"ף וכתב שמדברי הרמב"ם והר"ן מבואר דה"ה לטביחה ועי' בלח"מ דמדייק לשון הרי"ף וכתב שגם דברי תלמידו רבינו הרמב"ם יוכיחו כו' והנך רואה בתשובת הרי"ף הנ"ל מבואר דוקא שור לחרישה לפי שלקחוהו תחלה להשתכר בו והשכר לאמצע מדלא התנו בדבור בעלמא שיהיה לטביחה לא נתבטל השותפות שהסכימו בראשונה:

ומעתה דברי הרמב"ם מבוארים דאם נשתתפו סתם אף סחורה שאפשר ליחלק השכר לאמצע ואח"כ כתב אפי' לטביחה ר"ל ע"ד ליחלק באיבריו דאז אם היו שוחטים ומחלקים אותו שלא ע"ד להשתכר ודאי שהיה כ"א נוטל כפי חלקו במעות שנתן מ"מ עכשיו שמכרוהו חי מעסק שמכרוהו בשותפות מתחיל תורת שותפות עליו שיהיה השכר לאמצע וס"ל לפרש כפירוש קמא דהרא"ש דה"ה לטביחה:

אך מדברי הריא"ז מבואר דדוקא עומד לחרישה דמעיקרא ע"ד שיהיה השכר לאמצע נחתי לה ובאמת שמדברי הרי"ף בתשובה מבואר להדיא כדברי הריא"ז ולולי דמסתפינא הוה אמינא שט"ס נפל בדברי הרמב"ם וצ"ל אפילו לקח שור לחרישה ונמלכו עליו לטביחה כו' כדי להסכים דבריו לדברי רבו הרי"ף ז"ל וגם המעיין בתשובת הרי"ף יראה שדברי הרמב"ם הם אמורים ע"ד לשון הרי"ף ז"ל וגם שאין דרך הרמב"ם להניח דבר המפורש דהיינו שור לטביחה ומיקל מה שהוא מסברא או איזה הוכחה דהיינו

לטביחה ועכ"פ ה"ל למינקט לחרישה ולמימר ואפילו לטביחה ולבי אומר לי שהוא חסרון מבפנים משגגת המעתיק או טעות הדפוס ולפי מ"ש מבואר דבטבחוהו על מנת למכור הבשר בשותפות להשתכר וכן פירות העומדים ליחלק גם הרי"ף והרמב"ם מודו דהשכר לאמצע והטעם כמ"ש הרא"ש ומבואר בתשובת הרי"ף שם דה"ל לאתנויי ולא נקט מכרוהו חי לאפוקי טבחוהו לחלק באבריו שלא להשתכר ולפי שאין מצוי שישחטו וימכרו בשותפות להשכר כ"א באבריו לכך נקט מכרוהו חי ואפשר שהלבוש מפרש כמ"ש ולכך כתב הטעם מדלא אתני ונסתלק מעליו השגת הסמ"ע עי' שם:

ולפי"ז א"ש מה שהקשית על הרמב"ם דהא אף בנשאו ונתנו במטבע הוי כעומד לחלק ולפמ"ש לק"מ דגם בעומד לחלק הדין לאמצע כל דמעיקרא נחתי אדעתא למכור בשותפות להשתכר אך על המחבר דס"ל בב"י בעומד ליחלק חולקים לפי מעות אליבא דהרי"ף והרמב"ם אף דנחתי ע"ד להשתכר צ"ע:

אמנם גם על הרי"ף והרמב"ם אכתי תיקשי כמו שהקשיתי לעיל דנהי דס"ל בעומד לחלק הדין לאמצע מ"מ אם השכר והפחת בשינוי המטבע שקיבל ובעד הסחורה מ"ט נימא דהוא לאמצע שהרי צריך לסלק לזה הסך שהניח יותר באותו מטבע שהניח כדין הלואה ולא שייך בזה מדלא התנו שיהיה לפי המעות דדוקא אם הותיר או פיחת במנין מגוף הקרן שייך למימר הכי אבל לא בגוף המעות שנתן זה יותר מזה דהך מטבע שקיל והרי אם היה חולקין בגוף הסחורה שקנו או שור שטבחוהו וחלקו באבריו אם היה מחלקין בשוה ביניהם הי' מחויב זה ליתן לחבירו נו"ן זוז באותה מטבע שנתן בשעה שנשתתפו ולא איכפת לן בעולה ויורד כלל וא"כ אף שמכרו הסחורה בשותפות בעד מעות צריך לסלק לזה מקופת השותפות סך מאה זוז באותה מטבע שהניח וגם כפי הטעם שכתבו דאם לא נשאו נתנו אמרינן דהוא לפי המעות לפי שאף אם היה נשאר ביד כ"א הי' מגיע לו זה הריוח או ההפסד גם בנשאו ונתנו שייך לומר כן כיון שמכרו הסחורה וקיבלו המעות והיו עומדים לחלק ביניהם לפי ערך זוזי כמאן דפליגי דמי ואף אם הי' לוקח כל אחד המעות לביתו היה מגיע לו זה הריוח או ההפסד ובלשון הרי"ף בתשובה שהעתיק בתה"ד והסמ"ע ז"ל אין הכרע לפרש דיש חילוק בין נשאו ונתנו אלא עיקר החילוק אם הפחת והשכר הוא בסכום הקרן ובמנינם ובין אם גוף הקרן קיים ונולד בו תוספות וחסרון מצד שינוי המטבע ולא מחמת השותפות והסחורה דאז נוטל לפי מעותיו עי' שם וכן יש לפרש בלשון הרמב"ם בפירוש המשנה אבל מדברי הרמב"ם בחבורו מבואר להדיא דדוקא אם אותן המעות עצמם שהניחו קיימים ולא נשאו ונתנו בהם כלל וכך הם דברי הרמ"ה שהביא הטור ובאמת מ"ש הרמ"ה דהני זוזי אחריני נינהו ורווחא ופחתא

דידהו מחמת שותפים קאתי צ"ע דכיון שאחר שהגיע המעות לידם ממכירת הסחורה הוא דזל מאי גרמא דשותפות יש כאן וכמ"ש שהרי עומדים ליחלק וכמאן דפליגי דמי ומאי איכפת לן דהוי זוזי אחריני וגם דהא מ"מ צריך לסלק הסך שהניח יותר באותה מטבע שבידם בין אי אייקר או זל דכהלואה דמי וכמ"ש וממילא דהחשבון לפי המעות וצ"ל בדעת הרמ"ה דשותפות לא דמי להלואה דבהלואה מעיקרא אדעתא דהכי נחית דלפרע לי' הך מטבע דיהיב שהרי אין לו עמו חלק במשאו ומתנו כלל אבל בשנותן מעות בתורת שותפות על דעת לקנות עבורם פירות וסחורה זה מקבל אותם לשותפות כפי שיווי המטבע בעת ההיא נגד הפירות והסחורה שהם קונים עבורם ויוקרא וזולת דידהו כמו השכר והפחת בסחורה ולכך הוא לאמצע ודוקא אם לא קנו עדיין פירות כלל שעד המעות שהניחו דאז אין לדון אותם עדיין כפי שיווי הפירות משא"כ בזה:

ומ"מ עדיין צ"ע מ"ש דרווחא ופחתה דידהו מחמת שותפות קאתי ולכן נלענ"ד דמ"ש הרמ"ה וזבנינהו בזוזי חדתי והוזל כו' אין הכוונה לומר שאחר המכירה הוזל דבזה לא גרם השותפות ולא מידי רק ר"ל דבההיא שעתא דזבנינהו לפירות כבר הוזל המטבע. עד"מ שלקחו בשותפות בעד השלשה מאות זוז פירות ושוב הוזלו הזוזים ואף עפ"כ כשמכרו הפירות לא לקחו בעדם רק כפי הסך שנתנו בזה ההפסד הוא בשוה לפי שהפסד זה הוא מחמת פירות של שותפות שהוזלו שאל"כ היה להם ליקח בעד הפירות יותר לפי ערך שהוזלה המטבע וע"כ דהפירות הוזלו ממה שהיו נמצא שהפסד זה הוא מחמת השותפות וכן להיפך אי אייקר טבעא ואפ"ה מכרו הפירות כפי הסך שנתנו בעדם אף על פי שהריוח הוא במטבע ששוה עכשיו יותר מ"מ העיקר מה שהרויחו הוא מחמת שעלה שער הפירות דאל"כ לא היו לוקחין עתה בעד הפירות כסף ההוא במטבע ההוא ושפיר כתב דפחתא ורווחא מחמת שותפא קאתי ולפי"ז י"ל דגם הרמב"ם דנקט לא נשאו ונתנו לאפוקי אם הוקר ואם הוזל קודם שמכרו הפירות דאז הדברים מוכיחין דרווחא ופחתא מחמת שותפות הוא אבל אם הוזל אחר שהגיע דמי המכירה לידם מזה לא מיירי וכאילו לא נשאו ונתנו דמי דמה לי אותן המעות עצמן או שנחלפו במעות אחרים כיון שלא עלה בהם פחת או ריוח קודם המכירה זוזי כזוזי ניהו אך בלשון הרמ"ה דחוק מ"ש דהני זוזי אחריני נינהו ויש ליישב ולקצר אני צריך:

סוף דבר הכל נשמע בשנים שהטילו לכיס ונשאו ונתנו והוזלה המטבע אחר שמכרו הסחורה אין הכרע כ"כ מדברי הרמב"ם והרמ"ה לומר דבכה"ג חולקין לאמצע ודעת רש"י והתוס' והריטב"א מבואר דחולקין לפי המעות (ומה שיש לדקדק לדעת רש"י ותוס' דמשמע מדבריהם דדוקא על הריוח מועט אין מקפידין יש לי ליישב על נכון ולא רציתי

להאריך פה) וכן מבואר מדברי הש"ג בשם ריא"ז דאף אם הוזל או הוקר המטבע אחר שנשאו ונתנו ג"כ השכר לפי המעות. ומצאתי בשו"ת מהרש"ך ח"ב סי' פ"ז בשותפות שהניחו א' שלשים אלפים לב"נ וא' עשרים אלף כו' תשובה יראה דבאנו למחלוקת רש"י והרמ"ה כו' אמנם ראוי לדון בזה ע"פ הנהוג אתנו בענין החובות כי כן השותפות האלה כ"א מהם לגבי חבירו כבע"ח כו' עי' שם ועי' שם עוד שכתב דמלשון הטור שכתב אחר סיום דברי הרמ"ה ואם התנו הכל לפי התנאי יראה מדבריו דאפילו להפסד דשייך ביוקרא וזולא לענין המעות וכ"כ בשו"ת מהר"ם גלאנטי סי' צ' ועי' שם שכתב שראובן לא יתן חלק העודף כ"א כל גרוש לערך ששמו אותם בשותפות שהם מאה ועשר שכך כוונו באותה שעה שכל הריוח אחר שיטלו כ"א מהם מה ששם בשותפות כ"כ לבנים ששוים בסך כך גרוש ואח"כ יחלקו הריוח והו"ל ככתוב בפירוש בשטר כך גרוש כו' ומסברא מוכח זה הגע עצמך שאותם המעות היו מונחים בארגז כו' כך עתה שנשאו ונתנו כו' עי' שם ועי' בכנה"ג סי' ע"ד שרמז בקצרה לדברי הרש"ך ומהר"ם גלאנטי ונפלאתי על מהר"ם גלאנטי שלא הביא דברי הרמ"ה שבטור (וצ"ל דטעמא דידיה דאזלינן בתר הגרוש אע"ג ששותפותם היה לערך הלבני' משום שלעולם חשבון הלבני' אינם עיקר רק חשבון הגרוש כי כן דרך הסוחרים וכן צ"ל בתוס' בבא מציעא ריש פרק הזהב ד"ה נ"מ למשא ומתן שכתבו שאם קנה חפץ בכ"ד איסורין כו' עי' שם וטעמא משום דעיקר דמטבע הוא הדינר וכשאמר ר"ד איסרין הכוונה הוא שיתן לו דינר שחשבונו ר"ד איסרין כמנהג התגרים ועי' שם) ועי' שם בדברי מהר"ם גלאנטי דמ"ש הרמב"ם דאם התנו הולכין אחר התנאי היינו אפילו השכר והפחת במטבע וכ"כ בתשו' הרש"ך דהטור שכתב אחר סיום דברי הרמ"ה ואם התנו הכל לפי התנאי יראה מדבריו דאפילו להפסד דשייך ביוקרא וזולא לענין המעות עי' שם ולפי"ז בנ"ד אם א' הטיל מנה וא' מאתים וכתוב בשטר שכ"א יטול תחלה מה שהניח ואח"כ יחלוקו ביניהם דלא איכפת לן בעליית וירידת מטבע הוא אלא כ"א מה שהניח הוא נוטל כיון שכך התנו ביניהם:

וכל זה לרווחא דמילתא בררנו הדין באם עלה או ירד אותה המטבע שעליה סובב הולך קוטב השותפות אבל אם המטבע שהניחו אין בה שינוי ואין דנין על זה כלל רק המטבע שלקחו בעד סחורה של שותפות היא שעלתה או ירדה פשיטא דלכ"ע אף בלא תנאי אין עליה וירידה מעלה ומוריד כלל דפשיטא דכשהם רוצים לחלק צריכים לשום המטבע שפדו בעד הסחורה ולעשות מהם דמים כמטבע שהניחו וכ"א נוטל בראש הקרן שהניח כי המטבע שפדו במדינה האחרת הו"ל כסחורה או פרי לגבי טבעא דידהו וה"ל

כהחליפו סחורתם בסחורה אחרת שהם מחוייבים למכור אותה סחורה לעשות דמים ויטול בהם כ"א כפי המטבע והשאר יחלוקו ודבר זה א"צ לפנים:
ואחר הודיע כל זאת נבוא לבאר דינא דנ"ד שכ"א הטיל לכיס מאתים ואח"כ חזר ולקח א' מהם לצורך עצמו בהסכמת חבירו מה דינו:
והלום ראיתי כי כבוד שארי בד"ז הרב הגאון המפורסם מוהר"ר העשיל נ"י האב"ד דק"ק טארנעגראד כתב שקצת דיינים רוצים לומר דהוי כחלקו השותפות דמה לי חלקו כולו או מקצתן והרב הנ"ל דחה הדברים והרחיב הדבור בזה בדברים נכונים וברורים וגם אנא לא חילוק ידענא ולא בילוק ידענא רק דבר ברור בעיני דאף שבתחלת השותפות נשתתפו כ"א בסך שוה מ"מ אחרי שלקח זה בחזרה מקצת הסך רק שהתנה חבירו שיקח לכשיצטרך הא קמן דלא קפיד שיהיה של חבירו בתוך השותפות כפי הסך שלו דמה לו שיקח חבירו לצורך עצמו או שיהיה ביני וביני המעות בטלות אצל החלפן ומההיא שעתא ה"ל כאילו נתן זה מנה וזה מאתים והתנה שאם יצטרך יקח הוא מנה ואף שבתחלת השותפות נתנו בשוה מ"מ הרי הרשה לחבירו שיטול מקצת הסך שלו בחזרה ומ"מ לא נתבטל תנאי הראשון שיהיה השכר לאמצע ולא גרע מאם בתחלת השותפות הניח זה מנה וזה מאתים ולא היה שם תנאי כלל אפ"ה אמרינן דהוה לאמצע אף שקנו דבר העומד ליחלק וכמש"ל באורך ומכ"ש בזה שלקח בחזרה מנה ושמעון ראה ונתפייס אדרבה ביחן דבריו שהוא מרוצה בזה ששלו יהיה מוטל בקופת השותפות עד השעה שיצטרך דפשיטא דהרויח ודאי לאמצע ומכ"ש בזה שמבואר בכתב שביניהם שיהיה הכל לאמצע אם היה זה רוצה עכשיו בענין אחר היה לו לפרש ולהתנות וגם כי לאו בדידיה תליא מלתא דאם היה מתנה כך קרוב לודאי שלא היה חבירו מתרצה בכך ולא היה לוקח המעות כלל או היה לוקח החצי וחבירו יטול כנגדו רק כיון שנתרצה לו חבירו מחמת שהיה המעות בטלות לקחם וזה נהנה וזה לא חסר הוא דלעת צרכו יקח גם הוא וכמו שהתנה בהדיא ולפי זה הדבר פשוט דכשבאים לחלוק נוטל כ"א במטבע שנשתתפו תחלה זה מנה וזה מאתים ואין כאן מקום לפקפק שיעשה עמו חשבון נגד הסך מעות פרייסין שלקח דזה לא לוה מקופת השותפות לא מעות פרייסין ולא באנקי רק שלו הוא עומד ונוטל מתוך השותפות ומעיקרא לא נשתתפו במטבע פרייסין רק במטבע באנקע ובאנקע יהיב באנקע שקיל בחזרה וה"ז כנפרע מתוך השתפות ואף שחבירו ג"כ היה ראוי ליטול אין בכך כלום לפי שכ"א יש לו להתפרע מקופת השותפות מה שהטילו לתוכו ואם האחד קדם את חבירו וגבה מחציתו וחבירו עדיין לא נטל מה בכך כ"א גובה מטבע שהניח לפי שעתו וכאלו הטילו מתחלתו זה מנה וזה מאתים והגע

עצמך אם היה עולה השער מבאנקי נגד מ"פ והיה שמעון רוצה באנקי דוקא כפי סך הבאנקי שקיבל ראובן ודאי שאין ראובן יכול לעכב על ידו אף שקבלת ראובן היה בעת שהיה בזול נגד מ"פ דמ"מ כ"א באנקי יהבי ובאנקי שקלי וגם עתה כדבר הזה כן הוא ששמעון יתפרע מקופת השותפות ג"כ סך באנקי כפי הסך שקיבל ראובן. ועוד נראה דאפילו אי יהיבנא להו להדיינים שזה נטל חלקו בתורת חלוקה וחלק חבירו כצבור ומונח דמי מ"מ הדבר ברור שלא על דעת שישאר לחלקו מונח בשותפות מעות פרייסין יתננו חלקו שהרי אין דרכם לחלק ביניהם במעות פרייסין ובודאי שהיה דעתם שישאר לחלקו ג"כ באנקי בערך הנ"ל כיון שגם זה לא קיבל מהשותפות רק באנקי אצל החלפן ומה לי שקיבל מהחלפן עם העודף הנהוג או שפדו באנקי בעד הסחורה וקיבל מזה הבאנקי שיש לנו לחשוב שגם השני יש לו באנקי בשותפות כסך ההוא ואף שהדבר פשוט מכל מקום אמרתי לבאר קצת להוציא מלב המהנדזין בדבר. הנה דבר ברור הוא בשותפות בסחורה והחליפו על סחורה אחרת ואחד מן השותפים רוצה לקבל חלקו בסחורה ההוא חבירו מעכב עליו שלא לחלוק קודם כלות זמן שותפות שביניהם שמה לי סחורה ראשונה מה לי תמורתה שע"ד כן נשתתפו תחלה שימכרו הסחורה על מעות בעין כמבואר בסימן קע"ו סעיף י"ב ובסמ"ע שם שכתב וז"ל ומ"ש ברישא לילך למדינה לסחורה ר"ל לסחור וליתן שם במעותיו וירוויח שם ויחזור ויביא מעותיו המזומנים ע"ש ופשוט שאין חילוק בין נותן לחבירו על שותפות או בנשתתפו יחד דכיון שאינו יכול לחלוק עד שיגיע הזמן פשיטא שאין יכולין לכוף זא"ז לחלוק בסחורה שהחליפו דמה לי הוא מה לי תמורתה ומצי למימר מזלא דבי תרי עדיף ע"ש בסמ"ע ס"ק מ"ה ופשיטא שאין לדמות זה לשטרות שדעת הרא"ש שחולקין בשומא דשטרות שאני שא"א שיעלו בריווח יותר ואין נושאין ונותנין בהם וגם הרא"ש כלל צ"ח יהיב בה טעמא וכתב וז"ל וכן בשט"ח נמי כי ראו חכמים כי טוב לתקן חלוקה בכל דבר שותפות כו' משום דקדרה דבי שותפא כו' וכ"ש בשט"ח של עכו"ם שצריך טורח גדול והשתדלות רב והשותפים יסמוך כ"א על חבירו ויתקלקלו כו' ע"ש וא"כ כאן לא שייך האי טעמא וכל שלא הגיע הזמן של חלוקה הם כופין זא"ז לישא וליתן כמו בסחורה הראשונה ומכ"ש לדעת הרמב"ם דאין חולקין בשטרות ומזה נלמד בגוונא דנ"ד אם מכרו הסחורה וקיבלו תמורתה מעות פרייסין והאחד אומר שרוצה לחלוק במעות אלו כיון שאין מזדמן שיחליפו עתה והשני אינו רוצה נראה דשפיר מעכב עליו עד שיזדמן להם שיחליפו אותם על באנקי שהוא המטבע שנתנו דהא לאו אדעתא לחלק במ"פ נשתתפו כיון שדרך הסוחרים שלא להוליך מעות זה לביתם עד שמחליפין אותם על אדומים או על באנקי שנושאים ונותנים

במדינתם לא במטבע מ"פ ומבואר בסי' ר"ג דכל שאין יוצאין בהוצאה להדיא ואין נושאין ונותנים בהם נקראים מטלטלין ופירא לגבי טבעא וכהחליפו על סחורה אחרת דמי שאין יכול לחלוק עד שתמכר על מזומנים וה"ה הכא אם לא נזדמן להם להחליף אין חולקין במעות אלו כמות שהם עד שיחליפו אותם ויגיעו לידם זוזי כהני זוזי דיהבי אזביני ולפי זה פשוט בנ"ד כשקיבל ראובן באנקי אצל החלפן לשלוח לביתו גם חבירו יש לו כנגדו בקופות השותפות באנקי כסך הזה דודאי זה שלקח באנקי אצל החלפן לאו אדעתיה שיטול חבירו כנגדו מ"פ כפי הסך שחשב החלפין עבור הבאנקי שקיבל שהרי אין משאם ומתנם וסוף חשבון שהם עושים ביניהם בשעת חלוקה כ"א על באנקי ואף אם היה חבירו רוצה שיהיה חלוקה ביניהם במעות זה היה זה יכול לעכב על ידו ולומר אינו רוצה לעשות החלוקה כ"א על באנקי ומכ"ש בזה שקיבל הבאנקי מהחלפון במעמד חבירו ובציוויו כל הבאנקי לפי חשבון הפריצענט אשר היה בעת ההוא ואם היה רוצה שישאר לו כנגדו בשותפות במ"פ כל כי הא הוה ליה לאתנוי כיון שדרך המו"מ וחשבון שביניהם מתחלה ועד סוף הוא על באנקי ואם היה מתנה אפשר שחבירו לא היה מתרצה בכך שיהא נשאר חוב על השותפות על מעות פרייסין ועכ"פ מדלא התנה אומדנא דמוכח שנתרצה שיהיה לו חוב בשותפות כסך שקיבל חבירו בבאנקי ופשיטא שאין לו להפרע מן השותפות רק באנקי:

וראיתי להרב מהרמ"ה נ"י שכתב דזה ששלח מעות לביתו הוי כלוה מתוך השותפות דהא היה מדעת שניהם כו' ולענ"ד נראה דודאי אם היה הענין שדרכם לעשות איזה מסחר בדמי הפדיון של הסחורה ולא היה לוקח בידיעת חבירו רק לפי שעה ודעתם שיוחזר המעות לקופת השותפות להסתחר בהם פשיטא דהוי כהלואה מקופת השותפות ומ"מ הדבר פשוט כיון שגם החליפין ממעות פרייסין על באנקי היה במעמד חבירו ובידיעתו א"צ להחזיר לקופת השותפין רק באנקי דמה לי שלוה מאחר או מתוך השותפות שהוא משלם המטבע שלוה ומעולם לא נשתעבד על מ"פ כלל:

וגם כי יפה כתב שארי הרב הנ"ל דאם יקח השני יותר יש כאן איסור רבית אך כפי הענין דנ"ד שמבואר מתוך לשון השאלה שאין השותפות חל רק עד שמכרו הסחורה ומוליכו המעות לביתם וזה קץ ותכלית המו"מ שלהם וא"כ כשלוקח זה מהסך שבקופת השותפות לוקח לחלוטין שלא ע"מ להחזיר אין כאן דין לוה דהא ליתא בחזרה ושלו הוא עומד ונוטל וכיון שחבירו נתרצה בזה ולא ייחד לעצמו מעות כנגד זה בקופת השותפות ממ"פ הרי נתרצה וגילה דעתו דלא קפיד שיהיה שלו מרובה על של חבירו עד שיגיע השעה שיצטרך ליטול כנגדו ודייניין ליה מההיא שעתא כאילו הם מטילים עכשיו

לכיס זה מנה וזה מאתים דאף בסתמא דינא הוא שיטול כ"א כפי המטבע שלו והשכר לאמצע ומכ"ש בזה דכיון דלא התנה מחדש ודאי אתנאי קמא סמכו שיהיה לאמצע וכמו שביארתי לעיל:

ומ"ש שארי הרב הגאון האבד"ק הנ"ל שדיין אחד הביא ממ"ש בעטרת צבי בשם תשובת פ"מ ודחה דבריו דהתם מיירי שלא מדעת חבירו דברי הרב ברורים וא"צ לפנים ומבלעדי זאת נראה ברור דהתם מיירי שזה שלקח קצת מהקרן היה בענין שהיה צורך לשותפות במעות אלו להסתחר בהם ולא היה לו רשות ליטול לעצמו שאפילו ריוח אין לו ליטול כדאמרינן רווחא לקרנא משתעבד ומכ"ש מהקרן לפיכך דן את הדין דחולקין לפי מעות דאומדן דעת הוא שלא נשתתפו שיהיה השכר לאמצע כ"א על קו השוה אבל בגוונא דנ"ד שאין דרכם להסתחר במעות הפדיון רק הם צבורים ומונחים אצל החלפון ואינם מעלים שכר וריוח לשותפות כלל פשיטא דבשביל שלקח המעות הבטלות לא הפסיד הריוח שעולה מסחורות השותפות חלק כחלק ומכ"ש בזה שלקח מדעת חבירו ומרצונו ולפי דברי הדין אם היה ריוח בגוף הסחורה שנמכרה אחר שקיבל זה מעות לחלקו יותר מבראשונה כגון שעתה עלה שער הסחורה חולקין הריוח לפי המעות שהיה להם בעת ההוא בשותפות וע"פ דברי הפ"מ הנ"ל וזה לא יעלה על לב לעולם וברור לענ"ד אפילו אם לקח שלא מדעת חבירו ממעות הבטלות העומדים ליחלק לא נגרע מערכו והוא דבר ההוה ורגיל בין השותפים דלא קפדי אהדדי ואין מכלים דבר ומעשים בכל יום שלפעמים לוקח שותף אחד מעות לצורכו ואחר זמן חוזר השני ולוקח ומעולם לא נשמע שידונו ביניהם לזכות לזה חלק מהריוח שעלה בינתים ומכ"ש בזה דאם איתא שהיה בדעת שמעון שראובן יהיה נגרע מחלקו עבור זה הו"ל לאתנויי וכבר כתבתי דאף הרי"ף והרמב"ם מודים אף בסחורה העומדת ליחלק דאף בסתמא הוי לאמצע וז"ל הרי"ף בתשו' הנ"ל דכיון שגמרו השותפות ביניהם ולא התנה אחד מהם על חבירו שיהיה לו איזה יתרון הדין נותן שיהיה הריווח וההפסד לאמצע שאם הי' כוונת א' מהם שיהיה לו יתרון על חבירו בשום דבר הי' מתנה ע"ז ולא היה אפשר לו להתרשל בזה ומאחר שלא התנו ונשתתפו סתם נראה שכוונתם לחלוק בשוה אע"פ שיש לאחד קרן יותר על חבירו כו' ע"ש וא"כ כ"ש בנ"ד דאמרי' הו"ל לאתנויי וגם שאף אם הי' מתנה כן לא היה ראובן מתרצה בכך ועוד דהא קמן שהתנה עמו שאם יצטרך הוא למעות יטול גם הוא הרי שלא היה בדעתם לשנות דבר מתנאי השותפות ולפי שהדברים פשוטים לענ"ד קצרתי ומובטחני אם הדיין הוא דיין אמת ותלמודי לא יהוה בוש מלחזור בו ולומר דברים שאמרתי טעות הם בידי:

ומ"ש הרב נ"י עוד בשם דיין אחד שכתב ששמעון קנה במעמד שלשתן כבר דחה הרב נ"י דבריו בדברים של טעם ואני לא ראיתי לישא וליתן בזה כיון דבאמת לא היה בעת ההוא מעות ביד החלפן רק מעט ואם הדיין הלז גוזר על מיעוטו ומקפיד עליו גם זה אינו חוצץ חציצה דאורייתא דהא כבר ביררתי דודאי לא נשתעבד זה שיקח חבירו נגדו מ"פ שביד החלפן שהרי זה קיבל באנקי וגם כל חשבונם העיקרי על באנקי וא"כ הציווי לחלפן הוא על באנקי והרי לא היה להם בידו באנקי כלל ואם נאמר דנעשה כאומר שהמעט שביד החלפן יוחלף ג"כ תיכף על באנקי ויוזכה בו השני א"כ עכ"פ זה אין לו ליקח רק באנקי כשער שהי' אז ומה שיש מותר שייך לחלפן ובטעות נתן להם יותר כפי השער שעלה אח"כ האם יאמר כדבר הזה שאין לו שחר דדרך הוא שאין החלוף נעשה מיד רק בהגיע תור קבלת המעות אצלו חושב החילוף בשער שהוא אז בין עלה ובין ירד ועד ההיא שעתא הוא כפקדון גביה בחזקת שניהם וכשרוצה זה ליטול הוא נותן לו ע"פ מה שהרשה לו חבירו ושליחותיה קעביד אבל מ"מ עד ההיא שעתא שנותן לו הוא בחזקת שניהם ובאחריותם ואין כאן דין חלוקה ומע"ש כלל כיון שלא יחדו בפירוש שמ"פ הנשאר ביד החלפן הוא לשמעון לבד ואין לו עסק בו מעתה וטענת ראובן אמיתית דמעיקר' לאו אדעתיה דחלוקה נחתי דפשיטא שאם הוזל המטבע שביד החלפן או נפסל או שנעשה החלפן בורח וכיוצא דודאי לא היה שמעון מקבל ההפסד על עצמו לבד כדרך כל השותפות שאף שאחד לוקח סך מה קודם מ"מ כל הנשאר הוא בחזקת שניהם ובאחריותם לכל דבר כל שלא חלק לעצמו והניח חלק חבירו בב"ד וזה מבואר בכמה תשובות לא רציתי להאריך וגם דכך הוא שראובן נושא ונותן במעות הנשאר בחזקת שותפות כבראשונה אף בלא ידיעת חבירו ואם פיחת או הותיר לאמצע ועכ"פ הדבר ברור בין שיהיה לוה מקופת השותפות או שלוקח לחלוטין שלא ע"מ להחזיר מ"מ כ"א נוטל בשעת חלוקת השאר הקרן במטבע שהניח כפי הסך שנשאר לו בשותפות והשאר חולקים בשוה ומכ"ש אם עליית השער ממטבע מ"פ היה קודם שמכרו הסחורה הנשארת די"ל שאין כאן ריווח מחמת המטבע דמה שעלתה המטבע ירדה הסחורה ולולי זאת היו לוקחים יותר בעד הסחורה וכמו שפרשתי לעיל דברי הרמ"ה שבטור מ"ש דהאי רווחא ופחתא מחמת שותפות קאתי אך באמת אפילו מכרו כל הסחורה בעד מ"פ בעת שהי' השער כמקדם ואח"כ עלה מ"פ מ"מ אין שמעון נפרע מן השותפות כ"א בבאנקי כמו שלקח ראובן ואין מחשבין על מ"פ כלל:

בהא סליקנא ובהא נחתינא שיפה דן ויפה הורה הרב הגאון האבד"ק הנ"ל וטענת שמעון מידי משאא אית בי' אפי' שמע מעוף הפורח אין בו לא טעם ולא ריח. כמוץ אשר תדפנו

רוח מובטחני כי כנגדו החלוק עליו לבב עקש יסיר בשמאל. וימין דוחה. כמדת כל שרוח חכמים נוחה ואל האמת ישא פנים וישבית מדני'. אז יחזיק במעוז שלשה עמודי עולם דין אמת שלום ושלום על דייני ישראל:
דברי זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד הלכות מקח וממכר

שאלה ל

שאלה במי שעשה עם אחד מקח על פשתן ושוב אירעו אונם וחזר בו כאשר באו הדברים ברוב ענין מכבוד שארי בד"ז הגאון המפורסם מופת הדור מוהר"ר יעקב נ"י האבד"ק קאליש ומצ"פ לק"ק ליסא יע"א וענוותו תרביני לחוות דעי בזה:
תשובה ראיתי דברי שארי הגאון נ"י טובים ונכוחים עריבים כעולות מחים ודבר ברור הוא דבעובדא דנ"ד שגלה דעתו בשעת גמר מהמקח וגם אומדנא גדולה כזו ואונס גלוי לכל שזה הלוקח יכול לחזור ולא מבעיא אם ראובן זה הקונה אין דרכו לקנות לעצמו כלל וגם עתה לא קנה כלל לעצמו רק הוא שלוחו של הליוועריגנג דהיינו הליוואנט לקנות עבורו וגם נתינות הוועקסיל אינו רק ע"פ שליחות מהליוואנט אבל עיקר המקח הוא עבור הליוואנט דודאי יכול לחזור בו שהרי זה נדון דהגאון בעל שער אפרים ממש ובאמת בכה"ג שהודיע למוכר שאינו רק שליח לבד ועתה המשלח חוזר בו אף שהשליח עושה קנין גמור והמשלח מחמת אלמותו אינו רוצה לקיים המקח מ"מ אין למוכר דין על השליח וזה מבואר מעובדא דב"ב דף קס"ט ההוא אתתא דיהבי זוזי להההוא גברא למזבין לה ארעא כו' ובב"מ דף ע"ד ההוא גברא דיהיב זוזי לנדוניא כו' ואף דשם מיירי לענין מי שפרע מ"מ יש ללמוד משם לכאן ע"ש בב"י ח"מ סי' קפ"ב בשם תלמידי הרשב"א ולא רציתי להאריך בזה כיון דמשמעות לשון השאלה שהליווראנט עשה מקח עם ראובן וראובן זה אינו שליח רק הוא גופיה תגרא דזבין הכא ומזבין להכא וא"כ אין זה ענין לנידון השאלה בשער אפרים שלא היה רק שליח לבד ובזה הדין פשוט יותר. אך בעל שער אפרים סמך ענין לו ההוא דסי' ר"ל פלוגתת רבינו יונה ור"ח ורמ"ה ונראה מדבריו דבתורת כ"ש אתי עלה ויפה כתב הגאון נ"י דאפילו רבינו יונה מודה ודוקא בלוקח בשיוויו קאמר ר"י שאינו גילוי דעת גמור דאפשר שבלא"ה היה קונה דבר זה משא"כ כאן שיש בו שיעור ביטול מקח דודאי לא מחל אינש והגילוי דעת הוי כהתנה אם יקחנו פלוני:
וכדי לברר שכנים דברי הגאון נ"י אני מוכרח להעתיק לשון רבינו יונה שהביא בשיטה מקובצת ב"ב דף צ"ז שממנו מקור דברי הטור וז"ל בשם רבינו יונה בעליותיו המקבל

יין מחבירו למחצית שכר כו' אבל הלוקח יין מחבירו אע"פ שאמר שבדעתו להוליכו למקום פלוני והוזל עד שלא הספיק להוליכו לשם המקח קיים שהרי לקחו מקח גמור ואם לא נתקיים מחשבתו להגיע לאותו מקום יהיה לו לשתי' ואע"פ שאמרו המוכר על דעת לעלות לא"י ולא יכול לעלות מכרו בטל במוכר בלבד אמרו כיון שהמוכר מתוך אונס הוא מוכר והרי נודע הדבר שלא מכר זה אלא מפני שעלה בדעתו שאינו צריך למה שמכר עכ"ל (ובטור לפנינו איתא שעלה בדעתו דבר שיהא צריך למכור והכוונה אחת דגם בשיטה מקובצת בשמו ה"ק שלפי שהי' סובר שלא יהא צריך עוד לאותו קרקע שמכר לפיכך מכר אבל כיון משנודע שטעות הי' והוא צריך לאותו דבר בטלה המכירה) הרי מבואר דעיקר טעמו כיון שלא קיבלו למחצית שכר שיהא רשות אחרים עליו אלא לקחו מקח גמור וא"כ י"ל שלא בתורת קפידא קנה אותו להוליכו דוקא אלא אפשר שהיה בדעתו שאם לא יהיה אפשר להוליכו יהא לו לשתי' משא"כ כאן דכ"ע סהדי שלא היה קונה לעצמו לפרקמטיא במקח הזה כלל אין כאן מקום לחלק בין מוכר ללוקח:

וגדולה מזו נלע"ד דאפשר אף בלא גילוי דעת אם הדבר ידוע ומפורסם לכל שאין זה קונה לעצמו רק בשביל הליוורינג איכא אומדן דעתיה שנתן כפלים מכפי שווי' דחוזר המקח וכמ"ש בכתובות דף צ"ז זבין ולא איצטריך לזוזי הדרי זביני פירש"י מכר שדהו ואנו יודעין שהוא חפץ לקנות שדה פלוני או פרקמטיא פלונית באותן מעות ולא איצטרכי ליה זוזי שחזרו המוכרין עכ"ל ואע"ג דהתוס' והרא"ש שם כתבו דמיירי שגילה דעתו בשעת המכר כו' היינו מטעמא שכתבו שם דליכא אומדן דעת כולי האי דהרבה פעמים אדם מוכר קרקעותיו ואין ידוע למה הוא מוכרן אבל באיכא אומדנא דמוכח טובא אפילו גילוי דעת לא בעינן לא בשעת מעשה ולא קודם לכן ולדינא לא פליגי תוס' ורש"י רק דרש"י מיירי שהדבר ידוע ומפורסם שבשביל זה הוא מוכר ותוס' דחיקא להו לאוקמי בכה"ג וזה מבואר למעיין בסוגיא שם וכן מבואר להדיא בריטב"א שם דבדבר ידוע ומפורסם לכל שלצורך דבר זה הוא קונה כ"ע מודים וא"ל דוקא במוכר אמרינן הכי ולא בלוקח לפי שיטת רבינו יונה דמחלק ביניהם דפשיטא דז"א כיון דחזינן דאף בלא גילוי דעת כלל מהני בכה"ג שמפורסם לכל:

וגוף החילוק שמחלק רבינו יונה הוא לפי שהמוכר מחמת אונס הוא מוכר כו' והרי אין אתנו יודע דבר זה רק מצד אומדן דעת אמרינן הכי שלא היה מוכר בלא האונס שעלה בדעתו שצריך למכור ואם לפנינו גלוי ומפורסם בלוקח זה שמתוך האונס הוא לוקח לפי שעלה בדעתו שצריך לקחת אותו דבר וזולת זה לא היה לוקח פשיטא דמוכר ולוקח דין אחד להם. וק"ו הדברים בנ"ד שגלוי ומפורסים וגם איכא אומדני דמוכח טובא

שלא הי' לוקח בדמים יקרים כאלה אם לא מחמת הליוורינג שהמקח חוזר ומכ"ש בזה שגילה דעתו בפירוש שקונה בשביל זה ואמר לו שלכך קובע זמן על ר"ח תמוז שאז יקבל המעות מהליוואנט:

ואין לפקפק בדבר ממ"ש בנימוקי יוסף בב"ב שם וז"ל ולפירוש התוס' ז"ל דווקא במתעסק דשייכא קפידא דבעל העסק שלא למכרה אלא בזול שפט אבל המוכר סחורה לחבירו ע"ד להוליכה למקום היוקר אם הוזילה או נאנסה ללוקח דבאחריותו קיימא ואלו רצה למכרה בכאן או להשליכה לים הרשות בידו ואפילו התנה עמו שיפרענו מן המעות שיקבל ממנה בזול שפט אינו אלא כקובע זמן בלבד שלא יוכל לכופו לפורעו קודם לכן הא אלו מכרה כאן היה לו לפרוע מיד וכן אם הוזלה או נאנסה עליו רמיא ולהאי פירושא אחרינא דמיירי במכר מיירי כשהתנה כן עם המוכר בתנאי גמור א"נ שאמר לו בדרך קפידא דאדעתא דהכי זבין ליה להשתכר בזול שפט והשתא דמיא להההיא דקידושין אבל אם לקחו אדעתא שלא יפרענו עד שיוליכנו לזול שפט ויפרענו מן המעות שיקבל שם לא וכדאמרן כן דעת הריטב"א ז"ל ורבו הרשב"א ז"ל הרי מבואר דאף להך פירושא דבמוכר מיירי מ"מ לא מהני מה שקובע לו לפרוע שם דאין זה רק קביעות זמן אבל מ"מ קנה מיד שאלו רצה היה מוכרה בכאן או משליכה לים:

אבל כי דייקת משכחת דלא תיקשי מדברי אילו ואדרבא סייעתא דהרי בהך מלתא לחוד דאם רוצה היה מוכרה כאן כו' ליכא לעכובי על הלוקח שלא לחזור דא"כ בגברא דזבין כו' נמי נימא שהרי זה סילק נפשו מיד מן הנכסים ונכנסו לרשות הלוקח ואם רצה היה מוכרם תיכף אלא ודאי דלאו בהכי תליא מילתא משום דס"ס איכא גילוי דעת שמחמת שרצונו לא"י הוא מוכרו וממילא אמדינן דעתיה שרק מחמת זה הוא מוכר וגבי לוקח נמי אי ליכא רק גילוי דעת לחוד אע"פ שהוא באופן זה שלא יתן הדמים עד שם ס"ל להרשב"א דלא מהני שאין כוונתו להקפיד על גוף הלקוחה בשביל זה רק לענין שאינו רוצה להתחייב עצמו בדמים אחרים רק מאילו (ולאפוקי מדעת הרמ"ה שהביא הטור שתולה בזה שאינו נותן הדמים עד שם עי' שם) והא לחוד לא מהני דליכא אומדן דעת על גוף הלקיחה אבל היכא דאיכא אומדן דעת על גוף הלקיחה שלוקח להוליך שם להשתכר ודאי מהני וזה מבואר ממ"ש הנ"י א"נ שא"ל בדרך קפידא דאדעתא דהכי זבין ליה להשתכר שם בזול שפט והשתא דמיא להההוא דקידושין כו' והך אמירה לאו דוקא דכל שהדבר ידוע ומפורסם לנו שכל מגמתו אדעתא דהכי וקפיד עלה דמילתא כמאן דאמר דמי וכמ"ש לעיל מדברי רש"י והריטב"א וכמו שהוכחתי מדחזינן גבי מוכר דאזלינן בתר האומדנא שמחמת האונס הוא מוכר ואע"פ שלא אמר בפירוש שלולי

שבדעתו לעלות לא"י לא היה מוכר מ"מ כיון שאמר שבדעתו לעלות סתמו כפירושו דבלא זה לא היה מוכר וה"נ גבי לוקח זה שאומדן דעת דמוכר הוא וגלוי לכל העולם שלולי הליווערונט לא היה קונה:

ומדברי הנ"י בשם הריטב"א מבואר שאין כאן מחלוקת בין רשב"ם ורבינו יונה לאידך פירושא שהוא הר"ח והראב"ד דגם הר"ח והראב"ד מודים היכא שלא אמר בדרך קפידא שקונה ע"ד כן להשתכר בזול שפט לא מהני ובכה"ג שאומר דרך קפידא גם רשב"ם ורבינו יונה מודים דלא גרע לוקח ממוכר רק דבפירושא דשמעתא פליגי דכיון דרבא סתמא קאמר אדעתא דממטי ליה לפרוותא כו' ולא פירש שאמר דרך תנאי או קפידא וניחא להו טפי לפרושי דמיירי במקבל עסקא אבל לדינא מודים דכה"ג שא"ל דרך קפידא דמהני וא"כ בנ"ד דאיכא גילוי דעת אומדנא דמוכח דדרך קפידא הוא גבי זה שקונה והוליכו אל גנזי המלך אין ספק דגם רבינו יונה מודה בזה:

ובאמת יש לעיין לכאורה במ"ש הנ"י דאף שלקחו אדעתא שלא יפרענו עד שיוליכנו לזול שפט ויפרענו מן המעות שיקבל שם מ"מ אינו יכול לחזור שלכאורה לשון זה מורה שעשאו כאפותקי מפורש וא"ל לא יהא לך פרעון אלא מזו ובכה"ג קי"ל בסי' קי"ז דאם שטפה נהר אינו גובה משאר נכסים וצ"ל דלא דמי לשטפה נהר דהא באמת בידו להוליכו לשם אלא שאינו רוצה מפני שהוזל המקח שם. ולפ"ז אפשר לומר דכגוונא דהכא דהוא אונס גמור כשטפה נהר דמיא ואינו גובה משאר נכסים אלא דמהרשב"א שם מבואר דלא מהני שכתב שם אם הוזלה או נאנסה עליה רמיא משמע דאף בכה"ג שהתנה עמו שלא יפרענו אלא מזה הדין כן וצ"ע קצת. וגם כי יש לפקפק בנ"ד לפי שזה לא היה כ"א דברים בלבד ומ"מ נתן לו וועקסיל סתם ולא נזכר בו שום תנאי מאין יהיה פרעון ושעבד כל נכסיו לזה והך מעשה מוציא מידי דבור אך בל"ז נראה דגם ר"י מודה בגילוי דעת כזה ואומדנא גדולה כזאת ששילם לו כפלים כשוויא ואין לפקפק מהא דאמרינן בב"ב מכר את הצמד לא מכר הבקר ואף אם נתן בטבורם הרבה קי"ל דאין הדמים ראיה אע"ג דמוקי התם דאיכא דקרו לצמד נמי בקר ועי' שם שמבואר אף אם נתן דמים הרבה בכדי ביטול מקח הדין כן וע"כ דלאו אומדנא דמוכח הוא:

אך לענ"ד ז"א דודאי אין לך אומדנא דמוכח יותר מזה והתם היינו טעמא דרבנן דס"ל כיון דרובא דאינשי לא קרו הכי לא מהני הודעת הדמים דאם איתא שהיה כוונת הלוקח לכך היה לו לפרש כיון דסתמא לא משמע הכי וכן מצאתי בשיטה מקובצת שם בשם הרשב"א וז"ל ורבנן סברי אין הדמים ראיה להוציא מלשון רבים דכל שהרבים קורין לצמד צמד ולבקר בקר על הלוקח היה מוטל לפרש הלכך אפילו משך הלוקח צמד ובקר

ועדיין המעות בידו מוציאין ממנו ועי' בנ"י שם ונהניתי. אבל בנ"ד ודאי דהדמים ראיה שע"ד הליוועורונג נתכווין זה ובלא"ה יש לדחות ע"פ מ"ש הטור ס"ס רל"ב לענין מוכר שור ונמצא נגחן וז"ל ואע"ג דקי"ל כרבנן שאין הדמים ראיה ה"מ גבי צמד בקר שהדמים מכחישין את העיקר הלשון דעיקר לשון ב"א קורין לעול בלא בקר צמד אבל הכא בין לרדיא בין לשחיטה נקרא שור לכ"ע והולכין אחר הודעת דמים עכ"ל:

ובנ"י ר"פ המוכר פירות כתב לחלק דאין הדמים ראיה לחייב ענין שלא שאל לו דשני גופיה נינהו כו' עי"ש ואפשר שדברי הטור והנ"י עולים לענין אחד עם מ"ש הרשב"א דאין הדמים ראיה כיון דרובא לא קרי הכי היה לו ללוקח לפרש וכמש"ל בשם הנ"י גבי מכר לו צמד והב"י כתב בסי' רל"ב שכדברי הטור כתבו התוס' והרא"ש וכיוצא בזה כתב הר"ן והוא תימא שהתוס' והרא"ש בב"ק דף מ"ו ובהמוכר פירות כתבו דהתם משום דאיכא רובא וגם הוא מוחזק כו' ושיטות הטור אינו כן שהרי הטור סי' ר"ך כתב שאפילו משך הלוקח הצמד והבקר ולא נתן מעות מוציאין ממנו כו' וכ"כ בש"מ ב"ב דף ע"ו ועי' שם בב"י בשם הר"ן שכ' כן בשם הרמב"ן ומצאתי בשו"ת מזרחי שפלפל בענין זה ואין הפנאי מסכים עמדי לעמוד על דבריו ועי' בשיטה מקובצת בבא בתרא ריש המוכר פירות מ"ש בשם הר"א בן מגא"ש לתרץ בזה:

ולולי דמסתפינא הוי אמינא שאין ר"י חולק בדינא על הר"א והראב"ד כלל דבאמת הך חילוקא שכתב רבינו יונה שהמוכר מחמת אונס הוא מוכר זו מנין לנו והדבר מבואר באשר"י דקידושין גבי ההיא דזבין כו' דדוקא בקרקעות לפי שאין דרך בני אדם למכור קרקעות שהוא מתפרנס מהם אם לא שהיה דעתו לעקור דירתו אבל במטלטלין כו' לפי שלפעמים אדם מוכר מטלטלין אפילו דעתו לישאר כאן וא"כ גבי הך דינא דמכירת יין אפילו במוכר דינא הכי:

ומצאתי בפרישה סי' ר"ל שהקשה כן וכתב דה"נ מי שלוקח יין כדי להרויח בו לוקחו והוא גילה דעתו שרוצה להוליכו למקום היוקר וכשם שאין דרך בני אדם למכור קרקעות ה"נ אין דרך בני אדם לקנות במעותיו מטלטלין ובפרט יין כ"א קרקע כו' ומ"מ מסיק רבינו דוקא במוכר מחמת אונס בהא אמרי' דדעתו היה לעלות לא"י משא"כ בלוקח זה שמרצונו קנה להרויח בו ולא היה מוכרח לכך וכל לוקח כדי להרויח מייאש נפשיה דלפעמים ג"כ מפסיד עכ"ל ורמז בקצרה לדברים אלו בסמ"ע סי' ר"ז עי' שם והוא דוחק גדול כמבואר למעיין ולענ"ד נראה דודאי לא מסתבר כלל שכל מוכר חפיצים מחמת אונס הוא ומלתא דפשיטא הוא שכל מי שעוסק בפרקמטיא הוא יושב ומצפה מתי יבא הקונה והוא מוכר לו בעין יפה ולב שמח אך דברי רבינו יונה לקוחים מהא דאמרינן

בבבא בתרא דף מ"ז אמר ר"ה תלויה וזבין כו' מ"ט כל מה דמזבין אינש אי לאו דאניס לא הוי מזבין כו' ופי' רשב"ם שם רוב חפיצים וכלי ביתו וטליתו שאדם מוכר אי לאו דאניס ודחיק במעות לא הוה מזבין כו' וכה"ג אמרינן לענין אונאה לחלק בין צרדייהא שהוא כלי קנבוס העומדים לימכר ובין מאני תשמישתיה איידי דיקירי עליה כו' וכן לענין קרקע אינו מוכר אלא מפני דוחק ואונס שהוא צריך למכור ואין כוונת ר"י לחלק בין מוכר ללוקח כלל דלענין פרקמטיא העומדות למכור כקונה כמוכר הם שוים דלא מהני גילוי דעת המוכר אדעתא למיסק דהא גם בלא"ה היה מוכר שהרי הוא דבר שעומד למכור ואם אנו יודעין שקונה החפץ הוא קונה מחמת איזה סיבה ולולי הסיבה הזאת לא היה קונה אותו מה בין זה למוכר משום דזוזי אנסי' כיון שהקונה אל ישמח רק הסיבה הוא שהכריחתו לקניא זו ועיקר כוונת ר"י לחלק בין ההיא דזבין למיסק דשם מיירי בקרקעות דמסתמא חביבים עליה ומחמת אונס הוא מוכר משא"כ כאן ביין שהוא דבר העומד למכור ולקנות אף בלי סיבה מכרחת לא תלינן הקנין בגילוי דעת שלו דתרווייהו בעינן שיהא ידוע לנו שאין עושה המכירה או הקנין דרך משא ומתן דעלמא שמוכרין וקונין בשווין כדי למכור להרויח וגם גילוי דעת שעושה בשביל הסיבה ההיא ואם הדבר מפורסם לכל אף גילוי דעת א"צ וכמ"ש:

ועוד נלענ"ד דאפילו תימא שאין זה דעת רשב"ם ור"י מ"מ הרי דעת ר"ח והראב"ד וה"ה כתב שזה נראה דעת האבן מגא"ש ז"ל ושאר פוסקים לא הכריעו בזה א"כ פשיטא דלא מפקינן ממונא מהאי וכמ"ש השער אפרים וגם בנ"ד שאמר שאין רוצה ליתן מעות אחרים רק מזה מבואר בדעת הרמ"ה שהביא הטור דבכה"ג שפיר מהני חזרתו ואפשר שגם שאר פוסקים מודים לזה וגם ר"י אפשר דמודה בהא ועי' בדרישה מ"ש בזה וצ"ע. ומחמת נתינת הוועקסיל פשיטא שאין זה מועיל לדעת הרמ"ה כאשר כתב שארי הגאון נ"י דהא הרמ"ה לאו מטעם מוחזק אתי עלה רק מטעם שזה הוי גילוי דעת טוב ואין להאריך:

רק את זה חזיתי מה שצידד הגאון נ"י לאמר דמחמת הוועקסי"ל לא חשיב מוחזק כיון דדינא דמלכותא שלא לתבוע בוועקסי"ל אף שלא נזכר בו שם המלוה כ"א שיתן לו שארירונג כו' נראה מדבריו שזולת זה היינו מחשבין לבעל הוועקסי"ל מוחזק וכן נראה ממה שהוצרך לחתור דגם רבינו יונה מודה ואני לא באתי לידי מדה זו שלענ"ד אף אם הוא במחלוקת שנויה מ"מ מאין הרגלים להיות בעל הוועקסי"ל נקרא בשם מוחזק וכי בשביל שלא נזכר בו שם המלוה יהא עדיף משטר בעדים דאמרינן ביה יד בעהש"ט על התחתונה ומ"ש הט"ז באה"ע הביאו הב"ש סימן נ"ג וסימן ע"ז דאם נתן אבי האשה

ממר"ם חשיב כגבוי שם הוא ענין אחר שאנו רוצין לזכות אבי האשה לפי שמעולם לא באה הנדוניא ליד החתן ובזה שכל מי שיוציאנו הוא מחויב לשלם לו אע"פ שלא נתחייב מעולם אין לך גמר והקנה גדול מזה כו' ועי' שם (ומה שסיים הט"ז שם והוא יחזור על חתנו במה שנתן הממרני לאחר כו' הוא מגומגם וכוונתו יחזור לגבות ממנו המעות שקיבל מהאחר בעד הממר"ם א"כ נקרא מוציא מהחתן עי' שם ולענין זה אמרינן דמחשב כאלו בא לידו שהרי הממר"ם הוא חוב אמיתי רק שצריך לבא לידו וכיון שלא נזכר בו שם המלוה ורשות בידו ליתנו לאחר ואבי הבת מעיקרא נשתעבד לכל המוציאו הוי כבא לידו אבל לחשוב ממר"ם כגבוי לענין ספיקות הנופלין בו או טענות וכיוצא בו נלענ"ד דלא עדיף משטר בעדים ומה יושיענו זה שימסרנו לאחר אם החיוב לראשון אינו ברור והרי זה כממר"ם ספק פרוע שגם השני אין יכול לגבות בו כלל. ומ"מ גם זה אמת שמצד דינא דמלכותא אין מועיל השם הנעלם בוועקסיל וגם מצד התקנה ראיתי בעטרת צבי סי' מ"ח שכתב יש תיקון ארצות מהגאונים הגדולים שאין רשאי שום אדם לקנות ממר"ם בלתי ידיעות החתום מטה וכשהקונה טוען שבידיעתו קנה הוועקסיל מחוייב לישבע ע"ז כו' ע"ש וא"כ איך יוכל למכרו לאחר שהרי החתום עומד וצווח דחספא בעלמא הוא:

והנה לגודל הנחיצה לא יכולתי לחפש בספרים רק מה שעלה בידי ראשון ראיתי בשו"ת הרשב"ש סי' שפ"ז בשם אביו הרשב"ץ שדן והורה הלכה למעשה בענין סוחרים שבא להם ספינה ממיורקת ובהיותם בנמל קנו הסוחרים פשתן מיהודים אחרים באשראי ואח"כ נאנסה הספינה ולא יכלו לטעון הפשתן ופסק שיחזור הפשתן לבעלים הראשונים משום דהוי אומדנא דמוכח שלא קנו אלא ע"ד לשלוח בספינה זו ע"ש באורך והגאון הרשב"ש ז"ל הי' נכדו של רבינו יונה ז"ל ובכל מקום מזכיר דבריו ועושה אותם עטרה לראשו ובעובדא זו לא הזכיר דבריו משום דס"ל דעיקר חילוקא בין מוכר ללוקח משום דאפשר דהלוקח לא קפיד וכל דאיכא אומדן דעת דהלוקח קפיד לית לן לפלוגי בין מוכר ללוקח כלל. ועיין בתשו' מהרשד"ם סי' רמ"ז וז"ל ראובן נתפשר עם שמעון לקנות ממנו בתים ידועי' בעד סך ידוע כו' ונתן לו טס של כסף לערבון ונטלו שניהם קנין ובאותו מעמד עבר דרך שם נפתלי ואמר ראובן לנפתלי הנה לי בידך כמה בגדים וקריזאו"ש משועבדת מזבולן בעד סך ידוע מכל כך צמר שרוצה לקנות ממני יהיה גם בעדי משועבדות לשמעון וזה בעד אותו הסך שהם משועבדים לי ושוב לא נגמר מכירת הצמר באופן שלא נשתעבדו לא לראובן ולא לשמעון ומאז ואילך נפרדו ראובן ושמעון כ"א לדרכו פנה בכפרים מחמת הנגף כו' ועתה חזר בו ראובן כו' תשובה כו' עוד מטעם

אחר נראה בעיני דאין כאן מקח כלל שהרי כתב שעבר שם נפתלי ואמר ראובן לנפתלי כו' ונמצא שלא היה לאותו נפתלי מעות כו' א"כ אית לן למימר שלא הי' קונה ראובן אלא אדעתא שהיה לו אותם המעות מוכן' ומזומנת לפרעון וכיון שנתגלה שלא הי' אצל נפתלי מעות לית כאן זבוני כמו מאן דזבין אדעתא למיסק לא"י ולא סליק ועדיף נ"ד וכיוצא בזה לאיפוך אמרי' בגמרא זבין ולא אצטריכו ליה זוזי כו' בהא סלקינא ובהא נחתינא דזביני אין כאן כלל וכיון דאין כאן זביני הדר חפצא ר"ל הטס למרי' כו' עכ"ל:
ודבר ברור הוא שלא נעלם ממהרשד"ם דברי רבינו יונה לחלק בין מוכר ללוקח ואיהו גופא הזכיר דברי הטור, בשם רבינו יונה שם בתשובה סי' רפ"ט ואפ"ה לא חש ליה למלתא וכתב כאן בפשיטות דהדרי זביני משום דעיקרא דמלתא בקפידא תליא מלתא וכל דאמדינן דעתי' דקפיד עלה דמלתא אין חילוק בין מוכר ללוקח כלל והרואה יראה כמה מעלות טובות בנ"ד שאמר בפירוש שמקפיד על דבר זה שהפרעון יהיה ממעות שיקבל מהלייוואנט ועוד כמה אמתלאות דודאי הדרי זביני וידוע כמה נפיש חילא דהאי אילנא רברבא מהרשד"ם ז"ל וגודל כחו בהוראות ולהוציא דין אמת לאמתו והש"ך ז"ל בסי' ר"ז שם רמז לתשובה זו ע"ש סוף ס"ק ד' ולהיות כי מוכ"ז נחוץ לדרכו ואץ עלי לאמר כלה מעשיך אני צריך לקצר וסוף דבר הכל נשמע כי יפה דן ויפה הורה שארי הגאון נ"י שהמקח חוזר הנלענ"ד כתבתי דברי זעירא מן חברייא:
הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה לא

מאיר נתיבים. תיזל אמרתו כטל וכרביבים. עריבים לאוזן ברורי' ואהובים,. ה"ה כבוד אהו' חתן גיסי הרב המאה"ג החריף ובקי מוהר"ר מאיר נ"י:
אחד"ש דבריו העריבים עלי קבלתי. ופניתי לראות במ"ש להקשות בהא דכ' האו"ח סי' כ"ה לתרץ קושית הגאון מוה"ר חיים יונה על התו' דס"ל דהיכא דקם דינא ע"פ דבורו מתחייב לשלם אף למאן דלא דאין דינא דגרמי דתיקשי ממוחל שט"ח ובאו"ת מתרץ שהטעם משום (שני שעבודים כו' וכשמוחל שעבוד הגוף בשלו הוא עושה רק דממילא פקע שעבוד נכסים ולפ"ז כשמוחל שעבוד הגוף בשלו הוא עושה וההיזק דלחבריה ממילא קאתי וגרמי הוא וע"ז הקשה כ"ת ממנסך לרב ולמאי דאמרינן אין אדם אוסר דמוקמינן באית ליה שותפות בגווי' וה"נ נימא כיון דהוא אינו אוסר רק שלו ושל חבירו נאסר מאליו א"כ אין כאן רק גרמי ורב לית ליה דד"ג דהא בב"ק מוקי דוקא כשנשא ונתן

ביד וא"ל משום שלא יהא כ"א הולך כו' שהרי התוס' כתבו דמהך טעמא אין לחייב רק לחשבו כהיזק ניכר והכא אפי' היזק ניכר פטור משום גרמי עכ"ד בקצרה:
וכמה תשובות בדבר. חדא שהדבר פשוט בכל גזלן שמתחייב בהשבה אפי' איתבר ממילא מחויב לשלם דהשבה אין כאן וכאן במנסך אין חיובו על מעשה הניסוך דהא קלב"מ רק מדאגביה קניא ומתחייב אפי' שיארע אונס אח"כ כמ"ש רש"י בכתובות והך חיוב מיתה שפוטרו על המעשה הוי בנשרף באונס ומ"מ מתחייב בהשבה על ההגבהה וכיון דמחמת שלא יהא כ"א חשיב כהיזק ניכר וא"י לומר הש"ל כמבואר בתו' שם ממילא דלא איכפת לן אם ההיזק ע"י גרמי אף למאן דלא דאין דינא דגרמי דעיקר החיוב על שעת הגזילה דעל שעת ההיזק בלא"ה אינו חייב דקלב"מ והנה התוס' בגיטין דף נ"ג ע"ב כתבו דאם השומר אתפסי' בידי' אפ"ה פטור אי חשיב ליה היזק שא"נ כדמוכח הכא והמשנה למלך בפ"ג מהלכות גזילה תמה על דברי התוס' וכ' דהיינו דוקא היכא דלא אתי לידיה בתורת שמירה וגם לא גזלה אלא שהלך וטימא טהרות חבירו אבל גזלן או שומר שטימא בידים אף שהי' שוגג חייב משום דבעי למעבד השבה מעליא ולכן לא מצי אמרי הש"ל כיון שהוא בי' ע"ש באורך. (ולענ"ד צ"ע דאם נימא שנתחייב בהשבה מלתא הוא שאם נעשה בו היזק אף שאינו ניכר לא הוה מאין הרגלים לחלק בין בידים לממילא וקצרתי):
ובספר שער המלך סוף חלק ב' כתב בכוונת התוספות שרצה לומר דמוכח הכא דאי לאו טעמא שלא יהא כ"א הולך הי' פטור אף שנעשה בידי' והתם גבי שור שהמית לא שייך שלא יהא כ"א כו' ע"ש. (ודרך אגב ראיתי שם בסוף דבריו הביא בשם יש"ש שכתב לו יהא דהוי היזק ניכר כו' דבעל הכרם נמי מפסיד עכ"ל ואגב שיטפא רהיט ליה וסבר שהם דברי היש"ש ובאמת שגם זה מדברי התוס' ע"ש) ונראה שר"ל דהא במתניתין דהמטמא כו' אמרינן גבי מנסך טעמא מדאגביה קניא וה"ה מטמא ומדמע ג"כ אפילו בהגבהה וא"כ ג"כ כבר נעשה גזלן על הדבר ואפ"ה צריך לטעמא שלא יהא כ"א הולך דאל"כ היה פטור משום היזק שא"נ וזה נראה בכוונת התוס' שם מ"ש דלשמואל כיון דעל שעת ההיזק לא מחייב דקלב"מ על שעת הגבהה לא מחייב דמצי אמר ליה הש"ל ורב ס"ל דמחמת הגבהה חייב אכל מה שיעשה בידים אח"כ אע"ג דאז קלב"מ כו'. ונראה כוונתם דשמואל ס"ל דאע"ג דמטעם שלא יהא כ"א כו' הו"ל כהיזק ניכר היינו אם היה מקום לחייבו על גוף ההיזק עצמו אבל בזה שעל ההיזק קלב"מ ואתה בא לחייבו על ההגבהה וע"ז אומר לו הש"ל ורב ס"ל דכיון שעושה בידים שייך שלא יהא כ"א כו' וחשבינן ליה כהיזק ניכר גם לענין זה שלא יוכל לומר על ההגבהה הש"ל כמו בכל היזק ניכר דלא

מצי אמר הש"ל ועכ"פ מוכרח דאי לאו שלא יהא כ"א דמחשבו היזק ניכר הוי מצי אמר הש"ל אף שהגבי' תחלה ונעשה גזלן עליו ודלא כהמ"ל:

אך לפענ"ד יש ליישב דברי המ"ל בזה דהתם שפיר קאמרינן דדוקא מטעם שלא יהא כ"א כו' דאל"כ שפיר הוי מצי אמר הש"ל ואע"פ שהיה כאן הגבהה מ"מ הך הגבהה לא הי' ע"ד לגזול ולהחזיק לעצמו רק לעשות בה היזק והיזק זה הוא היזק שא"נ ולא היה מתחייב עליו משום מזיק שהרי אומר לו הש"ל על היזק זה וא"כ גם על ההגבהה לא נעשה גזלן המחוייב בהשב' מעלי' שהרי לא חשב להיות גזלן רק להזיק וההיזק אינו מוציאו מרשות בעלים שעדיין שלו לפניו והמ"ל מיירי בגזלן שגוזל להחזיק לעצמו דאז משעת גזלה קני' להתחייב השבה מעליא וכל שהזיקו בידים אף בהיזק שא"נ לאו השבה מעליא הוא וכן בהך דשור שנגח שהי' שומר עליו השבה מעליא בעי' ולכן גם להמ"ל א"ש הא דהמטמא כו' ומ"ש התוס' דלרב מחייב אכל מה שיעשה בידי' אחרי כן היינו מטעם שלא יהא הולך כו' הוי כהיזק ניכר וכמ"ש ועכ"פ בזה שהקשה כ"ת דנימא דהוי גרמי כיון שאינו אוסר רק שלו ושל שותפות נאסר ממילא א"ש כמ"ש דעל הניסוך גופא בלא"ה אין לחייבו דקלב"מ רק על שעת הגבהה וממילא מחייב אח"כ אף בהיזק ע"י גרמי דס"ס כיון דהיזק ניכר הוא א"כ אין כאן הש"ל וליכא השבה דמתחייב בה משעת גזילה ובזה לא שייך הך סברא דכתיבנא אליבא דהמ"ל ולומר דכיון שההגבהה הי' ע"מ להזיק בגרמי לא מחייב על ההגבהה דז"א דבשלמא לענין היזק שא"נ שפיר י"ל דלא מחייב על ההגבהה כיון שאין זה ע"ד להוציאו מרשות בעלים שהרי אף אחר ההיזק ברשות בעלים קאי דהא אומר לו הש"ל משא"כ כשנאמר שעשאוהו כהיזק ניכר דשוב עכ"פ א"ל בו הש"ל אחר ההיזק אף שההיזק יהיה ע"י גרמי מ"מ לא עדיף איתבר ממילא או נשרף באונס דמחוייב על שעת ההגבהה וזה ברור והנה הך סברא דכתיבנא בדעת המ"ל דכיון שההגבהה אינה על מנת לקנות לעצמו רק להזיק היזק שא"נ אינו חייב על הגבהה כך נראה מדברי התוס' והרא"ש ברישׁ פרק הכונס שכ' בשם הירושלמי בהוציאוה ליסטים דוקא ע"מ לגוזלה אבל ע"מ לאבדה פטורין מזה משמע מדאגבי' ע"מ שלא לקנות רק לאבד אינו חייב באונסין אך הש"ך סי' שצ"ו כתב דעל הבהמה עצמה חייבים כמ"ש בסי' שפ"ו גבי זורק מטבע לים הגדול (ושם משמע דאף שהגבהה ע"מ לזרוק למקום שיכול לומר הש"ל אפ"ה חייב ויש לדחות דשאני התם דבעי השבה מעליא ליד בעלים וזה במקום שאין יכול ליטלו משם) ומ"מ בהכישה ונאבדה מסתפק שם דאפשר דאפי' נאבדה פטור ולא ביאר החילוק ונראה דס"ל דבהוצאה בידים חשבינן ליה כאלו מאבדה מיד וכן בזורק מטבע דמה דשקלי' גורם לזריקה זו שנאבדה עי"ז והוה עלי' כגזלן מיד

ובעי למעבד השבה מעליא משא"כ בהכישה אע"ג דבש"ס מדמינן להוצאה דהכישה הוי כמו משיכ' ע"ש בתו' והרא"ש מ"מ הכשה זו אינה גורמת לאיבוד וצ"ע. ועיין בפ"י גבי הזורק מטבע ואמנם כן אם נלמוד משם דהגבהה ע"מ לאבד פטור על הגבהה קשה הא דאמר גבי מנסך מדאגבי' קניא דהא הגבהה ע"מ לאבד הוא וא"כ אפי' חשבת ליה כהיזק ניכר יהי' פטור וצ"ל דלא דמי לע"מ לאבד דהכא כיון שרוצה לעבוד ע"ז בניסוך זה ועושה בו כחפצו כמגבי' ע"מ לקנות חשבינן ליה אלא דלפי"ז אכתי תיקשי למ"ד אין אדם אוסר דשא"ש דמוקמינן בשותפות ושל חבירו אין נאסר רק משום דמעורב בשלו וא"כ אין לחייבו על ההגבהה שהוא ע"מ לאבדו שיהיה מעורב בשלו האסור אך באמת ז"א דאע"פ שהוא לא יוכל לאסרו מ"מ כיון שלא חלקו קודם הניסוך ומנסכו בסתם דעתיה אכולה ורוצה שיהיה כולו נסך לע"ז וכמתכוין לקנותו דמי וכיון שעכ"פ נאסר ע"י התערובות הוא מחייב בתשלומין על ההגבהה. ובזה יש ליישב קושיית התוס' בחולין שהקשו דגם בהך שיטה דלצעורי' נימא דאית ליה שותפות והוכיחו מזה דגם בשותפות אמרי' לצעורי אך דעת הרמב"ם אינו כן ורש"י כתב דה"ה דהו"מ לאוקמי בשותפות ולפמ"ש א"ש דמה בכך שלא כיון לצער בחלק עצמו מ"מ במה שמנסך גם חלק חבירו אמרינן שלא כיון רק לצער (ועיין בתוספות ב"ק גבי הוציאוה ליסטים שכתבו בתפסו ניזק אף ש"ח לא הוי על חלק הבעלים דשותף אין מתכוין רק להחזיק בשלו ואינו בא להוציא חלק חבירו מרשותו כמו גזלן ע"ש רק דכאן י"ל דמ"מ מתחייב על ההגבהה כיון שלא חלקו מתחלה ויאסר גם חלק חבירו מחמת התערובות שפיר חשיב כגזלן על חלק חבירו מחמת ההגבהה) וא"כ כיון שאין דעתו לעבוד בו רק לצער שוב לא הוי רק כהגביה ע"מ לאבד ולא קניא לאונסין א"כ הדק"ל למה חייב במזיד דנימא קלב"מ וא"ל מדאגבי' דהא על ההגבהה פטור ולכך הוצרך לאוקמיה בישראל מומר משא"כ לעיל שפיר משני בשותפות דכיון שדעתו לעבוד בכולו שפיר חייב על ההגבהה ועיין בקצה"ח סימן שנ"ט שכתב דבגונב ע"מ למיקט אינו חייב על ההגבהה ע"ש ומדברי התוספות אלו אין נראה כן דא"כ לא הוו מקשו מידי דהא לא מצי לאוקמיה בשותפות כיון די"ל בחלק חבירו לצעורי' לא נתחייב על ההגבהה ותיקשי קלב"מ וכמ"ש:

ולפ' מ"ש יש מקום אתי ליישב לשון הרמב"ם פ"ז מהלכות חובל שכתב המנסך יין של חבירו לא נאסר שאין ישראל אוסר דשא"ש ואם היה לו שותפות או ישראל מומר כו' והנה פתח דאין אדם אוסר דשא"ש וסיים דישראל מומר אוסר וזה מורה דשפיר יכול לאסור דשא"ש אלא דישראל אין אוסר משום לצעורי מכוין והראב"ד שם כתב א"א לצעורי קמכוין ונראה כוונתו להשיג על הרמב"ם דלא הו"ל למנקט בהאי לישנא דאין

אדם אוסר ולפי מ"ש י"ל דהנה דעת רש"י שם שכתב לא מיבעיא הגביהה והרביצה משמע דהגבהה מועלת לענין שיאסור אח"כ והתוספות הקשו עליו דא"כ מאי פריך למ"ד אין אדם אוסר ממנסך דהא מנסך מדאגביה קניה:

אך י"ל דכבר כתבתי דהגבהה שלא ע"מ לקנותו אפילו הגביה ע"מ לצער אינו מתחייב עליו ועכ"פ בעינן שיהיה מגביה ע"מ להזיק וכן נראה מדברי רש"י שכתב מגביה ע"מ לאסרה וא"כ למ"ד אין אדם אוסר פריך שפיר דא"ל דאוסר מחמת ההגבהה ז"א דדוקא אם ההגבהה קונה לו לאונסין משא"כ הגבהה זו לא קניא ליה כלל כיון שאף אם ינסך לא יהיה נאסר ואין כאן הגבהה ע"ד להזיק כלל והא בהא תליא דכל שאינו יכול לאסור אין חייב על ההגבהה וכל שאין חייב אין ההגבהה מועלת לאסור וע"ז משני דאית ליה שותפות ונאסר משום מדמע וממילא שההגבהה היתה ע"מ להזיק ושוב נאסר כולו מחמת הניסוך עצמו לשיטת רש"י וא"ש מה שהקשה התוספות דהיינו מדמע ולפמ"ש ז"א דמדמע אפשר למכרו חוץ מדמי איסור משא"כ בזה שאסור כולו מחמת הניסוך עצמו ולפ' י"ל דהרמב"ם סובר דבאמת אין אדם אוסר דשא"ש אלא דמחמת ההגבהה יכול לאסור כשיטת רש"י אך דוקא היכא שהגבהה ע"מ להזיק ובישראל ואין שותפות שא"י לאסור אין הגבהה מועלת רק בישראל מומר שעכ"פ אוסר בנגיעה (ועיין בפ"י בגיטין) או בשותפות שנאסר מחמת התערובות שוב שפיר יכול לאסור דע"י הגבהה קניה ליה ואוסר אף שאינו שלו אלא שלפ"ז צריך לבאר דבריו בהלכות שחיטה ששם כתב טעמא דלצעורי ולפי שאין כאן מקומו קצרתי:

ולפי מ"ש מתיישב ג"כ קושית כ"ת דבאית ליה שותפות אינו רק גרמי ולפי מ"ש לק"מ דלפום מה דמשני דאית ליה שותפות נאסר היין כולו מחמת ההגבהה אך כ"ת קאי בשיטת התוספות והתוספות באמת מפרשים דהטעם משום מדמע אך מ"מ א"ש כמש"ל דעיקר החיוב מחמת ההגבהה ואף שהגביה ע"מ להזיק בגרמי לאו השבה הוא ומכ"ש דא"ש דהתוספות לשיטתם בגיטין דף מ"ח דאי אמרינן אין ברירה י"ל שחלק של זה נחלף והגיע ליד זה כולו או מקצתו א"כ על טיפה וטיפה אמרינן דשמא טיפה זו היתה ראויה להיות בחלקו ונאסרה והברירה דאח"כ לא מהני ליה לגלוי למפרע וא"כ בשעת הניסוך היה חל האיסור על כל טיפה ותו לא פקע א"כ א"צ לזה דד"ג כלל ומ"ש התוספות דהיינו מדמע י"ל דמ"מ לענין חיוב התשלומין אינו אלא לפי שאין בידינו לברר חלקו וזהו חיוב מדמע:

ומ"ש קצת מחברים לדמות הך דאית ליה שותפות למ"ש הר"ן בשותפין שנדרו שלאחר חלוקה אין אסורים משום דא"ה אסר נכסי חבירו עליו ואינו בדין כבר כתבתי בתשובה

חלק א"ח שאין דמיונם עולה יפה ודברי הר"ן לא נאמרו אלא במודר שעיקר האיסור הוא לפי שהוא של חבירו והוא אסר עצמו להנות ממנו משא"כ היכא שהוא איסור מצד עצמו עי' שם:

ואמנם מה שהחליט כ"ת דרב לית ליה דד"ג מהך דב"ק אין כן דעת הרי"ף והפוסקים שם מסוגיא דשקול הדעת ע"ש וע"ש שזה דעת חד מרבוותא וקצרתי:

ואמנם במ"ש האו"ח לתרץ קושית הגאון רח"י ז"ל דמוחל טעמא משום דעושה בשלו שמוחל שעבוד הגוף צ"ע לענ"ד שהרי הריטב"א בקידושין הביאו הש"ך ס"ק קי"ח כתב הטעם בגר שמכר שטר חוב ומת אע"ג דפקע שעבוד גובה הלוקח דנעשה כאומר משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך כל זמן שלא תמחול לי והיינו נמי טעמא דגובה מנכסי היורש אע"ג דליתא לשעבוד הגוף דלוה עי' שם ולפי זה במכירה זו שמכר לאחר והאחר הוא אתי מחמתיה יש לו ג"כ שעבוד הגוף דע"ז נשתעבד הלוה אלא דהך שעבוד הגוף של הלוה הוא כאילו התנה שרשות בידו לקלקל שעבוד הגוף של האחר כשירצה למחול ונמצא דבמחילה זו הוא חוזר ליקח הכח של שעבוד הגוף שמסר לזה הלוקח לעצמו ומוחלו ועל זה יש לחייבו כאילו עבד מעשה בשל חבירו שהיה לו שעבוד הגוף ונכסים וזה חוזר ולוקח ממנו שעבוד הגוף ומוחלו ובדבורא קעביד מעשה ודמי לזיכה את החייב דע"י אמירתו פטור אתה מפקיע ממונו של זה ומ"מ דעת בעה"ת שהביא בשו"ע שם דבגר באמת פקע שעבודא ומשמע דכל שעבוד הגוף נשאר אצלו אף אחר המכירה ואף על פי כן צ"ע דנראה דכמו שאינו יכול למכור שעבוד הגוף כך אינו יכול למוחלו בדבור בעלמא כדמשמע בקידושין דף ט"ו גבי ע"ע דקאמר לימא ליה באפיה תרי זיל ועי' בריטב"א שם וצ"ל דמחילת חוב שאני דהוה כפרעון וכאומר לו הריני כאילו התקבלתי וכיון שפטורו של הלוה לפי שאנו חושבין כאילו קיבל המלוה הממון א"כ הרי זה כאילו קיבל לידו שעבודו של לוה וכיון שהדיבור הזה כמעשה ראוי שיתחייב:

אך לענ"ד י"ל בשיטת התוספות דשפיר חשבי מוחל לגרמי ואין לתת עליו שם מזיק דדין מזיק אינו אלא דבר שאין רשאי לעשות שהרי אסור לכל אדם להזיק לחבירו בגוף או בממון ואם רוצה לעשות היזק לחבירו הב"ד וכל אדם מחויבים לעכב עליו שלא יעשה כגון זה אם הוא עובר ועושה מחויב לשלם מדין אדם המזיק וזה ענין כל נזקי אדם שחייבים בהם אבל המוחל חוב לחבירו שזה הזכות נשאר בידו משעת מכירה שהוא רשאי למחול ואין מעכבין על ידו אין לתת עליו דין מזיק ממש רק לפי שע"י עשייתו גרם היזק לחבירו שסמך עליו והיה סבור שכיון שמכר לו לא יעשה כזאת ושביק לדידיה ומחיל ולכן אין לחייבו רק מדיני דגרמי לבד אבל דין מזיק אין כאן כיון דדינא

הוא דמצי מפקיע שעבודו של זה כשירצה אינו קרוי מזיק שכל שרשאי לעשות כעושה בשלו מיקרי ומכ"ש דא"ש לדעת התוספות ודעימיה שא"צ לשלם רק הדמים שקיבל משום דכיון שמעיקרא נשאר זכות זה בידו למחול רק דהוי כאילו קיבל עליו שאם ימחול ויגרום לו היזק ישלים לו היזקו בדמים שקיבל סגי ומה"ט נמי אין לתת עליו דין מזיק ממון חבירו כיון דהמחילה עצמה ברשות קעביד כך נלענ"ד:

ודאנן ביה ראיתי ונזכרתי מה שברגע נראה לי בספר אבני מילואים. על אה"ע שנדפס מחדש מהגאון בעל קצה"ח ז"ל כתב בסי' ק"ח על דברי הב"ש שכתב שאף שצריכה להחזיר הדמים אחר יאוש וש"ר ממילא גם הוא צריך להחזיר לה משום תקה"ש כו' ומקודשת ועל זה כתב דלפמ"ש הרא"ש לענין מקדש בשט"ח דאינה מקודשת משום דלא סמכה דעתה דלמא מחל ומשום דד"ג א"צ לשלם רק הדמים שנתן ובקידושין בפרוטה סגי ולא סמכה דעתה ואינה מקודשת ולפי זה כיון דקי"ל דמשום תקה"ש אין צריך להחזיר רק הדמים שנתן ובקידושין דאינה רק פרוטה אין צריך להחזיר רק פרוטה והיא צריכה להחזיר כל שיווי החפץ אם כן אינה מקודשת ולדידי חזי לי שדברי הב"ש נכונים וברורים כי מ"ש לדמות להההיא דהרא"ש במחכ"ת אין הדמיון עולה יפה דהתם שפיר קאמר הרא"ש דלא סמכה דעתה שמא מחיל ואם תתבענו לשלם משום דד"ג לא יצטרך לתת לה רק פרוטה שיוכל לומר שבפרוטה הייתי יכול לקדש אותך מה תאמר סבורה הייתי להתקדש בכל דמי השט"ח והוא קידושי טעות בשביל זה אין מחויב ליתן יותר ויכול לומר מה אפסידתך באמת יבטלו הקידושין משא"כ בההיא דהב"ש שאם אנו מחייבין אותו לשלם לה דמי החפץ משום תקה"ש ע"כ שכך אנו אומרים דגם בקידושין יש תקה"ש שאם לא יפסקו הב"ד שיהא הנגזל מחויב ליתן להאשה המתקדשת בחפץ גזול הדמים לא תרצה שום אשה להתקדש בחפץ שתהיה חוששת שמא גנוב הוא אתו וע"כ שאנו רוצים בקיום הקידושין ואין אנו חפיצים בביטולים ואם כן כיון שיכולה היא לומר שדעתה על כל דמי שווי של החפץ דוקא ואם לא ישאר בידה סך כזה לא יחילו הקידושין בע"כ שגם זה בכלל תקה"ש הוא שהנגזל יתחייב לשלם לה כל דמי החפץ מה תאמר לא יתן ולא תתקדש אם כן הרי בטלת תקנת השוק שהרי האשה לא סמכה דעתה כי אם בכל שיווי החפץ ובפחות מזה לא תתקדש ולכן שפיר כתב הב"ש דכיון שעשו תקה"ש בקידושין מחויב הוא לתת לה כל דמי שיווי החפץ שלא יפקעו הקידושין דאל"כ לא הועילו בתקה"ש כלל וזה ברור לפענ"ד והואיל וידענא ביה דחביבים עליו שמעתתי באתי קצת בארוכה אף שאני מוקף בחבילות תשובות דנצרכים למקומם ושעתם וה'

ירים שיאו למעלה ויכוננו עולם סלה דברי בד"ז זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה לב

קנקן חדש מלא ישן. כגור אריה יזנק מן הבשן. ה' ינצרהו כאישון ה"ה כבוד אהוב' ש"ב הרבני המופל' החריף ושנון האברך כש"ת מוהר"ר אהרן נ"י לנצח:

שאלתו שאלת חכם הגיעני בשבוע העבר בעת סמכוני באשישות ברפיון ידים ותשישות מטרדת חרדת ילד שעשועים הוכח במכאוב וקטונתי מכל החסדים אשר הפליא המפליא לעשות עמדי כה יתן וכה יוסיף ואכתי לא צילא דעתאי. אולם לכבודך ואהבתך לא רציתי להחמיץ הדין עוד יותר ואנכי פניתי יום אתמול לעי' בה לעיקרא דדינא וכל ישעי וחפצי להעמיד הדין על מכונו. ולכן אל ירע בעיניך אם לא באתי בארוכה לחדש בה דבר דרך פלפול כי מטעם האמור לא נתתי עיני בספרים ושו"ת כ"א מה שנראה. לפענ"ד על פי שיטת הש"ס והש"ע הנה על אודות החדרים שהם כבית המושכרים למוכרי קמח נלע"ד דלא מבעיא בנ"ד שפירש ואמר עם כל החדרים דודאי נקנה עם החדרים שאינם צריכין לתשמיש אף שאינם דומין לתשמיש הבית דכל רבויי הוא ורבו כל מילי ששם חדר עליו דהרי בכל לישנא יתירה אמרינן דלטפויי אתי ומכ"ש בזה שהוסיף תיבת כל וכדמחלקינן בבבא בתרא דף קנ"א בין היכא דאמר מטלטלי לפלניא ובין היכא דאמר כל מטלטלי וכ"כ הרשב"ם בדף ס"ב לחלק בין היכא שאמר כל נכסי כולל אף מטלטלין ואף על גב דהתוספות שם לא ניחא להו בחילוק זה היינו משום דאינהו ס"ל דאף באומר כל נכסי לבד כולל גם מטלטלין מדלא מחלקינן התם הכי לגבי אומר כל נכסי:

ועיין בחידושי הרמב"ן והרא"ש בזה אבל מ"מ פשיטא דהתוספות מודו דכל רבוייא הוא וא"ל דלא אתי לרבויי רק אותן החדרים שתשמישן כתשמיש הבית דז"א דאף אם לא היה אומר כלל רק עם החדרים סתם היה הדין כן דאף על גב דלא מישתמעי מהא רק תרתי וכדאמרינן גבי ארעתא מיעוט ארעתא שתים מ"מ לפי מה שבא בדבריך אין בבית הזה יותר משני חדרים שמשתמשים בתשמיש הבית א"כ ע"כ מה שאמר כל החדרים כולל הכל אף אותן שאין תשמישן כתשמיש הבית דגם הנך חדרים מיקרי אלא אפילו אי לא אמר כל נלע"ד דגם חדרים אילו בכלל לפי מה ששנינו בש"ס במוכר את הבית לא מכר היציע ולא את החדר שלפנים הימנו ופי' הרשב"ם טעמו משום דאין תשמישין כשל בית משום דאינו עשוי רק להצניע שם חפיציו ולשמור כעין תיבה כו' הלכך אינו בכלל בית עכ"ל וכ"כ אח"כ בד"ה חדר מבעיא וכן מבואר שם מדברי התוס' ד"ה לא צריכא

שכ' דחדר תשמיש אחרינא הוא וכן מבואר מדברי הנ"י דחדר לא הוי תשמיש בית אף כבדקא חלילא משום שאינו אלא להניח שם ממונו מזמן לזמן וגם בכ"מ הביא דברי הרשב"ם על הרמב"ם וכן בב"י ובב"ח עי' שם מכל אלו אנו למידן שתיבת חדר פתרונו על מה שאין תשמישו כשל בית. ולפי"ז בנ"ד שמקנה החדרים יש בלשון הזה גם החדרים שאין תשמישן דומה כשל בית ולא עוד אלא שנראה מדברי הרשב"ם דאותו שתשמישו שוה לבית ופתוח לו בלא"ה הוא מכור בכלל בית סתם ודוקא יציע לא מזדבנא אף למ"ד אפתא משום שהוא בנין נמוך חוצה לו מצידו או מאחריו ואע"פ שיש לדחות ולומר דהרשב"ם הוצרך לפרש כן לפי מאי דמוקי לה הש"ס דמצר לו מצרו אבראי ובזה דוקא ס"ל דאי הוי תשמישו שוה מזדבן ז"א דהא גבי יציע אמרינן דלמ"ד בדקא חלילא ס"ל דאפתא מזדבנא ופירש הרשב"ם טעמא כיון שהוא סתום דמי תשמישו לתשמיש הבית טפי ופסק הרי"ף כהך מ"ד דאפתא מזדבנא ואע"ג דס"ל להרי"ף לפרש אפתא היינו עלי' פתוחה בארוכה במעזיבת הבית מ"מ נלמד מזה לחדר כה"ג שתשמישו שוה שמזדבן בכלל בית ועוד דהרשב"ם נראה שלא יחלוק על הרי"ף בפסק דהך פלוגתא הלכתא כמאן וכן מבואר מדברי הנ"י וכ"כ הב"י וא"כ לענין הקאמרין שאצל השטובין לא הי' צריך לפרש אותם בפ"ע שהם בכלל הבית וזה שפירש החדרים היינו אף אותם שלא נכללו בכלל הבית:

ועוד נראה דאפילו תימא דלהרשב"ם נמי מזדבן אף בשוה תשמישו כ"א במצר לו מצרי אבראי אבל בלא"ה לא מזדבן בכלל בית דמ"מ אינו דומה לבית ממש מ"מ נלע"ד שבזה ודאי החדר שתשמישו שוה לבית נתון בכלל בית דהרי בדף מ"א שנינו שם בד"א במוכר אבל בנותן מתנה נותן את כולה והך דינא פשיטא דהא נמי בנותן מתנות ש"מ דהא טעמא משום דזה לא היה לו לפרש ובמתנת ש"מ מילתא דפשיטא הוא שלא היה לו לפרש וכן מוכח מהא דאמרינן התם ההוא דא"ל הוי לי' לפלניא ביתא דמחזיק כו' והועתק דין זה בפוסקים לענין מתנת ש"מ וכן מוכח בכמה דוכתי וא"כ פשיטא דהכל בכלל ואע"ג דהב"י הביא בשם הר"ן וה"ה בשם הרשב"א וכן הרמב"ן בשם הר"י הלוי ז"ל וכן הנ"י דיציע וחדר שאינו ממש בקרקע הבית לא נתן והעתיק רמ"א הדברים בסי' רט"ו מ"מ ביארו טעמם משום דאין בתוך דבר אלא חוץ ממנו והיינו כיון דחדר אינו נכלל בכלל בית שהרי אין תשמישו שוה לו אמרינן שזה שחוצה לו לא נתן לו כ"א הבית לבד שתשמישו שוה לבית נהי דנימא דגבי מכר מצר לו מצרי אבראי בעינן עכ"פ חזינן דהיכא דאיכא אומדנא הוא נמכר בכללו ממילא במתנה אף שלא מצר לו מצרי' החיצונים מ"מ כיון דבעין יהיב ולא הי' לו לפרש הלא נתון בכלל הבית וא"כ לישנא יתירה דקאמר בהדיא

החדרים היינו אף אותן שאין תשמישן דומה לבית ומכ"ש שכבר כתבתי דלשון חדרים גופיה פתרונו כן שאינו כתשמיש הבית ומכ"ש בזה שאמר כל החדרים שכולל כלם ולא שייר במתנת החדרים כלום:

איברא שמ"ש שתיבת חדר פתרונו שאין תשמישו כתשמיש הבית לכאורה מדברי הרא"ש לא משמע כן שכתב איכא לאיסתפוקי אי בעינן בחדר נמי ד"א כו' משמע דוקא בור ודות דתשמישו חלוק לגמרי מתשמיש הבית הוא דלא בעינן ד"א אבל חדר שתשמישו שוה לתשמיש הבית אינו נבדל מן הבית אם לא שיהא לו ד"א עכ"ל מבואר מזה דס"ל דלא כרשב"ם אלא ס"ל דחדר שתשמישו שוה לתשמיש הבית ואפ"ה אינו נמכר בכלל הבית ונראה מדבריו דטעמא דיציע וחדר שאינו מכור בכלל הבית לאו משום שהוא חוצה לו אלא משום שהוא מידי בפ"ע ולא בטל אגב בית והלכך אין חילוק בין תשמישו שוה או לאו וכ"כ ד"ז בס' ת"ח:

ואמנם נראה שזה דווקא לענין מכר שהי' לו לפרש הך דחשיבא שהוא נכלל במכירתו ולא פירוש אינו מכור אבל גבי נותן מתנה שלא הי' לפרש ואפילו מילתא באנפי' נפשיה כגון בור ודות וגת ושובך אמרינן דבעין יפה נותן ונתן הכל ממילא דגם לענין יציע וחדר חלוק דין מכר ממתנה דבמתנה הכל נתון ובאמת הרא"ש והטור לא הביאו דברי הר"י הלוי בזה ואדרבא נשמע מדבריו דהכל בכלל המתנה וגם דברי הרמב"ם כפשטן מורין כן ויותר מתבאר כן מדברי הסמ"ג ע"ש. ולפ"ז בין להרשב"ם בין להרא"ש כולהו מודים בנידון זה שפירוש החדרים ולגבי מתנה שנכלל בזה אין בכלל שאין תשמישן כבית בלא"ה בכלל בית הם גבי מתנה לפ"ע ואפשר דגם הרא"ש לא בעי למימר אלא שאין חדר דומה לבור ודות דאמרינן הא תשמישתא לחוד שהוא חלוק לגמרי ע"ז כתב דחדר תשמישו שוה והיינו שאין חלוק לגמרי אבל מ"מ אין תשמישו שוה ממש ובנ"ד שאמר כל החדרים פשיטא דגם להרא"ש הכל בכלל ולא שייר בה מידי. ואמנם עדיין יש מקום עיון לפי מה שכתבתי שאותן החדרים מושכרים למוכרי קמח וא"כ אפשר שאין זה בכלל חדרים רק בכלל חניות וחניות אף בחצר אין נמכרין אלא היכי דרוב תשמישתייהו לגאו אבל כמדומה לי מלשונך שאין המוכרי קמח מוכרים שם על יד על יד רק שמכניסין שם קמחן לאוצר ואפשר שמתחלה נבנו על דעת להשתמש בהם בתבנא וציבא בעלמא ומחמת שנתמעטו דיורין וכה"ג השכיר אותם שלא הי' צריך להם ונראה דבכל כי הא מילתא בתר שמא אזלינן וכדאמרינן בש"ס אלימא דליכא דקרי לבית בית ולבירה בירה ר"ל שאין מי שקורא לבירה בירה:

ודרך אגב אעריך על דברי אא"ז מהרש"א ז"ל בתוס' ד"ה אלא שנראה שהבין שמ"ש הרמב"ם דליכא דקרי לבית בית ולבירה בירה ר"ל שאין שם מי שקורא לבירה בירה ולענ"ד תמוה דמעולם לא זז שם בירה ממקומו והוא שם פרטי יותר רק דאתי לאפוקי ממה שאמר תחלה דקרא לבית בית כו' וכן בתירוצא דאיכא דקרי לבית בית שהכוונה באתרי דקפדי הוא לקריא לבירה בירה דווקא ולא לבית לזה כתב בהך אלא דלבירה מיקרי לה נמי בית דליכא דקרי לה כו' ר"ל שאין שם מקפידים על כך אלא כולהו ביחד מיקרי בית כוונתם על הבירה דלבית לחוד קורין בית בלא בירה:

ולעיקרא דדינא מבואר בדברי הרמב"ם פרק כ"ו מהלכות מכירה דין ז' וז"ל אף במוכר ולוקח אין כל הדברים הללו אמורים אלא במקום שאין שם מנהג כו' וכן במקום שאין קורין אלא לבית בית לבדו או שקורין לבית בית ולכל סביבותיה ולכל שעל גביו הולכין אחר הלשון שאנשי המקום כו' וע"ש ואחריו החזיקו כל הפוסקים ראשונים ואחרונים והוא תלמוד ערוך בדוכתי טובי והדבר ידוע דבזמנינו זה לשון בית פתרונו על כל הבנינים והחדרים העומדים על קרקע השייך לו כל גבולו מסביב ולענין החניות והמרתף צ"ע בלשון המצוה שכפי המדומה צוה לבני ביתו בלשון אשכנז רק שהעדים העתיקו ממנו בלשון הקודש וכפי שמות הערוכים בפי כל באותו מקום בלשון אשכנז אחריהם נלך ועוד שהעדים נאמנין להעיד באיזה לשון אמר המצוה כאשר באו הדברים ברוב ענין בשינוי ואין בה משום חוזר ומגיד כל שלא יהא סתירה גדולה למשמעות הלשון הכתו' בשטר וגם כי לשון המרתף י"ל דלדין המוזכר בש"ס קנה דהא קי"ל דבעין יפה הוא נותן ונתן בור והדות לכ"ע כיון שהוא בתוך אותו דבר שהקנה והם פתוחין לו ומכ"ש מרתף שלנו שבבית עדיף מבור ודות שתשמישו למים ולכך אינו בכלל בית שאינו עשוי לכביסה והשקאה או משום דאין דרך בית בכך וכמ"ש ה"ה בשם הרשב"א ואבן מגא"ש לחלק בין בית לחצר וזה לא שייך במרתף שלנו שהוא תשמיש לבית ושוה לחצר אמנם איני מחליט הדין בזה דיתד שהכל תלוי הכל הולך אחר הלשון שאמר המצוה וכפי מה שהוא פתרונו באותו מקום הן לענין החניות והן לענין המרתף והי' כי יבא דבריך שני' תשלח לי גם העתיק מגוף הצוואה בשלימות שע"פ הרוב יש בהן תמוהות הרבה:

ובענין השטעלין על הפאציניע נלע"ד ג"כ שיש מקום לומר כיון דהפאציניע זה דרך הרבים עוברת בו ואין לזה זכות להחזיק בו וכפי הנראה גם מתחלה לא כנס לתוך שלו רק קרקע עולם הוא וא"כ עיקר זכיה שיש לו לזה להשכיר שם מפני שיכול למה לומר א"א בשמושך כאן לפני בית שאתה מאפיל עלי להיזק ראיה ושארי דברים ועניינים שמחמתם

היה זה יכולת בידו למחות שלא יעמוד עם סחורה ומחמת זה השוכר בע"כ אגר ומרצהו ברצוי כסף וא"כ כיון שאביהם הקנה להו הבית לשניהם גם זכות זה הוא של שניהם:
וגם נראה לפענ"ד כיון דנקט בלישניה מוצאיהם ומובאיהם ואכולהו קאי בין אבית בין אחדרים ואפשר שכפי הלשון שאמר נכלל בזה גם הפציניע שלפני הבית רק שיש מקום לעורר בזה אם בכה"ג שאין לו חלק בגוף הקרקע רק שיש לו זכי' להשכירו אין הבכור נוטל בזה פי שנים דזה מיקרי ראוי ולא קרינן ביה אשר ימצא ואף לפי דינא דמלכותא דהאידנא שכל א' יכול להרחיב גבולו להוציא בנינו עד הפיר לייבין מ"מ נלפע"ד שאין בזה יותר מלפשוט והרבה יש לי לישא וליתן בזה. אך כי לע"ע אין פנאי לנסך בכור המבחן לזאת באתי בקצרה ושנית' זה עראי ועוד חזון למועד אי"ה אשיבה ידי כבוצר על סלסלות לעיין בכל פרט ופרט בדבר החדש. וד' ישלח עזרך מקודש בזה ראש חודש דברי אוה"נ דורש"ת:
הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:
שנית על ענין הנ"ל

שאלה לג

קנקן חדש ישן מלא. דמי לפרצודא דתותי קלא. ה"ה כבוד אהו' ידידי הרבני המופלג החריף השנון האברך מתמיד ומצא כדי מדתו כש"ת מהר"ר אהרן נ"י:, אחד"ש גי"ק קבלתי והנה בגוף הנדון להלכה למעשה לא אדון אנכי בדבר הזה אחרי רואי בדבריך שכבר הורה גבר בכולה כבוד אדוני דודי מ"ו הגאון נ"י ומי יערב אל לבו לגשת ומכ"ש כגון אנא זעירא דמן חברייא כל כי האי דודי רבי קרינן ליה ודברי הרב כו' ואם לסייע ליה לא צריך לדידי ודבריו א"צ חיזוק ולולי כי פניך אני נושא שלא להשיבך ריקם ולכן נתתי עיני בדבריך בדרך עראי כפי מעט הפנאי אשר עמי לישא וליתן קצת ובמה דסיימתי אפתח כי ערבים עלי דברי דודים מ"ש בשם אדמו"ר הגאון נ"' לפסק הלכה שלא קנה המרתף והמחילות אף בנותן כיון שלא כ' ליה עומקא ורומא והביא ראיה מדברי הרדב"ז שהעתיק המבי"ט לענין גג:
והנה אף דבלא"ה ידענא דשפיר קאמר אען ואומר תנא דמסייע ליה מדברי רבינו ירוחם נתיב ט"ו חלק א' שכתב וז"ל נותן שדה או בית בסתם קנה כל אותן הדברים שאינן מכורין בסתם גבי מכר כגון בור ודות וכיוצא בהם ואב מגא"ש כתב דהא דאמרי' דקנה בסתם במתנה דוקא בור ודות וגת כו' אבל דבר שאינו בתוך הבית כו' ונראה דאע"ג דלא כתב עומקא ורומא דקנה בסתם עמק ורום אע"ג דגבי מכר לא קנאו בסתם וכן נראה

עיקר עכ"ל ונראה לכאורה דמ"ש דאע"ג שלא כתב עומקא ורומא כו' הוא משנה שאינה צריכה דהשתא בור ודות דבמכר אע"ג דכתב עומקם ורומא לא קנה במתנה קני עומק ורום מבעיא:

ולפמ"ש דודי הגאון נ"י א"ש דבור ודות דקנה הוי נמי דוקא בכ' עומקא ורומא ולפי שהי' אפשר לומר דכל שלא פירש כלל אף עומקא ורומא לא קני אף בנותן דכל כה"ג הוי ליה לפרושו לזה כתב רי"ו דקנה עמק ורום בסתם אבל בור ודות אף בנותן בסתמא לא קני עד שיכתוב עומק ורום איברא דאיכא למידחי ולומר דכוונת רי"ו הוא דסד"א דוקא בור ודות שהם לע"ע לפנינו והם משמשין להבית אע"ג שאין תשמישן שוה מ"מ כיון דנותן בעין יפה הוא נותן ונתן הכל משא"כ עומקא ורומא שהוא לחפור בעומק או להגביה שעדיין לא בא לעולם זכות זה לא נתן לו קמ"ל דאף זה נתן לו אף בסתמא:

ומנא אמינא לה להך סברא מדברי רבינו הרשב"א שכתב כן לענין חצר דלא קני עומקא ורומא והביאו הטור והרי משנה ערוכה המוכר את החצר מכר את הבורות וכו' אלא ע"כ שיש מקום לחלק כמ"ש ואם אמנם הסמ"ע הרגיש בזה בסי' רט"ו ס"ק א' ורוצה לפרש דברי הרשב"א בענין אחר וגם הב"ח כ' לפרש דהרשב"א ארומא דוקא קאי אבל אנו שזכינו לדברי הרשב"א מובאים בש"מ לב"ב וז"ל ובמוכר חצר אני מסתפק אם קנה עומקא ורומא בסתמא דהא משמע דיותר קני בקל עומקא ורומא מבור ודות הקנוים כבר ותנן המוכר את החצר מכר בורות כו' ומסתברא דלא קנה עומקא ורומא דחצר שאני משום דחצר כולל כל הבנוי שם כמו בירה כו' אבל מוכר את החצר או את הבירה לא קנה עומקא ורומא עד שיכתוב לו עומקא ורומא וכל שלא כ' ובא מוכר לבנות עלי' באויר ע"ג דיומדין בונה וכן אם בא לחפור מבחוץ ולהשפיל תחת קרקע הבית עושה ובלבד שלא יזיק בחפירתו לבעל הבית עכ"ל וכדברי' האלה. כתב הב"י בקצרה בשם הר"ן ובדרישה כתב שחפש בר"ן שלפנינו ולא מצא ולכן כתב ג"כ דהך אע"ג דתנן מוכר חצר מכר בורות הוא מדברי הב"י וז"א דפירוש הרי"ף שלפנינו הוא מהנ"י ולא מהר"ן ודברי הר"ן בחידושיו לב"ב הי' לרבינו הב"י בכתיבת יד וזה פשוט ומבואר והר"ן לקח זה מלשון הרשב"א כדרכו הטוב להיות רגיל על לשונו לשון הרשב"א ועכ"פ מבואר שהרשב"א והר"ן ס"ל דגבי חצר אע"פ שקנה בורות מ"מ עומקא ורומא לא קני וסד"א דבמתנה הכי נמי הוא קמ"ל דבסתמא קנה עומקא ורומא במתנה:

ומאי דאתא ואייתי מתשובות הרדב"ז תמוהים דמנ"ל הא דלא מבעיא לשיטות הרשב"ם דעומקא ורומא לא קני אגג א"כ פשיטא דסיפא דנותן היינו אף בסתמא קני אלא אפילו לשיטת ש"פ דהך אע"פ שכתב עומקא ורומא אגג נמי קאי מ"מ י"ל דהתנא אשמעינן

רבותא דאף בכה"ג לא קנה אבל מ"מ אף בסתמא אינו בכלל הדברים שלא היה צריך התנא להזכיר דשמא גם בלא כ' עומקא ורומא נמי אין הדין פשוט שלא יהא נכלל בכלל בית והיה התנא צריך להזכיר דגבי מוכר שהיה לו לפרש לא נכלל ואה"נ בנותן באמת הוא בכלל:

אמנם נראה לענ"ד ליישב קצת דברי הרדב"ז דס"ל דגם בנותן לא קנה גג שיש לו מעקה לאו מהך טעמא שלא כ' עומקא ורומא אתינן עלה רק טעמו עפמ"ש הרמב"ן בחידושיו דהך סיפא דעומקא ורומא אגג נמי קאי והא דקאמרינן בור ודות ומחילות ולא קאמרינן למעלה גג ועליה אורחא דמילתא למעלה פירושו מפרש לה ולא עבידי לזביני סתם עכ"ל וא"כ י"ל דה"ט דהרדב"ז דאע"ג דאמרינן בנותן לא היה לו לפרש היינו דוקא מה שדרך בני אדם לכוללם בלשון אחד שעכ"פ אם כותבין מתהום ארעא כו' שוב אין דרכן לפרש בור ודות אז אמרינן במתנה אע"פ שלא כתב מתהום ארעא כו' קני ליה משא"כ בגג אע"פ שאם לא פירשו בפרט בפני עצמו שפיר נכלל עד רום רקיע מ"מ כיון שדרך בני אדם הוא לחשבן בפרט בפ"ע ולא עבודי לזבוני סתם בכה"ג אף בנותן אמרינן שהיה לו לפרש ולא קני בסתמא:

ועוד אפשר לומר לפמ"ש הרמב"ן וה"ה בשם הר' בן מגא"ש דבמידי דליתי' תוך השדה שנתן לו כגון יציע וחדר ל"ש מכר ממתנה ס"ל להרדב"ז דהך סיפא לא קאי אכל הך בבא דרישא ואף נותן לא קני יציע וחדר וגג ואף על גב דטעמא דיציע וחדר הוא לפי שאינו בתוך הדבר הניתן מ"מ כיון שהגג יש לו מעקה גבוה י' ורוחב ד' והוא סובב הולך סביבות הבית אחוז בקירות הבית כיציע דמי וכיון דפליג רשותיה לנפשיה ולא קנה בטל תשמישתיה דגג לגבי מעקה דחשוב בפני עצמו משא"כ כשאינו גבוהה עשרה בטל לגבי הבית ואף במכר קנה ויציע וחדר דנקטי הפוסקים לאו דוקא וה"ה גג שיש לו מעקה דאיתמר ברישא ולכאורה יש להביא ראיה מדברי הרשב"ם בבבא בתרא דף קמ"ח איבעיא להו בית לאחד ודיוטא לאחד מי הוי שיור או לא ופי' הרשב"ם בית לאחד במתנת ברי כו' והרי טעמא דהמוכר ע"מ שדיוטא עליונה שלי הו' שיור להוצאת זיזין משום לישנא יתירה דבלא"ה לא מכר גג שיש לו מעקה כו' וא"כ ע"כ דבמתנה נמי לא קנה גג שיש לו מעקה דאל"כ מאי אריא דיוטא לאחד אפילו אמר דיוטא שלי נמי לא הוי שיור במתנה דהא ליכא יתורא שהרי הוצרך להתנות דבלא תנאה קנה אף הדיוטא ובדברי הרשב"ם ליכא למימר כמ"ש דודי נ"י בדברי הרדב"ז מטעם שלא כתב עומקא ורומא דהא להרשב"ם לא קאי עומקא ורומא אגג כלל אלא ע"כ כמ"ש:

ואמנם לכאורה בלא"ה ק' דמאי לישנא יתירא איכא במה שאמר ודיוטא לפלוני שהרי הוצרך לפרש למי הוא מקנה אותו. ומצאתי שכבר הרגיש בזה בש"מ לב"ב בשם הר"ר יונה בעליותיו ותירץ כגון שאמר ע"מ שדיוטא זו לפלוני דכיון שהוצרך להתנות עם לוקח מהבית אמרינן דלישנא יתירא להוצאת זיזין הוא דאתא ואיני יכול להעתיק לשונו לפי שהוא שאול בידי רק על שעה חדא והצרכתי להחזירו לבעליו שוב מצאתי שגם ד"ז הגאון בת"ח הרגיש בזה ותירץ כן וכתב שכן משמע בנ"י וכן הרגיש בזה אא"ז הגאון מוהר"ם מלובלין וכתב ליישב כן עי' שם:

ודרך אגב הואיל ועסקינן בענינא דדיוטא אכתוב מה שתמיה לי על הרמב"ם והטור והשו"ע שלא ביארו הך דינא דחוץ מדיוטא נמי הוי שיור ולאו דווקא ע"מ וכמ"ש הרשב"ם הביאו הב"י והב"ח והוא מבואר בש"ס והרמ"א בסי' רי"ד ס"ק כ' אהך דינא דע"מ שדיוטא כו' ואם נפלה חוזר ובונה אותה וה"ה אם אמר חוץ מבור ודות וכל כיוצא בזה עכ"ל והוא מב"י בשם הרמב"ן שכתב בשמו בבור ודות ששיירן בפירוש חוזר ובונה אותם. ואולם אני תמה דשיור בפירוש ל"ל דהא סתמא נמי לא מכר בור ודות וא"כ אם נפלה מה"ת לא יחזור ויבנה אותם וא"ל דבסתמא אין חוזר ובונה רק דוקא אם שייר בפירוש שאז מכח יתורא אמרינן דאי נפיל הדר בני לה ז"א שהרי הרמב"ן מדמי זה לדין עליה ובעליה כתב אם היתה עליה במים על גבי עמודים כיון שלא קנה הלוקח אם נפלה חוזר ובונה אותה המוכר וכמבואר בחידושי הרמב"ן והביאו הטוש"ע ואין לחלק ולומר בור ודות גרע וכמ"ש הסמ"ע בסי' ל"ה דעלייה חשובה מדיוטא וא"כ י"ל דבור ודות נמי לדיוטא דמי ז"א דבאמת דברי הסמ"ע תמוהים בזה שעל מ"ש הרשב"א דבדיוטא היינו גג שיש לו מעקה אין חוזר ובונה לרב זביד הקשה על זה וכתב דבודאי בכל עלייה חוזר ובונה וכן מבואר בדברי הרשב"ם גופיה שהקשה ליפשט מהא דהבית ועליה דלמא שאני דיוטא אלא ודאי הדבר פשוט דודאי אף בלא תנאי הדין כן שחוזר ובונה רק הרמב"ן מפרש דיוטא היינו שורה עליונה כו' עי' שם. שוב מצאתי שהרגיש בזה הט"ז וכתב כן ולשונו בקושיא שם מגומגם ובאמת מ"ש שם בש"ע ס"ו הוא מלשון הרמב"ם והרבה יש לי לפלפל בזה ואין הפנאי מסכים עמדי:

ונחזור לענין שלענ"ד אף אם יסבור הרדב"ז כן מ"מ מפשיטות דברי הפוסקים נראה דאף בנותן סתמא קני בור ודות ולא מבעיא לדעת מי שסובר דכתיבת ולא שיירית כו' מועיל לבור ודות א"כ חזינן שלפעמים נכללין בכלל בית שהרי אמר זביני אילון א"כ גם במתנה ככתב דמי ודוקא במוכר אמרינן שיורי שייר כיון שלא פריש משא"כ בנותן אלא אפילו להפוסקים דולא שיירית אינו מועיל לבור ודות כיון דאינו בכלל מכירת הבית אינן בכלל

זביני אילין מ"מ נראה דשאני מתנה דעדיף טפי דהא חזינן דהנך פוסקים ס"ל דאף בכותב עמקא ורומא ולא שייריה לא מהני לבור ודות ובמתנה אם כתב עומקא ורומא אין מקום לפקפק דודאי קנה א"כ ע"כ דמתנה עדיף א"כ י"ל דאף בלא כתב עומקא ורומא נמי קנה. (וכבר כתבתי בתשובתי הראשונה דהפוסקים כתבו דבמתנה עדיף לענין דלא בעי שיאמר כל נכסי וכ"כ הש"ך בסי' רי"ח ס"ק ה' שכן הוא דעת הרמב"ם והש"ע לדינא וא"כ ה"ה בזה):

וכן נראה לענ"ד ממ"ש הרשב"ם וכן הרמב"ן במלחמות וש"פ דבנותן קנה בור וגת ושובך שבשדה והרי גם בור שבשדה לא נזכר כלל כתיבת עומקא ואדרבה לדעת הפוסקים דס"ל דבסתמא בשדה קני עומקא ורומא כמבואר בנ"י א"כ כשכותב לו עומקא בשדה נראה שאף במוכר קני הבור שהרי עומקא בשדה לישנא יתירא הוא וע"כ הא דאמרינן לא קנה במוכר היינו משום דמיירי בלא כתב עומקא ואפ"ה בנותן שפיר קני וא"ל דהוא הנותנת משום דבשדה בסתמא קני עומקא אף במוכר אז בנותן מסקינן חד דרגא דקני אף בור בסתמא ז"א דלענין עומקא שפיר אמרינן דקני אף בסתמא בור כדי שלא ימנע יניקת התהום כמבואר בנ"י משא"כ לענין בור ודות מה לי בית מה לי שדה אם גבי בית בסתמא לא קני אף בנותן מאי עדיפותיה דשדה שהרי אין כאן יתור לשון כלל:. ונלע"ד כן מדברי המבי"ט שאע"פ שבסי' ס"ו העתיק דבר הרדב"ז כדי להקשות עליו ולסתור (לפי) דבריו לפי דרכו כאשר הגי' עליו שם מ"מ והמבי"ט גופיה בסי' מ"ו בתשובתו על זה הנדון עצמו שנתן במתנת ש"מ הבית שבחצר לדודתו וחצר נתן לאחר והיה שם בור ודות בחצר (והרדב"ז היה דעתו כיון שבעה"ב צריך לתשמישן גם בזה המקבל משתמש בהם והשיב המבי"ט שאין למקבל הבית כלום בבור ודות דאע"ג דקי"ל במתנה נותן את כולה היינו דוקא מה שהוא בתוך דבר הניתן וכמ"ש ה"ה בשם הר"י מגא"ש משא"כ בזה עי' שם באורך. וא"כ ע"כ מוכח דס"ל דבור ודות שהוא בתוך הבית שנתן שפיר קנה הנותן מתנה אף על פי שלא כתב עומק או רומא כמבואר בשאלה שם נוסח הצוואה:

וגם כי ע"כ צ"ל כן לפמ"ש דודי הגאון לתרץ הרדב"ז דס"ל דכל שלא קנה הגג דהיינו מטעם שלא כ' רומא א"כ נראין הדברים שלא כתב ג"כ עומקא ואפ"ה טעמא משום שאינו בתוך הבית אבל אם הוא תוך הבית קנה וא"כ לית לן למישבק פשיטותא דמשמע מדברי הפוסקים משום ספיקא שיש בדברי הרדב"ז ז"ל וגם כי נלע"ד שאין כל הדברים אמורים כי אם לענין בור ודות שתשמישו למים וכמ"ש בתשובתי הראשונה משא"כ במרתף שלנו שהוא עומד להצניע שם חפיצים ומטלטלין ואוכלין ומשקין נראה שדינו כמו חדר שלפנים הימנו דמה לי שהוא לפנים מן הבית או בעומק הקרקע ועדיף מחדר

דבחדר ס"ל להפוסקים דכיון שאינו בתוך הבית הניתן אינו בכלל המתנה משא"כ מרתף שהוא תחת אותו הבית ופתוח לו וגם החדר אעפ"י שהוא בנין בפני עצמו טעמא שהוא חוץ לבית הא לא"ה הוה בכלל בית:

וכן נלענ"ד ממ"ש רמ"א בסי' קע"א סי"ד דמדברי הרא"ש בתשובה נראה דחולקין בית נגד חנות או מרתף וי"ל דה"ה נגד חדר או עליה דזה מיקרי תשמישו שוה עכ"ל ופשיטא דאין מי שיאמר שחולקין בית נגד בור ודות א"ו דמרתף שאני ומיקרי קצת תשמישו שוה לבית ועכ"פ דומה לחדר ונראה דאף הסמ"ע שם סעיף קטן ל"ח שכתב שאין ראיה מהרא"ש נראה שיודה בהך דהכא ואין להאריך:

ומה שרצית לומר דאף לפמ"ש דהפוסקים דס"ל דטעמא דלא מכר משום דלא חשיב בפני עצמו מ"מ במתנה נתן הכל וכתבת שי"ל דזה דוקא במצר מצרי אבראי וכענין שכתב דודי הגאון נ"י לענין המרתף כו' אין אומרים זה דומה לזה דהתם הך אעפ"י שכתב כו' משנתינו הוא זו משא"כ בזה שהטעם שלא היה צריך לשנות החדר אי לא מצר מצרי אבראי אינו משום שהוא פשוט מעצמו רק שהוא קל וחומר מיציע השנוי במשנה וכיון דבנותן קנה היציע אף בלא מצר כו' ממילא דגם החדר קנה דהא אין עדיפות דחדר מיציע רק משום דחשיב טפי ובנותן לא אזלינן בתר חשיבות ונתן הכל אף בור וגת ושובך:

ובע"כ אנחנו צ"ל כן דאל"כ תיקשי מאי פריך חדר מיבעיא דדילמא משום סיפא איצטריכא (בכותב עמקא ורומא ולא שיירית לא מהני לבור ודות ובמתנה אם כתב עומקא ורומא אין מקום לפקפק דודאי קנה א"כ ע"כ דמתנה עדיף א"כ י"ל דאף בלא כתב עומקא ורומא נמי קנה וכמש"ל מבור שבשדה) ליה ולאשמועינן דבנותן אף חדר דחשיב טפי נמי נתן לו ולשיטת הר"י בן מגא"ש ודעימיה א"ש דסיפא דנותן לא קאי היציע וחדר כלל משא"כ לפמ"ש דאכולה מילתא קאי לא הוי פריך מידי אע"כ דמשום הא לא הוה צריך למיתני חדר דאע"ג שיש בו חשיבות יותר מיציע מ"מ גבי נותן אין לחלק בדבר חשוב דכל שהוא נכלל בלשון זה נתן הכל ולא גרע מבור וגת ושובך וא"כ אף לפי מאי דמשני דמצר אמצרי כו' היינו לענין מכר אבל בסיפא במתנה אין מקום לחלק בין יציע לחדר:

ועוד שהרי הר' בן מגא"ש והרשב"א ודעימייהו מוכר דהך סיפא לא קאי בכה"ג דוקא דא"כ למה כתב דלא קאי איציע וחדר מטעם שאינו בתוך הדבר הניתן דכיון דמצר לו מצרי אבראי נראה פשוט דכאילו הוא בתוך דבר הניתן דייניען ליה דהא אף במכר אם מצר מצרי אבראי ולא כ' ולא שיירית כו' קנה כמבואר בדברי הרשב"א בש"מ וכן מבואר מדברי הר"ן שהביא הב"י (ועיין בדרישה שכתב שלא מצא בר"ן וכ"כ אח"כ על ענין אחר

ותמהני שהפירוש הנדפס לפנינו הוא נ"י ומעתיק בהרבה מקומות דברי הר"ן ואצל הב"י היה חידושי הר"ן בכ"י ומובאים ג"כ בש"מ לפעמים. ודברי הר"ן אלו נראה שהם לקוחים מהרשב"א) גבי מ"ש להוכיח ממתניתין דאם אומר הוא וכל מה שבתוכו כו' ע"ש. וכן מבואר מדברי הנ"י שכ' אם החדר או הבירה כו' עד שכ' ולא שיירת ואע"פ שאח"כ כתב בשם איכא מרבוותא כו' אבל בור ודות וחדר דאית להו שם באנפיה נפשיה אע"ג דכ' ולא שיירית כו' צ"ע לענ"ד דהרואה בש"מ יראה דלפום ריהטא הדברים לקוחים מחידושי הרשב"א ושם מבואר להדיא דבחדר ודאי קנה אם כתב ולא שיירית ומצר כו' וכדמשמע מהש"ס ושם נקט בור ודות ומחילות ולשון רמ"א סי' רי"ד סי"א שכ' וי"א דאם כ' לו כל מה שבתוכו הוי כ"כ ולא שיירית כו' אני תמה דהא ודאי אין מי שיחלוק על הש"ס דאיתא בברייתא בין כך לא מכר הבור והדות והיציע והרשב"א דס"ל דאם כתב כל מה שבתוכו הוי כלא שיירית באמת ס"ל דלא שיירית לא מהני לבור ודות ויציע לפי שהמצרים אינם מוכיחים למכירתן של אלו שהרי לא מצר אלא מחמת גופו של בית ע"ש ולמאן דס"ל דולא שיירית מהני לבור ודות כדאיתא בנ"י ע"כ דס"ל דכתיבת מה שבתוכו אינו מועיל כמו ולא שיירית וא"כ לענין אם כ' כל מה שבתוכו לגבי בור ודות אין נ"מ אי הוי ככתב ולא שיירית או לא ועיין בסמ"ע ס"ק י"ז מ"ש על דברי הרמ"א וצ"ע. והנה כבר ביארתי דמתנה ודאי עדיף מכתיבת ולא שיירית שהרי בזה יש פלוגתא לענין בור ודות ובמתנה כ"ע מודו וא"כ, מ"ט ס"ל דלא קנה החדר כיון שהוא חוץ לבית אע"כ דבשלא מצר לו מצרים החיצונים דוקא מיירי ואפ"ה דוקא משום שהוא חוץ לדבר הניתן הא לא"ה קנה וכ"נ דהא לבור ודות אין המצרים מועיל לו וכמ"ש הרשב"א שלא מצר אלא לגופו של בית ואפ"ה קנה מקבל כמו כן י"ל לענין חדר:

ומ"ש שהעדים נאמנים לחזור ולהגיד בזה כיון שצוואה אינה רק לזכרון דברי' והבאתי מההיא דאין מקבלין שלא בפני בע"ד ולא הייתי צריך לספר דברי הריב"ש כי הב"י הביא זה בסי' ק"י ובש"ע שם מלשון רי"ו ואמנם אין לדמות זה לזה וראיה מהא דאמרינן בב"ב דף קי"ד רצו כותבין רצו עושין דין ופירש הרשב"ם אם לא כתבו אבל אם כתבו אין עושין דין שהרי הכניסו עצמם בת"ע ואין עד נעשה דיין ולכאורה מה בכך כיון דהאי שטרא חספא בעלמא ויכולין לחזור ולהגיד באופן אחר איזה עדות יש כאן וגם שלפ"ז גם קיום עדות לא היה מועיל בזה:

ומ"ש לתרץ עי"ז קושית הפוסקים על תשובת הרא"ש בכלל ס' כבר הרגיש בזה המ"ל פ' מהלכות עדות וכתב שי"ל כן ע"ש מ"ש בזה ואולם לדינא מבואר מדברי כל התשובות ראשונים ואחרונים עצמו מספר שאף בצוואה אין יכולין לחזור ומחמת אפיסות הפנאי

ארשום. לך קצת מהם תשובת הרשב"א בחלק תולדות אדם סי' קכ"ו והובאה בתשו' מהר"מ אלשיך סי' ס"ד שהעידו כולן דמגו מרעי' איתפטר שאין זה חזרת הגדה אלא בירור אלמא דחזרת הגדה לאו כלום הוא וכן משמע מדברי מהר"מ אלשיך גופיה דמייתי ראי' מדברי הרמב"ם פ"ח דמתנה ש"מ שצוה לפני מותו כו' ע"ש וכן מבואר מדברי הריב"ש סי' קס"ז וקס"ח ובשו"ת רמ"א סי' מ"ח ובשו"ת מהר"מ גלאנטי סי' ט"ז ובשו"ת מהרי"ט תמצא כמה תשובות בדבר ובפרטות בק"א סי' ע"ה ע"ש ואין להאריך. שוב ראיתי שבשו"ת זכרון יוסף חלק ח"מ סי' ה' האריך בדבר הזה שאין העדים יכולין לסתור דברי הצוואה ואם כי יש להקשות על דבריו שם לא רציתי להאריך כי הדין דין אמת:

דברי ש"ב הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

הלכות שלוחין וקבלת אחריות:

שאלה לד

שאלה דבר הרגיל הוא בין הסוחרים כשרוצים לשלוח סחורה למדינה אחרת והדרכים בחזקת סכנה עושין מעמד עם מי שרגיל בדרך הזה להוליך הסחורה ונותנין לו סך כך וכך למאה והוא מקבל על עצמו אחריות הסחורה והולכתה אל ארץ חפץ הסוחרים ובכדי להבטיח להם על האחריות הוא נותן להם שט"ח ע"ס כך וכך מעות בכדי שיווי הסחורה ואם מביאה בשלום אל המקום ההוא מחזיר לו השט"ח ואם אירעו אונס שהסחורה אבודה משלם לבעלים את הסך שהתחייב בשט"ח וגם יש דרך אחר שאין המוליך מקבל עליו אחריות הסחורה רק איש אחר מקבל עליו אחריות הסחורה ונותן שט"ח על סך מעות שיווי הסחורה להסוחר בעל הסחורה והוא נוטל עבור זה סך כך וכך למאה עבור קבלת האחריות והמוליך המתעסק בהולכת הסחורה הוא נוטל ג"כ שכר טרחתו והולכתו כפי שמתפשרים ביניהם ואם הצליח דרכו אשר הוא הולך ובאה בשלום נוטלים שכרם ומחזיר להם הסוחר השט"ח לזה שקיבל האחריות ואם נלקחה הסחורה והוא אבודה השכר אבד וזה שקיבל אחריות משלם את אשר נתחייב בשט"ח בלי טענה ומענה והוא מנהג שנתפשט בין הסוחרים מקדם במדינה ואין איש שם על לב לדעת אם הוא דינא או מנהגא שמצד הדין י"ל שקבלת אחריות זה אסמכתא הוא כיון שלא נעשה בקנין ובב"ד חשוב:

תשובה אם המוליך הסחורה הוא עצמו המקבל אחריות אין ספק שהוא מחויב מצד הדין כיון שהוא המוליכה למקום סכנה ועל ידו נאבדה ולולי שלקחה על אחריותו לא היו הבעלים שולחים סחורתם למקום ההוא ואף בלא קבלת אחריות היה מתחייב

וכדאמרינן הרי הוליכן למקום גדודי חיות כו' ומכ"ש במקבל עליו בפירוש דאפילו באירעו אונס קי"ל דמתנה ש"ח להיות כשואל ואין להאריך בדבר פשוט:

אך באם המוליך הסחורה אינו מקבל אחריות על עצמו רק איש אחר לכאורה י"ל דהוי אסמכתא ואע"ג דכל ערבות אסמכתא הוי ואפ"ה אמרינן דמשום דהימניה גמר ומשעבד נפשיה מ"מ י"ל דכאן גרע טפי דערב ה"ט כמ"ש הרמב"ן הביאו בעה"ת שער מ"ג שכתב וז"ל כבר ידענו מדיני האסמכתות דכל התולה בדעת אחרים לאו אסמכתא היא וערב גופיה לאו אסמכתא גמורה היא ותדע דהא ערב לאחר מתן מעות משתעבד בקנין אע"ג דקנין באסמכתא גמורה לא מהני אלא כל כי הך אסמכתא דערב לאו אסמכתא הוא דודאי סמיך ליה מלוה בדעתיה על לוה דאיהו פרע ואמר בנפשיה אי לא פרע איהו פרע ערב כו' ע"ש וכ"כ הרמב"ן בפרק ג"פ הביאו סימן ר"ז ועיין ש"ך ר"ס קכ"ט ולזה באמת מהני הא דמשום ההיא הנאה דהימניה כמבואר שם בבעה"ת משא"כ כאן שאין האסמכתא מחמת שיפרענו המוליך שהרי המוליך לא קיבל על עצמו אחריות כלל רק שיש לדון מצד דשמא לא יבא לידי חיוב שהסחורה תעבור בשלום וע"ז סמכה דעתו דהנותן שזה המוליך יעשה כל טצדקי להצילה וא"כ ערבות ע"ז אסמכתא גמורה היא ולא מהני בה הך טעמא משום דמהימן ליה ומ"מ נראה דלפי הטעם שכתבה רמב"ן בערב דלא הוי אסמכתא גמורה לפי שהוא כתולה ביד אחרים גם זה לא הוי אסמכתא ועדיף מערב דעלמא דבערב דעלמא י"ל דהוי כאסמכתא אעפ"י שביד הלוה תלוי דמימר אמר כפינא ליה ללוה כו' כמ"ש הרמב"ן ס"פ ג"פ משא"כ בזה אין לבו סמוך שזה טרח ומציל דמאן יימר שיועיל טרחתו להציל והא קמן שמבזבז ממון לאיש הזה שמקבל עליו אחריות הסחורה מדאגה מדבר שמא לא תעלה ביד המוליך להציל מיד הבאים לטרוף טרף כאשר מעשים בכל יום ואי הוה סמכה דעתיה על המוליך לבד לא הוי שדי זוזי כולי האי משום חששא בעלמא ואפילו את"ל דמקצת אסמכתא הוי תו לא גרע מערב דכיון דלא הוי אסמכתא גמורה מהני טעמא בההיא הנאה דמהימן ליה כו'. ודבר זה מתורתו של הריב"ש למדנו שכתב בסימן ש"ח וז"ל עוד שאלת אם מותר להלות כו' שזהו בודאי אסמכתא היא אם תלך הספינה בשלום יתן זה דרך משל עשרים ליטרין ואם יארע הפסד יתן זה מאה ליטרין ואע"ג דאסמכתא לא קניא בכל דאי וכ"ש באסמכתא שאין בידו להשלים כמו זה ואולי שהסוחרים והספני' יכולים להתנות בענין זה וכבר שמענו שפשט מנהגם כו' עכ"ל השואל שם והריב"ש השיב לו שאין אסמכתא אלא בתולה בדעת עצמו כו' אבל תולה בדעת אחרים שאין בידו כלל לאו אסמכתא הוא דכיון שאינו תולה בעצמו ואין בידו כלל גמר ומקני אדעתא דהאי תנאה כו' אבל בנידון זה שהוא

תולה במקרה גמור אם תהיה רוח סערה בים מפרק אניות ומשבר ספינות או יחד יבואו גדודים וחברת גנבים ושודדים לשלול שלל ולבוז בז ואין בידו להיות נכון לבו בטוח לא ייירא מכל אלה כשהתנה מתחלה גמר ומקני ואין כאן אסמכתא עכ"ל. ונידון דידן הוא ממש כנידון דהריב"ש כי גם בזה המוליך סחורה אינו רק שליח להולכה בלבד והרי זה כספן של בעל הסחורה אין עיניו עליו רק על המבטיח והספן שליחותיה קעביד ולפי שאין ביד המבטיח להנצל ממקרה ופגע רע לכן כשהתנה מתחלה גמר ומקני וה"נ דכוותיה ונראה בדעת השואל דס"ל שאין ללמוד זה מדין ערב דעלמא דחייב ואפילו ערב בשביל שואל חפץ דהדרא בעיניה חייב אע"פ שאין החיוב אלא אם יארע אונס הטעם דבההיא הנאה דקמהימן ליה משום דיש לחלק ולומר דהתם שפיר אמרינן גמר ומשעבד נפשיה משום דקבלת אחריותו אינו אלא אם לא יהיה ללוה או לשואל לשלם ועל הספק הזה משעבד נפשיה דמימר אמר שמא ישלם הלוה בעצמו ולא אצטרך לשלם ואם לא יהיה לו ויצטרך לשלם אינו מפקיע עצמו מידי שעבוד בההיא הנאה דמהימן ליה ומחית נפשיה לספיקא בכה"ג ומכ"ש בשואל דאיכא תרי ספיקי שמא לא יארע אונס והדר בעינ' ואת"ל יארע שמא ישלם השואל עצמו משא"כ בזה שאם יארע אונס אין לו על מה לסמוך שהרי אינו על הספן אחריות וזה אין בידו שלא יארע האונס ובשביל הנאה דמהימן לחוד לא משעבד נפשיה שיחול חיוב התשלומין עליו לבד ולכן היה דעת השואל דהוי אסמכתא והריב"ש השיב לו דאדרבה מההיא טעמא שאין בידו שלא יארע האונס אין בו דין אסמכתא דמעיקרא אדעתא דהכי נחית לשעבד נפשיה שאין לו על מה לסמוך כיון שאין בידו ועכ"פ מבואר מדברי הריב"ש דבכה"ג ליתא לדין אסמכתא כלל: אמנם כן צ"ע שהרי מבואר דהריב"ש נמשך בזה לשיטת הרמב"ן דס"ל דבתולה בדעת אחרים לא הוי אסמכתא אבל הא איכא דעות דס"ל איפכא דאדרבה דין אסמכתא הוא בדבר שאין בידו רק בדעת אחרים כמבואר בסימן ר"ז ומ"מ י"ל דכ"ע מודים בהא דכיון שעל אמונתו של זה הוא מוסר לזה הסחורה להוליכה במקום סכנה א"כ שפיר הוא מתחייב באחריותה דהיכא דלא גזים כ"ע מודו כמ"ש בב"ח סימן ר"ז:

אך בלא"ה נלענ"ד דשפיר מהני כה"ג מדין ערב ומ"ש בדעת השואל שבריב"ש וכן נראה מהריב"ש ג"כ שאין בזה דין ערב וכתבתי טעמא דיש לו לסמוך על הלוה שמא יפרע הוא ומחית נפשיה לספיקא (ולכאורה יש לסייע הך סברא מדברי הר"ן בקידושין שכתב דהצרפתים והרשב"א חלקו על הרמב"ן בההיא דתן לכלב או זרוק לים משום דדוקא ערב על דבר שמוציא מרשותו לרשות בן דעת כו' ולפמ"ש החילוק מבואר יותר דבזרוק לים אין לו על אחר רק הוא מחויב ליפרע ולא משעבד נפשיה) נראה דז"א דהא דין ערבות

מיהודה ילפינן כדאיתא בב"ב וערבות דיהודה לא היה על מי לסמוך והוא כנ"ד שערב בעד הליכת בנימין שלא יקראנו אסון ומינה ילפינן דמשעבד נפשיה בכה"ג שהטריפה אינה ודאית ואם יטרוף לא יהיה על מי לסמוך וחיוב מדין שומרין לא שייך בזה ואפ"ה משתעבד וממנו נקח לנ"ד דבכה"ג מהני ערבותו:

ולכאורה צ"ע ממ"ש הרמב"ם והובא בש"ע סימן קל"א בראובן שמכר שדה לשמעון ולוי קיבל עליו אחריות לא נשתעבד לוי והא הך דיהודה ובנימין כשדה זו דמיא שיהודה קיבל אחריות בנימין עליו ואמרינן דמשתעבד וא"כ גם גבי שדה נימא דמשתעבד לוי על קבלת אחריות ומשמע מזה דכל שאינו משעבד עצמו על גוף הענין הנעשה עכשיו רק משעבד עצמו באם יתחדש איזה ענין הוה ליה אסמכתא וה"נ דכוותה ואמנם הטור שם כתב בטעם הרמב"ם דלא שייך הימניה דעביד איניש דזבין ארעא ליומא ע"ש וא"כ כאן לא שייך זה ושפיר משתעבד אגב דהימניה כמו בשאר ערב ואמנם לענ"ד נראה לומר דטעמא דהרמב"ם דבשלמא בערב דלוה שפיר יש מקום לערבות לחול שהוא. ערב על החיוב שנתחייב הלוה עכשיו משא"כ לענין מכירה שבשעת מכירה אין כאן מקום חיוב כלל שהרי תמורת הדמים שנותן הרי הוא נוטל הקרקע ואפילו אם היא משועבדת לבע"ח מ"מ אין בזה ביטול המכירה שהמכירה קיימת עד שעת טריפה וא"כ כיון שעכשיו בשעה שנעשה ערב אינו מוצא מקום לחול שאין כאן חיוב רק שיהיה כח קבלה זו של עכשיו לחול על החיוב שיתחדש ע"י טריפת בע"ח וכיון שאין ודאי שיבא חיוב זה כלל אסמכתא הוי ואע"ג דגם בערב בעד שואל חפץ מהני ערבותו אע"ג דהחפץ הדר בעינ' וקי"ל דלא אשתעבדי ניכסי אלא משעת אונסין מ"מ מהני ביה ערבות דאע"ג דשעבוד לא רמי אנכסיה אלא משעת שאלה כיון שהחפץ הוא בעין מ"מ החיוב חל מיד בשעת שאלה שמתחייב מיד שיחזירנו בכלות ימי שאלה ועל חיוב זה חל ערבותו ולכן שפיר הוי בי' דין ערב וזה מבואר בש"ך סי' רצ"א דמה"ט יש לשומר דין א"י אם נתחייבתי שחיוב החזרה מתחיל מיד בשעת שאלה ע"ש משא"כ במקבל אחריות מכירת שדה שאין כאן התחלת שום חיוב בשעת ערבותו ואין חיוב אלא כשיטרפו ממנו אז מתחיל החיוב וכיון שאין ברור שיתחיל שום חיוב דשמא לא יבא לידי טריפה כלל הו"ל אסמכתא והוא נכון לענ"ד. וא"ל כיון דקי"ל באומר תן לפלוני ואני ערב מהני אף שאין ההלואה נעשית מיד בשעת הערבות וכ"כ הש"ך סימן קכ"ט בשם הרשד"ם במי שנתן כת"י כל מי שיתנדב ללות לפלוני הוא ערב כו' ע"ש וא"כ הא קמן דאע"פ שאין החיוב מתחיל מיד שי"ל שמא לא יבא לידי חיוב שלא יתן לו כלל ואפ"ה אין מבטל דין ערב שע"ד כן הוא נעשה ערב כשיבא לידי חיוב אבל באמת ז"א דהתם שזה הלוהו

עפ"י אמירתו שיהיה ערב וכשמלוה לו והחיוב מתחדש הוא ע"פ זה אין קפידא בזה שאמירתו היה קודם על החיוב שיהיה מחמת אמירתו והו"ל כאומר בשעת מתן מעות משא"כ במכירה שהחיוב המתחדש אינו מתחדש מחמת ערבותו רק שממילא מתחדש החיוב ובא עליו ע"י טריפה וכיון דאפשר שלא יתחדש החיוב שאפי' אם יש כאן בע"ח שמא יסלקנו הלוה בזוזי או נכסי ב"ח לא גמר ומשעבד נפשיה והלואה שאני דהחוב הוא ודאי רק שיש ספק שמא יסתלק החוב ועל זה גמר ומשעבד נפשיה שאם לא יסתלק החוב יתחייב לשלם ולכאורה יש לעיין לפ"ז דהתינח בקבלת אחריות מחמת טריפת בע"ח שאף אם יטרוף עכ"פ עד שעת טריפה המכיר' קיימת ואין כאן התחלת חיוב אבל בקבלת האחריות מחמת גזילה שפיר יש כאן התחלת חיוב מיד שהרי ביטול מקח יש כאן והו"ל זוזי הלואה כמ"ש התוס' בב"מ דף י"ד דהשטר מקח הו"ל כשטר הלואה ואמרינן ביה אחריות ט"ס אף לשמואל וכ"כ בדף ט"ו ע"ב ד"ה ששווי' אפותיקי דבגזלן שלא חל המקח כלל זוזי הוו הלואה ואם ישלם שבח הו"ל רבית ע"ש וא"כ למה לא יועיל ערבות על אחריות דגזילה דהרי אם היא גזולה החיוב מתחיל מיד דהזוזי הם הלואה מיד הערבות דידיה כערבות דהלואה וא"ל כיון שעכשיו לא נודע מזה החיוב אע"ג דאגלאי למפרע לית לן בה ז"א שהרי ע"ז הוא בא להתערב שאם יבא נגזל ויוציא והחיוב בזה הוא מיד ועל זה הערבות חל על החיוב הלז המתחיל מיד כמו בהלואה ומ"מ יש לחלק דבהלואה שהחיוב המתחיל מיד הוא ודאי חיוב סמכה דעתיה להשתעבד מיד משא"כ בזה שאף שהוא חש למלתא ומקבל אחריות ע"ז שאם יבא נגזל כו' מ"מ לא ברירא ליה שיהיה כאן ח ויש לחלק בין זה לאומר תן לפלוני כו' דג"כ לא ברירא ליה וקצרתי:

ואמנם גם בטעם שכתב הטור על דבר' הרמב"ם לפי שלא על אמונתו קנה השדה שפעמים אדם קונה שדה שלא באחריות דזבין ארעא ליומיה וקשה תינח בטריפת בע"ח אבל בטריפת נגזל אף מכירה ליומיה אין כאן ואפילו שמואל מודה בהכי כמ"ש התוספות בב"מ שם וע"ש שכתבו דאפילו ממשעבדי נמי גבי דשטר מקח זה הו"ל כשטר הלואה דאמרינן ביה אחריות ט"ס כו' ולפ"ז גם לענין ערב נמי נימא דהוי כערב דהלואה ולכאורה י"ל דא"כ דהא דאמרינן דזבין ליומא היינו משום שבינתיים יאכל פירות הרבה כמ"ש רש"י שם ומש"ה שפיר כתבו התוספות דבנגזל אין כאן זביני ליומא דהנגזל טורף אף פירות שאכל הלוקח דא"ל ארעאי אשבח וכ"כ ג"כ הפ"י ועדיין היה מקום לומר דגם בנגזל לא אמרינן אחריות ט"ס רק לענין אכילת פירות לבד ולא על הקרן דעל הקרן לא קביל אחריות משום דזבין ליומא בשביל אכילת הפירות ואף שהנגזל יטרוף הרי הוא חוזר לגבות אותם מן הגזלן וזימנין שאכילת הפירות יעלה יותר מהקרן וכיון שאכילת

הפירות הוא פסידא דהדר הו"ל כאלו הפירות שלו והו"ל כמו טריפת בע"ח דזבין ליומא ודוחק לומר דכיון שעכ"פ אנו צריכין לומר דנחית לאחריות על הפירות עכ"פ מסתבר טפי דנחית לאחריות גם על הקרן וכדאמנינן התם סתמא כי תבע קרנא תבע ברישא וגם י"ל דכיון דע"כ יהיה מוכרח לתבוע המוכר על הפירות לא אמרינן דזבין ליומא רק בטריפת בע"ח שהפירות שלו וא"צ לתבוע כלל דמנ"ל להתוספות לחלק בכך ויותר מסתבר לומר דהתם קיימו התוס' אליבא דשמואל דס"ל לוקח מגזלן לית ליה שבחא וה"ה פירי כמבואר במפורשים שם והלכך שפיר כתבו דאין כאן זביני ליומא בלוקח מגזלן לפי שהנגזל יטרוף גם הפירות והלוקח אין לו על מי לחזור ולפי זה אתי שפיר דברי הטור דיהיב טעמא משום דזבין ליומא אף דמסתמא מיירי בכל אחריות אף של נגזל משום דאנן לדידן דקי"ל כרבא דפסיק הלכתא כרב דיש לו שבח א"כ גם בנגזל זביני ליומי' הוא שאף אם יטרוף הפירות מ"מ יחזור לפרוע אותם מיד הגזלן ולכן אין סמיכתו על הערב לענין הקרן אלא דלפ"ז צ"ל דגם להרמב"ם מהני ערבותו לענין הפירות שיטרוף הנגזל דאל"כ בפשיטות י"ל דגם לענין הקרן אין סמיכתו על הערב כיון שיגבה מהמוכר אלא ודאי שז"א דכל ערבות דהלואה נימא דסמיך על הלוה וע"כ כיון שבשעת הלואה נוטל ערב חזינן דעל אמונתו הלוהו וה"ה לענין מכר מה תאמר דזבין ליומא גם ליומא ע"כ דסמיך שיחזור ויגבה מהמוכר ומה בין זה לגוף הקרן אך אם נאמר דאע"ג דהרמב"ם כתב שאין הערבות בעד קבלת אחריות מועיל מ"מ בגזל הוא מועיל עכ"פ לענין הפירות ואז על גוף הקרקע אמרינן שאין סומך על הערב כיון שכבר סמוך לבו לענין הפירות שוב זבין ליומי' אך אין זה במשמע בדברי הרמב"ם ופשט הדברים נראה דאף להפירות שטורף נגזל אין ערבותו כלום וא"כ קשה מה זבין ליומיה שייך בזה כיון דבלא הערב אף הפירות אינם שלו אם יטרוף הנגזל:

ועוד נלענ"ד דבלא"ה קשה על הטור דהא אנן קי"ל דלא כשמואל וסבירא לן אחריות ט"ס אף בשטרי מקח דלא אמרי' זבין ליומא וא"כ היאך כתב הטור בפשיטות הך סברא דזבין ליומא וראיתי שהט"ז עמד בזה וכתב שצ"ע לחלק בין מוכר לערב ע"ש ולדידי חזי לי שהחילוק נכון דבלוה דאמרינן דעל אמונתו הלוהו אע"פ שאינו קבלן ולא נפטר מלשלם מ"מ אמרינן מדחזינן שבשעה שמלוה הוא נוטל ערב בודאי הוא סומך עליו משא"כ במכר דאיכא תרתי דזימנין דאף בלא אחריות זבין ליומיה ומכ"ש בזה שיש לו אחריות על הלוה דסמכא דעתיה אהא ואין לו סמיכה כ"כ על הערב אבל לומר שאין אחריות ט"ס במכר ולא קנה על אחריות כלל בהא לא קי"ל כשמואל דשדי זוזי בשביל הך מלתא דזבין ליומא שהוא מיעוט שאין מצוי ודוקא לענין ערב שיש לו לסמוך על הלוה ג"כ חזי

לאצטרופי הא דזמנין דזבין ליומא כנלענ"ד בדעת הטור ולפ"ז בנגזל שטורף הפירות ג"כ אע"ג שחוזר לפרוע מהגזלן מ"מ ליכא תרתי כיון דעל הפירות גופא ג"כ צריך לחזור על המוכר ודוקא בטריפת בע"ח שאין טורף הפירות כלל שייך לומר תרתי שאוכל פירות וגם יש לחזור אחר המוכר:

וגם מאי דכתיבנא לתרוצי דברי התוס' משום דהתוס' מיירי אליבא דשמואל דס"ל שבח אין לו שבתי וראיתי שז"א דהא טעמיה דשמואל כיון ששדה אין לו שכר מעותיו נוטל ומחזי כרבית וזה שייך היכא שצריך לפרוע הקרן משא"כ אם נימא שאין מקבל אחריות על הקרן שפיר י"ל דזבין ליומא לפי שקיבל אחריות על הפירות וגם שמואל מודה בהא כיון שלא ישלם הקרן אין כאן רבית וע"כ לומר בשיטת התוס' כמש"ל דלא מסתבר שיקבל אחריות על הפירות ולא על הקרן או כפי הסברא השניה דכתיבנא ואין מעלה ארוכה לדברי הטור:

אמנם אפשר לומר ע"פ מ"ש הב"י בסי' קל"א לחלק דערב דלוה כיון דלהוצאה כו' משא"כ ערב דשדה כיון שרואהו מוכר שדה ואין מערער עליו ודאי כשמתערב אדעתא דקים ליה שלא יוציאוהו ממנה כו' ע"ש ואמנם הך סברא נראה דא"ש לענין אחריות דגזולה דאם איתא דגזולה הי' יוצא ערעור בשעת מכירה משא"כ לענין טריפת בע"ח אין ראיה מה שהוא שפוי בשעת מכירה שהבע"ח אין נותן עין על נכסי הלוה ולא איכפת לי' במכירתו וגם אפשר שלא הגיע זמנו ולפי"ז י"ל דגם הטור ס"ל כסברת הב"י וא"ש לענין אחריות דגזולה ולענין אחריות דבע"ח שפיר כתב הטור די"ל דזבין ליומא דבאחריות גזלה פשיטא ליה כסברת הב"י בזה. ולפי"ז גם טעמא דידי דכתיבנא שאין הערבות חל מחמת שאין החיוב מתחיל עד שעת טריפה ג"כ א"ש דאף דמיירי גם בטריפת נגזל מ"מ לענין זה בלא"ה א"ש כסברת הב"י וכדכתיבנא לשיטת הטור שוב ראיתי שהב"י שם הביא דברי ה"ה שכתב וז"ל דשאני ערבות דמכר כשנותנין המעות ע"ד להשתקע נותנין ואין הערבות על הדמים אלא על הקרקע והוא ע"ת אם יוציאוהו מידו כו' ואינו כערב דהלואה שהמלוה מוציא המעות מתחת ידו וכאן הלוה מוחזק בקרקע וא"ל על אמונתו הלוהו כו' ונראה קצת דתרי טעמי נקט חדא שהמעות ניתן להשתקע ואין כאן חוב והוא כעין מ"ש וגם לפי שאינו מוציא כעת מתח"י רק מחזיק בקרקע וכיון שבהאי שעתא מוחזק הוי לא על אמונתו הלוהו ועי"ש עוד שכתב ואין האחריות על הדמים אלא על הקרקע אם יטרפוהו ממנו ותדע לך דאם הוקרה או הוזלה וטרפה בע"ח דמוכר מגבין ללוקח כפי מה שהוא שוה בשעת טריפא לא כפי הדמים שקנה כו' עי' שם ומזה משמע ג"כ דמיירי בטריפת בע"ח דאלו בטריפת גזלן נראה שיש להגבותו כפי הדמים שקנה

כיון שהמקח בטל וזוזי הלואה גבי' וכ"כ להדיא בנ"י ב"ב קמא דמציעא עי' שם וכזה הראה לי חכם אחד שנתעלמו דברי נ"י אילו מבעל קצה"ח סי' קט"ז שכתב שהתוס' חולקת על הך דינא דגובה כשעת טורפא והביא מתוספות דבבא קמא גבי ראובן שמכר שלא באחריות כו' וזה תמוה שהתוספות שם קיימי לענין ערעור דגזלנותא ושם באמת לא אזלינן בתר טרפא רק כשעת המכר ואף שישבתי הדברים מ"מ נראה שלא כיון לזה ודברי הנ"י בזה הם דברי הר"ן הובא בש"מ ואמנם לענ"ד דעת הראב"ד והרשב"א אינו כן ואין כאן מקומו:

ודאתאן עלה בנ"ד ודאי דמהני הערבות בשעת מתן הסחורה אף לדעת הרמב"ם במכירת השדה דטעם הטור פשיטא דלא שייך הכא וגם לטעמא דידי נמי הא בשעת קבלת הסחורה מתחיל החיוב ואף שעיקר החיוב מתחיל בשעת אונסין מ"מ חיוב על חזרת הסחורה מתחיל מיד וכמו ערב דשואל חפץ וגם טעם הב"י דכשמתערב אדעתא דקים ליה שלא יוציאוהו ליתא בנ"ד שהכל יודעין שהדרכים בחזקת סכנה וכשנכנס לערבות הוא בא בשכרו ומכניס עצמו מתחלה ע"ד כן ומשעבד נפשיה וגם הנותן הסחורה הוא מוציא מתח"י על אמונתו של זו וגדולה מזו י"ל דנ"ד לא מיקרי ערב כ"א קבלן שזה המבטיח הוא עיקר המקבל את הסחורה מהסוחר ואף שבעל החבילה הולך לקחתה מבית הסוחר מ"מ כיון שאין הסוחר נותנה לו בהקפה או על אחריותן רק עפ"י השט"ח מהמבטיח א"כ איהו אינו רק שליח של המבטיח ושליחותיה קעביד לקחתה ולהוליכה אל מחוז חפץ ואינו רק כבעל עגלה המוליך סחורה וטוענה בשליחות הקונה מהסוחר והסוחר אין דינו עם המוליך רק עם המבטיח ואין כאן ערבות רק קבלנות והרי אומר תן לו ואני אתן לך הוי קבלן ומכ"ש בזה שכבר שלח השט"ח לידו כתוב על שם הסוחר ועפי"ז הוא מוסר לו הסחורה שדין קבלן יש לו:

ועוד נראה דאפילו תימא שאם שולח לו בכתב שיתן לזה הסחורה והוא מחייב עצמו שמחוייב להחזירה לו בשלימות וכיוצא בזה היה תלוי במשמעות לשון הכתב אבל כפי שנוהגין שנותן שט"ח בסתם ואין מזכיר בו סחורה כלל רק על סך כך וכך מעות א"כ נראה שהענין נעשה ע"ד הקנאת חכמי ספרד המבואר בסי' ר"ז וכמו משלשין שט"ח לקיום תנאים המבואר באה"ע והיינו שהוא מקנה לו השט"ח ומתחייב לו סך כך רק שתנאי הוא באם יחזיר הסחורה השט"ח מחול וכל זמן שלא מסר הסחורה החוב בתקפו ואין כאן דין אסמכתא כלל סוף דבר שמנהגן של ישראל תורה הוא ודין גמור וגם מצד מנהג הסוחרים דין גמור כמבואר בפוסקים ותשובות וקצרתי דברי זעיריא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה לה

שאלה דרך התגרים ליתן סחורה שלהם להוליכה למדינה אחרת והמוליך מחייב עצמו בכל אחריות שיארע להסחורה עד בואה אל מחוז חפצה וימסרנה שם ליד בעל הסחורה או שלוחו ולפעמים אין זה המוליך רוצה לקבל אחריות או אינו בטוח בעיני בעל הסחורה ואחר נכנס תחתיו לקבל אחריות העמדת הסחורה ונותן לבעל הסחורה מעות בערבון כפי שיווי הסחורה או שט"ח על סך זה ובזה חל עליו חיוב העמדת הסחורה ומתפשרים בניהם כמה יתן בעל הסחורה בעד הוליכתה וקבלת אחריותה וזה שמקבל אחריות מתפשר עם המוליך כמה יטול זה בעד הולכת הסחורה וטרחתו וכמה יטול זה בעד קבלת האחריות ואם אינו מעמיד הסחורה לזמן הקצוב ביניהם אזי מי שנותן השט"ח משלם שט"ח שלו לבעל הסחורה והוא חוזר על המוליך אם יש לו עליו איזה דו"ד כשלא קיים כפי התנאין שביניהן או שחושדו שהטמין הסחורה לעצמו כולה או מקצתה ובעל הסחורה אינו עושה דין עם המוליך כלל אם אחר מקבל האחריות ואינו לוקח ממנו שום כתב כלל רק עיניו ולבו על המעות או על השט"ח שקיבל מיד זה המקבל האחריות ואירע שראובן היה צריך לשלוח סחורה וקיבלה שמעון להוליכה ולפי ששמעון לא היה בטוח בעיני ראובן נכנס תחתיו לוי לקבל על אחריות ונתן שט"ח בסתם על סך כך וכך לשלם לזמן פלוני ע"ד המנהג כשיעמיד הסחורה יחזור לו השט"ח והמוליך נתעכב זמן מה עד שיהיה לו זמן מוכשר לצאת שלא יכשל בסכנת הדרכים ובינתיים שמע לוי שנתרבתה הסכנה ורצה לחזור בו מקבלת האחריות ושלח לראובן שישתדל להוציא הסחורה מיד המוליך וראובן שלח אחרי המוליך והוא השיב לו שכבר הלכה הסחורה ואין בידו להחזירה וסוף דבר נלכדה הסחורה במדינה ההוא מיד המוליך ונפסדה ועתה תובע ראובן שישלם לו השט"ח כמנהג ולוי טוען הרי הזהרתיך שתשתדל להוציא הסחורה מידיו כי אחר שנתרבתה הסכנה חזרתי מקבלת האחריות והשיבו ראובן עשיתי כדבריך וטרחתי עמו הרבה ולא עלתה בידי כי אמר שכבר שלחה ואם היו דבריו אמת או שקר לא ידעתי אך סוף סוף לא באה הסחורה לידי ולוי טוען לו יהא כדבריך שלא הייתי יכול להוציא ממנו בטוב אעפ"כ אחרי שגליתי אזניך שאני איני רוצה להתערב עוד בקבלת אחריות היה לך לילך עמו בדינא ודיינא או בעקיפין ואני יודע בבירור שעדיין היתה הסחורה תחת ידו בעת ההיא והיית יכול להצילה מידו בתוקף ומאחר שלא עשית כן את אפסדת נפשך וראובן טוען שטרחא רבה כזו לא היה מוטל עלי מאחר שהשט"ח שלך היה תחת ידי ועליו סמכתי מתחלה ואפשר שלא היה עולה בידי ג"כ אם היה טוען מה לך עלי אחרי שהערבון נתון בידך שט"ח בטוח על

האחריות וע"ז סמכת מתחלה ואם אתה היית רוצה לחזור עלי' דידך הוי רמיא לטרוח עמו ולהוציא מידו מאחר שאתה נכנסת בעובי הקורה וקבלת עליך אחריותה לא בן חורין אתה להפטר ממנה אם לא בתורת הסחורה לידי כי על כן נתתיה לו מתחלה על אמונתך ואף עתה אין לי דין ודברים עמו אע"פ שהוא היה המוליך מעצמו ופשע בדבר כל חיובי אחריות שבעסק זה עליך הם מתחילת מסירת הסחורה לידו עד עתה ואני עשיתי לפנים משורת הדין לטרוח עבורך ולכופו בדברים ולא הועלתי וחיוב זה לילך עמו בתוקף אינו מוטל עלי כלל רק עליך ולכן אתה מחויב לשלם ואם יש לך דין על המוליך עשה עמו כרצונך וברורו להם ב"ד השוה שידונו ביניהם והב"ד שמו פניהם עלי ובקשו לחוות דעתי בזה:

תשובה מתחלה אען ואומר שיש לברר דין זה מתלמוד ערוך בב"ק דף ק"ח איתמר נגנבה באונס והוכר הגנב אמר אביי אם ש"ח הוא רצה עושה עמו דין רצה נשבע ואם ש"ש הוא עושה עמו דין ואינו נשבע רבא אמר אחד זה ואחד זה עושה עמו דין ואינו נשבע ופי' רש"י ואם ש"ש הוא אע"ג דפטור בלסטים מזוין הכא הואיל והוכר הגנב ולא יפסיד כלום עליו לטרוח אחריו לפיכך הוא ישלם לבעלים ויחזור ויפרע מן הגנב עושה עמו דין ישלם דמצוה עליו לחזר אחר האבידה ומסקינן התם דאפי' אם כבר נשבע הש"ש שהוא פטור לגמרי מן הבעלים אעפ"כ כשהוכר הגנב צריך הוא לשלם והוא יחזור אחר הגנב להוציא ממנו כיון דלית ליה פסידא רק טרחא שיצטרך לדון עם הגנב שהוא לסטים מזוין ולקח באונס ע"ש וקי"ל כרבא דאם עדיין לא נשבע אע"פ שהוא ש"ח מחויב לשלם ואע"פ שהוא ש"ח ופטור מן הדין מ"מ כיון דלית ליה פסידא הטורח מוטל עליו ואע"פ שרוצה לישבע לא מהני ליה אלא אחר שישלם יטרח לעצמו לילך עם הגנב בדינא ודיינא עד שיוציא ממנו ואם כבר נשבע ונפטר מן המפקיד מ"מ אם היה שומר שכר אעפ"כ הוא מחויב לשלם להמפקיד והוא יטרח להוציא את שלו:

ומעתה בנ"ד רואה אני הדברים ק"ו דהא התם כשנשבע כבר יצא מחיובו וכלתה שמירתו ואף אם לא נשבע הרי הוא מוכן לישבע וליפטר מחיוב אחריות שעליו ואעפ"כ מחויב לשלם ועלי' דידיה רמיא לטרוח בדינא ודיינא עם הלסטין מזוין להוציא ממנו בחזקה וק"ו הדברים אם הוא ש"ח ונגנבה ממנו בפשיעה או בש"ש בגניבה סתם שלא בלסטים מזוין והוכר הגנב שמחויב הש"ח או הש"ש לשלם והוא יטרח להוציא מן הגנב ולא מצי למפטר נפשי' מחיוב אחריותו ולהטיל הטורח על הבעלים שהם יטרחו להוציא מן הגנב וממנו נקח לנ"ד שאין ספק שזה שקיבל עליו כל מיני אחריות שיתחייב לשלם אם לא יומסר הסחורה ליד הבעלים שהוא מחויב לטרוח ולהוציא מיד זה המוליך שרוצה

להעביר על דעתו ולעכב לעצמו או להוליכם למקום סכנה שאם תאבד אין לו על מה לסמוך ולאו כל כמיניה למפטר נפשי' בזה שמטיל הטורח על הבעלים והדבר ברור דהא דקי"ל ש"ש שהיה יכול לקדם ברועים ומקלות ולא קידם חייב שכן הדין אף אם הודיעו לבעלים שהם יקדמו ויקימו עליו רועים אם אין הבעלים רוצים לקבל עליהם טורח זה הש"ש חייב ואין לחלק ולומר דדוקא גבי שומר שקיבל הבהמה שהוא ישמרנה הוא מחויב לשלם כל זמן שאינה מחזירה משא"כ בנ"ד שידוע הי' לבעל הסחורה שזה יהי' המוציא והמביא רק שזה קיבל עליו כל אונס דמתיליד להמוליך בזה לא הוטל עליו הטורח דפשיטא דז"א כיון שזה לא הי' נותן להמוליך כלל רק על פיו של זה המקבל עליו שמחויב להעמיד הסחורה לידו וכיון שהחזר' והאחריות מוטל עליו זה המוליך שליחותיה קעביד וה"ז כמו שוכר את החמור לרכוב עליו שלוחו שדין בעל החמור הוא עם השוכר וכמבואר בנ"י בשם הרא"ה הביאו בש"ך סי' רצ"א וא"כ פשיטא דלא מצי פטר נפשי' מחיוב חזרת הסחורה שקיבל עליו במה שבא מחמת טענה שהיה לבעל הסחורה להציל הסחורה דעיקר חיובי הטורח להחזיר הסחורה לבעלים עלי' דידיה רמיא שהרי הבעלים לא היו מוסרים ליד זה כלל ואינו שלוחם רק שליח המקבל אחריות ולכן זה שהאחריו' עליו מחויב לשלם והוא יעשה דין עם שלוחו:

ואין לפקפק בזה מהא דאמרינן בב"ק דף מ"ה דכ"ע אומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך והכא בגומרין כו' השתא אתפסתי' לתוראי בידא דלא מצינא לאשתעי דינא בהדיה כו' משמע דאי הוי מצי לאשתעי דינא עם הב"ד ולהוציא מידם היה השומר נפטר בטענת הרי שלך לפניך וזיל דון ואפיק לנפשך ואפילו באיסורי הנאה ומכ"ש במידי דלאו אה"נ דמצי למימר הכי דז"א דודאי דין דהרי שלך לפניך לא שייך אא"כ מחזיר לו הדבר בעינו אז אף ע"פ שנעשה אה"נ כגון חמץ בפסח וכה"ג אומר הרי שלך לפניך אבל כשאינו מחזירו לידו רק שהוא ביד אחרים ומראה מקום הוא לו שהפקדון או הגזל הוא תחת יד פלוני ותטול מתחת ידו אין שומעין לו מוכרח מדברי הש"ס דלעיל דהא אף כשהשומר נפטר מהבעלים והוכר הגנב צריך לשלם ולטרוח לעצמו ולא מצי אמר הרי שלך לפניך אצל גנב זה ותטרח ותוציא לעצמך אלא ודאי דכיון שהוא תח"י הגנב וצריך להוציא מת"י אין יכול לומר הש"ל כיון שאינו לפניו לקחתו וצריך לטרוח אחריו והתם גבי שומר מיירי שאחר שגמרו דינו חזר השומר ותפסו מידי ב"ד והחזירו לבעליו ואפ"ה לא מצי אמר הש"ל משום דאתפסי מעיקרא ביד הב"ד וגמר את דינו ושוב אין מועיל חזרתו עתה שהב"ד יוציאו מידו לסלקו ואינו יכול לעכב על ידם ידן מבואר שם בלישנא דרבנן ור"י החזירו שומר לבית בעליו כו' ואם היה ביד ב"ד גם עתה לא הוי מצי למימר הרי שלך

לפניך כיון שאינו מחזירו מיד ליד וכן מוכח מהא דאמרינן גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ונטלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה ואף בגזילה קיימת הדין כן כמבואר בריש פרק הגוזל ובדף קט"ו גנב ומכר ואח"כ הוכר הגנב כו' עי' שם ועי' סימן שס"א ולכאורה תיקשי כיון דכאן משמע דמיירי באפשר להוציא מן השני אם כן למה רוצה מזה גובה דהיינו מן הראשון נימא ליה זיל לגבי שני שהגזילה קיימת אצלו והרי שלך לפניך שאם תרצה תגבה אותה ממנו אלא ודאי דטענת הרי שלך לפניך לא שייכא אלא כשמוסר לו מיד ליד אבל לא כשמראהו ביד אחרים וצריך טירחא להוציא מידו:

והא דאמרינן בבבא קמא דף ק"ז הגוזל שדה ונטלוה מסיקין אומר לו הרי שלך לפניך התם בקרקע מיירי ומשום דקרקע אינה נגזלת כלל וברשותא דמרא קיימא ולכן אפילו אין יכול להוציא מיד המסיקין אם הוא מכת מדינה אומר הרי שלך לפניך וכן שטפה נהר אומר הש"ל אבל בממלטלין פשיטא דלא מצי אמר הש"ל ולא מיבעיא אם אין יכול להוציא אפילו אם הוא מכת מדינה אלא אפילו יכול להוציא בדיינים א"י לומר הש"ל כשהוא ביד אחרים וכמבואר בבבא מציעא דף ז' בגזל ולא נתיאשו הבעלים אפילו יכול להוציא בדיינים אינו יכול להקדישו במטלטלין לפי שאינו ברשותו רק במקרקעי דכי יכול להוציאו בדיינים ברשותיה קיימא וכיון דבמטלטלין כל שרשות אחרים מעכב עליו לאו ברשותיה מיקרי לענין הקדש והכי נמי אמרינן דלא כתבינין אורכתא אמטלטלי כו' עי' שם בבבא קמא דף ע' ובפוסקים א"כ פשיטא היכא שמחויב להשיב ליד הבעלים אין זה השבה מה שמראה לו שהוא ביד פלוני וילך ויוציא ממנו שאף אם היה שלו אין בידו להקדישו ולהקנותו ומכ"ש דלא מצי אמר הרי שלך לפניך:

ולכאורה יש להביא ראיה מהא דאמרינן בבבא קמא דף צ"ח הזורק מטבעת חבירו לים הגדול פטור מ"ט א"ל הא מנח קמך אי בעית שקליה ופי' רש"י דאי משום דבעי למיתב זוזא לבר אמוראה למישט ולמשקליה אין זה רק גורם להפסידו אותו שכר ופטור וה"מ דאדיה אדויי אבל שקליה בידיה מגזל גזלי' השבה בעי מעבד ע"ש מבואר מזה דבגזלן אף בצלולין דקא חזי ליה לא מצי אמר הש"ל דהא מנח קמך זיל שקליה דכיון דצריך להוציאו ע"י בר אמוראה לאו השבה מיקרי וגזלן צריך השבה:

ואמנם הש"ך בסימן שפ"ו הביא דברי הרש"ל דס"ל דאף היכא דשקליה דבעי למעבד השבה מ"מ יצא במה שמשלם לו שכר בר אמוראה ואינו צריך להטפל בה יותר וכן משמע מהתוס' גבי יש שבח סימנים על גבי צמר והש"ך חולק וכתב שכיון שצריך השבה אינו יוצא עד שמחזירה למקום שנטלה ומ"ש מדברי התוס' לא משמע משם מידי דהתוס' לא מיירי התם אי קפיד בהכי משום דהתם מנחי הצמר קמיה אבל אי קפיד קפיד עכ"ל

ועי' שם בתוס' שכתבו שם אהא דאמרינן דאי יש שבח סימנים ע"ג הצמר מצי א"ל הא מנחי קמך שקלינהו דמ"מ בעי למיתב אגרא דלשקול להו כו' ולכאורה משמע כהרש"ל דאי כדברי הש"ך שאם רוצה בעל הסימנים צריך הגזלן לטרוח למשקל להם א"כ מאי קמיבעי לי' דלמא אין שבח ובעי שלומי או יש שבח דמאי נ"מ דהא גם אי יש שבח נמי צריך הגזלן להחזיר לידו הסימנים שלו בלי טורח ולדברי הרש"ל א"ש דבטורח למשקל הסימנים קמיבעי ליה אבל לדברי הש"ך קשה ואפשר דהש"ך ס"ל דהכי קמיבעי ליה דלמא אין שבח וא"כ מיקני לו לגזלן בשינוי וצריך לשלם דמים דוקא אף אם רוצה לטרוח ולמשקל להו להחזירם בעינם או דלמא יש שבח כו' ואין זה שינוי כלל וא"צ לשלם דמים עכ"פ רק ליטלם בעינם או ע"י טורח עצמו וזה יתן לו השכר ואם ירצה יטרח הגזלן לקחתם משם ולהשיבו לבעלים כן צ"ל לפי דעת הש"ך:

ולכאורה יש להביא ראיה לשיטת הרש"ל מהא דאמרינן בב"ק דף י"א והכא בטורח נבלה קמיפלגי להביאה ממקום שמתה למקום שהיתה שם דאבא שאול סבר על המזיק הוא והתניא אחרים אומרים מנין שעל בעל הבור להעלות השור מבורו כו' והרא"ש שם כתב ופחת נבלה על הניזק משעה שנודע לו ההיזק שהי' מוטל עליו להשתדל ולהעלותו מן הבור ושכר העלאה יפרע המזיק עכ"ל וכ"כ הסמ"ע סי' ת"ג שכ"כ הטור וכ"כ הב"י שכן הסכמת הפוסקים מבואר מזה דכל היכא שהגוף שלו אף שהחיוב מוטל על האחר למסור לידו מ"מ הוא צריך לטרוח בעצמו ומה שאמרו טורח נבלה על המזיק היינו שכר הטורח וה"נ דכוותה אע"פ שזה מוטל עליו חיוב השבה כיון דשקלי' בידים וגזלי' מ"מ זה צריך לטרוח אחר בר אמוראה למשקלי' וזה שזרקו יתן השכר וכן בההיא דצמר וסממני' ועיין בסמ"ע סי' שצ"ח סק"ה:

אך לענ"ד יש לחלק בין הך דמזיק שלא קיבל עליו חיוב השבת החפץ רק התורה הטילה עליו להשלים היזקו והלכך הטורח מחוייב עליו משא"כ גזלן שהוטל עליו חיוב השבת החפץ לאו השבה מיקרי כשעדיין הוא צריך טרחא שתבא לידו וכן משמע מלשון הרא"ש שכתב אבל שקל בידי' ושדי' מגזל גזלי' והשבה מעלייתא בעי למעבד ופשיטא דלא מיקרי השבה מעלייתא בכה"ג שצריך למרדף אבתרה. והנה מ"ש הטור והב"י בפשיטות דהניזק חייב להשתדל להעלותה אלא שהוצאות חל על המזיק לא משמע הכי מפשיטות לשון הש"ס והרמב"ם ועיין ביש"ש פ"ג סי' ל"א שכתב וז"ל כתב טור הא דאמרינן פחת נבלה כו' וכן לשון הרא"ש פ"ק כו' שעל המזיק מוטל להעלותה מן הבור ולהביאה ממקום הנזק לבד מ"מ מאחר שידע הניזק היה לו להודיע להמזיק להעלותו ושכר העלאה על המזיק כו' וכ"כ בסוף דבריו שם שהיה לו לתובעו לב"ד ולהזהירו

להעלותו לב"ד מבואר מזה דמפרש שאין חיוב על הניזק רק להודיע להמזיק ולהזהירו שיעלנה אבל הטורח עצמו הוא על המזיק ע"ש ונראה מדבריו שהוא מפרש כן בלשון הרא"ש והטור ג"כ והדבר קשה להעמיס כן בלשונם אבל מ"ש הסמ"ע שהב"י כתב שכן הסכמת הפוסקים צ"ע שהב"י לא כ"כ רק לענין עיקר הדין שטורח חל על המזיק ולא קאי כלל אהא דהטור שהניזק מחויב להשתדל להעלותה ע"ש וקצרתי:

והנה במ"ש לחלק בין מזיק לגזלן דבגזלן יש עליו חיוב השבה משא"כ במזיק הנה מדברי הש"ס דקאמר יביא עדודה לב"ד כו' ויליף מינה לדין מזיק נראה דגזלן ומזיק דין אחד להם. ולפ"ז לדעת הסמ"ע אליבא דהרא"ש והטור דבמזיק הטורח חל על הניזק רק שהמזיק יתן ההוצאה א"כ בשומר נמי דאמרינן יביא עדודה לב"ד נמי כה"ג הוא שהטורח על הבעלים רק שהשומר יתן ההוצאה ואע"ג דשומר נמי חייב בהשבה כמו בגזלן:

אך לענ"ד לא משמע הכי מדברי הפוסקים ואע"ג דקי"ל בסי' שמ"ד לענין דשמין לשואל שאם אמר לו טול השברים שלך ונאנסו שהוא פטור היינו משום דמשעה שנשבר כלתה שמירתו רק מחויב דמי היזקו והשברים ברשותיה קיימי כמו פחת נבלה אבל היכא שאין השברים במקום שיכול ליטלן בלא טורח שיוכל לומר הרי שלך לפניך בא וטול השומר מחויב להביאו במקום שהיה תחלה שיוכל המפקיד ליטלן (וכן מצאתי בש"מ ב"מ דף צ"ו בשם הרמב"ן ז"ל שממנו נובע הך דינא דאם א"ל טול כו' כמ"ש הב"י בשם הני' ע"ש) וז"ל זיל שלים ליה נרגא מעליא כו' וי"א דנ"מ דאי שמין לשואל שברים דידיה נינהו ואי א"ל לאחר ימי שאלה טול את שלך ונאנסו פטור ואי אין שמין חייב עד שישלים לו בב"ד בשומתן וכל זה בכלל פחת נבלה (ר"ל דאי שמין ונאנסו הוא בכלל פחת נבלה שהוא על הבעלים) ואע"פ שאמרו בנזקין שעל בעל הבור להעלות השור מבורו וכן בשואל ושומרים אמרו יביא עדודה לב"ד אפ"ה אינו חייב באחריותן אלא במה שחייב בשאלה דמעיקרא והיינו דבעי התם אי לימא דבדברא שוי זוזא כו' ולא מתרצינן דבאחריות המזיק הוא כו' ע"ש ומבואר מזה דודאי גוף הטורח הוא על המזיק והשומר דאם איתא שעל הניזק והבעלים להביאה רק ההוצאה על השומר פשיטא שחיוב האחריות עליו הוא ומעיקרא מאי קא קשיא לי' מהא:

ואמנם מדברי הרמב"ן אלו התבאר דלא ס"ל כמ"ש הסמ"ע לדעת הרא"ש והטור גם במזיק אלא גוף הטורח חל על המזיק ומ"מ האחריות הוא על הניזק שמיד שידע הוא צריך להשתדל לתבוע להמזיק שיעלנה ואם תבעו ונתרשל המזיק חייב ואם ידע הניזק ולא תבעו להעלות' מדשתק הא קמן דלא קפיד שתהיה שם והרי הוא על אחריותו ופסידא דניזק הוא וכדברי היש"ש בזה:

שוב מצאתי בנימוקי יוסף פ"ק דב"ק שכתב וז"ל אבא שאול מוקי קרא שנטרפה בפשיעה ולהכי חייביה קרא להביא עדודה כדמפרש דבטורח נבלה קמיפלגי והרי הוא כמזיק כיון שנטרפה בפשיעתו ות"ק מוקי קרא באונס וכיון שיביא עדים שנטרפה באונס פטור ולא מחייב כלל אפי' להביא עדוד' אלא שיודיע לו היכן הוא ואומר לו הרי שלך לפניך ולא דמי לנגנבה באונס ואח"כ הוכר הגנב דקי"ל בין ש"ח בין ש"ש עושה דין עם הגנב ולא מיפטר בשבועה דשאני התם דלא יוכלו בעליו לאשתעויי דינא עם הגנב דא"ל לאו בע"ד דידי את אבל הכא דנבלה קמי' מצי א"ל הש"ל עכ"ל. ושמחתי בראותי כי כאשר דמיתי הך דהוכר הגנב להההיא דטורח נבלה מצאתי לי רב מובהק:

אך מה שיצא לחלק דשאני התם דלא מצי לאשתעויי דינא עם הגנב דא"ל לאו בע"ד דידי את הוא תימא בעיני דא"כ לאביי דאמר בש"ח רצה נשבע וכן לרבא בש"ח שכבר נשבע ורוצה לעמוד בשבועתו נימא דאין הבעלים יכולים לתבוע את הגנב וממונו אבד ועיניו רואות וכלות ואין מושיע פשיטא דהא ליתא שבודאי ביד הבעלים לתבוע את הגנב כשירצו כדאמרינן גזל ולא נתיאשו הבעלים כו' רצה מזה גובה דכל דלא איאוש ברשותא דמרא קיימא ומכ"ש בשומר דפקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמרא הוא וכן מבואר במרדכי פרק הגוזל בתרא גזל ולא נתיאשו כו' וכן בב"מ דאמר לימא משכיר כו' ואנא משתעינא דינא בהדי שואל ואמר שם נימא לסרסיא כו' מכאן הי' דן רא"מ וכן הסכימו כל הגדולים שכל ממון שלא נקנה ביד מי שהוא ביאוש כו' ויכולין הבעלים להזמין לדין הגזלן השני או הנפקד השני ולא מצי א"ל לאו בע"ד דידי את כו' וכן מבואר בהך סוגיא דהוכר הגנב דעיקר פלוגתייהו היינו היכא שאין הבעלים רוצים לטרוח עם הגנב כמ"ש לקמן מדברי הרשב"א וה"ה בזה וא"כ פשיטא דהא דאמרינן שהשומר עושה דין עם הגנב לאו מטעמא דבעלים לא מצי לאשתעויי דינא אלא שזה לפי שנעשה עליו שומר אע"פ שלא קיבל עליו שמירת גניבה מ"מ הואיל ולא יפסיד כלום עליו לטרוח אחריה (ומ"ש רש"י והנ"י שם בטעמא דעושה עמו דין דמצוה לחזור אחר האבידה יבואר לקמן):

וכדי ליישב דברי הנ"י נראה דלאו דוקא קאמר דלא מצי לאשתעויי דודאי אי תבע לי' נזקקין לו אלא שעכ"פ אינו יכול להוציא מידו כ"א בטורח רב כיון שלא גנב מרשותו וצריך לברר שחפץ זה בא ע"י שהפקיד אצל זה השומר וכיון שסובר הגנב לאשתמוטי' מיני' צריך להטריח הרבה ולכן מוטל הטרחא על השומר משא"כ בזה דהנבלה מנחא קמי' אע"פ שמוטלת בשדה וצריך טורח להביאה לעיר שפיר מצי א"ל הש"ל:

ואמנם בלא"ה דברי הנ"י צ"ע דמפרש דלת"ק מיירי באונס ולאבא שאול בפשיעה וא"כ י"ל דלענין דינא לא פליגי ובש"ס מבואר דפליגי בטורח נבלה ומשמע דלת"ק לעולם אין הטורח על המזיק ואפילו בפשיעה ואנן קי"ל כאבא שאול:

וגם נלענ"ד דלת"ק דמוקי קרא במביא עדים שנטרפה באונס פשיטא שא"צ להביא עדודה לב"ד דהא מיד שנטרפה ה"ל יאוש בעלים ואפי' אם הוא מציל מידם ע"י איזה סיבה ה"ל שלו וכדאמרינן המציל מיד הארי כו' ועיין בתוס' דב"ק דף קי"ו גבי חמרא דר"ט דאמרינן אדעתא דאריא אפקרי' כו' ועיין בב"מ גבי רועה שהניח עדרו כו' אומדין אם הי' שם כו' ואפי' תימא דאם הציל הוא של בעלים מ"מ כשלא הי' יכול להציל הרי היתה יאוש והפקר לגמרי ומה שנשאר שלל הנבלה משמיא הוא דרחימו עלי' דבעל הבהמה אבל מ"מ אין חיוב על השומר לטרוח בהפקר לזכות בשביל הבעלים משא"כ בהך דהוכר הגנב דאמדינן דעתי' דמעיקר' קיבל השמירה ע"ד כן כשיוכל להחזירה לבעלים אף שיצטרך טורח גדול בדבר יעשה ובכלל קבלת השמירה מתחלה הוא כנלענ"ד וכל זה באונס אבל בפשיעה מבואר מדברי הנ"י ג"כ כמש"ל שהטורח על המזיק ולא מציא א"ל הא מנחא והש"ל וכבר כתבתי שדעת הש"ך בהא דהזורק מטבע שהטיפול הוא ג"כ על הזורק ודלא כדעת הישש"ש דלא בעי למיתב רק אגרא דבר אמוראה וא"צ לטפל יותר והישש"ש גופי' ס"ל בההוא דטורח נבלה שעל המזיק הוא ומכ"ש בזה דהשבה מעליא בעי למעבד וצריך לטרוח בה:

אמנם נראה דאף אם נאמר כדעת הישש"ש דאף דמגזל גזלי' מ"מ מצי אמר הש"ל כשנותן השכר ואף שצריך טרחא מ"מ לא נאמרו הדברים אלא כשאין רשות אחרים מעכב עליו כגון ההיא דזורק מטבע לים כיון דמצי למשקלי' ע"י בר אמוראה או בההוא דשבח סימנים ואם ירצה זה להקדישו ולהקנותו שפיר קדוש וכדאמרינן בנדרים דף ל"ד גבי ככר של הפקר שאמר הרי זה הקדש ופירשו הר"ן והרא"ש שם דמיירי שבידו לזכות בה ולכן מועיל הקדשו ומכ"ש בזה שהוא שלו אלא שעתה יצא מתחת ידו וצריך טורח להחזירו לרשותו ואפי' אם הוא ממושכן ביד אחרים וכדאמרינן שדה זו שמשכנתי כו' כיון שא"צ להתדיין ע"ז רק בידו לפדותה בסתם כאלו הוא ברשותו עכשיו חשבינן ליה ולכן שפיר מצי האי למימר לי' הרי שלך לפניך שהרי מיד יוכל לעשות בו כחפצו והשבה מעלייתא מיקרי ושייך ביה הרי שלך לפניך וכך הוא ג"כ בטורח נבלה לדעת הרא"ש שמיד נעשית שלו בכל מקום שהוא אלא שע"ז מוטל ליתן השכר משא"כ היכא שגזל חפץ או נעשה שומר עליו ונגנב ממנו והוכר הגנב אף שאם יעשו הבעלים דין עם הגנב יוכלו להוציא ממנו מ"מ השתא לאו ברשותיה שהרי רשות הגנב מעכב עליו ואין בידו

להקנותו ולהקדישו ופשיטא דלא מצי א"ל האי זיל טרח דון ואפיק לנפשך מיד הגנב והרי שלך לפניך דודאי לאו השבה הוא שהרי אכתי אינו ברשותו מחשב לכל מילי ולכן אפי' נגנב באונס שפטור עליו מן הדין שלא קיבל שמירה זאת להתחייב בתשלומי אונסין אבל מ"מ בכלל קבלת שמירתו לטרוח להחזירה להבעלים וזה שמראה לו הגנב אין זה חזרה ולכן י"ל דישלם ועל השומר לעשות טרחה זו לדון עם הגנב ובהכי א"ש כל הנך סוגיות שהבאתי:

והנה כבר כתבנו ששיטת רש"י דהא דעושה עמו דין היינו שהשומר מחויב לשלם והוא חוזר על הגנב להוציא ממנו ובש"ח הדין כן דוקא קודם שנשבע ובש"ש אע"פ שנשבע כבר מחוייב לשלם והוא יחזור אחר הגנב אך ה"ה פ"ח מהלכות שאלה כ' שהמפורשי' הקשו על רש"י דודאי אינו מן הדין שיתחייבו הם לשלם האונסין אע"פ שהוכר הגנב אלא כך פירושו שהם חייבים לטרוח ולדון עם הגנב משום דלעתים הגנב אלם קשה ואין הבעלים רוצים לטרוח לדון עמו וזה דעת רבינו עכ"ל ובכ"מ תמה עליו דלשון הרמב"ם הוא כלשון הגמרא וכפי פירש"י בגמרא כן י"ל בהרמב"ם והסמ"ע סי' רצ"ד כתב שדברי ה"ה נכונים דרש"י מפרש עושה היינו הנפקד עם המפקיד שישלם לו משא"כ הרמב"ם כתב עושה דין עם הגנב משמע כהמפורשים ע"ש:

והנה לענ"ד נראה ראיה ברורה לדברי רש"י מהא דאמרי' בב"מ דף צ"ג איבו אפקיד כתנא בי' רוניא אזל שבו שמטיה מיניה לסוף הוכר הגנב אתא לקמיה דר"נ חייבי' לימא פליגא אדר"ה בר אבין דשלח נגנבה באונס ואח"כ הוכר הגנב כו' אם ש"ח הוא כו' אמר רבא התם גברי דפרמוסקא הוו קיימי כו' ע"ש והנה רש"י פי' התם דחייבי' ר"נ לשלם הואיל והוכר הגנב וכן משמע פשטא דלישנא וגם דע"כ לומר כן דבחיוב תשלומין מיירי דהא לפום מה דמשני רבא גברי דפרמוסקי אם כן פשיטא דהך חייבין הוה חיוב תשלומין אין לנו לדחוק ולומר דבס"ד חייבין רק שהוא יטרח אחר הגנב ובודאי דגם בס"ד הא דחייבי ר"נ פירושו חיוב תשלומין כפירש"י ולפ"ז קשה דל"ל לאתויי הך דר"ה בר אבין דהא איכא לדחויי דהתם אחר שנשבע והכא קודם שנשבע דס"ל לרבא דאפי' ש"ח עושה עמו דין וכמ"ש התוס' שם וצריך לדחוק כרבא דמשני גברי דפרמוסקי היינו שמשיב לדברי השואל וגם דהא מצינן למימר דר"נ באמת פליג אדר"ה בר אבין והרי לדברי המפורשים אלו שמסברא דחו דברי רש"י דאין סברא שיתחייב לשלם האונסין ומחמת הך סברא גופא הו"ל לאקשויי על ר"נ דאין חייבין לשלם האונסין ומה בכך שהוכר הגנב אלא ע"כ דמ"ד בש"ח עושה עמו דין הוא מחייב לשלם ולענ"ד הוא ראיה ברורה לדברי רש"י ז"ל וגם מדברי התו' שם מוכח הכי ומבואר מדבריהם דאי הוה משני

דהא דר"ה בר אבין אחר שבועה והכא קודם שבועה הוה א"ש דחייבי' לשלומי אע"פ שהוא ש"ח אע"ג דאביי ורבא לא קאמרי רק דעושה עמו דין וע"כ דדין היינו תשלומין וכן מבואר מדברי הר"ן והריטב"א הביאום בש"מ שכתבו דאליבא דאביי קשיא ליה והנה תירץ דהכא נמי מיירי שכבר נשבע מבואר דלרב' וקודם שנשבע ניחא ליה הא דחייביה בתשלומין מבואר מזה כדעת רש"י והנה מפורשים אלו שכתב ה"ה בשמם ראיתי שהוא מדברי הרשב"א הביאו בש"מ בב"ק שהקשה על רש"י דאיך אפשר לומר שיהא ש"ח משלם כל שלא פשע בה דבשלמא ש"ש אפשר לומר דלהכי יהבי ליה אגרא אלא ש"ח למה ישלם ובשלמא לטרוח ולדון עם הגנב אפשר לומר דחייב אפי' ש"ח דסופו כתחלתו מה תחלתו אלו יודע והכיר בה בשעת גניבה היה לו לטרוח ולעמוד כנגדו ולהציל ואם לא עשה כן חשבינן ליה כפושע והלכך סופו נמי כשהוכר הגנב אפי' ש"ח ירוץ ויטרח ויציל מידו אבל לשלם מביתו למה ומסתברא דעושה דין עם הגנב קאמר כו' ע"ש וכ"כ שם בשם הראב"ד שהביא ב' הפירושים וכן בש"מ ב"מ בשם הר"ר יונתן הביא שני הפירושים וצריכין אנו למשכוני נפשין אהנך רבוותא ז"ל לפרושי הך דב"מ דחייביה ר"נ היינו שיעשה עמו דין ואע"ג דבמסקנא דמשני גברא דפרמוסקא כו' ע"כ דמיירי לענין חיוב תשלומין מ"מ בס"ד הוה סבר דמיירי לענין חיוב טרחא דהא במסקנא ע"כ לפרש דהא דקאמר הוכר הגנב לאו דוקא דאפי' לא הוכר הגנב חייב משום פשיעה ולס"ד שהי' סובר דבהיכר הגנב תליא מלתא מפרשינן נמי הא דחייביה היינו להוציא מן הגנב ולמסקנא לאו בהוכר הגנב תליא רק דחייבי' משום פשיעה הוה חיוביה דידי' לתשלומין ובאמת שהוא דוחק דפשטא דהש"ס משמע כדברי רש"י:

ומה שהקשה הרשב"א על רש"י דכיון דש"ח הוא למה ישלם מביתו נלענ"ד בדעת רש"י דס"ל דודאי השומר שמקבל עליו השמירה בכלל חיוב השמירה הוא שמחוייב לטרוח ולהחזיר החפץ ליד הבעלים וכיון שעדיין לא נשבע לא כלתה חיוב שמירתו ולא נפטר מחיובו המוטל עליו להחזיר החפץ ליד הבעלים וחל עליו הטורח להוציא החפץ מכל מקום אשר הוא שם שזה בכלל טורח השמירה שקיבל עליו ועדיין לא יצא ממנו אך כשהוא רוצה לבוא לדין עם הגנב להוציא ממנו ס"ל לרש"י דמצי הגנב למטען לאו בע"ד דידי את שאין החפץ שלך רק שיש עליך חיוב שבועה השבע לבעלים והפטר כיון שבאמת כן הוא שלא נגנב בפשיעתך משא"כ אם הש"ח משלם לבעלים ואינו רוצה לישבע נמצא שהיא קנוי' לו למפרע כדאיתא ר"פ המפקיד ושפיר הוה בע"ד דידיה ומצי להוציא ממנו בדין ולכן כיון שא"א לו להפטר מן הבעלים מחמת שקיבל עליו הטורח להוציא מן הגנב ולהחזיר לידו וא"א לו להוציא כ"א ע"י שישלם לו תחלה שפיר מחוייב

לשלם דהא לית לי' פסידא שע"י טרחתו יחזיר ויוציא מן הגנב משא"כ אם כבר נשבע קודם שהוכר הגנב וכלתה לו שמירתו שוב אין מוטל עליו חזרת החפץ כלל ולכך אם רצה עומד בשבועתו משא"כ ש"ש אף לאחר השבועה לא כלתה שמירתו וכמ"ש בש"מ בשם הרמ"ה דש"ש אע"ג דנגבה באונס צריך למטרח בתר גנבא עד דמשכח ליה דכל היכא דאפשר דטרח ומשכח לי' לאו אונס הוא וש"ש לא מיפטר אלא באונסין וכי קא מהני שבועה לאו למיפטרי' לגמרי קא מהני ליה אלא לברורי דבאונס נגנבה כי היכא דלא לחייביה בתשלומין לאלתר ואכתי לא כלתה לה שמירתו אלא מחויב למטרח אבתרה הלכך אע"ג דנשבע כו' ואילו ש"ח כיון דבעידן שבועה לא הוי פשיעותא כלתה לו שמירתו עכ"ל ואין להקשות לפי"ז בהא דאמרינן אליבא דרבא בש"ח שכבר נשבע רצה עושה דין דהיינו שהש"ח יחזור על הגנב דהא כיון שכבר נשבע ונפטר לגמרי מ"ט לא מצי א"ל לאו בע"ד דידי את דז"א דאף שכבר נשבע מ"מ אם רוצה להפיס דעתו של בעה"ב ולשלם לו והוא יחזור אחריו שפיר מיקרי בע"ד דידי' וכן מבואר בב"ח סי' רצ"ד שכתב על דברי הטור שם שכתב ואם נשבע קודם שהוכר כו' ואם ירצה יטרח להעמיד הגנב דאתי לאשמעינן דלא הוי בכלל מתעבר על ריב לא לו ובכלל אשר לא טוב עשה זה הבא בהרשאה ובלא הרשאה מצי לטעון לאו בע"ד דידי את להכי כתב רבינו דליתא הכא אלא אם ירצה יטרח כו' וכ"כ בפרישה שם והיינו כדכתיבנא שאם ירצה יפרע הוא לבעלים ואז שפיר מצי טעין על הגנב ולא מצי אמ' לאו בע"ד כו' וגם אשר לא טוב כו' לא שייך בזה כמ"ש הב"ח שם דאף שכבר נשבע קצת מצות השבה עליו טפי מאינש דעלמא כו' ע"ש ומ"ש בלשון הטור ואם ירצה יטרח להעמיד הגנב לדין ויפרע הוא לבעליו ודאי שאין ר"ל שאחר שיוציא מן הגנב יפרע דז"א דגם בסי' ש"ה גבי ש"ש נקט כי האי לישנא ובוודאי כוונתו שהוא יפרע קודם דהא בש"ש אין חילוק בין נשבע או לא וכ"כ בפרישה סי' ש"ה להדיא ע"ש:

והנה מדברי הרי"ף והרא"ש נראה ג"כ דס"ל כדעת רש"י דהתם בתר פלוגתא דאביי ורבא אמרינן עלה רבה זוטי בעי לה הכי נגנבה באונס והחזירה גנב לבית שומר מהו מי אמרינן כיון דנגנבה באונס כלי' ליה שמירתו או דלמא כיון דהדרה הדרה תיקו והרי"ף והרא"ש השמיטו בעיא זו והרמב"ם כתבה. ונראה דתליא בפלוגתא דרש"י והמפורשים דלכאורה כיון דנקט נגנבה באונס ע"כ בש"ש מירי וא"כ בש"ש בין אביי ובין רבא תרוייהו ס"ל דעושה עמו דין א"כ פשיטא דלא כלתה שמירתו ואפי' אי מירי בש"ח מ"מ לרבא דקי"ל כוותיה אף בש"ח עושה עמו דין וא"כ לא שייך כלתה שמירתו וא"כ י"ל דמה"ט השמיטו הרי"ף והרא"ש דס"ל שאין מקום להאיבעיא זו לפי פלוגתא דאביי

ורבא וכן מבואר בש"מ בשם הרא"ש והרמ"ה דאיבעיא זו פלוגתא דאביי ורבא ועיין בפ"י שכתב ג"כ דהיינו טעמא דהרי"ף והרא"ש משום דקי"ל כרבא (ולפי מ"ש בש"מ גם לאביי ליכא למיבעי וקצרתי):

אך לענ"ד י"ל דשפיר איכא למיבעי אף אליבא דרבא משום דאע"ג דמחייבינן ליה לטרוח אחר הגנב אין זה מחמת שלא כלתה שמירה רק דכיון שנגנבה מביתו ורשותו יש לו לחזור אחר האבידה כמ"ש רש"י וכמש"ל בשם הב"ח דאפי' אם כבר נשבע קצת מצות השבה עליו טפי מאיש דעלמא ומכ"ש לפי מ"ש לקמן בשם הש"ך שי"ל לפי שנפטר ע"י שבועה מוטל עליו יותר משא"כ אם יש עדים ע"ש א"כ פשיטא שי"ל דשפיר כלתה שמירתו לענין חיוב השמירה ולא אמרי' כיון דאהדרה אהדרה שחיוב זה לשמור שלא יאבד לא הוטל עליו מאחר שיצאה מביתו ונסתלק חיוב שמירתו. אך לשיטת רש"י דס"ל שאם הוכר הגנב מחוייב השומר לשלם תחלה א"כ ודאי מוכח דלא כלתה כלל שמירתו במה שהיתה ביד הגנב דאל"כ פשיטא שלא היה מתחייב לשלם:

והשתא א"ש דהרי"ף והרא"ש ס"ל כדעת רש"י דמחוייב לשלם וממילא דבעי דר"ה זוטי דלא כהלכתא ולכך השמיטו אבל הרמב"ם לשיטתו דמפרש הך דעושה עמו דין לענין הטורח לבד וכמ"ש ה"ה לדעתו וא"כ שפיר כתב הך איבעיא משום דאף שהטורח הוא חיוב על השומר מ"מ לענין חיוב שמירה שפיר י"ל דכלתה שמירתו וכמ"ש ומעתה אין אנו צריכים למ"ש הסמ"ע לפרש דברי ה"ה דהרמב"ם ס"ל כדעת המפורשים לפי שכתב עושה דין עם הגנב די"ל דה"ה מדייק מדנקט בעיא דר"ה זוטי ע"כ דלא ס"ל כרש"י דמחויב לשלם תחלה אלא כדעת המפורשים וזה ברור לענ"ד אך גם דברי הסמ"ע נכונים דלמאי דמפרש עושה דין עם הגנב א"כ לא נזכר כלל שיפרע לבעלים תחלה וכן נראה מדברי הרשב"א שהביא בש"מ דהך מלתא תליא בפירושא אם עושה דין עם המפקיד או עם הגנב ע"ש:

היוצא מזה דשיטת רש"י דבהוכר הגנב ואפשר להוציא ממנו בדינא ודיינא מחוייב השומר לשלם לבעלים והוא יטרח אחר הגנב בש"ח כשלא נשבע עדיין ובש"ש אע"פ שנשבע וכדבריו משמע מפשיטות דברי הש"ס בב"מ וכן נראה שהוא דעת הרי"ף והרא"ש וכן הוא להדיא דעת הטור והש"ע בסי' ש"ה ובלשון הרמב"ם אין הכרע לדעת הב"י ולכן בסי' רצ"ד כתב לשון הרמב"ם ובסימן ש"ה כתב לשון הטור וכמבואר בסמ"ע שם וכן בהג"א בשם א"ז כתב כלשון רש"י וכן משמע מדברי רש"י והר"ן והריטב"א בב"מ וכ"כ הנ"י וכן בשו"ת תה"ד סי' ש"ח וסי' שכ"ד תפס בפשיטות כדברי רש"י:

אך דעת ה"ה אליבא דהרמב"ם וכן הוא דעת הרשב"א וכ"כ הראב"ד וה"ר יהונתן בשם יש מפורשים דא"צ לשלם הדמים לבעלים מיד רק אם הגנב אלם וקשה צריך שיטרח ויוציא מידו (ועיין בלשון הרשב"א שהבאתי לעיל דמשמע דבש"ש שפיר י"ל דמחוייב לשלם תחלה אלא דלפי מסקנתו דעושה דין עם הגנב קאמר וא"כ משמע דגם בש"ש כן הוא דהא כלילנהו רבא לש"ח וש"ש בהדדי וצ"ע) אך בין למר ובין למר אין הבעלים צריכין לטרוח עם הגנב אם הוא אלם וקשה ועל השומר מוטל הטרחא ולא נחלקו אלא לענין אם מחויב לשלם תחלה או אין מחויב לשלם מיד רק יטרח ויוציא מהגנב ויחזיר לבעלים אבל הטרחא לעולם מוטל על השומר ובש"ש הטרחא מוטלת עליו אף אם כבר נשבע ונפטר מהבעלים ומספקא ליה מלתא בש"ש שנשבע והוכר הגנב ואומר שרוצה להחזיר השכר ואינו רוצה לטרוח מה דינו מי אמרינן כיון שרוצה להחזיר השכר חזר דינו להיות כש"ח או לא ולכאורה נראה דלעולם דינו כש"ש דהא סתם שכירות אין משתלם אלא לבסוף ומסתמא בהכי מיירי הך דר"ה בר אבין ג"כ ויש לדחות דכיון שנשבע י"ל שאז קיבל השכר דכל שנשבע ששמר כראוי אלא שנאנס מידו בדין הוא שיטול שכרו כמבואר בסימן ס"ו וא"כ י"ל דמיירי שעתה אינו רוצה להחזיר השכר משא"כ כשאין רוצה להחזיר השכר חזר דינו להיות כש"ח שאם רצה עומד בשבועתו אך שזה דוחק דמשמע דמיירי בגוונא דאיירי בי' אביי ורבא בלא נשבע ובלא נשבע מסתמא לא קיבל עדיין השכר וא"כ מסתמא בכה"ג מיירי בי' ר"ה בר אבין למאי דמוקי כשנשבע וגם דאביי מפליג בין ש"ח לש"ש כשלא נשבע ודוחק לאוקמי דמיירי שכבר קיבל השכר בעת שקיבל לשמור וגם נראה דלפי הטעם שכתבתי בשם הרמ"ה דבש"ש אף אחר שנשבע לא כלתה שמירתו דכל דאפשר להטרח ולאשכוחי אין זה אונס ומחוייב לאהדורי עלה עד דמשכח לה א"כ נראה דלא מהני מה שרוצה להחזיר השכר או אם לא קיבל עדיין דמיד שקיבל עליו לשמור בעד שכר ש"ש מיקרי וכן משמע מסתימת הפוסקים שלא חילקו בכך והנה הש"ך ס"ס רצ"ד כתב די"ל הטעם דחייב לטרוח כיון דלא נפטר אלא בשבועה ואפשר שאם הביא עדים שנטרפה באונס פטור ע"ש שמשיג בזה על דברי תה"ד סי' שכ"ד בסרסור שהמציא לראובן חוב בטוח בשכר ונתקלקל שצריך הסרסור לטרוח להגבותו ויליף לה מהך דהוכר הגנב ע"ש והרמ"א הביאו לפסק הלכה והש"ך רוצה לחלק בזה כמ"ש ע"ש ולפי דברי תה"ד צ"ל דאין חילוק בין עדים לשבועה כיון דהתורה האמינתו בשבועה שיפטר כעדים דמי ובאמת שכן מבואר להדיא בנ"י ריש פ"ק דב"ק שהבאתי לעיל דאהא דאמר ת"ק יביא עדים שנטרפה באונס כתב ולא מחייב כלל אפילו להביא עדודה כו' ולא דמי לנגנבה באונס ואח"כ הוכר כו' ולא מפטר בשבועה

כו' ואם איתא שיש לחלק בין שבועה לעדים אין התחלה לקושיא זו דהא הכא בעדים מיירי וכ"ע מודו בזה שא"צ לטרוח אלא ודאי שאין לחלק בכך ויש להפליא על הש"ך שהיו עיניו משוטטות בכל שלא נזכר מדברי נ"י אלו. אך נראה שיש להביא ראי' קצת לדברי הש"ך מדברי התוס' בב"מ שהבאתי לעיל דהש"ס פריך אהא דחייבי' ר"נ מדר"ה בר אבין והוקשו התוס' דהא ההיא בהוכר הגנב אחר שנשבע מיירי ונדחקו לתרץ ועיין בש"מ בשם הר"ן והריטב"א:

ולכאורה לא ידענא מה קושיא דהרי שם איתא בלשון הש"ס אתא שבו שמטה מיניה ופי' רש"י שהוא שם הגזלן לסטים מזוין ולשון זה משמע שהיה ידוע דבר זה ששמטו ממנו בחזקה אלא שלא היה ידוע מי הוא ואח"כ הוכר הגנב וכן לפי המסקנא דגברי דבפרמוסקא כו' משמע דמיירי אפילו היה ידוע בעדים וא"כ שפיר פריך מדר"ה בר אבין דהא ר"נ חייבי' אע"פ שהי' ידוע בעדים ומכ"ש בנשבע דחייב אך לפי דברי הש"ך א"ש דברי התוס' דס"ל דע"כ לא מיירי דידוע בעדים דאם המקשן מפרש הך עובדא בידוע בעדים לא היה צריך לאתויי מדר"ה בר אבין דבש"ח רצה נשבע עדיפא מיני' הו"ל לאקשויי דהא אפילו אם הי' ש"ש דבכה"ג מודה ר"ה בר אבין דעושה דין מ"מ בידוע בעדים דינא הוא דפטור לגמרי ואין צריך לעשות עמו דין ולמה חייבי' ר"נ אלא ודאי דשפיר מפרשינן הך דאתא שבו שמטי' מיניה אין ר"ל שהיה זה ידוע רק לפי דברי הנפקד הכי הוה דשמטי' מיניה בחזקה ולא בפשיעתו ולכן חייבי' ר"נ ואהא קשיא לי' מדר"ה בר אבין דקאמר בש"ח רצה נשבע כו':

ובזה יש ג"כ מקום ליישב מה שהקשה בש"מ מאיבעיא דרבה זוטי דאיך פליג אדאביי ורבא ואף כי מ"ש בש"מ דפליג גם אדאביי מדקאמר רצה עושה עמו דין ולימא לי' לאו בע"ד דידי את אלא ע"כ דלא כלתה שמירתו אין זה מוכרח דשפיר מצי למטען דאף שהי' גניבה באונס אינו רוצה לישבע אפילו באמת וגם דמחויב קצת בהשבה כמש"ל אך מרב דס"ל דעושה עמו דין אף בש"ח מותר דלא כלתה שמירתו (ועי' מ"ש ד"ז הגאון בת"ש דהאיבעיא בש"ש ולהכי נקט נגנבה באונס לא משמע כן מהרמב"ם) וא"כ הך איבעיא דלא כהלכתא וכבר כתבתי בזה טעם להשמטת הרי"ף והרא"ש אך לפמ"ש הש"ך דבידוע בעדים פטור לכ"ע א"כ שפיר מצינו לפרושי הך איבעיא בידוע בעדים דאז אין עושה עמו דין דכלתה שמירתו ומ"מ מיבעיא לי' דדילמא אמרינן כיון דאהדרה הדרא:

אך לענ"ד לא מסתבר לחלק בין שבועה לעדים כמש"ל דהתורה האמינתו בשבועה וכעדים דמי וגם י"ל כיון שנאמן בשבועה א"כ מעיקרא אדעתא דהכי יהיב לי' שיהא נאמן בשבועתו ויפטר ממנו וא"ל דבשבועה הוא מחויב לטרוח בהשבתה להפיס דעתו

של בעל הבית דשמא לא סמכ' דעתי' על השבועה כולי האי דמה"ת נחייב את זה לטרוח (ומכ"ש לשיטת רש"י) לשלם מה שאינו מחויב מן הדין שהוא ידוע בעצמו שנשבע באמת ומ"ש לדייק מדברי התוס' דקשיא להו דהא ר"ה בר אבין כשנשבע מיירי והו"ל לשנויי דהכא בעדים מיירי י"ל דקשיא להו דל"ל לרבא לשנויי גברי דפרמוסקא כו' והוכר הגנב לאו דוקא הול"ל דהוכר הגנב דוקא ולישנא דשמטי' מיני' דמשמע שידוע הי' הוא לאו דוקא רק לפי דבריו של נפקד והכי מסתבר קצת שאם הי' ידוע בעדים מסתמא היו יודעין מי הוא לפי מ"ש רש"י שהי' גזלן מפורסם ולישנא דהוכר הגנב משמע שלא נודע אלא אח"כ וקצרתי וכבר כתבתי שמהנימוקי מוכח בפירוש שאין לחלק בין שבועה לעדים:

ומ"ש הש"ך לחלק בין נידון דתה"ד להא דהוכר הגנב משום דהתם נגנב מביתו ורשותו כו' לענ"ד חילוק זה תמוה דא"כ ש"ח נמי הא נגנב מביתו ורשותו ואעפ"כ אין מוטל עליו הטורח אחרי שכבר נפטר בשבועה וש"ש חייב לטרוח אע"פ שכבר נשבע ונפטר דבש"ח כיון שנשבע ונסתלק החיוב אין לו עליו כלום משא"כ ש"ש אע"פ שמשורת הדין הוא פטור מהפסד ממון מ"מ כיון ששכרו אתו לא נפטר מטורח זה ואין סברא לומר דבעינן תרווייהו שתגנב מביתו ורשותו וגם קבלת שכר ולכן שפיר למד התה"ד דין שלו מהך דהוכר הגנב אך מ"ש הש"ך שהב"י סימן של"ה כתב שדברי התה"ד מגומגמים נראה דהוא מטעם אחר לפי שי"ל דדוקא בש"ש שקבלת השכר היה על ענין שמירה וקבלת אחריות ואף ע"פ ששמר כראוי מ"מ כל שחב בשמירתו ויוכל להצילו בנפשו וטרחתו יש לו לעשות משא"כ בעובדא דתה"ד שקבלת השכר אינו מענין שמירת ואחריות קלקול החוב כלל רק נטל שכר סרסרותו אע"פ שהוא היה הממציא החוב ההוא לראובן וקיבל שכר ע"ז מ"מ לא היה כאן שום קבלת שכר על אחריות קלקול החוב שישגיח עליו שלא יתקלקל החוב ומקבל שכר על זה ואירעו אונס אע"פ שפטור מן הדין מ"מ אם יכול להציל ע"י טורח הוא מחויב להטריח להביאו לידי גובייא וגם הב"י מודה בזה אך בההיא דתה"ד שלא קיבל רין שכר סרסרו בזה כתב הב"י שדבריו מגומגמים ומ"מ אין חולק עליו בהחלט והרמ"א ז"ל לא חשש לגמגום הב"י להוציא מידי ודאי של תה"ד והביאו בד"מ סימן רצ"ד ופסק כן בהג"ה להלכה:

ועוד י"ל במ"ש הב"י לגמגם בהא דתה"ד לפי מ"ש בש"מ בשם הרמ"ה בטעמא דמלתא שצריך לעשות עמו דין בש"ש אע"פ שנשבע דכיון דש"ח אינו פטור אלא מאונסין וכל כמה דמצי טרח ומשכח לי' לאו אונס הוא וכיש"ל א"כ החילוק מבואר שאין עיקר הטעם לפי שנהנה שקיבל שכר אלא הטעם שקיבל אחריות שלא באונס ואף שבעיקר

הגניבה הי' אנוס מ"מ לא כלתה שמירתו מחמת זה אם יהי' יכול לטרוח להוציאה מידו ועדיין חיוב השמירה עליו לענין זה שיטרח אחרי' וא"כ בההיא דתה"ד שאין שם חיוב קבלת אחריות כלל אין לחייבו בשביל קבלת שכר סרסרותו כך י"ל לפי סברת הרמ"ה אבל התה"ד ס"ל דמדחזינן דאביי ס"ל לחלק בין ש"ח לש"ש אף כשלא נשבע ולרבא החילוק הוא כשנשבע אין זה מטעם קבלת אחריות רק משום שנהנה בקבלת שכר ולכן למד מזה לנדון שלו גבי סרסר כך נלע"ד. ומצאתי בשו"ת מהרשד"ם ח"ב מח"מ סימן קפ"ט שכתב בעובדא דבנידון התה"ד שיש לסמוך על תשובת תה"ד בזה ולחייב את זה שנעשה החוב על ידו אם לא טרח כראוי וכתב מעיד אני עלי שמים וארץ שמורי הרב הגדול מו' יוסף טיטיאצק הי' מחשיב תשובות התה"ד כתשובת הרא"ש ולא שאני צריך לשבח כו' אלא לפי שראיתי שמהר"י קארו כתב שהדברים מגומגמים כו' ואינו יכול לומר אפילו הייתי שם לא הייתי יכול להציל אלא י"ל אם הי' שם הי' מציל כו' עי' שם וכ"כ בשו"ת מהרש"ך ח"א סימן קפ"ד על הנדון ההוא דמהרשד"ם וכ"כ מהרש"ך בח"ב סימן מ"ו בראובן שהי' פאטור לסוחרים ושמעון טען סחורות באניה אחת וכתב לראובן שיבטיח נכסי שמעון (ר"ל שיעש' מעמד עם באנקעהר שהוא מקבל אחריות הספינות עליו שיקבל אחריות על הסחורה ששלח שמעון) וכן עשה והבטיח ונשברה האני' והגיע זמ"פ שיפרע המבטיח שהוא ששה חדשים כפי נימוסי שררת ווניציאה והמבטיח היה מעביר לראובן בדברים פעם שיפרענו ופעם שממתין כו' ובין הדחיות אלו עבר זמן הרבה ונשבר ראובן כו' והביא שם תשובתו שבחלק א' דמייתי מדברי תה"ד וכתב שאם פשע ראובן בגביית המעות מיד המבטיח שהיה סומך על דחיותיו ודאי חייב אך אינו יודע אי הוי ראובן פושע במה שנסמך על דחיית המבטיח עד שנשבר ויראה שדבר זה יתברר ע"פ סוחרים מומחים שאם יראה בעיניהם שפשע ע"פ מנהג הסוחרים ודאי שחייב לשלם דהלכה רווחת דעניני הקניות והסחורות מנהג הסוחרים עיקר וכמו שנלמד ממאי דקאמר שם פרק א"נ האי סטומתא קניא כו' עכ"ל:

והעתקתי דברים אילו להתלמד במקום אחר כי בנ"ד עדיפא טובא מההיא דתה"ד ומההוא דב"ק בהוכר הגנב וכמ"ש בתחלת דברינו דכיון שזה קיבל עליו בתחלת הענין כל מיני אחריות עד שיומסר הסחורה ליד הבעלים לאו כל כמיני' למפטר נפשיה בטענה זו שהטיל הטרחא על הבעלים להוציא מיד זה המוליך ובפרט שזה טוען שטרח עמו בדברים והרצה אותו בכל מה דאפשר ולא הועיל וללכת עמו ביד חזקה על זה המבטיח הי' מוטל שעל פיו נתן לזה ונתן לו שט"ח ע"ז ואם הוא לא רצה לטרוח בזה איהו דאפסיד

אנפשי' ועוד יש לי כמה טעמים ונימוקים בזה אך לענ"ד די במה שכתבנו ושלום על דייני ישראל דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה לו

שלום לכבוד ידידי הרב כו' מוהר"ר יוזפא סג"ל נ"י:

הגיעני אומר הבא מן החדש שחידש כ"ת בסוגיא דקתא דמגלא ודין הנייא לי דשדר לי חורפיא ומותקא. ואף דקאימנא במסכת אחריתא פניתי קצת לעבור בין בתרי אמריו ולישא וליתן בהם קצת ואכתוב בקצרה. הנה מ"ש כ"ת שקושית התוס' דאי נקט לזכרון אמאי אינו משמט היא קושית הש"ס ואי בדשוה מ"ט דר"א דהא ע"כ מדמחייב ר"א ע"כ שסובר דאם נקט למשכון חייב או מטעם דתפיס אחוביה. או דהוי כפירש א"כ בשוי נמי ע"כ לאו לזכרון נקט כ"א למשכון מדחזינן דאינו משמע א"כ מ"ט דר"א ואהא משני בדר"י ור"ל כמ"ש הש"ך דר"י שלא בשעת הלואה דוקא דאז נקט לגוביינא כמו כן בשטר בשעת הלואה דע"כ לגוביינא ודוקא בשעת הלואה לית לי' דר"י והלכך שלא בשטר אף בשוה דנקיט למשכון פטור עכ"ד בקצרה ואען ואומר דלכאורה מה שהקשו התוס' בלא"ה לכאורה לא קשה מידי דהא י"ל דמיירי בשטר הך דמשמט ולפי מ"ש התוס' אח"כ דלישנא לא משמע בשטר א"ש. אבל לתירץ השני דלא יחלוק ר"י אר"א ור"ע א"כ לא מקשו התוס' קושאי הראשונ' מדמשמט ג"כ דהא שפיר י"ל דמיירי בשטר אך ע"ז הי' אפשר לומר שאם איתא דבשטר מיירי אף בלא שיווי נמי למשכון תפיס וא"כ מ"ט אמרינן שם בלא שוה אף כנגדו אינו משמט דנקט לזכרון דהא כיון דאיכא שטרא ע"כ לאו לזכרון תפיס לי':

אך דאכתי קשה דמאן לימא לן דפלוגתא דר"י הנשיא גבי שמיטה לא אתיא כר"י דהא דמתניתין דוקא הוא דחקינן לאוקמא כב"ע משא"כ בהך דהתם שפיר ס"ל לר"י הנשיא דבשוה משמט כר"ע דס"ל גם כאן דלמשכון תפיס ואבדו מעותיו וצ"ל דקו' התוס' הוא למאי דבעי לאוקמי' בדלא שוי ובדשמואל קמפלגי ולפי פי' רש"י שפירשו דפלוגתייהו בין בשוה בין בלא שוה ואע"פ שרש"י סובר דוקא בלא שוה דלית לי' דשמואל אבל בשוה אבדו מעותיו דהוי כפירש אם יאבד המשכן כו' וכמ"ש התוס' ד"ה נימא וא"כ בלא"ה לא מקשו מידי מהך דבשוה לכ"ע משמט דהא י"ל דשוה שאני דנקט למשכן משא"כ בלא שוה נקט לזכרון מ"מ י"ל כיון שהתוס' כתבו שזה דוחק וטפי אתי שפיר לפרש דפליגי בין בשוה בין בלא שוה בזה אידחי ג"כ מ"ש רש"י טעמא דרישא משום לזכרון אליבא דר"א דא"כ גם בשוה ס"ל כן וא"כ קשה למה קאמר ר"י הנשיא דמשמט:

ואתי שפיר נמי מה שהקשיתי דדלמא אזיל בשיטת ר"ע ז"א דהא לר"ע גם בלא שוה נקט למשכון וא"כ אף בלא שוה מ"ט משמט וא"ל דקו' התוס' הוא למאי דמוקי בדשוי ובדר"י קמפלגי ז"א דמ"מ שפיר מצינין לאוקמא הך דר"י הנשיא כר"ע ולכך אינו משמט משום דר"י משא"כ בלא שוה לא נקטיה כ"א לזכרון ולא שייך דר' יצחק וכמ"ש התוס' סברא זו בגיטין להדיא:

ואמנם י"ל דקו' התוספות מצי אזלא ג"כ לשיטת רש"י ולמאי דמוקמינן הפלוגתא בדרב יוסף דלפ"ז לא מצי לאוקמי' כר"ע דהא לר"ע י"ל שתופס לזכרון דברים לבד כמו לר"א דמה"ת לעשות פלוגתא אלא דאפ"ה הוי ש"ש משום פדר"י ולענין שמיטה לא שייך זה א"כ שפיר תיקשי אמאי ס"ל לר"י הנשיא דאינו משמט ועתה מ"ש כ"א דהכי אזלא קושית הגמרא אי בדשוה מ"ט דר"א לא מצד הסברא כ"א מצד הכרח דמודה ר"א בשטר ע"כ שסובר דהיכא שתופס למשכן מהני א"כ בדשוי נמי שע"כ תופס למשכון מדחזינן שאינו משמט נמי יתחייב לר"א ז"א דהא בהך ס"ד דמוקי פלוגתייהו בדשוי א"כ בהכי פליגי ר"א ור"ע דר"א סובר דאף בדשוי תופס לזכרון ור"ע סובר דבדשוי תופס למשכון אף בלא שוי אף ר"ע מודה דתופס לזכרון לבד וא"כ שפיר אתי הך דר"י הנשיא אליבא דר"ע דסובר ממש כוותי' דבשוה נקט למשכון ובדלא שוי נקט לזכרון א"כ לא פריך מידי מ"ט דר"א דר"א סובר דאף בדשויה לא נקטיה כ"א לזכרון:

גם מ"ש כ"ת במילתיה דמדחייב בשער לר"א ע"כ משום דנקט למשכן והיינו משום דתפס אחוביה אף שהתוס' תירץ דלא הי' מרויח מ"מ המקשן סבר דמצד ההכרח ע"כ לומר כן. ולענ"ד ז"א שסותר לדברי עצמו שכ' אלא בדלא שוה ובדשמואל כו' והיינו דבלא שוי סובר דנקט לזכרון כו' ולענין זה דתפס לחובי' נראה דאין חילוק בין לזכרון בין למשכון דהא ס"ס יש לו הנאה דתפס אחובי':

וגם מ"ש רומע"ל דהמקשן הכריח דהוי כאילו פירש ג"כ יש לעיין דבשטר מה בכך דהוי כפירש דאין זה אלא כעין מחילה והא היכא דנקט שטרא מחילה צריכה קנין ואף שיש בזה דעות בפוסקים מ"מ לפי מ"ש הש"ך בשם הב"ח דהטעם דס"ל צריכה קנין משום דשטר העומד לגבות כו' אלא שהש"ך סי' י"ב השיג ע"ז דהא לא קי"ל כב"ש כו' וא"כ ר"א דשמותי הוא ופירשו התוס' שהוא מדב"ש א"כ סובר דצריכים קנין וא"כ לו יהא דהוי כפירש למה אבדו מעותיו אמנם י"ל במשכון בשעת הלואה א"כ מעיקרא אדעתי' דהכי נותן לו המעות שאם יאבד המשכן יפטר מהמעות אין זה ענין להמחילה שצריכה קנין דהרי מעיקרא אדעתי' דהכי קא משתעבד:

ואמנם ע"פ דרכו הי' מקום לומר בפשיטות דבאמת המקשן מצד ההכרח דלמה חייב בשטר לר"א דהוי כאילו פירש ופירש מהני וא"כ גם בדשוי הי' לו להמקשן סברא פשוטה כמ"ש התוס' דהוי כפירש א"כ מ"ט דר"א ומתורץ ג"כ קושית מהרש"א הא דלא כתב התוס' דאי בדשוי מ"ט דר' יהודה משום דלר"י הי' אפשר לומר דס"ל דפירש לא מהני דהוי אסמכתא ואע"ג דבדשוי לא גזים מ"מ ר' יהודה ס"ל אסמכתא לא קני' כמבואר בב"ב גבי מי שפרע מקצת חובו משא"כ מ"ט דר"א פריך שפיר מדחזינן דחייב בשטר:

ועוד י"ל ע"פ מה שהקשה רומע"ל דמנ"ל לומר שלקח המשכון לגוביינא דהא אדרבה מדלקח שטר מוכח שלא סמך על המשכון ואמנם בזה י"ל דבדלא שוי הוצרך שטר למה שהחוב יתר על המשכון וגם י"ל דכיון דבעי השבת העבוט שפיר הוצרך לשטר ואמנם טעם זה אינו נופל כ"א שלא בשעת הלואה משא"כ בשעת הלואה לא שייך זה והשתא פריך שפיר אי בדשוי מ"ט דר"א דהא אי פליגי בדשוי א"כ ע"כ שאף בשטר אין הטעם משום דלגוביינא דא"כ למה ליה שטרא דנקט כיון שהמשכון שוה שיעור זוזי אלא ע"כ דאף בנקט למשכון סתם הדין כן א"כ בלא שטר נמי מ"ט דר"א אלא בלא שוי כו' ואז שפיר יש חילוק דבשטר אמרינן לגוביינא שקיל ובדשמואל פליגי ומשני בדשוי קמיפלגי ובדרבי יצחק והשתא ס"ד דהך דר"י אף בשעת הלוואתו דאהא נמי קאי ולכך תהיה צדקה ונהי דר"א לא ס"ל שקונה משכון מ"מ ס"ל דעכ"פ השבת העבוט בעינן אף בשעת הלוואה וא"כ א"ש דמודה בשטר ואהא פריך ותסברא אימר דאמר ר' יצחק בשעת הלואה כו' וא"כ השבת העבוט אינו כ"א שלא בשעת הלואה דוקא וא"כ א"א לאוקמא בדשוי דא"כ מ"ט דשטר:

ומ"ש דאם נאמר דנעשה ש"ש מטעם שיכול לקנות בחליפין שפיר יכול לקנות אף ביתר על החוב ולא שייך אין השואל כיון דהדר סודר למרי'. ולענ"ד ז"א דע"כ לא אמרו הדר סודר למריה רק היכא שזה אינו רוצה להקנות לו הסודר נגד החפץ שקונה ממנו ולענ"ד נראה דהכא לאו בהכי מיירי דהא אמרינן בב"מ וכי לא היה להם סודר לקנות בחליפין איכפל תנא לאשמועינן בגברא ערטלאי כו' ובודאי דזה לא מיחשב הנאה כלל שהיה יכול לקנות בחליפי בתורת קנין לבד דודאי לאו בגברא ערטלאי מיירי רק דהכא מיירי שזה רוצה לקנות מזה חפץ ולהקנות בגוף המשכון החוב שיש לו במשכון הזה דומיא דקידושין שמקדש אשה ומוסר לה המשכן שהיא תגבה החוב על ידו וא"כ אף בחליפין כה"ג שהוא יתר על החוב לכאורה אסור למסור המשכן לחבירו:

גם מה שנראה מדבריו דבשטר ודאי לגוביינא שקל אף בשעת הלואה אז שפיר יכול לקדש בו אשה לענ"ד הדבר צ"ע דמ"מ שלא בשעת הלואה שאני דרבי קרא שקונה שפיר

מועיל לענין קידושין משא"כ בזה אע"ג דשקל לגובייא מ"מ אין לנו לחשבו כשלו עד שיהא יכול לקדש בו אע"פ שנאמר כיון דשקליה לגובייא חייב באונסין מ"מ לא מחשיב כשלו וממילא דאין נעשה ש"ש על המותר מכדי החוב כיון שהיא בשעת הלואה ואין יכול לקדש בו:

ואמנם בגוף הדבר שכתב כ"ת דלפי מ"ש התו' הטעם דנעשה ש"ש לפי שיכול לקדש כו' א"כ אם המשכן יתר על החוב אסור לקדש מטעם דאסור לשומר למסור לשומר דאין השואל רשאי להשאיל וכיון דמה שיתר על החוב אינו קונה רק שנעשה שומר עליו כו' הנה אף כי שפיר קאמר בהא דשייך אין השואל כו' דאע"ג דהשתא היא מקדשה בו ואמרינן כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד נראה שלא אמרו כן אלא באשתו הנשואה שהיא אתו עמו בבית אבל בארוסה לא מ"מ בזה שכתב דלא נעשה ש"ש דאסור לקדש מטעם דאין השואל כו' ומבואר מדבריו דאם אין המשכון שוה יתר על החוב שפיר רשאי למסרו לאחר לכתחלה מטעם שקונה משכן והא ליתא כמבוא' בבעה"ת שער מ"ט חלק ג' בשם תשובת הרי"ף שכתב וז"ל והיכא דראובן משכן ביד שמעון והלך ומשכנו ללוי או נתן לו במתנה כו'. ועוד שצריך לישבע שנאבד המשכון ושאינו ברשותו ושמעון לא מצי לאשתבועי כו' ובודאי לאו כל כמיניה לממסר ממונא דחברי' כו'. ושוב כתב בעל התרומות שם דהיכא שיש עדי' שנאבד כו' הא איכא סהדי דנאבד וכי אמרינן אין השואל רשאי להשאיל ואין הנפקד רשאי להפקיד ה"מ לכתחלה אבל דיעבד לו וכיון דאיכא סהדי כו' והמעיין שם יראה דבכל משכון אמרינן הכי אף בשאינו שוה רק כשיעור החוב ועיין בטור ח"מ סי' ע"ב ובש"ע סעיף למ"ד ובש"ך ס"ק י"ח במ"ש בתשו' מיימוני בשם תשובת רש"י ומ"ש בשם מהר"מ מטיקטין וקצרתי:

וא"כ לפי זה תיקשי בכל משכון איך יקדש בו אשה וצ"ל דעכ"פ יכול לקדש בו האשה או לקנות עבדים וקרקעות בתורת קנין ואי משום דזה אין רצונו שיהי' ביד אחר יוכל לחזור ולקבלו לידו בתורת פקדון או שיכול לתתו למי שהבעלי' רגילי' להפקיד אצלו וגם כיון דהך דהשואל כו' היינו רק לכתחלה ובדיעבד שפיר הוי קידושין וכמבואר בש"ע אה"ע סי' ך"ח אין מקום לחלק בין אם המשכון יתר על החוב או לא ועיין בשו"ת ב"ח החדשות סי' ה' שהב"ח דקדק מלשון רש"י דמיירי במקדש במשכון שהוא יתר על החוב ולכך פירש"י בחוב שיש לו עליו ע"ש ובק"א מה דכתיבנא התם בשם דודי מ"ו הגאון ז"ל בהך דאין השואל כו' לענין קידושין וקצרתי:

ומלתא אגב אורחא אימא מלתא דתמיה בדברי הש"ך סי' ע"ב בס"ק קל"ו לענין אם החזיר לאשתו ובניו שהביא שם דברי ב"ה שכתב הרמב"ם בפ"ו מהלכות טוען כ' שלא

נפטר בכך וכתב הש"ך דכוונתו לדברי הרמב"ם שהבאתי סי' ע"ה ואין משם ראיה שהרי כתב שם ג"כ או שנתן במתנה נגד החוב. ופשיטא דאם נתן לו במתנה כנגד החוב נפטר מהחוב אלא ודאי לדוגמא בעלמא נקט לענין שזה צריך לברר דבריו שזה טוען כן ויכול להיות שהוא בענין דלא הוי מתנה גמורה א"כ ה"ה מ"ש להחזיר כו' ע"ש ונפלאתי מאוד כי במחילת כ"ת כי רב הוא אגב שיטפא רהיט ליה וסבור שמ"ש או שנתן לו במתנה היינו שהמלוה התחייב עצמו לתת ללוה במתנה כסך ההיא שעולה החוב ולכן כתב דפשיטא דבזה נפטר מהחוב וע"כ דמיירי דלא הוי במתנה גמורה אבל באמת ז"א ואין זה במשמעות לשונו כלל רק נהפוך הוא שיוכל להיות שהלוה נתן פעם אחת מתנה להמלוה כשיעור שעולה החוב ולכן הוא מדמה בדעתו שנפטר בזה. אך באמת טועה הוא בזה שאעפ"כ הוא מחוייב לפרוע החוב ואין המתנה שנתן לו פוטרתו וא"כ אדרבה דוקא במתנה גמורה מיירי וכבר באה המתנה ליד המלוה והדברים פשוטים לענ"ד והנה בסוגיא זו דקתא דמגלא ת"ל יש אתי דברים נאותים ואין הזמן מוכשר כעת להעתיקם דברי ידידו הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד. הלכות נזקי שכנים

שאלה לז

שאלה ראובן ושמעון שהם שכינים בדירתם וכותל המפסקת ביניהם יש לראובן גג על הכותל הזאת ותהי לו לבית שקורין הויז ושמעון אין לו גג על כותל הלז רק שם הוא החצר שלו ומשתמש בו כדרך שימוש בכותל החצר ועתה טוען ראובן כי הכותל בנה משלו ועל מקום שלו רק שמחל לשמעון התשמיש שמשתמש בדרך כותל חצר מאחר שלא סמך לו שום בנין ושמעון טוען שהוא לקח מאחר ומצא כך בנוי ועומד ומסתמא נבנה הכותל בשותפות עם המוכר שלו ועל מקום של שניהם שהרי היה בידו לכוף לבנות הכותל בשותפות ועל מקום שותפות ומסתמא לא וויתר לו מאומה וגם הוא משתמש זה כמה בכותל זה כרצונו וגם שמה חורין ויתידות של עץ תחובין בכותל זה ששמעון הלוקח מצא אותם ונשתמש בהם גם הוא באין מוחה וזה מורה שמתחלה שניהם בנאוהו או אח"כ פרע לו חלקו והכתבים שהיה ביניהם נאבדו מידם ועמד השואל ושאל לחות דעי הדין עם מי:

תשובה הנה לפי מ"ש בש"ע סי' קנ"ז סעיף ז' דאם בנה עליו א' תקרה ומעזיבה זהו סימן שהוא בנה את כל הכותל וא"כ י"ל דגג נמי דמי לתקרה ומעזיבה אלא י"ל דהתם באין בו דין חלוקה מיירי שלא היה יכול לכפותו ושפיר אמרינן דמהני תקרה ומעזיבה בזה אע"פ דחזית לא מהני משום דלא תיקנו חזית בחצר ובחזית איכא למיחש טפי

לרמאות וכמבואר בדברי הרא"ש דכיון דלא תיקנו ביש דין חלוקה גם באין דין חלוקה לא מהני ועיין מהריב"ל ח"ב סי' בשם הר"ן בחידושיו דבחזית בחצר איכא למיחש טפי לרמאות מגבי בקעה ע"ש אבל סימן תקרה ומעזיבה מהני דמחמת זה אמרי' דלא נתרצה זה לחלוק אא"כ יבנה זה משלו משא"כ בנ"ד דיש דין חלוקה והיה לכופו בע"כ לעשות כותל בשותפות בזה אף תקרה ומעזיבה לא מהני אך מדברי הסמ"ע שכתב דאורחא דמלתא נקט דביש בו דין חלוקה דרך הוא שיבנוהו שניהם משמע דגם ביש בו דין חלוקה מהני תקרה ומעזיבה אבל אינו מוכרח די"ל דהסמ"ע ר"ל כיון דעיקר הדין דלא מהני חזית בחצר לאו דוקא באין דין חלוקה דאדרבא ביש ד"ח גרע טפי א"כ הו"ל למנקט סיפא סתמא דבחצר לא מהני חזית רק אם אין דין חלוקה מהני תקרה ולזה כתב דאורחא דמלתא נקט וכן מבואר מדבריו בפרישה דלענין לא מהני ביה חזית קאמר ע"ש אבל לענין תקרה ומעזיבה י"ל דדוקא באין בו ד"ח דבהכי מיירי הטור והש"ע וכן י"ל בדברי הרא"ש ובהכי א"ש מ"ש הב"י דמדברי רבינו ירוחם משמע דאין לך דבר שיהיה ראיה בכותל חצר כיון שיכול לכופו לעשות מחיצה וצ"ע שזה שלא כדברי הר"י הלוי ג"כ ע"ש. ולענ"ד לק"מ דהתם ביש בו ד"ח גם הר"י הלוי מודה דלא מהני גם ראיה דתקרה ומעזיבה איברא דבלא"ה מה שהבין הטור וב"י בדברי הרא"ש שמ"ש דאף באין ד"ח לא מהני וסי' תקרה ומעזיבה מהני הוא מדברי הר"י הלוי. ובאמת ז"א דר"י הלוי לא כתב דינו רק בחצר שיכול לכופו לחלוק ומ"ש הרא"ש ואפילו בחצר שאין בו דין חלוקה כו' אבל הא' בנה עליו כו' אין זה מדברי הר"י הלוי כלל שהוא הר"י בן מיגא"ש ומבואר למעיין בחידושיו שלא הזכיר מזה באין ד"ח גם הרמב"ן כתב שאף שאין בו דין חלוקה אלא שנתן טעם אחר בדבר שלא כטעם הרא"ש ויותר נראה שדברי הרא"ש לקוחים מדברי רבינו יונה שהביא הנ"י וכמ"ש לקמן אי"ה ואיך שיהיה מדברי הרא"ש הטור לא מוכחא מלתא דמהני תקרה ומעזיבה ביש בו דין חלוקה די"ל דבכה"ג ס"ל דלא מהני וכמ"ש הב"י ממשמעות רבינו ירוחם וצ"ע על רמ"א שכתב דמד"א ולמעלה שאין יכול לכופו סומכין על, החזית והדברים לקוחים מדברי הנ"י שכתב שכ"כ הר"ר, יונה:

ולענ"ד ז"א דא"כ אף למטה מד"א באין ד"ח נסמוך על החזית וע"כ כמ"ש הרא"ש דכיון דלא תקנו לא מהני אף באין ד"ח א"כ ה"ה למעלה מד' ורבינו יונה דס"ל דלמעלה מד' מהני חזית ה"ה באין בו דין חלוקה מהני ולמטה מד' היינו ביש בו ד"ח שיכול לכופו לחלוק עמו או אפילו באין בו ד"ח ומטעם הרמב"ן דכיון שנתרצה ממילא הוא חייב ליתן חלקו לכותל ואין זה נאמן לומר שלא נתרצה כ"א באופן שחבירו יבנה הכותל עד שיביא ראיה ע"ז וכמ"ש בביאור הדברים מהריב"ל בתשובה הנ"ל בשם הר"ן בחידושיו

משא"כ לענין מד"א ולמעלה דלא שייך הך טעמא והרי ממה שנתרצה לחלוק אין מחייב שיבנה מד"א ולמעלה שפיר י"ל דאין להוציא מחזקתו ע"י החזית והרמ"א אפשר שלא ראה דברי הרמב"ן או שתופס להלכה כרבינו יונה:

אלא שצ"ע שהגיה כן בדברי הש"ע שנראה שהם לקוחים מדברי הרא"ש והטור דלא ס"ל הך דר"י לענין למטה מד"א באין ד"ח א"כ גם לענין מד"א ולמעלה יש לפסוק כן וצ"ע והנה אם נאמר דרבינו יונה ס"ל כמ"ש א"כ כפי הלשון שהעתיק בב"י שכתב אבל אם נהגו שתהיה נתינת תיקרה ומעזיבה בכותל לראיה כו' (ובנוסחא שלפנינו הוגה ע"פ הגהת ד"מ והוא נוסחא אחרת וכנוסחת הב"י נראה עיקר ע"ש) א"כ מבואר דאף ביש בו ד"ח מהני תקרה ומעזיבה:

אך באמת ז"א דלכאורה צ"ע על הרא"ש והטור שכתב דבסתם בנין תקרה ומעזיבה הוי חזקה לדידיה שנראה שדבריו לקוחים מדברי רבינו וכמש"ל וא"כ למה השמיטו מ"ש רבינו יונה דדוקא בנהגו שתהיה התקרה ומעזיבה ראיה שהכותל שלו הכל לפי מנהג המדינה וכתב בסתם דמהני (תשלום הענין חסר כאן ועיין בלוה"ש):

והנה אם היה מתברר שזה בנה הכותל אלא שהלוקח בא בטענה שמסתמא המוכר שלו פרע לו חלקו מאחר שהניחו להשתמש יש לעיין בזה דהנה בב"ב דף ה' אמרינן על פלוגתא דאביי ור"ל בקובע זמן לחבירו וא"ל פרעתיך ת"ז אם נאמן פריך על אביי ורבא דס"ל נאמן ממתני' דמארבע אמות ולמעלה אין מחייבין אותו בחזקת שלא נתן כו'. ולכאורה קשה דהא לר"ל נמי תיקשי כיון דקא משני רישא לר"ל טעמא משום דכל שפא ושפא זמניה הוא וא"כ ודאי רישא וסיפא בחד גוונא מיירי שטוען פרעתיך על כל שפא וא"כ גם בסיפא אמאי לא מהימן דהא הוי כטוען פרעתיך בזמני ועיין מ"ש ד"ז הגאון בת"ח ובאו"ת בזה:

וגם צ"ע מה שהקשה אא"ז מהרש"א על התוספות דהוי מצי למימר ולטעמך דגם לאביי ורבא שמא לא יבנה זה את הכותל וקשה ע"ז דא"כ מאי פריך ממתני' דמד"א ולמעלה דהא י"ל דהתם טעמא משום שמא לא יבנה כו' ומה שתירץ מהרש"א ז"ל דהתם בדעתו תלוי ויודע בעצמו שיבנה הוא דחוק דמ"מ אנן לא מהימנינן ליה על כך וכמו למאי דמשני מי יימר דמחייבי כו' משמע אע"ג דאומר אני ידעתי הדין שאני מחוייב לשלם ופרעתי קודם אלא ע"כ דלא מהימנינן ליה ואמרינן שאינו עשוי ליתן עד שיודע שיחייבוהו וכיון שאין משפט זה גלוי לכל אמרינן דגם הוא לא ידע ולא מהימן במה שאמר שידע וה"נ כיון דאין דרך ליתן קודם שיבנה אין להאמינו בזה שאומר שנתן לפי שהיה בדעתו לבנות

וא"כ הדרא קושי' לדוכתה מנ"ל להקשות על אביי ורבא דלמא אביי ורבא מודו בהא דאיכא נמי חששא דלא יבנה:

ונלענ"ד ליישב זה ויתיישב ג"כ דברי רש"י במתני' ודברי הרמב"ם בפי' המשנה שכתב טעמא דסיפא משום מי יימר כו' והקשה באו"ת דהא לפי מאי דקי"ל כר"ל א"צ לטעמא דמי יימר ע"ש ולכן נראה דלקמן פליגו ר"נ ור"ה אי סמוך לפלגא סמך לכולא או לא והנה הא דקאמר אלא לאו דאמר ליה פרעתיך תוך זמני אין לפרש קודם שהתחיל לבנות דהא מיירי דומיא דרישא שטוען שפרע אחר כל שפא ולא קודם דאל"כ לא היה נאמן ברישא לר"ל ולפ"ז לכאורה ע"כ אתי כמ"ד למאי דסמך סמך ולמאי דלא סמך לא סמך דלמ"ד סמך לכולא א"כ תיכף שהתחיל לבנות שפא אחת נתחייב בכל וקנה לו חצירו כל הכותל שהגביה חבירו והוא נתחייב לשלם וא"כ תיכף זמנו הוא אלא ע"כ דסובר כמ"ד למאי דלא סמך לא סמך והוא טוען שפרע מתחלה בבנין שפא ראשונה על הכל. אך דמ"מ קשה דהא לא הוי דומיא דרישא דמיירי שטוען פרעתיך על כל שפא דאל"כ גם ברישא אינו נאמן בשטוען פרעתיך בשפא ראשונה על הכל וא"ל כמ"ש הש"ך דברישא נאמן בזה דכיון דכל שפא זמנו פרע בתחלה על הכל דאף לר"ל שייך זה כי היכא דלא ליטרדן א"כ גם בסיפא נימא הכי וא"ל דבסיפא לא שייך דלא ליטרדן שהרי בידו תלוי שלא לבנות עד שיהיה לו מעות וכמ"ש לקמן סברא זו בשם הרשב"א וכ"כ באו"ת דא"כ גם לאביי ורבא לא קשיא דהא טעמא דידהו משום דלא ליטרדן הוא. וגם צ"ע מלשון רש"י שכתב דא"ל פרעתיך בזמני כשגמרת כותלי וידעתי כמה נתחייבתי לסייע בהגבהתך דמשמע נמי דאתי כמ"ד למאי דלא סמך לא סמך ומ"מ הך וידעתי כו' הוא שפת יתר לכאורה דהא לאביי ורבא הכי הוא דאין קרוי זמנו עד גמר הכותל דלא ס"ל כל שפא ואם נפשך לומר דגם אינהו ס"ל כל שפא כמ"ש רק דהכא מיירי שטוען שפרע בשפא ראשונה בעד הכל וכמש"ל א"כ מי הכריחו לפרש בזמני כשגמרתי את כותלי דהו"ל לפרש בפשיטות בזמנו על כל שפא ושפא פרעתיך ותוך זמני היינו שפרע לו בשפא ראשונה על הכל:

לכך נראה דאדרבה דהסוגיא אזלי השתא לר"ה דאמר סמך לפלגא סמך לכולא ואפ"ה א"ש דלא מיקרי תוך זמנו בשפא ראשונה משום דבאמת הש"ס משני מי יימר דמחייבו ליה רבנן והיינו שאין משפטו נודע לכל והמקשן בס"ד היה סובר דאף בכה"ג אמרי' דפרע גו זמני' דגם משפט זה גלוי לכל כשמגביה נגד הכותל מחויב לשלם למאי דסמך משא"כ בהך מלתא דסמך לפלגא סמך לכולא פשיטא דלא שייך ביה גלוי לכל דהא באמת ר"נ סבר דלא סמך לכולא והכי קי"ל וסברא גדולה הוא שלא עלה על דעתו דיתחייב לשלם הכל ובמי יימר כה"ג גם המקשן מודה דלא אמרי' ומ"מ פריך שפיר

לאביי ורבא דלכאורה אף דנימא דלא ידע דסמך לכולא ומתחייב בכל מ"מ כיון שהתחיל לבנות ולהגביה ודאי היה דעתו שיבנה כל גובהו דהא מהאי טעמא גופא מחייבינן ליה לר"ה ואמרינן דסמך לכולא דמסתמא יגביה כולו כיון שהתחיל לבנות וכמ"ש רש"י שם וא"כ הרי שפיר ידע שיתחייב אך דמ"מ השתא מיהא תוך זמנו הוא דהא לא ידע שמחויב עתה ואף שידע שיתחייב לאחר שיגמור הכותל מ"מ אם הוא משלם עתה תוך זמנו חשבינן ליה והשתא א"ש דדוקא לאביי ורבא קשיא ליה דלר"ל ל"ק דאע"ג דלדידיה ברישא כל שפא כו' מ"מ שפיר מוקמינן סיפא שטוען שנתתי אחר השפא ראשונה את הכל ושפיר הוי דומיא דרישא כמו דרישא מירי שטוען ששלמתי בעת זמן חיובי דהיינו אחר כל שפא כן בסיפא הוא טוען ששילם בזמן חיובו דהיינו כשהתחלתי לבנות דאז זמן החיוב כיון דסמך לפלגא סמך לכולא ואפ"ה ברישא מהימן בטענתו ששילם אחר כל שפא דהוא זמנו ממש הוא משא"כ בסיפא אע"ג דלמאי דקיימינן השתא אליבא דר"ה דס"ל סמך לכולא הוי השתא זמן חיובו על כל הכותל מ"מ בזה ודאי אמרינן מי יימר כיון שאין הדין פשוט ואי משום שידע כשיסמוך כולה יהיה חייב ולכן הקדים ופרע עתה שוב הוי כפרע ת"ז דא"נ לר"ל משא"כ לאביי ורבא דס"ל דעבוד דפרע גו זמניה שפיר תיקשי אמאי לא מהימן וא"ל משום דאיכא למימר שמא לא יבנה את הכותל ז"א דהא אנן השתא קיימינן דסמך לפלגא סמך לכולא והיינו משום דאמרינן דודאי יגביה את הכל וכיון דמחמת האי סברא מחייבינן ליה מכ"ש שיהיה נאמן לפטור את עצמו מחמת זה דידע שבודאי יגביה את הכותל כולו ויתחייב והקדים ופרע עתה כי היכי דלא לטרדו ואהא משני מי יימר דמחייבי רבנן ר"ל דאפילו כשסמך כולו אין ברור לו שיתחייב וכיון דאפשר שלא יתחייב כלל גרע מת"ז אף לאביי ורבא ולא עדיף דפרע וזה נראה כוונת רש"י שכתב פרעתי בזמני כשגמרתי את כותלי דרש"י סובר ליישב קושית התוספות שהקשו דגם לאביי ורבא קשה שמא לא יבנה זה את הכותל די"ל כמ"ש התוספות מתחלה דמתני' לא שייך טרדא דהוי ממון שאין לו תובעין וא"כ א"צ לחלק בין היכא שיש ספק שמא לא יתחייב וא"ש מתני' דהכא לאביי ורבא והא דפשיט מבכור אשכירות ולא דחי דלמא ס"ל כאביי ורבא לחלק בין היכא דאיכא טרדא ז"א דהתם קאי למסקנא דהכא דהיכא דשייך מי יימר דמחייבי רבנן מודו א"כ כ"ש התם שיש ספק גמור וא"כ כיון דמטעם מי יימר יש לחייבו לא מהני טעמא דטרדא לפוטרו וא"כ ממ"נ בין אי ס"ל לר' ינאי כר"ל או כאביי אין לחלק שם בין טרד' או לא משא"כ בס"ד דהכא דאכתי לא אסיק אדעתיה הך סברא דמי יימר וא"כ אף שיש ספק שלא יבנה זה את הכותל י"ל דעביד דפרע ואתי ליה רישא שפיר לאביי ורבא אך מ"מ שפיר כתבו התוספות דגם לאביי

ורבא צ"ל הך תרוצא דכל שפא כו' כיון דלמסקנא צ"ל מי יימר וא"כ כשיש ספק פשיטא דלא פרע משום דמי יימר שיבא לידי חיוב אבל מ"מ בס"ד היה סובר דרישא א"ש לאביי ורבא דאפשר דס"ל דאף היכא שיש ספק עביד דפרע היכא דשייך טרדא ולכך היה סובר דלאביי ורבא לא מיירי הרישא שטוען שפרע על כל שפא דאינהו ס"ל דאין דרך לפרוע על כל שפא כלל ולכך פירש אי לימא דאמר פרעתיך בזמני היינו כשגמרתי את כותלי וידעתי כמה נתחייבתי כו' ור"ל לאפוקי היכא שאומר ששילם בהתחלת הבנין בעד כולו כדין סמך לפלגא סמך לכולא דזה אף בס"ד לא מהימן לומר דמשפט זה ודאי אינו גלוי ואף בס"ד מודה דמי יימר כה"ג וכמש"ל לכך כתב רש"י כשגמרתי את כותלי וידעתי כו' ור"ל דבזה שייך שידע כמה הוא חייב בהגבהה זו וא"כ קשיא אמאי לא מהימן אלא לאו תוך זמנו ר"ל שאומר ששילם בתחלת הבנין דאז י"ל שלא ידע שמחוייב לשלם בעד כולו ואף שבדעתו לגמור הבנין הוי עתה ת"ז וניחא לר"ל ומ"מ לאביי ורבא קשה ומשני דאף בכה"ג אמרינן מי יימר וכמש"ל:

ומצאתי בש"מ בשם הרשב"א שהקשה אשנוייא דמי יימר דהא כשיתן התקרה הוי משפטו גלוי וכיון שבדעתו ליתן התקר' הוי ת"ז דמהימן לדידהו משום לא ליטרדו ע"ש ודבריו ע"ד מ"ש לעיל בהא דסמך לפלגא כו' ונהניתי וע"ש דמתרץ דנתינת התקרה בדידיה תלוי וכשלא יהיה לו מעות באמת לא יתן תקרה ולא שייך לטרדן. ולענ"ד י"ל ג"כ דשאני חוב דתלוי בזמן דממילא קאתי משא"כ נתינת התקרה התלוי במעשה אף שבדעתו ליתן שמא ימנע מחמת איזה סיבה או אונס. ומצאתי באו"ת שהיפך בסברת אלו אך דלפ"ז קשה דא"כ למה המציא כלל סברא דמי יימר דאפי' תימא דלא אמרינן מי יימר א"ש מהך טעמא גופא דשמא לא יבנה וכקוש' המהרש"א ז"ל וא"ל כתירוצו דבדידיה תלוי והוא בדעתו לבנות מ"מ אכתי לא שייך לטרדן כמ"ש הרשב"א לענין תקרה דכשלא יהיה לו מעות לא יתן התקרה וה"ה בזה שלא יבנה עד שיהיה לפרוע על כל שפא. ומכ"ש לסברא דידיה שמא יהי' אנוס ולא יוכל לבנות:

שוב נדפס ספר קצות החושן ח"ב וראיתי בסי' קנ"ז שהקשה קו' הרשב"א וכתב לתרץ ע"פ מ"ש הנ"י שהקשה שמא לא יתן התקרה לרוח אחר ותירץ דמ"מ מועיל להיות מחיצה לביתו כו' וא"כ י"ל דדין זה אינו פשוט ושייך מי יימר ולדידיה א"ש הא דמשני מי יימר וע"פ דברי הנ"י אלו שהם מדברי הרמב"ן א"ש מה דקשה על מ"ד סמך לכולא ממתני' דאף ע"פ שלא נתן התקרה ועיין בת"ח. ולפמ"ש הרמב"ן י"ל דודאי מה שלא נתן תקרה כלל לא צריך לאשמועינן דודאי אמרינן שסופו להגביהו וליתן תקרה דמסתמא דמלתא יתן תקרה על כותל זה. אך דאשמעי' אף דנתן תקרה אלא שהמחיצה הוא ממזרח

למערב והוא הניח התקרה מצפון לדרום ולא סמך התקרה על כותל שותפת כלל רק על כותלי עצמו שמצפון לדרום אעפ"כ מגלגלין עליו הכל כיון שעכ"פ נעשה כותל זה מחיצה לביתו וכדברי הרמב"ן וא"ש טפי דשייך מי יימר בכה"ג דחזינן שמתחלה לא הי' בדעתו לסמוך התקרה כאשר סופו מוכיח וכה"ג לא אסיק אדעתיה דמחייבי' רבנן:

ועפ"ז נראה ג"כ ליישב קושית מהרש"א ז"ל דהנה מה דפשיטא ליה לרשב"א דכשנתן התקרה הוי בחזקת שנתן היינו משום דע"כ לא אמרי' מי יימר דמחייבי כו' היינו משום דמתני' תני אע"פ שלא נתן התקרה משמע דזהו דין פשוט דמתני' אשמעינן רבותא אע"ג דלא נתן התקרה והוי ס"ד דבכה"ג לא מחייב וקמ"ל דאפילו בכה"ג מיחייב ולכן זה אינו פשוט והוי בחזקת שלא נתן:

והשתא לפום מה דכתיבנא י"ל דלמ"ד סמך לכולא ג"כ הדין פשוט כיון דר"ה מסברא קאמר הכי דבכה"ג אמרינן דהוי גלוי דעתא דניחא ליה בהגבהת כולו לפי שסופו לסמוך כולו וליתן תקרה דהוי בנין קבע רק דבכה"ג שנתן תקרה ולא סמך על כותל השותפות זהו דין שאינו פשוט כיון דהא קמן שנתן התקרה מצפון לדרום ולא סמך עליו שנחייבנו מחמת שנעשה מחיצה לכותל ביתו בכה"ג סובר בדעתו שלא יתחייב שזה נהנה וזה לא חסר מידי ולפ"ז שפיר מקשה אדאביי ורבא דלדידהו נמי מיירי שטוען שפרע אחר שפא ראשונה בעד כולו והוי דומיא דרישא שטוען שפרע בזמן חיובו וכמש"ל וא"כ לא שייך בזה לחייבו מטעם שלא הי' לו להקדים שמא לא יבנה את הכותל דז"א דהא אפי' לא יבנה כלל הוא מתחייב מהשתא דהא קי"ל סמך לכולא וזהו דין פשוט ולא אמרינן בי' מי יימר רק דמ"מ הוי תוך זמנו דעכ"פ אם יתבענו חבירו יוכל לטעון שלא אתן התקרה על כותל השותפות ולפי מה שאינו יודע דין זה שאעפ"כ יתחייב משום שנעשה מחיצה לביתו שאינו דין פשוט יהיה יכול לפטור עצמו בטענה זו וא"כ אף שבדעתו לסמוך על כותל השותפות אעפ"כ מחשב ת"ז שלא היה לו להקדים ליתן שהרי עכ"פ אין חבירו יכול לתובעו קודם שיתן התקרה על כותל השותפות לפי דעתו אך דמ"מ לאביי ורבא קשיא דלדידהו עביד דפרע גו זמני' ואהא משני דגם בכה"ג דסמך לפלגא סמך לכולא שייך מי יימר וא"כ אף שבדעתו לבנות הכל וליתן תקרה מ"מ שוב חזר לחשש שמא לא יבנה את הכותל כיון שלפי דעתו אינו מתחייב כ"א כשיבנה ויתן תקרה ובכה"ג גם אביי ורבא מודו:

והנה בפשיטות י"ל קושית המהרש"א די"ל דאף אביי ורבא מודו דכל שפא כו' מ"מ בסמוך לו כותל לא שייך כל שפא לפי שצריך לגמור את כותלו שיהיה נראה לעינים שיוכל לעשות מזה בנין קבע ובשביל שבונה שורה אחת או שתים שאין לשער מזה

שרוצה לגמור הבנין ולעשות קבע אין לחייביה והיינו טעמא דמ"ד למאי דסמך סמך שאין לדונו ע"ש העתיד ואף מאי דסמוך נראה דהיינו מה שראוי לעשות מזה בנין קבע דוקא וזה נקרא גמר הכותל ולכן פי' רש"י כשגמרתי את כותלי וא"כ י"ל דגם סיפא מיירי דומיא דרישא שטוען פרעתיך על כל שפא וא"כ לא שייך חשש שמא לא יבנה את הכותל כיון שהוא טוען שפרע אחר שבנה זה כל שפא ושפא ומ"מ שפיר מיקרי ת"ז כיון דבזה אינו מתחייב לשלם בבנין כל שפא שאין בזה כדי לסמוך בנין קבע רק אחר שיגמור את כותלו ולכן פריך שפיר לאביי ורבא:

וגם נראה דאפילו תימא כיון שכבר בלא"ה יש כאן גובה ד"א שהוא בחזקת שניהם כל מה שיוסיף על הבנין בנין קבע מיקרי מ"מ כיון דחזינן השתא כמה הגביה כגון הגביה ב' אמות אמרינן שבודאי הי' בדעתו מעיקרא שיגביה כך ושוב אין דרך שישלם לו ת"ז וגם חבירו ממתין עד שיגמור בנינו שיוכל לעשות חשבון עמו בפ"א וזהו כונת רש"י פרעתיך בזמני כשגמרתי את כותלי וידעתי כמה נתחייבתי כו' ועיין בדרישה סי' קנ"ז שכתב דבס"ד דמקשן דבתוך ד"א אין דרך לתובעו עד שיגמור שלא יצטרך בכל פעם למיזל עמו בדינא ודייני וה"נ י"ל דאף למסקנא דכל שפא זמנו היינו תוך ד"א שהוא מחויב ועומד לשלם לו משא"כ אחר ד"א. ובחידושי הארכתי עוד בזה:

דברי הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

הלכות שלוחין ומכירה

שאלה לח

שאלה ראובן שהי' סוחר למדינה אחרת ויש לו יד ושם אצל הסוחרים אשר שמה ליתן לו באמונה ושולחים סחורה לידו אף על אגרת בחתימת ידו והנה ראובן הי' צריך חטים ונזדמן שנסע א' ממדינה זו לשם ואמר לו ראובן הנה אם רצונך אתן לך אגרת לשם לשלוח לי חטים ואתה תהי' שותף עמי להסחורה ונתרצה שמעון ואח"כ קנה שמעון הסחורה ושוב פגע בראובן שהיה נוסע בעצמו לשם ואמר לו מה זה בידך אמר לו חטים שקניתי לעצמי וכשבא ראובן למדינה הכריח הסוחר את ראובן שיסלק לו כל דמי החטים ועתה עלה שער החטין וטוען שמעון כי ראובן כתב לו שלא ישלם לו יותר מן עשרים דינר והשער עלה שלשים דינר והעדתי עדים שאני קונה לעצמי וראובן טוען ששוב כתב לו שישלם כפי אשר יהיה השער שם. ועוד שהסוחר לא על אמונתך הקיף שהרי לא נתן לך הסחורה רק על שמי וגם אני הוכרחתי לשלם בעד החטין שאמר שאינו מכירך כלל

רק מפי כתבי שכתבתי לו שישלח לי שלח לי על ידך ואין לך לזכות עכ"פ בכולו ויורינו הדין עם מי ושכמ"ה:

תשובה בב"ק דף ק"ב ע"ב ת"ר הלוקח שדה בשם חבירו וכו' ופריך מכלל דקא מקני לי' לימא פליגי דבני מערבא דאמרו מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעה"ב אי משום הא לא קשיא כגון דאודעי לבעל השדה ואודיעינהו לסהדי כו' והנה הדברים פשוטים דהש"ס מקשי דאיך קנה בעל המעות את השדה כיון דהמוכר אינו יודע ולא כיון להקנות אלא לריש גלותא ואף עפ"י שהוא קונה לעצמו מ"מ כיון שהיה בהעלם דבר מן המוכר ואנן דעת מקנה בעינן שיקנה לזה הקונה ואהא משני דאודעיה לדידיה דהיינו להמוכר והש"ך סי' קפ"ג סק"ב הקשה דמאי פריך דוקא לבני מערבא הא אפילו למאן דפליג עליו דדוקא בעינן שיהא בעל המעות והוא ר"ג לא נתן מעות ואין אדם זוכה שלו לאחר ותירץ כיון שצוה להעדים לכתוב בשם ר"ג א"כ העדים עומדים במקום ר"ג נראה שמפרש כוונת הש"ס מכלל דמיקני קני ליה היינו לר"ג ולכך הקשה דאף להנך דפליגי אבני מערבא איך קנה ר"ג:

ואמנם כן מה שתירץ על זה אינו מחוור לענ"ד דכיון דס"ד דהעדים לא ידעו שהמעות שלו וקונה לעצמו רק סבורים שהוא שליח מר"ג והמעות של ר"ג ואין בדעתם לזכות בשביל ר"ג המעות של זה כלל ואין זה מזכה ע"י אחר כל כמה דלא ידע זה האחר שצריך לקנות מזה ולזכות לזה (והרא"ש כתב דהמזכה א"צ לידע שזה זוכה לעצמו וזוכה בשבילו) אלא פשוט שפירושא דש"ס כמ"ש ולכאורה ראיה לפירוש הש"ך מדברי הרא"ש בתשובה כלל צ"ו סימן ג' שכתב וז"ל וראיה מההיא דפרק הגוזל כו' ל"צ דאודעינהו לעדים מעיקרא אלמא דהיכא דהודיע לעדים מעיקרא שקנה לר"ג קנה ר"ג מבואר לכאורה מזה שמפרש דהא דקאמר מיקני קני היינו ר"ג. אבל ז"א דא"כ למאי דס"ד מעקרא דלא אודיענהו לדידי' ולסהדי שקונה לר"ג א"כ איך קאמר הקונה בשם ר"ג כופין ר"ג למכור: ולענ"ד נראה שט"ס הוא תיבת שהודיע וצ"ל שאמר לעדים מעיקרא שקנה לר"ג או דפי' שהודיע היינו שלא אמר להם כמו שאומר עתה שהוא שלו אלא אמר להם שהוא של ר"ג קנה ר"ג ולא מהני אמירתו אח"כ שהוא שלו ודוקא היכא דאודיענהו לסהדי מעקרא שהוא שלו רק שרוצה לתלות באילן גדול ר"ג אז קנה הוא ולא ר"ג וכן מבואר להדיא בש"מ בשם תשובות הרא"ש שכתב לימא פליג כו' אא"ב שדעת המוכר להקנות המכר לכל מי שיהיה ה"נ כו' אבל לבני מערבא דס"ל בלא ידיעת המוכר לא קנה בעל המעות והכא סבר להקנות לר"ג איך יקנה הלוקח עכ"ל וכן מבואר בחידושי הרשב"א והביאו מהרש"א שם. הנה הדבר ברור דלבני מערבא אף בקונה במעותיו והזכיר למוכר שם

אחר לא קנה הלוקח אף אם לא היה שליח מהאחר ולפ"ז מילתא דפשיטא אם היה שליח ושינה מדעת המשלח והזכיר למוכר בשם המשלח לא קנה השליח דאפילו תימא דשינוי קונה מ"מ לא עדיף מאילו המעות של השליח אפ"ה כיון שקנה בשם המשלח והמוכר לא הקנה להשליח לא קנה:

אולם לפמ"ש הפוסקים דליתא לדבני מערבא יש לעיין בזה. והנה הרא"ש כתב בפסקיו דטעמא דליתא לחוכא דבני מערבא משום דאע"ג דשני השליח מ"מ אין מתכוין לקנות ובעל החטין מזכה לשליח שידו כיד בעה"ב ולא בעינן שידע בעל החטין שהוא זוכה לבעה"ב עכ"ל. וזה שייך דוקא בכה"ג שהוא שליח וזוכר מהמוכר בשביל בעל המעות משא"כ בכה"ג שהמוכר מזכה לראובן שאמר לו שמעון שהוא שליחו איך יזכה בו שמעון השליח:

אולם לפמ"ש הרשב"א והרא"ש בתוס' שטעם הנך דפליגי משום דאף אם לא הזכיר למוכר המשלח מ"מ דעת המוכר להקנות למי שהמעות שלו יהיה מי שיהיה לפי"ז אם היה שליח ושינה מדעת המשלח א"כ הרי הוא נעשה בעל המעות ומקנה לו המוכר דהיינו דקאמר ר"י הא ר"מ דאמר שינוי קונה וא"כ הוא נעשה בעל המעות ושפיר נקנה לו והא ר"י כו' וא"כ המעות בחזקת מרייהו קאי ולפ"ז אף דקי"ל כר"י דאמר אין שינוי קונה מ"מ אם אמר בפני עדים שרוצה לשלוח יד לקנות לעצמו הוי כשינוי לר"מ וכמ"ש הרשב"א ואמרי' ביה דאם הותירו הותירו לו וכל שכן אף שהזכיר לו שקונה להמשלח מ"מ אין דעת המוכר להקנות רק לבעל המעות וזה נעשה בעל המעות ע"י ששלח יד בהן:

ואמנם המ"ל פ"ז מהלכות מכירה כתב בשם כ"פ שאם ידע המוכר שהוא שליח קנה המשלח לכ"ע אף שאמר השליח בפני עדים שרוצה לקנות לעצמו. ולכאורה דברי הרשב"א אלו אין מורין כן שהרי כתב אף אם אמר בשם ר"ג מ"מ המוכר מקנה לבעל המעות ואם הוא בעל המעות קנה וא"כ בזה ששולח ידו רוצה להשתמש במעות המוכר לצורכו הרי המעות ברשותו:

אך יש לחלק דהא ודאי ל"א שכוונת המוכר לזכות לו אף שאין המעות שלו רק מחמת שליחת יד דמשום זה לא יקרא בעלים ממש רק דקמו לי' ברשותי' וכמ"ש הרשב"א גופי' וע"ז אין כוונתו דהמוכר כלל רק על מי שהקרן שלו מעיקרא ואע"ג דבשינוי לר"מ קונה ול"א שהמוכר לא מקנה לי' שאני התם דהוא הקונה על שמו והמוכר כוונתו להקנות למי שקונה ממנו או לבטל המעות וכמ"ש הרשב"א לבסוף שם וא"כ כיון שהוא הקונה על שמו וגם המעות שלו שפיר קני משא"כ היכא שקונה ע"ש המוכר אף שאמר בפני עדים שקונה לעצמו. וגדולה מזו כתב הרשב"א דאפילו שלח יד במקצת העסק דקמו ליה

כולה ברשותיה ושוב החזיר למקומו ונתעסק בו אמרינן דלזכות לבעל המעות נתכווין וה"נ דכוותיה י"ל אע"ג דקאמר לפני עדים שימעול בשליחות ויקנה לעצמו מ"מ גזים ולא עביד וסופו מוכיח על תחילתו שאמר למוכר שקונה בשביל המשלח:

והנה התוס' ד"ה שאני כתב דברייתא מצינן לאוקמי בהודיעו ולכאורה קשה דא"כ הך דקתני הותירו לו אע"ג דאתי כר"מ מ"מ לא עדיף מה שקנה השינוי מאם קונה במעות שלו ממש ואפ"ה אמרינן לקמן לימא פליגי דבני מערבא. אך י"ל דלכאורה קשה על בני מערבא דהא איתא בב"ב באם דמי החפץ קצובים שפיר קנה הלוקח ולא בעינן דעת המוכר שידע שזה קונה החפץ וכמבואר בח"מ סי' שנ"ט כיון שהעדשי' עומדים למכור שיר' וא"כ זה שכבר שינה ואע"פ שהמוכר נתכוין להקנות לר"ג מ"מ הרי כבר דמיו קצובים ועומד לימכר ושפיר יוכל זה לזכות בו אף שלא מדעת המוכר. אך דזה שייך במטלטלין אבל קרקע בחזקת בעלים עומדת ולא יצאתה מרשותה רק למי שמכוין להקנותה לו וכיון דבמוכר שדה מיירי שפיר קאמר לימא פליגי כו' אבל לעיל דמיירי במטלטלין כיון שהמוכר סילק רשותו שפיר קונה זה והדמים הם שלו דקנינהו בשינוי והנה הש"ג הקשה על הטור והמחבר שפסקו דאי הדר מקמי משיכה מ"מ אי זבנה במעות המוכר לא מצי הדר עד דמודע למוכר ומכוין לאקנויי לדידיה והוא מדברי הרמ"ה ותמהו ע"ז דהא אנן לא קי"ל כבני מערבא. ולענ"ד לק"מ אף דליתא לחוכא דבני מערבא היינו מטע' שאינו מתכוין לקנות לעצמו והבעלים שדעתם לזכות לו הוי כאלו מזכה לבעל המעות אבל מ"מ כל שהוא מכוין לזכות לראובן אין שמעון יכול לזכות וכל שכן אם אמר תחלה שהוא קונה בשם ראובן אע"פ שדעתו לזכות לעצמו אין יכול לזכות:

ולפי שהסמ"ע פי' דברי הרמ"ה ולענ"ד צ"ע אמרתי לבאר הנה דעת הסמ"ע דהרמ"ה מיירי שנתן לו מעות המוכר סתם שאם נתן לו מעות עצמו בהדיא משמי' דראובן א"י לחזור בו וזה תימה כיון דקודם משיכה איירי וכבר השיג הט"ז ע"ז. ואמנם מ"ש הסמ"ע והט"ז דמה דקאמר דמודע ליה למוכר היינו שמייחד לו מעות לענ"ד ז"א ומאי דקשיא להו מאי מהני הודאה דהא במעות המשלח המקח שלו נלע"ד דשאני התם שלא גילה להמוכר שהם מעות של אחרים והוא רוצה לקנות לעצמו א"כ אמרינן שדעת המוכר להקנות לבעל המעות וכיון שזה לקח במעות המשלח מוציאין ממנו אע"פ שזקפן עליו במלוה מ"מ אין דעת המוכר לזה כלל רק למי שהמעות שלו באמת משא"כ כאן מיירי שהודיעו למוכר מתחלה שהמעות של ראובן ושוב מודיע למוכר שרוצה לקנות לעצמו בעד המעות הללו ולזקפן עליו במלוה וכיון שהמוכר נתרצה בכך ואדעתא דהכי משך ממנו לא איכפת לן כלל במה שהמעות של משלח דבמשיכה תליא מלתא וגם הרמב"ם

מודה לזה וכל כמה שלא הודיע למוכר שהוא רוצה במקח הרי לקחם במעות המשלח ומוציאין ממנו בע"כ ואף החולקים על בני מערבא מודים בזה כיון שלקח במעות המשלח והשתא ממילא אזדא ליה קושית הש"ג והט"ז:

ולענ"ד דבריהם תמוהים מ"ש דרמ"ה אזיל בשיטת בני מערבא ובאמת בש"מ הביא דברי הרמ"ה להדיא דס"ל דלא קי"ל כבני מערבא ועיין בתשובות מהריב"ל שכתב ג"כ דהרמ"ה לא ס"ל כהרמב"ם ולפמ"ש ז"א ע"ש סי' קי"ג והנה הסמ"ע כתב בסק"ו שהחוליק היא דעת רי"ו דס"ל דקנאו בשינוי וכן הוא ברי"ו וב"י הביאו:

ובאמת שזה תימה דהא קי"ל כר"י דשינוי אינו קונה וכן פי' רי"ו גופיה ומה"ט אינו מחלק בין לאכילה בין לסחורה וכן פי' רי"ו בנתיב ך"ז ח"א שאם אמר בפני עדים לעצמי אני קונה נעשה גזלן על המעות והכל שלו ולא הזכיר דצריך שינוי מדעת הנותן ואדרבה משמע דמיירי אף בלא שינוי ומצאתי בנתיב ח' ח"ג שהביא שם דברי האלפסי דמתעסק אינו יכול לחזור וכ' דהיינו דוקא בלא שינוי ואז נעשה גזלן על המעות וקנה בשינוי והוא סברא מחודשת שמ"ש ב"י שהוא ט"ס וצריך להגיה אלא בפני ב"ד ליתא וצ"ל אפילו בפני ב"ד כמבואר בדבריו בנתיב ח' הנ"ל והב"י הביא דבריו בי"ד סי' קע"ז ע"ש:

והנה ביש"ש השיג על הרא"ש דל"ל לתרוצי לר"א דהא ר"א אליבא דבני מערבא קאתי כו' ע"ש. ולענ"ד פשוט פירוש הסוגיא להרא"ש דר"ש מקשה א"ה אפי' חטין וחטין נמי אע"כ דלא בעינן הודעה כלל ורבי אבוהו דחי דלעולם בעינן הודעה וש"ה דבשליחותא קא עביד תדע כו'. ולכאורה מה תדע הוא זה דאה"נ דגם מהתם מוכח דלא בעינן הודעה א"ו דס"ל דאפי' בעלמא לא בעינן הודעה התם בעינן והיינו מטעמא שכתב הרא"ש דאין אדם זוכה בשלו לאחר והלכך שפיר הוכיח דהא ע"כ אף למאן דפליג אבני מערבא מוכרח להודות להך סברא דשליחותא קעביד וכך הוא סוגית הש"ס בכל מקום ואהא קמשני ר' אבא דלעולם כמאן דפליג אב"מ וס"ל דלא בעינן הודעה דאל"כ אף חטין בחיטין לסברא דשליחותא עביד לאו סברא הוא והא דזכתה האשה אע"ג דבהא ודאי בעינן הודעה היינו משום דנעשה כאלו הקנה וזה ברור בעיני ועיין בש"מ ביאור הסוגיא בשם הרא"ש ז"ל.

והנה הש"ך כתב שדברי רי"ו הם דברי הרא"ש גבי צבע דאין אדם זוכה בשלו לאחר והנה דברי הרא"ש צריך ביאור דמה חילוק יש בין בעל חטין לצבע דה"נ הצבע מקנה לבעל האשה והוא אינו מתכוין לזכות לעצמו כלל רק להאשה והצבע א"צ שידע שכוונתו לזכות להאשה ולכאורה פירושו דהתם בעל האשה הוא נותן מעות וכיון שזה מתכוין להקנות לו קני אע"פ שהוא מתכוין להקנות להאשה מ"מ א"א לזכות שלו לאחר משא"כ

בחטים דמעיקרא לא קנינהו שליח כלל כיון שאין המעות שלו אלא של המשלח והלכך המשלח קונה וכ"כ במעדני מלך לפרש כן:

ולענ"ד ז"א וצ"ע דמה בכך שהמעות של בעל האשה הא המעות אינם קונים ועיקר הקנין הוא המשיכה שאז יוצא מרשות המוכר וגם אפשר שהבעל אינו משלם לצבע אלא אחר משיכת החפץ א"כ בשעת משיכה שהוא מושכו ויוצא מרשות הצבע הוא מקנהו לאשה ואע"פ שהצבע דעתו להקנות לו לא איכפת לן בהכי וא"כ דמי ממש לבעל החטין ואם נפשך לומר דשאני התם כיון שהוא בעל המעות הוא מתכוין לקנות כדמשמע קצת מדברי הרא"ש ג"ז צ"ע כיון דבשינוי מירי א"כ אין כוונתו של זה לזכות שעורים דהא ר"י לא ס"ל דלסחורה לא קפיד ואע"ג דהשינוי אינו קונה מ"מ המוכר אינו מתכוין לקנות אלא דמ"מ כיון דזכות הוא לו שהרי הותירו שפיר זכה לו השליח וא"כ גם האשה קנתה ועוד דלמה לא נימא דהאשה רצונה לקנות ואף אם לא כיוונה מ"מ בכל זיכוי ע"י אחר זכה הזוכה אף שלא ידע וע"כ לומר שהעיקר הטעם הוא דדוקא הכא שהשליח אינו מתכוין לקנות לעצמו משא"כ בצבע כיון שהצבע מקנה אותם לו והוא גם הוא אינו מתכוין שיזכה בשעת מעשה לאשה רק מאחר שיבא לידו הוא מזכה ואז א"א שאין אדם זוכה בשלו לאחר ולפ"ז בההיא דרי"ו שקונה במעותיו לצורך חבירו שפיר קני דהא בשעת משיכה הוא זוכה בשלו לאחר ובכה"ג שפיר קני ואפשר דבקרקע כה"ג לא קני דבקרקע עיקר הקנין הוא המעות וכיון שהמעות שלו שייך למימר אין אדם זוכה בשלו לאחר דבמאי קני חבירו להאי ארעא:

ואמנם נלענ"ד שדברי רי"ו אינם מדברי הרא"ש שהרי כתב בפ"ט דקמא ומ"ש הש"ך שדרך רי"ו לכתוב כן אע"פ שזה אמת מ"מ דרכו לכתוב כמות שהוא ולא יוסיף עליו מדעתו ומה זה שחידש רי"ו וכתב אפילו אמר בפני עדים אלא נלענ"ד שדעת רי"ו לפרש מה דקאמר הש"ס הקונה שדה מחבירו בשם ר"ג כו' כמש"ל דאלמא מיקני קני לי' ר"ג ועלה פריך לימא פליגי דב"מ ועלה משני דאודיענוהו למוכר ולסהדי אלמא דאע"פ שאמר לעדים לחוד לא מהני אם לא הודיע למוכר ומה שהקשיתי לעיל דא"כ למאי דס"ד מעיקרא איך קאמר אין כופין י"ל דהש"ס ס"ל דבאמת ה"ט דאין כופין מפני שקנה אותו ר"ג:

ואמנם לפ"ז קשה דבש"ס משמע דדוקא לב"מ הדין כן וא"ל דבאמת פוסק כב"מ וכ"כ ד"ז בת"ח שרי"ו פוסק כבני מערבא. וז"א שהרי רי"ו פי' דבין לאכילה ובין לסחורה השכר לאמצע וזה דלא כבני מערבא דלאכילה דקפיד אמרינן מי הודיעו כו' ובאמת לפמ"ש קשה גם לפי' הרא"ש דאף למאן דפליג אב"מ היינו משום שהשליח אינו מתכוין לזכות

לעצמו וזוכה לבעל המעות והרי הוא הזוכה אלא דמזכה לאחריני משא"כ בזה שזה מתכוין לזכות לאחר והאחר אינו מתכוין לזכות כלל רק הוא בעצמו הזוכה ובזה ל"ש גם תי' הש"ך וצ"ל דשאני הכא שהבעל המעות הוא הזוכה במטלטלין במשיכה או בקרקע ע"י כסף או חזקה אז לא בעינן דעת מקנה לר"י משא"כ לב"מ דס"ל דלעולם בעינן דעת מקנה אף שזה זוכה בשבילו וזה עדיין צ"ע:

שאלה לט

שלום וברכה לכבוד אהו' ב"ד הרב הגאון הגדול החריף ובקי המפורסים מוה"ר מרדכי נ"י אבד"ק סאטנאב והגליל:

אחד"ש הגיעני דברי כ"ת כו'. והנה מ"ש כ"ת על דברי המרדכי פרק המקבל בענין אם חילוף מקרי זביני וכתב שיש ראיה ברורה מב"ק דף ע"ח גנב והחליף ושילם ד' וה' הרי מבואר להדיא דחילוף זביני מיקרא דהא בתורה מכירה כתיבה והנה בהשקפה ראשונה בדברי מכ"ת עלה בלבי שיש ג"כ ראיה ברורה הא דאמרינן בגיטין ובכמה דוכתי האחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל והטעם מבואר שם משום דס"ל אין ברירה ואמרינן שהחליפו החלקים זה לזה לכ' צריכין להחזיר ביובל והתם נמי מכירה כתיבה ואפ"ה צריך להחזיר מטעם חילוף אלמא דחילוף זביני מיקרי שוב עיינתי במרדכי שם בשם תשובת מהר"מ וראיתי שבאמת מייתי ראיה מהא דאחין שחלקו והנאני. אך שצ"ע לפענ"ד שאדרבה יש משם ראיה להיפוך שהרי התוס' שם ובכמה דוכתי הוקשו לפי מאי דקי"ל אין ברירה וקי"ל לקוחות הן וקי"ל לאו כקנין הגוף דמי וא"כ הדרא קושיא לדוכתה האיך מצאנו ידינו ורגלינו דלא משכחת דמייתי ביכורים רק חד בר חד ותירצו דהנך אמוראי ס"ל דלקוחות הן ואפ"ה אין מחזירין ביובל דדוקא מכר אמר רחמנא דליהדר אבל ירושה ומתנה לא ע"ש והוא הצריכותא של הש"ס בגיטין דף כ"ה אליבא דר"י ע"ש הא קמן דאע"פ דקי"ל אין ברירה דלכל אחד מגיע חלקו של חבירו ואמרינן שהחליפו החלקים אפ"ה אמרינן דלא הוי כמכר ואין מחזירין דמכירה דוקא אמר רחמנא דליהדר א"כ מוכח דחליפין אין לו דין מוכר ודוחק לומר דדוקא חליפין כי האי שבא ע"י ירושה דמאי איכפת לן בזה שבא לו הזכיה מחמת ירושה סוף סוף השתא שחלקו החלק שיש בידו ע"י חליפין בא לו וגם קשה לפ"ז דבדברי הש"ס בב"ק דמייתי כ"ת אמרינן התם דגנב ונתן חייב בד' וה' אע"ג דבתורה מכירה כתיבה ע"כ דמתנה בכלל מכר א"כ האיך אמרינן לענין יובל דמכר אמר רחמנא אבל ירושה ומתנה לא ועוד דבבכורות דף נ"ב איכא פלוגתא דר"מ ורבנן ר"מ ס"ל דמתנה אינו חוזרת ביובל וחכמים ס"ל דמחזירין

ואמרינן התם טעמא דכתיב תשובו לרבות מתנה הרי חזינן דמתנה אינה בכלל מכר אי לאו דרבי קרא מתשובו ובש"ס דב"ק דמייתי כ"ת בלא ריבוי נמי אמרינן מתנה כמכר (ועיין במגילה דף דפליגי אמוראי אי מתנה כמכר ומאן דאמר דהוי כמכר אמרינן טעמא דאי לאו דעביד נייח נפשיה כו' ובתשובה חלק אה"ע סי' כתבתי בענין שחרור עבד אי דמי למתנה על דברי הרא"ש ספ"ק דגיטין והפ"י שם):

לכן נלענ"ד דהתם מענינא דקרא בהקפידא לפי שהוציא מרשותו אחר שגנב הוא המחייבו בד' וה' הלכך מסתברא דאף מתנה הוי כמכר כיון דמ"מ מוציאו מרשותו שנתנו לאחר בחנם או משום דעביד ליה נייח נפשיה משא"כ בחזרת יובל דגזה"כ הוא שאף שזה קונה סתם בלא תנאי ומסתמא דעתו לקנות לצמיתות ודוקא בקרקע אבל במטלטלין לא ודאי דהדבר פשוט דגזה"כ הוא א"כ אין לך אלא מה שחידשה התורה דוקא מכר אבל מתנה לא ולכך ס"ל לר"מ דמתנה אינה כמכר וה"ה ירושה דדמי למתנה לענין זה דאע"פ דאמרי' דהחליפו החלקים אין חל ע"ז שם מכירה כי אם מתנה שזה מקנה חלקו והוא בדרך מתנה וזה מקנה לזה חלקו ולפ"ז אין ראיה מהאי דב"ק לענין ד' וה' דחילוף חשיב זביני דהתם כיון דאפי' מתנה בכלל זביני ממילא נמי החילוף בכלל מכירה משא"כ בהאי דהמרדכי דמיירי שהקהל קיבלו עליהם שלא לקנות קרקע מעכו"ם ואין במשמע בלשון זה לשון מתנה א"כ י"ל חליפין למתנה דמי ולפיכך הוצרך לאתויי מהא דאמרינן אליבא דמחזירין זל"ז ביובל משום דהחליפו החלקים ומוכח דאף בכה"ג שהוא גזה"כ אמרינן דחליפין שם מכר עליו ולתרץ קושית התוספות לאינך אמוראי י"ל דסבירא ליה למהר"ש דבירושה אין מחזירין דאמרי' כתחלתו של א"י ועיין בחידושי הרשב"א פרק כל הגט. ותדע דהא ודאי בנשבע שלא למכור רשאי ליתן במתנה או להקדיש והתם בב"ק אמרינן דנתינה והקדש בכלל מכירה. ולענין הקדש אמרינן טעמא מ"ל מכרו להדיוט כו' א"ו דהתם משמע להו לחכמים שכל דבר שהוא יוצא על ידו מרשות הגנב לרשות אחר בכלל מכירה הוא ע"ש בדף ס"ח בפלוגתא אי חיובא לפני יאוש הוא או לאחר יאוש ולמ"ד חיובא לאחר יאוש משום דבעינן דומיא דטביחה דאהנו מעשיו הא לא"ה הוי אמרינן דאע"ג דלא אהנו מעשיו כיון שעשה מעשה מכירה חייב ד' וה' לפי שהוא נתכוין להוציאו מרשותו ובעלמא פשיטא דכל היכא דכתיב מכירה ודאי דאי לא אהני מעשיו אינו בכלל מה שאמרה התורה מכירה א"כ במתנה וחליפין ע"כ חייב עליהם דלא גרע מאלו הוציאו מרשותו ולא אהנו מעשיו וכיון דבאמת אהנו מעשיו לטביחה דמי דגם ע"י חליפין קרי שינוי רשות וקניא ליה אחר יאוש כמבואר בב"ק גבי נטלו מוכסין חמורו ונתנו לו חמור אחר כו' ע"ש (וצ"ע אם י"ל בזה שתלוי בפלוגתא דר"ש ורבנן אי דרשינן

טעמא דקרא) משא"כ אם נשבע או נדר ס"ל דדעת הנודר הי' דוקא על מכירה ולא על מתנה וא"כ מוכח שיש לפרש לשון מכר פנים לכאן ולכאן:

ובמאי דכתיבנא נראה דא"ש מה שיש לתמוה לכאורה במ"ש הר"ש דאינך אמוראי ס"ל דמכר הוא דלא ליהדר אבל ירושה ומתנה לא. ולכאורא צ"ע מתנה מאן דכר שמיה דהו"ל רק ירושה ואף שהתוס' תפסו בזה לשון הגמרא בגיטין ובפ' מעשר בהמה בצריכותא אליבא דר' יוחנן אדרבה על הגמרא גופא קשיא דל"ל למנקט מתנה שהוא פלוגתא המפורשת בפרק יש בכור ואליבא דרבנן מתנה כמכר משום דמרבינן מדכתיב תשובו דלענין הצריכותא לא הו"ל למנקט רק ירושה בלבד ומכ"ש דקשה על התוספות במ"ש הך תירוצא דהנך אמוראי ס"ל דירושה ומתנה לא כר"מ ולא כרבנן אע"כ דמטעם ירושה לבד לא היה מקום לומר דאין מחזירין דאע"ג דגם רבנן מודו בירושה דאין מחזירין מ"מ אינו ענין לכאן דבאחין שחלקו קיימינן דאע"ג דמכח ירושה קאתו השתא מיהא החליפו החלקים הוי עכ"פ כנתן זה לזה חלקו במתנה ומתנה כמכר לכך הוצרך הש"ס לומר דהוי ס"ד דגם מתנה אין מחזירין וירושה זו דאחין שחלקו למתנה דמיא וכיון שהתוס' בעי למימר דירושה כה"ג דאחין שחלקו לא נהדר ע"כ הוצרכו לומר דגם במתנה כר"מ ס"ל דלא נהדר דאל"כ לא היה מקום לומר דבירושה כזו לא נהדר דהא עכ"פ לא גרע ממתנה:

אך דעדיין צ"ע דאכתי טעמא בעי למה הכריעו הנך אמוראי לפסוק כר"מ ולא כרבנן ובכל דוכתא קיי"ל כרבנן. אמנם נ"ל דא"ש ע"פ מה שראיתי בדברי מכ"ת שרמז בקצרה לדברי שו"ת שער אפרים סי' ס"ח ועיינתי שם וראיתי שכתב על דברי המרדכי וז"ל תמהני על הגאון מהר"מ שאינו מביא ראיה ממשנה שלימה פ"ב דמעשרות המחליף עם חבירו זה לאכול כו' חייב ופירש הרע"ב וכן המפורשים דהוי מקח וקבע למעשר א"כ מוכח דחילוף זביני מקרי ואפשר שלא רצה לדמות איסורא לממונא כו' אבל ז"א דחומרא דאתי לידי קולא הוא דאתי לאפרושי מן הפטור כו' עכ"ל:

ולכאורה אין ראיה משם די"ל מתנה כמכר דמי ולפמ"ש נראה דא"ש לפי דברי הירושלמי במעשרות שם בריש הפרק היה עובר בשוק ואמר טלו לכם תאנה אוכלים ופטורים כו' ואיתא בירושלמי שם שמואל אמר דר"מ הוא דאמר אין מתנה כמכר ר' יוסי אומר ד"ה היא כמ"ד מאליהם קבלו עליהם את המעשר עכ"ל הביאו הר"ש שם וכתב לפרש אליבא דר"י דכה"ג לא החמירו ע"ש וא"כ שפיר מייתי הש"א ראיה אליבא דשמואל דאמר דאמר דלר"מ דמתנה אינה כמכר מתנה אינם קובעות למעשר ומתני' כר"מ אתיא והך מתני' דהמחליף עם חבירו לאכול נמי מוקי בירושלמי כר"מ דמקח טובל בפירות עד שלא נגמרו מלאכתן וא"כ מוכח דחליפין לאו למתנה דמי דהא מתנה אינה קובעת.

אך יש לדחות כדאמרי' בב"מ דף צ"ב אמתני' דהשוכר את הפועל כו' והותנו שיאכל בנו בשכרו דאע"ג דפועל משלו הוא אוכל מ"מ חייב משום דמחזי כמקח וא"כ י"ל דחליפין נמי קובע מטעם זה דמיחזי כמקח:

ובזה א"ש גם מאי דקשיא לן מנ"ל להנך אמוראי למיפסוק כר"מ ולא כרבנן ולפמ"ש א"ש דהנך אמוראי ס"ל כשמואל בירושלמי דמוקי דסתם מתני' דמעשרות כר"מ ואע"ג דסתם ואח"כ מחלוקות אינו הלכה כסתם היינו בחד מסכתא אבל בתרי מסכתא שפיר הלכה כסתם כמ"ש ביבמות דף מ"ב אליבא דר' יוחנן ע"ש ובכללי הש"ס דכמה פעמים פסקו הלכה כסתם אף במחלוקות ואח"כ סתם כגון היכא דמסתבר טעמא וכיוצא בזה וגם י"ל כיון דהנך אמוראי ס"ל דאין ברירה ומסתבר להו ג"כ דקנין פירות לאו כקה"ג דמי וממילא מוכחא מלתא דמתנה אינה כמכר וכר"מ ומהך הוכחא גופא דא"כ לא משכחת דמייתי בכורים כו' וקצרתי:

אך לפענ"ד הדבר מבואר בב"מ דף י"א בהא דאמרינן התם גבי מעשה דר"ג וזקנים וכו' וכי לא היה להם סודר לקנות ממנו בחליפין כו' ולא היא מתנת כהונה נתינה כתיבה בהו חליפין דרך מקח וממכר הוא ופירש"י דנתינה כתיב בהו כדכתיב ונתת ללוי כו' לפיכך אסור להקנותו בסודר ודרך מקח וממכר הוא שזה נותן לו כליו תחתיהן עכ"ל והרי מבואר דאף בקנין חליפין דסודר חשיב לי' דרך מקח וממכר לפי שזה מקנה לו הסודר אע"פ שאינו שוה וגם בתר הכי הדר סודר למרי' ומכ"ש בחליפין דשוה בשוה וכל אחד מקנה לחבירו לחלוטין דחשיב ליה דרך מקח וממכר והא דאמרינן בב"מ דף מ"ד גאולה זו מכירה תמורה זה חליפין התם פירושו כשבא לקיים המכירה ע"י קנין סודר ע"ש בפירש"י וגם כי מאי דקאמר על התמורה זה חליפין היינו חליפין דקנין סודר שאין זה מכירה ממש שהרי קונין בכלי אע"פ שאינו שוה פרוטה משא"כ בחליפין דשוה בשוה דהוי מכירה ממש אך התוס' שם פירשו ועל התמורה זהו חליפין היינו שוה בשוה ע"ש ומ"מ יש לדחות כמ"ש:

ועיין בקידושין דף ח' גבי הא דאמרינן התם מכסף מקנתו בכסף הוא נקנה ואינו נקנה בתבואה וכלים ובקידושין גבי הא דאמרי' התם סד"א הואיל וגמר קיחה קיחה משדה עפרון מה שדה מקניא בחליפין אף אשה נמי מקני בחליפין קמ"ל ואימא ה"נ ומשני חליפין איתנייהו בפחות מש"פ ואשה בפחות מש"פ לא מקנייהו נפשה והתוס' שם בשם ר"ת כתבו דלא גרס נפשה דלאו בקפידא תליא מלתא והכי פירושו ואימא ה"נ שתקנה אשה בחליפין כשיש באותה חליפין ש"פ דהחליפין דשוה פרוטה דומה לכסף ומשני חליפין איתנייהו בפחות מש"פ וא"כ אינו מטעם כסף אלא קנין אחר הוא עכ"ל ומבואר

מזה דכה"ג שמחליפין שוה בשוה ודאי תורת כסף עליו דשוה כסף ככסף והו"ל כמכירה אמנם דברי התו' תמוהים במה שכתב דלמאי דמשני בעי למימר דחליפין אינו מטעם קנין כסף אלא קנין אחר הוא דלפ"ז תמוה מאי האי דמסיים ואשה בפחות משוה פרוטה לא מקנייהו וכן הקשה הרשב"א שם:

איברא בקונטרס אור ישר שחיברתי בעזה"י והוא הגהות נפלאים וביאורי' על ספר הישר לר"ת שעל הש"ס שזכינו לאורו זה ימים לא כביר ואנכי חזון הרביתי בדברי התוס' אלו ולפי שידעתי שהדברים יהיו אהובי' ומתקבלים אצל כ"ת וימצא בהם נופש אמרתי להעתיקם וזה לשון ספר הישר סי' ך"ה בשטר מנ"ל אמר קרא ויצאה והיתה כו' אבל משדה עפרון לא שמעינן אלא דוקא כסף וש"כ דאי מקנין שדה נפקה א"כ תיקני בחזקה תדע שהוא כן שהרי קנין שדה בכסף לא נפקה משדה עפרון אלא משדות בכסף יקנה אלא גזירה שוה קיחה קיחה משדה עפרון ילפינן (דקיחה הוא בכסף והא דפריך תלמודא גבי חליפין ואימא ה"נ משום דחליפין שוה כסף כסף כו' ע"ש בגוף הספר:

והנה מ"ש תדע שכן הוא כו' נראה שר"ל דהא אפי' קנין שדה גופא אמרינן דף כ"ו משום דכתיב שדות בכסף יקנו ולא ילפינן משדה עפרון וע"כ טעמא משום דא"א ללמוד משם די"ל דנכרי שאני שכל קנינו בכסף כמ"ש התוס' שם א"כ הא ע"כ דילפינן קיחה משדה עפרון דמהני בשדה עפרון ילפינן מיניה לאשה רק על מה דאשכחן התם דכסף מיקרי קנין וממילא דא"ש דאין ללמוד משם לקנין שטר וחזקה דלא ילפינן מיניה לעיקר הקנין ואא"ז מהרש"א שם דף כ"ו כתב על התוס' דלעיל דיליף לענין קידושי אשה בכסף אע"ג דבנכרי מיירי מ"מ יליף מיניה בג"ש דקיחה קיחה עכ"ל:

ובאמת לפי מה שמבואר כאן בדברי ר"ת ליתא דאדרבה מהכא מוכיח דגם ילפותא דקיחה קיחה אינה על עיקר הקנין רק למילף דכסף איקרי קנין ואין נ"מ אם בנכרי או בישראל ומ"ש ר"ת וההיא דפריך גבי חליפין כו' ומשני דיש חליפין בפחות מש"פ ולא מקניא נפשה כו' בתו' כתב דר"ת לא גרס ולא מקני' נפשה ע"ש וביאור דברי ר"ת בזה שהמקשן הקשה דעכ"פ חליפין אית לן למילף כשיש בהם ש"פ ונימא דמיקרי קיחה דהא חליפין מהני בשדה אף בנכרי כמ"ש התוס' שם ומ"מ לא מצי לאקשויי על חליפין של פחות משוה פרוטה דכיון דלא ילפינן עיקר הקנין וקנין לא אשכחן דאיקרי כ"א בקנין הכסף שהוא בפרוטה אלא דקשיא ליה שיהא מועיל עכ"פ בחליפין של ש"פ שזה שייך לקנין כסף ונימא דבזה שפיר ילפינן מקיחה דאיקרי בכה"ג וע"ז תירץ כיון דגוף קנין חליפין מהני אפי' בפחות מש"פ דבזה ודאי אשה לא מקני שהרי לא למדנו קנין אשה אלא בכסף דאיקרי קנין והיינו בש"פ ממילא דכל קנין חליפין לא נכלל בכלל לימוד

קיחה שיהיה קרוי קנין ולא ילפי' משדה עפרון שיהי' קרוי קנין רק לענין כסף ממש וא"כ כל חליפין אפי' של ש"פ לא אשכחן דאיקרי קנין ולא מהני באשה אפי' בש"פ כיון דחליפין לאו בכלל מה דילפינן דקיחה איקרי קנין:

ובהכי א"ש מה שמבואר מדברי ר"ת כאן דאף למאי דמשני דחליפין בפחות משוה פרוטה נמי אמרינן דחליפין בכלל קנין כסף הם וכמ"ש אח"כ תדע דחליפין בכלל כסף כו' ובתוס' כתבו דלמאי דמשני בעי למימר דאינם מטעם קנין כסף אלא קנין אחר הוא ולפי דבריהם קשה מאי האי דמסיים ואשה בפחות מש"פ לא מיקנייא וכן הקשה הרשב"א אך לפמ"ש בכוונת ר"ת כאן א"ש דודאי גם לפי מה דמתרץ לא נייד מהכא דחליפין תולדה דכסף הוא אלא שהש"ס בא לומר דבאשה שאין לנו לימוד דמיקרי קנין רק על מה דכתיב בקרא דהיינו כסף ממש מהא ילפינן קיחה לאשה לקרותו קנין ואין לנו מקום לתת שם קנין על פחות מש"פ וכיון שאין קנין חליפין בכלל הזה ממילא דאף קנין חליפין של ש"פ ג"כ לא נכלל בכלל קנין שלמדנו לאשה ואינו רק על כסף ממש ואפשר להעמיס בדברי התוס' כן אך לפענ"ד מ"ש התוס' הוא שיטה אחרת של ר"ת וכדמשמע לקמן דף פ"ד במ"ש ליישב שם קו' רבינו אפרים ובאמת שגם כאן דברי ר"ת סותרים זא"ז תכ"ד שכ' ותדע שחליפין בכלל כסף כו' ולבסוף כתב דמלקיים כל דבר ולא מתורת כסף ואם אפחות מש"פ קאי התם דההיא ס"ל דלא מתורת כסף הוא אכתי תיקשי דלמה קאמר נכסים כו' ולא חשיב חליפין בפחות מש"פ כמו דחשיב ליה בעבד כנעני דהא קנין קרקע ג"כ בכלי שאין בו ש"פ כדאמרינן לקמן דף י"ג בהדיא:

ואפשר ליישב שכוונתם דהש"ס דפריך ותנא דידן אמאי לא חשיב חליפין היינו דאע"ג דחליפין בכלל כסף מ"מ מה שהוא קונה בפחות מש"פ ע"כ אינו בתורת כסף ממש רק משום ולקיים כל דבר וא"כ הו"ל למחשביה להך שהוא קנין חדש לעצמו שיש כסף שהוא קונה בפחות מש"פ וע"ז תירצו דכיון דהך רבותא איכא במטלטלין ג"כ אף דלא שייך בה קנין כסף קונה לא קחשיב לי' וסמך אהא דחשוב קנין כסף דלענין עבד כנעני שנקנה בכסף כ"ש דמהני ב' מק"ו משאר מטלטלין דלית בהו קנין כסף ומהאי טעמא גם לענין קרקעות לא חשיב לי' כיון שנקנית בכסף ובכלל הקנין הוא ולא איצטריך למחשיב חליפין פ' מש"פ שאין קונין בתורת כסף ממש כיון דגם בנכסים שאין להם אחריות קונה מכ"ש דמועיל בנכסים שיש להם אחריות ובכלל כסף דקחשיב הוא כיון דעכ"פ יש בו כסף אלא שאינו ראוי לקנין מחמת הכסף עצמו רק ע"י חליפין כנלענ"ד ביישוב דברי ר"ת בזה:

ומצאתי בתוס' רי"ד דף ך"ו שתירץ הא דלא נקט חליפין משום דלא חשוב רק מה דליתא במטלטלים כו' והריטב"א בדף ך"ח במתניתין דכל הנעשה דמים באחר כתב הא דלא חשיב חליפין בקרקעות משום דבמטלטלין חליפין שכיח טפי וכ"כ הר"ן ולפ"ז מתברר לנו פי' השיטה לר"ת כך הוא דודאי גם המקשן היה יודע שאין קנין החליפין מחמת תורת כסף דהא מהני אע"פ שאין בו ש"פ אלא שהיה סובר דמ"מ קנינו בכלל קנין כסף הוא ולומר שיש כסף שקונה בכגון זו שאע"פ שאין בו ש"פ מ"מ קונה בדרך חליפין ולכן כיון דילפינן קיחה קיחה דכסף קנין מיקרי גם לגבי אשה יש בכלל הזה גם קנין כסף של חליפין אלא בדהא לא הוי טעי למימר שיהיה נקרא קנין אף כשהוא פחות מש"פ כשהוא דרך חליפין דממקום שבאת ללמוד עליו שיהיה לו שום קנין דהיינו גבי שדה עפרון שם היה הקנין בתורת כסף ממש והיא ש"פ:

אך עכ"פ יש בו כדי ללמד שכיש בו ש"פ אף בדרך חליפין מועיל ובכלל קיחה שהוא ע"י כסף הוא וע"ז תירץ כיון דעכ"פ גוף קנין חליפין איתא בפמש"פ] ואשה [בפמש"פ] לא מיקניא שאם הי' אפשר לומר שכל קנין חליפין הוא בכלל קנין כסף אף בפחות מש"פ היינו כוללין אותו בכלל הלימוד דקיחה אבל כיון דאשה בפחות מש"פ לא מקני שע"ז אין מקום ללמדו מקיחה דשדה עפרון שהיה כסף ממש בפרוטה וא"כ ע"כ דא"א לתת על קנין חליפין תורת קנין כסף ממש ממילא גם כשהוא ש"פ אין ללמדו מקיחה דמיירי בקנין כסף וחליפין אינו קנין כסף כלל אע"פ שגם קנינו נכלל בכלל קנין כסף דאי בעי למיפסקי' מצי פסיק לי' מ"מ גוף קנינו אינו ע"י הכסף אלא בתורת חליפין וא"א ללמוד קנין זה משם קיחה שהוא קנין כסף ממש:

והשתא דעת לנבון נקל בכוונת התוס' שכתבו דמשני חליפין איתנהו בפחות מש"פ וא"כ אינה מטעם קנין כסף אלא קנין אחר הוא ר"ל שעכ"פ קנין כסף ממש לא שייך ביה רק קנין אחר ואשה בפחות מש"פ לא מקניא בההיא קנין כיון דלא מצי למילף משדה עפרון רק קנין כסף ממש דהיינו פרוטה וממילא כיון שאין חליפין בכלל קיחה ואין מועיל מה שהוא כעין כסף שהרי א"א לכלל אותו בקנין כסף שלמדנו משדה עפרון ומיישב קו' הרשב"א שהקשה דל"ל למימר ואשה בפחות מש"פ לא מקניא ולפמ"ש א"ש דאי הוה מצינן לומר גם באשה דמהני קנין חליפין אף בש"פ באמת הוה אמרינן הכי ולא הוה קשיא לן מהא דפחות מש"פ אינו בתורת קנין כסף רק קנין אחר דכיון דגם חליפין כסף יש בו אמרינן שהוא בכלל קנין שלמדנו משדה עפרון לענין כסף אבל כיון שלענין פחות מש"פ ע"כ לחלק ביניהם שאין ענין קנין כסף נופל עליו רק לענין חליפין ובמקח וממכר למדנוהו מלקיים כל דבר משא"כ באשה שלמדנו משדה עפרון דמיירי מקנין פרוטה

וא"כ אין קנין חליפין בכלל קנין שאנו למדים באשה כלל ואמנם אני תמה מ"ש ר"ת דקנין פ' מש"פ מלקיים כל דבר נפקא דבב"מ לא משמע הכי עי"ש בפלוגתא דר"נ ור"ש ועי' בתוס' שם וקצרתי:

ועי' בתוס' שהקשו דחליפין מנ"ל דהא משדה עפרון ילפינן. ומזה הוכיח ר"ת דגם בנכרי יש חליפין עי' שם ולא הקשו כן מתחלה על שיטת רש"י משום דלפי מאי דס"ל בשיטת רש"י ילפינן קנין אשה מקנין שדה וכל קנין שיש בשדה יש באשה וא"כ לא איכפת לן בהא דשדה עפרון דנכרי הוא דהא עכ"פ קי"ל דשדה נקנה בחליפין וילפינן משדה עפרון דאשה כשדה זו דמיא וקנין דמהני מישראל לחבירו בשדה מהני באשה משא"כ להתוס' דלא אשה משדה ילפינן רק לגלוי על מלת קיחה דכתיב באשה שהוא קנין כסף כמו מלת קיחה שבשדה עפרון שהוא מורה על קנין כסף על זה הקשו נהי דתימא דחליפין נמי כעין כסף הוא מ"מ א"א שיוכלל בקיחה האמורה בשדה עפרון ולמילף אשה מיניה דהא אדרבה התם דנכרי הוי לא מהני חליפין וקיחה דכתיב ביה על קנין כסף ממש הוא: ובזה אני מתפלא על מ"ש בספר המקנה כאן ובדף י"ד לתרץ קושית התוס' דנילף שטר וחזקה משדה עפרון דלפי מ"ש התוס' שם שטר לא מהני בנכרי וה"ה חזקה וא"כ א"א למילף מיניה כמ"ש התוס' לענין חליפין והוא תמוה דלענין חליפין שפיר כתבו התוס' לשיטתם דלא ילפינן קנין אשה משדה רק לגלויי דקיחה בכסף ולדידהו בלא"ה אין מקום ללמוד שטר וחזקה משדה כיון דאין אנו למדים הקנינים זה מזה אבל לשיטת רש"י דהילפותא דקנין אשה הוי כקנין שדה ולכך הוי ס"ד למילף חליפין תו לא איכפת לן כלל מה דקיחה בשדה עפרון כתיב שאין אנו לומדים משם רק שאשה יש לה דין שדה וממילא שיש לנו ללמוד ביה הקנין דמהני בישראל גבי שדה שקונה ישראל מחבירו:

וראיתי בחדושי הרשב"א שכתב וז"ל והשתא נמי לא תיקשי אפילו כי גמרינן משדה עפרון לגמרי היכא הוה ס"ד למילף מינה חליפין והא שדה עפרון א"א לו בחליפין דנכרי לא קני בחליפין ולפי מה שפירשתי לאו משדה עפרון גמרינן אלא כיון שהוקשו קצת קניות אשה כו' ומיהו בתוספות תירצו בשם ר"ת דנכרי נמי קונה בחליפין כו' מבואר מדבריו דאפילו לפי שיטת רש"י דמשדה עפרון ילפינן לגמרי קנין דמהני התם אפ"ה קשיא ליה שאין לנו ללמוד רק קנין דמהני התם ממש לגבי עפרון שקנינו בכסף דוקא וא"כ יש מקום לדברי הגאון ז"ל דשטר וחזקה לא מצי לאקשויי דלא מהני התם בקנינו דעפרון אבל חליפין ס"ל לרש"י דמהני התם כמ"ש התוס' לשיטת ר"ת. אך לפענ"ד הוא דבר תמוה לומר כן דא"כ איך ס"ד למילף משם חליפין אפ"ת דחליפין בנכרי מהני כיון שקנין עפרון לא היה בחליפין אלא בכסף ממש וזו מנין לנו לרבות קנין שלא היה שם

כלל בשביל שהיה מועיל אם היה שם. ולשיטת התוס' שפיר אמרינן כיון דעיקר הלימוד דכסף הוא קנין י"ל דגם חליפין הוא קנין שהוא כעין כסף משא"כ לרש"י כיון שאין אנו למדים משם הקנין שאינו מועיל בנכרי כמו כן אין לנו ללמוד קנין שהוא מועיל אלא שלא נעשה שמה וע"כ דקושית הש"ס ואימא חליפין אליבא רש"י לפי שמפרש שאנו לומדים משם דאשה כשדה דמיא ויש להועיל כל הקנינים המועילים בשדה ודוחק לומר שאין אנו לומדים רק קנין שאם היה נעשה שם היה מועיל ומדמינן האשה לשדה עפרון דוקא ולא לסתם שדה והעיקר לפענ"ד בשיטת התוס' כמ"ש דס"ל דלפירוש רש"י לא קשה מידי ועיקר קושייתם בזה הוא לפי ר"ת. וראיתי בפ"י שכתב ולענין קושית התוס' נ"ל דהא לאו משדה עפרון ילפינן כו' ומכ"ש לפירש ר"ת נראה ג"כ מדבריו דקו' התוס' גם לפירש"י וז"א וכמ"ש גם מ"ש דלפירוש ר"ת דהג"ש דקיחה בכסף וס"ד דחליפין בכלל לשון כסף הוא לק"מ. ולענ' ז"א דהא לפי מה דס"ד דתוס' דנכרי לא קני בחליפין איך אפשר שהוא בכלל כסף כיון דכסף קני וחליפין לא קני וא"כ ע"כ דקיחה דהתם היינו כסף ממש ולא חליפין ואע"פ שהוא כעין כסף א"כ כשלמדין לקיחה דאשה ג"כ כסף ממש ילפינן לא חליפין דגם התם גופא אינו קרוי קיחה וזה ברור:

ובמה דכתיבנא א"ש מה שהקשה בשער המלך פרק מהל' אישות לדעת הסוברים דחליפין לא מהני דרך מכירה בקרקעות דא"כ האיך ס"ד למילף חליפין משדה עפרון דהתם מכירה הוי. ולפמ"ש לק"מ דהנך ס"ל כשיטת רש"י דמשדה עפרון ילפינן דמועיל קנין שיש בשדה וא"כ כיון דבקרקע במתנה מועיל חליפין שפיר הוי ילפינן מיניה קידושי אשה דלאו למכירה דמי שנצטרך שיתן את הדמים אלא למתנה ושפיר הוה ס"ד דמהני חליפין כמו בשדה מתנה:

שוב ראיתי בש"ך סי' קכ"ג שכתב ליישב דברי התוס' ג"כ משום דלאו משדה עפרון ילפינן אלא קנין אשה מקנין שדה כו' ובאמת הוא נכון לפי שיטת רש"י וכמש"ל רק אחרי שהתוס' הקשו על פירש"י ופירשו דקיחה יליף שפיר קשיא להו וכמש"ל ועי' באו"ת שם שהקשה ג"כ דמאי מקשין התו' משטר וחזקה די"ל דאינו בעכו"ם שכן הקשה בעצמות יוסף גם הקשה בעצמות יוסף דאיך אפשר למילף שטר דהתם בשדה המוכר נותן השטר והכא הבעל הקונה נותן השטר וגם דקדק על דברי התוס' שכתבו שהמקשה לא הקשה משטר וחזקה דשטר כדי נקטו דהרי שטר באמת מהני רק דקשיא ליה ל"ל למילף מויצאה והיתה ע"ש שנדחק בזה. ולענ"ד דודאי אם נימא דילפי' מה דקונה בשדה קונה גם באשה א"כ אין מקום לתרץ דשאני התם שהמוכר נותן דא"כ היא גופא תיקשי נילף מהתם דבגוונא דמהני בשטר מהני נמי הכא באשה אם היא נותנת השטר ואם

נפשך לומר דז"א דגבי קידושין בעינן כי יקח ולא כי תלקח אין הכרח כ"כ כמבואר לקמן דף ט' דהא כתיב נמי את בתי נתתי ואפילו תימא כיון דמהך קרא דכי יקח ילפינן מיניה קיחה דשדה ונימא דמהני בי' שטר האי קרא גופיה משמעותיה שהבעל יקח א"כ נימא דבאמת קרא אתי לאורויי דקיחה דשטר דמהני בקידושין הוא על אופן זה שהבעל יקח ועכ"פ לימד ויצאה והיתה מיותר אם לא שנאמר דאתא לאורויי דדוק' כעין גט שהבעל נותן הגט אך לקמן דף ט' מוכח דאין הכרח מהך היקשא דהבעל נותנו ואדרבא י"ל כמו בגט דהבעל מקנה האשה לעצמ' הוא נותנו כן בקידושין שהיא מקניא נפשה היא נותנה ועי' שם בתוספות וכ"כ בתוס' רי"ד להדיא עי"ש:

ועי' באו"ת שכתב ג"כ כעין זה ומ"ש הוא מבואר יותר ולפי"ז א"ש מה שדקדק הפ"י מ"ש התוספות דהמקשה לא הקשה משטר כו' משום דבאמת גם משטר יש להקשות דאית לן למילף משדה דקנין שטר מהני על דרך שהוא מועיל בשדה שהמקנה נותנו וה"נ מועיל אם האשה נותנו:

והנה מ"ש אא"ז מהרש"א להקשות על התוספות דמאי הקשו דמאי פריך בשטר מנ"ל כו' דהא למאי דמשני בחליפין משום דפמש"פ לא מקניא א"ש הא דפריך שטר מנ"ל עי' שם ולענ"ד דא"ש דלרש"י מתפרש שאין ללמוד משם חליפין דהתם מקנין דמקניא נפשה הוא משא"כ חליפין. ולפי"ז בשטר כיון דבאמת חזינן דשטר קונה אלמא דבקבלת השטר מקניא נפשה א"כ ממילא י"ל דילפינן מקנין שדה דמהני שטר אף באשה דע"י שטר שפיר מקניא נפשה וא"כ ל"ל קרא ופשיטא שא"ל דקרא אתא לאורויי דמקניא נפשה בשטר דאל"כ הוה ס"ד דלא מקניא נפשה דז"א דענין זה אי מקניא נפשה או לא הוא מצד הסברא ואין להקשות מנ"ל דהא שפיר יש ללמוד משדה ואם להקשות מנ"ל דבשטר מקניא נפשה אין זה קושיא דסברא הוא ולא שייך קרא ע"ז כן י"ל לכאורה אך העיקר לפענ"ד בזה דבאמת צריך להבין תירוץ הש"ס דקאמר ואשה לא מקניא נפשה והל"ל בפשיטות דפמש"פ לאו קידושין אך לפענ"ד משונה קנין חליפין משאר קנינים דשאר קנינים א"צ שיהא המקנה מתכוון להקנות החפץ ולהוציאו מרשותו רק שזה הקונה העושה מעשה קנין ממילא קניא ליה אף שזה צ"ל לך חזק וקני היינו שזה נותן לו רשות שיקנה וזה ממילא קני במעשה הקנין משא"כ בקנין חליפין טכסיס קנינו הוא שמקבל מזה הסודר ומתכוון להקנות ע"י זה חפץ שלו ואין עיקר מעשה הקנין ע"י קבלת הסודר דהא הדר סודר למארי אלא שמה שזה מתכוון להקנות ע"י קבלת הסודר הוא המועיל ולכן קאמר שפיר כיון דאשה בפחות משוה פרוטה לא מקניא נפשה אין מקום בזה לקנין חליפין כלל שקנינו הוא ע"י שיתכוון להקנות וא"כ א"ש קושית מהרש"א דבשטר אפי'

אין בו ש"פ נמי לא בשביל זה מתכוין להקנות אלא ממילא קני כמו כסף וחזקה שעושין קנין וא"כ לא שייך לא מיקנא נפשה שטכסיס שטר לאו משום כוונת המקנה להקנות אתינן עלה והוא נכון לפענ"ד:

ועיין בחידושי מהרי"ט שכתב לחלק בזה דחליפין מצד חשיבות כו' ובאמת שכ"כ הראב"ן דשטר לא בנייר מקדשה רק במה דכתיב בי' והלכך לא איכפת לן אם יש בו ש"פ משא"כ חליפין דמקדשה בחפץ ע"ש ועיין לקמן דף פ"ד ע"ב כתבתי בקונטרס הנ"ל בפ"י במ"ש דחליפין שוה בשוה מתורת כסף הוא ובספר המקנה בקידושין פלפל בזה והארכתי במקום אחר בענין מ"ש התוס' שם בטעמא דחליפין קונה ולא חיישינן שמא יאמר נשרפו משום דמלתא דלא שכיח שיתן חפצו במעות שאין שוות המקח כו' ומוכ"ז נחוץ וקצרתי דברי ב"ד המתעלס באהבתו ד"ש ושלום תורתו יגדל כנפשו ונפש:

זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד.

שאלה מ

שאלה בעירובין דף פ' אמרינן אמר שמואל אחד מבני מבוי שרגיל להשתתף עם בני מבוי ולא נשתתף בני מבוי נכנסין לתוך בית ונוטלין שיתופין ממנו בע"כ לימא מסייע ליה כופין אותו לעשות לחי וקורה למבוי שאני התם דליכא מחיצות לישנא אחרינא מצד שאני עכ"ל והנה הך ל"א מצד שאני אין לו ביאור והבנה כלל ורש"י והתוס' והריטב"א לא פירשו בו כלל:

תשובה דבר זה כבר עמדו בה גדולי הדור ונשאל ע"ז בשו"ת נ"ב מ"ת מהגאון מוה"ר ישעיה ז"ל בחלק ח"מ סי' ל"ט והגאון בעל נ"ב ז"ל דעתו להגיה מב"ד שאני ור"ל דדוקא ע"י ב"ד כופין אותו והגאון מהר"י דעתו להגו' חצר שאני ומגמגם בה הנ"ב ז"ל ואעפ"כ כתב שטובה היא מהגה' שלו ובביאורי הגאון מהר"א מווילנא ז"ל לא"ח סי' שס"ו אהא דמייתי בש"ע שם מדברי הרמב"ם ס לחלק דאין יכולים ליטול אבל כופין בב"ד כו' הזכי' ג"כ דברי הש"ס אלו וכתב ג"כ להגי' ב"ד שאני והוא ע"ד הנ"ב רך ה"ה הראה מקום לחילוק הרמב"ם מהירושלמי ובשו"ת מאיר נתיבים וגם בספר עצי אלמוגים כתבו פירושים בזה ואין רצוני להאריך אך לבי אומר לי שאין כאן ט"ס ומתחלה אבאר שמצינו כמה פעמים בש"ס איכא דאמרי או לישנא אחרינא שאין ביניהם שינוי בענין רק בלשון לבד ונקוט חדא בידך בתמורה דף ו' במאי קמפלגי אביי ורבא אמרו בשינוי קונה לישנא אחרינא בהני שינויי דשנינן ופירש רש"י ובין האי לישנא ללישנא דבשינוי קונה פליגי ליכא מידי אלא זה ירושלמי וזה בבלי עכ"ל וכה"ג איכא טובא וכן מבואר ברמב"ם פרק

א' מהלכות ברכות בכ"מ שם הביא תשובת הרמב"ם לחכמי לוני"ל שהקשו לו דלמה הניח האיכא דאמרי דדוקא פת ויין מהני להו היכבה והשיב הרמב"ם דהני תרי לישני לא פליגי ואין שום חילוק בענין אלא בשינוי המימרא היאך היתה ויש מקומות בגמרא כזה שמקפיד על נוסח המימרא היאך היתה אע"פ שאין ביניהם הפרש בענין כו' עכ"ל ועיין בכללי הש"ס והנה בלשון המקרא מצודה לשון חוזק ושמירה מלשון ה' סלעי ומצודתי וכיוצא ושרשו מצד וכן מנינו בד"ה (י"א) וישם דוד במצד ושם (יב) ומן הגדי נבדלו דוד למצד וכן ויבואו עד למצד ע"ש והפייטנים ג"כ נשתמשו בזה כאשר מצינו ביוצר לשמחת תורה שכן במצד בראות חילו וכן ביום א' דסליחות צאן נדחה באין מצד ובסליחות לתענית אסתר תוקף ישע סלע וצד וכן פעמים שמשתמשים בלשון התלמוד וראיתי להזכיר אגב אורחא בסליחות של חמישי נסתמה הבירה כו' שאף שבירה הוא בהמ"ק כמבואר ביומא מקרא דאל הבירה כו' מ"מ צ"ע על לשון סתימה ונלענ"ד שהוא לוקח מלשון התלמוד בביצה דף ך' אבא שאול אומר ומה במקום שכירתך סתימה כירת רבך פתוחה כו' ע"ש דקאי על המזבח וא"כ יש להגיה ולתקן נסתמה הבירה כו' וכן אמר אח"כ מזין ומזיח ש' וכן בסדר כהושעת אלים כו' כהושעת גוי ואלהים דרושים לישע אלהים שתיבת דרושים צ"ע ומכ"ש מה דקאמר בתר הכי חנון בידם מעבידים שכ"א מפרש כחפצו ולדידי חזי לי שהוא מיוסד ע"פ הירושלמי דסוכה פ"ד תני משום ר"א ע"א עברה עם ישראל בים מ"ט דכתיב עמך אשר פדית לך ממצרים גוי ואלהיו (שמואל ב' ו') א"ל ר"ע אם עתה אומר כן נמצא אתה עושה חודש חול אלא כביכול את עצמך פדית עכ"ל ולזה אמר הפייטן דהך גוי ואלקים לא תדרשנו לשם חול אלא דרושים לישע אלקים ר"ל שתדרוש שכביכול הוא עצמו נושע שע"ז מיוסד רוב חרוזי פיוט זה ואח"כ אמר כהושעת זכים כו' חנם בידם מעבידים ע"ש הכתוב (ישעיה נ"ב) חנם נמכרתם כו' מצרים ירד עמי כו' ועש"ה אשר מצרים מעבידים אותם וכן פייט אשר העביר מיד מעביד והטעות בכתב הוא רגיל ומצוי שחלקו המ"ם שבסוף תיבת חנם לוא"ו ונו"ן וגם המ"ם שבסוף תיבת בידם נפל בטעות ודעת לנבון נקל שכן הוא ברור והנה הא דמשני שאני התם דליכא מחיצות פירש"י ומבוי מגולה הוא ואינו נוח לשמרו הלכך כופין אותו כו' וע"ז קאמר לישנא אחרינא מצד שאני ר"ל שהתירוץ נאמר בלשון אחר לפי שהם רוצים לעשות מצד ושמירה שיהיה שמור ביותר לכך כופין אותו ומ"מ המכוון אחד הוא וכמ"ש ולפמ"ש התוס' לפרש התירוץ הראשון בענין אחר מתפרש הך לישנא בפשיטות ע"ד שכתבתי ובספר יד דוד ראיתי שכתב וז"ל ושמעתי כי בש"ס של הרב זכרון יוסף נכתב בצידו בשם דפוס ווינציי' ליתא להך ל"א ולענ"ד א"צ לשבש הנוסחא שלפנינו ומתפרש

שפיר ע"פ הדרך שכתבתי ולפי שאין ענין מחודש בתירוץ זה השמיטוהו הפוסקים. דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד הלכות מתנת ש"מ

שאלה מא

שאלה את אחי אנכי מבקש לעיין בסוגיא דב"ב דף קנ"א ע"ב דאמרינן התם אתמר מתנת ש"מ במקצת הרי הוא כמתנת ברי ובעי קנין כו' איתביה רבינא לרבא האומר תנו גט זה לאשתי ושטר שחרור זה לעבדי ומת לא יתנו לאחר מיתה תנו מנה לפלוני יתנו לאחר מיתה וממאי דלא קנו מיניה דומיא דגט מה גט לאו בר קנין אף האי נמי דלא קנו מיניה ומשני במצוה מחמת מיתה:

וק"ל מאי קאמר דילמא דקנו מיניה ומשמעות קנין חליפין כיון דמתניתין מנה קתני דהיינו מנה דוקא וא"כ י"ל דלא מהני קנין דאין מטבע נקנה בחליפין וכמ"ש בח"מ סי' רנ"ג בשם הרמ"ה היכא דמנה אקניה ליה אפילו בקנין לא קני דמטבע אינו נקנה בחליפין וצריך להקנות לו אגב קרקע או דמסר ממונו ליד שליש מחיים ולפי הגרסא דאמר תנו מיירי דלא מסר ליד השליח מחיים א"כ הקנין לא מהני גבי מנה. וא"ל ולומר דקנו מיניה ר"ל בקנין אגב קרקע ז"א חדא דסתם קנין קנין חליפין עוד דבגיטין דף ע"ז אמרינן האי ש"מ דכתב גיטה לדביתהו בהדי פניא דמעלי שבתא ולא הוספק למיתבי לה למחר תקף ליה עלמא אמר להו רבא ליקנייא ניהלי להההוא דוכתי דיתיב בה גיטה ותיזיל איהו כו' ופירש"י דהשתא יהיב לה החצר וגיטה בתוכה ונקנה אגב קרקע ע"ש ולפ"ז אם היה הש"ס ר"ל דקני מיניה היינו קנין אגב קרקע א"כ מאי קאמר דומיא דגט דלאו בר קנין הוא שהרי קנין אגב מהני גם גבי גט כמו בממון לשיטת רש"י והכי הו"ל למימר דא"כ בגט אמאי לא יתנו לאחר מיתה הא קנו ליה באגב ואפילו לאחר מיתה נמי יתן וע"כ דבקנין חליפין קאמר א"כ אפילו מיירי בקנו מיניה הא חליפין דמטבע לא מהני ובקשתי להאר עיני בזה דברי אחיך הק' אליקים געציל:

תשובה הנה עיינתי במה שהקשית לשיטת רש"י ז"ל בגיטין דף ע"ז אי אפשר בקנין אגב קרקע דלדידיה מהני אף בגט והוא צריכה לפנים ולדידי קשיא לי דבאמת לשיטת רש"י ז"ל הו"ל לאוקמי בקנין אגב והא דלא יתנו לאחר מיתה י"ל משום דאתיא מתני' כר"מ דחוב הוא לעבד וכמ"ש התוס' אי גריס תן גט זה וא"כ אע"פ שהוא מקני לה אגב קרקע לא קנה דאע"ג דבכתב גט ונתן בחצרו וכתב שטר מתנה עליו קנתה ומתגרשת בו היינו התם שהיא מרוצת לקבל הגט משא"כ כאן. עוד קשה דל"ל דומיא דגט דלאו בר קנין הוא תיפק ליה דבלא"ה רישא לא מצי מיירי בקנין לדעת האומרים שעבד קונה עצמו בחליפין

כמבואר בגיטין דף ל"ט ע"ש והנה אף כי יש לי ליישב בדרך קצרה אמרתי לעיין בסוגיא לכבודך ולסלסל ולפלפל בדרך משא ומתן של הלכה ומתחלה אבאר לתרץ מה דקשה לכאורה דמי לוחשו להמקשן לומר דהמתניתין במתנה במקצת איירי מי לא עסקינן דלית ליה טפי והוי בכולה גם רב הונא ברי' דר"י נקיט בתירוצו במחלק נכסיו לאחרים ובפשיטות הל"ל דמיירי במתנה בכולה. (ויש לדחות דאכלה מתניתא דמייתו התם שני הכי). ונלענ"ד ליישב דבב"ב דף קנ"ו אמרינן ש"מ שאמר הלואתו לפלוני הלואתו לפלוני ופריך דהא ליתא בבריא ומשני ר"פ הואיל ויורש יורשו ר"א ברי' דר"א אמר הלואה נמי איתא בבריא במעמד שלשתן ומוכח שם מדברי הרשב"ם דמטבע שהוא ת"י לא אמרי' דאיתא בבריא ע"י שיוציא הממון מת"י וימשוך הקונה לרשותו ע"ש ולפ"ז יש להקשות למאי דמוקי מתני' בש"מ ולכך יתנו לאחר מיתה דהרי במתני' דמיירי במנה צבורין ת"י וליתיה בבריה כלל לשיטת הרשב"ם אך י"ל לפי מ"ש התוספות בכתובות דף נ"ה ובפר' הספינה להוכיח דהלואה לא מיקניא אגב קרקע דאל"כ נימא דאיתיה בבריא באגב ילפי זה במטבע דנקנה באגב שפיר איתא בבריא באגב ולפ"ז היכא דלית ליה קרקע ליתיה בבריא מיקרי דא"ל כיון דעכ"פ משכחת ליה קניה דאי הוי ליה קניה הוה מקני ליה באגב וז"א דלכאורה אין טעם למה שאמרו מלתא דליתיה בבריא שהרי הרשב"ם כתב דבכמה מקומות יפה כח הש"מ באמירתו מקנין הבריא לכך נלענ"ד דהיינו טעמא דכיון דאמר ר"נ מתנת ש"מ מדרבנן שלא תטרף דעתו עליו מתוך שמתירא שלא יקיימו בניו צוואתו לכך אמרו דש"מ כמסורין וכל זה אי איתי ליה קנין בבריא שיש לחוש שמא תטרף דעתו מחמת צערו שאלו היה בריא היה מחזק דבריו בקנין גמור שיתקיימו ולפי שעתה הוא ש"מ אינו יכול לעשות קנין מתוך שהוא בהול ומצטער ע"ז לכך תיקנו דש"מ משא"כ אי ליתיה בבריא לא שייך שלא תטרף דעתו שאין לו לצער ע"ז כלל דאף אלו היה בריא אין לדבריו קיום ולפ"ז אי ליתי ליה קרקע לא אמרינן דאיתיה בבריא שהיה קונה קרקע דהשתא מיהת ליתי ליה ולא שייך שלא תטרף דעתו עליו וא"כ ע"כ דהכא באית ליה קרקע מיירי ושפיר הוכיח המקשן דע"כ במתנה במקצת איירי דאי ס"ד דמיירי בכולה קשה אמאי יתנו לאחר מיתה דהא ליתא בבריא דת"ל בקנין אגב ז"א כיון דמיירי בכולה אלא ע"כ דמיירי בשייר קרקע כל שהוא ושפיר איכא למימר קנין אגב ופריך שפיר אדר"נ אך קשה דאכתי מאי פריך דלמא ר"נ סבר כטעמא דר"פ דקאמר הואיל ויורש יורשה וא"כ י"ל דבכולה מיירי דלית ליה קרקע ולעולם דבמקצת בעי קנין:

לכן נלענ"ד דאליבא דר"פ בלא"ה מוכח דבמקצת לא בעי קנין דאל"כ תיקשי אמאי בשחרור לא יתנו לאחר מיתה ואע"ג דלהך תירוצא דאיתיה בבריא במע"ש לק"מ מרישא

וכמו שיבואר מ"מ לדידיה מוכרח בסיפא בתנו מנה דבאית ליה קרקע מיירי וא"כ מקשה שפיר ממ"נ דהנה לכאורה יש להקשות לפ' מה שפירש"י לקמן דף מ"ם דש"מ שאמר פלוני עבדי הרי הוא בן חורין דדש"מ ככתובין וכמסורין דמי וכתב הב"י ביו"ד סי' רס"ז דכשמת הש"מ אפילו גט שחרור מיורשי' א"צ ולפ"ז קשה דאמאי לא נימא הכי דש"מ והוה כנמסר ליד עבד מחיים וכ"כ התוספות והרא"ש לקמן דף י"ד לענין מת מקבל בחיי נותן כיון דאיתא בשעת מתן מעות אמרינן דש"מ למפרע משעת נתינת הש"מ או אמירתו וזכו יורשי המקבל אפי' לא היה בעולם בשעת מיתת הנותן ע"ש ולכאורה י"ל ע"פ מ"ש הר"ן בהשולח דכל שהדבר בעצמו זכות אע"פ שנמשך ממנו חוב שהוא יתר על הזכות אפ"ה אמרינן זכין לאדם שלא בפניו ע"ש גבי פרוזבל והנה התוספות בב"מ דף כ' כתבו דהא דאמרינן בשטר שחרור עדיו בחתומים זכין לו אינו רק לסלק השעבוד מעליו אבל לא להתירו בבת חורין. ולפ"ז י"ל דלכך לא אמרינן כאן דש"מ משום דהוה מלתא דליתיה בבריא שהרי לשיטת הרי"ף ז"ל אפילו אמר לשליח זכי בעינן דמטא לידיה דוקא וא"ל שהיה יכול ליתנו בעצמו ז"א דכבר כתבתי דזה לא מיקרי ליתיה בבריא וא"ל דכיון דבלא"ה אינו תחת ידי שפיר הוה איתא בבריא שהיה נותנו לידו ז"א חדא דמהרשב"ם מוכח דליתא ועוד י"ל דכיון דעובר בעשה לכך נותנו ע"י שליח ולא מחייב שולחו וא"כ ודאי דכה"ג ליתיה בבריא מיקרי דאין זה קנין מה שהיה יכול ליתנו בעצמו ולעבור בעשה. ומעתה אין מקום להקשות דמרא דשמעתא דמוקי בש"מ הוא ר"פ ור"פ ס"ל דלא תלי באיתא בבריא רק הואיל ויורש יורשה ז"א שהרי אם נאמר דש"מ כמסורין והוה כמטא ליד העבד ממילא דעדים בחתומים זכין לו משעת חתימתן שהרי ע"מ כן הם זוכין לו בחתימתן שכשיגיע לידו יהא זוכה מעתה ויסתלק השעבוד משעת חתימת העדים וכיון שהשעבוד נסתלק מאז ממילא דעיקר ההקנאה שהקנה להעבד עתה במתנת ש"מ אינו רק מה שניתר בבת חורין וזה אין יורש יורשה דאיסורא לבריא לא קא מורית ואין יכול להקנות במתנת ש"מ כלל ואע"ג דע"י אמירה זו דש"מ נסתלק השעבוד למפרע משעת חתימה מ"מ כיון שבדבורו זה לא הקנה לו דבר שיורש יורשה לא אמרינן דש"מ כלל וא"ל דלא אמרינן הכא עדים בחתומים זכין לו כיון שהוא חוב לו דאי לאו דזכין לו שפיר נקנה לו השחרור במתנת ש"מ ז"א שהרי הדבר בעצמו הוא זכות וזכין לו העדים מיד באופן שכשיגיע לידו יהא משוחרר מעתה לזכות במעשה ידיו וכה"ג אע"פ שע"י זה נמשך לו חוב שאינו יכול לקנות במתנת ש"מ מ"מ אמרינן עדים בחתומים זכין לו וכסברת הר"ן הנ"ל ודוק היטב בסברא זו משא"כ לקמן באומר עשיתי פלוני עבדי ב"ח דמיירי באמירה בעלמא ואין שם שטר דנימא עדים בחתומים זכין לו שוב שפיר אמרי'

דש"מ ככתובין אך דזה אם נימא עדבז"ל משא"כ הכא דמקשה לרבא דלא ס"ל עבחז"ל כמבואר בב"מ דף י"ט דקאמר ש"מ איתא לדשמואל כו' הדרא קושיא לדוכתא דנימא דש"מ (ועוד דגם אם נימא עבחז"ל תיקשי שהרי אם נימא דמחמת דש"מ הוה כמסורין שלא יהא צריך ג"ש ע"כ דטעמא משום דיש כח לחכמים לעקור דבר מה"ת א"כ גם בעבחז"ל הוא משוחרר למפרע לגמרי כמ"ש התוספות בב"מ שם וא"כ א"א לומר כנ"ל) אך דכל זה אם נימא דמתנת ש"מ דרבנן צ"ל דכמסורין דמי למפרע שלא רצו לתקן קנין לאחר מיתה משא"כ אם נאמר מתנת ש"מ דאורייתא כדיליף התם מקראי א"כ שפיר י"ל שאין קונה אלא לאחר מיתה כיורש ולא מהני בעבד דאין גט לאחר מיתה. והנה הפ"י לקמן בפרק התקבל כתב דבמצוה מחמת מיתה ע"כ דהוא דאורייתא ולכך אין חילק בין במקצת לבכולה ע"ש והשתא מקשה שפיר על רבא ממ"נ דאי תימא טעמא דהלוואתו לפלוני הואיל ואיתיה במעמד שלשתן ולא מהני מה דיורש יורשה וא"כ ניחא רישא דלכך בשחרור לא יתנו לאחר מיתה ומע"ש לא שייך בזה שהמטבע הוא ת"י וא"ל שהיה מוציא מת"י לאחר דאל"כ בלא"ה יכול הוא לזכות ע"י אחר או שיקנה זה במשיכה אך באמת זה לא מיקרי איתא בבריא כשצריך להוציא מתח"י כמש"ל מדברי הרשב"ם ולא אמרינן דש"מ משום דליתיה בבריא אכתי תקשה סיפא דהא נמי ליתא בבריא כיון דהוא מטבע וצ"ל דאיתיה אגב קרקע וא"כ מוכרח דבמקצת מיירי ולא בעי קנין ואי תימא הואיל ויורש יורשה וא"כ שפיר איכא למימר בסיפא דמיירי במתנה בכולה לפי זה תקשה רישא אמאי לא יתנו לאחר מיתה וע"כ דס"ל מתנת ש"מ דאורייתא ולא אמרינן דש"מ כו' למפרע וא"כ ממילא דאין לחלק בין במקצת לבכולה כמו שכתב הפ"י ואף במקצת לא בעי קנין ומשני דלעולם בסתם ש"מ דרבנן יש חילוק בין במקצת לבכולה והכא במצוה מחמת מיתה איירי ורב הונא ברי' דר"י ס"ל דמצוה מחמת מיתה נמי דרבנן ובעי קנין ואפ"ה בסיפא לא יתנו לאחר מיתה הואיל וליתיה בבריא ורישא מיירי באית ליה קרקע ושייך קנין אגב ואיתא בבריא ואעפ"כ אינו מתנה במקצת דמיירי במחלק נכסיו לאחרים לפלוני מנה ולפלוני קרקע ושפיר הוה איתא בבריא וכשיטת התוס' בכתובות ובהספינה דאע"ג דבקנין צריך להקנות לו עוד איזה דבר מה שאינו מקנה לו עתה אפ"ה מיקרי איתא בבריא. ובזה יש ליישב קושית הפ"י בגיטין מאי פריך בב"ב מדר"נ דהא בין לרב זביד ובין לר"פ לאו במתנת ש"מ במקצת מיירי. והנלענ"ד בפשיטות דכרב זביד ודאי לא מתוקמא ליה לרבא דס"ל דרב קאמר אפילו במלוה ואף לאקומתת ר"פ פריך שפיר דע"כ אליבא דרבא לא מתוקמא ליה בפקדון כלל דהנה התוספות הוקשו על הגירסא ישינה דאמאי מוקי בש"מ בבריא נמי מצי לאוקמא ונ"ל

דלק"מ דהנה התוס' כתבו דקמ"ל דלא אמרינן שמא שלא להשביע אמר כיון שהיה דרך הלואה גמורה והש"ך בח"מ סי' פ"א כתב שיטת הרמב"ם דבהודה דרך הודאה בש"מ אינו יכול לטעון שלא להשביע משא"כ בבריא ולפ"ז א"א לאוקמא בבריא כלל דבאמת חיישינן שמא שלא להשביע אמר כן (והתוס' לשיטתיהם דלא ס"ל כהרמב"ם מקשין שפיר) והנה הש"ך שם כתב הטעם בשם הלח"מ דבבריא כיון דאיכא נמי טענת השטאה (דהרמב"ם ס"ל אף בלא תבעו שייך משטה) אינו מועיל דרך הלואה רק לסלק טענת השטאה לבד משא"כ בש"מ דבלא"ה אין אדם משטה בשעת מיתה והנה רבא בב"ב דף קע"ד מיבעי לי' אי א"א משטה בש"מ ואם נימא דמשטה א"כ ש"מ ובריא שוים הם וא"כ אף בש"מ א"א לאוקמא דכיון דשייך ביה ג"כ אדם משטה א"כ דרך הודאה אינו מועיל רק לסלק טענת השטאה ועדיין איכא למימר שלא להשביע וא"א לאוקמי בהודה בפקדון כלל ובאופן אחר נלענ"ד ליישב דאע"ג דלמסקנא דמתני' במצוה מחמת מיתה שפיר איכא לאוקמא בפקדון מ"מ לס"ד דלא מיירי בהכי ליכא לאוקמא בפקדון כלל והוא ע"פ שיטת רבינו אפרים שהביא המרדכי בב"ב בפ' מי שמת דמתרץ אהא דקאמר מתנה במקצת בעי קנין מ"ט לא אמרינן מצוה לקיים ד"ה ומתרץ כיון דאיכא קנין אחר לא אמרינן מצוה לקיים ד"ה ובהולך מנה לפלוני אין שם קנין אחר שלא היה רוצה ליתן לו תיכף אלא כשיגיע לידו ואנכי לא ידעתי מה חילק בדבר דבמתנת ש"מ נמי נימא הכי שלא היה רוצה ליתן לו מיד אלא לכשיגיע לידו וצ"ל כתירוץ הרשב"א והרמב"ן או כשאר מפרשים דמחלקי בין מצוה לקיים ד"ה למתנת ש"מ דאמרינן ביה כמסורין דמי והנה הרשב"א הקשה דמה בכך דחיישינן למנה קבור מ"מ כיון שלא אמר היכן הניחו הרי הוא פושע וחייבין היורשים לשלם ותירץ דמלוה ע"פ הוא וס"ל לרב דאינו גובה מן היורשים ואכתי תקשה שהרי הרשב"א דלעיל מינה אהא דפריך בבא בתרא דף קע"ד מלוה ע"פ הוא כו' כתב דמחמת מצוה לקיים ד"ה עכ"פ מחוייבים לשלם. ולפי זה קשה דאפילו אין צבורין נמי וא"ל דמנה קבור קאמר דאכתי כיון דאיהו סתמא קאמר שמצוה ליתן לו מנה פקדון יש לנו לומר מצוה לקיים דבריו ודוקא לענין דש"מ כמסורין שפיר אמרינן דמה איכפת להו ליורשים מה דהוה כמסורין כיון שהוא היה כוונתו למנה קבור ועוד דבפקדון לא שייך דש"מ כיון שמצוה לתת לזה את שלו כמ"ש התוספות בב"ב דף קע"ד משא"כ לענין מצוה לקיים ד"ה אך י"ל דכאן לא אמרינן מצוה לקיים ד"ה ולשלם לו מנכסים אחרים דאע"פ שהוא כיון למנה קבור מ"מ מחויבים לשלם מטעם מצוה ז"א כיון שאותן המעות שיתנו לו עתה היה יכול להקנותם לו במתנת ש"מ לא שייך מצוה לקיים ולכך לא אמרינן לשלם לו מנכסים אחרים משום מצוה לקיים ומטעם

דש"מ גופיה לא יהבינן ליה דאמרינן כיון שאין צבורין חוששין למנה קבור משא"כ בס"ד דש"ס דמיירי בסתם ש"מ ובמקצת א"ל דמיירי בפקדון דא"כ תיקשי אפילו אין צבורין נמי גובין לו מנכסים אחרים משום מצוה כו'. וא"ל שהיה יכול להקנות לו בקנין דשמא לא היה רוצה ליתן מיד וכמש"ל וא"ל שהיה יכול להקנותם במתנת ש"מ ז"א דהא השתא פריך עליה דרבא דס"ל במקצת בעי קנין וא"כ שפיר שייך מצוה כו' משא"כ למסקנא שפיר מתוקמא בפקדון ודוקא צבורין דאי אין צבורין איכא קנין אחר על אותן הנכסים שיצטרך ליתן לו דהיינו שהיה יכול ליתן במתנת ש"מ ולא אמרינן מצוה כו', והנה התוס' הוקשו דלר"פ דס"ל מע"ש אף במלוה אמאי לא מוקי רב במע"ש ואין צבורין. ונלענ"ד לתרץ עפ"י שהקשה כבוד דודי הגאון נ"י לשיטת רבינו אפרים שהביא המרדכי בב"ב פרק מ"ש והבאתי לעיל שכתב קושית התוס' אהא דפריך והא לא משך דילמא טעמא משום מצוה לקיים ד"ה. ותירץ ר"א דלא אמרינן מצוה לקיים ד"ה אלא היכא דלא שייך שם קנין אחר ע"ש. ולפי"ז כיון דר"ז סבר דמע"ש ליתא במלוה א"כ אין שם קנין אחר וא"כ קשה אפילו אין צבורין נמי דהא כיון שאין במלוה שום קנין אית לן למימר מצוה לקיים ד"ה כו' עכ"ד ולקמן אבאר בזה. ולפי זה צ"ל כמ"ש הרשב"א והרמב"ן דאם איתא דמתניתין כמ"ד מצוה לקיים ד"ה הו"ל למיתני נמי ברישא דכופין את היורשים לשחררו אך דהרשב"א הקשה ע"ז דדלמא אתי מתניתין כרבי בירושלמי ותירץ דמסתמא כרבנן אתיא אך לר"פ קשה קושית רב זביד מאי אריא תנו ליתני כתבו וא"ל דס"ל כרב אשי דמתניתין רבנן הוא ולא ר"ש שזורי ז"א שהרי הנ"י בב"מ כתב לתרץ קושית התוס' דהכא אמרינן תן כזכי והתם להיפך ותירץ דאע"ג דאין בכלל לשון תן זכו מ"מ אומדנא הוא כיון שהיה דעתו לשחררו שמשחררו מיד ואע"ג דאמר תנו אמדינן דעתו שכוונתו זכה וכל זה לר"ש שזורי אבל לרבנן לא שייך זה דלדידהו לא אזלינן בתר אומדנא כמבואר בב"ב דף קמ"ו וא"כ מ"ט ברישא לא יחזור וא"ל מטעם תופס לבע"ח דהא ר"פ ס"ל בכתובות דלא קנה אלא י"ל דלר"פ לכך לא קתני כתבו כקושית התוס' דתני תנו לאשמועינן כרבי דאפ"ה אין כופין את היורשים ולא ס"ל תירוץ התוס' דמסתמא כרבנן אתיא וא"כ י"ל דהא ודאי לא קשיא ליה דנוקמא כר"ז בברי ומע"ש דע"ז י"ל דאית ליה טעמא דלא ניחא ליה לאוקמא בהכי כמ"ש התוס' (והטעם הוא כמ"ש מהרש"א בב"ב והפ"י כאן דאי במע"ש מאי אריא דקתני יתנו לאחר מיתה ותירוצם דחוק) רק דהכי קא קשיא ליה ר"פ מ"ט לא אמר כר"ז דמיירי בבריא ומטעם מצוה לקיים ד"ה וא"ל דא"כ ליתני ברישא כופין ז"א דהרי לדידיה השתא נמי אתי כרבי דאין כופין אף אי אמרינן מצוה לקיים ד"ה וא"ל דלא אמרינן מצוה היכא דאיכא קנין אחר דהוה ליה לאוקמא באין צבורין דליכא

קנין אחר ומתרץ קסבר ר"פ מע"ש בין במלוה ובין בפקדון וא"כ לא מצי לאוקמא משום מצוה כו' כיון שיש שם קנין אחר דמע"ש דשייך אף במלוה ולכך הוצרך לאוקמא בש"מ: ועתה אבא לבאר מאי דקשיא לך דמאי פריך דלמא דקני מיניה הא אין נקנה בחליפין. והלענ"ד דלכאורה יש להקשות לפמ"ש הרי"ף והרמב"ם דכולה מתני' מיירי כשמסר ליד השליח א"כ גם סיפא בהכי מיירי ובש"מ הולך דידיה זכי הוא כמ"ש, רש"י לקמן דף י"ד וכן דעת הרמ"ה בח"מ סימן קכ"ה וכן הקשה באו"ת סימן הנ"ל. אך לפענ"ד לק"מ שהרי הפ"י לקמן כ' הטעם משום דכיון דבש"מ בלא"ה דבריו ככתובים ואיהו קעביד מלתא יתירתא והוציא הממון מתחת ידו ומסר לשליח אמרינן דמסתמא היה כוונתו שיקנה לו מיד וכן מבואר בטור בשם הרמ"ה עי' שם ולפי"ז כל זה בש"מ שנותן מתנה בכולה או במצוה מחמת מצוה דשייך ביה ככתובים וכמסורים וכיון שהוציא הממון מת"י ועביד מילתא יתירתא אמרינן שדעתו היה שיזכה מיד משא"כ למאי דס"ד השתא דמיירי בסתם ש"מ ובמקצת דבעי קנין ולא עביד מלתא יתירתא כלל. מה בכך שמסר לשליח מ"מ צריך שיגיע לידו דוקא ופריך שפיר אמאי יתנו לאחר מיתה. והנה מבואר בתה"ד סימן שי"ג דאע"ג דאין מטבע נקנה בחליפין מ"מ אם תפס הלוקח קנה ואין מוציאין מידו. והנה דעת הרמב"ן הובא בטור ח"מ סי' ק"ה בתופס לבע"ח במקום שאין חב לאחרים אע"ג דחוב הוא ליורשי הלוה שהרי אילו לא תפס זה הו"ל מטלטלי דיתמי ולא משתעבדי. מ"מ לא מיקרי חב לאחרים ומהני תפיסתו לענין שאין נעשה מטלטלין אצל בניו ולפ"ז י"ל דהכי פריך דלמא דקני מיניה ואע"ג דאין נקנה בחליפין מ"מ כיון דבמסר ליד השליח מיירי (אלא דלא הוי מלתא יתירתא כנ"ל) א"כ זה נעשה שליחו לתפוס בשבילו ותפיסה מהני אף במטבע שאין נקנה בחליפין ואע"ג שאם חזר בו זה לא מהני תפיסת השליח דהוי כתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים מ"מ השתא מיהא לא הדר ביה ומהני תפיסתו לגבי יורשים לענין ליתן לאחר מיתה וכסברת הרמב"ן הנ"ל (ומכ"ש דא"ש טפי לפי מ"ש בש"מ לב"מ בשם הרמב"ן דלגירסא ר"ח ס"ל לר"נ בביצה דהמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו וגם תופס לבע"ח קנה ע"ש) אך קשה דהרי לעיל כתבתי דעיקר הוכחת המקשן דבמקצת מיירי דאל"כ במטבע ליתא בבריא כיון שהמעות ת"י ואם איתא דמיירי כשהמעות ביד השליח א"כ שוב איתא בבריא במע"ש אלא ע"כ דס"ל שהמעות ת"י וא"כ מאי מהני קנין במטבע ולכאורה י"ל דקושית המקשן דלמא דקני מיני' היינו כמ"ש הטור סי' רי"ג גבי ש"מ אם תלד אשתי זכר תיטול מנה שחולק שם על הרי"ף ור"י הלוי וכ' דלא שייך אין מטבע נקנה בחליפין שאינו מקנה לו מנה במטבע רק שמתחייב ליתן לזה מנה ומשעבד לזה נכסים אם כן פריך שפיר דלמא דקני

מיניה שמשעבד עצמו ליתן לזה מנה וניחא ג"כ מה שהקשיתי דהיאך אפשר לאוקמא בקנין הא קנין גם בשחרור מהני ואם נאמר דקנין זה היינו שעבוד לבד זה לא שייך לענין שחרור (וניחא ג"כ מה דקשה לכאורה דאי בקני מיניה מאי איריא לאחר מיתה דנקט וכמ"ש התוס' שם לשיטת המקשה ולפי מש"ל משום דהשליח מהני תפיסתו לגבי יורשים ג"כ לק"מ):

אך דאכתי קשה שהרי ע"כ קושית הגמרא אליבא דרב הוא דמוקי בציבורין דאל"כ בלא"ה לק"מ דדלמא בפקדון מיירי וכמש"ל וא"כ דמיירי בציבורין דאל"כ חיישינן למנה קבור ע"כ שהקנין היה על מנה זה שצבורין והדרי קושי' הנ"ל לדוכתייהו וגם קשה מ"ש לשיטת רש"י דאגב מהני בגט אמאי לא מוקי באגב וכר"מ הגם שהיה אפשר ליישב אי גרסינן תן גט זה דמשמע שמסרו ליד השליח וא"כ אינו נקנה באגב כיון שאין צבורין ואע"ג דקי"ל דבאגב לא בעינן צבורין ז"א דבאין צבורין צריך שיאמר קנה מטלטלין הללו אגב קרקע זו כמבואר בח"מ סי' ר"ב וא"כ אם נימא דמהאי טעמא יתנו לאחר מיתה מטעם אגב ע"כ דבכה"ג מיירי וא"כ בגט נמי אם אמר לה קנה גט זה שביד השליח ע"ג קרקע באמת מהני כההיא דתיחוד ותפתח וכההיא דכתב גט ונתנו בחצירו כו' אבל עדיין קשה מה שהקשיתי דהאיך נקנה בחליפין ועוד באר הקושית שהקשיתי:

לכך נלענ"ד לתרץ דבאמת המקשן לא פריך מתנו מנה דא"כ תיקשי דלמא טעמא משום מצוה לקיים ד"ה אך דקא קשיא ליה רישא דאמאי לא קתני כופין את היורשין וכמ"ש הרמב"ן והרשב"א וצ"ל דכיון שיש כאן קנין אחר ע"י מתנת ש"מ שאם אמר הרי הוא בע"ח מהני כמש"ל בשם הב"י ביו"ד בסי' רס"ז דזה מהני שיהיה משוחרר לאחר מיתה וא"כ לא אמרינן מצוה לקיים כו' אך דכל זה אם נימא דבמקצת לא בעי קנין אך אם נימא דבמקצת בעי קנין א"כ אין כאן קנין אחר ואף דקנין חליפין מהני בעבד מ"מ זה לא מיקרי קנין אחר שלא היה רוצה להקנות לו מיד כנ"ל. והנה מבואר בטור י"ד בשם הרמ"ה דקנין סודר מהני בעבד לאפקיע שעבודו ולא לאפקיע איסוריה ולפ"ז י"ל דהכי קאמר דלמא דקני מיניה היינו בקנין סודר וא"כ כבר נפקע שעבודו ולכך לא קתני כופין את היורשין דאיסורא הוא דאיכא גבי ואיסורא לברי' לא קא מורית והשתא שפיר קאמר דומיא דגט מה גט דלאו בר קנין הוא אף האי נמי ור"ל שחרור דלא קני מיניה ומוכח דמתנת ש"מ במקצת לא בעי קנין. והשתא ניחא מ"ש הפ"י דהא לא בעינן דלהוי דמי להדדי רק לענין דמיירי בחד גברא ולפמ"ש ניחא דזה דוקא לדמות סיפא דתנו מנה לרישא משא"כ שחרור וגט דודאי בחד ענינא מיירי:

והנה לעיל הבאתי קושית האו"ת שהקשה דמאי פריך מהא דיתנו לאחר מיתה דלמא טעמא משום דתן בש"מ הוי כזכי. ושוב שמתי פני לעי' בדבריו וראיתי שכתב להקשות אף אי לא גרסינן זה מ"מ עתה יבא לרשותו ויזכה בו. ונפלאתי דודאי בש"מ אמרינן תן כזכי הוא דוקא כשמסר לידו בשעת מעשה וכמבואר להדיא בטור בשם הרמ"ה כיון שהוציא מת"י ומסרו לזה אדעתא דליזכי ביה איהו ע"ש וא"כ כשלא מסר לו בשעת מעשה לא שייך זה כלל ומ"מ שפיר י"ל דבעלמא דאמרינן תן כזכי מהני אף שלא מסר לו עתה כיון דסוף שיגיע לרשותו ואף דהשתא לא מסר לו מ"מ כיון דבלשון תן נכלל זכי מהני הך לישנא על העתיד משא"כ במתנה דבאמת לשון מתנה אינו כזכי רק מחמת שהוא ש"מ והוציא מת"י מסתמא רצונו זכי א"כ כשלא הוציא מת"י הוי כתן דעלמא במתנה דלא הוי כזכי ולא מהני מה שהגיע לידו אח"כ:

וראיתי בקצה"ח שכתב שיש לתרץ קושית האו"ת עפ"י מ"ש הטור בשם הרמ"ה דבש"מ מהני הולך כזכי אע"ג שלא אמר זכי לפי שהוא בהולך וכמו בגט דמהני כתבו אע"ג דלא אמר תנו כו' והיינו אליבא מה דקי"ל כר"ש שזורי וא"כ למאי דבעי בב"ב למימר דמיירי בש"מ א"כ ע"כ דלא אתיא כר"ש שזורי דאל"כ מאי איריא תנו אפילו כתבו נמי וכמבואר בסוגיא זו כו' ע"ש. ולענ"ד ז"א דהא ודאי לפי מה דמוקי ר"פ בש"מ ומטעם כתובין ומסורין והיינו משום דנימא במקצת נמי לא בעי קנין או כתירוץ הש"ס במצוה מחמת מיתה או במחלק נכסיו א"כ לא מיירי במסר לשליח המנה וגם אפי' שיהי' המנה בעין רק משום מנה קבור ומ"מ א"צ שיטול המנה מחיים ואי לא חיישינן למנה קבור אפ' צבורין א"צ ובכל גווני יתנו לאחר מיתה משום צוואת ש"מ א"כ שפיר קאמר דאי אתיא כר"ש שזורי מאי איריא תנו אפי' כתבו נמי דגם בכתבו מצי לאשכוחי הך מלתא דבעי לאפלוגי בין ג"נ וש"ע ובין תנו מנה דאע"ג דבמנה יתנו לאח"מ אף שלא מסר ליד שליח מקיימין דבריו משום דדבש"מ כו' ומ"מ בג"נ וש"ע אין דבריו קיימין לאח"מ ובכתבו לחוד הוי כאומר כתבו ותנו לר"ש שזורי ומ"מ אין דבריו קיימין ובכתבו ותנו דבריו קיימין אף לאח"מ משא"כ אם נפרש טעמא דמתני' במנה דיתנו לאח"מ משום סברת הרמ"ה משום דבש"מ תן כזכי א"כ ע"כ מיירי שמסר ליד השליח או שעכ"פ נמסר אח"כ ליד השליח (אך כבר כתבתי דהא ליתא דנמסר אח"כ ליד השליח לא מהני אף לסברת הרמ"ה כיון שלא הוציא מת"י) וא"כ התנא שרוצה לחלק בין מנה לג"נ וש"ע בא לאשמועינן דבהך גווני גופא דמהני גבי מנה לא מהני הא בג"נ וש"ע וכיון שזהו הדין שרוצה לאשמיענו פשיטא דשפיר מצינן לאוקמא בש"מ ואפי' כר"ש שזורי ואין קושי' דלתני כתבו דהיינו שאין הגט בעולם כלל רק שמצוה שיכתוב דהא בהך גווני גם במנה

לא יתנו לאח"מ ועיקר רבותא דהתנא להשמיענו החילוק בין ג"נ לש"ע לבין דין ממון, ולפ"ז קושי' או"ת במקומה עומדת דמאי פריך בב"ב דלמא טעמא דמתני' משום דש"מ תן כזכי ומה שלא אמר זכי משום שהיה בהול וכר"ש שזורי וא"ל דא"כ קשיא רישא מאי איריא תנו אפי' כתבו נמי ז"א כיון דמנה הוי טעמא משום תן כזכי צריך למנקט רישא בתנו שהשטר בעולם ואפ"ה לא אמרינן ביה תן כזכי דזה עיקר דינא דהתנא לחלק בין רישא לסיפא דבזה אמרינן תן כזכי ובזה לא אמרינן ושפיר מצי אתיא כר"ש שזורי ג"כ ולעולם דבמקצת בעי קנין והא דאמרינן בסוגיא דידן דלא מצי אתיא כר"ש שזורי היינו משום דעם דש"מ ככתובין אף במקצת או כמסקנא במצוה מחמת מיתה או במחלק נכסיו דאז מיירי אף בלא מסר לשליח כלל דמטעם צואת ש"מ אתינן עלה א"כ שפיר מצי למינקט חילוקא בין סיפא לרישא באומר כתבו דמהני לר"ש שזורי:

ולפום מה דכתיבנא גם בסוגיא דידן לכאורה תיקשי לסברת הרמ"ה דלמה דחוק למימר לאוקמי כר"ש שזורי דהא שפיר מצינן לאוקמא דמיירי במקצת דלא שייך דברי ש"מ וטעמא דיתנו לאחר מיתה משום דתן דש"מ כזכי הוא וא"כ ע"כ כשמסר לשליח מיירי ולכך נקט גם ברישא כה"ג ולא נקט כתבו וכמש"ל. ואמנם בזה י"ל דמ"מ שפיר קשיא להו דמי הכריחו למנקט סיפא במקצת דבעי קנין ואז לא מצי למנקט ברישא כתבו באמת הו"ל למינקט סיפא במצוה מחמת מיתה או במחלק נכסיו ושפיר מצי נקט ברישא כתבו אלא ע"כ כר"ש שזורי ועוד י"ל דר"פ ע"כ לא מוקי בכה"ג דא"כ למה קאמר דבעי צבורין משום מנה קבור ת"ל דבעי צבורין דאל"כ אין כאן דש"מ דהא במקצת הוא ולכך בעי צבורין ואמרינן תן כזכי בש"מ אלא ע"כ דר"פ בעי לאוקמיה משום דשכ"מ ככתובין כו' ולא בעינן צבורין אלא משום מנה קבור. אלא דהוא גופא קשיא על ר"פ דמי הכריחו לאוקמא משום מנה קבור הו"ל לאוקמי משום תן כזכי. אך בזה י"ל משום דא"כ תיקשי לרב דמפרש בצבורין דלמא באין צבורין ומיירי במתנה בכולה או במצוה מ"מ ומהני משום דש"מ אפי' אין צבורין אלא ע"כ דבאמת גם משום דש"מ בעינן צבורין משום חשש דמנה קבור:

ועכ"פ קושית האו"ת במקומה עומדת דשפיר מצינן לאוקמא משום תן כזכי גבי ש"מ כר"ש שזורי וגם רישא א"ש דנקט תנו דומיא דסיפא ולאשמעינן דברישא תנו לאו כזכי ומ"ש התוס' דע"כ לא תני זה לאשמועינן חידוש כו' היינו אם עיקר טעמא דסיפא משום דש"מ הוא משא"כ אם עיקר טעמא דסיפא משום תן כזכי א"כ זהו עיקר החידוש ברישא דאע"פ שהגט בעין לא מהני ולכאורה י"ל לפי מ"ש התוס' דלמ"ד בבריא ומע"ש מ"מ מיירי רישא שאין הגט בעין ולא אמרינן רישא דומיא דסיפא אלא לענין חד גברא ע"ש

ולפמ"ש גם התם הו"ל למימר דרישא דומיא דסיפא כיון דעיקר טעמא דמהני בסיפא משום מע"ש אשמועינן ברישא דלא מהני ואמנם התוס' לא כתבו דלא בעינן לאוקמא בזה רישא דומיא דסיפא אבל מ"מ אין מקום קושיא לנקוט כתבו שלא יהי' דומיא דסיפא דשמא התנא עיקר חידושיו לחלק בזה בין רישא לסיפא וגם הר"ן כתב דגם להך מ"ד דמיירי בבריא אמרינן רישא דומיא דסיפא שיהיה הגט בעין אלא דלא מהני משום דל"ש מיגו דזכי ע"ש:

והנה מ"ש לעיל דקשה על הרמ"ה דגבי שחרור נימא דתן דש"מ כזכי ועיין בקצה"ח שהקשה כמו כן אם נימא דש"מ מהני תן אף שאין מוסר מיד ליד (וכבר כתבתי דבטור בשם הרמ"ה מבואר דדוקא במוציא מת"י כו') א"כ קשה לר"פ דמוקי בש"מ ע"ש ונלענ"ד דבאמת בלא"ה איכא טעמא רבה לחלק בין ש"מ לבריא לענין תן לפי הטעם שכתב הנ"י דלכך לא הוי מתנה כזכי דאמדינן דעתיה שאין מוציא מרשותו הכל ומעכב לעצמו שיהיה לו כח לחזור בו וכ"כ במרדכי פ"ק דגיטין ע"ש ולפ"ז י"ל בש"מ דדינא הוא אם רוצה לחזור חוזר א"כ שפיר אמרינן דתן כזכי דליכא אומד הדעת בזה כיון דבלא"ה יוכל לחזור (אך לפמ"ש שמסתפק הריב"ש לדעת הרשב"א דאף אם עמד י"ל דא"ח צ"ע) כשירצה וכיון דהשתא מיהת אף דמית מקבל זכו יורשיו דתן שלו כזכי אך כ"ז במתנה אבל בשחרור דקי"ל חוזר בנכסים וא"ח בעבד שכבר יצא עליו שם ב"ח א"כ אף בש"מ לא הוי הולך ותן דידיה כזכי דאמדינן דעתיה שרוצה שיהיה בידו כשירצה לחזור ואין מרוצה עד שיגיע לידו דוקא אמנם לשיטת הרי"ף בלא"ה אינו יכול לחזור ומ"מ לא מהני להיות כזכי לענין מטא לידיה קשה דבש"מ נימא דהוי כזכי ממש דלא נבעי מטא לידי':

ועיין בקצה"ח סי' קכ"ה שכתב בדעת הרמב"ם דהוי כתנאי עד שיגיע לידו ואף שיגיע לידו לאח"מ לא מהני שיאמרו אין גט לאח"מ וכן הביא מדברי הב"ח שאינו רק מדרבנן וצ"ע דא"כ מאי פריך ליתנו דשוו ג"נ לש"ע לענין לא יתנו לאח"מ דאין להשוות אותם דבג"נ הרי הוא כא"א לכל דברי' והבא עלי' בחנק ובש"ע אינו רק מדרבנן ואם נתן לאח"מ פקע שעבודיה מדאורייתא ואסור לעבוד בו עבודת עבד ואם נשא ב"ח אינו לוקה וגם דא"א לומר כן לדעת הרמב"ם דא"כ במתנה תן כזכי נמי נימא דעכ"פ צריך שיתקיים התנאי שיגיע לידו ומבואר ברמב"ם דבמתנה לא בעינן מטא לידיה גם מ"ש שם דבזה מיושב קושית התוס' מב"מ דקאמר משנתינו שאמר תנה לי כו' דלשיטת הרמב"ם תיקשי וע"ז כתב דמ"מ מידי תנאי לא יצאה כו' הוא תמוה כמ"ש דהא במתנה להרמב"ם אין דנין בו דין תנאי להצריך שיגיע לידו אך אפי' אם היינו אומרים דבמתנה צריך שיגיע לידו מחמת התנאי מ"מ בהך דמציאה שהאומר תנה לי הוא הרוצה שיזכה לי ולמה יטיל

בו תנאי לחובתו כיון דנימא דבכלל תן זכי והוא רוצה שחבירו יזכה לו למה יעשה זאת להטיל בו תנאי שיזכה בשבילו ולא תתקיים הזכייה עד שיגיע לידו ומה שאמר תנה לי אין בזה כדי לדייק שאינו רוצה בזכיה עד שתגיע לידו אלא הוא אומר לו מה שלבו חפץ דהיינו שיזכה ויתננה לו דמה בצע במה שיזכה אם לא יתן לו אך דהתוס' מפרשים בפשיטות דאין בכלל לשון תן זכי' וא"כ גם זה לא הגביה לזכות מיד רק כשיתננה לו וע"ז קשיא להו מדאמרינן בשחרור תן כזכי וע"ז ס"ל לר"ת דדוקא בחוב אמרי' תן כזכי דאומדן דעת הוא כיון שהוא חייב לו מזכה לו מיד ושחרור דומה לחוב משא"כ במתנה ומציאה דליכא אומדנא אין בכלל תן זכי' כלל:

ומ"ש שם על דברי התוס' דאם אינו מוסר השחרור מיד ליד אלא אח"כ נוטלו הו"ל כטלי שחרור מע"ג קרקע ולענ"ד ז"א דודאי הוא נעשה שלוחו של אדונו ליטלו ולזכות בו וכיון דבלקיחה הוא שלוחו של אדון הרי הוא כמותו ואם אמר הבעל לשליח להולכה שיקח מע"ג קרקע וימסור לאשה שפיר דמי כאלו הבעל בעצמו נוטלו מע"ג קרקע ונותנו לאשה וה"נ הוא נוטל בשליחות האדון וזוכה בו בשביל העבד אלא די"ל דהא בעינן חזרה שליחות אצל הבעל וא"א שיהיה שלוחו של עבד לזכות בו טרם כלות שליחותו של האדון ואמנם בזה יש ליתן טעם לשיטת הרי"ף דס"ל דמ"מ גיטא לא הוי עד דמטא לידיה שא"א שיהיה הוא שלוחו של עבד בזכי' זו וזכיה זו לא מהני רק לענין חזרה ומירי דלא מסר ליד שליח מיד וכמ"ש התוס' וצ"ע בספר המקנה דף מ"ש שם לענין עדיו בחז"ל:

ומ"ש בס"ק וא"ו לדעת הריב"ש אליבא דהרשב"א דאפילו עמד א"ח א"כ אלים דבוריה גם כשנותן במתנת בריא א"כ אפי' אינו מצוה מ"מ ובמקצת נמי הוי כזכי כו' לענ"ד ליתא דגם להרשב"א דוקא במ"מ או במש"מ בכולה כיון שהיה בידו לתת מתנה זו בדרך מתנת ש"מ אף אם נותנו ע"ד שתהיה מתנת בריא אלים דבורו אבל אם הוא ש"מ ובמקצת כיון שאין בכחו לתת מתנה כזו בדרך מתנת ש"מ לא אלים דבוריה כלל:

ומ"ש שם בסוף דבריו ואפי' אי גרסינן תן שחרור זה נמי לא תיקשי דהא בש"מ תן כזכי אפי' אינו מוסר לו עתה משום דהרשב"ם כתב דבצוואת שטר לא תיקום שיהיה ככתובין וכמסורין כו' הוא תמוה דהרשב"ם שם כתב כן כשלא נכתב השטר אע"פ שהוא צוה לכתוב שטר לא אמרינן דדש"מ כאילו נכתב השטר מחיים והיינו משום שהרי זה כאומר שלאחר מיתה יכתבו שטר ויתנו לפלוני על קרקע או מנה ובזמן ההוא פסק כחו דנפלו נכסי קמי יתמי משא"כ באומר תנו מנה דחייל עם גמר מיתה וה"ה אם מוכן בידו שטר מתנה לפלוני כתוב ומצוה ליתנו שג"כ י"ל דכמסורין דמי וקונה השטר עם גמר

מיתה כדין מתנת ש"מ ועיין בפ"י שהקשה לשיטת הרי"ף והרמב"ם למה מהדר לאוקמי סיפא בש"מ או בבריא ומע"ש נימא דומיא דרישא שמסר המנה ליד השליח ומש"ה יתנו לאחר מיתה דבמתנה תן כזכי. ובד"ה אמר רב זביד הקשה דאמאי קתני יתנו לאח"מ מאי רבותא דלאח"מ ליתני בחייו א"י לחזור ולפענ"ד י"ל לפמ"ש הפ"י גופיה י"ל דגם במתנה דהוי כזכי היינו שא"י לחזור אבל מ"מ בעינן מטו לידיה אלא שאין טעם לדבר דדוקא בשחרור שייך לומר כו' ע"ש. ולפ"ז לענין מע"ש שפיר הוצרך לאשמעינן דיתנו לאחר מיתה ואי אשמועינן דבחייו אינו יכול לחזור בו הוה אמרינן דאע"ג דא"י לחזור מחמת מע"ש הוא כהלכתא בלא טעמא אבל מ"מ אינו זוכה בו מיד ואע"ג דהפ"י כתב דאין טעם לדבר לענין תן כזכי מ"מ במע"ש דהוא כהלכתא בלא טעמא שפיר י"ל דלא תקנו אלא לענין חזרה בלבד וממילא דא"ש מה שהקשה הפ"י דנימא דמיירי שמסר לו בחייו דז"א דא"כ מאי רבותא דאח"מ הו"ל למיתני דלא יחזיר דשם לא מסתבר לחלק ביניהם וכה"ג כתב הפ"י שם. אך יש שם תימא במ"ש הפ"י דא"ש טפי לשיטת הסוברים דבמע"ש יכול למחול נמצא דאכתי ברשות יורשים קיימא וקמ"ל דאפ"ה לא יתנו לאחר מיתה וזה תימא דענין מחילה שייך במע"ש במלוה והא דמוקמינן במ"ש היינו צבורין ובפקדון ולא שייך בזה מחילה כלל. וטרם אכלה לדבר ראיתי להעירך כי במה שהבאת מדברי הטור בשם הרמ"ה סי' רנ"ג ראיתי לפום ריהטא כי יש לתמוה במ"ש הסמ"ע שם בס"ק מ"א ד"ה אלא בקנין ויפוי כח כו' אבל המחבר לא איירי כאן במפרש שנותן מחמת מיתה שהרי התחיל וכתב וה"מ כו' והש"ך שם בס"ק כ"ד וכ"ה כתב דמיירי שפירש במתנת ש"מ ע"ש. והוא תמוה דא"כ איך כתב והכא כיון דמנה אקני ליה אפי' בקנין לא קנה כו' דפשיטא דבפי' במתנת ש"מ שפיר קונה המנ' כיון שהקנין לא בא רק ליפוי כח וגם הסמ"ע לא הוי צריך לאתויי מדהתחיל וכתב כו' דודאי לאו בהכי מיירי דא"כ שפיר הוה קני אף במנה כיון שמצוה מחמת מיתה ובדוחק גדול צריך ליישב לשון הש"ע לפ"ז וקצרתי:

דברי אחיך הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה מב

תשובה ש"ב הרב כו' מוהר"ר ישראל איסר נ"י האבד"ק וויניצא עיינתי במ"ש כ"ת לפלפל בגיטין ר"פ השולח בתוס' ד"ה מבוטלת היא שהניח בצ"ע אמאי לא משני בגיטין כמו דמשני בכריתות דמבוטלת היא הוי כהפקר ודבריו קיימים היינו דכל הקודם יזכה והנה במ"ש בדברי אא"ז מהרש"א אנכי הרואה כי הבאים אחריו השיגו עליו ה"ה אא"ז

במהדורא בתרא ופ"י ומים עמוקים וכן ראיתי בשער המלך דמהרש"א סבור דטעמא משום דמשמע להבא וליתא דא"כ א"א נמי א"ו דטעמא דמלתא דאע"ג דמעיקרא משמע אפ"ה הוי הפקר שהראשון כבר נסתלק הימנו ע"כ תורף דבריהם וכן ראיתי במהר"ם שיף:

ואני תמה עליהם הלא הדבר ברור שהדין עם מהרש"א ז"ל שהרי מבורר ביש נוחלין שדעת רשב"ם הוא דבצומח מעיקרא הוי הפקר מטעם שגם בעלים ראשונים נסתלקו הימנו והרא"ש ויתר הפוסקים כולם השיגו על דבריו דז"א די"ל שגם הבעלים לא היה בדעתם רק ליתנו לזה והוי כהאי דאמרינן גבי חמרא דרב ספרא כו' דאמרינן דאדעתא דארי' אפקרי כו' וה"נ אמרינן דרבי שמעון ב"ג סבר דכי יהיב אינש מתנה אדעתא דמקבל מיניה כו' וא"כ אי ס"ד דמבוטלת מעיקרא משמע האיך קאמר דלבעלים נמי לא הדרא וכל המחזיק בה זכה והרי זה הוא עומד לפנינו וצווח שמעולם לא היתה מתנה וא"כ אין כאן סילוק כלל שהרי לא נסתלק אלא אדעתא שיקנה זה שהרי אנו מאמינים לו בזה שאומר דבטלה היתה מעיקרא שאל"כ אף הפקר אין לו להיות ואם יש לו בע"ח גופה ממנו אלא ע"כ שהוא נאמן כיון שלא היה בחזקתו עד עתה כמ"ש הטור וא"כ אין לנו לומר דהוי הפקר רק דהדרי' למרי' ומ"ש הפ"י ושער המלך דהך סברא אליבא דרשב"ג אתמר ליתא רק לשיטת רשב"ם י"ל כן אבל כל הפוסקים השיגו על רשב"ם וכן פירש"י בכריתות להדיא וכ"כ הרמב"ן בשם רש"י ועוד דעכ"פ מי הכריח להש"ס לומר דדבריו קיימים וכל הקודם זכה מטעם שכבר נסתלק ממנו הראשון נימא דהדרא למריה דכי יהיב אינש כו' וכמ"ש רש"י דהוי מצוי לשנויי הכי בשלמא למהרש"א א"ש דאע"ג דהוי מצי לשנויי הכי לא ירד עתה לחלק בכך דהוי ס"ד דהך דר"ל ודרב ששת חדא גווני נינהו ואהא מתרץ ליה דאה"נ ור"ש נמי ה"ק משא"כ לשיטתם דר' ששת מטעמא אחרינא הוא דקאמר משום שכבר נסתלק הראשון א"נ דר"ל ודר"ש לאו חדא נינהו א"כ מי הכריח להוציא דברי ר"ש מפשטן עדיפא הול"ל דברים קיימין והדרא למרי' ומשום דכי יהיב איניש כו':

ועוד אני תמה האיך תעלה על הדעת דהך סברא אליבא דרשב"ג אתמר שהרי להדיא אמרו בכמה מקומות בש"ס דפלוגתא דרשב"ג ורבנן בהוכיח סופו על תחילתו הא אי הוי ס"ל דהוכיח סופו כו' הוי מודו לרשב"ג דהדריה למריה ולא אמרינן שהפקירו הראשון כשנסתלק ממנו אע"כ דהא לאו מלתא הוא ומ"ש דהא אי אפשי הוא יותר לשון הפקר כבר פירש"י דגבי קרקע לא הוי אי אפשי לשון הפקר כלל אלא לשון איני חפץ בה ע"ש וברשב"א גיטין ויתבאר לך היטב כוונתו ותימא על הפ"י שם שכתב לתמוה על רש"י

דכ"ש היא דאפילו קרקע דאכתי לא אתי לידיה אפ"ה באי אפשי לא אמר כלום ואיני יודע מה כ"ש הוא זה דשאני קרקע דאין שם לשון הפקר כלל:

ומ"ש כ"ת להשיג על הט"ז בט"ז חדשים דפוס ברלין השיג עליו כן בהג"ה אבל לענ"ד הדין עם הט"ז דאין ראיה מתו' דכתובות דשאני הכא דגם ע"י הפקר אין זה יכול לזכות בו בהיתר דהרי ע"כ צריך לעשות קנוניא עם אותן אחרי' וא"כ א"ל דלכך אומר של פלוני הם דאותו פלוני אינו גזלן ולא יטול מה שאינו שלו א"כ גם ע"י הפקר לא יוכל לזכות כיון שזה לא הפקירו רק לדחות הבע"ח מעליו ודמי למ"ש בא"ח סי' רמ"ו היכא שאין מפקיר רק לדחות איסור שבת ובנדרים גבי הפקר לפטור ממעשר ועיין בר"ן בשבת במ"ש גבי בואו והצילו לכם ע"ש:

ומ"ש להקשות על הרמב"ם נלענ"ד לפי מ"ש התוס' ביבמות ר"פ אלמנה דהך דמעוכב ג"ש אוכל בתרומה תלי אי ק"פ כקה"ג דמי ע"ש וא"כ שפיר אמר בכריתות לר"ל דאוכל בתרומה דר"ל לשיטתו דס"ל לאו כקה"ג ומתרצא קושי' התוס' בגיטין שהקשו מאי מבעיא ליה תפשוט מכריתות ולפמ"ש ניחא דר"ל בגיטין בעי למ"ד ק"פ כקה"ג דמי וא"כ י"ל דאף דהרמב"ם פוסק לאו כקנין הגוף דמי מבואר דהיינו דוקא היכא דסמכה דעתא ע"ש שמחלק בין יובל ראשון והכא ודאי בלב שלם הפקירו:

ומצאתי בספר מים חיים להפר"ח במסכת גיטין שהקשה כן על הרמב"ם וכדי ליישב ל"צ דלכאורה קשה מאי מקשה כיון דאמר אי אפשי הו"ל זרים כו' ומי הכריחו לומר דאמר תנו באפי בי' תלתא ודלמא לא אמר כן אלא באפי תרי ובסוף פרק אין בין המודר קאמר ר"י ד"ת בפני שנים לא הוי הפקר ולהכי פליג רשב"ג ורבנן דלרבנן דלא ס"ל הוכיחו סופו כו' וא"כ כיון שזכה כו' חזקה ומטעם הפקר לא מהני כיון דלא הוי תלתא והיה נלענ"ד ליישב ע"פ מה שנראה מדברי הרא"ש שם בפסקיו דאף לר"י ה"נ ד"ת בעי ג' בכדי שיהא א' זוכה וב' מעידין דהכי הוא דילפינן משבועות שיהא הפקר באופן שבודאי יצא מרשותו ע"ש. ולפ"ז במפקיר עבדו שהעבד תפוס וזוכה בעצמו שוב א"צ רק שנים ועיין ברמב"ם פ"ב דנדרים שנראה מדברי הכ"מ שבמ"כ לא עיין אז בהרא"ש בפסקיו שהרי בפסקיו יישב הרא"ש הא דנקט ד"ת אפי' בא' וב' איירי ע"ש ועיין בחק יוסף הל' פסח שנראה שלא ראה ג"כ בזה דברי הרא"ש שאם לא כן בחנם משיג על מהרי"ק שהרי בהרא"ש מבואר שאפי' בשביעית לענין מעשר דעתו אפילו בינו לבין עצמו מהני א"כ ע"כ שאין זה סברא מ"ש החק יוסף שם דא"כ בטלת תורת מעשר ע"ש. אך דאכתי קשה דלמא אתיא כרבי יוסי דס"ל דלא הוי הפקר עד דאתי לרשות זוכה אך ז"א אליבא דר"ל

דס"ל התם דמדאורייתא הוי הפקר אפי' לר' יוסי ע"ש בפי' הר"א ממי"ץ משא"כ לדידן י"ל דאתיא כר"י דלא הוי הפקר עד דאתי לרשות זוכה מדאורייתא:

והנה מ"ש לעיל להוכיח דהך סברא כי יהיב כו' לאו אליבא דרשב"ג דוקא איתמר נראה דמוכח ג"כ ממ"ש הרא"ש דהא הרא"ש הביא ראיה לזה מהך דחמרא דר"ס וכן מההיא דכי יהיב כו'. אמנם אם מבוטלת מעיקרא משמע שפיר הדרא למריה כמ"ש הטור ומיירי בשתק ולבסוף צווח ואע"ג דקי"ל כרבנן דרשב"ג דלא אמרינן הוכיח כו' היינו דוקא בצווח אי אפשי דאינו רק לישנא דלהבא משא"כ כשצועק בפי' לשעבר אפי' רבנן מודו ובכה"ג דמבוטלת אם הי' רבו כהן אין אוכלים בתרומה ובכה"ג נמי אם הוא חב לאחרים נמי נאמן כיון שאנו יודעים שזה אינו שלו רק שזה רוצה לגבותו מחמת שתיקתו של זה וכיון שעתה הוא מפרש דבריו שלא כיוון לזכותו מעולם נאמן וזהו שיטת הטור אליבא דרש"י משא"כ בשתק ולבסוף צווח אי אפשי ודאי דלא מהני לגבי ב"ח אפי' אם נאמר דהוי הפקר לעתיד ואין לנו לומר הוכיח סופו על תחלתו כיון דאינו מפרש דבורו שהיתה בטלה מכבר אנו דנין כוונתו דהשתא הוא דקא הדר בי' ולכך אוכלים בתרומה משא"כ כשמפרש שבטלה היתה מעיקרא אפי' לחוב לאחרים נאמן ודבר זה מפורש יוצא מדברי הרשב"א בגיטין ר"פ השולח ע"ש:

ולכאורה יש להביא ראיה לדברי הטור שהרי הכא אמרינן גבי עבדי' הוכיח כו' דמדהשתא אינו רוצה מסתמא לא נתרצה גם מעיקרא והרי אפי' הודה השתא בהדיא היה לנו לומר דלא מהני שהרי הוא חב לאחרים שהעבדים יפסלו מלאכול בתרומה ובאמת לכאורה צ"ע לרשב"ג לא יוכל ב"ח לגבות ממתנה זו ששתק ולבסוף צווח דאמרינן הוכיח כו') אך דבאמת י"ל דהא אי בעי שקיל ד' זוזי מישראל ופסול ליה. וא"כ קשיא על ר"ל וזה מדוקדק בלשון רש"י שכתב אלמא דאי אפשי לישנא דמהני ביה מעיקרא משמע ומשני הש"ס דבריו קיימין ולא הדרא למריה והיינו דבאמת בטל להבא משמע והוי הפקר דבזה א"א לפרש בלשון אחר משא"כ באי אפשי כיון דאיכא לפרש בלשון אני חפץ לא אמרינן שכוונתו על הפקר כלל ולהך תירוצא לא אמרינן כלל דאזלינן בתר לישנא דמהני בכוונתו שתחזור המתנה דבאמת אין מקום לפרש בכוונתו בטילה היא רק באופן זה דלהבא שיהיה הפקר (ולשון מבוטלת תבטל שאני דאין משמעות הלשון שהוא מפקיר רק שמעצמו יהיה כך ואין זה לשון המועיל) והשתא שפיר קשיא ליה לאא"ז מהרש"א דהש"ס בגיטין מפרש דבריו קיימין והדרא למרא ומוכח מזה דבטל לישנא דמעיקרא היא וע"ז משני דלישנא דמהני ביה קאמר דהיינו שהוא בטל מעיקרא וכמש"ל וע"ז הקשה אא"ז מהרש"א דל"ל לתרוצי הכי נימא דבאמת בטל להבא משמע

ולא הדרא למרא וכתירוץ הש"ס בכריתות ולא אזלינן בתר לישנא דמהני בי' כלל ואפ"ה א"ש הא דאי אפשי לא אמר כלום דבקרקע מיירי וכיון דאי אפשי יש לו פי' איני חפץ בה מפרשינן הכי ולכך לא אמר כלום:

דרך קצרה מהנ"ל דלשון בטילה יש לפרשו על שני לשונות או דלעבר מודה שלא לשם מתנה קיבלה או שמפקירה מעכשיו להבא ואין לו משמעות אחר מלבד זה אך בלשון אי אפשי יש לפרשו איני חפץ בה וזה לא שייך רק בקרקע אבל במטלטלי לא שייך זה דאם איתא שאינו חפץ בהם יחזירם וכמ"ש הרשב"א וע"כ דלשון הפקר הוא ואם אנו מפרשים אותו על לשון הפקר דהיינו שמסלק עצמו ממתנה זו יש בו ג"כ משמעות שני לשונות או שנותן הודאה לשעבר שלא רצה בו מעולם (ובזה לא שייך אם איתא להדרינהו כיון שאומר שמתחלה לא רצה לקבלם לשם מתנה רק לשם פקדון וכיוצא וכמו לענין קרקע דאומר בטילה דאמרינן שמודה שמעיקרא קיבל השטר שלא לשם מתנה ולא אמרינן דאם איתא יחזיר השטר משום דזה לא שייך רק היכא שאומר איני חפץ עתה ולמאי דמסיק בגיטין דלישני דמהני קאמר היינו שהוא לשון מעיקרא שכן נראה כוונתו שתחזור לבעלים שהרי אומר שמבטל המתנה או אינו רוצה ביה ולכך שפיר כתב רש"י דמסיפא דאי אפשי לחוד לא קשיא דהוי אמרינן דלשון אי אפשי אין לו משמעות על עבר כלל או דלא אזלינן בתר לישנא דמהני כלל והלכך כיון דבקרקע איכא לפרושי איני חפץ מפרשינן ליה הכי ואע"פ שיש לפרשו גם לשון הפקר מ"מ כיון שמשמעותו להבא אין זה לשון דמהני או אפשר דלא אזלינן בתר לישנא דמהני כלל משא"כ בהא דר"ל דמיירי במטלטלין ע"כ לפרש כן ולכן פריך מבטילה הוא דדבריו קיימין והדרא למרא אלמא דלא מפרשינן ליה להבא רק לעבר לפי שהוא לישנא דמהני א"כ גם באי אפשי דרישא ניזיל בתר לישנא דמהני ונאמר מעיקרא משמע אלא ע"כ דאי אפשי אין משמעותו כלל לשון הפקר רק לשון איני חפץ בה וע"ז משני דדבריו קיימין והדרא למרא ובאמת פי' בטל הוא דהוי הפקר ולא אזלינן בתר לישנא דמהני לפרשו מעיקרא דוקא ומפרשינן ליה להבא רק בא' אפשי שיש לפרשו איני חפץ בה מפרשינן ליה הכי והיינו דקשיא ליה לאא"ז מהרש"א דמאי דוחקיה דש"ס דגיטין לאוקמיה דדבריו קיימין והדרא למרא דבטל מעיקרא משמע והוצרך לומר דאזלינן בתר לישנא דמהני נימא איפכא דבטל להבא משמע כש"ס דכריתות במסקנא ולא אזלינן בתר לישנא דמהני כלל ולכך באי אפשי לא אמר כלום דמפרשינן הך אי אפשי פירושו שאינו חפץ בה ומ"ש רש"י דה"ה דהו"מ לשנויי כו' נ"ל הכוונה דר"ש מיירי באומר שמעיקרא לא קיבלה לשם מתנה ולכך לא הוה הפקר כסברת הש"ס לקמן כי יהיב כו' ור"ל מיירי בגוונא שכבר זכה בה ר"ל

שידוע לנו שודאי בשעת שקיבלה קיבלה לשם מתנה או שהוא עצמו מודה בזה רק שעתה אומר אי אפשי ולכך לא הדרא למרא גבי מטלטלים כנלענ"ד דברי הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה מג

שלום לכבוד אהו' ידידי הרבני המופלג החריף ובקי מוה"ר יצחק נ"י:
הגיעני אמרותיו בדבר מי שהיה נושה בחבירו מנה ושוב אסר הלוה לכל נכסיו על המלוה אם יכול לאסור ואם נאמר דאין יכול לאסור אם אין רשאי רק לגבות החוב ומ"מ הנדר קיים לענין שאר הנכסים או אמרינן בזה נדר שהותר מקצתו הותר כולו והביא בזה דברי מהרי"ט בח"א סי' ה' ודברי השער המלך בשם ספר קול יעקב שהקשה על רש"י ר"פ המדיר שכתב מתשמיש לא נאסר דהא משעבוד לה והקשה כיון שהנאת תשמיש ג"כ בכלל הנדר שאסרה מלהנות לו וכמ"ש התוס' אליבא דרש"י וא"כ גם על המזונות נימא לא חל מטעם נדר שהותר מקצתו ובשער המלך כתב דתשמיש קונם מפקיע מידי שעבוד אלא דאלמוה רבנן לשעבודא לכן לא אמרי' הואיל והותר מקצתו הותר כולו שדי להפקיע את עצמו משא"כ היכא שהנדר חל מדינא וכ"ת נשא ונתן הרבה בדברי שער המלך הללו וגם הביא סברת מהרי"ט ח"א סי' ה' והט"ז סי' רל"ד דכל שהשיעבוד חזק שאין בידו להפקיע כגון תשמיש חל מדינא. ודוקא מעשה ידיה שבידה לומר איני ניזונות או לשלם בעד המלאכה ובזה כתב ליישב דברי הרמב"ם מקושית הלח"מ והמ"ל שם וגם מה שהוקשו התוס' על רש"י דמגופא דמתניתין דלא חל על תשמיש הוה מצי למפרך וע"ז כתב דלפי הנ"ל א"ש דהו"מ לחלק דתשמיש אין בידו להפקיע משא"כ מקונם שאני עושה לפיך שבידו להפקיע ע"י צאי כו' פריך שפיר והאריך בזה ומאד הנאני דבריו כי הם שקולים בשכל הישר. ואורח מישור:
והנה מ"ש כ"ת בזה ליישב דברי התוס' י"ל דאף מהרי"ט וט"ז לא קאמרי אלא בנדרה איהי תשמישי עליך שאין בידה להפקיע שעבודא מעליא. אבל בנדר איהו לא אלים השעבוד כולי האי שהרי בידו לגרשה ואע"ג דהשתא לא גרשה מ"מ אין לדחות הקונם וכמו במעשה ידיה אע"ג דכל כמה דלא אמרה איני ניזונות או הוא לא אמר צאי השעבוד הוא שעבוד גמור מ"מ הועיל הקונם לדחות השעבוד הזה שבידו להפקיע אף בלא סברת נעשה וכמ"ש כ"ת וכמו כן י"ל לענין נדר דידיה מתשמיש שאם בידו להפקיע השעבוד באיזה ענין שיהיה אין לנו לדחות הקונם ולקמן אבאר סברת מהרי"ט והט"ז בזה ולפ"ז עדיין לא הגענו לכלל ישוב דברי התוס' דהו"ל לאקשויי ממתני' דתשמיש לא

חל מחמת השעבוד ואי משום דמזונות בידו להפקיע ע"י צאי גם תשמיש בידו להפקיע ע"י גירושין ועוד נראה דלפי דעת המקשן לא מצי להפקיע שעבוד המזונות ע"י שיאמר צאי וכמו שהקשה בתר הכי דא"כ פרנס ל"ל וע"כ בדלא ספקה וא"כ הא משעבוד לה ולא מצי להפקיע וטפי הו"ל למימר דלכך גבי מזונות הו"ל יכול להפקיע ע"י שיעמיד פרנס וראיתי למחותני הגאון החסיד ז"ל בספר כתובה ס"פ אע"פ שכתב על מ"ש ה"ה לחלק הא דבהדירה עד למ"ד יעמיד פרנס מכאן ואילך יוציא ויתן כתובה דדוקא בהדירה דזילא לה מלתא ע"י פרנס כו' והקשה ע"ז דא"כ מאי פריך כיון דמשעבדא היכא מצי מדר לה דהא שפיר חל הנדר כיון שקודם שהדירה היה רשאי ע"י פרנס והביא ראיה מדברי התוספות שכתב לענין אינה מספקת לדברים קטנים דאדעתא דהכי לא מחלה הלכך משעבוד לה ומ"מ חל הנדר דבשעת הנדר אכתי לא היה משעבוד ע"ש:

ולענ"ד דבריו הקדושים צ"ע דאין הנדון דומה לראיה דלענין דברים קטנים שפיר אמרינן כיון דהשתא ליכא שעבוד כלל אדברים קטנים שהרי מחלה עליהם אע"ג דע"י הנדר חוזר החיוב למקומו בשביל זה לא בטל חלות הנדר שקדם לחיוב משא"כ לענין פרנס פריך שפיר וכיון דמשועבד לה משום דהשתא מיהא שיעבודא חייל עליה ואע"פ שהוא יכול לסלק שעבוד זה מעליו ע"י פרנס בשביל זה אין לומר שיחול הנדר דגם בקונם שאני עושה לפיך יכול לסלק השעבוד ע"י שתאמר איני ניזונית כו' או שתפרע בעד המלאכה כמ"ש מהרי"ט והט"ז והש"ס לא קאמר אלא משום שי"ל דהו"ל כאומר נעשה כאומר צאי כו' אבל פשיטא דלא שייך לומר נעשה כמעמיד פרנס ובזה אני תמה על מ"ש שם בספר כתובה בק"א סי' ע"ו סק"ט בהנאת תשמישי עליך אפילו בפחות משיעור עונה אינו חל כיון שאמר הנאת תשמישי עליך סתם ולא פירוש סתמא אכל תשמיש קאי אפי' על שיעור עונה וכיון דאההיא לא חייל לא פלגינן דבורא לאסור עליו בפחות משיעור עונה ולהתיר מה שהוא יותר מכשיעור ואע"ג שהוא ז"ל בחידושיו ר"פ המדיר כתב שאין לומר נדר שהותר מקצתו כו' אלא בנדר בטעות ע"ש לענ"ד כל שהוא נכלל בדבור אחד ממש לא פלגינן דבורא ומכ"ש בזה שעיקרו של נדר הוא על הפקעת השעבוד דודאי הכוונה העיקרית על העונה המחוייבת ולכן אף שנכללו בלשון זה גם עונות של רשות לא חייל כלל כיון שאין חלות לעיקר הנדר כל הנדר בטל וכן הוא במהרי"ט סי' ה' שם שכתב ראיה דא"כ בהנאת תשמישי עליך נימא דיפר שמא תעדיף יותר מן הראוי דהא ודאי לא משתעבדא ליה בכל שעה כו' אלא ע"כ שהנדר מעיקרא לא חייל שאין בידה לאסור עונתו עליו וכי היכא דמעיקרא לא חל העדפה נמי לא חייל דאפי' יגרשנה לא חייל משום דבשעת הנדר לא היה בו ממש ואין כאן נדר מעיקרו ע"ש וא"כ דינו של

הגאון בספר כתובה א"ש אך טעמו שכ' דמשעבוד לה להיות פת בסלה צ"ע לפענ"ד לפי מש"ל מדברי התוס' לענין דברים קטנים אע"ג דלאחר הנדר נתחדש עליו השעבוד של דברים קטנים מ"מ שפיר חל הנדר כיון שבשעת הנדר לא היה עליו חיוב והגאון ז"ל בעצמו סובר כן אפי' לענין העמדת פרנס שאע"פ שלאחר הנדר אין העמדת פרנס מועיל ויש כאן שעבוד לא איכפת לן ושפיר חל הנדר קודם וא"כ מכ"ש בזה כיון דהשתא קודם שנדר לא היה עליו חיוב יותר מהעונה א"כ חל הנדר ואע"ג דע"י שנודר אין כאן פת בסלה לא איכפת לן בהכי כיון דבשעת הנדר לא היה שייכות שעבוד וכמ"ש התוס' לענין דברים קטנים ואין לחלק ולומר דהתם קודם הנדר אין כאן שעבוד על דברים קטנים כלל משא"כ כאן דבהא מלתא גופא משועבד לה שיהיה לה פת בסלה וכמו שכתב הרשב"א בנדרים לענין גוף השעבוד דאף בלא מצוה הוא משום דמעיקרא אדעתא דהכי נשאת ונשתעבדו זה לזה וה"נ מעיקרא נשתעבד לה שיהיה פת בסלה ז"א דא"כ ה"נ נימא דמעיקרא נשתעבד לה על דברים קטנים כשלא תוכל לגלגל עמו וא"כ בשעת הנדר יש כאן חלות השעבוד ואינו יכול להפקיעו א"ו דליתא דכל שבשעת הנדר אין כאן מקום לחייבו על הדבר שהוא נודר עליו שפיר הוא יכול לידור עליו. ועוד נראה דמשום דנימא דמשועבד שהיה לו פת בסלו אין מקום להפקיע הנדר כלל דע"כ לא אמרינן הך מלתא דאינו דומה מי שיש לו פת כו' אלא לענין זה שכופין אותו להוציא בשבת אחת דכיון שאסרה עליו אין לה פת בסלה וקפדא בהכי ועל שבת א' או שתי שבתות לא קפדא דגמרינן מנדה או מיולדת טפי מהכי קפדא שעכ"פ יהיה לה פת בסלה וגם כיון שהוא מדירה סברה מסני סני לה וכה"ג מחלק לרב בין סתם למפרש דבסתם יוצא לאלתר אע"פ שעדיין לא הגיע זמן עונתה משום דסברה מסני סני לה אבל מ"מ מנין לנו לומר שיש ע"ז שם שעבוד שלא יחול הנדר שאין נופל ע"ז שם שעבוד כלל רק השעבוד הוא על חיוב העונה וכל שנודר בפחות משיעור לא נשתעבד כלל וחל הנדר ותמתין שבת א' דבזמן כזה לא איכפת לן בפת בסלו ואח"כ באמת יצטרך להוציא אם לא ימצא פתח לנדרו וא"כ דין הגאון ז"ל אמת ולאו מטעמיה וכמ"ש:

וראיתי בספר כתובה כתב לתרץ קושית אא"ז מהרש"א בריש המדיר במ"ש התוס' דמגופא דמתניתין בתשמיש הוה מצי לאקשויי כתב מהרש"א דמגופא מצי לאדחויי דתשמיש דאורייתא לא חל הנדר משא"כ מזונות דרבנן וע"ז כתב בספר כתובה שם דכיון דמתניתין דלעיל גם בגמל וספן מיירי משום קושית הש"ס דאיכפל תנא לאשמעינן טייל ופועל וא"כ אע"ג דלא חל משום דלפי שאינו דומה כו' מ"מ לאו דאורייתא ע"ש ולטעמיה אזיל דס"ל דכה"ג שעבוד מיקרי להפקיע הנדר ולדידי צ"ע שנראין הדברים

כמ"ש דמשום פת בסלה לא פקע נדרא ומ"ש שם להוכיח דע"כ אין השעבוד חל משום דבעי פת בסלו דאל"כ קשה אמתני' דהכא איכפל תנא כו' לפענ"ד ז"א דדוקא התם חשיב ליה פרכא כיון דאתי לאשמעינן דין המדיר מתשמיש אם איתא דלא שייך רק בטייל ופועל הו"ל לפרושי משא"כ כאן דעיקר דין התנא לאשמעינן דין נדר של מזונות ושנה התנא בלשון קצרה מלהנות לו דמשמע ג"כ תשמיש שפיר משכחת לה דמיירי בענין שאין הנדר חל על תשמיש כגון טייל ופועל כיון שעיקרו מיירי לענין נדר מזונות וזה ברור לענ"ד ומאוד יש להפליא על הגאון החסיד ז"ל שהעלים עיניו הטהורים מדברי רש"י בסוגיא דלעיל דף ס"א ע"ב בד"ה מלהנות לו כו' ואית דמוקי כגון שהוא מן הגמלים או מן הספנים שאין לכופו בשביל תשמיש ולאו מלתא הוא דהא לקמן מוקי דאכולהי קתני מתניתין לענין מדיר שבת א' עכ"ל:

ולדברי הגאון ז"ל צ"ל בכונת רש"י דדחי להנך דמוקי בהכי דוקא אלא בכל גווני מיירי ומשום דאינו חל אבל זה אינו במשמע בלשון רש"י דא"כ הו"ל למידחי דלית לן לאוקמא מתניתין בגמל וספן דוקא ומלשונו שכתב דלקמן מוקי אכולהי כו' נראה שר"ל דא"כ הול"ל כאן שבת א' יוציא אלא ע"כ דלא מיירי מגמל וספן אלא מטייל ופועל דאין הנדר חל כלל ועכ"פ הוא פלא שלא הזכיר מלשון רש"י בזה כלל ועי' שם בק"א סימן ע"ו מ"ש ראיה מש"ס דנדרים וכן משמע לכאורה מלשון הרמב"ם וש"ע ואין כאן מקומו והעיקר קושית מהרש"א דממתניתין מצינן לדחויי דתשמיש דאורייתא נלענ"ד דא"ש ע"פ דברי הרשב"א בנדרים שהקשה כו' דהנה הרשב"א בנדרים הקשה בהא דנדרים חלי' על דבר מצוה כגון סוכה ולולב דנימא דעשה דחי ל"ת דלא יחל ותירץ דאיכא נמי עשה דכל היוצא מפיו יעשה וכ"כ בשער המלך בשם ספר החינוך ולפ"ז לכאורה קשה בהא דאמרינן דתשמיש משעבוד לה דכתיב ועונתה לא יגרע דהא הוא רק לא תעשה וא"נ נימא דאתי עשה דכל היוצא מפיו יעשה ודחי לל"ת דעונה. ונראה דא"ש לפמ"ש הרשב"א בנדרים שהתוס' הקשו אהא דאמרינן משעבוד לה דהא נדרים חלים על דבר מצוה ותירץ דהא דאמרינן משעבוד לה היינו בלא מצוה אלא כיון שנשאו זה את זה שעבדו עצמם זה לזה שע"ד כן ניסת לו מתחלה וא"כ א"ש דאף דמחמת הל"ת דלא יגרע הוה אמרינן דאתי עשה ודחי ליה מ"מ מצד השעבוד לא נאסר עליה דהוה כאוסר עליה דבר שהוא שלה וא"כ אין מקום לקו' מהרש"א דא"א לחלק בין תשמיש דאורייתא דהא מצד המצוה אתי עשה דנדר ודחו ליה ואין מקום להתיר התשמיש רק מצד שעבוד שנשתעבד לה בשעת נשואין, והרי שעבוד זה היה כמו כן על המזונות ואם אינו חל על תשמיש גם על מזונות לא יחול ושפיר הקשו התוס' על רש"י. והנה כבר הבאתי

דברי רש"י במ"ש ואית דמוקי לה כגון שהוא מן הגמלים כו' ובלשון רש"י שם איכא תמיה טובא כמ"ש לקמן וראיתי להעתיק לכ"ת מ"ש בזה בחידושים על דברי התוס' שהקשו דמגופא דמתניתין הו"מ למפרך. ולענ"ד נראה דא"ש דהנה רש"י לעיל דף ס"א כתב על הך מתני' וז"ל ואית דמוקמי כגון שהוא מן הגמלים או מן הספנים שאין לכופו בשביל תשמיש ולאו מלתא הוא דהא מוקי לקמן אכולהי קתני מתני' לענין מדיר שבוע אחת עכ"ל:

וכדי ליישב דעת האית דמוקי דודאי לאו קטל קניא נינהו והאיך נעלם מהם ש"ס מפורש לקמן דהנה התוס' דף ס"ג כתב דמדיר הוי טפי פת בסלו ממורד ולכך שפיר יליף מדיר מנדה דהוי פת בסלו וגם לכך מוסיפין במורד ולא במדיר עי' שם ושם בדף ס"ב דקאמר דמתניתין דמדיר מתשמיש שבת א' דמוקי דאכולהו קאמר טעמא משום דאינו דומה מי שיש לו פת בסלו כו' מבואר דמדיר לא חשיב פת בסלו ודוחק לומר דחשיב טפי פת בסלו ממורד לענין דאין מוסיפין אבל מ"מ לא חשיב פת בסלו לענין דשבת אחת כופין להוציא דמסתבר אי חשיב פת בסלו לכולה מלתא פת בסלו הוא וצ"ל דהא דאמרינן התם אפילו מורדת נדה ומפלגינן מחמת פת בסלו שמואל קאמר לה התם ואליבא שפיר כתבו התוס' שם דמדיר הוה פת בסלו שמא ימצא פתח לנדרו דשמואל ס"ל הכי ומוקי מתני' אפילו בסתם שמא ימצא פתח א"כ מדיר לא הוה פת בסלו כלל וא"ש הא דמוקי מתניתין אכולהו משום שאינו פת בסלו די"ל דזה קאי אליבא דרב דלדידיה מדיר לאו פת בסלו הוא והא דאין מוסיפין במדיר לרב אכתוב לקמן. ולפ"ז י"ל שזהו דעת האית דמוקי בגמלים וספנים שהם מפרשין כן אליבא דהלכתא דקי"ל כשמואל ולדידיה בגמלים וספנים אין לכוף בשבת א' משום דשפיר הוה פת בסלו שמא ימצא פתח לנדרו. אך י"ל דז"א דהא בש"ס מוקינן לה באומר צאי מעשה ידיך במזונותיך והתוס' ס"פ אעפ"י כתב לרב אשי דאמר אוכלת מליל שבת היינו תשמיש אפילו הוא כן הואיל ומשרה אותה ע"י שליש כו'. ונראה דה"ה באומר צאי מ"י למזונותיך הדין כן וכ"כ בספר כתובה שם. ולפ"ז מיד שאומר לה צאי מ"י חזר עונת גמל וספן להיות כמו טייל ופועל וא"כ גם אליבא דשמואל א"א לאוקמי גמל וספן דגם אינהו דין טייל ופועל יש לו וצ"ל דהך אית דמוקי סברי כדעת הפוסקים דאף במשרה ע"י שליש כל חד עונתיה כדיניה וה"ה באומר צאי ורש"י ז"ל סובר בזה כהתוס' (עי' בש"מ בשם תר"י שכ' בשם רבני צרפת דלא כהתוס' בזה) וכמ"ש לקמן בלשון רש"י בזה. ולפ"ז לק"מ קושית התוספות על רש"י דלפריך מגופא דמתניתין משום דרש"י שפיר כ"כ לפרש המשנה אליבא דמסקנא ואקימתת הש"ס דאמר צאי מ"י וא"כ גם גמל וספן דינו כטייל ופועל

ושפיר קאי אכולהו דמתשמיש לא נאסר שאינו חל משום דמשועבד לה משא"כ בס"ד דלא ידע דמיירי באומר צאי לא הוי מצי לאוכחי מתשמיש דלא חייל משום דמשועבד לה די"ל דשפיר חל אלא דמיירי בגמלים וספנים וכדעת האית דמוקי ולכן בשביל תשמיש אין לכופו וא"ל דאעפ"כ יש לכופו משום פת בסלו ז"א דהא קושית הגמרא הכא לא אזלי אליבא דרב וכמ"ש התוס' דלרב איכא לאוקמא כגון דתלנהו למזונות בתשמיש רק אליבא דשמואל קשיא ליה וכמו שתירצו התוס' לקמן ואליבא דשמואל שפיר הוה במדיר פת בסלו שמא ימצא פתח ואין בגמל וספן כלל בשביל תשמיש והך מתני' דקתני שבת א' אליבא דשמואל ע"כ מיירי בטייל ופועל או במשרה על ידי שליש או שאמר צאו דכולהו כטייל ופועל נינהו. וא"כ אליבא דשמואל מגופא דמתניתין לא מוכח מידי די"ל דשפיר חל על שעבוד דתשמיש ומזונות ומ"מ אין לכופו בשביל כך בגמל וספן דעונתה רחוקה ופת בסלו הוה דשמא ימצא פתח לנדרו ולכך הוצרך להקשות ממתניתין דקונם שאני עושה לפיך משא"כ רש"י פירש שפיר דאין חל על תשמיש אליבא דמסקנא דמיירי באומר צאו מ"י וגמל וספן דין אחד להם כמו טייל ופועל ואפילו אליבא דשמואל יש לכופו אם היה חל. אך באמת אינו חל על תשמיש כלל:

ועפי"ז פירשתי דברי רש"י בדף ע"א ע"ב שכ' וז"ל מלהנות לו עד שלשים יום קונם את נהנית לי עד שלשים יום ולא הדירה מהנאת תשמיש דהא לא חייל משום דמשעובד לה וגבי מזונות נמי מוקמינן לקמן באומר צאי מ"י למזונותיך ופרנס משום דלא ספקה ואית דמוקי כגון שהוא מן הגמלים או מן הספנים שאין לכופו בשביל תשמיש ולאו מלתא דהא לקמן מוקי אכולהו קתני מתניתין לענין מדיר שבת אחת עכ"ל:

והנה בלשון רש"י זה איכא תמיה טובא חדא דמפרש קונם את נהנית לי עד שלשים יום ונקט מלתיה אליבא דרב והרי בש"ס כאן ושם גופא מייתי עלה פלוגתא דרב ושמואל והפוסקים פסקו נמי להלכה כשמואל ולשמואל הך עד שלשים יום אלבתריה קאי דיעמוד פרנס ועוד דמלשון רש"י שכתב וגבי מזונות נמי מוקמינן כו' מבואר דמגופא דמתניתין דקאמר דלא חייל אתשמיש מוכח דלענין מזונות מיירי באומר צאי ובאמת שהש"ס כאן לא הוכרח זה מגופא דמתניתין רק מהך דקונם שאני עושה לפיך וכמו שהקשו התוספות באמת על רש"י דהכא ועוד קשה דהא גם הני דמוקי בגמלים וספנים ע"כ דלא פליגי בדינא על רש"י דאין חל על תשמיש יותר משיעור עונה כמבואר בנדרים דף ט"ו דפריך והא משועבד לה ומשני באומר הנאת תשמישך עלי כו' והכא כיון דקאמר מלהנות לו הוא כאומר הנאת תשמישי עליך דלא חל וא"כ מי הכריח אותם לאוקמי בגמלים וספנים ולצאת מידי פשוטו דמיירי אף בטייל ופועל ומשום דלא חל וגם יש

לדקדק מה שהפסיק רש"י וכתב וגבי מזונות נמי ואח"כ כתב ואית דמוקי כו' ואף שיש לומר דאסוקי מלתא הוא ושוב חזר לומר על הדרת תשמיש אית דמוקי כו' אך לפמ"ש יש לפרש באופן מרווח ודברי רש"י מדוקדקים מאד דהנה מה דמוקי הש"ס באומר צאי כו' הכריח הש"ס משום דקשיא ליה מתני' דקונם שאני עושה לפיך והיינו אליבא דשמואל דס"ל דמדיר הוה פת בסלו ואין הכרח מגופא דמתניתין משא"כ אליבא דרב דמדיר לא הוי פת בסלו יש הכרח מגופא דמתניתין דע"כ דמתניתין מיירי בטייל ופועל ומשום דלא חייל וא"כ הך דמזונות ע"כ מיירי באומר צאי ושוב א"צ לומר בטייל ופועל דוקא דגם בגמל וספן דינו כטייל ופועל וזה כוונת רש"י בכאן דבעי לפרושי הך דמזונות באומר צאי ולכך נקט מלתי' אליבא דרב וא"כ א"א לאוקמי בגמלים וספנים וע"כ משום דלא חל וגבי מזונות נמי מוקמינן כו'. וע"ז כתב ואית דמוקי כו' שאע"פ שהם מודים לדינא דרש"י דלא חל אתשמיש מ"מ בעי לאוקמי בגמלים וספנים דאין לכופו משום תשמיש וממילא שאין הכרח מגופא דמתניתין לפרש גבי מזונות שאמר צאי וע"ז כתב רש"י דליתא דהא אליבא דרב קיימינן ואליביה מוקמינן לקמן אכולהו וא"כ אי מיירי בגמלים וספנים ודאי דהנדר חל דאף דלרב י"ל דאינו דומה מ"מ זה לאחר חלות הנדר אבל מ"מ שפיר חל הנדר בשעתו דאין כאן עונה בגמלים וספנים ומ"מ כיון דאינו דומה יש לכופו להוציא בשבת אחת אלא ע"כ מוכח מגופא דמתניתין דלא חל אתשמיש והך דמזונות מיירי באומר צאי כו' ולכך נקט רש"י מלתיה אליבא דרב דלשמואל שפיר יש לומר כהנך אית דמוקי דלדידיה דהוה פת בסלו משום שמא ימצא פתח לא יוציא בשבת אחת ומהאי טעמא לא פריך הכא מגופא דמתניתין וכמ"ש:

ובאופן אחר י"ל דהא דאמרינן בנדרים דתשמיש דבר שאין בו ממש הוא כתבו דאין הנדר חל רק מדרבנן והב"י בסי' קל"ט כתב בשם הריב"ש דמתרצינן דבוריה כאילו אמר הנאת גופך. והנה תירוץ הריב"ש לא שייך אלא באומר בפירוש הנאת תשמישך דכיון שהיא דשאב"מ יש לנו לתרץ דבורו משא"כ באומר לו סתם שכולל כל הנאות אם אינו חל על דבר שאב"מ מנ"ל לתרץ דבוריה שאסר הנאת גופו לתשמיש עליה וא"כ אף אם הנאת תשמיש בכלל דבר שאב"מ הוא וצ"ל דבאמת אינו אסור אלא מדרבנן והר"ן בנדרים כתב דאף שנדר מתשמיש דרבנן והשיעבוד מדאורייתא מ"מ יכולין חכמים לעקור דבר מה"ת והיינו בקונם הנאת תשמישך עלי לפי שאין מאכילין כו'. ולפ"ז א"ש דמגופא דמתניתין לק"מ די"ל כיון דמשועבד מדאורייתא והנדר אינו חל רק מדרבנן לא חל משא"כ מזונות אפילו אי מזונות דאורייתא מ"מ הנדר ג"כ דאורייתא ושפיר חל הנדר ולכך הוצרך

להקשות מקונם שאני עושה לפיך דהתם נמי הנדר חל דאורייתא כמבואר לעיל דף נ"ח ואפ"ה לא חל:

והנה ראיתי מ"ש כ"ת בשם ספר שער המלך הלכות נדרים בשם ס' קול יעקב שכתב בהך דנדר שהותר מקצתו לחלק בין חל מעיקרו והותר מקצתו ע"י פתח ובין אם מעיקרו לא חל על מקצתו והביא ראיה מסוגיא זו ובאמת לפי טעם הירושלמי אין מקום לחלק כיון דעכ"פ לא נתקיים כל היוצא מפיו ובשער המלך שם כתב חילוק אחר ועי' בחידושי הריטב"א שבועות כ"ט דנשבע לשלם קרן ורבית אף שאינו חל על הריבית חל על הקרן ולא אמרינן הותר מקצתו במידי דממילא ודוקא ע"י התרה אמרינן הכי ועיין בחידושי הרשב"א בנדרים דף י"א דבנדר הניתר על ידי פתח דוקא אמרינן הכי. ושוב ראיתי כי בשער המלך הביא דברי הריטב"א דשבועות וכתב שהביאם במחנה אפרים והקשה ע"ז מהריטב"א דכתובות בסוגיא דקונם שאני עושה לפיך. עי' שם מתשובת הר"ן בזה וקצרתי:

אך כדי ליישב דברי רש"י הנה זה כביר שעמדתי על קושיא זו וכתבתי בחידושי לתרץ עפ"י מ"ש הרשב"א בנדרים דף ט"ו בהא דאמר התם הנאת תשמישך עלי חל הנדר דהא לא מיקרי הנאה כלל כיון דהוא מחויב בה משום מצות עונה ומצות לאו להנות ניתנו ותירץ דהמצוה הוא מחמתה וכיון שבאומר הנאת תשמישך עלי חל הנדר ופקע שעבודא ואין כאן מצוה ושוב מיקרי הנאה עי' שם אך זה באומר הנאת תשמישך עלי משא"כ באומר הנאת תשמישי עליך דקי"ל דבכה"ג לא חל הנדר משום דמשועבד לה וכיון שיש כאן שעבוד אין כאן הנאה דהא מצוה הוא ומצות לאו להנות ניתנו וא"כ אפילו אם משמש עמה אין בזה ביטול הנדר דהא נדר מלהנות לו ואין זה הנאה אלא מצוה. ולפ"ז א"ש מ"ש רש"י אין הנאת תשמישו נאסר עליה דהא משועבד לה וא"כ יש כאן מצוה ואין בהנאת תשמישו ביטול הנדר כלל וא"כ שפיר חל הנדר על מזונות דא"ל דבטל מקצתו בטל כולו דז"א דאף מקצתו לא נתבטל שמה שהדירה שלא תהנה ממנו אין זה מתבטל לפי שהוא מקיים מצות עונה לאו להנות ניתנו:

ובזה יש ליישב לשון רש"י לעיל דף ס"א ע"ב שכתב רש"י אהך מתניתין מלהנות לו כו' ולא הדירה מהנאת תשמיש דהא לא חייל משום דמשעבוד לה כו'. ולכאורה מתחלת לשונו משמע שהוא לא הדירה כלל מהנאת תשמיש והיינו כשיטת התוס' דהכא דלהנות לו לא משמע תשמיש ושוב כתב דהא לא חייל כו' משמע דשפיר יש בלשון זה שמדירה מהנאת תשמיש ג"כ אלא שאינו חל משום דמשועבד לה וכשיטת רש"י כאן וכן ראיתי מי שדקדק בזה בלשון רש"י ז"ל שהיא סתירה תכ"ד ולפי מ"ש לשון רש"י מדוקדק היטב

דודאי אם היינו אומרים דחל הנדר ופקע השיעבוד אז היתה אסורה בתשמיש מלשון להנות לו שכולל כל הנאות דכיון שפקע השיעבוד ואין כאן מצוה הנאת תשמיש הנאה מיקריא וכמו שכתב הרשב"א בהנאת תשמישך עלי אבל באמת בגונא דהכא שאסר הנאתו עליה אין הנדר חל משום דמשועבד לה ויש כאן מצוה א"כ ממילא שבלשון נדר זה אין נכלל בו הנאת תשמיש שאינו הנאה רק מצוה שלא ניתנה להנות ומדוקדק לשון רש"י שלא הדירה מהנאת תשמיש שאף שבכלל להנות כל הנאות במשמע מ"מ הנאת תשמיש אינו בכלל וטעמא דהא לא חייל משום דמשועבד לה וא"כ כיון שהקונם לא הפקיע השעבוד והמצוה במקומה עומדת ולא חשיבא הנאה ממילא דאין כאן נדר מעיקרא על הנאת תשמיש כלל:

ובזה יש ליישב מה שהקשו המפורשים הביאם בש"מ על רש"י מדברי הירושל' שהקשה על מתניתין דהכא ומתניתין דהמדיר את אשתו מתשמיש המטה ומתרץ תמן במדירה מגופו ברם הכא במדירה מנכסיו הרי מבואר דהירושל' מפרש דלהנות לו אין תשמיש במשמע וכשיטת התוס' ונראה לתרץ ע"פ מה דאמרינן בנדרים דף ט"ו דהנאת תשמיש הו"ל דבר שאין ממש ואין נדרים חלים על דבר שאין בו ממש. והקשו המפורשים שם דאם כן קונם הנאת תשמישך עלי לא יחול ותירצו הרשב"א והר"ן שם דאין הכי נמי דלא חל רק מדרבנן והנה הר"ן שם הקשה דא"כ כיון דהנדר דרבנן והשעבוד דאורייי' היכא מצי חייל וכתב דיכולים ב"ד לעקור דבר מן התורה בשב וא"ת וזה תלוי בפלוגתא דרבה ור"ח ביבמות דף צ' אך לדעת הסמ"ג דפוסק כראב"י לעיל דף מ"ח דעונה ג"כ מדרבנן א"ש בפשיטות אך כ"ז באומר הנאת תשמישך עלי לפי שאין מאכילין כו' אבל באומר הנאת תשמושי עליך אף ע"פ שהעונה דרבנן מ"מ נדר של תשמיש שהיא דבר שאין בו ממש היא ג"כ דרבנן ולא מצי חייל משא"כ במזונות דמוקי הירושלמי התם כמ"ד אין מזונות לאשה ד"ת א"ש דנדר של מזונות הוא דבר שיש בו ממש ואתי נדרא דאיסור דאורייתא ומפקיע שעבוד מזונות דרבנן. ולפ"ז א"ש שהוצרך הירושלמי לפרש דמתני' מיירי שלא הדירה מגופו רק מנכסיו דאם הדירה מגופו ג"כ אלא דלא חל הנדר א"כ גם הנדר שהדירה מנכסיו לא חל דהו"ל נדר שהותר מקצתו והירושלמי לשיטתו דס"ל דילפינן מכל היוצא מפיו כו' וא"ל כמ"ש דבאמת מתקיים כל הנדר דמצות לאו להנות ניתנו ז"א לפי מ"ש הרז"ה במסכת ר"ה דבמצות דרבנן שפיר אמרינן דמצות להנות ניתנו משא"כ בש"ס דידן דקיימינן למ"ד מזונות דאורייי' כמ"ש הפ"י לקמן על קושיית התוס' גבי הגיע הזמן וכ"כ הרשב"א הביאו בש"מ ולמ"ד מזונות דאורייתא ע"כ דדריש קרא דשארה כו' כמשמעו וא"כ עונה נמי דאורייתא כמבואר לעיל דף מ"ח שפיר י"ל דהדירה

גם מגופו אלא דלא חייל ומ"מ אין כאן ביטול הנדר כיון דיש כאן קיום מצוה דאורייתא ולאו להנות ניתנו ושפיר חייל על מזונות וקרינן ביה כל היוצא מפיו כו':

והנה במ"ש לעיל דבהנאת תשמישי עליך כיון דלא חייל אמרינן מצות לאו להנות ניתנו יש לדחות לפמ"ש הרשב"א בנדרים דמצות עונה ליכא גבי דידה רק גבי דידיה ולפ"ז לענין הנאת תשמישי עליך לא שייכא הך סברא דלאו להנות ניתנו כיון דאין עליה מצוה שפיר חשיב הנאה לגבי דידה וכיון שאסר עליה הנאה ואנן נימא דאינו חל ומחוייב לשמש עמה יש כאן ביטול נדר ושייך למימר נדר שהותר מקצתו והרשב"א שם קאי לענין הנאת תשמישך עלי שפיר קאמר די"ל כיון דעליו רמיא המצוה לא חשיב הנאה גבי דידיה. אך י"ל דא"ש לפמ"ש הרשב"א שם להקשות דנהי דמפקיע משעבוד עונה מ"מ הא איכא מצות פ"ו ותירץ דאפשר ליה לקיומי באחריתי. והנה הב"ש באה"ע סי' א' הביא דעות הפוסקים דגם אשה חייבת במצוה דשבת ולענין שבת לא שייך אפשר לקיומי באחריתי וא"כ גם לענין הנאת תשמישי עליך י"ל דלא חשיב הנאה גבי דידה כיון דאיכא מצוה ישע דלאו להנות ניתנו אלא שלפ"ז אינו עולה יפה בשיטת הרז"ה שכתבתי לעיל כיון דליכא רק מצות שבת דרבנן להנות ניתנו ומוכח כשיטת שאר פוסקים החולקים על הרז"ה וס"ל דאף במצוה דרבנן אמרינן לאו להנות ניתנו. ולפ"ז א"א לתרץ הירושלמי דלעיל על הדרך שכתבתי. ואפשר לומר דא"ש ע"פ מ"ש דהירושלמי מוקי מתניתין כמ"ד מזונות דרבנן ולדידיה י"ל דעונה ג"כ דרבנן. ולפ"ז לפי שיטת רש"י שכתב גבי אוקימתא דהגיע זמן דנדר דאורייתא חל השיעבוד דרבנן וכן הוא שיטת הירושלמי דלכן משני דאתי כמ"ד מזונות דרבנן א"כ א"א לומר דלא חייל אתשמיש משום דמשועבד לה דהא שיעבד התשמיש אינו אלא מדרבנן ושפיר קשיא לן ממתני' דהמדיר מת"ה דפליגו ב"ש וב"ה. והוצרך לתרץ דמיירי במדירה מנכסיו בפירוש משא"כ בש"ס דידן דקיימינן למ"ד דמזונות דאורייתא ופשיטא דעונה ג"כ דאורייתא לדידיה ולכן מתפרש בפשיטות דלא קאי אתשמיש כלל אף שיש בכלל הנדר לשון תשמיש וא"צ לאוקמא במדירה מנכסיו אך כ"ז שכתבנו דלא הוי ביטל מקצתו משום דלאו להנות אינו אלא לפי שיטת הרשב"א שזכרתי אבל לשיטת התוספות והר"ן לא שייך מצות לאו להנות אלא כשאין שם הנאה אחרת מבלעדי המצוה כגון תקיעת שופר וכיוצא וא"כ כאן לא שייכא הך דמצות לאו להנות וא"כ הדרא קושיא לדוכתה נימא נדר שהותר מקצתו כו' וכן יש להקשות בהא דאמרינן קונם שאני עושה לפיך ר"ע אומר יפר שמא תעדיף כו' ומה בכך כיון שאין הנדר כולו יכול להתקיים דמעשה ידיה גופייהו משתעבדי לבעל ור"ע גופא אמר בנדרים הך מלתא דנדר שהותר מקצתו כו' ובזה לא שייך הך דמצות כו' וקשיא אף לשיטת הרשב"א

ולזה י"ל דהנה המפורשים כתבו בטעמא דנדר שביטל מקצתו משום שלא היה דעתו שיחול רק באופן שיחול כולו ובשו"ת מהרי"ט סימן מדמי לקני את וחמור דמתוך שלא קנה זה כו' והנה בשו"ת נ"ב חלק ח"מ סי' כ"ו כתב דהמקנה נכסים שיש לו עתה ונכסים שיבואו לו אח"כ לא דמי לקני את וחמור ולא אמרינן שדעתו שלא יקנה נכסים שיש לו עתה אם לא יקנה הנכסים שיבואו לו אח"כ ג"כ דז"א דמי יימר שיבואו לו נכסים אח"כ כלל ע"ש. ולפי זה במדרת מעשה ידיה דאמרינן שמא תעדיף אין לתלות זה בזה לומר דהוי כקני את וחמור דמאן יימר שיהיה לה העדפה שע"י הדחק כלל אבל אחר העיון ז"א דשפיר אמרינן דאע"פ שאינו קונה הנכסים העתידים לבא מ"מ שפיר קונה הנכסים של עכשיו משא"כ כאן הוא להיפך שמעשה ידיה הם דברים העתידים לבא ועבידו דאתי לא מציא אסרה עליו דהא משעבדי ליה רק העדפה שע"י הדחק מציא אסרה ושפיר י"ל שלא היה דעתה שיחול על העדפה דהוא מלתא דלא שכיחא אם אינו יחול על גוף מעשה ידיה ומכ"ש למאי דקי"ל נדר שהותר מקצתו ומכ"ש לטעם הירושלמי דיליף מכל היוצא כו' א"כ בכל ענין שאינו מתקיים כולו אינו חל כלל ונראה דא"ש דהנה קי"ל לעיל ובנדרים דאין אדם אוסר פירות חבירו על חבירו, ונראה פשוט דמ"מ אם אמר פרותי ופרותיך קונם עליך שפירות המדיר אסורין עליו אע"פ שפירות של המודר עצמו מותרין לא אמרינן בזה נדר שהותר מקצתו כו' דמה שאסר פירות חבירו על חבירו אין חל עליו שם נדר כלל ולא שייך בזה כל היוצא מפיו כו' שזה שייך במקום שיש עליו תורת נדר וכגון נדר בטעות כההיא דנדרים שם שאמר כולכם אסורים ונמצא אביו בתוכם וכל כה"ג שיש עליו תורת נדר אלא שהיא מקצתו נדר גרוע שאינו חל אבל בכה"ג שרוצה לאסור של חבירו על חבירו ע"ז לא שייך תורת נדר כלל ובכה"ג ודאי דלא אמרי' הותר מקצתו כו' והנה בהא דאמרינן כיון דמשעבוד לה לא מצי מדיר כתבו הרשב"א והר"ן בנדרים טעמא דזה הוי כאוסר פירות חבירו על חבירו וכ"כ הרמב"ם בהלכות נדרים ע"ש. ולפ"ז א"ש בפשיטות דלא חל אתשמיש ומ"מ חל אמזונות בגוונא דמוקי בש"ס ולא שייך נדר שהותר מקצתו דאותו מקצת שהותר משום דמשעבוד לה הו' כאוסר פירות חבירו על חבירו ואין עליו תורת נדר כלל ולא אמרינן ליה הותר מקצתו וכן א"ש הא דר"ע אומר יפר שמא תעדיף דהך דמעשה ידיה אינו חל מטעמא דאין אוסר פירות חבירו על חבירו הוא כמבואר שם. ושוב אחר זמן רב שכתבתי זה יצא לאור עולם ספר הפלאה למחותני הגאון החסיד ז"ל וראיתי שכתב ג"כ דרש"י ס"ל לחלק בין נדר טעות להיכא שאינו חל משום דמשעובד לה שמה שמשעבוד לא נאסר ושאין משועבד נאסר וכ"כ שם בק"א ודבריו סתומים קצת ואפשר שקיצר וכוונתו למה שכתבתי והנה המ"ל הלכות מלוה ולוה

הקשה לשיטת רש"י דס"ל להתיר רבית ע"י שליח א"כ מאי פריך ופרנס לאו שליחותיה קעביד וכן הקשה הט"ז סי' ק"ס והנה לשיטת הרשב"א והר"ן דס"ל דמדיר אינו לוקה רק המודר לוקה לק"מ רק לשיטת הרמב"ם בהלכות נדרים דהמדיר לוקה וכן משמע מדברי רש"י כאן שכתב ונמצא עובר על נדרו תיקשי. ונ"ל דא"ש ע"פ מה דאמרינן דהרמב"ם וכל הפוסקים פסקו דיש מעילה בקונמות והרי בריש פ"ב דקידושין אמרי' דבמעילה יש שליח לדבר עבירה אך כל זה לפי מה שהבינו הרשב"א והר"ן בדברי הרמב"ם. אמנם הלח"מ כתב דלהרמב"ם לוקה אבל מ"מ לא מעל והיינו כדי לתרץ קושית הרשב"א והר"ן מהא דקאמרי בנדרים דף ל"ד למעול נותן הא לא אסירא עליו ולענ"ד יש ליישב דבאמת הא דלוקה המדיר כשמהנה חבירו היינו דוקא כשמהנה אותו בגופו שבאה ההנאה מיד משא"כ בזה שנותן לו במתנה הרי עדיין לא נהנה מן הככר רק דס"ד דלמעול נותן מחמת שנהנה מן הככר במה שנותנו לחבירו אהא קאמר דנותן שפיר יכול להנות ממנו שלא נאסרה הנאת הככר עליו ומה שמהנה למקבל הרי לא נהנו ממנו עדיין עד שיוציא ואז הנותן לא קעביד מידי ומקבל אדעתיה דנפשיה קעביד במה שמוציאו ולא דמי להקדש שאם לקח מן ההקדש ונתן לחבירו מעל בנתינתו דשאני התם שהוא נהנה מן ההקדש בזה שנותן לחבירו ולכך מעל משא"כ כאן אע"פ שהנותן נהנה אין בכך כלום שלא אסר הנאת הככר על עצמו רק על חבירו וחבירו עדיין לא נהנה ואפילו תימא דשפיר מיירי הנאה לחבירו גם לגבי חבירו במה שמקבל המתנה מ"מ כיון שהמקבל אומר היתרא בעיתי כו' א"כ לא נהנה המקבל כלל. ואמנם נלענ"ד דכל שלא נהנה ממש אין הנותן עובר אפי' אם לא היה יכול המקבל לומר היתרא בעיתי וראיה לדבר מדקתני המדיר את אשתו מלהנות לו יוציא ולכאורה קשה כיון שצריך להקנות לה הגט לגמרי אפילו תימא שאין בנייר ש"פ מ"מ הא אף וויתור אסור במודר הנאה וא"כ איסורא קעביד דהא חזי לצור ע"פ צליחותה א"ו שאין בנתינתה בלחוד איסור עד שיהנה המקבל ודבר זה צ"ע לפענ"ד דלכאורה לא משמע הכי בפוסקים ועכ"פ שיטת הרמב"ם כך הוא דהמדיר שמהנה מעל וא"כ כיון שיש כאן איסור מעילה שפיר אסור דהא גבי מעילה יש שלד"ע. אמנם לפמ"ש שאין האיסור בא עד שעה שנהנה בלאו הכי ניחא דלא שייך אין שלד"ע כיון שבמה שמצוה ליתן לה והשליח נותן לה עדיין אין כאן איסור עליו והוי כההיא דככרי עליך. ואמנם לפמ"ש דשם המקבל לא נהנה משום דאמר היתרא בעיתי וא"כ כאן שהאשה יודעת שנדר א"כ המדיר עובר אך מ"מ ניחא דבמדיר יש שלד"ע אך לפמ"ש לעיל שאין הנדר חל רק מדרבנן כיון דלא חל אתשמיש רק מדרבנן א"כ כ"ע כיון שאין כאן דין מעילה שוב אין כאן שלד"ע ודוחק לומר דכיון שחל מדרבנן הוי מעילה מדרבנן

ואמרינן יש שלד"ע דכעין דאורייתא תיקן אלא יש לומר ע"פ מ"ש מהרי"ט והביאו המ"ל דבאיסור דרבנן י"ל דיש שלד"ע א"כ לא קשה מידי:

והנה במה דכתיבנא לעיל שהרשב"א תירוץ הקושיא דמצות לאו להנות בענין אחר ממ"ש שאר המפורשים דהיכא דאיכא הנאת הגוף לא אמרינן מצות לאו להנות ניתנו נ"ל דגם הרשב"א מודה לזה וכמדומה שכ"כ הרשב"א במקום אחר רק שהרשב"א ס"ל דהיכא דציווי המצוה אינו על ההנאה רק על ענין אחר כגון על ישיבת סוכה או על אכילת מצה שאין הציווי נופל שהוא יהנה מישיבת הסוכה או יהנה מאכילת המצה כדאמרינן כפאוהו פרסיים כו' וכן בלע מצה יצא רק דממילא מטי הנאה הלכך לא שייך בזה מצות לאו להנות ניתנו שהמצות ניתנו לעול כיון שעיקר העול אינה על ההנאה כשיש שם הנא' ג"כ חשיב הנאה משא"כ כשהמצוה היא על ההנאה עצמה אע"פ שהתורה אמרה שלא יגרע עונתה והיינו שהגוף יהנה מן הגוף וכדאמרינן בב"ק ונכרתו הנפשות העושות הנאה אית להו לתרווייהו ובכלל מצוה זו שלא יגרע עונתה נכלל הנאת שניהם דהיינו הנאת תשמישו והנאת תשמישה וכיון שגוף המצוה על ההנאה והוא עליו לעול על צוארו שמחוייב בהנאת תשמישה שפיר שייך בזה מצות לאו להנות ניתנו ואם הי' זה דרך שבועה שאינה חלה על דבר מצוה היינו אומרים שאע"פ שאמר אני נשבע שלא להנות מתשמישה היה מותר לשמש בלא טעמא דאין שבועה חל על ד"מ רק אפי' שבועת שוא אין כאן שאין זה דרך הנאה רק דרך עול היא הנאה זו שעלי' צוותה תורה אך בזה שהוא דרך נדר ונדרים חלים אפילו על ד"מ א"כ מה בכך שהתורה ציוותה שיהיה לו הנאה והוא בתורת חיוב עליו משום מצוה הרי על אותה מצוה נדר ונדר חל על מצות הנאה זו אך דהיכא דמשעבוד לה לא אמרינן הכי וכמ"ש הרשב"א דאף דנדרים חלים על ד"מ יש כאן שעבוד משעת נישואין ואין הנדר מפקיע לשעבוד ההוא ולכן קשיא ליה לרשב"א בהא דהנאת תשמישך עלי דהוי ס"ד דאין הקונם מפקיע מידי שעבוד רק שאין מאכיליין לאדם דבר האסור ע"ז תיקשי למה לא נימא שהוא צריך לקיים שעבודו שנשתעבד לה שהיא תהנה ממנו בתשמיש ואי משום שאסור לו מחמת שהוא יהנה ע"ז י"ל שאין כאן הנאה דהא במצוה זו שיהא לו הנאה לא מיחשב הנאה וא"ל שנדרים חלים על ד"מ ז"א דבד"מ כזו שיש עמה שעבוד אין הנדר מפקיעו וממילא שאין מאכיליין אותו איסור כשיקיים השעבוד שהרי יקיים המצוה שיהנה ממנה בתורת מצוה ואין זה חשוב הנאה ואין כאן הפקעת הנדר כלל וע"ז כתב שהשעבוד שהיא תהנה ממנו ג"כ עיקרו שנשתעבד לעשות מצוה ולא שאנו אומרים שאין מאכילים כו' ומ"מ אין השעבוד נפקע אלא הקונם מפקיע השעבוד שע"ז שאסר הנאת תשמישה עליו שוב א"א לו לקיים

את שעבודה שעליו שיהנה אותה כיון שא"א זה בלא הפקעת קונם שלו והקונם אלים משעבודה ולכן כיון שהשעבוד נפקע ממילא חלות הנדר במקומו שהרי יש כאן הנאה ואי משום שהוא ד"מ הנדר חל עליו (וקצת צ"ע ממ"ש הרשב"א אח"כ ממצות פ"ו אך יש לחלק) ובזה מתיישב בפשיטות טפי התירץ שכתבתי לעיל על דברי רש"י מתשמיש לא נאסר כו' וקצרתי:

ולענין דינא נלענ"ד דאע"ג דאין האיסור שאסר נכסיו על המלוה חל לענין פריעת החוב מ"מ נשאר האיסור לגבי שאר נכסים דלא שייכא בזה נדר שהותר מקצתו מטעמא דכתיבנא דהוה כאוסר פירותיו ופירות חבירו על חבירו דלא מיקרי הותר מקצתו בכה"ג כלל שזה אינו בכלל נדר וכן משמע מלשון הירושלמי דפריך אמתני' דהמדיר וכי אדם נודר שלא לפרוע חובו כו' ועיין בש"ך סי' ע"ג בענין נשבע שלא למכור במה שהשיג על הב"ח וז"ל מה שהקשה בראשונה דהא ודאי כו' ומ"ש הב"ח דהוי כנשבע שאוכל כו' מבואר שחילק דברי הב"ח לשני' והוא תמוה לענ"ד דפשיטא שדברי הב"ח אחד הם וכוונתו במ"ש דהא ודאי אם עבר ומכר שלו כו' ר"ל דהן אמת שאם מרד יצא י"ח השבועה הב' משום שגם זה בכלל שבועתו שנשבע לפרוע אבל מ"מ בשביל זה לא הוי שבועת שוא כמו נשבע שאוכל אע"פ שנפרט באכילתו נבלה מ"מ לא אמרינן משום זה דכיון דבכלל השבועה אכילת נבלה ג"כ הוי ש"ש אלא כיון דאתה מוצא בכללא דברים המותרים לא הוי ש"ש וה"נ דכוותה אע"ג דבכלל השבועה דפרעון הוא ג"כ שימכור אם יהיה לו מ"מ אין זה ש"ש דעיקר השבועה חלה שיפרע לו מעות וא"כ מ"ש הש"ך לדחות דברי הב"ח הוא תמוה וראיתי מי שכתב דסברת הש"ך דשאני הכא שנשבע ע"ד המלוה שאז ודאי הכוונה אף למכור ולפמ"ש אין זה מציל דמ"מ ש"ש לא הוי כיון שעכ"פ נכלל בתוכו גם פרעון בדרך המותר והנה ביתר דברי כ"ת לא עיינתי כעת שטרדות הענינים הנוגעים למעשה רבים נגשים אצים לאמר כלה מעשיך ולכבודו פניתי ועשיתי כוונים וה' יברכהו משמי מעונים. ירא ויפקוד אותו בבנים כשתילי זיתים סביב חיים וקיימים. וחיי ומזוני יחדיו יהיו תמים. ברכות שמים מעל אליו יגיעו ומיניה לא יזועו. דברי זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה מד

שאלה ראובן שהשכיר ביתו לשמעון ומצא שמעון שם מטמון א' שניכר שמונח שם ימים רבים עד שבודאי נתייאשו הבעלים ממנו ונתעצמו לדין שראובן המשכיר טוען שחצירו קנתה לו אע"פ שהוא שכורה ביד שמעון הדין עם מי:

תשובה יראה שהדין עם שמעון ומתחלה נדון אם יש ממש בטענת ראובן כלל ואח"כ נתקע עצמינו לדבר הלכה אפילו תימא דחצירו דראובן הוא מ"מ אינו יכול להוציא משמעון והנה הא מלתא תליא באשלי רברבי והוא מחלוקת ישנה בין הפוסקים כי הנה הרמב"ם פ"ו מהלכות שכירות הלכה ה' כ' גבי בהמות של אחרים שעמדו בחצר הזבל של בעל החצר שחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אע"פ שהוא שכורה ביד אחרים ומקור דינו הוא מהש"ס דב"מ דף ק"ב דקאמר בחצר דמשכיר ותורי דאתי מעלמא קמו בה מסייע ליה לר"י ב"ח דאמר חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו והראב"ד השיג על זה וכתב דבש"ס מירי בחצר דמשכיר דלא אגירא ליה לשוכר דאי אגירא לי' כדידיה דמי וקני לי מידי דהוי אשוכר את מקומו וגם הב"י בח"מ סי' שי"ג כתב דיש לתמוה על דברי הרמב"ם דכיון דקי"ל שכירות ליומא ממכר הוא חצירו של שוכר הוא וזוכה לו ולא היה לו לקנות למשכיר ובש"ך שם האריך ליישב כל זה והרא"ש בתשובה הובא בש"ע ח"מ סי' ר"ס ס"ל כהראב"ד דחצירו דשוכר הוא כיון שהוא דר שם:

ולכאורה נראה להביא ראיה לשיטת הרמב"ם מהא דאיתא בב"מ דף כ"ו אם הי' משכירו לאחרים אפילו מצא בתוך הבית הרי אלו שלו ופריך הש"ס וניזל בתר בתרא ופירשו התוספות דבתרא היינו בעה"ב שכבר יצאו השוכרים מן הבית ואינו דר שם עתה רק בעה"ב לבד ולפ"ז קשה דל"ל לאקשויי דניזיל בתר בתרא מהא דאיתא התם ובשעת הרגל הכל מעשר תיפוק ליה דבלא"ה הוא של בעה"ב שהרי שם לעיל מיניה ד"ה בדשתיך הקשו התוס' דתיקנו ליה חצירו לבעל הגל או לבעל הכותל ותירצו דאין חצר קונה בדבר שיכול להיות שלא ימצאנו לעולם כגון הכא שהוא מוצנע בעובי הכותל עכ"ל ולפ"ז בסיפא דמשכירו לאחרים דקתני אפי' מצא בתוך הבית ואינו מוצנע כלל שוב שפי' קני לו חצירו וא"כ אפ"ת דמן השוכרים נפל מ"מ הלא הם כבר נתייאשו שכשהוא יוצא מחפש כל זוויות ונוטל את שלו ויוצא וכיון שפשפש ולא מצא מיאש כדמשמע מדברי התוס' (וכן מבואר בש"ך ח"מ סי' ר"ס ס"ק י"א) וגם מה שתי' הרמב"ם פרק ט"ז מהלכות אבידה דגבי חנות טעמא משום דאינה משתמרות לא שייך כאן כיון שכבר יצאו השוכרים ובעה"ב דר בה עדיין שפיר משתמרות הוא לדעת הבעלים (ומה שתי' גבי גל וכותל ישן מטעם שאבודה מכל אדם פשיטא דלא שייך כאן) וא"כ תיקשי דבלא"ה

הוא של בעה"ב מטעם דמיד שיצאו השוכרים מן הבית ונתיאשו זכתה לו חצירו וצ"ל כתי' המפורשים דחצירו לא עדיף מידו וכיון דאי אתי לידי' קודם יאוש לא קני כן הדין בחצירו ג"כ והלכך כיון דקודם יאוש אתי לחצירו לא מהני (ואע"ג שהתוס' והרמב"ם גבי חנות תירצו באופן אחר כבר כתב הש"ך סי' רס"ח דהוצרכו למינקט טעמא דלא תיקשי עליה דרבא דס"ל יאוש שלא מדעת הוי יאוש ע"ש משא"כ הש"ס הכא בעי למיפרך דלאבייי נמי תיקשי דניזיל בתר בתרא מהך דבשעת הרגל הכל מעשר) ולפ"ז שפיר מוכח כדעת הרמב"ם דשכירות לא קניא למהוי חצירו דשוכר אלא דמשכיר הוא אף בעודנה משכרת לאחרים ושפיר דמי ליאוש שלא מדעת כיון שאבידה זו נאבדה בתוך החצר ולא הי' אז יאוש בעלים משא"כ אם נאמר דשכירות קניא וחצירו דשוכר הוא א"כ כל מה דהי' החצר ביד השוכר לא היה נקרא בשם אתי לחצירו כלל דאכתי לא חצירו דמשכיר הוא אימת הוי חצירו דמשכיר משעה שנסתלק השוכר אז כבר הוי יאוש ג"כ ומעולם לא בא לחצירו דמשכיר קודם יאוש כלל ואינו בכלל יאוש שלא מדעת והדרא קושיא לדוכתיה דהו"ל למיפרך דיהא של בעה"ב מטעם דקני ליה חצירו:

אך י"ל דהראב"ד אזיל לשטתו פ"ג מהלכות מכירה שכ' דלעולם כשמקנה לחבירו קרקע ומטלטלין צ"ל אגב קני אף בצבורין בה וכתב הש"ך סי' ר"ב ס"ק ג' דמיירי אף בחצר המשתמרות ופירש טעמו דלא אמרינן שיקנה אף בלא אגב מטעם חצר משום דאין חצירו קונה אלא כשכבר הוא חצירו משא"כ הכא שחצירו ומתנתו באים כאחד ולפ"ז כיון דבמתנה אמרי' הכי כ"ש במציאה שאין דעת אחרת מקנה וא"כ כאן שאינו נעשה חצירו אלא כשמסתלק השוכר ואז חל היאוש דכל זמן שאינו מסתלק משם אע"פ שפשפש ולא מצא כסבור הוא שימצאנו עוד היום או למחר כמ"ש התוס' גבי בעה"ב וכיון דתרווייהו בהדי הדדי קאתי תו לא קני ליה חצירו:

איברא שנלענ"ד לחלק דדוקא התם שנותן לו במתנה קרקעות ומטלטלין ושניהם בדבור א' נאמרו אז שפיר אמרינן דדוקא מדין אגב מהני אבל כשבאנו לדונו מתורת חצר א"כ אינו יכול לקנות שניהם בבת אחת אלא שיקנה מתחלה הקרקע ואז הוא נעשה חצירו וקונה לו המטלטלין והמקנה לא היה דעתו לזה הלכך לא מהני משא"כ כאן שבאמת גוף החצר הוא של המשכיר אלא דליומא ממכר הוא ביד השוכר וכשמסתלק הדרא לה למרא קמא ואז חל היאוש ג"כ מטעם אחר ויאוש דבעל האבידה ומה שהדר נעשה חצירו דמשכיר שני ענינים הם ושפיר קני לי' חצירו ולא עוד אלא שגוף דברי הש"ך תמוהים בעיני דהרי גבי גט ושחרור אמרינן דגיטו וחצירו באין כאחד ואף כי יש ליישב זה לפי הטעם שכתבתי שהמקנה לא היה דעתו לזה וא"ש גבי גט ושחרור עדיין לא הונח

דמבואר בדוכתי טובי בש"ס דשפי' קני בחצירו וקנייתו כאחד והאומר שכנגדו מוכיח באותו סימן עצמו בש"ע גבי מקנה עבדים ומטלטלין והעבד כפות או במקנה בהמה כפותה וכלים כאחד מבואר דחצירו כה"ג מהני. והאמת יורה דרכו דגם הראב"ד פ"ג מהלכות מכירה בחצר שאינה משתמרת מיירי דלא מיירי מדין חצר רק מדין אגב וגם הריב"ש בתשובה סי' ר"ג והביא דבריו הלח"מ שם מבואר שפירש דברי הראב"ד דלא מיירי רק בחצר שאינה משתמרות ומ"ש הש"ך שכן מבואר בהר"ן וה"ה אין הכרח כלל למעיין ואין להאריך כי העיקר כמ"ש דאפ"ת כסברת הש"ך מ"מ כאן ודאי קונה בחצירו דמשכיר וע"כ מוכרח דטעמא הוא משום דאתי לחצירו קודם יאוש דחצר דמשכיר הוא ושלא כדעת הראב"ד ז"ל:

ועתה נחקורה ונשובה למה שפירש"י ז"ל בסוגיא דהא דפריך וניזול בתר בתראי היינו דמן השוכר האחרון נפל אם יתכן לומר כדעת הראב"ד ז"ל ולכאורה לשיטות רש"י תיקשי בפשיטות דמאי קאמר וניזיל בתר בתרא טפי הו"ל לאקשויי שיהא של בעה"ב דהא בתרא גופא נתייאש כשיצא משם וא"כ החצר קונה לבעה"ב ובשלמא אם היינו יכולין לומר שאין החצר קונה לבעה"ב א"ל דמאי פריך וניזול בתר בתרא דילמא טעמא לפי שהאחרון נתייאש דמיירי שגם האחרון יצא משם כבר דז"א דרש"י ס"ל דשוכר אחרון לא מייאש כלל אע"פ שהוא יוצא מן הבית כיון דברובא ישראל מיירי אינו מייאש שסובר שישראל אחרון שידור בבית אחריו ימצאנו ויחזור לו כפי הכלל דלעולם אזלינן בתר בתרא אבל כיון דבאמת להראב"ד החצר קונה לבעה"ב א"כ ל"ל לאתויי הך דבשעת הרגל דמוכח מיניה דאזלי' בתר בתרא תיפוק ליה דאי נמי לא אזלינן בתר בתרא וא"כ האחרון נמי מייאש ושוב תקנה החצר לבעה"ב וא"ל דכיון דלשיטות רש"י אין הבעה"ב דר שם א"כ חצר שאינו משתמרת הוא אכתי תקשי לפי מאי דאיתא בב"מ דף י"ב בעי רבא זרק ארנקי בפתח זה כו' והנה רש"י מפרש שם דבהפקר מיירי ולשיטתו ההפקר חשיב דעת אחרת מקנה וכמבואר בנ"י שם ובש"ס שם דף י"א מבואר דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה אף חצר שאינה משתמרת קנה והניחא לפמ"ש הלח"מ בשם הריב"ש דהראב"ד לא ס"ל כרב פפא בהא אלא כל היכא שאינה משתמרת לא קנה אא"כ עומד בצידה וכמבואר בלח"מ פ"ג מהלכות מכירה אבל על הרא"ש קשה שהרי ביארתי לעיל דהרא"ש בהא כהראב"ד ס"ל והרא"ש בבעיא דזרק ארנקי ס"ל דהוי הפקר דעת אחרת מקנה כמו שביארו דבריו במעדני מלך ובדרישה סי' רמ"ג שהרא"ש סובר דהפקר הוא דעת אחרת מקנה והרא"ש פסק כר"ה דדעת אחרת מקנה אף בחצר שאינה משתמרת קנה וא"כ אכתי קשה דתיקני ליה חצירו לבעה"ב דמה שהשוכר מתייאש כשיוצא משם

ואפקורי מפקיר ליה חשיב כדעת אחרת מקנה אך י"ל דז"א דאע"ג דהפקר כדעת אחרת מקנה הוא וקני אף בחצר שאינה משתמרות כדמשמע בש"ס להנך דגרסי ואפקריה מ"מ היינו כשהבעלים שהחפץ שלהם יודעין היכן הוא ומפקירין אותו מדעתם וכההיא דזרק ארנקי אבל היכא שאין הבעלים מפקירין אותו רק מחמת שאין יודעין היכן הוא אז לכ"ע חצר שאינה משתמרת לא קני שהרי אף לדעת הרא"ש עכ"פ משתמר לדעת הנותן בעינן כמבואר בש"ע סי' ר' וכאן אינו משתמר לדעת המפקיר שהרי כל טעמו של הפקר הוא מפני שאין יכול לשומרו וא"כ אע"פ שהשוכר האחרון ג"כ מתייאש כשיוצא משם ואפקורי מפקיר לי' לא קני חצר שאינה משתמרת לבעה"ב ולכך הרי הוא שלו ומש"ה הוצרך לאתויי הך דמוכח מיני' דאזלינן בתר בתרא וא"כ האחרון אינו מייאש כלל ובהכי הוי א"ש טפי הסוגיא לשיטות הראב"ד דלא תיקשי קושית המפורשים דמאי פריך וניזול בתר בתרא הא כולה מתני' בדשתיך מיירי וניכר שאינו של האחרון ונתייאשו הבעלים ממנו ולכך הרי הוא שלו ולשיטות הראב"ד א"ש דאפ"ת דמיירי בדשתיך אכתי שפיר אזלינן בתר בתרא שהרי החצר קונה לו להאחרון דחצירו דשוכר הוא ובלא הך דבשעת הרגל לא מצי לאקשויי דניזול בתר בתרא שיקנה לו החצר דז"א דכיון דגם השוכר שלפניו אינו מתייאש רק אחרי רואו שזה דר שם כמה ימים ולא החזיר לו א"כ שוב לא קניא ליה החצר כיון שקודם יאוש בא לשם משא"כ אי מיירי בדשתיך שהיה שם יאוש מקודם עדיין קשה מאן לימא בהי שתיך קודם דילמא לא שתיך אלא אח"כ שכבר נכנס השוכר האחרון לדור שם והוי כיאוש שלא מדעת ובכל ספיקא דאבידה אזלינן לחומרא ויבואר לקמן אי"ה על נכון:

וכדי לתרץ קושית המפורשים דמאי פריך ניזול בתר בתרא דילמא מיירי בדשתיך לשיטת הרמב"ם דסבירא ליה דחצירו דמשכיר הוא וא"ל דאכתי קשה אמאי יהא שלו תיקני ליה חצירו לבעה"ב ז"א דאע"פ ששוכר הראשון נתייאש כשיצא משם מ"מ הרי נאבד שם קודם יאוש ובאיסורא אתי לחצירו דמשכיר אך י"ל דאי בדשתיך מיירי א"כ י"ל שמבעה"ב נאבד קודם שהשכיר לאלו ואע"פ דודאי נתייאש כשיצא משם מ"מ שפיר קנתה לו חצירו דלא שייך בזה יאוש שלא מדעת ובאיסורא אתי לחצירו כיון שהוא של המשכיר עצמו ומכ"ש אם נפרש מאי דפריך וניזיל בתר בתרא היינו בעה"ב ניחא טפי אלא שמדברי הרמב"ם נראה שמפרש הסוגיא כפירש"י:

והנה כל האמור למעלה דלהרמב"ם החצר קונה אע"פ שהוא שכורה ביד אחרים דעת הש"ך בסי' שי"ג דאע"ג שאין בית המשכיר פתוח לאותו חצר שפיר מקרי חצר המשתמרת לדעת המשכיר כיון שהוא משומר והוא חצירו ולדבריו א"ש מ"ש ואפ"ת

דבדשתיך הוא ונאבד מבעה"ב עצמו מ"מ החצר קונה לו אף לשיטת רש"י דס"ל שאין בעה"ב דר שם. אבל לענ"ד דברי הש"ך צ"ע כיון דמשתמר לדעת בעל החצר בעינן מה מועיל מה שמשתמר לדעת השוכר וכן נראין הדברים לפמ"ש הנ"י בשם הר"ן פ"ק דב"מ שהקשה דחצר המשתמרת במציאה מ"ט לא בעי עומד בצד שדהו ותי' דכל שהוא משתמרת למי שהוא זכות לו כידו הוא שאף מה שבא לידו וניחא ליה בחצר המשתמרת הוא נותנו וא"כ איך המשכיר זוכה ע"י חצר זה דהא לא שייך כאן לומר דאף מה שבא לידו הוא נותנו כאן שהרי אין לו רשות להשתמש בחצר זה רק השוכר משתמש בו ואינו משתמר לדעתו כלל ואפילו תימא דבדעת אחרת מקנה מהני שמירת הנותן היינו משום שסומך עליו ושמירת הנותן חשיבא לו כשמירתו וכאילו עשאו שליח לשמור אבל במידי דהפקר ודאי דמשתמר לדעת הזוכה בעינן ומכ"ש לדעת הרמב"ם דלעולם משתמר לדעת המקבל בעינן אף בדעת אחרת מקנה נראה ודאי דכ"ש במידי דהפקר בעינן עומד בצד שדהו והיינו דהיכא שגם ביתו של משכיר פתוח לו דאז זוכה לו מטעם ידו דהאי חצר ידו דמשכיר הוא כיון שהגוף שלו והלוקח אין לו בה רק קנין פירות לבד וקי"ל קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי ואפילו במוכר לזמן קצוב ומכ"ש כאן שאין כאן רק שכירות לחוד והשוכר אינו יכול לזכות ע"י חצר זה מטעם שליחות חדא דבמציאה אין כאן שליחות כמ"ש רש"י והר"ן דמי עשאו שליח ועוד שאין החצר יכול להיות שליחו של זה לחוב לאחרים דמה"ט תופס לב"ח במקום שחב לאחרים לא קנה דע"כ אינו יכול להיות שלוחו של זה לחוב לאחרים ובכה"ג לא אמרה תורה שלוחו של אדם כמותו והרי בכל מגבי' מציאה לחבירו מדמינן ליה לתופס לב"ח ומכ"ש כאן שחצר הזה שהוא רק קנין פירות דשוכר אינו יכול להעשות שליח לחוב למשכיר שיש לו קנין הגוף וכידו חשיב ליה וכיד השוכר אי אפשר לדונו כיון שאין לו בו קנין הגוף כלל. והשתא א"ש מה שהקשה הראב"ד מההוא דשוכר את מקומו דהתם שפיר נעשה החצר שלוחו דשוכר לקנות לו המטלטלין אשר שם וגם אין שם חב לאחרים כיון בשר או במתנה הוא קונה למטלטלין הללו הלכך קונה וכן מבואר ברמב"ם פכ"ט מהלכות מכירה הביאו הטור סי' רל"ה דקטן אינו קונה בשכירות המקום כיון דלית ליה שליחות (אלא דצ"ע דמבואר שם וגם בסי' רמ"ג דקטן אין לו חצר דחצר דגברא משום שליחות איתרבאי ולא משום ידו וא"כ איך כתב הר"ן טעמא דחצר המשתמרת במציאה משום ידו ואין להאריך בכאן) והרא"ש לשטתו בפ"ק דב"מ דגם במציאה בחצר המשתמרת אין הטעם משום יד רק משום שליחות והלכך שפיר ס"ל דקונה:

ומעתה במקום שאין החצר יכול לקנות למשכיר מציאה שבאה לשם ונודעה לשוכר שבאתה מציאה לשם א"כ שפיר נעשה החצר שלוחו של השוכר וקונה לו ועפ"ז יש מקום לפרש דברי רש"י בהא דפריך וניזל בתר בתרא פירש סתם שוכר בית כשהוא יוצא מחפש כל זויותיו ונוטל את שלו ויוצא ונימא האחרונים שכחוהו שאילו הראשונים שכחוהו כבר מצאו האחרונים. והנה כל המפרשים נתחבטו בהבנת דברי רש"י ולפמ"ש י"ל דקשיא ליה לרש"י אמאי לא נימא דתיקני ליה חצירו למשכיר וס"ל לתרץ כמ"ש המרדכי שם דאין חצירו של אדם קונה אלא בדבר הרגיל לבא ואסיק אדעתיה שתבא מציאה לשם וזהו כוונת רש"י סתם שוכר כשהוא יוצא מחפש זויותיו וא"כ אין החצר קונה לבעה"ב כיון דלא אסיק אדעתיה שישאר שם איזה דבר ונימא האחרונים שכחוהו שאפילו תימא שהאחרונים שכחוהו שהרי כמו דחזינן שאף אחר החיפוש נשכח כאן א"כ איכא למיתלי שמא הראשונים לא חיפשו היטב מ"מ כבר מצאוהו האחרונים וראו אותו וידעו ממנו ואף ע"פ שלא הזיזו אותו ממקומו מ"מ כיון שנודע להם שפיר נעשה החצר שלהם וקנה ודוק בזה. ולכאורה ראיה יש מהא דאמרינן בפסחים איבעיא להו המשכיר בית לחבירו על המשכיר מוטל לבדוק דחמירא דידיה הוא כו' ולכאורה קשה דהא ודאי המשכיר כשהוא יוצא משם מתייאש ומפקיר וחצירו דשוכר תקני לי' אע"כ דחצירו דמשכיר הוא. אך יש לדחות שהרי כתבו התוס' בב"ב דף נ"ד דהא דחצר קונה לו שלא מדעתו היינו שאינו יודע אם הוא בחצירו אבל אם יודע ואינו מתכוין לקנות לא קנה וא"כ התם אף אם השוכר יודע שהוא בחצירו אינו מתכוין לקנות כדי שלא יצטרך בדיקה ושפיר הוי חמירא דמשכיר לענין בדיקה דהפקר לבד אינו מועיל וצריך בדיקה ג"כ ועוד יש לי שם כמה פנים ואין להאריך בכאן ועי' במג"א סי' רמ"ו שהביא דברי הג"א דע"ז דשכירות קניא לחומרא:

ונחקורה ונשובה לדעת הרמב"ם דס"ל דחצירו דמשכיר הוא אם הוא יכול להוציא מיד השוכר שהרי לכאורה לפמ"ש לעיל בשם הש"ך כ"ע מודים בהא דחצירו לא עדיף מידו ודייניין ליה כיאוש שלא מדעת א"כ מעיקרא בשעה שהונח שם לא היה יאוש ואף שהיה יאוש אח"כ כיון דחזינן דשתיק אין בזה מועיל אבל אחר העיון לפענ"ד דברי הש"ך סי' רס"ח תמוהים במ"ש דלכך לא תרצו התוס' כן בההוא דחנות משום דא"כ תיקשי מתניתין לרבא ולכאורה ז"א שהרי ע"כ לא קאמר רבא אלא בדבר שאין בו סימן כיון דחזינן דהשתא הוא מייאש אמרינן דמעיקרא נמי אילו ידע שנפל ממנו היה מייאש ומה איכפת לנו שלא ידע שנאבד ממנו אבל בדבר שיש בו סימן כיון דאפילו ידע לא הוי מייאש אע"ג דחזינן השתא דמייאש אינו מועיל ולפ"ז הכא לא שייך כלל לומר לרבא

דס"ל דהוי יאוש תקני ליה חצירו דהכא כדבר שיש בו סימן דמי שהרי תיכף ומיד שנפל ממנו מקרי אתי לחצירו של זה ואפילו אויר חצירו נמי כחצירו דמי דאויר שסופו לנוח הוא ובשעת שנופל ממנו אינו מייאש וא"כ דמי לדבר שיש בו סימן דגם רבא מודה דהוי יאוש שלא מדעת ולפמ"ש בתשובה הנדפסת בסוף שו"ת הב"ח החדשות בטעמא דרבא י"ל דברי הש"ך אבל בלא"ה נלפענ"ד לומר דתוס' אזלי לשיטתייהו שכתבו בב"ק דף ס"ו דאע"ג דיאוש שלא מדעת לא קני מ"מ הוא קונה גוף החפץ וא"צ להחזיר רק הדמים ומשמע מדבריהם דאפילו למאי דאמרינן התם או דילמא לא דמי אבידה בהיתרא כו' נמי הדין כן כדמשמע מלישנא דש"ס שם דקאמר בפשיטות דאע"ג דמייאש מרי' מקמי דתיתי לידי' קני ליה והיינו לגוף החפץ וא"כ אפ"ת דבחצר נמי שייך יאוש שלא מדעת מ"מ אין זה רק לענין שהוא מתחייב בדמים למי שהחפץ שלו אבל גוף החפץ כבר נקנה לבעל החצר וא"כ אדם אחר איך יזכה ואין להמוציא במה לזכות כלל אבל משיטת כל הפוסקים נראה דס"ל דיאוש שלא מדעת לא קנה כלל וצריך שיהא מונח עד שיבא אליהו וא"כ כיון שלא קנתה חצירו לבעה"ב זכה המוצאו לאחר יאוש אמנם אם היה בנ"ד כותל חדש שאבותיו של זה בנאוהו עדיין היה פתחון פה למשכיר להוציא ממנו דאפילו תימא כשיטות הפוסקים לדון בחצר דין יאוש שלא מדעת וא"כ אם אחר הניחו שם לא קנתה חצירו לבעה"ב שבא לחצירו קודם יאוש והמוציא קנה כיון שהעלה חלודה וניכר שהיה יאוש בעלים אכתי יכול המשכיר לומר אבותי הצניעו בכאן ואז באמת לא היה שתיך כלל ועוד שאין בעה"ב מתייאש מחפיציו שמניח בביתו וא"כ אין כאן ייאוש כלל כשאבותיו לא נתייאשו וגם הוא לא נתייאש שהרי לא ידע כלל שאבותיו גנזו בכאן וכן מבואר באשר"י חששא זו שכתב וז"ל ואפילו היה הכותל שנים רבות של אבותיו ואפשר דשתיך משעה שנתנוהו אבותיו שם מ"מ כיון דאיכא למיתלי באמוריים ולא הוחזק ישראל בממון לעולם הר' הוא של מוצאו עכ"ל וא"כ כאן דלא שייך למיתלי באמוריים שפיר יש מקום לחוש דשמא אין כאן יאוש כלל שאבותיו הטמינו שם אלא דלפ"ז קשה התם דקתני מחציו ולחוץ הרי אלו שלו ופירשו רש"י והתוס' והרא"ש דטעמא דמילתא הוא דבדשתיך מיירי דאז ודאי נתייאשו הבעלים ושכחו אנה הצניעו וקשה דמאן לימא לן דלכך לא חיפשו הבעלים משום דודאי נתייאשו דילמא מונח כאן ימים רבים ואבותיו של זה הצניעו בכאן ואז לא היה מונח זמן רב עד שיהא יאוש רק שהיורשים אינם יודעין ורציתי לומר כיון שהוא טמון בכותל ויכול להיות שלא ימצאנו לעולם כזוטו של ים דמי שהרי אבודה ממנו ומכל אדם כיון שמת זה שהניחו שם ואין שום אדם יודע אם מונח שם איזה דבר וכ"כ הרמב"ם דמה"ט במצא בגל לא קני ליה

חצירו משום שאבודה ממנו ומכל אדם וכזוטו של ים הוא ע"ש וקושית הרא"ש הוא דאיכא למימר שמא אבותיו הניחו וקנה ליה חצירו משא"כ במחציו ולחוץ דלגבי א' מן השוק שהניחו שם אבותיו לא שייך זה. ויפה השיב לי אחי החריף מוהר"ר געציל נ"י דאכתי לא יתכן הא דאמרינן בב"מ גבי ההוא דאשכח כופרא בי מעצרתא דקאמר משום יאוש בעלים נגעו בה חדא דקדחו ביה חילפא והתם אינה אבודה ממנו ומכל אדם ואפ"ה מועיל מה שניכר שמונח ימים רבים וכיוצא בזו תיקשי בדוכתי טובי. ועוד הקשה על הרא"ש דפירש דלמאי דקאמר דשתיך טפי היינו כיון דאיכא למיתלי בשל אמוריים ולא הוחזק בממון של ישראל הוי של מוצאו הא מפשטות לישנא דהש"ס דקאמר אטו אמוריים מצנעו ישראל לא מצנעו משמע שגם להמקשן ס"ל דאין כאן רק ס' דשמא של אמוריים הם או של ישראל ואפ"ה אזלינן לחומרא בכל ס' אבידה שהוא לחומרא ואין חילוק בין הוחזק בממון של ישראל:

והנה באמת יכולנא לשנויי דה"ק ישראל לא מצנעו וכיון דישראל נמי מצנעי שוב אין לנו לתלות כלל בשל אמוריים כיון דלא ידע דמיירי בדשתיך מה"ת לתלות במילתא דלא שכיח אבל לענ"ד נראה דרש"י ג"כ מפרש דישראל לא מצנעי היינו שהדבר ס' וראיה לזה שהרי רש"י שם פירש קושית הש"ס דמחציו ולפנים אמאי הוא שלו הרי בעה"ב זה דר כאן ימים רבים ואא"ז מהרש"א תמה בזה דלמאי דלא ידע דמיירי בדשתיך א"כ גם במחציו ולחוץ קשה דהא הוי ספק הניח ודחיקא ליה מלתא לומר דהמקשן ידע דמיירי בדשתיך עכ"פ שניכר שכבר יש יאוש בעלים אבל לא ידע לאוקמי בדשתיך טפי שיש לתלות באמוריים דמלשון רש"י במתני' לא משמע כן ע"כ נראה דאמחצי' ולחוץ לק"מ כיון דעכ"פ לא מיירי מתניתין בעיר שכולה ישראל אלא מיירי בעיר שמחצה ישראל או רובא וא"כ כיון שעכ"פ יש כאן ספק שמא הוא מטמין משנים קדמונים ואפי' תימא שעתה מקרוב בא שעמד אי והצניעו מ"מ יש כאן מקום ספק שמא עכו"ם הצניעו ועכ"פ מיעוטא איכא ומצטרף למהוי רובא נגד המחצה דספק הינוח של ישראל משא"כ מחצי' ולפנים שאין כאן מקום לצרף מיעוט עכו"ם כלל וספק השקול הוא שמא הוא של בעה"ב או מטמין מכבר פריך שפיר משא"כ בכותל חדש שפיר הקשו רש"י ותוס' גם על מחצי' ולחוץ דאין שם רק ודאי הינוח מרוב ישראל הנמצאים בעיר ואמאי הר' אלו שלו ועוד תירצתי באופן אחר ואין להאריך כאן וא"כ הדרא קושיא לדוכתיה על הרא"ש שפירש דגם לתי' ש"ם בדשתיך יש מקום ספק דא"כ מעקר' לא פריך מידי:

והנה אחי החריף הנ"ל אמר לתרץ שני הקושית בדרך יפה דהנה הרמב"ם ס"ל לפרש הא דס' הניח לכתחלה לא יטול ואם נטל לא יחזור היינו שהמוציא זכה בו ואינו חייב

להחזירו ושאר המפורשים חולקים וס"ל דיהא מונח דהוי ככל שאר ספק אבידה דאזלינן ביה לחומרא והפ"י בדף (כ"ח ע"ב) [כ"ה ע"ב] כתב דשאני התם כיון שהספק יכול להתברר ע"י הכרזה כגון דמחצה עכו"ם ומחצה ישראל וכמ"ש התוס' בדף כ"ג משא"כ הכא דא"א לתקן הספק ולהכריז כיון דאין בה סימן והנה אף החולקים על הרמב"ם וס"ל שיהא מונח היינו היכא דמן הדין לכתחלה לא יטול והוא נטל באיסור והלכך כיון דבאיסורא אתי לידי' הדין שיהא מונח משא"כ אם מן הדין שלכתחלה יטול אע"פ שספק הניח הוא ודאי דהרי הוא שלו והשתא ניחא דמעקר' מקשה הש"ס מכח ספיקא דאטו אמוריים מצניעו כו' וכיון שאפשר לתקן הספק ע"י הכרזה אמאי קאמר דהרי הוא שלו ומשני דשתיך טפי וא"כ אם בעה"ב עצמו הצניע כבר נתיאש מה קאמר שמא אבותיו הצניעו וכבר מתו קודם יאוש א"כ שוב יכול לעכבו לעצמו מחמת ספיקא דשמא של אמוריים הם שהרי ספק זה א"א לתקן דמה מועיל הכרזה כיון שאנו צריכין לומר שהוא לא הצניעו שאל"כ כבר נתייאש אלא אבותיו הצניעו והוא לא ידע וא"כ אף אם יש בו סימן ליכא דיהיב סימנא וזה כוונת הרא"ש שכתב כיון דאיכא למיתלי באמוריים א"כ שפיר קאמר שהוא שלו שספק זה אינו עומד להתברר לעולם משא"כ במחציו ולחוץ שפיר אמרינן דהוא של מוצאו שאם הוא אחד מן השוק אשר עודנו עומד עמנו היום א"כ ודאי נתייאש שהרי חזינן דשתיך ואם אבותיו הצניעו שפיר יטול דהא הא ספק הניח לא יטול היינו משום כיון דליכא סימן לשבקינהו עד דאתי מרייהו ושקיל להו וכאן דע"כ מיירי דכלו להו מרוותה קמאי שלא בקשו הבעלים לטלו משם והניחהו עד דשתיך א"ו דעיקר החששא דשמא אבותיו שכבר מתו] וא"כ ל"ש לומר דאתי מרייהו ושקיל א"כ שפיר יטול והרי הוא שלו שהרי יכול לתלות שא' אשר עודנו חי הצניעו ונתייאש או נכרים הצניעו וכיון שאין הספק דשמא של אבותיו יוכל להתברר שפיר יטול והוא שלו וניחא נמי ההוא דאשכח כופרא ביה מעצרתא דכיון דקדחי ביה חילפי שפיר יכול ליטלו עכ"ד אחי הנ"ל:

ואמנם אף כי אמר דבר חכמה מ"מ פירש דברי הרא"ש אינם באופן זה וגם דברי הפ"י הם תמוהים בעיני שהרי גם ביאוש שלא מדעת כל כמה דלא ברירא מילתא שנתייאש קודם שבא ליד המוציא אמרינן דלא יגע בו ויהא מונח עד שיבא אליהו אע"פ שאין בו סימן וא"א לתקן ע"י הכרזה ועיינתי וראיתי שהפ"י בעצמו הרגיש בזה וכתב דהתם טעמא דמלתא כיון שבשעת נפילה ממש לא ידע ולא נתייאש א"כ בשעת מציאה נמי איכא לאוקמי אחזקה שעדיין לא נתייאש משא"כ בספק הניח וא"א לתקן הוי ככל שאר ספיקא דממונא שאין מוציאין מיד המוחזק עכ"ל:

ואני תמה דבשלמא גבי מצא אחר הגפה היה מקום לומר כן כיון שהספק הוא דילמא מעלמא אתי למאי דמוקי במדדיו א"כ שפיר י"ל כיון שהוא מוחזק יוכל לומר דילמא מעלמא אתי משא"כ בשאר ספק הניח שהספק הוא שמא אבדה ישראל וכיון שאין בו סי' הרי נתייאש או שמא הניחה שם ואין כאן יאוש ע"ז כתב הרמב"ם בר"פ ט"ו מהלכות אבידה שא"צ להחזיר שפיר השיגו המפורשים עליו מיאוש שלא מדעת כמבואר בה"ה שם והיינו משום דאי ביאוש שלא מדעת מטעם חזקה אתינן עלה גם בספק הניח יש לנו לומר כן והכא מסתבר טפי לומר שעדיין לא היה יאוש רק דרך הנחה הוא שם ומטעם זה ס"ל להמפורשים ז"ל דבכל ספק הניח יהא מונח כיון שהוחזק בממון ישראל יש לנו לילך לחומרא ולאוקמי בחזקת מרא קמא שעדיין לא נתייאש משא"כ כאן שיש ספק שמא של אמוריים הם ולא הוחזק מעולם בממון של ישראל שפיר יטול אף לכתחלה ואע"ג דהתם במדדין נמי לא הוחזק ואפ"ה אמרינן יהא מונח והתם א"א לתקן הספק ע"י הכרזה שאני התם דשייך דילמא אתי מרייהו ושקיל להו משא"כ היכא דהחשש שמא של אבותיו ל"ש לומר לשבקנוהו עד דאתי כו' ובזה צדקו דברי אחי נ"י:

ובעיקר קושיתינו גבי מחצי' ולחוץ אמאי הוא של מוצאו ניחוש שמא אבותיו הצניעו נראה דקושטא דמילתא שאין לנו לחוש לזה כלל דאמרינן אם היה מצניע שם ולא נתייאש ודאי דהוי פקיד לבניו שהצניע במקום פלוני כדאיתא בפוסקים לענין חשש פרעון וכה"ג ומכ"ש כאן שאין לחוש לזה ואם באמת ציוה לבניו והם הניחו שם א"כ ודאי נתיאשו כיון דשתיך ומ"ש האשר"י להקשות שהרי אפשר שהכותל שנים רבות של אבותיו ושתיך משעה שנתנוהו שם היינו משום דאין בעה"ב מתייאש ממה שמניח בביתו ימים רבים משא"כ לגבי א' מן השוק שהניח מלחצי' ולחוץ שפיר הוי של מוצאו מטעם יאוש וא"כ בנ"ד אף מחצי' ולפנים הרי הוא של השוכר כיון שהמשכיר מודה שהוא לא הצניע שם ולאבותיו נמי ליכא חששא כנ"ל ובכה"ג הוא של מוצאו אף בחצי' ולפנים כמבואר ברמב"ם פט"ז מהלכות אבידה והביאו בש"ע סי' ר"ס ומטעם קניית חצירו לא מצי למיתי עלה חדא דלאו חצירו הוא אליבא דהרא"ש והראב"ד ועוד אפ"ת דחצירו הוא מ"מ כל התי' שתירצו המפורשים גבי מצא בגל כולהו שייכי הכא דהוי יאוש של"מ ולא אסיק אדעתיה ואינו עתיד להמצא וקנה השוכר שכיון שרובא עכו"ם הוא א"כ ל"ש יאוש שלמ"ד ולא חצירו אלא דלפ"ז קשה על ה"ה:

איברא דאי תפס המשכיר והוא עיר שרובה עכו"ם יש לעיין דלהך תירוצא דלא קנה חצירו משום יאוש של"מ ברובה עכו"ם ל"ש זה ויוכל המשכיר לומר שעכו"ם הניח כאן ושכח וקנתה לו חצירו ואע"ג דמדברי הכ"מ והש"ך בי"ד סי' קמ"ו סק"א מבואר

דאבידת עכו"ם נמי יאוש בעי נלע"ד דליתא כמבואר אצלי במקום אחר ונלענ"ד קצת ראיה מסוגיא זו ג"כ דאהא דפריך וניזיל בתר בתרא תירץ כגון שעשא פונדק לג' עכו"ם וכתב התוס' דבפחות מג' לא מיקרי רובא ופי' אא"ז מהרש"א טעמא כיון שאין קבועים שם צריך ג' אלא דק"ל דאכתי אמאי לא מוקי שהשכירו לב' נכרים ולפמ"ש א"ש שהרי כ"כ בתחלת הקונטרס הלז דהכא גבי מצא בתוך הבית קשה דתיקני ליה חצירו דהכא ליכא לשנויי שאינו עתיד להמצא וצ"ל משום דהוי יאוש של"מ ולכאורה לפי התרצן דלכך הוא שלו דאמרי' דמנכרים נפל א"כ ל"ש יאוש של"מ ותיקני ליה חצירו לבעה"ב אך י"ל כיון שעשאו פונדק תו לא קני ליה כמבואר בדברי הרא"ש ולפ"ז ניחא קושית אא"ז הנ"ל דאי הוי מוקי במשכירו לנכרים אכתי קשה דתיקני חצירו לבעה"ב (ומכולה פרקא דאלו מציאות דמבואר ברובה עכו"ם אפי' יש בה סימן של מוצאו אין הוכחה כ"כ דאיכא למימר טעמא משום דודאי מייאש דמימר אמר עכו"ם ימצאנו ואין להאריך בכאן: ועכ"פ זה ברור דגבי עכו"ם ל"ש למימר יאוש של"מ אך דלפ"ז תיקשי על ה"ה שכתב לתרץ קושית רש"י ותוס' שהקשו דאמאי מחציה ולחוץ שלו הא הוי ודאי הינוח ואם יש בו סימן או אם מקום סימן יטול ויכריז ותי' דמיירי שהחור פתוח לר"ה הוי חצר שאינה משתמרת ז"א דאכתי תיקשי אמאי דאמר התם סכינא בתר קתא כו' ואם הקתא לחוץ אע"ג שהוא מחצי' ולפנים של מוצאו וקשה דמה בכך שא' מבחוץ דהיינו עכו"ם הניחו מ"מ החצר קונה לבעה"ב ולדחוק ולומר שגם חצי' שלפנים אינה משתמרת כיון שהחור פתוח לר"ה אין נלע"ד וביותר תמי' על הפ"י שדחה גם דברי ה"ה ודעתו כיון שהחור פתוח אבידה מדעת הוא והשתא ודאי תיקשי מה חילוק יש בין קתא לפנים או לא אם הוא מונח מלחציה ולחוץ הוי אבידה מדעת ונ"ל דאם קתא לפנים אז אמרינן בעה"ב הניחו שם ואע"ג דהשתא הוא בחצי' של חוץ כיון דאין דרך בעה"ב להשתמש שם אמרינן דאשתפוכי הוא דאשתפיך וכן להיפוך. ולפ"ז קשה היכא דקתא לחוץ אמאי הוא של מוצאו נהי דאבידה מדעת הוא מ"מ כיון שעתה נמצא מחצי' ולפנים תיקני ליה חצירו לבעה"ב. אמנם על הפ"י י"ל דס"ל כתי' התוס' דכל היכא דאינו עתיד להמצא לא קני' ליה חצירו אבל ה"ה דס"ל התם טעמא דיאוש של"מ קשה שוב ראיתי שם בהלכה י"א דס"ל להה"ה הטעם דכיון שהחור פתוח לר"ה הוי חצר שאינה משתמרת לדעת הבעלים וא"כ כאן שהמשכיר תפוס ועומד יכול לומר שעכו"ם הצניע בכאן וקני ליה חצירו כיון שמשתמרת הוא ויאוש של"מ ג"כ ל"ש הכא ויכול המשכיר לומר קים ליה כהנך רבוותא דמפורשים טעמא דאין החצר קונה משום יאוש של"מ ולא ס"ל הך שכתב התוס' משום שאינו עתיד להמצא ושאר תירוצים וכן לשיטת הרמב"ם דס"ל מטעמא משום דאבודה

ממנו ומכל אדם וגבי חנות וכותל חדש טעמא משום דאינה משתמרת וטעמם אלו לא שייכי הכא. סיומא דמלתא דהך פסקא דכל כה"ג המוציא מחבירו עליו הראיה הנלע"ד כתבתי:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד הלכות שכירות

שאלה מה

תשובת כבוד דודי מ"ו הגאון ז"ל שלום לכבוד אהו' אחי הה"ג החריף ובקי המפורסים מוהר"ר מנחם מאניש נ"י:

הגיעני פס"ד שלך בדין שכירות הסוס אשר כתבת הדבר ברור שהדין עמך והחולק ראוי לנזיפה. אמנם קצרת מאוד בדברי בב"מ שהבאת משם ראיה לדבריך ואמרתי לפרש כוונתך קצת באריכות כדי שידעו ויבינו את אשר לפניהם ויחזרו בהם המפקפקים שאינם יודעים בדיני ממונות בין ימינם לשמאלם. הנה עיקרן של דברים כאשר הבאת מב"מ פרק א"נ דאמר רב ספינה לאגרא ופגרא וכן פסק רב פפא וכן פסק בש"ע בי"ד סי' קע"ה אמנם נחלקו הפוסקים דלדעת הרמב"ם והרשב"א משערין כמות שהיה הספינה שוה בשעת השכירות וכן דעת הש"ע ולדעת רמ"א והטור נראה שמשלם כשעת שבירה כאשר אבאר לקמן והנה נלענ"ד די"ל דכ"ע מודו דכוונת רב בהא דאגרא ופגרא בשעת שכירות וה"פ אף דשוכר פטור מאונסין אם התנה עמו שיתחייב באונסין וגם שלם לו שכירות חייב בשניהם מכח תנאו דמתנה ש"ח להיות כשואל ולכך הקשו אי אגרא לא פגרא דכיון דמקבל עליו אחריות אונסין הוי כמלוה וקמא ליה ברשותיה דשוכר א"כ הוי השכר רבית והשיב ר"ש דברייתא הוא דלא מיקרי ריבית כיון דלא קיבל עליו יוקרא וזולא ולשיטת התוס' גם אלו היה מחזירו בעין היה מפסיד מה שנתקלקל העץ מהספינה בהליכה במים ולעולם כל שנשברה לגמרי ישלם כשעת השכירות כפי תנאו וכמשמעות לשון הברייתא הרי פרתך עשוי' עלי וכדעת רשב"א וכן דעת רש"י והיה מקום לפרש כן גם דעת התו' ומ"ש התוס' ד"ה דקא מקבלי כו' היינו משום שמקבל עליו קלקול העץ י"ל דקאי באי לא נשברה. אמנם פשטא דלישנא דתוס' משמע דאף בנשברה מנכר הפחת שראוי לפחות וכן מבואר בהג"א בשם התוס' נחזור לענינינו והנה אף לפ"מ שפרשנו דדעת רב אגרא ופגרא היינו כמו ששוין בשעת השכירות אפ"ה לא תיקשי עלייהו במאי דפסקו דמשלם כשעת שבירה משום די"ל דסמכו על הא דר"פ דנהגו אגרא בשעת משיכה פגרא בשעת שבירה ופירשו דפגרא בשעת שבירה כמו שהיה שוה בשעת שבירה. ויש מן הראשונים שגורסין ופגרא בשעת שבירה כמבואר בשיטה

מקובצת ועוד גורסין ומתניתא אפכא תניא ופירשו דלשון הברייתא דקתני הרי פרתך עשוי' עלי משמע דמשלם כשעת משיכה ולכך תלוי במנהגא דמנהג אינו כן רק דמשלם כשעת שביר' ומנכה הפחת שראוי לפחות ור"פ גריס בברייתא דרב ששת אסור ועוד הביא גירסא בשם הראב"ד משום דמתניתא לא תנא איכא מנהגא ופירש משום דמתני' לא פי' בהדיא איזה שומא משלם ומשמעות הברייתא כשעת משיכה לכך איכא מנהגא כשעת שבירה ומנכה מה שראוי לפחות ולפמ"ש יש די ליישב מה שהקשה הלח"מ דמאי מקשה רב ששת מ"ט שתק רב לשיטת הפוסקים דמשלם כשעת שבירה דלמא כוונת רב היה דמשלם כשעת השכירות ולפמ"ש אין כאן קושיא כלל דלו יהא כן אכתי תיקשי אמאי שתק רב דהא גם הברייתא דאייתי רב ששת הכי דייקא ועוד דהרי רב סתמא אמר ואם רב כהנא ורב אסי פרשו כוונתו דפגרא כשעת שכירות כ"ש דברייתא דפרשה בהדיא דשם פרה כיצד הרי פרתך עשוי' עלי וכו' דודאי כ"ש דדייק כשעת שכירות וא"כ אמאי שתק רב. וגם מה שהקשה הפ"י מאי ס"ד דמחזי כריבית כיון דמשלם כשעת שבירה ומתנה ש"ח להיות כשואל ולפמ"ש לא קשה מידי וכן נראה למקצת מפרשים הובאו בש"מ ואף לפ"מ דמשמע ברשב"א לדעת הרמב"ן דס"ל כשעת שבירה שמפרש הברייתא הרי פרתך עשויה היינו שבאמת הפרה שוה ארבעים רק שקוצב שלשים מפני שמנכה מה שראוי לפחות משך השכירות נראה שפי' כן לפי המסקנא דבני כופרא פירשו כן הברייתא אבל רב שם מפרש הברייתא כפשטא שקצוב הדמים כשעת שכירות אמנם קושית פ' לק"מ בלא"ה דאין זה ענין למתנה ש"ח להיות כשואל דהתם אינו נוטל שכירות מאותו עצמו ואף דמקבל עליו זולא מ"מ לפעמים ליכא זולא ומשלם כשעה השכירות ואעפ"כ נוטל שכירות גם מה שהקשה הפ"' בד"ה דהא מקבל עליה בנסכא דנחשא לא ידענא מה קאמר דגם בזוזא ודאי מיירי דהא מקבל המשכיר יוקר' וזולא וזה פשוט ודמי ממש לספינה וגם בספינה אלו לא היה שום קלקול מה מהני מה דמשלם כשעת שבירה ומאי בין שעת שכירות לשעת שבירה ואי משום זולא הא גם בזוזא כן הוא לכך הוצרך התוס' לומר שיש קלקול בספינה ולכך יש חילוק בין שעת שכירות לשבירה:

נחזור לענינינו דמלתא דרב איירי דמקבל עליו אונסין ולכך ס"ד דמחזי כריבית משום דקמה ליה ברשותיה וכמש"ל ולכן מיירי ע"כ בהונה בפי' דאל"ה לא מחייב באונסין ובזה איפליגו הפוסקים אם מור לשלם כשעת השכירות או לא רק כשעת שבירה אמנם אם הותנה סתם שיתן לו שכירות ואם ישבר יתן לו קצבה זקוק י"ל דאדרבה הכוונה להיפוך שאם ישבר באונס אף בשאר שובר לא מחייב באונס מ"מ התחייב א"ע ליתן לו הקצבה אבל לא יתן לו אז שכירות. והגמרא מיירי שהותנה בפי' אף אם ישבר יתן

לו שכירות וזה כוונת הש"ך אמנם אם נשבר בפשיעה אף בלא שום תנאי מחויב לשלם בעד הבהמה וגם השכירות אף בלא שום תנאי וכ"ש בכה"ג דהוי מזיק בידים עיין סי' ש"ז סעיף ג' וסי' ש"ח סעיף ה' ובסמ"ע ואטו אם שכר בהמה ואח"כ הכה אותה והזיקה שצריך לשלם לו פחת ההיזק לא ישלם לו שכירות ולא תימא דוקא השכר שמגיע לו קודם הפשיעה כיון שנתחייב לשלם ההיזק שוב אח"כ פטור משכירות דז"א דדוקא בגזלן דקמה ליה ברשותיה דגזלן אין צריך לשלם שכר דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה כמבואר בב"ק דף צ"ו ע"ב דלא הוי קשיא ליה לרבא עלי דר"נ רק משום דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה אבל בפשיעה או מזיק דעדיין הוא ברשות ניזק דהרי אפי' השברים אין שמין לגנב ולגזלן ושמין לשואל וכ"ש בשאר שומרים וק"ו שעוד שלא נשבר דהוא ברשות הניזק ובודאי מחוייב לשלם שכר אף אחר שפשע בה ואעפ"כ מחויב לשלם מאי דאיפחתא מכספה דאטו משום שהזיקה ואפחתה מכספה נפטור שכירות שעשה בה מלאכה אח"כ והחולק על זה לא ידע בדיני ממונות בין ימינו לשמאלו וראוי להורידו מדיינות ולגוערו בנזיפה אמנם זה צ"ל שבעד החביות שהוסיף והזיק לבהמה אינו מחויב בשכירות כיון דמשלם כל ההיזק הבא מחמת זו החביות וא"צ לשלם רק מה שהיה השכירות ביניהם:

ובנידון הכחשת אדום זהב א"צ להאריך כי בדין מה שהנחת אתה נוטל כל שהשומר אינו מודה שלקח יותר ואומר איני יודע אולי לא היה יותר פטור משבועת שומרין דאין זה ענין לשבועות שומרין כלל. ומודה במקצת משום הילך ואינו חייב רק היסת ובת"ח ק"ח לבד ומכ"ש אם יש עד המסייע פטור לגמרי ועי' בסי' ע"ב בש"ך ס"ק צ' בתוספתא עשר מנורות של ך' ליטרין ובסי' פ"ח סעיף כ"ג דכל שמחזיר לו הפקדון ואמר מה שהנחת אתה נוטל פטור משבועה דאורייתא וזה מעשים בכל יום ואינו נשבע רק היסת. וכבר פשט המנהג על פי תשובות כנסת יחזקאל דלת"ח לא משבעינן היסת רק ק"ח וזה פשוט ואולי הוי באתרא דידי האיש העושה בזדון לבלתי שמוע והנפש אשר תעשה ביד רמה הוה מחינא ליה בסילוא דלא מבע דמא עד יטה אוזן לשמוע לקול מורים וטוב לו:

הכ"ד אחיו ה"ק אלכסנדר סענדער מרגליות מבראד חונה פה ק"ק סאנטוב והגליל יצ"ו:

שאלה מו

משמי מעונה. שלום יענה לאב בחכמה ומושל במכמני התבונה ה"ה כבוד אהובי אדוני אבי מ"ו הרב הה"ג החריף ובקי המפורסם ידיו אמונה משפט וצדק לכוננה. כש"ת

מוהר"ר מנחם מאנש נ"י. שש אנכי על אמרתיך ואני בא בדבריך וחשתי ולא התמהמהתי לשמור מצותיך לשום עין במשפטיך אשר חרצת:

בדבר השוכר סוסים מחבירו להוליך משאוי והוסיף על המשאוי וחלה לו סוס א' ומכרו השוכר בדרך ועתה זה תובע דמי שוויא של הסוס וגם השכירות שקצב לו וזה טוען כיון שמשלם בעד הסוס א"צ ליתן לו השכירות. ולענ"ד הדבר ברור כאשר פסקת שצריך ליתן השכירות שקצב וגם דמי הסוס רק ששמין כמה היה ראוי שיפחת הסוס משויה מחמת דרך ומשאוי כזו שהתנה עמו וינכה לו שהרי בעבור זה קצב לו השכירות והמותיר ישלם לו וכל דיינא דלא דאין כה"ג לאו דיינא הוא ומה שזה טוען כיון שמשלם דמי שוויא א"צ ליתן שכירות אין ספק שיפה אמרת שאלו דברי הבאי דכל שומר שהוא כש"ש וצריך לשלם הדמים היינו אף אם קיבל כבר השכירות מחויב להחזיר למשכיר או גוף החפץ או דמים והא דקאמר בב"מ דף ס"ט דאקשו ליה ר"כ ורב אסי לרב אי אגרא לא פגרא כו' היינו משום דהתם בשבורה באונס ומחמת מלאכה איירי רק שמתנה שיתחייב לשלם ואהא מקשו דהא אסור משום רבית משא"כ בשבירה דפשיעה דאהא לא הוו מקשו מידי וכ"כ הב"י והב"ח בטור יו"ד סי' קע"ו להדיא דלכך כתב הטור שהתנה אם ישבר באונס כו' דאם בפשיעה פשיטא שהדין כן בכל שוכר שהיא כש"ש ומאי אקשו ליה ר"כ ור"א לרב ואין לחלק ולומר דדוקא היכא שהפשיעה באה אחר שכבר גמר המלאכה שנתחייב השכירות עבורה כגון אם נשברה הספינה אחר שהגיע אל מחוז חפצו ונשברה בפשיעה אבל אם הרבה לפשוע ותיכף משהתחיל במלאכה א"כ מן היום ההוא והלאה כדידיה דמי בדידיה קעביד מלאכה כיון דהוי עלה כגזלן ואיתא בסי' שס"ג דאי נחית לאגרא רצה שכרה נוטל רצה פחתה נוטל מבואר מדבריהם דתרווייהו לא שקיל ז"א חדא דמשמע מב"י וב"ח הנ"ל דאף בנשברה הספינה בפשיעה באמצע הדרך שקיל אגרא ופגרא ועוד דא"כ בכל הני דאיתא בגמרא ובש"ע סי' ש"ח דהוסיף על משאה חייב לשלם היה להם לפרש דמנכה לו דמי השכירות דהא משמע דמיירי שתיכף בתחלת ההליכה הטעין עליה יותר מהראוי א"ו דליתא שבמה שפשע להטעין עליו יותר בשביל זה לא קנה הבהמה למהוי כדידיה ופשיטא דכל כמה דהוא בעינא ברשותא דמרא קיימא ומה"ט כתב הרמ"ה שם סי' שס"ג דאם הגזלן השכיר לאחר השכירות לבעלים וביאר הב"ח הטעם דכל ממון שלא נקנה ביד מי שהוא הרי הוא ברשות הבעלים ונמצא דהשכירות שלו כאילו הם עצמם השכירוהו עי' שם וא"כ כאן שבאמת השכירוהו בעלים פשיטא שהוא צריך לשלם השכירות ומה לי איהו ומה לי אחרינא ודוקא היכא שנטל בלא רשות הבעלים לגמרי אז אמרינן דאם רצה פחתה נוטל ולא אגרא משא"כ היכא שהשכירו לו

הבעלים בפירוש הרי נתחייב בתשלומי השכירות ומה בכך שפשע בה בזה לא נפטר מהשכירות ולכי מייתה לה חיובא אחרינא הוא ועוד דאין חיוב השכירות משהתחיל במלאכה דמשעה שמשך נתחייב בשכירות וכמ"ש התוס' בב"מ דף ע"ט ד"ה אלא כו' דאפילו לא נתן יש לו לתת כל השכירות שהרי קנה המשכיר כל השכירות במשיכת השוכר את הספינה כו' עי' שם וא"כ פשיטא דאע"פ שזה פשע אח"כ ומחוייב לשלם דמי כל הבהמה בזה לא נפטר מהשכירות שכבר נתחייב בו משעת משיכה ובפרק המפקיד דאמרינן לכשתרצה ותשלמני הרי פרתי קנויה לך מעכשיו והתם אמרינן דאף דמודה שנגנבה בפשיעה או ש"ש שאמר נגנבה הדין כן ומבואר שם גבי ההיא דאפקיד כיפי דאף באומר שנאבדה בפשיעה הדין כן דאמרינן אם לבסוף משלם לו הוי כמקנה לו מעכשיו וא"כ לפ"ז בש"ש שפשע בלא עדים ומשלם היה לנו לומר שלא יצטרך לשלם לו השכירות ובעובדא דראב"ן שהביא הש"ך סי' ש"ט לא שייך לומר כן דכיון דהתנה עמו שיתחייב באונסין א"כ לא הוי מצי פטר נפשיה במידי הלכך אי לאו מטעמא שנחלק עליו מורו של המרדכי דמצי למימר לא נתחייבתי אלא בחזרת הסוסים שפיר פסק ראב"ן דמחויב לשלם גם השכירות כיון דלא הוי מצי פטר נפשיה במידי משא"כ בש"ש שפשע ואין עדים י"ל דז"א לפמ"ש דהשכירות נתחייב מיד בשעת משיכה ואע"ג דאם משלם לבסוף הוי כאמר לו שיקנה מיד בשעת משיכה מ"מ זה דוקא בשבחא דאתי מעלמא אבל בשבחא דמגופא לא מקני ליה כגון גוזלות וולדות ועדיף טפי דהתם הוי טעמא כמ"ש רש"י דניחא לבעלים שיהיה בטוח בקרן שיהא ספק כפל העתיד לבא של שומר משא"כ בזה שהוא ודאי שנתחייב בשכירות מיד ומ"ש הש"ך סי' רצ"ה ס"ק ח' בנפקד ששילם למפקיד שזכה ברבית של עכו"ם התם נמי בכה"ג מיירי שהנפקד הלוה המעות לעכו"ם באמנה דהוי פושע וע"ש שכתב דהוי שבחא דמעלמא כמו כפל והיינו נמי משום שלא היה בשעת מעשה משא"כ שכירות שהיה בשעת מעשה תו לא מפקע ליה ועוד דבנ"ד שלא רצה לשלם לו רק אחר שנשבע המשכיר נראה פשוט דאין לך אטרחיה ה לבי דינא גדול מזה שהשביעו חנם ופשיטא דבכה"ג לא אקני ליה מידי הלכך הדין פשוט כמ"ש ואין צריך לראיות. ומה שכתבת שיש שתלה עצמו בדברי הש"ך סי' ש"ט הדבר פשוט כמו שכתבת דהאי גברא לא חש לקמחיה דהתם מיירי באופן שא"צ לשלם מן הדין רק מחמת התנאי בזה נחלק מורו על הראב"ן לומר שעיקר תנאי לא היה רק שאם ישלם בעד הסוס לא יצטרך לשלם שכירותו שהרי שם אותה עליה מעכשיו כמה היה שוה משא"כ בזה שהשכירות נגמר סתם ונתחייב לשלם ומה שפשע אח"כ מלתא

אחריתי הוא וא"צ רק לנכות מה שמשערין שהיה הסוס נפחת בהליכתו בדרך ומשאוי כזו שהתנה עמו והמותר ישלם לו חוץ דמי שכירות שקצב לו:
דברי בנך הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה מז

שאלה בהיותי מעיין בסוגיא דתקנת אושא בב"ק דף פ"ח הלום ראיתי מה שהקשו התוספות שם ד"ה דלר"י דס"ל ק"פ כקה"ג ל"ל תקנת אושא דהא בלא"ה אינה יכולה למכור כיון שיש לבעל ק"פ. ובשיטה מקובצת שם תירץ בשם תוס' הרא"ש דבשלמא בכותב נכסיו לבנו גוף מהיום ופירות לאחר מיתה שפיר ס"ל לר"י ק"פ כקה"ג דמי כיון שהיה הגוף והפירות מתחלה של האב רק שהוא נותן הגוף לבנו אלים ק"פ דידיה כקה"ג משא"כ נכסי מלוג שהשדה והפירות היה של האשה רק כיון שנשאת הפירות הם של הבעל לא אלים ק"פ דבעל למהוי כקה"ג עי' שם וקשיא לי דהאיך אפשר לחלק בכך שהרי בגיטין דף מ"ז ע"ב איתא איתמר המוכר שדהו לפירות ר"י אמר מביא וקורא קסבר ק"פ כקה"ג דמי ר"ל אמר מביא ואינו קורא קסבר ק"פ לאו כקה"ג. איתביה ר"י לר"ל ולביתך מלמד שאדם מביא בכורי אשתו וקורא. א"ל שאני התם דכתיב ולביתך. א"ד איתביה ר"ל לר"י ולביתך כו' טעמא משום דכתיב ולביתך הא בעלמא לא א"ל טעמא דידהו נמי מהכא עכ"ל הרי מבואר דלתרווייהו לישני אין לחלק בין ק"פ דעלמא לק"פ דנ"מ כלל וגם קשיא לי לפי מה דמסיק בסוגיא זו הא דאמרינן העבד והאשה פגיעתן רעה הם שחבלו באחרים פטורים והיינו היכא דלית לה נ"מ אבל היכא דאית לה נ"מ מחויבת למוכרם בטוה"נ לשלם לנחבל. והרי"ף כתב המשנה כצורתה ולא כתב הך אוקימתא דדוקא היכא דלית לה נ"מ וצריך טעם למה. ושוב חפשתי במפורשים ולא מצאתי בזה. ולענ"ד לתרץ דברי הרי"ף דאזיל לשיטתו שכתב בריש החובל דחבלה דאדם באדם אע"ג דאית ביה חסרון כיס כיון דלא שכיחא לא עבדינן שליחותייהו וכתב הב"י בח"מ בסי' א' דלדעת הרי"ף אפילו רופא ושבת אין דנין דהאידנא דליכא סמוכים אלא מנדין אותו עד דיהיב שיעור מה דחזי למיתב ליה או דאם תפס לא מפקינן מיניה. והנה התוס' הקשו דהיאך קאמר כל לגבי בעל ודאי מחלה שהרי תצטרך לשלם מדיני דגרמי והקשה הפ"י די"ל דכוונת הש"ס הוא שאם יהיה הדין לכופה ולמכור כדי להגבות לבעלה אז תמחול לבעלה מיד אחר החבלה ושוב לא תוכל למכור בטובת הנאה אע"ג דמלשון הש"ס משמע שתמחול אחר המכירה היינו לפי לשון המקשה כו' וזה דחוק ונ"ל דע"כ מוכרח הש"ס לומר שתמחול אחר המכירה שהרי הרמב"ן הקשה דהאיך יכולה למחול הרי הבעל משועבד מדר"נ

ובדר"נ אינה יכולה למחול דהש"ך סי' פ"ו תירץ דשיעבודא דר"נ אינה אלא כשעדיין לא נסתלק הנחבל אבל כאן אחר שתמכור לו הכתובה הרי יצאה י"ח לגבי נחבל תו לא שייך שיעבודא דר"נ כיון שכבר נפרע דמי הנזק שלו ושוב הו"ל כלוקח דעלמא ויכולה למחול ע"ש וא"כ ע"כ הוכרח הש"ס לומר שתמחול אחר המכירה שקודם המכירה אינה יכולה למחול דאיכא שיעבודא דר"נ ושפיר מקשין התוס' דתצטרך לשלם מדיני דגרמי וע"ש מה שתירצו התוס' בזה והנה הפ"י כתב טעמא דהרא"ש שכתב דאי אית ליה נכסי מלוג וצ"ב מחוייבת למוכרם בטוה"נ ולא אמרינן שתמחול משום שגוף הקרקע שלה לא שייך מחילה ואין לחוש שתתן לבעלה במתנה דודאי לא תחיל המתנה כיון שהמכירה קדמה להם עכ"ל. ולכאורה קשה דבנ"מ דלא שייך שיעבודא דר"נ כיון דאינם חוב על הבעל רק הגוף שלה א"כ עדיין יש לחוש כיון שהדין נותן לכופה למכור תתן לבעלה במתנה מיד אחר החבלה כסברת הפ"י וצ"ל כיון דשיעבוד הנחבל קודם למתנה זו ונזקין גובין ממשעבדי כמבואר דעת הפוסקים בח"מ סי' קי"ט ולא מהני מתנה כלום שהנחבל טורף מהם וא"כ הרי"ף לשיטתו שפיר עביד שלא כתב אוקימתת הש"ס דלית לה נ"מ דאפילו אית לה נמי לא כייפינן לה למכור בטוה"נ שאם יהיה הדין לכופה תתן לבעלה במתנה מיד אחר החבלה כסברת הפ"י לעיל ואין לומר דכיון דשיעבוד הנחבל קודם למתנה טורף מהם הא ליתא דלענין לטרוף מיד המקבל מתנה בדיני חבלות לא עבדינן שליחותייהו ואין הנחבל יכול להוציא מיד הבעל אם תתן לו במתנה הלכך אפילו אית לה לא מנדינין לה עד שתמכור הנ"מ בטוה"נ. ובקשתי לעי' בזה ולהעמידני על האמת ושלום אחיך הק' אליקים געציל:

תשובה אהובי אחי ראיתי דבריך טובים ונכוחים וראשון תחלה אען ואומר שמ"ש בשם הש"מ שכתב בשם הרא"ש לא חדת הוא ליה וכבר הרגישו בזה בתוס' ביבמות פרק החולץ ובב"ב דף מ"ח שכתב דשאני ק"פ דנ"מ שאינה בא אלא מכחה והן הן הדברים אלא שהרא"ש ביאר יותר וראיתי בפ"י בסוגיא זו הביא לשון התוס' וכתב דלא כן הוא מסוגיא דלעיל ור"ל דלעיל אמרינן אימית דרמי בר אבא הוה נסיבא כו' ואמרינן לא משנתינו הוא זו הכותב נכסיו כו' ומייתי עלה פלוגתא דר"י ור"ל אלמא דפירוש נ"מ נמי בפלוגתא דר"י ור"ל תליא. אך לפענ"ד אי משום הא לא אריא דהא הש"ס מסיים בה ואנן השתא כו' כר"ל סבירא לן וקאמר ר"י כו' עי' שם וא"כ מדר"ל מייתי שפיר כיון דאפילו בהכותב נכסיו ס"ל לאו כקה"ג דמי אע"ג דאלים ק"פ דאב מכ"ש בנ"מ דסובר לאו כקה"ג דמי משא"כ התוס' שפיר מחלקין בכך אליבא דר"י דסובר בכותב נכסיו הוי כקה"ג מ"מ שפיר מצי סבר בנ"מ דלא הוי כקה"ג דלא אלים ק"פ דבעל כולי האי. אך סוגית הש"ס

דגיטין שהבאת ודאי שזה צריך לפנים וגם לדידי קשיא לי מהא דאמר בב"מ פרק השואל לענין שאילה בבעלים שאל מן האשה ונשאל בעלה עמה פלוגתא דר"י ודר"ל דאיתמר המוכר שדיהו לפירות כו' ולפי דברי התוס' והרא"ש דלעיל הך לא תליא כלל בפלוגתא דר"י ור"ל דגם ר"י מודה בזה דלאו כקה"ג דמי. והתוס' שם כתבו הא דלא מייתי פלוגתא דתנאי גבי המוכר עבדו על מנת שישמשנו שלשים יום כו' א"נ אפילו למ"ד התם כקה"ג דמי היינו משום שמשייר המוכר לעצמו פירות בעין יפה אבל בעלמא לא עכ"ל. ודבריהם צריכים ביאור דא"כ מאי מייתי מדר"י ודר"ל בהמוכר שדהו לפירות דהא י"ל דשאני מוכר שמשייר בעין יפה. ואם נאמר דהש"ס קאמר הכי מחמת הא דאיתמר עלה בגיטין איתיביה ר"י לר"ל ולביתך כו' עיקר חסר מן הספר וגם הלום ראיתי בחידושי הרשב"א בגיטין שם אהא דאמר התם א' לאו דאמר ר"י ק"פ כקה"ג לא מצא ידיו ורגליו שהקשו התוס' א"כ אנן היאך מצא ידינו ורגלינו הא קי"ל האחין שחלקו לקוחות הם וקי"ל ק"פ לאו כקה"ג וכתב הרשב"א בשם ר"ת לתרץ דאנן קי"ל כר"ל לענין בכורים משום דגלי בה קרא דולביתך. והקשה הרשב"א ע"ז מהך דב"מ דמייתי ראיה מהך דבכורים לענין שאלה בבעלים וגם בש"מ ב"ק הקשה על תירץ ר"ת מב"ב דף קל"ו דאההוא דהכותב נכסיו כו' פריך התם והא איפלגא בה חדא זימנא דאיתמר המוכר שדהו לפירות כו' ע"ש. ולפי דברי ר"ת קשה מאי פריך דלמא שאני בכורים דגלי קרא ע"ש:

ונלע"ד דא"ש עפ"י מה שיש לעיין בהא דס"ל לר"י ק"פ כקה"ג דמי ולכן מי שהגוף שלו א"י למכור. ולכאורה הוא הלכתא בלא טעמא דהא זה אינו רוצה למכור הגוף שהוא באמת שלו ולמה יהיה מעוכב מחמת זה שאין לו רק בפירות ולא בגוף כלל וצ"ל דטעמא דר"י כיון דקי"ל אין אדם מקנה דבר שלב"ל והרוצה להקנות לחבירו פירות אין די בהקנאת הפירות לבד כ"א שיקנה לו גוף לפירות ולכן דקדק כאן בלשונו המוכר שדהו לפירות ולכן כיון שמקנה לו הגוף שיהיה משועבד לפירות שפיר יש תבלין לסברת ר"י דק"פ כקה"ג דמי שהפירות שלו יש לו שעבוד וקנין גם בגוף וא"ש בהא דהכות' נכסיו לבנו דהא אית' בב"ב דקמ"ח דאין אדם משייר דבר שלב"ל רק לגביה נפשיה בעין יפה הוא משייר ומשייר לעצמו הגוף לפירות ולכך ס"ל לר"י דהבן אינו יכול למכור הגוף דק"פ של האב כקה"ג דמי שהרי עדיין הגוף של האב לפירות ובזה פליג עליה ר"ל וס"ל דמ"מ אינו כקה"ג לפי שאין לו בו רק שעבוד לצורך הפירות אבל מ"מ אין זה מעכב שלא יוכל הבן למכור הגוף עצמו שהוא באמת שלו ולפ"ז החילוק בין הך דהכותב נכסיו כו' להך דנ"מ מבואר דבשלמא בכותב נכסיו שהגוף ופירות של האב והאב שייר לעצמו הפירות ע"כ שייר לעצמו הגוף לפירות ולכך ס"ל כקה"ג דמי משא"כ

בנ"מ שהבעל אוכל הפירות מצד תקנת חכמי' פשיטא שלא היה צורך לחכמים לתקן בתקנת אכילת פירות שיהיה הגוף שלו לפירות רק שתיקנו לבעל אכילת פירות לבד ממילא שאין שייכות הפירות לגוף כלל ושפיר אמרינן דאי לאו תקנת אושא לא היה הבעל מוציא כו' דבזה לא שייך ק"פ כקה"ג דמי כיון דאין לבעל שום חלק ושיעבוד בגוף כלל ועפ"ז א"ש מה שהקשית מהך דגיטין דמבואר דגם לענין נ"מ אמרינן אליבא דר"י ק"פ כקה"ג משום דהתוס' בגיטין שם הקשו בהא דקאמר ולביתך מלמד שאדם מביא בכורי אשתו כו'. והקשו הא מן התורה אין לבעל פירות בנכסי אשתו אלא תקנתא דרבנן א"כ ע"כ גזירת הכתוב הוא וי"ל דדרך נשים שנותנות פירות לבעליהן וכה"ג איירי קרא ע"ד לשי' דקרא מיירי שנותנות הפירות וא"כ ע"כ שהוא דרך קנין וע"כ שהיא מקנת לו הגוף לפירות דאל"כ אין הקנין כלום וכיון דבקנין גוף לפירות מיירי שפיר מדמה הך דנ"מ להא דהמוכר שדהו לפירות משא"כ בב"ק דאיירינן השתא לדידן בלא הקנאה רק מחמת אכילת פירות של הבעל מצד תקנת חכמים וחכמים לא תיקנו על הגוף כלל רק על הפירות לחוד ממילא דשפיר אנו צריכין לתקנת אושא דמתקנה קמייתא דאכילת פירות לא היה יכול להוציא הגוף כלל דבזה גם ר"י מודה שאין תקנת אכילת פירות מעכב על מכירת האשה הגוף כלל:

ואחר הודיע כל זאת נראה דא"ש הך דקשיא לן מהך דב"מ שאל מן האשה כו' דמוכח מהתם דגם בנ"מ אליבא דר"י ק"פ דבעל כקה"ג דמי ונראה דא"ש עפ"י מה שכתבנו בטעמא דר"י ס"ל ק"פ כקה"ג משום דזה הקנה לו השדה לפירות משא"כ בנ"מ דאין לבעל רק הפירות לבד. אך כ"ז קודם תקנת אושא שתיקנו שהבעל מוציא הגוף מיד הלקוחות שלקחו מן האשה וטעמא כדאמרי' בב"ב דאלמוה רבנן לשעבודא דבעל ושוי' כלוקח ראשון ולפ"ז ע"כ לומר דבאושא תיקנו שהקרקע תהיה משועבדת ג"כ לבעל לפירות דאל"כ לא שייך אלמוה לשעבוד הבעל כיון שנאמר שאין לו רק הפירות אשר תוציא הארץ והולידה והצמיחה ועל הגוף אין לו שעבוד כלל וע"כ דבאושא התקינו שהגוף יהיה משועבד לפירות ואליבא דר"י באמת א"צ לומר דאלמוה ג"כ שיהיה כלוקח ראשון אלא כיון שהתקינו לו שעבוד בגוף לפירות ממילא שאין מכירתה כלום והא דאמרי' אלמוה שיהי' כלוקח ראשון היינו לדידן דקיי"ל כר"ל דמ"מ לאו כקה"ג דמי וא"כ היה עכ"פ מועיל המכירה וליש תיקנו שאם מתה נחשב כלוקח ראשון ולפ"ז א"ש הך דב"מ דהתם אחר תקנת אושא דכבר תיקנו לו שעבוד הגוף לפירות ותלי בפלוגתא דר"י ור"ל דלר"י קנין פירות כזה כקה"ג והוי שאלה בבעלים משא"כ לר"ל נהי דהבעל יכול להוציא משום דהוי כלוקח ראשון מ"מ לא נחשב הגוף שלו כיון דק"פ לאו כקה"ג ולא

הוה שאלה בבעלים וכ"ז אחר תקנת אושא משא"כ התוס' והש"מ מתרצים שפיר דאי לאו תקנת אושא רק מתקנת אכילת פירות ובזה ק"פ אף לר"י לאו כקה"ג ואנו צריכין לתקנת אושא והדברים ברורים לפענ"ד:

וא"ל לפמ"ש דטעמא דר"י דס"ל ק"פ כקה"ג דמי ומעכב המכירה משום שצריך להקנות הגוף לפירות לפי שאין אדם מקנה דשלב"ל דא"כ היכא אמרינן בב"ק דף פ"ט ובגיטין דף מ"ט דר"מ ס"ל ק"פ כקה"ג דהא ר"מ ס"ל אדם מקנה דשלב"ל ונראה דא"ש ע"פ מ"ש התוס' בב"ב דף ס"ג גבי הא דע"מ שהמעשר שלי דפריך והא אין אדם מקנה דשלב"ל כו' דלא מצי למימר ר"מ הוא משום דע"כ לא אמר ר"מ אלא בפירות דקל שהדקל עביד להוציא פירות משא"כ בשדה דמי יימר דחרש וזרע לה ע"ש ונראה דגם לענין מוכר עבדו ע"מ שישמשנו שייך למימר הכי ולפ"ז גם ר"מ מודה בשדה ועבד דצריך להקנות הגוף לפירות ושפיר ס"ל לר"מ ק"פ כקה"ג דמי ולפ"ז א"ש גם מה שהקשה הרשב"א וש"מ על תירוץ ר"ת דשאני בכורים דגלי קרא ולביתך ויתורץ גם מה שיש לדקדק בהא דאמרינן איתיביה ר"י לר"ל ולביתך כו' א"ד איתביה ר"ל כו'. ולכאורה הוא אך למותר דמאי נ"מ אם ר"י הקשה לר"ל והוא השיב לו או להיפך. ונראה דנ"מ טובא אם ר"י הקשה לר"ל או ר"ל לר"י דלכאורה קשה באידך לישנא דר"ל פריך לר"י טעמא דכתיב ולביתך הא לא"ה לא אלמא לאו כקה"ג ומאי קושיא דלמא לעולם כקה"ג דמי ואם היה אוכל הבעל פירות אשתו ע"י הקנאה באמת לא היה צריך קרא ולביתך רק דמיירי שלא ע"י הקנאה ואפ"ה רבי קרא דמביא וקורא ובאמת גזירת הכתוב הוא כמ"ש התוס' בקושייתם שם ועוד קשה על מ"ש בשם ר"ת דאף אי קי"ל לאו כקה"ג מ"מ בכורים שאני דכתיב ולביתך ולכאורה ז"א דבשלמא אי כקה"ג שפיר מוקמינן ולביתך בכה"ג שמקנין לבעליהן כדי שלא תצטרך לומר גזירת הכתוב דוקא בכורים אלא ילפינן מיניה בכל דוכתא ק"פ כקה"ג משא"כ אי אמרינן לאו כקה"ג א"כ אפי' תימא דמיירי בהקנאה ג"כ אנו צריכים לגזה"כ וא"כ מנ"ל דמיירי בהקנאה דלמא מיירי בלא הקנאה כלל ואפ"ה בכורי אשתו מביא וקורא משום גזה"כ כקושיית התוס' ולא ילפינן מיני גם לענין מוכר שדהו לפירות או בחזרת יובל לענין בכורים:

ולכן נראה לתרץ דהנה הרשב"א כתב לתרץ קושיית התוספות דהיאך יליף מקרא בכורי אשתו דאכילת פירות נ"מ מדרבנן דקרא אתי לאשמועינן שאם תקנה האשה פירות כו' ודברה תורה בהוה לפי שרגילות הנשים לתת פירות נכסיהן לבעלים וי"א שהתנו מתחלה שיאכל הוא פירות נ"מ שלה וזהו מוהר ומתן הכתוב בתורה כו' ולפ"ז לתירוץ הב' דהרשב"א א"ש דלעולם מיירי התורה במתנה מתחלה על אכילת פירות והם נקנים

לבעל ואז שפיר הקשה ר"ל לר"י דאי כקה"ג ולביתך ל"צ כיון דודאי ע"י הקנאה מיירי. וגם לפ"ז א"ש תירץ ר"ת די"ל בעלמא לאו כקה"ג והכא גלי קרא ולביתך דכקה"ג שא"ל דא"כ נימא דגזה"כ הוא אף בלא הקנאה ז"א דודאי קרא ע"י הקנאה מיירי משא"כ לאידך לישנא דש"ס דר"י פריך לר"ל דנלמד מולביתך כקה"ג י"ל דלעולם אין הכרח שהתורה מיירי דווקא ע"י הקנאה אלא דמצי מיירי בהכי דרגילות הוא שהנשים יתנו הפירות וכמ"ש התוס' וכן תירוץ א' של הרשב"א. ולפ"ז א"א לומר דר"י סבר בעלמא לאו כקה"ג רק לענין בכורים דגלי קרא דז"א דלמא לאו גזה"כ הוא לגבי בכורים רק לגבי נכסי אשתו כיון שאפי' אי מיירי בהקנאה צריך גזה"כ שהרי מצד הסברא לאו כקה"ג דמי כמו בעלמא וא"כ דלמא לא מיירי בהקנאה כלל ולענין בכורי אשתו גזה"כ הוא ומנ"ל במוכר שדהו או בחזרת היובל אלא ע"כ דגם בעלמא כקה"ג ולכן מוקמינן קרא בהקנאה ולאו גזה"כ הוא רק ילפינן מיניה בעלמא ק"פ כקה"ג. ולפ"ז מבואר הנ"מ בהנך תרי לישני דלישנא קמא שפיר י"ל דילפינן בעלמא ק"פ כקה"ג מהך דבכורים משא"כ לאידך לישנא כיון דע"כ לומר דס"ל דקרא לעיל בהקנאה מיירי והיינו מוהר ומתן א"כ שפיר י"ל דר"י דקאמר טעמא דידי נמי מהכא היינו דגלי קרא גבי בכורים דק"פ כקה"ג ומ"מ בעלמא אפשר דמודה דלאו כקה"ג:

והשתא א"ש קושי' הרשב"א והש"מ על ר"ח מב"ב וב"מ דשם מבואר דאין לחלק בין בכורים לשאר מילי לענין ק"פ ולפי מ"ש א"ש דהתם בב"מ וב"ב אזיל בהך לישנא דר"י פריך לר"ל מדכתיב ולביתך ולהך לישנא א"א לומר דס"ל לר"י דגלי קרא בבכורים דוקא משום דכתיב ולביתך דא"כ גם בבכורים גופא מנ"ל דגלי דלמא גזה"כ הוא גבי נכסי אשתו אף בלא הקנאה ולאו מטעם דק"פ אתינן עלה. אלא ע"כ דס"ל דבכל דוכתא ק"פ כקה"ג והיינו דקאמר טעמא דידי נמי מהכא וא"כ יש לנו לאוקמי ע"י הקנאה ומטעם ק"פ כדי שלא נצטרך לומר שהוא גזה"כ והלכך שפיר קאמר בב"מ שאל מן האשה וכו' פלוגתא דר"י ור"ל וכן בב"ב והא אפלגו בה חדא זימנא משא"כ ר"ת שפיר מתרץ לדידן דקי"ל בכל דוכתא כלישנא בתרא ולהך לישנא דאותבי ר"ל לר"י טעמא דכתיב ולביתך ע"כ דס"ל דהתורה תמיד ע"י הקנאה מיירי שהי' מתני בשעת נישואין ותנאי דשעת נישואין קנין הוא כדאמרינן בעלמא הן הן הדברים הנקנין באמירה או שהי' מתני' בהדיא א"כ שפיר י"ל דדוקא בבכורים גלי קרא דכקה"ג משא"כ בעלמא לאו כקה"ג דא"ל דגם גבי בכורים מנ"ל דלמא בלא הקנאה מיירי ז"א דהך לישנא ס"ל דהתנו מתחלה על אכילת פירות וא"כ מסתברא ללמוד משם גם למוכר שדהו לפירות ולענין חזרת יובל

למימרא דכקה"ג כמו גבי בכורי אשתו משא"כ בעלמא שפיר י"ל דלאו כקה"ג דמי והוא נכון מאוד לפענ"ד:

ועפ"ז נראה ליישב מה שקשה לכאורה אליבא דר"י דס"ל, ק"פ כקה"ג דמי למה תועיל המכירה בטובת הנאה דכל שאין המכירה מועלת מעכשיו לא מהני גם לאחר זמן וכדאמרי' בכתובות דף נ"ט דמי איכא מידי דמהשתא לא קדוש ולקמיה קדוש. ואמנם הב"ש והפ"י עמדו בזה אליבא דידן דקי"ל איתא לתק"א האיך יכולה למכור בטוה"נ וזה אפשר ליישב דהא תק"א הוא דאלמוה רבנן לשעבודא דבעל ובכה"ג דאלמוה אמרינן התם בכתובות דאע"ג דאלמוה היינו לענין דלא תיקדש מהשתא אבל לקמיה שפיר קדיש וה"נ דכוותיה אין הך אלמוה דתק"א מעכב שלא תחול המכירה כשיסתלק הק"פ שלו ויבואו לרשותו (ועיין מ"ש בזה בתשו' חלק אה"ע סי' ס"ח ושם כתבתי ליישב מה שהשיגו האחרונים על הב"ש ופ"י שקושייתם הוא כקושיית התוס' בכתובות דף נ"ט ע"ש) אך כל זה אי אתינן עלה מחמת תק"א משא"כ אליבא דר"י דס"ל דק"פ כקה"ג דמי ודינא הוא ולא תקנתא הדרא קושיא לדוכתיה דלמה תוכל למכור בטוה"נ אך לפי מ"ש א"ש דגם אליבא דר"י היינו בשאר ק"פ אבל בק"פ דנ"מ מודה דמדינא לאו כקה"ג כיון דאין לו בגוף הקרקע כלום רק משום תק"א אמרינן דכקה"ג דמי. וכבר כתבנו דתק"א אינו מועיל רק לעכב שלא תמכור לגמרי ותבריח נכסיה מבעלה וע"ז אלמוה אבל מ"מ אין זה מעכב על המכירה דלקמיה ושפיר מוכרת בטובת הנאה:

אך דלכאורה עדיין צ"ע כיון דלר"י תק"א היה שנקנה הגוף לפירות א"כ ממילא דאף השתא אין יכולה למכור משום אי איכא מידי ובשלמא אי אמרינן לאו כקה"ג רק באושא אלמוה לשעבודא דבעל שפיר י"ל דהא דאלמוה כדי שלא תמכור להבריח נכסי' וזה שייך כשמוכרות לגמרי אבל בטוה"נ לא שייך זה ולא אלמוה לשעבודא כלל לענין מכירה דלקמיה משא"כ אי אתינן עלה מטעם שתיקנו שיזכה בגוף לפירות וכקה"ג לא מסתבר לחלק בכך אם הוא מתק"א או מצד הקנאה. ועוד דהא בנצ"ב הגוף שלו לפירות אף בלא תק"א ואפ"ה יכולה למכור בטוה"נ כמבואר בהחובל:

אך באמת לא קשה מידי דאף דר"י ס"ל כקה"ג מ"מ מודה דאין מעכב מחמת זה המכירה דלקמיה אף אם הוא בדרך הקנאה כמבואר במתני' דהכותב נכסיו לבנו דאין ללוקח עד שימות האב וכי מיית האב בחיי הבן אית ליה ללוקח ועיין בתוס' ריש החולץ שהקשו דה"ל מה שאירש מאבא ותירצו דאפ"ה אין ק"פ דאב מבטלת מכירת הבן לגמרי ע"ש. והרמב"ן בב"ב בשם הר"י מיגא"ש כתב ג"כ דמתלי תלי וקאי ולכי מיית האב חלה המכירה למפרע ע"ש משא"כ כשמת הבן תחלה אי אמרינן כקה"ג זכיית האב קדמה

לשעת חלות המכירה של הבן ואפי' למ"ד אדם מקנה דשלב"ל מודה בהא כיון דלא אתי לידי הבן כלל ותימא על הסמ"ע סי' רנ"ז סעיף ה' דאיתא התם במת הבן קודם אפ"ה קונה שאין לאב אלא פירות וק"פ לאו כקה"ג דמי וכתב הסמ"ע ע"ז פי' שלא נאמר שאין בקנין הלוקח כלום שהרי הקנה לו הבן דשלב"ל קמ"ל דז"א שהרי גוף השדה היה של הבן וק"פ של הנותן אינו כקה"ג עכ"ל וזה תימא דאם מטעם דבשלב"ל אתינן עלה אליבא דס"ד כקה"ג דמי א"כ אפי' מיית האב תחלה מ"ט אית ליה ללוקח דהא בכל דבר שלב"ל המכירה בטילה אף שבא אח"כ לעולם ואף שהטור והש"ע סי' רי"א כתבו ג"כ שאין מקנה דבשלב"ל שהגוף שלו דק"פ כו' יש להעמיס בלשונם דכיון שדשלב"ל אין כאן מחמת שהגוף שלו ממילא דאין חשש מחמת קנין פירות דלאו כקה"ג אבל דברי הסמ"ע שכתב דל"ת שאין בקנין הלוקח כלום כו' אם שנדחוק לומר מ"ש שהרי הוקנה לו הבן דשלב"ל לאו דוקא אלא ר"ל כיון דהשתא נמי לא אתי לידי אין בקנין הלוקח כלום ואין זה במשמע ועכ"פ הדבר מבואר בש"ס דבכקה"ג אין מעכב המכירה דלקמיה ולא דמי למה שאירש מאבא וא"כ שפיר יכולה למכור נ"מ בטוה"נ אף לר"י ולאחר תקנת אושא: העולה ממה דכתיבנא דשפיר יכולה למכור בטוה"נ והמכירה חלה כיון שהגוף שלה אבל הבעל נראה דודאי אין יכול למכור בטוה"נ שהרי אין לו בגוף כלל וא"כ י"ל מי איכא מידי כו' וכמש"ל ולפ"ז קשה בההיא דמכות דקאמר מעידין אנו באיש פלוני שגירש את אשתו ולא נתן כתובה כו' אומדים כמה אדם רוצה ליתן כו' והרא"ש שם כתב דגם זכות של נ"מ ישלם וקשה דלמה יצטרכו לשלם הא אין לו זכות למכור זכות ירושת נ"מ וכמבואר ג"כ בכתובות וא"ל דמ"מ אומדים כמה הי' רוצה ליתן בכדי לקנות זכות כזה ז"א דהא בב"ק אמר אביי ש"מ טוה"נ לאשה דאי לבעל לימרו לה מה אפסידתך אי הוה מזבנת בעל הוי שקיל מינך:

ולכאורה יש להפליא דמכירה מאן דכר שמיה רק כך אנו שמין כמה אדם רוצה ליתן עבור טוה"נ זו ואם היתה רוצה אצל אחר כך היתה צריכה ליתן ואם כן באו להפסידה דבר ששוה סך כזה ומה בכך שאם היתה מוכרת היה הבעל לוקח מעות שתקח בעד טוה"נ אנן לאו במכירה משערינן רק בשוה למכור משערינן שזה רצה להפסידה וע"כ לומר דודאי הא דכתיב בקרא כאשר זמם לעשות לאחיו היתה הכוונה מה שרצו להפסידה בבירור ולא על צד הספק כלל וכלל וכל שיש איזה צד לומר בשעה שהעידו שאפשר שאין כאן הפסד ממון כלל לבע"ד אין לנו לחייב אותם וא"כ אי לאו שהיא יכולה למכור בטוה"נ ולקבל סך הדמים שזהו מה שהפסידה בעדותן ממון שהיתה יכולה לזכות בה בבירור ע"י מכירת החפץ דהיינו הכתובה שבידה לא היינו מחייבין אותם מחמת שאצל

האשה היא שוה שהיתה נותנת אם היתה רוצה לקנות זכיה כזה דמה בכך לו יהא דבאמת קנתה כתובה זו של אלף בטוה"נ בעד מנה והעידו לפטור ונמצאו זוממין א"צ לשלם לה אף שנתנה עבורה מנה דמה בכך ס"ס מאן יימר שתבא לידי גוביינא שמא לא תקח כלום רק מה שצריכין לשלם המנה לפי שיכולה למכור לאחר וליקח מנה ולכן מוכיח שפיר דטוה"נ לאשה כו'. ולפ"ז מ"ש הרא"ש שם במכות לפרש דאומדין כמה רוצה ליתן בכתובתה של זו שחייבוהו ליתן מיד שתהיה בידו עד זמן שתתאלמן כו' ג"כ אין כוונתו מצד שווי של זכות זה אצל הבעל רק מצד כיון שהוא שוה כ"כ א"כ היה יכולה למכור וליקח סך כך וזה הפסדו שהפסידוהו במה שחייבוהו ליתן הכתובה מיד משא"כ זכות ירושת נ"מ שאין בידו למכור למה ישלמו ואפשר לומר דכיון דקי"ל דיכול אדם לחייב א"ע בדבר שלב"ל כמבואר ברא"ש פרק אע"פ ובח"מ וא"כ באופן זה היה יכולה למכור זכות ירושת נ"מ שלה ולחייב א"ע כשיבאו לידו ליתן לו הנכסים וצ"ע אם יש לחייב בזה מדין הזמה כיון שאין לו זכות מכירה בגוף הנכסים אף ע"י טוה"נ. ואפשר שזה דעת הטור שלא כתב הדין דמחוייבים לשלם נ"מ ודקדק עליו בדרישה ופרישה למה השמיט. ולפי מ"ש א"ש די"ל דהטור ס"ל דכיון דהוא א"י למכור זכות נ"מ אין מקום לחייב העדים ועיין בלשון הטור דמשמע דשמין זכות ספיקה של אשה וזה ינכו להעדים והשאר ישלמו ומדברי הרא"ש משמע דשמין זכות ספיקו של הבעל ע"ש. ולדברי צ"ע דע"כ גם בברייתא דמייתי בב"ק נימא דשמין זכות ספיקו דבעל וזה ינכו והמותר ישלמו. ונראה שגם הטור שכתב שרואין כמה שוה הך דביני וביני ג"כ ר"ל שזה הם צריכים לשלם לפי שהבעל כך היה לוקח במכירת זכות ספיקו מה שזה שוה יותר מזה. ועיין ברש"י ותוס' דמכות וקצרתי) והרשב"ם בב"ב דף נ"ו שפי' שהבעל יכול למכור פירות נ"מ בטה"נ אזיל לשיטתו שפירש בב"ב דף קל"א דהיכא דמפיק בל' ירתון אין זה מקנה דבר שלב"ל כיון שאין מתנה אלא לאחר מיתה ואז כבר הבנים בעולם ע"ש אך אין זה דעת הפוסקים ובחידושי הארכתי בזה. ועיין באה"ע סי' צ' בב"ש ס"ק מ"ם שכתב אהא דכתב סמ"ע ואין חילוק בין מכרה הנכסים או הקדישה אותם וכתב אע"ג דאם פרסו כו'. ועיין בח"ה סי' רע"ב ובספר כתובה כתב שט"ס וצ"ל ועיין בח"ה סימן רנ"ז בהג"ה סעיף א' המקדיש קרקע כו'. אך נ"ל דלא דמי כו' ע"ש. ואני מתפלא על גודל הבנתו שהדבר מבואר שאין כאן ט"ס רק שחסר רגל התיו וצ"ל ועיין בתה"ד סי' רע"ב וע"ש שממנו מקור דברי הרמ"א והב"ש ובחידושי שם ועל הר"ן כתבתי עוד בזה על מ"ש הב"ש בסי' צ"ג ס"ק ל"ג במ"ש בשם הר"ן דאינה גובה הכתובה. ובאמת הר"ן ממזונות מיירי וכתובה

שאני דגובה ממשעבדי וכן מבואר בר"ן פרק אע"פ ושם כתבתי מה שלא הוכיחו בסי' צ' מדברי הר"ן וקצרתי כאן):
והנה מה שכתבת ליישב דברי הרי"ף שהשמיט אקומתת הש"ס דלית ליה משום דאזיל לשיטתו דבחבלות לא עבדינן שליחותייהו דבריך נכוחים (וזה כביר בשנת תקמ"ה לפ"ק שנתגלגל זכות ע"י בהדפסת ספר שו"ת ב"ח החדשות העליתים בהקדמת הספר בשם אחי שי' ע"ש. ולמען חיבתו הועתקו פה ג"כ) וגם אנכי הארכתי בחידושי ליישב דברי הרי"ף אלו. וגם נתחדש לי בסוגיא זו בעזה"י ענינים רבים תמצאם בחידושי וקצרתי כאן דברי אחיך הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה מח

שאלה מחכם אחד. לעיין מר במילי דהרמב"ם בפי' המשנה בגיטין דף נ"ב במתני' דהמטמא והמדמע והמנסך בשוגג פטור כו'. כתב ומה שאמר המנסך כו' שינסכהו לע"א וידע שהיין אסור בזה הניסוך כשיהיה מזיד בנזק ולא ידע שהוא חייב סקילה כשמנסך אותו לע"א לפי שאם היה יודע ג"כ שהוא חייב סקילה לא היה חייב תשלומין לפי שעיקר אצלינו אין אדם מת ומשלם כמו שבארנו פ"ג דכתובות עכ"ל והם דברים תמוהים שהרי בש"ס אמרינן מ"ד מערב מ"ט לא אמר מנסך אמר לך מנסך קים ליה בדרבה מיניה אידך כדר' ירמיה דאמר ר' ירמיה משעת הגבהה הוא דקנה מתחייב בנפשו לא הוי עד שעת הניסוך כו' הרי מבואר דמטעם דמדאגביה קניה אתינן עלה וגם שטעם הרמב"ם שכתב בשביל שלא ידע שהוא חייב סקילה כו' אינו מספיק כלל דהא אנן קי"ל חייבי מיתות שוגגין פטורין מתשלומין. הן הן הדברים אשר שאלונו ש"ב ידידי החריף ובקי מוהר"ר צבי הירש נ"י מק"ק זאמוטש (וכעת הוא הרב כו' האב"ד דק"ק חעלם) בד"ז הרב החריף ובקי המפורסים מוהר"ר סענדר חיים נ"י. ואשר אז אמרתי בהשקפה ראשונה יצא מלבי אפס אח"כ בדרך למודי בהסוגיא העירו רעיונו ושמתי פני לעיין בזה:
תשובה הנה כל עין רואה תשור שדברי הרמב"ם נפלאו בזה ולא די שדבריו סותרים דברי הש"ס אלא שגם סותרים דברי עצמו בחבור הרמב"ם פ"ז מהלכות חובל ומזיק שכתב המנסך כו' אוסר היין וחייב לשלם והאיך יתחייב זה לשלם והרי הוא מתחייב בנפשו מפני שבשעת שהגבהו נתחייב לשלם ואינו מתחייב בנפשו עד שינסך ודבריו בזה כדברי הש"ס ומבואר בדבריו שאין מחלק בין אם ידע שחייב סקילה או לא וכדי ליישב דברי הרמב"ם ראיתי לכתוב פה מה שכתבתי בביאור דברי הרא"ש בסוגיא שכתב אהא דמשני מנסך קלב"מ וז"ל ומטעם שלא יהא כ"א הולך ומטמא טהרות של חבירו

אין לחייבו דמה"ט לא מחייבינן ליה טפי אלא כאלו הוא היזק ניכר כו' וס"ל דהיזק ניכר גופיה היכא דשייך קלב"מ פטור ושוב הוקשו וא"ת ולשמואל מ"ש מהא דאמרינן בכתובות הגונב חלבו של חבירו ואכלו חייב שכבר נתחייב בגניבה קודם שיבא לידי איסור חלב ותירצו דהגבהה צורך ניסוך הוא ור"ל כמ"ד שהגבהה צורך ניסוך חייב ולא כמ"ד דמחלק התם אי מצי להדורי ורב סבר כאידך שנוייא דמחלק בין מצי להדורי א"נ י"ל דסבר רב כמ"ד אפשר לנסך בלא הגבהה והקשה בסוף ספר כתובה בחידושי בנו חד"ז הגאון מוהר"ר צבי הירש נ"י לפי מ"ש הפ"י דרב סבר כחזקיה דהיזק שא"נ שמיה היזק ולכך לא אמר מנסך היינו מערב דא"כ היינו מדמע דלא שייך לדידי' קנסא מקנסא לא ילפינן דהא ממונא הוא א"כ קשה מ"ט דפטר שוגג דהא לא שייך כדי שיודיעו דהא שפיר הוא יכול להודיעו ויאמר שניסך בלא הגבהה כיון דרב ס"ל דאפשר לנסך בלא הגבהה. ובשם אביו מחו' הגאון החסיד ז"ל כתב להקשות לפי מאי דפריך בחולין מהך מתני' אמ"ד דס"ל דישראל אינו אוסר משום לצעורי קא מכוון א"כ מאי משני השתא לאזוקי קא מכוון אודעי לא מודע ופירש"י לצערו ולהקניטו שהרי בישראל לא אמרינן דמכוון לצערו ולהקניטו שאם הי' מכוון לצערו לא היה נאסר כלל וגם התוס' בחולין הקשו דלפי הך אוקימתא דמוקי בישראל מומר קשה מ"ט לא מפרשי מנסך היינו שנגע ביין ונאסר דהא מומר אוסר בנגיעה ולית בה משום קלב"מ והפ"י בגיטין הקשה להיפך כיון דשמואל ע"כ לא ניחא ליה לאוקמי בישראל מומר דא"כ הו"ל לאוקמי' שאסר בנגיעה וא"כ בפשיטות הל"ל דמש"ה לא אמר כרב משום דס"ל אין אדם אוסר דבר שאינו שלו או משום לצעורי. ונראה לתרץ הכל ומתחלה נקדים לברר הפשט בדברי התוס' שמתחלה כתבו לתרץ דמטעם שלא יהא כ"א הולך לא עדיף מהיזק ניכר ושוב הקשו וא"ת ולשמואל מ"ש כו' דמשמע שקושיא זו תלוי בתירוצם שכתב תחלה והא בל"ז הו"מ לאקשויי קושיא זו דלמה נימא קלב"מ דהא מתחייב מחמת הגבהה. ונראה דא"ש עפ"י מ"ש התוס' שם אח"כ די"ל דגם שמואל סבר דאפשר לנסך בלא הגבהה רק דמ"מ א"ש כיון דעל הניסוך לא מחייב משום קלב"מ ממילא אין לחייבו על ההגבהה דמצי אמר הש"ל וכמו אם נסכו אחר דמצי א"ל הש"ל ולכאורה קשה דאין ראיה מנסכו אחר דנסכו אחר כיון שהוא היזק שאינו ניכר מצי אמר הרי שלך לפניך וכמו תרומה ונטמאת משא"כ כשנסכו הוא דאם מטעם דשלא יהא כ"א הולך כו' עשאוהו כהיזק ניכר ובהיזק ניכר א"י לומר הש"ל וכדאמר ר"פ דאם שמי' היזק לא מצי אמר הש"ל אך י"ל דשפיר כתבו התוס' דדמי לנסכו אחר וא"ל דנסכו הוא שאני שלא יהא כ"א הולך כו' ז"א למאי דקיימינן השתא דאפשר לנסך בלא הגבהה א"כ לא הועילו חכמים בתקנתן דאכתי

מצי לנסך בלא הגבהה ויהי' פטור משום קלב"מ דהא בניסוך בלא הגבהה בודאי פטור דלא עדיף מהיזק ניכר וכיון שכן לא תיקנו כלל משום שלא יהא כ"א כו' לעשות אותו כהיזק ניכר וא"כ אף בדאיכא הגבהה הוא יכול לומר הש"ל כמו אם נסכו אחר ולפ"ז בלא הך קושיא שהקשו שיתחייב משום שלא יהא כ"א הולך לא הוו מצי לאקשויי מ"ש מהגונב חלבו דמצינן למימר דא"ש בפשיטות דבשלמא בהגונב חלבו ואכלו שהחלב אינו בעין מתחייב על ההגבה' שהרי א"י לומר הש"ל משא"כ באיסור דמצי אמר הש"ל ולכך הקדימו להקשות שיהא חייב משום שלא יהא כ"א כו' וע"ז כתבו לתרץ משום דלא עדיף מהיזק ניכר וע"ז שפיר חזרו והקשו מהגונב חלבו כו' ור"ל דלעולם תתחייב משום שלא יהא כ"א וא"ל דלא מהני רק כהיזק ניכר דא"כ עכ"פ יתחייב מטעם הגבהה כמו בגונב חלבו ואכלו דכמו דהתם לא מצי אמר הש"ל דכיון דעשאוהו כהיזק ניכר דשמי' היזק לא מצי אמר הש"ל וע"ז כתבו שני תירוצים חדא דהגבהה צורך ניסוך וס"ל דבכה"ג לא אמרינן מדאגבי' קניא וא"כ נהי דשייך תקנה שלא יהא כ"א לעשותו היזק ניכר מ"מ אין לחייבו על ההגבה' כיון שצורך ניסוך היא ושוב כתבו די"ל דאפשר לנסך בלא הגבהה וא"כ שוב לא שייך שלא יהא כ"א כיון שלא הועילו חכמים בתקנתן דהא מצי לנסך בלא הגבהה וא"כ אף היכא שעושה הגבהה אין לחייבו דהא מצי אמר הש"ל וכמו נסכו אחר דכיון דליכא תקנתא שלא יהא כ"א הולך שוב אין לחלק בין נסכו הוא לנסכו אחר:

אך לפי"ז צריך להבין במ"ש התוס' דרב ס"ל דמחמת הגבהה חייב על כל מה שיעשה בידים אחרי כן אע"ג דאז קלב"מ. ולכאורה קשה דמה בכך שעשה בידים כיון דהיזק שא"נ הוא ומצי אמר הש"ל וא"ל דעשאוהו כהיזק ניכר כיון דלא שייך טעמא שלא יהא כ"א כו' שהרי אם ירצה ינסך בלא הגבהה ויפטר וכמש"ל. ואפשר לומר בטעמא דרב עפ"י מ"ש הפוסקים דהא דאמרינן גזל חמץ ועה"פ אומר הש"ל דוקא כשבא הנגזל אחר הפסח אבל אם בא תוך הפסח כיון דבפסח לשריפה עומד וכל העומד לשרוף כשרוף דמי דקי"ל כר"ש דס"ל הכי ולכך שפיר קאמר רב דמדאגבי' קניא דא"ל הש"ל דהא תקרובות ע"ז לשריפה עומד ועובר משום לא ידבק בידך מאומה כו' וכשרוף דמי ולא מצי אמר הש"ל דהא כמאן דקליא דמי:

ועתה נבא לישוב דברי הרמב"ם בפה"מ שכתב במזיד שידע שהיין אסור ולא ידע מאיסור סקילה דאל"כ אינו מת ומשלם שהוא תמוה כמו שהקשה ש"ב החריף נ"י וגם קשה על פשיטות דברי הרמב"ם דא"כ האיך קאמר חזקי' בטעם הפטור בשוגג כדי שיודיעו ופריך א"ה במזיד נמי דהא שפיר מצי לאודיעו ויאמר שידע מחיוב סקילה ויפטר עי"ז

ואף שיש לדחות ולומר דאע"ג דמשוי נפשיה רשיעא בהודאה דאסר של חבירו במזיד מ"מ אינו רוצה לעשות עצמו רשע שידע מאיסור סקילה ועבר דמ"מ קשה מנ"ל להקשות כן בפשיטות על חזקי' א"ה במזיד נמי ולפי מ"ש א"ש דלכאורה קשה לפי מ"ש לעיל בטעמא דרב דמתניתין אתיא כר"ש. ולפ"ז אכתי קשה הא ר"ש ס"ל בסנהדרין דף ע"ג הרודף אחר ע"א ניתן להצילו בנפשו א"כ אכתי קשה הא קלב"מ וא"ל משום דמדאגבי' קניא דז"א כיון דאגביה ע"ד לנסך לע"ז הו"ל רודף אחר ע"ז וניתן להצילו בנפשו וכל שניתן כו' פטור מתשלומין כמבואר שם בסנהדרין דפריך מא"נ שיש להם קנס הבא על ח"כ ע"ש וא"כ פשיטא דלא מתחייב על הגבהה אף באונסין לר"ש. אך י"ל דע"כ לא אמרינן דרודף אחר ע"ז דניתן להצילו דוקא שידע בנפשו שחייב מיתה ואפ"ה עביד הו"ל ניתן להצילו ואז קנה בדמי ואינו חייב על הגבהה כלל משא"כ כשלא ידע שחייב מיתה נמצא אע"פ שבשעת מעשה ההיזק פטור מחמת ח"מ שוגגין מ"מ חייב על ההגבהה דהא על הגבהה לא ניתן להצילו דהא לא ידע כלל אם חייב מיתה ע"ז ובכה"ג לא ניתן להצילו ובהכי א"ש דברי הרמב"ם בפה"מ שכתב דוקא בלא ידע שחייב סקילה דאז על הגבהה לא ניתן להצילו בנפשו וחייב מחמת ההגבהה משא"כ בידע דאין חיוב על ההגבהה משום דניתן להצילו בנפשו אין חייב תשלומין דהו"ל חייבי מיתות שוגגין וא"ש דדברי הרמב"ם הם כדברי הש"ס בזה דטעם החיוב משום מדאגביה כו' אך לדידן דקי"ל כמתניתין דסנהדרין דהרודף אחר ע"ז לא ניתן להצילו בנפשו אף בידע נמי חייב על הגבהה ולכך פסק בחיבורו סתם דחייב על ההגבהה ולא חילק בין ידע או לאו:

ובאופן אחר י"ל דלכאורה קשה בהא דאמרינן בהגונב חלבו וכן בהגונב כיס מדאגביה קניא כיון שההגבהה או ההוצאה היה ע"ד שיאכל או יוציא בחיוב מיתה הפוטר מתשלומין ומעיקרא ההגבהה ע"ד לקנותו בדמי וא"כ לא יתחייב עליו והרי זה דומה כמגביה כלי ע"מ לקנותו וקנאו באמת ושילם דמיו דמאי חיוב שייך בזה וה"נ דכוותיה וצ"ל דאין הנידון דומה שהרי קי"ל אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו ופי' רש"י שמחויב לציי"ש דבאמת איהו חיובי מחייב רק שהתורה אמרה כדי רשעתו שהב"ד אין יכולת בידם לחייבו אבל מ"מ חיובא אקרקפתא דגברא מונח וא"כ כשהגביה קודם שפיר ב"ד מחייבין אותו על שעת ההגבהה שאז אין שם חיוב מיתה ואין זה מועיל מה שעשה כן ע"מ שיאכל או יוציא בחיוב מיתה דס"ס איהו בחיוביה קאי ומה בכך שאין הב"ד יכולין לחייבו מ"מ לא נסתלק החיוב מעליו. והנה בכתובות דף ל"ד ע"ב בד"ה איהו לאו משום דלא מחייב כתבו דדוקא בממון חייב לציי"ש אבל בקנס כיון שאינו מתחייב רק עפ"י ב"ד ב"ד אפילו לציי"ש אינו חייב עי' שם. וסברתם בזה דבקנס אין עיקר החיוב

רק כשיפסקו ב"ד שיתן קנס וכיון דבשעת חיובו חייב מיתה ואין ביד ב"ד לפסוק עליו שישלם קנס ממילא דפטור לגמרי:

ולפי"ז בהך דמנסך דקי"ל כר"מ דקנסא הוי א"כ הדק"ל דמאי מהני מדאגביה שהרי הגביה ע"ד כן שיעשה היזק שא"נ דהיינו קנס בהדי חיוב מיתה ובכה"ג אין חל עליו חיוב מיתה אם כן מעיקרא לא נחית אדעתיה דגזלנותא שיתחייב בתשלומין משא"כ בלא ידע דאז מעיקרא אגביה על דרך לעשות ההיזק בחיוב תשלומין אף דבאמת ח"מ שוגגין פטורין מ"מ כיון דלא ידע מחיוב מיתה ההגבהה ע"ד לגזול ולהזיק לחבירו היתה וגזלן הוא ומחייב בתשלומין. ובזה א"ש דברי הרמב"ם דדוקא בלא ידע שאז מתחייב על ההגבהה. ובזה א"ש מה דקשה לכאורה על פשיטות דברי הרמב"ם דמאי קאמר חזקי' כדי שיודיעו דהא שפיר יודיעו ויאמר שידע מחיוב סקילה ולפי מ"ש א"ש דהרמב"ם לא כ"כ אלא למאי דקי"ל כר"י דקנסא הוא משא"כ חזקי' דס"ל דממונא הוי אין חיוב מיתה פוטרו לגמרי דאיהו מחייב רק שאין הב"ד יכולין לפסוק דחייב מ"מ שפיר מחייבין אותו על ההגבהה דהגבהה זו לא ע"מ לפטור הוא כנ"ל. והדברים נכונים לפענ"ד והנה במה דקשיא להו להתוספות דאטו שמואל לית ליה מדאגביה קניה נלענ"ד דא"ש עפ"י מש"ל קושית מחותני הגאון נ"י שהקשה דאכתי יודיעו שניסך בלא הגבהה ונראה לתרץ דהנה התוס' הקשו בהא דמשני דאית ליה שותפות בגויה דא"כ קשה היינו מדמע ונלענ"ד עפ"י מה שהקשו התוספות על רש"י שכתב לא מיבעיא הגביה והרביצה שקנאה בהגבהה ונעשית שלו והקשו התוספות דא"כ מאי פריך ממנסך דלמא שאני התם דמדאגביה קניה ונראה לתרץ דלכאורה קשה לפי מה דאמרינן בבבא בתרא דף פ"ה כליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה, וכתב הרמב"ן שם דאף משיכה והגבהה הוי דוקא בכליו של לוקח אבל בכליו של מוכר לא קנה וא"כ נהי שהיין קנה כיון שנתכוין לגוזלו כמ"ש רש"י מ"מ הכלי לא קנה במשיכה זו שהר' לא נתכוין על הכלי לקנותו לעצמו וא"כ אף על היין לא נתחייב שהרי לענין להתחייב באונסין בעינן שיעשה קנין המועיל במכירה כדמוכח בכתובות בהא דהגונב כיס בשבת דפריך אי דאפקיה לרשות הרבים איסור שבת איכא איסור גניבה ליכא ונ"ל דשפיר קאמר אליבא דרב מדאגביה קניה כיון דבחולין מוקי הש"ס בדאית ליה שותפות וא"כ שפיר קונה הכלי דדוקא כליו של מוכר לא קנה משא"כ בשל שותפים שפיר קונה כליו כמבואר בב"ב ובקידושין גבי סלע של שניהם ולפי זה א"ש מה שהקשו התוספות דמאי פריך ממנסך נימא מדאגביה קניא דז"א דבס"ד דלא ידע דמיירי באית ליה שותפות א"כ אין כאן קנין מחמת הגבהה כלל דהו"ל כליו של מוכר ולפ"ז שפיר משני הש"ס דאית ליה שותפות ולא קשה קושית התוספות היינו מדמע דהשתא

דמיירי באית ליה שותפות א"כ שפיר מועיל ההגבה' שיהיה יכול לאסור חלק חבירו ואין האיסור משום מדמע רק משום ניסוך ממש ולפ"ז א"ש קושית הגאון ז"ל דחזקיה דמוקי בישראל מומר לא שייך השתא לאזוקי כו' ולפמ"ש י"ל דאדרבה לחזקיה לא מצינן לאוקמיה בישראל מומר דא"כ אפילו במזיד נמי דהא לא שייך לומר השתא לאזוקי כו' וע"כ דמוקמינן לה בסתם ישראל ואית ליה שותפות והאיסור מחמת ההגבה' ואם יודיעו שניסך בלא הגבהה לא יהיה נאסר רק משום מדמע ויכול למכרו חוץ מדמי איסור שבו ולכך פטרוהו בשוגג כדי שיודיעו שניסוך בהגבהה ואסור למכרו כלל שהרי הוא עצמו אסור מחמת הגבהה ולא יבא לידי איסור. ולפ"ז י"ל דגם שמואל מודה דלא מצי אמר הש"ל אך דאיהו ס"ל דדוחק לאוקמי באית ליה שותפות בגוויה וא"כ אינו מחייב על ההגבה' דהו"ל כליו של לוקח ברשות מוכר וגם י"ל דס"ל דאפילו כליו של שותפות אינו קונה ע"ש בב"ב וקצרתי. והנה במה דכתיבנא דקשה למה יתחייב על ההגבה' שהרי ההגבה' היתה ע"ד חיוב מיתה י"ל דכיון דעכ"פ הגביה ע"ד להוציאו מרשות הבעלים לאכלו וכיוצא כגון ההיא דהגונב חלבו והגונב כיס שבדעתו בשעת ההגבהה ליטלו ולהחזיקו לעצמו ואז בשעת ההגבהה אין שם חיוב מיתה מתחייב בהשבה מיד ותו לא מהני מה שקונה אח"כ בחיוב מיתה דמ"מ השבה אין כאן ולפ"ז בהא דמנסך שבאמת אינו רוצה ליקח אותו להחזיקו לעצמו ולהוציאו מרשות בעלים לרשותו רק שרוצה לנסך בו ואף שיחסר מ"מ אין בדעתו שיקח לעצמו ועיקר חיובו על ההגבהה אינו רק לפי שרוצה לעשות בו מעשה היזק לחסר לחבירו ע"י הניסוך ובמעשה ההיזק יש חיוב מיתה ועכ"פ מצות השבה על ההגבהה אין כאן כיון דמעיקרא לאו אדעתיה להוציאו מרשות בעלים נחית ולדון אותו ע"ד המעשה שיעשה בו ג"כ אין כאן חיוב שהרי אז קלב"מ ואין לחייבו על ההגבה' אם לא היכא שאין יודע שיש במעשה זו חיוב אז גם על ההגבה' ע"ד לחסר חבירו חייב כההיא דזורק מטבע לים הגדול דאמרי' אי שקליה בידים השבה בעי למעבד וא"ש ג"כ דברי הרמב"ם ע"ד הנ"ל דדוקא אם לא ידע באיסור סקילה דאל"כ אין מקום לחייבו על ההגבה' מטעמא דכתיבנא:

והנה במ"ש דכיון דמתני' אתיא כר"ש ניתן להצילו בנפשו ואינו חייב על ההגבה' לכאורה איכא לדחויי דמיירי ביכול להצילו באחד מאבריו כדמוקי אביי בסנהדרין מתני' דאלו נערות וכה"ג כתבו התוספות בכתובות דף ל"ח גבי סימא עינו והרגו ע"ש אך דאכתי קשה לרבא במניחתו שלא יהרגנה כו' ולא ניחא לאוקמי' ביכול להצילו כו' וגם לפמ"ש בספר כתובה שם דף ל"ח דיכול להציל עכ"פ לא גרע מחייבי מלקיות שוגגין ורבא ס"ל כמ"ד חייבי מלקיות שוגגין פטור ע"ש א"כ לרבא קשיא מתני' דהמנסך אך

י"ל לכאורה במ"ש דאמאי לא מצי אמר הש"ל י"ל טעמא דמלתא דכיון דאסרו בהנא' לכל העולם הוי כאבידה ששטפה נהר כו' וכההיא דכריתות שור הנסקל שהוזמו עדיו כו' ויצא מרשות הבעלים וכל שיצא מרשות הבעלים אינו יכול לומר הש"ל שהרי אינו שלו עכ"פ אלא דלכאורה ז"א דהוי כיאוש של"מ דלא הוי יאוש וכיוצא בזה כתב בספר כתובה אהא דאמרינן אי דלא מצי לאהדורי כו' ולפ"ז א"ש דלרבא א"צ לאוקמי כר"ש כלל דלדידיה איכא למימר טעמא דלא מצי אמר הש"ל משום יאוש בעלים דהא רבא סובר דיאוש שלא מדעת הוי יאוש ועי' בס' כתובה שם דמייתי מהתוספות בב"מ דגם אביי מודה באבידה ששטפה נהר דהוי יאוש וא"כ גם לאביי מצינן למימר הך טעמא. שוב ראיתי שצריך ליישב הא דגזל חמץ ועבר עליו הפסח דמקשה מינה לרבה כיון דמטי עידן איסורא מייאש אמאי אומר הש"ל ושני ליה זה אינו רוצה לקנות אלמא דכל דלא קני' לי' אע"ג דאיכא יאוש מצי אמר הש"ל והתם נמי איסור הנאה הוא ולא אמרי' כיון דנעשה הפקר לא מצי אמר הש"ל כיון דאינו שלו אם לא שקונה אותו ממש וצ"ע. ובתשובות אחרות כתבתי עוד בענינים אלו וכעת לקצר אני צריך דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה מט

שאלה אומן שנתנו לו עצים או כסף וזהב לעשות מהם כלי והאומן יש לו ג"כ כסף או עצים כיוצא בזה ויש לו כעת צורך בזה שניתן לו מבעה' אי שרי להחליף מה שניתן לו מבעה"ב או לא:

תשובה לכאורה יש ללמוד דבר זה ממ"ש הב"ש באהע"ז סימן ל"ה ס"ק כ"א כשקידשה במעות המשלח בדבר שאין קפידא ויש לשליח להחליף לא הוי גזל וכ"כ שם ס"ק ט"ו בשם הש"ג דכששולח כסף אין קפידא אם יחליף כו' וצ"ע על הד"מ ובהג"ה שם שהעתיקו לשון הש"ג שצוה לו לקדש בכסף יכול לקדש בכל כסף שירצה ובאמת בש"ג איתא כמ"ש הב"ש דאפילו מסר לו כסף יכול לקדש בכל כסף שירצה (ועיין בתוספות רי"ד שהוא מז"ה שמביא ריא"ז דמבואר שם דאפילו מסר לה חפץ יכול לקדשה בחפץ משלו ומ"ש ונאבד לאו דוקא רק אורחא דמלתא דאל"כ למה ליה לקדש בשלו וכדמשמע מדברי הש"ג בשם ריא"ז שאין חילוק) ואף דמיירי שמקדש למשלח וא"כ י"ל דע"ז אין המשלח מקפיד אם יהיו הקידושין בכסף זה או בכסף אחר ומ"מ השליח לא קנה כסף של המשלח מ"מ אם איתא שאם החליף הוה גזל בידו א"כ גם הכסף שנותן משלו למשלח אינו קנוי לו דאדעתא דהכי יהיב שיהא הוא קונה את של המשלח א"ו כיון

דאין קפידא שפיר הוי חליפין וא"כ גם השליח מצי מקדש בכסף של המשלח אם יש בידו להחליף:

וראיתי בספר המקנה בק"א שם שכתב דלא משמע כן מדברי הפוסקים ודוקא בהפקיד מעות מותרים בענין דרשאי הנפקד להשתמש בהם יכול נמי להחליף כמ"ש הש"ך סימן רנ"ב ס"ק ח' ואפשר דהב"ש מיירי שנתן לו המשלח רשות להוציאו ולהחליפו עכ"ל וצ"ע דמשמע שהב"ש הוציא זה מדברי הש"ג שהביא שם לעיל ואיהו מיירי אף שלא נתן רשות להשתמש בהם:

ואמנם מה שהביא מהש"ך ע"ש שכתב בשם התוספות ב"מ דף כ"ט והוא תמוה שהתוס' מיירי אם נימא דחייב באונסין אבל כיון דקי"ל נאנסו לו ואינו רק ש"ש פשיטא שצריך ליתן לו אותן מעות עצמן. ובעה"י כוונתי בזה לדעת הגאון ח"צ ז"ל בהגהות ט"ז ח"מ סימן ע"ג ע"ש וא"כ אף בנתן לו המשלח רשות להשתמש אינו יכול להחליף אך נלענ"ד לחלק בדבר דגבי מפקיד הא דשרינן להשתמש בהם היינו משום שזה שולחני וזה נתנם לו מותרים מסתמא דעתו שיוכל להשתמש בהם כשירצה וגם זה מקבל אותם ע"ד כן ולכן אף קודם שנשתמש הוי ש"ש אבל מ"מ לא נעשה לוה להתחייב באונסין וכמ"ש הפוסקים לחלק בין זה לדמי אבידה והלכך אף שמותר להשתמש אף שלא יתן אחרים תמורתן ונעשה משעת השימוש לוה עלייהו מ"מ כל שלא נשתמש אם באו הבעלים צריך ליתן להם אותן הדמים דמה זכיה יש לו במעות זה והבעה"ב רוצה בשלו דוקא אבל אם לא באו הבעלים והוא צריך למעות זה והוא אינו רוצה ליקח אותם בתורת מלוה רק שמזכה לבעלים אחרים תמורתם שפיר דמי ולאו מטעמא דאדעתא דהכי הופקדו אצלו אלא דכל כה"ג מצי ליקח אותם מדין זה נהנה וזה לא חסר כיון שאין קפידא לבעלים במעות זה דוקא ומ"מ אם הבעלים כאן ומקפידים אין יכולין לזכות מחמת זה נהנה וזה לא חסר וזה מבואר מהא דקי"ל בדר בחצר חבירו דלא קיימא לאגרא א"צ להעלות לו שכר דהוי זה נהנה וזה לא חסר ומ"מ לכתחלה יכול בעה"ב למונעו שלא ידור אף שלא חסר וכמ"ש התוס' והג"א בב"ק דף ק' (וצ"ע על הרמ"א בח"מ סימן שס"ג שכתב טעמא כיון דהיה מצי לארווחא אלא דלא בעי והוא מדברי המרדכי דב"ק אבל מדברי הפוסקים לא משמע כן עיין בנ"י ב"ק בשם הרא"ה וכן מוכח להדיא מדברי התוספות בב"ב דף י"ג בשם הריב"א והר"ר ישעיה הובא בש"מ ב"ק דף ק' שתירצו דהא דאיצטריך קרא בבכור דפלגינן ליה אמצריו משום דבעלמא אין כופין על מדת סדום אם הוא מוחה ומונע ע"ש) וגם כאן יכול הוא להחליף ולתת אחרים תמורתן מטעם זה נהנה וזה לא חסר ואין זה ענין להיתר שימוש כלל ומ"מ אם זה בכאן ומוחה שלא להחליף אינו יכול לעשות

בע"כ מחמת זה נהנה וזה לא חסר ומ"ש הרא"ש בב"ק דף סמ"ך גבי גדישין של ישראל כו' שאם יש לו עדשין מזומנים יכול לעשות ולזכות העדשים ע"י אחר דעדשים עדיפי טפי וכ"כ בטור וש"ע סימן שנ"ט דדוקא כשרוצה לשלם לו בדבר יפה ממנו דזכות הוא לו ע"ש נראה דשאני התם שהתשלומין הם ממין אחר ומה"ט חילק בישׁ"ש שם וכתב ול"נ וכי שרי להסתחר בממון של חבירו שלא מדעתו ודילמא חביב עליו שעורין כו' או דילמא לא ניחא ליה למכור את שלו כו' ולא אמרינן זכין אלא במידי דזכיה ואין שום צד חסרון כו' ע"ש. והרא"ש ודעימיה ס"ל דאפילו בכה"ג שרי כיון שהתשלומין הם יפין סתמא זכות הוא לו ואין לחוש לצד חובה כיון שהזכות יתר על החוב אבל אם התשלומין יפים מזה נמצא יש כאן צד חוב בלא זכות ואסור אבל אם נותן לו תמורתו דבר כזה ממש ואין קפידא לבעה"ב בזה או בזה א"כ נהי דאין כאן צד זכות מ"מ גם צד חוב אין כאן וזה נהנה וזה לא חסר הוא ושפיר דמי כל כמה שאין הבעלים מוחים להדיא:

ומצאתי ראיה ברורה לזה מש"ס דב"ב דף צ"ט מי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו כו' ופריך אמאי שלו לא הגיעו לינקט פיזרא וליתב ופירש רשב"ם למה לא תיקנו שיהא לו רשות לתת דרך מן הצד בע"כ שהרי אין מפסידין כלום וכגון זה כופין על מדת סדום והלכך יהא הדרך שלהם קנוי לו לגמרי כו' והמקשה סבר דבדין עשה מה שעשה ודרכם קנוי לו כו' ע"ש הרי מבואר דאף של רבים יכול לזכות בו ולתת אחר תמורתו בדליכא פסידא וכופין על מדת סדום ומכ"ש שיכול לזכות בשל יחיד בכה"ג ואף למאי דמשני גזרה שמא יתן להם דרך עקלתון ושאר תירוצים שם כולם מודים לדעת המקשה בזה דאם מחליף בענין דליכא קפידא כופין על מדת סדום וכ"כ בנ"י שם בשם עליות רבינו יונה ז"ל שהקשה ע"ז דהיכן מצינו שיקח אדם קרקע חבירו ויחליף בשלו מטעם זה נהנה וזה לא חסר ובפ"ק נמי אמרינן מעלינן ליה בנכסי דבי בר מריון ואפשר לומר כיון דלא קני לה גופא אלא להלוכא בעלמא כו' כגון זה כופין על מדת סדום כו' ובסוף דבריו שם כתב דמיירי שהרבים הניחו את הראשונה ומש"ה ס"ד שהחליפין קיימין לפי שנתרצו הרבים ויש ביד הרבים להחליף כו' ע"ש וכן משמע מדברי מפורשים אחרים שהביא בש"מ שם וכן מדברי הרמב"ן בשם ר"ת דס"ל שאין כח בידו להחליף. אך הראיה שהביא רבינו יונה מפ"ק צ"ע דהתם הכי קאמרינן דאין זה מדת סדום כלל דהא מצי אמרי מעלינן לך כו' אבל היכא דלא מצי אמרי הכי כ"ע מודים דכופין על מדת סדום כמבואר שם והכא שאין לרבים שום קפידא שפיר אית לן למימר דכופין על מדת סדום ומכ"ש לפמ"ש הרשב"ם שם דדברי רב יוסף נראין בשדה הבעל שלפעמים שדה זו מתברכת הא בעלמא שפיר כופין וא"כ אין ראיה שם:

ואמנם נראה דאף לדברי המפורשים החולקים שם על הרשב"ם היינו דוקא התם דמירי שהרבים באים להחזיק בדרך שלהם כדפריך לינקוט פיזרא ובהא שפיר השיגו על דבריו דלא אמרינן זה נהנה וזה לא חסר בע"כ של הבעלים והרשב"ם אפשר שסובר כהראבי' שהביא המרדכי בבבא קמא דאינו יכול למונעו מלדור בבית דלא קיימא לאגרא מטעם דכופין על מדת סדום (ולפ"ז צ"ע על הנ"י שבבבא קמא שם הביא דברי הרא"ה דיכול למונעו וכאן הביא דברי הרשב"ם ויש ליישב) והפוסקים ס"ל כשאר פוסקים דלא אמרינן בהא כופין על מדת סדום היכא שזה מוחה ומעכב אבל סתמא שאין כאן מוחה לכ"ע יכול להחליף כשצריך לו מטעם דכופין כו' וזה דעת הב"ש דאם הוא דבר שאין קפידא ויש בידו להחליף אין כאן גזל ובההיא דסוכה דאמרינן למחר כ"א מכיר את שלו ונוטלו מפני שאמרו אין אדם יוצא ידי חובתו בלולבו של חבירו וכן אמרינן מלמדין אותם לאמר כל מי שבא לולבי לידו יהא לו במתנה עי' שם בדף מ"א ודף מ"ג התם איכא קפידא שאחד טוב ושוה יותר משל חבירו ועי' בקידושין דף נ"ב בההיא דקדיש במוזא כו' אבל בכושא לא דא"ל אנא שקלא כושא שקיל את כישא כישא כי כושא וכן בבבא מציעא אמרינן זוזא כמאן דפליגי דמי ואפשר לדחות דשותפים שאני דמעיקרא אדעתא דהכי נחתי וקצת צ"ע מהא דאמרינן רוצה אדם בקב שלו כו' ומדברי הרמב"ם והפוסקים משמע דבכל פקדונות אמרינן הכי:

ואמנם לפי"ז צ"ע גם על הרא"ש שמתיר אם רוצה בעדשים דעדיפי דהא אף שהם בעין שייך בהם רוצה אדם בקב שלו. ואפשר שלכן כתב הטור סי' שנ"ט דדוקא בדבר העומד לימכר כו' ויותר נראה דדוקא בפירות וכן שאר פקדונות דומיא דפירות דאפשר דלא מתרמי ליה למזבן אח"כ שיהא טובים כשלו ואיכא קפידא אבל בדבר דלא קפדי אינשי לא שייך לומר רוצה אדם בקב שלו כיון שאינו רק מחליפו בחפץ שהוא ממש כשלו הרי קב שלו לפניו הוא ועי' בסי' רס"ז בסמ"ע ס"ק ל' שכתב דמלשון הרמב"ם משמע דבשאר דברים אף שמצוי לקנות מ"מ חביב לאדם דבר שרגיל בו משא"כ תפילין שאין רגיל להקפיד אם באילו או באילו ויש לעי' בלשון הירושלמי שהביא הר"ש פ"ו דדמאי אמר ר"י הדא אמרה הנותן מעות לחבירו והחליפן ואבדו חייב באחריותן והר"ש שם כתב הטעם דהוי שולח יד בפקדון וכ"כ בהגמיי' פ"ז מהלכות שאלה והרא"ש בפירושו לדמאי כתב ונראה שאם החליף בשוגג כו' עי' שם וגם צ"ע בההיא דאמרינן בע"ז מעות פורים נתחלפו לו כו' וקצרתי כעת:

ולפ"ז נראה בנדון הספק שלנו אם נתן לאומן כסף וכיוצא בו שאין קפידא לבעה"ב כלל הרשות ביד האומן לקחתו לעצמו כשהוא צריך אליו ולתת אחר תחתיו להשלים חפצו

של בעה"ב ואין גזל ונראה דגם בצמר י"ל כן לפמ"ש הש"ך ס"ס ל"ט על דברי המבי"ט במוכר צמר לחבירו כו' שאין קפידא אם יתן לו אותו צמר דוקא או אחר וה"ה בעצים וכה"ג טובא משכח שכיחי דלית בהו קפידא כלל ולפ"ז בהא דאמרינן אומן אונס בשבח כלי אע"ג דא"ל שיקנה הצמר ועצים שמסר לו בעה"ב בשינוי מעשה כיון שבציווי בעה"ב עשה השינוי מ"מ כיון דאמרינן דאומן אדעתא דנפשיה קעביד ולא ע"ד שיזכה בו בעה"ב א"כ כך דעתו שיהיה הכלי שלו עד שעה שיחזירנו לו ואי משום העצים והצמר של בעה"ב אין זה מעכב בקנינו שהרי אם ירצה יתן לו תמורתו אלא דמ"מ אין קנינו קנין גמור שהרי אם יבא בעה"ב ויאמר שלי אני נוטל דוקא הוא צריך לתת לו ולא מהני מה שיתן לו אחר מטעם זה נהנה כו' כיון שבעה"ב אינו מתרצה בכך ודמי ממש למשכון דבע"ח קונה משכון ומ"מ אינו קנין גמור כיון שצריך להחזיר כשיבא בעה"ב וירצה לפדות משכונו:

ובזה יש ליישב דברי הרמב"ן שהביא הש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' ודברי הריטב"א שהביאו הש"מ בבבא מציעא פרק האומנים שדבריהם מוקשים כמ"ש בספר קצה"ח סי' ש"ו והארכתי בזה בתשובה אחרת בהלכות גיטין עי' שם ולפמ"ש י"ל דשפיר כתב הריטב"א דמצינו שאומן קונה בשבח כלי ואפ"ה אינו אלא ש"ש שאין קנינו עושה אותו לוקח ואע"ג דקנין דהכא עדיף מ"מ כל שלא קנאו לגמרי אינו מתחייב באונסין עכ"ל ר"ל אע"ג דקנין דאומן עדיף מקנין דמשכון שאינו אלא לענין שלא ישמט כו' וקנין דאומן כ"ז שאינו מחזירו עדיף שדעתו לקנותו עד שעה שירצה להחזירו מ"מ הא לא קני ליה קנין גמור שהרי אם ירצו הבעלים מחויב לתת להם אותו דבר עצמו ולכן לא חייב באונסין וא"כ כ"ש מלוה על המשכון וזה ג"כ דעת הרמב"ן במלחמות שכתב והם אמרו אומן קונה בשבח כלי ואינו אלא ש"ש ועי' בש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' במ"ש על ראיות הרמב"ן דלאו ראיה הוא דהא למ"ד אומן קונה קני ליה לגמרי דאי לא לא מצי לקדש כו' וכ"כ בסי' פ"ט ואני תמה ע"ז דודאי בשביל שקונה השבח לא קנה הגוף רק שמקודשת בחלק שיש לו בכלי ע"י השבח ומ"מ נעשה ש"ש על חלק בעה"ב ומ"ש הש"ך דאדרבה מכאן ראיה דאל"כ במה פליגי כו' הוא תמוה שאין עולה על הדעת שלפי שהוא ש"ש יכול לקדש בו אשה רק להיפך אמרינן כיון שיכול לקדש אשה דמיקרי שלך שקונה אותו כדילפינן מקרא מהאי טעמא הוי ש"ש אבל מחמת שיכול לקדש בו אשה אין מכריח שיתחייב באונסין כו' ועי' מ"ש בתשובה חלק אה"ע סי' קי"ז ואם כוונתו שכיון שאינו קונה ק"ג מדוע יהיה וכל לקדש בו כבר כתבה הש"ך ריש סעיף קטן זה ובאמת אפילו נאמר שחייב באונסין אין סברא שיהיה יכול לקדש בו אם לא מגזירת הכתוב דולך תהיה צדקה וגם

מ"ש הש"ך על ראיות הרמב"ן מהא דאמרינן כגון שתפסו ניזק דאינו ראיה דהתם מוקי כר"י ויכול לסלקו בזוזי כו' תמהני שזה ראיות הרמב"ן דלמה לא יתחייב באונסין שהרי כל משכון יכול לסלקו בזוזי ולמה יגרע השור הזה אחר שתפסו בחובו והא דאר"י אינו מוקדש היינו קודם תפיסה אבל אחר תפיסה למה לא יועיל כשאר משכון וגם מ"ש הש"ך בס"ק י"ז כיון דלר"י אינו מוקדש אינו יכול לקדש הוא תמוה דהתם לא מיירי מתפיסה (אפילו אי מיירי מתפיסה פשיטא שאינו מוקדש לגמרי כיון דלא ס"ל יוחלט השור מ"מ שפיר מוקדש כשאר משכון שיכול להקדיש החוב שעליו ויכול לקדש בו ג"כ וכן השור הזה אחר שתפסו מטעם שקונה משכון ולכך נעשה ש"ש עליו ודברי הש"ך בזה צ"ע ועי' בתשובה הנ"ל:

דברי הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה נ

פרצידא דתותי קלא נביט וסליק לעילא ה"ה כבוד אהו' הרבני כו' כש"ת מו' דוד יוסף נ"י: בענין מ"ש לתרץ דברי הרי"ף שכתב דמשום נע"ד אוקמי אדאורייתא משום דכיון דאינו גובה מלקוחות לאו עלייהו סמוך כבר עמדתי על דברים אילו בימי חורפי וכעת מצאתי לכמה מחברים חדשים מקרוב שנתעוררו בזה. ואמנם מ"ש בנזקין לא שייך זה הנה מדברי הרא"ש פ"ק דב"ק לענין נזקין גובין ממטלטלין דיתמי לכאורה לא משמע כן אך הש"ך סי' תי"ט כ"כ ובחידושי תמהתי על הש"ך שם דאדרבה מטעם זה ראוי לגבות מטלטלין כיון דלא איכפת לן אם סמיך עלייהו והארכתי שם. ומה שהקשית בעיזי דאכלי חושלא הא בלא מגו נמי כיון דחייב לציי"ש אם תפס לא מפקינן מיניה. לק"מ דבכה"ג דאכלי חושלא אף לצאת י"ש פטור ומה"ת יתחייב להאמין לזה ועי' בתוס' ב"מ דף ל"ז גבי שנים שהפקידו דכל היכא דלא הו"ל למידק פטור מלצאת י"ש ומכ"ש כאן דלא שבקת חיי שכ"א יתפוס אפילו בעדים ויטעון שחבירו חייב לו מחמת היזק בהמותיו וכיוצא בו והוא אינו יודע להכחישו וזה פשוט:

ומ"ש על הש"ך בסי' רצ"ב ס"ק ז' שכל חכמי לב לא מצאו מענה במ"ש בשם התוס' ב"ק דף צ"ז שבדבריהם מבואר להיפוך נראה פשוט דלק"מ דהש"ך שם קאי לפרושי דברי הרי"ף שסובר דאין חילוק בין התנה או לא וכמ"ש ה"ה בפ"ד מהלכות מלוה שכן נראה מן ההלכות שהכוונה בכל מי שחייב מעות לחבירו עי"ש בדין י"א ובדין י"ב כתב ורבינו כתב מימרא זו כלשונה אפשר שהוא מפרשה כמ"ש למעלה כו' עי' שם והובא בב"י ובסמ"ע שם וכן נראה דעת הב"י בש"ע שלא הזכיר החילוק בין התנה רק רמ"א הגיה כן

והש"ך שהביא מדברי התוס' ה"מ לענין זה דבמלוה אפילו הוא בעין הוי כליתא בעינא ואין יכול לומר הש"ל לאפוקי בגזל וע"ז הביא ג"כ דברי הגמיי' דמבואר שם ג"כ דבמלוה להוצאה ניתנה ומחזיר לו מעות אחרים הלכך אפילו נותן לו אותן מעות עצמן אין זה פרעון עד שישלם לו מטבע חדש עי' שם וזה מבואר בש"ך דכל עיקרו לאתויי ראיה מהתוס' והגמי"י דבמלוה אף איתא בעיניה הוי כליתא ודלא כהמרדכי שהביא הד"מ והסמ"ע סי' ע"ד דאף במלוה אם הוא בעין אומר הש"ל עי' שם אלא דמלוה שאני מגזל לענין זה דהוי כליתא בעיניה וממילא דלכל מר כדאית ליה לשיטת התוס' ודעימייהו בהתנה צריך לשלם מטבע היוצא לשיטת הרי"ף ודעימי' אף בלא התנה ושפיר כ' הש"ך לפרש דברי הרי"ף ושפתי כהן ישמרו דעת ובש"ך סי' ע"ד מבואר שם דמייתי פלוגתת התוס' והנמיי' עם המרדכי לענין התנה דקאי שם על דברי הרמ"א וה"ה לדברי הרי"ף והרמב"ם והמחבר בלא התנה וזה פשוט. ועוד אפשר לומר דבכה"ג דסי' רצ"ב גם התוס' ודעימייהו מודים ודוקא בהלוה סתם י"ל כיון שנתן לו המעות בתורת הלוואה ולא התנה מוכחא מילתא דלא קפיד אצורתא ולכן מה שהלוהו ישלם לו משא"כ בזה שבתורת פקדון יהבא ניהלי' אע"פ שהיה מותר להשתמש בהם לפי שאין חתומים מ"מ כיון דלא אסיק אדעתיה שזה ישתמש בהם בודאי וזה לוה אותם שלא מדעת מאין הרגלים לומר דזה המפקיד לא קפיד אצורתא ודוקא בהלואה שמתחלה ניתן לו לשם כך הו"ל לאתנויי וצ"ע בזה דאפשר לומר כיון שהניחם בפקדון ואם לא היה זה משתמש בהם פשיטא שהיו נוטלין בחזרה כמות שהם מה"ת נאמר שהיה דעתו שאם ישתמש זה יתן לו תחתיהם מעות היוצא בהוצאה אדרבה יש לנו לומר שיקחם בחזרה כמו שהיה לוקחם אם לא היה זה משתמש בהם והיה נשארים פקדון בידו אבל באמת בלא"ה העיקר כמ"ש דהש"ך הכא אזיל בשיטת הרי"ף והרמב"ם והמחבר דבכל גווני נותן לו מעות היוצא ואין להאריך:

ומה שהקשית על הפ"י ריש גיטין במאי דקשיא ליה על הרמב"ם דסובר ספק דאורייתא מה"ת לקולא וז"ל שריותא דע"א בחתיכה ס' חלב היכא דלא איתחזק איסורא וכתבת דהכא איכא לברורי גם הרמב"ם מודה והבאת ע"ז מכריתות דאמרינן אפשר לברר איסורא וחזרת להקשות דכיון דאיכא לברורי ע"א נאמן באיסורין בלא"ה כדאמרינן בקידושין שלח ואחוי עכ"ד וכ"ז אינו דאף אם יסבור הפ"י כתירוץ מהרי"ט להרמב"ם אין זה דומה להה"א דכריתות דמהרי"ט לא קאמר אלא היכא דסמי בידו לעמוד על בוריו של דבר וכגון הא דאמרינן אתיא מפסח כו' דאפשר לנו לעמוד על הבירור בבדיקה אבל אם אין בידינו בודאי לברר רק שאפשר לעמוד על בירור ואפשר שלעולם ישאר

בספק בזה הדרינן לכללא דספיקא לקולא וכ"כ בשער המלך הלכות ט"מ ומעתה פשיטא שאין זה דומה להההיא דכריתות דהתם הכוונה דאין אשם תלוי בא אלא בגוונא שאפשר שיכול הדבר לבא לידי בירור וכמ"ש רש"י שם דא"ת אינו בא אלא להגין מן היסורים עד שיוודע כו' אפשר שיבא לאח"ז בקי שיכרנו כו' עי' שם ופשיטא שאם היה סמיא בידו להכיר ע"י בקי לא היה יכול להביא א"ת כלל עד שיחזיר אחר בקיאים ודוחק לומר דהתורה התירה לו ביני ביני קודם שימצא בקי שיביא א"ת להגין עליו אלא נראה דודאי יוכל להיות דלית בקי כלל שיכיר רק דכיון שאפשר להיות שיתברר לכן יבא א"ת וכן מבואר מדברי התוס' ביבמות ובכתובות גבי הבא עליה בא"ת קאי דמיקרי אפשר לברר איסורו ע"י עידי הזמה אע"ג דאפשר שאין כאן עידי הזמה כלל וה"נ דכוותיה לענין בקי שיכול להיות שיבוא לידי בירור אבל אנו אין בידינו לברר כלל ומש"ה אין זה דומה כלל להא דקידושין שיתברר בודאי ע"י שלח ואחוי ואין להאריך ובגוף קושית הפ"י נראה דא"ש ע"פ מ"ש הפ"י גופיה דע"א נאמן אפילו במקום חזקה דאיתרע ואפילו במקום רוב שאינו רק כמברר המיעוט מתוך הרוב וכתב שבזה נתיישב לו במעשים שבכל יום שלוקחים במקולין כו'. ואמנם מה שנדחק הפ"י בענין איתחזק איסורא א"צ לזה וכבר ביאר הרשב"א ביבמות לחלק בין איתחזק איסורא בגוף זה ובין איתחזק איסורא במקום זה שאין העד בא רק לברר האיסור מתוך ההיתר ולפ"ז ע"א נאמן בחתיכה מב"ח לברר ההיתר מתוך האיסור ואפילו במקום רוב כמעשים בכל יום במקולין עי' ברשב"א שם ובתשוב' הארכתי:

דברי ידיד נפשו הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה נא

ב"ה יום ד' יו"ד מנחם תקס"ד לפ"ק פה ק"ק בראד קנקן חדש מלא ישן. כגור אריה יזנק מן הבשן. ה' ינצרהו כאשון. ה"ה כבוד אהו' ידידי הרבני המופלג החריף ובקי האברך חכם וסופר כש"ת מוהר"ר דוב בער נ"י בוים שטיין נ"י לנצח. ישב בצל צח:

אחד"ש זה ימים לא כביר הגיעו אמרותיו. ומחמת ימי המצרים יומי קא גרים. דלא מצינא דאיקום בהו דחלש לבאי. ולא צילא דעתאי. דלא אכילנא בשרא דתורא. והדבר צריך לפנים דעת נוטה ודעת תורה. והיום פניתי לראות את המעשה. אשר פעל ועשה. ושמחתי בפועלו ומעשה ידיו. כי הן הן עדיו. על חכמתו ובינתו. וכי שלימה משנתו. והלך במישור. ששכלו הזך והישר. ככה יעשה כל הימים. להשכיל בדרך תמים. אז יחרץ ויעלה מעלה מעלה. במסילה העולה לשם ולתהלה. והנני מקצר ועולה אף כי הענין

מקצוע גדול כולל כולהו תנויי בנזיקין. ואם באנו לכתוב אין אנו מספיקים. אפס כי טרידנא וגם כי קאימנא בעניני אחריתי. שמתי מקום אתי. ואקח מועד לשפוט משרים בדבריו היקרים. במיעוטא דאיתא קמן כדרכי מעולם לפתוח שערים לכל בעל נפש יקרה. המתאוה לשאוב מים. מבאר מים קרים נוזלים ואל השוקת כדי אערה. ועלימו תטוף מלתי אשווע ואומר הנני ואומר עם קני כאשר מן השמים יוריני פתח דבריו יאיר עלה ונסתפק בטוען א"י אם פרעתיך וע"א מסייעו ואשכח פתרי מדברי הרא"ש בריש ב"מ והשיג על הש"ך שרצה ללמוד משם לענין מחויב שבועה ואיל"מ כמבואר בדבריו בסי' ע"ב ס"ק דז"א דהרא"ש כוונתו מחמת א"י אם פרעתיך אען ואומר שאם היה מקום להתלונן בזה לא על הש"ך תלונתו שדברי הש"ך בזה הם דברי התה"ד בסי' של"ד שכתב וז"ל אבל אין נראה לומר דאפי' היכא דקאמר א"י באידך חמשים הו"ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם אפ"ה ליתי העד וליפטריה משום דכיון דפוטרו מן השבועה אין כאן מתוך הך סברא ליתא דמ"מ אי לא הוי העדאת העד הוי מחוייב ממון ונמצא הוא פוטרו מממון הכי מוכח בהדיא באשר"י ריש ב"מ אההוא דמקשי משומר שמסר לשומר ומשני לה ע"ש עכ"ל התה"ד הרי שהש"ך לא ענה מלבו לפרש כן דברי הרא"ש והש"ך רמז לדברי התה"ד בזה וקאי גם אמ"ש שכן משמע מהרא"ש. ואחרי הודיע זאת אומר אני כי צדקו דברי התה"ד והש"ך שהרי הא דקי"ל בשומר שטוען א"י אם נאנסה הוא ג"כ מהאי טעמא דהו"ל משואי"ל כמבואר בתה"ד סי' של"ג והביא ראיה מדברי הרא"ש היכא דמתה בדרך ולא הרגיש בה עייפות כו' דמשום שצריך לישבע שמתה מחמת מלאכה וזה לא יוכל לידע בודאי מחייבינן ליה והסמ"ע סי' רצ"א ס"ק י"ב והש"ך שם ס"ק י"ג כתבו להדיא בטעמא דמלתא משום דהו"ל משואי"ל וכ"כ להדיא בש"ך סימן ש"מ סק"ז הטעם לפי שחייב ש"ד ואין נשבעין ש"ד באיני יודע אבל א"ל שהוא מטעם א"י אם פרעתיך דהא בטענו שניהם ספק גם בא"י אם פרעתיך פטור ודוקא בשטר קי"ל דחייב כמבואר בסי' נ"ט משא"כ בתביעה בע"פ כמ"ש בח"מ בדוכתי טובי וכ"כ הש"ך סי' רצ"א ס"ק מ"ה בשם רש"ל בישש"ש דאם גם המשאיל טוען שמא ה"ל כאומר א"י אם פרעתיך וגם זה א"י דפטור ע"ש:

איברא דהש"ך שם העלה דיש לחייב בזה דהוי כא"י אם החזרתי לך וכתב דלא דמי לא"י אם פרעתיך כמ"ש בסמוך. והנה שם אח"כ לא הזכיר מזה לחלק בסברא בין הך דהכא לאם טענו שניהם ספק בפרעון. איברא דדעת קצת פוסקים הביא המשנה למלך פי"ד מהלכות מכירה דחייב בכה"ג אך באמת דעת הש"ך אינו כן ולקמן נבאר בזה:

אך בלא"ה דעת רוב הראשונים דהך ספיקא דשומר הוי א"י אם הלויתני כיון שלא נשתעבדו הנכסים רק משעה שאירע בה אונס ומ"ש הש"ך מדברי הרא"ש והטור בסי' ש"מ צ"ע שהרי הוא גופא כתב שם הטעם משום דהוי מחשואי"ל אלמא דלאו מטעם א"י אם פרעתיך אתי עלה. עפ"ז נלפע"ד שאין מחלוקת כלל בין טור והרא"ש להנ"י פרק הגוזל דגם הנ"י מודה להרא"ש והטור לענין אם ספק להשואל אם מתה מחמת מלאכה דחייב ומטעם דהוי ליה מתוך שאיל"מ ומ"מ שפיר כתב הנ"י בשואל לרכוב עליו שלוחו דפטור דהתם לא שייך מחוייב שבועה ואיל"מ כלל דהא מעיקרא אדעתיה דהכי נחית לה שירכוב עליו שלוחו וגם המשאיל בעצמו ידע מעיקרא דכל אונסא דאיתיליד ע"י רכיבת השליח לא ידע בה שמעון השואל כלל ומפי השליח אנו חיין וא"כ כשהשליח אינו לפנינו או כשהוא לפנינו ולא מחשב עד והמשאיל תובע להשואל פשיטא דאין חיוב שבועה על השואל כלל רק דמ"מ עכ"פ ספיקה הוי והו"ל משואי"ל וה"ה אם שכרו סתם ושלח שלוחו שרגיל לשלחו כגון בנו וכיוצא באותן שאמרו כל המפקיד ע"ד כו' נמי אין לחייבו מטעם משואיל"מ דהא ע"ד כן השאיל לו שיוכל לשלוח א' מבני ביתו וממילא שאם עשה כן מעולם לא חלה שבועה על השואל כלל וזהו דעת רבינו שהביא הב"י בשם תלמידי רשב"א משא"כ אם שכרו לרכוב הוא ושלח שלוחו דבשעת שאלה לא אסיק אדעתיה שישלח אחר שהרי אין השואל רשאי להשאיל עכ"פ לכתחלה וכשפשע זה ושלח אחר נהי דלא מקרי פושע לענין תחילתו בפשיעה וסופו באונס כמ"ש התוספות מ"מ המשאיל לאו אדעתיה דהכי שאל לו רק שירכב בעצמו והוטלה עליו לדעת מה יעשה בה חל עליו חיוב החזרה וה"ל א"י אם פרעתיך אלא שעדיין צ"ע דל"ל טעמא דא"י אם פרעתיך דלפ"ז צ"ל דנשתעבדו נכסי השואל משעת הפשיעה שמסר לשומר אחר דהא בלא"ה חייב אפילו תימא דלא נשתעבד נכסי רק משעת האונס מ"מ הא ה"ל משואיל"מ דהא לא התנה עמו רק שירכב בעצמו והוטלה השמירה עליו, ונלע"ד דגם זה א"ש דהא עיקר דינא דהנ"י לא אתא רק לברר הנ"מ בין אם נימא דנשתעבדי נכסי משעת משיכה או משעת אונסין אבל מענין חיוב שבועה לא מיירי ומיירי כגון שיש עדים שלא רכב בעצמו רק שלוחו או שהמשאיל בעצמו מודה בזה וא"כ לא שייך בזה כלל דינא דמשואיל"מ וכמ"ש הש"ך בסי' ע"ב ס"ק נ"א באורך דכל כה"ג ל"ש מחשואי"ל ולכן כיון דקי"ל דלא נשתעבדו נכסי כ"א משעת אונסין אז אם שכר לרכוב שלוחו ה"ל א"י אם הלויתני משא"כ בשכר לרכוב עליו הוא ושלח שלוחו אע"פ שהמשאיל מודה שהשואל א"י ואינו משואי"ל מ"מ בכה"ג מתחיל הפשיעה משעת שאלה לאחר לענין זה שנשתעבדו הנכסים. אך לכאורה זה סותר דברי התוס' והרא"ש שכתבו דשומר שמסר

לשומר לאו פשיעה הוא וכמ"ש הש"ך סימן ש"ב ס"ק לענין הקדשות ע"ש וא"ל דמ"מ שפיר הו"ל פושע לענין חיוב נכסים דאתחלתא דפשיעה הוא דמנ"ל הא דילמא כשם דלא חשבינן ליה פשיעה לענין סופו באונס כמו כן לא הוי פשיעה לענין זה שיהא חל עליו שעבוד נכסים. ועוד נראה דאפ"ת דזה מיקרי פשיעה לענין זה מ"מ כיון דעכ"פ לא הוי פשיעה גמורה מועיל לענין זה דבשעת האונס דהיינו שעת החיוב חל השיעבוד למפרע משעת הפשיעה וכההוא דהניח להם אביהם פרה כיון דפשע אבוהון ולא פקיד כו' אז כשטבחוהו אח"כ אע"ג דלגבייהו הוי אונס מ"מ חל השיעבוד משעת פשיעה הגורמת להאונס ולפ"ז בנ"ד אפ"ת דהוי פשיעה מ"מ מיקרי א"י אם נתחייבתי לך דהא כאן הוי ספק אם היה כאן שעת חיוב ונשתעבדו הנכסים למפרע ולא עדיף מלמ"ד דס"ל משעת משיכה איתחייב באונסין כתב הריטב"א דמ"מ הוי א"י אם נתחייבתי דאין זה רק דבשעת אונסין נשתעבדו הנכסים למפרע וא"כ הוי ספיקא דדינא אם נשתעבדו הנכסים או לא ובתשובה אחרת הרחבתי הדבור בזה:

דברי זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה נב

בח"מ סי' קס"ג בהגהות הח"צ לט"ז ובתשובותיו סימן השיג על מהרי"ק דמייתי ראיה מאבידה דיאוש מהני בחוב ובח"צ השיג עליו מהא דנטלה ע"מ להחזירה כו' ובקצות החושן ישב דברי מהרי"ק ע"פ דברי הרמב"ן במלחמות ע"ש באורך ולדידי חזי לי שדברי הח"צ בזה נכונים אף לפי דברי הרמב"ן ז"ל ויתיישב ג"כ מה שיש לדקדק על הח"צ דמייתי ראיה מהא דנטלה כו' ולא מייתי ראי' בפשיטות הא דריש אלו מציאות דאמרינן בדבר שיש בו סימן כ"ע לא פליגי כו' ואע"ג דשמעינן דאיאש לבסוף לא הוי יאוש דכי אתי לידי' באיסורא אתי לידיה כו' והכוונה דאתי לידיה בחיוב השבה דפשיטא דמה שנטלה לביתו היה מחויב בדבר כיון שהיא דרך נפילה רק בדבר שהוא דרך הניח אמרינן דלא יטול כו'. לכן נלענ"ד שדברי הח"צ בזה כדי להביא ראיה אף לשיטת הרמב"ן ולכן לא מייתי מהא דדבר שיש בו סימן כו' משום דאיכא לדחויי ע"פ שיטת הרמב"ן דהיאוש בכה"ג לא מהני ליה כלל משום דהא נטלה ע"מ להחזירה ונעשה שומר עליה וידו כיד הבעלים ולא משום שנתחייב בהשבה (ואף גם לפ"ז צ"ע מה דנקט בש"ס טעמא משום דבאיסורא אתי לידיה דמשמע דלאו מטעם דהוי כיד בעלים רק משום שנתחייב בהשבה ואפשר לדחוק דר"ל דבאיסורא היינו בשעה שהיה עומד עדיין ברשות בעלים וממילא

שנעשה ידו כיד הבעלים (משא"כ מהך דנטלה לפני יאוש כו' מוכח שפיר דמטעם נתחייב בהשבה אתינן עלה ולא מטעם שומר:

ומתחלה אבאר מה שיש לתמוה לפי דברי הרמב"ן ז"ל הך דנטלה כו' עובר משום השב תשיבם דממ"נ במאי מיירי אי דאהדרה בתר הכי אמאי עובר משום השב תשיבם דדוקא היכא דקני ליה ביאוש כגון בנטלה ע"מ לגוזלה אמרינן דהא דהדרה מתנה בעלמא הוא ולא מקיים השב תשיבם דאין זה אבידתן שכבר נתייאש ממנה וכמ"ש בשיטה מקובצת ביתר ביאור בשם הרשב"א ע"ש משא"כ ע"מ להחזירה דלא קני ביאוש לאו מתנה הוא דהא מחוייב בחזרה ומקיים השב תשיבם ואי מיירי דלא אהדרה א"כ על בל תגזול נמי עבר וכמ"ש התוס' שם דעבר על בל תגזול אף היכא דבהיתרא אתי לידיה כגון כובש שכר שכיר אלא דהחילוק הוא דהתם לא נתייאש והכא אחר יאוש והתוס' לשיטתם דמהני יאוש אף בנטלה ע"מ להחזירם משא"כ להרמב"ן כיון דבכה"ג לא מהני יאוש כלל מ"ט לא עבר על בל תגזול ומ"ש רש"י דלא עבר על בל תגזול דלא שייך אלא בשעת נטילה הוא תמוה ולקמן אבאר בלשון רש"י ז"ל וגם צריך להבין במ"ש הרמב"ן דבנטלה להחזירה נעשה שומר עלי' כו' דא"כ מאי עדיפותא דנתכוין לגוזלה ואטו גזלן אין חיוב שומרין עליו ונמי נימא דנעשה עליו שומר ולא מייאש וראיתי בשיטה מקובצת בשם הר"ן שכתב על דברי הרמב"ן שאינו מחוור דהא רב גופא אמר בב"ק יאוש אמור רבנן כו' אלמא דקולא דאבידה אינה לא משום דבהיתר אתי לידיה אבל זו שמתחלה נטלה ע"מ לגוזלה ומתחלתה עבר על עשה דאבידה גופא דבאיסורא אתי לידיה ומחוייב בהשבתה או בהשבת דמים כגזילה גופא כו' ע"ש:

וליישב דברי הרמב"ן נלענ"ד דס"ל דהא דמפלגינן בין גזל לאבידה דגזל באיסורא אתי לידיה היינו כשהנטילה עצמה מרשות בעלים לרשותו הוא בגזל כעין ויגזול את החנית שחוטף מידו בחזקה או שלוקח מרשותו ע"מ לגוזלו ואם לא נטלו היה משתמר ברשות בעלים משא"כ כאן שעל גוף הנטילה שהוא נוטל הסלע לרשותו הוא מחוייב בו מן התורה ואין לו לבעלים עליו כלום מצד נטילתו ומה דעבר עליו בלא תגזול הוא מצד הכוונה שנתכוין לגזול דבר שאינו שלו ולהחזיקו לעצמו וחיוב השבה בגזלה ליתא אלא על הנטילה שלא ברשות שעשה מעשה גזל וניתק לעשה שחל עליו מצות השבה במעשה משא"כ כאן שלא עשה בו מעשה גזל לא חלה עליו מצות השבת גזלה שהרי ברשות הביאה לתוך ביתו רק שחלה עליו מצות השבה מחמת השבת אבידה וכיון דלא פקעי שם אבידה מינה ומה שהוא בתוך ביתו אינו כשמור אצלו כיון שלא נטלה ע"ד כך לשמרה לשם בעליו וגם דהבעלים לא ניחא להו בשמירתו של זה והלכך אינו ידו כיד

הבעלים אלא תעשה זו כמונחת ע"ג קרקע וכאילו לא הכניסה זה לתוך ביתו כלל וכל דין אבידה עליו ומועיל בה יאוש כדין אבידה שא"צ להחזיר לו החפץ ולא דמיו ואי מהדר מתנה בעלמא הוא ומה שנתחייב עליו משום לא תגזול מחמת מחשבתו הרעה וכן לא תוכל להתעלם שהוא בשביל מחשבתו כיון שבאמת לא נתעלם ולקחה אלא שמחשבתו היה להתעלם שלא להשיב וכן עובר משום השב תשיבם מיד כשנטלה מתחייב בהשבת אבידה משא"כ היכא שנטלה ע"מ להחזירה שנעשה שומר עליו וידו כיד הבעלים ואין כוונת הרמב"ן לומר דבשביל שנתחייב עליו מדין שומרין דפשיטא דגם בשנטלה ע"מ לגוזלה לא פקע מיניה חיוב שומרין (ואפשר דאפילו נעשה גזלן עליו וחייב באונסין כמו כופר בפקדון בב"ק דף ק"ה ע"ב ואע"ג דהכא אין כאן גזלה במעשה רק במחשבה מ"מ מחשבה רעה מצטרפת למעשה בזה כיון שעכ"פ עשה מעשה במחשבת איסור ומ"מ לא דמי לגזל ממש להיות נקרא עליו שם באיסורא אתי לידיה כיון דגוף המעשה בלא מחשבה בהיתרא הוא ומהני ביה יאוש שוב עיינתי בקצה"ח וראיתי שכתב ג"כ סברא זו דאבידה שנטלה לגוזלה לאו באיסורא אתי לידיה דהנטילה בהיתר אלא שדעתו אינו יפה כו' ע"ש) אלא עיקר כוונתו לומר דכיון שנטלה ע"מ להחזירה קיבל עליו שמירת החפץ לשם בעליו כאילו הפקידו בעליו חפץ אצלו וידו כיד הבעלים הוא וכאלו הבעלים עצמם שומרים החפץ ומנח בקופסא דידהו וכמדומה להם שנאבד מידם דודאי לא חשיב יאוש בכה"ג שהוא יאוש בטעות. ולפיכך כשנתכוין לגוזלה שמעולם לא עלה על לבו שתהיה שמירתו לשם בעליו רק לנוטלו לעצמו ופשיטא שא"ל ידו כיד הבעלים וכאלו החפץ ברשותם הלכך הו"ל כאלו מונח בקרקע עדיין ומועיל היאוש כמו בכל אבידה ולפי זה א"ש מה שהקשיתי גבי נטלה להחזירה ואחר יאוש נתכוין לגוזלה למה לא עבר על בל תגזול דז"א דע"כ לא קאמר הרמב"ן אלא אההיא דלעיל בדבר שיש בו סימן אע"ג דשמעינן דאיאש לבסוף לא הוי יאוש משום דגם עתה אין בלבו עליו לגוזלה וידו כיד הבעלים ואין היאוש מועיל בו וכן מבואר בדברי הריטב"א שהביא בש"מ ריש א"מ והביאו בקצה"ח שם דנ"ט משא"כ בהך דנטלה להחזירה ואחר יאוש לגוזלה אע"ג דנעשה ידי הבעלים ולא מהני הך יאוש שהיה קודם שנתכוין לגוזלה מ"מ מהני ביה היאוש דבתר הכי דאטו היאוש אינו אלא בשעה ההיא הלא היאוש נמשך והולך ומן ההיא שעתא מייאש ואבודה ממנו ואינו מצפה שישוב אליו עוד ולפי"ז כיון דעתה נתכוין לגוזלה סילק את עצמו מלהיות יד הבעלים ולעמוד במקומם וחזר הדין מן ההיא שעתא כאבידה המונחת ע"ג קרקע ואע"פ שזה מתחייב עליו מדין שומר אבידה להיות כש"ח או כש"ש מ"מ אין חיוב זה מוציאו מדין יאוש רק זה שהוא חשוב תחת יד הבעלים וכל שנתכוין לגוזלה שוב אינו

כיד הבעלים וכלתה שמירתו וא"כ מה שבעליו מתיאשין מחפץ זה אחר שנתכוין לגוזלה הוא מועיל לחפץ זה כאילו הוא מונח בקרקע והרי זה כאילו היה מתכוין לגוזלה מעיקרא ואח"כ נתיאשו ומה שזה נטלה להחזירה אע"פ שהועיל שלא קנה תיכף בשעת היאוש כיון שאז עדיין לא נתכוין לגוזלה מ"מ הואיל מה שהבעלים מתיאשין מן הוא והלאה דאין ידו כיד הבעלים וקני ליה ביאוש ולכך ליכא משום בל תגזול אבל משום השב תשיבם איכא הואיל וכבר נתחייב בהשבה לא פקע ע"י יאוש ולפי"ז י"ל דבסיפא מיירי בלא אהדרה ומ"מ בל תגזול ליכא כיון דקני ביאוש והשב תשיבם איכא כיון שנתחייב בהשבה אבל אי אהדרה אף משום השב תשיבם ליכא דהא לפני יאוש עדיין לא עבר על השב תשיבם כיון שהיה בדעתו להחזירה מאימת עבר עליו מכי נתכוין לגוזלה וההיא שעתא אחר יאוש הוא ואין כאן חיוב עליו רק משום דנתחייב בהשבה וכיון שהשיב סגי בהכי לקיים מצות השבה שהיה מוטל עליו אחר יאוש משא"כ ברישא שנטלה קודם יאוש ע"מ לגוזלה שאז עבר על השב תשיבם בשעת נטילה שקודם יאוש תו לא מהני ליה השבה שלאחר יאוש כלל דהשבת אבידתו בעינן וליכא דתו אין שם אבידתו עליו שכבר זכה בה אחר ולכך אע"ג דאהדריה עבר משום השב תשיבם כך נלענ"ד ברור בדעת הרמב"ן ומעתה מההיא דנטלה לפני יאוש להחזירה ואח"כ לגוזלה דחייב משום השב תשיבם והיינו דנתחייב בהשבה יפה דן מיי ז"ל דמוכח דאין יאוש לפטור מחיוב השבה דהא התם ע"כ איעם משום דידו כיד הבעלים ולא מהני יאוש דא"כ יהא עובר גם משום ב"ת אלא ע"כ דשפיר קני ביאוש רק משום חיוב השבה אתינן עלה ולכך עובר משום השב תשיבם כשאינו מחזיר ומינה לענין פריעת ב"ח מצוה לא פקע משום שנתיאש כיון שנתחייב בהשבה ומ"ש בקצה"ח בסוף הדברים שם והאריך להטעים דבריו דיאוש בחוב הוא ק"ו מאבידה שנטלה לגזלה דמיקרי קצת באיסורא במה שהיה בדעתו לגזלה ואפ"ה ניקני ביאוש כו' ע"ש תמהני דהא ע"כ לא כתב הרמב"ן התם אלא דנקני ביאוש והוי דידיה אבל מ"מ לא הועיל לו היאוש שלא לעבור על השב תשיבם ואדרבה אפילו אהדרה לא מהני ליה לתקן העשה דהשב תשיבם כיון שאין זה אבידתו מאחר שנתיאש ממנה וגם בנטלה להחזירה ואח"כ לגוזלה ג"כ כן הוא דקני ביאוש ומ"מ עובר משום השב תשיבם אלא שבזה מועיל החזרה וה"נ לענין פריעת ב"ח שהמצוה שהוטלה עליו שיפרע לא פקע ממנו על ידו היאוש רק בנטל מתחלה ע"מ לגוזלה דבההיא שעתא קודם היאוש עבר על השב תשיבם ואחר היאוש שוב אין בידו לתקן העשה ע"י החזרה כיון שאף אם יחזור לאו חזרת אבידה של זה הוא כיון שנתייאש ממנה רק מתנה בעלמא הוא ומ"מ למדנו דאף שקנה גוף החפץ ביאוש אינו מפקיע מה שנתחייב בהשבה דבההיא

שעתא שנטלה נתחייב עליו ולא פקע מיניה עד שיחזרנו והוא ברור לענ"ד. והנה במ"ש רש"י דהא דלא עבר על בל תגזול משום דלא שייך אלא בשעת נטילה כמו ויגזול את החנית מבואר ג"כ דס"ל דקני ליה ביאוש דאל"כ אלא הוה כמונח תחת יד הבעלים וברשותם א"כ ההיא שעתא שנתכוין לגוזלה שעת נטילה הוא וטפי יש לחייבו בזשום ל"ת מנטלה תיכף ע"מ לגוזלה שהיתה במקום הפקר משא"כ עתה שהוא שמורה תחת ידו לשם בעליו והוי כפקדון דברשותא דמריה קאי והשתא דיהיב דעתיה לגזלה הרי זה ככופר בפקדון או שולח בו יד אם מוציאו לצורך עצמו ומדברי הש"מ בשם הריטב"א שכתב עובר משום ב"ת פירוש דכל שבשעת נטילה נתכווין לגוזלה הרי זה גזל כו' ולאפוקי אידך בבא כו' ומיהו כל שהוא פקדון בידו או ששלח בו יד נעשה גזלן דכפירה בב"ד כגוזל מידו דמי עכ"ל משמע שבא לחלק בין כפירה בב"ד או לא וזה תימא כיון דס"ס לא מהדר ליה ומוציאו לצורך עצמו אם נאמר דלא קני ליה ביאוש אין לך כופר ושולח יד בפקדון גדול מזה וע"כ עיקר החילוק משום דבאידך בבא נתכוין לגזלה עד לאחר יאוש וקני ליה היאוש אלא משום שנתחייב בהשבה א"כ אין צריך לחילוק דדוקא בשעת נטילה נתכוין לגזלה אלא עיקר החילוק בין קודם יאוש או אחר יאוש וכן מבואר בדברי התוס' שהקשו דהא בכובש ש"ש דבהיתרא אתי לידיה עובר משום ב"ת כמבואר בב"מ דף ס"א (ואף דגם הרמב"ם כתב דגזל הוא שחוטף מיד חבירו כו' עיין במגיד שם ובשוו"ת ח"צ סי' שהאריך בזה דעיקר הלאו להכי הוא ומ"מ גם בכובש ש"ש וכופר בפקדון עובר משום ב"ת כמבואר בש"ס להדיא שם ובדף קי"א) ותירצו דהכא לאחר יאוש הוא שנתכוין לגזלה והיינו משום דיאוש קונה כדמשמע מדבריהם בתי' שלפני זה שכתבו דלכך עבר משום ל"ת להתעלם לפי שהמתין מלהחזיר עד אחר יאוש ע"ש. (ועיין בב"ק דף ס"ז ע"ב שכתבו דאף דרבא ס"ל יאוש לא קנה מ"מ כיון שהועיל היאוש שאם מכרה או הקדישה מהני מיקרי גזלן ומשמע דאף משום ל"ת עובר וזה שלא כדבריהם כאן וגם גוף סברתם צ"ע דבשביל דמהני מכירה או הקדש לא שייך לומר מתנה בעלמא הוא וגם דאיך נאמר דלא מתקן ל"ת והשב תשיבם כיון דהיאוש לא קני ליה וממונא דחבריה הוא ומחוייב להשיבו ולענין ל"ת להתעלם א"ש קצת סברא זו ומ"מ לשון מתנה בעלמא צ"ע ולשיטת הרמב"ן ניחא דס"ל דבכה"ג יאוש דאבדה הוי):

ונראה דגם רש"י סובר דשפיר קני החפץ ביאוש ולפ"ז צ"ל הא דקאמר ולאחר יאוש נתכוין לגוזלה היינו משום דאע"ג דהיאוש קונה לו מ"מ חייב להחזירו משום השב תשיבם והוא אינו רוצה להחזירו והיינו דקרי ליה נתכוין לגוזלה אבל מ"מ אינו גזל גמור לעבור עליו משום ל"ת כיון דבשעת נטילה לא נתכוין לגזול כמו ברישא וכובש ש"ש

ופקדון כגוזל בשעת נטילה דמי דהא עתה הוא רוצה לכבוש ממונו של זה ולגזול את השכיר ומכ"ש בפקדון דברשותא דמרי' איתא ובכפירה זו הוא גוזל ונוטל את ממונו משא"כ כאן אע"פ שגם הוא מחויב להחזיר משום שנתחייב בהשבה מ"מ אינו גוזל את חבירו שהרי כבר נתיאש ממנו וגוף הממון קנוי לו רק דחיובא אקרקפתא דגברא מנח להשיב מה שנתחייב כבר עליו וכיון דמצד בעל האבידה אין כאן גזל וחסרון ממנו רק מצד המוצא שנתחייב בהשבה אין זה דומה לגזל דשעת נטילה ולא עבר עליו משום ב"ת כנלענ"ד בפירוש דברי רש"י ז"ל ומעתה דברי הח"צ מובנים יותר בפשיטות דמדמי יאוש בחוב להך דאחר יאוש נתכוון לגוזלה כמו דהתם אע"ג דהיאוש קונה לו גוף האבידה מ"מ החיוב דמנח אקרקפתא דגברא להחזיר ולקיים מצות השבה לא פקע וה"נ ביאוש דחוב אינו מועיל להפקיע מצות פריעת ב"ח שאינו מצד בעל הממון רק מצד הלוה שחלה מצוה זו אקרקפתא דלוה ולא פקע ביאוש של המלוה כלל וכמ"ש הח"צ שם וז"ל וא"כ ה"ה בפריעת ב"ח מצוה כמו סוכה ולולב שחלה משעת הלואה עד שעת פרעון כו' עי' שם ועי' שם בח"צ שכתב ואף דרש"י כתב דגזלה לא שייכא אלא בשעת נטילה הא כתבו התוס' שם דהשב תשיבם נמי תיקן בחזרה ואף בנטלה ע"מ להחזירה כו' ולענ"ד שכיון למ"ש דאף לרש"י דגזילה לא שייך אלא בשעת נטילה וא"כ בזה ג"כ היאוש הועיל לענין לאו דל"ת מ"מ הרי כתבו התוס' דלאו דהשב תשיבם נמי תיקון בחזרה כו' וא"כ צריך להחזיר גם אחר היאוש כדי לקיים מצות השבה וה"ה בהלואה אפילו תימא שאין זה גזל והפקעת הלואתו משום דזה נתיאש מ"מ זה צריך לקיים מצות פריעת ב"ח ויוצא ידי מצוה זו אף אחר יאוש ולא דמי לנטלה ע"מ לגוזלה תחלה דאם נתיאש אח"כ אין לו תקנה בהשבה אליבא דהרמב"ן משא"כ כאן ומכ"ש להתוס' דאף בנוטלה ע"מ לגוזלה מהני השבה לאחר יאוש לקיים מצות השב תשיבם וה"נ מהני לקיים מצות פריעת ב"ח ומחויב בה כמו קודם יאוש כנלענ"ד בכוונת הח"צ בזה אלא שקיצר ואם לא כיוון לזה עכ"ל הדברים מצד עצמם הם נכונים וברורים בס"ד דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד.

שאלה נג

שלום לכבוד אהו' ש"ב הרבני כו' בנין של קדושים מ' יחיאל נ"י:
אשר דרש מעמו לבאר לו לשון התוספות בסנהדרין דף ע"נ דאמרינן פרט לזורק אבן לגו ה"ד כו' וספק נפשות להקל והקשו התוס' דמ"מ אי התראת ספק כו' ותירצו דהכא אינו יודע למי יכה כו' והדברים מחוסרי הבנה דא"כ הדרא קושיא לדוכתיה ל"ל ספק

נפשות להקל ת"ל דהו"ל התראת ספק. הנה בשוב לביתי עיינתי בזה ומצאתי שכבר עמד בזה בשיטה מקובצת כתובות דף ט"ו ומ"ש שם דאי אמרינן ספק נפשות להחמיר מ"מ עדיין יש לספק בדבר שמא יכה א"י ויתברר הדבר כן שהרי הרבה ב"א עומדים שם וא"כ מה"ת נימא דהוי התראת ודאי מחמת ספק נפשות לחומרא דזה דוקא אם ישאר בספק אבל אם יתברר שא"י הכה פשיטא שאין משפט מות וא"כ אף שעתה נתברר שישראל הכה מ"מ כיון שבשעת התראה לא היה יודע את מי יכה התראת ספק הוא ואם נימא דכה"ג לא מחשב התראת ספק מה שיהיה סופו להתברר אם כן למה הצריכו התוספות לצדד בתירוצם אליבא דמאן דאמר שמיה התראה ה"ל למינקט בתירוצם אליבא דמ"ד לא שמיה התראה ואפ"ה איצטריך למימר ס"נ להקל דאי הוה ספיקא לחומרא כהתראת ודאי הוא אך ברשב"א בבא קמא והובא שם בש"מ כתובות כתב וז"ל ונ"ל שאין זה ענין להתראת ספק כו' דאי ספק נפשות להקל אז במחצה על מחצה הוי כרוב א"י משא"כ להיפך עי' שם. ודבריו סתומים קצת וראיתי לפרש אותם ולהעמיד על אמיתת הדברים ואבאר תחלה כוונת התוס' בקושייתם שהוקשו דכיון שעתה מתברר שישראל הרג יהיה חייב. ולכאורה מנ"ל הא דמיירי בכה"ג דלמא מיירי באמת שנשאר בספק ואתי לאשמועינן דין קבוע אך דז"א מנ"ל להכריע מזה דין קבוע דלמא מיירי במחצה עכו"ם ואי משום דהו"ל ספק נפשות דלמא קרא אשמעינן בכה"ג שנתברר עתה שישראל הרג ואפ"ה פטרא רחמנא ואי משום דאין לפוטרו כה"ג כקושית התוספות דמ"ש מהא דהכה את כו' מ"מ גם קבוע אין לו טעם רק דע"כ קרא דחוק ומוקי בהכי וחידוש הוא א"כ קשה מנ"ל ללמוד חידוש דקבוע דלמא קבוע לאו כמע"מ וקרא חדית לן דהתראת ספק כה"ג ל"ש התראה וע"כ דהש"ס ס"ל דאף בכה"ג שנתברר שישראל הרג הוא נכלל בכלל ספק נפשות להקל אף בלא מיעוטא דוארב לו ולזה הקשו התוס' דמה"ת יהיה נכלל בכלל ספק נפשות להקל דהא חזינן התם בהא דהכה זה או בל תותיר א' אמרינן דהתראת ספק שמה התראה ליכא למיפטרי' מטעם ספק נפשות כיון שהוברר הדבר שעשה איסור ותירצו התוס' שפיר דהתם יודע בודאי שעושה איסור כו' ר"ל דבאמת מצד התראה לא איכפת לן דשמה התראה אך דמ"מ בעינן שהעובר יעשה מעשה שיהי' ידוע בבירור שע"י עשיה זו הוא מתחייב דאל"כ דל ספק זה מהכא אפ"ה אינו חייב דלו יהא שא"צ התראה כלל או בחבר שא"צ התראה מ"מ כיון שמעשייתו של עובר עבירה זו לא היה הכרח שעשייה זו תהיה איסור אע"פ שמתברר אח"כ לבסוף שעשה איסור פשיטא שאינו חייב עליו וא"כ פשיטא שהחילוק מבואר דהתם כיון שהעובר בודאי עושה איסור בעשי' זו שהרי הכה שניהם או הותיר הלכך אע"פ שבשעת התראה היה הדבר בספק

לא איכפת לן בהכי משא"כ בזה דמה בכך שאין לפטרו מצד ההתראה שהיתה דקי"ל שמה התראה מ"מ שפיר הוא פטור שהרי לא עשה מעשה חיוב מיתה בבירור שבשעת זריקה לא היה יודע למי יכה והלכך אע"פ שעתה מתברר שהכה לישראל אין לחייבו ע"ז דמאן לימא לן שהיה מתיר עצמו למיתה בעשיה זו דדילמא נקט מילתא בדעתיה שאפשר שיכה לכותי ואע"פ שיכנס בעשי' זו לבית ספק חיוב מיתה בשביל זה אינו מתחייב אך שדבר זה הוא דוקא אם נימא ספק נפשות להקל אבל אם ס"נ להחמיר שפיר הוא מתחייב בעשיה זו כשנתברר לבסוף שישראל הרג כיון שמצד ההתראה שהיתה על הספק שמי' התראה והגע עצמך בההיא דספק בן ט' לראשון והכה א' מהם אי הוה אמרינן ספק נפשות להחמיר היה חייב אי אמרינן התראת ספק שמה התראה ואצ"ל אם עתה נתברר שהוא אביו שחייב וא"כ פשיטא בה' ישראל וה' ערל' וזרק לתוכם אי אמרינן ס"נ להחמיר שחייב ואע"פ שי"ל דהתם שאני שהכניס עצמו על הספק ולכך אף שנשאר בספק חייב משא"כ כאן שיכול לומר כסבור הייתי שיתברר אח"כ שגוי הרגתי מ"מ נראה דז"א כיון שבאמת עתה מתברר שישראל הרג דהא ה' ישראל וה' עכו"ם ואיכא עדה שופטת דהיינו שמצדדים לחיוב דכל שזורק על הספק הוה כזורק לישראל וכיון שבאמת הרג ישראל הוה כאילו מתחלה זרק לישראל ואיכא עדה מצלת לפטור דבשעת זריקה לא נודע לו שיהרוג ישראל ואי אזלינן לחומרא כהעדה השופטת הרי הוא מתחייב ע"י זריקה זו וא"כ שפיר היה אפשר לומר דאיצטריך וארב לו לאשמעינן דפטור כה"ג ולכך קאמר הש"ס דהא ס"נ להקל וא"כ בלא"ה הרי הוא פטור דהא בשעת זריקתו לא היה יודע את מי יכה והלכך אע"ג דספק שמי התראה וגם עתה מתברר שישראל הכה מ"מ הוא לא עשה מעשה חיוב בבירור ואין זה מתיר עצמו למיתה דהא בכה"ג אמרינן ס"נ להקל ופטור כנלענ"ד ברור וכל זה כלל הרשב"א ז"ל בדבריו הקצרים אך מה שיראה מדבריו שהתוספות לא כיוונו לזה ולענ"ד גם התוספות כוונו לזה:

דברי ש"ב הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה נד

בעזה"י בדין ספיקא דדינא לברר דין ברי ושמא העתיק משו"ת כת"י הגאון מו' יושע ז"ל בעהמ"ח מג"ש ושו"ת פ"י:

גרסינן בכתובות פ"ק ואיתא ב"ק פרק בתרא וב"מ פרק השואל מנה לי בידך והלה אומר אינו יודע ר"ה ורב יהודה אמרי חייב ברי ושמא ברי עדיף ר"נ ור' יוחנן אמרי פטור אוקי ממונא בחזקת מריה והקשו בתוס' דרב יהודה אדר"י דאמר בפרק הפרה

משמיה דשמואל דאפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא המע"ה והעלו דהכא הברי טוב והשמא גרוע דה"ל לידע משא"כ גבי מזיק דהברי גרוע דהוא טוען ברי לפי שיודע שהמזיק לא היה שם והשמא טוב דלא הו"ל למידע וחזרו והקשו דגם משארסתני נאנסתי הוי הברי גרוע והשמא טוב ולמאי דס"ד בעי למימר דרב יהודה הוא וא"כ קשה דשמואל אדשמואל ותירצו דהו מצי למימר ולטעמך:

ותימא גדולה דהא לפי המסקנא נמי דמסיק דר"ל כשמוחל לא אתא שפיר דהא מסיק דע"כ לא קאמר ר"ג התם אלא דאמרינן מיגו או אוקמא אחזקה וא"כ התם בפרק הפרה נמי איכא לאוקמא הפרה אחזקה שהיתה מעוברת ואח"כ משנגחה ילדה וכן פי' רשב"ם ז"ל בהדיא ריש פרק המוכר פירות דף צ"ג ד"ה אין אומרים וכן כתבו התוספות פרק השואל דף ק' ד"ה הא מני וכן פרק הפרה דף מ"ו ד"ה מידע:

ואין לדחוק ולומר דתרי שנוים אלו שייכים כאחד ובעינן תרתי מיגו וחזקה והתם חזקה איכא מיגו ליכא דמיירי דאיכא עדים דנגחה ודאי ולא יודעים אם משנגחה כו' או עד שלא נגחה הפילה כו' דהא ליתא דהא לקמן גבי היא אומרת בתולה נשאתני כו' דליכא מגו כ"א חזקה ואפ"ה אמרינן לימא תנן סתמא דלא כר"ג דהמקשן ס"ד דהתם כי ברי ושמא דמי כדאיתא התם רפ"ב ומאי קושיא נהי דכברי ושמא דמי מ"מ אתיא מתניתין כר"ג דע"כ לא אמר ר"ג דמהימנא אלא היכא דאיכא תרתי משא"כ הכא דליכא אלא חדא ודוחק לומר דהמקשה דס"ל דהחזקה לחודא סגי ולא בעי מיגו כדפירש התוס' ז"ל דהך שנוי' דמגו לא אתיא אלא לר"י אבל לר"נ ס"ל כר"א דגבי מוכת עץ איכא מיגו דזה דוחק אלא כדאמר הכא בהדיא וכדקאמר התם בהך שמעתתא בקושית שמקשה אח"כ הניחא לר"א אלא לר"י כו' ועוד כיון דר"י ס"ל דחזקה לחודיה סגי מנ"ל לתלמוד להרבות מחלוקת דלר"נ לא מהני כיון דר"נ הוא בר זוגיה דר"י ולא גילה דעתו דפליג על ר"י בהא דאי משום דס"ל כר"א דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה דלית לה כלל כדאיתא לעיל וא"כ לקמן איכא מיגו מ"מ מאן לימא לן דטעמא דוקא משום מיגו וחזקה דלמא משום חזקה לחודיה כדבעינן למימר לקמן גבי ר"ח:

וכן יש להקשות בסוגיא דפרק הפרה למה ליה לתלמודא לאוקמא דזה כלל גדול דשמואל אתיא דלא כר"י ולעשות מחלוקת חנם וק"ו הדברים השתא דר' יוחנן פליג אדרבי יהודה ולא ס"ל דברי עדיף מהני חזקה לחודיה וכ"ש לר' יהודה והו"ל לתלמודא לאוקמא דזה כ"ג מרבה שור נגחן לל"ב דהתם. ואין להקשות ג"כ גבי שנויא דמיגו נמי נימא מנ"ל לתלמודיה דר"נ ס"ל דמיגו סגי כיון דר"י לא ס"ל הכי ז"א דר"י לא אמר דמיגו לא מהני

אלא דס"ל אף דליכא מיגו כגון מוכת עץ מהני מטעם חזקה ואין ה"נ אי הוי מיגו דאפשר דגם לר"י מהני לחודיה ועי' מ"ש לקמן:

וכ"ת דס"ל לתלמודא דע"כ ר"נ תרתי בעי דאל"כ לא אתיא כשמואל דפרק הפרה דבעי תרתי וקשה הלכתא אהלכתא דהלכה כשמואל דהפרה דאדרבה נראה דהלכתא כר"י נגד ר"א תלמידו דלא בעי מיגו כ"א חזקה דנהי דאין הלכה כר"י בהא דאמר כנסה בחזקת בתולה ונמצאה בעולה יש לה כתובה מנה כיון דאמוראי טובא פליגו עליה ומ"מ בהא דליכא מיגו הלכתא כוותיה דהא בהא לא תליא ונ"מ גבי מוכת עץ אם קדש ובעל לאלתר דליכא למימר מוכת עץ אני תחתיך אפ"ה מהימנא דבהא הלכתא כוותיה נגד ר"א תלמידו וא"כ אם שמואל תרתי בעי קשיא הלכתא אהלכתא דקי"ל כר"י נגד שמואל אלא ודאי דגם שמואל לא בעי תרתי:

וגם ר"א לא אמר דטעמיה משום מיגו דנהי דאיכא מיגו מ"מ מאן לימא לן דטעמיה משום מיגו דלמא משום חזקה לחודיה ואפי' היכא דליכא מיגו כנ"ל דר"א לא הזכיר בדבריו כלום דמיירי דוקא היכא דאיכא מיגו. ואפילו אם נאמר דבלא הלכתא אהלכתא ניחא ליה לאוקמא לר"נ כשמואל דרביה הוא מ"מ כבר כתבתי דגם אתלמודא דפרק הפרה קשה מאד מאי דוחק לעשות מחלוקת בין שמואל לר"י חנם ומוטב הו"ל לאוקמי כל"ב. וגם רבינו הגדול רב אלפס ז"ל לא הביא כלל הך שנוי' דמגו כ"' שנויא דחזקה וי"ל דפסק כר"י דלא בעי מיגו כ"א חזקה ואין זה ראיה דלאו חדא טעמא נינהו דהא לא הביא כ"א חזקה לחודיה:

ובאמת יש לדקדק דגבי מוכת, מאי חזקה איכא דמאי דכתב הר"ן ז"ל דחזקה דאין בנות ישראל מזנות יש לתמוה דלמא אנוסה הוא דא"ל העמידה בחזקת כשרה לכהונה דגם אם נאנסה כשרה כיון שנאנסה קודם שנתארסה דבהכי איירי כדמוכח בגמרא וא"כ פנויה היא ואין הלכה כר"א דאמר פנוי הבא על פנויה שלא לשם אישות עשאה זונה כדאיתא ביבמות וכשרה הוא דאין לומר דאונס לא שכיח כדכתב הרא"ש ז"ל דגם מוכת עץ לא שכיח כדכתבו הרא"ש והר"ן עצמו ז"ל והיה נראה לומר דלקמן במוכת עץ ליכא חזקה כ"א מיגו ור"י ס"ל אע"ג דליכא מיגו ולא חזקה ס"ל לר"ג דמהימנא מטעם ברי ואין הלכה כר"ג ולא ס"ל כשמואל דהלכה כר"ג ובהא אין הלכה כר"י אע"ג דהלכתא כוותיה נגד שמואל הכא אמוראי אחרינא טובא פליגי עליה ועוד דתלמודא קאמר בהדיא קשיא הלכתא אהלכתא מבואר דהלכתא כשמואל ובהא מיושב נמי דקשה למה השמיט הרי"ף ז"ל שנויא דמיגו דהא ע"כ מיגו מהני אפילו בלא חזקה דהא אפילו ר' יהושיע מודה בפ"ב דמיגו מהני אע"ג דהתם ליכא חזקה דאין לתרץ דשאני התם דהוא מוחזק

בשדה כדאיתא בגמרא דא"כ מאי פריך לקמן מכדי האי מיגו והאי מיגו מ"ש כו' ומאי קושיא התם הבעל מוחזק בממון והכא הוא מוחזק בשדה אלא ע"כ ס"ל כיון דאית לה כתובה בתנאי ב"ד הוי היא מוחזקת וגבי דיני מיגו אאריך אם יגזור ה' בחיים א"כ מיגו לחודיה מהני:

אבל לפי דרכינו א"ש דגבי מ"ע ליכא חזקה כ"א מיגו וסמיך רבינו אהא דמ"ע ולכן השמיט דהוא פסק כר"א דאיכא גבי מ"ע מיגו כמבואר בדבריו ואפשר לומר דס"ל דאע"ג דסבר ר' יהושיע דלא אזלינן בתר חזקה דגופה כיון דאיכא מיגו בהדי חזקה הוי חזקת ממון כמאן דליתא והוי היא מוחזקת וא"כ פריך שפיר לר"י ואפ"ה אין ראיה דמיגו לחודיה מהני ואע"ג דבשמעתין בל"ק לא משני כ"א מיגו ולא הזכיר חזקה כ"א בשנוי' בתרא י"ל דהכי פרושא ע"כ לא קאמר ר"ג דמהני חזקה אלא משום מיגו אבל התם א"נ הוי חזקה כיון דליכא מיגו לא מהני א"נ איפכא ע"כ לא קאמר ר"ג דמהני מיגו אלא משום חזקה אבל התם א"נ הוי מיגו כיון דליכא חזקה לא מהני ולפ"ז פליגא אהדדי דלישנא קמא אע"ג דחזקה לא מהני אלא בהדי מיגו מ"מ אפשר דמיגו לחודיה מהני ולישנא בתרא אע"ג דמיגו לחודיה לא מהני חזקה לחודיה אפשר דמהני דאל"כ מאי איכא בין לישנא קמא ללישנא בתרא וא"כ הרי"ף פסק כלישנא בתרא דחזקה מהני לחודיה מן הראיה שהבאתי לעיל ולא הביא דמהני מיגו דאין כל"ק ל"ב כמנהגו ז"ל לפסוק כל"ב בכל מקום. ואפשר שזהו ג"כ כוונת התוספות שכתבו דהאי שנויא לא אתיא כר"י דיש לתמוה מנא להו דאף דר"י ס"ל לקמן דבלא מיגו מהני מטעם חזקה מ"מ כאן דאיכא מיגו מהני גם בלא חזקה ושני התירוצים אמת אלא ע"כ ס"ל להתוספות ז"ל כמ"ש ובהא יש ליישב ג"כ דברי התוס' שהקשיתי עליהם די"ל דהך שנויא קמא דפרק הפרה ס"ל דחזקה לחודיה לא מהני ס"ל כל"ק דהכא ולקמן כתב דמכח חזקה לחודה הוא מהני הוא כל"ב דהכא וס"ל כשנויא בתרא דפרק הפרה דזהו כלל גדול לאתוי שור נגחן אתי אלא שיש להקשות דא"כ היינו שנויא בתרא דתוס' דכתבו דסוגיא סברה כזה לאתוי שור נגחן כו' ע"ש ואע"ג דאפשר ליישב דלשנויא קמא דהתוס' לא אתי כלישנא בתרא דכחרה אלא ל"ק דהכא וכמ"ש אבל לשנוי' בתרא דתוס' אתיא כולי סוגיא כל"ב דהתם מ"מ זה דוחק גדול דלא משמע מדברי התוס' כלל וא"כ הכא ולקמן דמהני מיגו היינו משום דמוחזק בשדה וזה שכנגדו אין לו חזקה כלל ובכאן אע"פ שהבעל מוחזק בממון מ"מ כיון דיש לה חזקה דגוף המיגו עושה החזקה מעליא ומ"מ קשה מנ"ל לאקשויי דלמא חזקת ממון מסלק חזקת הגוף כיון דלר"י חזקת ממון עדיפא ונשאר מיגו לחודיה ולא מהני דומיא

דאמרינן פרק המדיר דף ע"ז חדא במקום תרתי כו' ופירש"י דחזקת הגוף מסלק חזקת הממון לגמרי לר"ג וא"כ לר"י הוי איפכא וק"ל משא"כ לקמן דאיכא מיגו לחזקת הממון: ואפשר דלכך השמיטה דלא נ"מ בדוכתיה דממ"נ אם הוא מוחזק פשיטא דמהני מיגו אפילו בבריא ובריא ואם להוציא פשיטא דאינו נאמן ואם יש לו שטר ליכא למימר כלל שם ברי ושמא ואפילו בבריא וברי' ובלא מיגו נאמן בעהש"ט ולא נ"מ כ"א גבי כתובה משום דמוחזקת בתנאי ב"ד וגם כתובה בלא מיגו נאמנת מטעם חזקה אבל שנויא דחזקה נ"מ גם במקום אחר היכא דאיכא למימר אוקמא אחזקה נאמן אפילו להוציא:

נחזור לענין ראשון דמ"מ מדברי הרי"ף ז"ל מוכח דחזקה לחודיה מהני דאפילו נעייל פילא בקופא דמחט' לומר דתרווייהו חד טעמא ואין בין הלשונות מידי אלא דל"ק קאמר דאפילו במקום חזקה בעינן מיגו ול"ב קאמר דאפילו במקום מיגו בעינן חזקה מ"מ הרי"ף שלא הביא מיגו כלל משמע דחזקה לחודא מהני מלבד הראיה שהבאתי מפ"ב והתם פ' הפרה הביא ג"כ הל"ק וא"כ ליכא לשנויא לדידיה כמ"ש לדעת התוספות:

ועוד ראיה ברורה דחזקה לחודיה מהני מפרק המדיר דף ע"ה גבי מומין דאוקמיה למתני' כר"ג והתם חזקה איכא מיגו ליכא ואפ"ה מהני לכל הדעות דלר"א דמוקי לה כתנאי סיפא ר"ג ואפילו ברשות האב על הבעל להביא ראיה מטעם חזקה וכן לרבא דאמר הטעם כאן נמצא כו' מ"מ ס"ל מטעם דאוקמיה אחזקה דא"ל מטעם דאיכא תרתי חזקה חזקת הגוף וחזקה אין אדם שותה כו' כדאיתא התם או משום כאן נמצאו ברשות הבעל וכיון שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה וא"ש גבי פרה אף לפי' רב אלפסי ז"ל שפירש לקמן גבי נולד ספק ברשותו דכל היכא דנמצא ברשותו עליו להביא ראיה אפילו להחזיק אבל נמצא בסמטא על המוציא להביא ראיה כדכתבו הפוסקים על פי' ר"א ז"ל עיין בראש ז"ל אבל חזקה י"ל דלא מהני בה וא"כ גבי פרה מעוברת שהוגחה י"ל דמיירי שנגחוה בסימטא דלא אמרינן אוקמא להוציא ואצ"ל דא"ש לפירש"י ז"ל דשם נולד ספק ברשות הבעל הפרה וכמ"ש לקמן אי"ה:

מלבד דז"א דאין ראיה מלקמן דלקמן אם נמצא מת בסימטא דעל בעל הפרה להביא ראיה היינו אפשר מטעם חזקה דאמרינן אוקמא אחזקה והשתא מת אבל אם נמצא מת בבית בעל החמור איתרע החזקה כיון שנמצא כאן לעולם אמרינן אוקמא אחזקה וכן פירש התוספות לקמן ד"ה ותנא תונא אלא אפילו אי יהבינן לכולי מלתא דאין מוכח משם דהטעם מכח חזקה מ"מ כאן מוכח דאין הטעם מכח שנמצא בבית הבעל דוקא הא לאו הכי לא מהני החזקה להוציא דא"כ למה ליה גבי אב כאן נמצאו כו' תיפוק ליה אפילו ליכא למימר כאן נמצאו לא מהני החזקה מידי מכיון דלא היה ספק ברשות

הבעל אלא משמע דוקא משום דכאן נמצא ואתרע החזקה וכן פירש"י ז"ל בהדיא וכן הקשו התוספות ד"ה רישא כאן כו' הא לאו הכי מוקמינן אחזקה. והא דבעינן התם תרתי חזקה היינו אם הביא ראיה דהי' בה מומין ועודה בבית אביה משנתארסה ואתרע החזקה מטעם כאן נמצאו כפירש"י ז"ל התם בהדיא אבל אם לא הביא הבעל ראיה כלל לא בעינן תרתי חזקה. ואין להקשות לפ"ז גבי ברשות הבעל ל"ל כאן נמצאו תיפוק ליה מטעם חזקה י"ל דאין כוונתו אלא דלמא נמצא ברשות האב ולא איתרע החזקה אבל אין לומר איפכא דלעולם חזקה לא מהני ולא נקט גבי אב כאן נמצאו כ"א לאפוקי דלא נמצא ברשות הבעל אלא הוי ספק ברשות הבעל דז"א כיון דרבא בעי לאוקמא כר"ג ולתרץ מה דהקשה המקשן דרישא לא מצי אתי כר"ג א"כ ברור מה שתירץ גבי אב כאן נמצאו כו' זהו עיקר התירץ דאתיא הרישא כר"ג דאיתרע החזקה כיון דאר"ג הוי רישא תיובתא לא סיפא וא"כ היה עיקר תירוצו דגם לר"ג לא מהני החזקה ומיגו ומה שבעל מביא ראיה בסיפא היינו מטעם ספק ברשותו היה עיקר חסר דכולי סוגיא דשמעתא לפני זה משמע דלר"ג מהני החזקה כמבואר שם ואיך לא מתרץ רבא דטעמיה דר"ג משום חזקה ומיגו שזהו עיקר הקושיא דמקשן ועוד כיון דהמקשן הקשה דסיפא אתיא כר"ג מטעם חזקה א"כ משמע דרבא השיב ג"כ לפי סברתו ולא נחלק עליו רק השיב דאתרע החזקה ולא דמי לפי' הר"ן ז"ל דפירש דרבא השיב דלא כדעת המקשן לאוקמא מתני' בשמא ושמא דהתם גם המקשן לא הקשה כ"א לפי מה שהיה סבור דגם הכא מיירי בברי ושמא וידע שפיר דר"ג לא איירי בשמא ושמא וא"כ לא היה צריך כ"א סיפא דהכא לא טעמא דר"ג דהתם משא"כ לפי' הנ"ל היה רבא צריך לתרץ תחלה דברי ר"ג כיון דהמקשן לא ידע ומדברי רש"י ותוס' מבואר להדיא דרבא אוקמא בברי ושמא וס"ל דמהני החזקה רק דאיתרע מטעם כאן נמצאו כו' כמ"ש לקמן וגם הר"ן ס"ל דמהני חזקה בברי ושמא ופלפולו של רבא בשמא ושמא אלא ע"כ דכאן נמצאו דגבי בעל לאו דוקא. ותדע דהא גבי בעל מסיים רבא דאיכא חזקה דגוף וחזקה דאין אדם שותה וא"כ אפילו היה בבית אב חייב דראה ונתפייס בהן ולמה לי כאן היו אלא ע"כ צ"ל דלא נקטינן כ"א לאפוקי דלא איתרע כמ"ש או לרבותא דאפילו אי לא הוי חזקה הוי מטעם ספק ברשותו וק"ל גם אין לומר אדרבא נימא איפכא כיון שנמצא ברשות האב אינו החזקה כדפירש"י ז"ל א"כ גבי פרה לכל הפירושים א"ש דלפירש"י ז"ל שפי' נולד ספק ברשותו דלא תליא מלתא בבית מי רק במי שהוא ברשותו א"כ גבי פרה שהיא ברשות בעל הפרה דהתם ליכא למימר שהפרה ברשות בעל השור דאע"ג דקי"ל כר"י דשבח נבלה פלגי המזיק והניזק מ"מ נ"ל דהנבלה ברשות הניזק דהא איהו מטפל בה ופחת נבלה כולה דידיה

ונהי נמי דהוי ברשות שניהם מ"מ כיון שנמצא גם ברשותו איתרע החזקה ולקמן גבי שמא ושמא אכתב עוד אי"ה ועוד בשעת נגיחה היתה עדיין לבעל הפרה והספק נולד בולד מת מתי מת והולד בשעת מיתה היתה א"כ פשיטא דעל בעל הפרה להביא ראיה גם לפירוש רבינו הגדול ז"ל י"ל דאיירי ברשות ובבית בעל הפרה ואיתרע חזקתיה. ובזה מיושב ג"כ מה שהקשה ר"י ז"ל בפרק הפרה דף ד"ה מידע ידעי וקשה דבפרק השואל תנא כו' ואמאי לא אמרינן אוקמיה אחזקה כו' ולפ"ז א"ש דלא קשה משם דכיון שנמצא ברשות השואל איתרע החזקה דכאן נמצא וכאן היה קודם לכן מ"מ לפירוש רבינו הגדול יש לתמוה דהביא סתם גבי פרה אפי' ניזק אומר ברי כו' והו"ל לפרושי דהיינו דוקא ברשות הניזק לפירושו ז"ל וכל הפוסקים סתמו דבריהם משמע דאפילו ברשות הרבים וא"כ נוקמיה אחזקה. ועוד דלאוקמתא דרב אשי פשיטא דלא תליא מלתא ברשות כ"א בחזקה ואפילו נולד ספק ברשותו לא איתרע החזקה ומוציא דמ"ש התוספות ז"ל בשם ר"י ז"ל דגם רב אשי ס"ל הטעם גבי בעל כדשמואל ומשום הכי דחה ז"ל דטעם רב אשי אינו משום ברי עיין ד"ה רישא מנה לאבא כו'. וכן משמע מדברי הרב הגדול ז"ל אין כוונתם דגבי רשות בעל לא מהני חזקה ואינו חייב כ"א משום ספק ברשותו דא"כ ברישא למה לי מנה לאבא בידך דליכא חזקה אפילו איכא חזקה לא מהני כיון דלא נולד ספק ברשות הבעל אלא צ"ל דחזקה לחודיה מהני בלא ספק ברשותו ולכן ברישא הוי מהני חזקה אע"ג דנולד ספק ברשות אב ולכן צריך ליתן טעם דליכא חזקה זכינו לדייק דחזקה לחודיה מהני:

ומ"מ קשה לי על פירש ר"י ז"ל דהא ע"כ לפי זה ספק ברשותו לחוד לא מהני אא"כ איכא חזקה בהדה דאל"כ למה ליה לר"א כלל דסיפא הוי מנה לי בידך פירש והוי חזקה והלא בלא חזקה חייב מטעם ספק ברשותו אלא ע"כ לא מהני ולקמן גבי חמור נמי איכא חזקה דהשתא מת וא"כ ספק ברשותו לרב אשי אין עושה כלום דממ"נ אי איכא חזקה אפילו לא נולד ספק ברשותו כ"א ברשות אחר חייב כמו גבי אב דאמרינן אי הוי חזקה אע"ג דנולד ספק ברשותו מוציא ואי ליכא חזקה לא מהני ספק ברשותו ג"כ כמו גבי בעל וכמ"ש ואצ"ל דאין לומר דאם נולד ברשותו אע"ג דחזקה מסייע ליה דחייב וק"ל דהא גבי אב כיון דאע"ג דנולד ברשות מוציא כ"ש להחזיק גם אין לפרש דבעי ברישא למימר דליכא חזקה דאי הוה חזקה נהי דלהוציא לא מהני כיון דלא נולד הספק ברשות הבעל מ"מ להחזיק דהיינו הקידושין בידו כדאיתא בגמרא הוי מהני כיון דאיכא חזקה ונולד ברשותו מהני דהא בסיפא אע"ג דנולד ברשות הבעל אי לאו חזקה הוי הבעל פטור דלהחזיק לא בעי כלום דמאי דקאמר סיפא מנה לי לאו לחייב הבעל משום הכי דאפילו

הוה מנה לאבא היה חייב כיון דספק ברשותו אלא דנקטיה לתרץ קושית אביי דצריך הבעל להביא ראיה עד שלא תתארס אין משנתארסה לא היינו כיון דאית לה חזקה אפי' נולד ס' ברשות אב חייב ורישא מנה לאבא דוקא דאי הוי מנה לי כיון דאיכא חזקה אע"ג דנולד ספק ברשות האב אינו מוציא כיון דאיכא חזקה דחזקה לחוד מהני ופליג אדרבא דאמר דרישא טעמא משום דנולד ברשותו ואע"ג דאיכא חזקה לדבריו דס"ל דחזקת הבת מסייע לאב אתרע החזקה ורב אשי ס"ל דאי הוה חזקה אין ספק ברשותו גרעא כלל אלא ברישא ליכא חזקה אין האב יכול להוציא ואפילו להחזיק הקידושין אינו יכול כיון שס' ברשותו וכן גבי בעל כיון דלית לה חזקה אינו יכול להחזיק כיון שספק ברשותו ובזה מיושב קושית אביי והוא כפתור ופרח ולקמן גבי חמור לשיטת רבינו הגדול ז"ל דס"ל דעל בעל החמור להביא ראיה אע"ג דבעל החמור יש לו חזקה דהשתא מת י"ל דס"ל כפי' ר"ת ד"ה כלה כו' דחזקת החמור לא מהני לגבי דידיה ובהכי א"ש הכל דשמואל אזיל בשיטת רב אשי:

והיה אפשר לפרש כן גם לשיטת התוס' ז"ל דס"ל דעל בעל הפרה להביא ראיה וא"כ קשה ל"ל טעמא משום ספק ברשותו תיפוק ליה דאפי' נולד ברשות בעה"ח מ"מ כיון דאית ליה חזקה לבעל החמור על בעל הפרה להביא ראיה כמו גבי אב דאמרינן דאע"ג דנולד ברשותו אי הוה ליה חזקה אפי' מוציא כ"ש בעל החמור שהחזיק ובמה שכתבנו הוא מיושב דליכא חזקה התם. אלא דהתוס' עצמם כתב ד"ה ותנא תונא דכמו דכלה בבית חמי' אהני חזקה כך גבי חמור ולפי סברא זו מאי ראיה מייתי דכלה בבית חמיה יש לה חזקה וכאן אין כאן חזקה דאי הוי חזקה ל"ל ס' ברשותו ואע"פ דלקמן אכתוב בעז"ה דבשמא ושמא חזקה לחודה לא מהני מ"מ אין ראיה ממתני' דלמא חזקה עם ספק ברשותו מהני וכמ"ש התוס' בהדיא בדבור הנ"ל:

ואין להקשות לשיטת רבינו רב אלפס ז"ל מנ"ל לאתויי ראיה מכלה דלמא טעמא לאו משום ס' ברשותו כ"א מטעם חזקה עם ס' ברשותו י"ל דראיה מכלה בבית אביה ומקידושין דליכא חזקה לבעל ואפ"ה מוציאין מן האב מטעם ס' ברשותו אבל לשיטת התוס' ז"ל דס"ל דראיה מכלה בית חמיה ליכא לפרש דראיה לפי' ר"א כ"א לפירש רבא וכן פירשו התוס' ז"ל בהדיא לרש"י ז"ל וא"כ יש לתמוה איך פירשו דרב אשי ס"ל כשמוחל:

וי"ל לשיטתם דאה"נ דראיה ממתני' לא סלקא אליבא דר"א כ"א אליבא דרבא דלרב אשי הטעם משום חזקה לחודא ולא משום ברשותו דלא תלי הדבר ברשותו כיון דאיכא חזקה רק שהתוספות סוברים דרב אשי לא פליג אשמואל וס"ל כוותיה מסברא אפילו בלא

ראיה כיון דהלכה כשמואל ואם לא היה ר"א סובר כמותו קשה הלכתא אהלכתא אלא ודאי סובר כוותיה וה"מ בשמא אבל בברי ושמא כיון דחזקה לברי לא מצרכינן כלל ספק ברשותו וס"ל לר"א דכולה מתני' בברי ושמא דגם האב טוען ברי ואי הו"ל חזקה אפי' נולד ברשותו הוה מוציא אלא דלית ליה חזקה משא"כ היא אית לה החזקה ולקמן גבי בעל החמור אי לאו ספק ברשותו אע"ג דלית ליה חזקה לא מהני אם הי' בעה"ב מוחזק כדפי' התוס' ד"ה ותנא כיון דשמא ושמא הוא ובהכי א"ש הכל:

ואין להקשות א"כ למה פירש"י ז"ל וגם התוס' ז"ל דרבא ס"ל דאפי' בברי ושמא איתרע החזקה אם נולד ברשותו דאל"כ מה הקשו ארבא ממתני' דהנושא את האשה ואוקמוה דלא מצא בתולים ברשות הבעל תיפוק ליה דהתם ברי ושמא כמ"ש הר"ן אלא ע"כ ס"ל דאפי' בברי ושמא אתרע החזקה ונמצא פליג עם רב אשי בזה ומאי דוחקא לאוקמא דלרבא מיירי במתני' בשמא ושמא וא"כ ליכא פלוגתא בינייהו בדינא כ"א באוקימתא והכי הוי עדיף י"ל דס"ל דבשמא ושמא לא מהני חזקת הגוף כלל להוציא ממון מחזקתו אפי' בלא ריעותא ומדברי רבא מוכח דאי לאו כאן נמצאו הוי מהנ' החזקה כמ"ש לעיל ע"כ מיירי רבא בברי ושמא ותדע דאל"כ הדרא קושיא לדוכתה דל"ל גבי חמור ספק ברשותו דנהי דודאי אם נולד הספק ברשות בעל החמור לא הוי מהני החזקה בשמא ושמא כיון דאיתרע אבל מ"מ לא בעינן שיהא ברשות בעל הפרה דאפי' לא הוי בשום רשות מהני החזקה ודוחק לומר דלאו דוקא נולד ברשותו ואין כוונתו אלא לאפוקי ברשות בעל החמור דז"א דהא כלל כייל כל שנולד משמע בכל מקום אפילו היכא דליכא חזקה ושם ודאי בעינן נולד ברשותו אלא ע"כ בשמא ושמא לא מהני חזקה אפי' בלא ריעותא ולקמן בדין שמא ושמא אאריך בזה:

אבל רבינו הגדול כתב דהלכתא כשמואל כיון דאייתי ראיה ממתני' דאל"כ קשה הלכתא אהלכתא עי' שם ע"כ לא ס"ל האי פירושא דהא לר"א ליכא ראיה ממתני' כלל וא"כ מנלן דהלכתא כשמואל ומאי הלכתא אהלכתא קשה כיון דמתניתין איכא לדחוי' אלא ע"כ כדפי' לעיל וא"ל דשמא כל תירוצו של ר"א אינו אלא לרווחא דמלתא רק לתרץ קושית המקשן ואה"נ דברישא מהני ספק ברשות האב ובסיפא רשות הבעל אלא דר"א בא לחדש דאפי' אם לא הי' ספק ברשות א' מהם א"ש רישא וסיפא דרישא ליכא חזקה וסיפא איכא חזקה אבל אם החזקה הוא נגד ספק ברשותו כגון ברישא דאיכא ספק ברשות האב אפי' אם הי' לאב חזקה לא מהני להוציא כיון דאיכא ספק ברשותו רק בלא ספק מהני חזקה ושנוייא דר"א קאי הכל אם לא הי' ספק ברשותו וא"כ גבי פרה כיון דאיכא ספק ברשות בעל הפרה כנ"ל לא מהני החזקה להוציא דז"א דהא מוכח מכח

קושית אביי דאפי' אם מביא הבעל ראיה שנולד ברשות האב אפ"ה חייב וע"כ מטעם חזקה דהא ר"א לית ליה תירוצא דרבא מטעם תרתי חזקה כדאיתא בתוס' ד"ה ואמאי ע"ש דאם גם לר"א ס"ל להאי שינויא לא הוי פריך רב אחא בריה דר"א מידי ובלאו הכי דוחק הוא דר"א סבור שינוייא דרבא דמשמע דלשנוייא דר"א לא צריכינן תו לשנוייא דרבא ועוד דזה דוחק דא"כ כל תירוצו של רב אשי הוא שלא לצורך דאין תירוצו מעלה ומוריד דא"א כלל שלא תהי' ברשות א' דאם נמצאו כשהיא אצל האב הרי נולד ברשותו ואם אצל הבעל הוה איפכא א"כ חזקתה אין מועיל כלום דאצל האב אין מועיל חזקה ואצל הבעל א"צ חזקה בשלמא לפי שיטתי נקט מנה לי לתרוצי מאי דמשמע במתניתין דאפי' נולדה ברשות האב חייב כקושית אביי וכמש"ל אבל בהא יהי' הכל שלא לצורך ולאו דוקא וכן נראה בפי' מדברי ר"י ז"ל ד"ה רישא שחזר בו ז"ל מפירושו שפי' דר"א חילק בין שמא ושמא וברי ושמא מטעם דר"א ס"ל כשמואל דאפי' בשמא ושמא מהני מטעם ספק ברשותי' ומאי קושיא נימא דאה"נ דר"א ס"ל אפי' שמא ושמא והאי דנקט ברי ושמא לרווחא דמלתא דאז מוציאה אפי' לא הוי ספק ברשות הבעל משא"כ שמא ושמא לא מהני אם לא משום ספק ברשותו אלא ע"כ ס"ל לתוס' כדכתבנא כיון דא"א למצוא שום ענין שלא יהא ברשותו ליכא למימר הכי ועוד דגם רבא ס"ל הכי היכא דליכא ס"ב מהני כדהוכחתי לעיל מדקאמר רבא רישא כאן נמצאו כו':

ואין להקשות גם לפי שיטתו מנ"ל לר"י ז"ל לחזור בו דשמא נקט ברי ושמא דאז מהני אפי' הוי ספק ברשות אב כמו שכתבתי לפי שיטתי שהרי גם לשיטה ראשונה של ר"י ז"ל הי' ס"ל לר"א דברי עדיף מטעם חזקה עם הברי כמ"ש התוס' ז"ל א"כ מהני אפי' ברשות האב מטעם ברי וחזקה י"ל דלא דמי כיון דר"א לא גילה הטעם כ"א משום ברי ושמא אף דס"ל דחזקה אהני מ"מ משמע דלא פליג ארבא בהא דאמר רבא דספק ברשותו מרע החזקה כמש"ל כיון דר"א לא גילה דלדידי' חזקה עדיפ' מלרבא וגם ר"א ס"ל דספק ברשותו מהני דהא ס"ל כשמואל כמ"ש ר"י ז"ל א"כ אתרע החזקה כשהספק ברשותו ולא נשאר כ"א ברי ושמא ובברי ושמא לחוד לא מהני לכך:

(ע"כ נמצא אצלי מכת"י הגאון ז"ל) דברי הק' יושע:

שאלה נה

והנה הנחת' דברי הגאון ז"ל כמות שהם להניח מקום למעיינים להתגדר לסלסל ולפלפל בהם ימצאו נופש הואיל והוחזק מעין פתוח (ממקור האמת המה יאיצון ירוצון ישאבון בששון ממעיני יהושע מעון הזב נהרי נחלי דבש וחלב ויין הרקח ישמע חכם ויוסיף

לקח אפס ראיתי להעתיק פה ענין קצר שכתבתי בכללי חזקה שלי וז"ל כבר כתבנו למעלה (עיין בחבורי בית אפרים על טריפת בקונטרס כללי חזקה שלי) לשיטת התוס' והמפורשים דהך משארסתני נאנסתי מיירי בענין שיכול להיות שנאנסה ברשות הבעל דביש שהות אדרבה אמרינן כאן נמצא ברשות הבעל וא"כ באומר פ"פ מצאתי אין כאן ספק אין תחתיו די"ל כאן נמצא כו' וכ"כ מחו' הגאון החסיד ז"ל בספר כתובה בריש כתובות ובסוגי' דפ"פ ע"ש שהאריך:

ובזה ה' אפשר ליישב מ"ש התוס' בגיטין דף י"ז דלא מוקמינן בחזקת א"א דהרי גרושה לפנינו והקשה הפ"י דהא חזקה דהשתא נגד חזקה דמעיקרא לאו כלום הוא ולפמ"ש י"ל כיון דהשתא גרושה וקנתה רשות לעצמה אין מחזיקין הזנות מרשות לרשות אבל לענ"ד יש לדון ולומר דהא דאין מחזיקין מרשות לרשות לא נאמר אלא בכגון הך דמומין שהיא טוענת ברשות הבעל היה ונסתפחה שדה הבעל דהיינו לומר שמזלו גרם שנפלו בה מומין או במשארסתני נאנסתי נמי אמרינן ונסתפחה שדהו לפי שהאשה היא קנינו של האיש ולכן אין מחזיקין מרשות לרשות ואם נולדו ברשות האב כיון דע"כ היא ברשות האב גם לאחר אירוסין לכמה דברים כמ"ש הרא"ש וכ"כ הרמב"ן והרשב"א הביאם בש"מ לכן כיון דע"כ רשות האב איתרע חיישינן שאיתרע לגמרי והי' קודם אירוסין ואין לנו לתלות ברשות הבעל דהא לא חזינן דרשות הבעל אתרע כלל ואין לנו לתלות במזלו כלל וכן במשארסתני נאנסתי כיון דנאמין אותה אנוסה הוי והקלקול שבא ע"י יש לתלותו במזל מי שנמצא הקלקול ברשותו וכן בההיא דטבח יש לתלות במזל הטבח ואמרינן דשמא ברשותו ומזלו נטרפה שדחקה המחט ועברה וכ"ז לענין זנות דאונס אבל זנות דרצון אינו תלוי במזל כ"א בבחירת האדם אין בו חילוק רשויות כלל ועי' בתוספות ריש כתובות בד"ה מצא אמרה לי' נסתפחה שדהו וז"ל ואינו יכול לטעון דאדרבא מזלא גרם דכיון דלא מפקדא אפ"ו כו' ועוד דהאשה שדה של הבעל ואין הבעל שדה שלה ובש"מ שם בשם הרא"ש מבואר יותר שכתב הא דתלוי במזלי' משום דלא מפקדא כו' מיהו קשה מהא דהיה בה מומין כו' ונסתפחה שדהו משמע הא אם מזלה גרם אבדה כתובתה ואמאי תלוי במזליה יותר מבמזלה והתם לא שייך לשנויי טעמא דפ"ו דאפשר לישאנה עם המומין ועוד תימא באיש שנולדו בו מומין נמי נימא נסתפחה כו' י"ל משום דהאשה קנין כספו של האיש כמו עבדו שורו וחמורו דתלוי במזלו עכ"ל:

ולפי"ז מה שלמדו הפוסקים לומר כאן נמצא כאן היה לענין איסור וכמ"ש המ"א סי' תס"ז בשם תשובות הרשב"א צ"ע דהתם לאו במזלא תליא מלתא ועי' שם בב"מ במ"ש הא דמיבעיא ליה בחלתה לענין מזונות אע"ג דלענין משארסתני פשוט במתניתין דאמרינן

נסתפחה התם היינו טעמא משום דאונס לא שכיח הלכך ודאי מזלו גרם אבל חלתה דשכיח לא שייך לתלות במזלו כו' עכ"ל ונראה דלדוגמא בעלמא נקטו הפוסקים ועיקר טעמייהו דאין להחזיק איסור ממקום למקום כדאיתא ריש נדה ומדמו לה להא דאין מחזיקין מרשות לרשות לפי שיש לתלות במזל הרשות והתם נמי יש לתלות שמקום זה גרם ואין להחזיק ממנו למקום אחר (אך בלא"ה צ"ע דמשמע בכתובות שם בתוספות שדעתם לפסוק כרב אשי דלית ליה כאן נמצא כאן היה וכן דעת הרבה מהראשונים עי' שם בש"מ ועי' ברשב"א יבמות בסוגיא דתרי יצחק) ולפמ"ש יש ליישב מה שהקשו התוספות מהמחליף פרה בחמור וילדה כו' דנימא שנולד הספק בחזקת בעל החמור ולפי מ"ש נראה דלא שייך זה אלא בדבר הנולד עתה והוא סיבה מחודשת ולא היה עלול מתחלה לזה כגון מיתת החמור ומומין וטבח דבזה איכא למימר דהרשות גורם דבמזלא תליא מלתא אבל בפרה מעוברת דלהכי קיימא לילד כשיגיע עת ללדת אין זה תלוי ברשות ומזל הגורם רק הוא ככל ספק דעלמא התלוי בזמן ובאמת שהתוספות כתבו וצריך לחלק בין היכא שנולד הספק לטיבותא בין לגריעותא ונראה בכוונתם דבדבר שהוא לגריעותא תולין במזל שנסתפחה שדהו אבל לטיבותא לא אך זה צ"ע דכשם שי"ל שמזל של זה גרם שנסתפחה שדהו כמו כן י"ל שמזל של זה גרם לטובתו ודוחק להעמיס בדבריהם כמ"ש שלפי"ז לא מטעם טיבותא וגריעותא אתינן עלה אלא דכל דבר שהוא מעותד לבא בודאי אין לתלותו ברשות ועי' בשיטה מקובצת מה שפירש בזה ובשם הריב"ש בתשובה סי' שע"ג כתב דדוקא הכא שאנו מוחזקים בקנין של זה ואתה בא לבטל הקנין כו' משא"כ בזה שאין הקנין מתבטל כו' עי' ולענ"ד צ"ע דהתם נמי בשעת הקנין היינו מוחזקין שפרה זו שהיא מעוברת הוא קונה ואתה בא לבטל הקנין לומר שכבר ילדה יש לנו לומר כיון שנולד הספק ברשותו של בעל החמור השתא הוא דילדה ואדרבה מסייע ליה חזקת מעוברת כמ"ש התוספות בבבא מציעא דף ו' לענין חזקת מרא קמא עי' שם. ונראה שזה כוונת הסמ"ע בסי' ק"ד והט"ז שם השיג עליו וכתב דאשתמיטתי' דברי התוספות בפרק המדיר ולענ"ד י"ל גם כי הסמ"ע לא נעלם ממנו דברי התוספות בזה ופירש דבריהם כהריב"ש ואפ"ה שפיר קשיא ליה דהא הפרה בשעת קנין היתה בחזקת מעוברת וע"ז כתב שלא נתברר בשעת הקנין שהעובר בכלל שיכול להיות שלא תלד כו' עיין שם והוא ברור:

שוב נדפס ספר שב שמעתתא שחיבר בעל קצה"ח וראיתי שכתב ראיה להריב"ש סי' שע"ג בפי' התוס' בהמדיר לחלק בין נולד הספק לטיבותא ממ"ש התוס' בחולין דף נ"א לחלק בין ההיא דנדה שני נשים שלבשו חלוק כו' ובאמת התוס' בחולין כוונתם לענין

אחר וכמ"ש המרדכי בכתובות דדוקא להוציא אמרינן ברשותו נולד המום או נטרפה דאין זה להוציא רק לקיים המקח אבל לחייב השני מחמת זה לא ולפי"ז נראה דלענין איסור אין מקום להך סברא דכאן נמצאו להתיר שלא נחזיק מרשות לרשות דזה לא נאמר רק כיון שהחזקנו בקיום המקח אין לנו לבטלו מחמת הריעותא הנמצא ברשות האחר ועי' בש"מ בפרק המדיר בשם הרשב"א. גם הלום ראיתי במקו"ח הלכות פסח סי' תס"ז מ"ש בפי' התוספות דהמדיר מ"ש דדוקא גבי חמור ומום וטבח אזלינן בתר שעת מציאתן משום דבהני שייך מזל גורם עי' שם וז"א דלפירוש הריב"א שמואל לאו משום כאן נמצא אתי עלה ואדרבה ס"ל להתוספות דלישנא קמא לא אתי כרבא דלא איתרע רשות בעל החמור כ"א רשות בעל הפרה רק טעמא דשמואל משום שעת מציאתן ולענ"ד מ"ש דוקא בכל הני אתי לאפוקי הך דהמחליף פרה וילדה שהביאו שם קודם ותירצו דבמסקנא לא קיימי הכי ופריך למסקנא והריב"א רוצה ליישב דקושיית הש"ס בב"מ הוא אף למאי דס"ד השתא דסברא דשעת מציעא לא שייך כ"א בהני דהכא שהוא דבר שאירע כך שמת או נפל מום ואמרינן שהוא כשעת מציאה אבל דבר שדרכו להיות זמן מוגבל כך וישתנה אח"כ לא שייך שעת מציאה ועי' בתשובות רבינו אביגדור כהן שהביא במרדכי לענין מעיל' לפי שהשער דרכו להשתנות לא אזלינן בתר השתא ועי' בתשובה חלק אה"ע סי' מ"ש בזה:

שאלה נו

שאלה ראובן ואחוזת מרעהו נושאים ונותנים בעסק חילופים באנקיררס בל"א וזה דרכם לקבל מעות מהסוחרים הנצרכים לשלוח מעות למקומות אחרים והם נותנים לו כתב חילוף בח"י אל המקום להבאנקיררס אשר שם שהוא יסלק המעות ביום פלוני ליד מי שנשתלח לו הכתב חילוף ההוא ונקרא בל"א אן ווייזונג ועל הרוב הח"כ ההוא אחור לא ישוב ריקם ונפרע שם במועדו ויקר מקרהו ששמעון הי' צריך לקחת א"ו למקום שהירוד שמה לסלק שם אחר חודש ימים מעת ההוא על מטבע שאינה של אותה מדינה ומחמת שלא היה לו מזומנים לתת לראובן התפשר עמו לתת לו עבורם אדומים כפי השער שבשוק ונתן לו שט"ח על האדומים כנגד הסך הנ"ל לסלק לזמן שמונה ימים וסילק לו לזמנו כראוי ובעת הגיע הא"ו למקום ההוא היתה העיר סוגרת ומסוגרת ותבא במצור והבאנקיררס אשר שם אשר כל היום פחדו מחמת המציק אשר כונן להשחית נתרשלו ידיהם ולא נפרע הא"ו ההוא בזמנו והסוחר אשר שם שנשלח הא"ו לידו השיב אחור הא"ו ההוא עם פריטעסט כמנהג בעלי הקאמבוי' ועתה נתעצמו ראובן ושמעון

לדון להיות שבמשך הזמן עלה השער מן האדומים נגד המטבע ההוא ושמעון טוען כיון שלא נפרע הא"ו שם חוזר כל המו"מ ואתה מחוייב להחזיר לי האדומים שלי וראובן אינו רוצה רק לסלק לו המטבע ההוא כפי הסך שהתחייב עליו בא"ו או בכאן או במקום שניתן הא"ו לשם וע"ד פסידא דשוקא עפ"י דין או מנהג הסוחרים טוען כי אנוס היה ואונס רחמנא פטרי' ושמו פניהם עלי להגיד להם דבר חוק ומשפט עפ"י דתה"ק ובינותי בספרים. וזה אשר העלתה מצודתי בעז"ה:

תשובה הנה מבואר בהלכות ריבית ובהלכות מכירה דכל שהוא מטבע של מדינה אחרת הוי כפירות הנמכרים בשוק ועומדים לסחורה והרי זה כקונה מחבירו סחורה ונותן לו המעות וזה התחייב א"ע להעמיד לו סחורה לזמן פלוני ומבואר בט"ז יורה דעה סי' רצ"ו שכתב וז"ל כגון מי שעושה מקח עם חבירו שיעמוד לו סחורה פלונית ליריד פלוני שאז זמן מכירתה ולא בתר הכי ואירעו אונס למקבל שלא יוכל להעמידה לאותו זמן אלא אחר הזמן פשיטא דפטור אח"כ מלקבלה נהי דאונס מהני להמקבל בענין שאם קיבל עליו איזה קנס אם לא יעמידה לאותו זמן כיון שהוא אונס אדעתא דהכי לא חייב עצמו מ"מ זה העושה ג"כ לא התקשר אלא אם יבא לאותו הזמן כיון שהזמן גורם והוא עיקר בו משא"כ אם התנאי אינו עיקר כ"כ ואירעו אונס שלא יוכל לקיימו באותו זמן ודאי לא בטל המעשה בשביל זה כו' מש"ה נמי באיש ואשה שעשו שבועה לישא זא"ז והגבילו זמן לנשואין באותה שבועה ואירעו אונס באותו זמן שלא יוכל א' לעשות הנישואין ודאי לא בטלה עיקר השבועה לישא זא"ז כיון שאין עיקר הזיווג תלוי בזמן ההיא עכ"ל:

והנה לפי הט"ז אפשר לומר דדוקא התם שעיקר כוונתו שעשה מקח עם חבירו להעמיד ליריד שמכירת הסחורה ביריד ההוא דוקא וזולת זה אין לו חפץ כלל בסחורה ההוא וכמ"ש הט"ז בהדיא משא"כ בזה שכל עיקר הדבר הוא שיש לו צורך בב"צ שיבואו ליד הסוחר שם ואע"פ שמסתמא צריך הוא עליהם לזמן ההוא ג"כ מ"מ אינו עיקר בדבר שהסוחר ההוא אם לא קיבלם בזמנו יקבלם אחר הזמן ודמי למ"ש הט"ז אח"כ בהגבילו זמן לנישואין שלא בטל המעשה בשביל זה אע"פ שי"ל דודאי יש להם צורך בזמן ההוא: ואמנם לפי דעת הב"ח שהביא שם אף בנישואין כה"ג אמרינן דלא קבלו עליהם אלא דוקא אם יבא למועד שקבעו ביניהם והש"ך בנה"כ שם הסכים לדעת הב"ח וכתב דמה בכך שאין עיקר הזיווג תלוי בזה ס"ס כיון שתלה התנאי בזה ולא נתקיים התנאי אין חבירו מתחייב שלא חייב עצמו אלא על תנאי זה יהיה מה שיהי' וכ"כ הש"ך בח"מ סי' ך"א דכל שמתחלה נעשה ע"מ כן אפי' אין עיקר המעשה תלוי בזה פטור חבירו שכנגדו אע"פ שהעכוב מחמת אונס דאונס פטרי' רחמנא אמרינן אבל אונס חייביה לא אמרינן

ומה לו בזה שאירע לחבירו אונס כו' ולפי סברא זו בנ"ד כיון שמתחילה בשעת לקיחת הא"ו היה המדובר ביניהם לסלק המטבע ביום פלוני וכן נכתב בא"ו לסלק ביום פלוני במקום פלוני א"כ כל שלא קיים לסלק לזמן שוב אין זה מחויב לקבל אותם וזה מחוייב להחזיר לו מעותיו וכן מצאתי בס' בית מאיר סי' ל"ח שכתב שנ"ל דאף ר"ל דס"ל אונס כמאן דעבד י"ל דדוקא בכה"ג שאמר אם לא אתינא ביום פלן ואכניסך לא יהא לי עלך כלום דאין עיקר המעשה תלוי בזה אלא שנעשה כדי שלא יעננה בזה סובר ר"ל דע"י אונס לא איבד זכותו ור"י מ"מ פליג כדפירש הש"ך אבל בקידושי תנאי דע"מ שאתן אף בעה"ע דמספקא ליה דלמא הלכה כר"ל מודה דהקידושין בטילין וה"ה לגבי ממון כגון מי שלקח ונתן מעות ע"מ שיעמיד המקח ליום השוק ונאנס מסתבר לפסוק אף להוציא ושיהדר הממון ואפילו היה בק"ס כו' ע"ש שכתב דאין סברא כלל דאם מקדש ע"מ שאתן לך מאתים זוז והיא לא נתרצית אלא ע"ת זה והי' עשיר והעני באונס או מי שלקח מקח ע"מ שיביאנו ליום השוק ונאנס ומביאו אח"כ שיהיו הקידושין קיימים דהא מסתבר טעמא דהש"ך כו' והנה מ"ש בתנאי ע"מ שאתן כו' פשיטא דאם העני ולא נתן כלום דלא מהני והכא מירי שנאנס ולא בא על אותו יום דאע"ג דהתנה על יום זה מ"מ לאו קפידא הוא ואם ר"ל שהתנה לאותו יום ונאנס באותו היום והביא אח"כ ודאי דהיינו פלוגתא דר"י ור"ל דמה לי תנאי שישאנה ביום פלוני ומה לי תנאי שיתן מאתים זוז ליום פלוני ומ"ש דשם אין המעשה תלוי בזה אלא שנעשה כדי שלא יעננה. אין נלענ"ד דהתם ודאי שזה הי' תנאי מפורש אי לא אתינא ליום פלן כו' פשיטא שעיקר התנאי תלוי בו יהי' מאיזה טעם שיהי' והט"ז לא מירי אלא בענין שבועה לישא זא"ז והגבילו זמן בשבועה אמרינן שלא בטלה השבועה בשביל זה דבאמת יש בשבועה שני דברים האחד שישאו זא"ז והשני שיהא ביום פלוני ולא אמרינן שגם השבועה לישא מיתלי תלוי בהא דהנישואין יהא ליום פלוני אלא שני דברים נפרדים הם וזה מבואר בי"ד סי' רכ"ח סעיף מ"א בנשבע לפרוע לחבירו לזמן פלוני או להזמין בתו לנישואין לזמן פלוני דאמרינן ששני דברים הם ע"ש בט"ז שהאריך בזה ומ"ש בט"ז שם לפרש דברי הרשב"א יש חילוק בין אם אומר ליום פלוני או ביום פלוני אין נלענ"ד ומדברי מהר"ם פדווה שהביאו שם משמע דס"ל לחלק בין אם אמר בפעם א' שבועה שאפרע ביום פ' אז הוא דבר א' ובין אם אמר שאפרע והפרעון יהא ביום פלוני אבל לשון הרשב"א שכתב הנשבע לפרוע ליום פלוני או להזמין כו' לא משמע כן ולענ"ד נראה שהחילוק הוא היכא שהתחייב איזה דבר נגד חבירו כגון פרעון או הזמנה לנישואין שבאמת עיקר הצורך לחבירו הוא הפרעון או הנישואין אלא שהוסיף לה גבול איזה זמן ג"כ לזה אז אמרינן

דבשביל שבטלה השבועה על הזמן לא בטלה השבועה על גוף הענין וכמ"ש בט"ז שם סי' רל"ו משא"כ היכא שנשבע על דבר לעצמו כגון שנשבע להתענות ביום פלוני אז שפיר אמרינן דהכוונה על היום וזהו שמביא ראיה מנדר להתענות יום זה ושכח ואכל דלא איבד תעניתו אלא משלים אותו היום ר"ל וא"צ שוב להתענות יום אחר ומ"ש שם נדר להתענות יום סתם כו' אין הכוונה לומר דנשבע לפרוע ליום פלוני דמי לנדר סתם דפשיטא דאין זה ענין לזה אלא עיקר הכוונה לומר דמשם ראיה דדוקא בנדר סתם איבד תעניתו כו' ומ"ש בט"ז בהעתקות לשון הרמב"ן אבל אם נשבע לעשות דבר ביום פ' כו' ופטור מלעשות לו כו' נלענ"ד שתיבת לו הוא ט"ס דהתם בנשבע לעשות דבר לעצמו מיירי וגם נלענ"ד דאפשר דאין חילוק בין לאחר ובין לעצמו אלא החילוק לפי הענין שאם הענין שנשבע לעשותו עשי' זו נמשכת גם אחר הזמן כגון בפרעון חוב שע"י פריעה זו נפטר מן הוא והלאה לדורותיו או הזמנה לנישואין שע"י הזמנה זו שייך לומר שפטור להבא מן עשי' זו ואם אינו עושה עדיין יש עליו חיוב זה להבא משא"כ בנשבע לעשות דבר שאין הדבר עושה רושם רק ביום ההוא לבד כגון בנדר להתענות יום זה שאין ענין העשי' נמשכת לימים שאחריו כלל אלא רק ליום זה לבד וכן בנדר שיאכל יום זה וכיוצא אז אמרינן שאין הכוונה רק לאותה יום אבל אם נשבע שיצא מן העיר ביום פלוני ונאנס או הזיד ולא יצא ביום פ' נראה דמ"מ מחוייב לצאת אח"כ כיון דהוציאה עושה רושם אף לימים שאחריו ממילא לא היתה השבועה על זה דוקא לבד שהרי כשיצא עכשיו תהיה ניכרת יציאה זו גם ביום המחרת ובשביל שאיחר לצאת לא נתבטל הנדר אבל אם העשי' אינה רק לשעתו ואין נמשך ענינו על ימים שאחריו כגון שאתענה או אוכל ביום פלוני אז אין הנדר רק על יום זה לבד ומש"ה בדין של מהר"מ מפדווה שנדר לעלות לא"י צ"ע דהתם הנדר נמשך על אח"כ שיצא מכאן ליסע לא"י נראה דבכה"ג הוי ב' דברים אך מתשובת מהר"מ משמע דוקא במפרש שקבע זמן להשלמת הדבר היינו שמשמעות הלשון שהוא ב' דברים וע"ש מ"ש על דברי תשובת הרא"ש ועיין בשו"ת הריב"ש סי' תנ"ח דמשמע דהרשב"א פליג עם הרא"ש בענין נשבע לפרוע לזמן פלוני אם חייב אחר הזמן דלהרשב"א פטור ולהרא"ש גם בזה שני דברים הם ועיין בריב"ש סי' שמ"ד הביאו ב"י ס"ס ע"ה ועיין בכנה"ג ח"מ סי' ע"ג:

ובשו"ת הרשב"ץ ח"ב סי' ר"פ כתב וז"ל שהנשבע לעשות דבר וקבע זמן לאותו דבר אע"פ שעבר הזמן חייב לקיים שבועתו שאלו שתי שבועות הם כו' וכן נראה מהירושלמי דגרסינן התם נדר להתענות ושכח ואכל כו' מכאן תלמוד שכל מי שקיבל עליו לעשות שום דבר אע"פ שייחד לו זמן אם לא השלים באותו הזמן חייב להשלים לאחר אותו

הזמן אלא אם אמר לו ביום פלוני אפרעך אבל אם אמר לו מכאן עד יום פ' לא היתה השבועה על אותו יום בלבד שהרי אם פרעו קודם אותו זמן יום א' נפטר אע"פ שלא פרעו באותו יום שאין בשבועה אלא לקיים הדבר בין קודם אותו היום בין לאחר אותו יום ואם עבר אותו יום עבר על שלא פרעו באותו יום וחיוב הפרעון קיים הוא וכ"כ הרשב"א ז"ל בתשובה עכ"ל:

והנה מ"ש ראיה מהירוש' לא ידעתי הראיה וכוונת הרשב"א להביא ראי' מהירושלמי לענין נדר יום זה כמש"ל. גם נראה מדבריו שאם אמר ביום פ' אפרעך נמצא עיקר הענין של השבועה קאי על מה שאומר לו ביום פלוני אבל במתחיל לומר אני נשבע לך לפרוע ביום פלוני י"ל דהשבועה על הפרעון הוא שבועה בפ"ע ושני דברים הם אלא שצל"ע מה שסיים אבל אם אמר לו מכאן עד יום פלוני כו' משמע דוקא כה"ג שאז משמעות הלשון דלא קאי השבועה על היום כיון שגם אם פורע קודם נפטור משמע אם אמר שנשבע לפרוע ביום פלוני השבועה קאי על היום ואפשר שס"ל דאף אם אמר בלשון זה מכאן עד יום פלוני אפרעך מ"מ לא קאי עיקר השבועה על הזמן כיון דמהני הפרעון יום א' קודם ומ"מ צ"ע דנראה שאף באומר ביום פ' אפרעך רשאי לפרוע קודם היום ההוא שבהגיע היום ממילא הוא פרוע ועומד וא"כ דמי למכאן ועד יום פלוני אע"כ דמ"מ סוף סוף עיקר כוונתו שנשבע שיהא פרוע בזמן ההוא אבל לא על הפרעון וא"כ גם מכאן עד יום פלוני אפרעך י"ל כן וקצת יש לחלק:

ונחזור לענין דבנ"ד דאיירינן שאמר אי לא אתינא ליום פלוני יש בדבר שני ענינין אלא דמ"מ כיון שהתנה כן בתנאי מפורש וקפיד על היום א"כ כשלא נתקיים בטל הענין וגם נראה דעיקר פטור האונס היינו משום שי"ל דזה לא קפיד כ"א כשיעבור ברצון משא"כ כשיעבור באונס ע"ז לא חלה הקפידא אם לא היכא שנראין הדברים דכל עיקר הענין תלוי בזמן ההוא וכמ"ש הט"ז וכך הם דברי הב"ח בח"מ שכתב להדיא לפרש הירושלמי דגבי קידושין האשה מקפדת גם על האונס דס"ס חוששת לעגון שמא נאנס וכיון שכן לא מהני טענת אונס והוא כדברי הט"ז בי"ד אלא שצ"ע לפ"ז על מ"ש הב"ח בי"ד שם סי' רל"ו והט"ז השיג עליו ועיין בשו"ת צ"צ סי' ל"ט שכתב שם ג"כ דאונס רחמנא חייביה לא אמרינן והביא דברי הב"ח אלא שכתב דמ"מ אם עדיין יוכל לקיים התנאי הוא צריך לקיים ולא דמי לקידושין דבקידושין אפי' א"ת שלא איכפת לה בזה שעבר הזמן אעפ"כ צריך קידושין אחרים דקידושין ראשונים כבר נתבטלו אבל בשידוכין שאם זה רוצה לוותר על תנאי לא צריך למידי הלכך אם עדיין לא נתקשר צריך זה לישא אותה. (ועיין בחלק אה"ע סי' שהארכתי בזה ומ"ש כאן עוד נתעלם ממני כעת):

דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה נז

באפוקי שבתא כסא דברכתא מעילת עילתא לכבוד אהו' מחו' ידידי הרבני המופלג החריף ובקי האברך חכם וסופר כש"ת מוה"ר שמחה נתן נ"י:

אחד"ש ימים עברו הגיעני מכתבו תוכו רצוף מכתב ידידי הגאון בעל קצה"ח. והנה על התשובה מראש הבטחתיו ולא עלתה בידי מטרדתי בכמה ענינים הנוגעים למעשה מלבד שיעורין הקבועין ולכבודו שלא יאמר כי השלכתי דבריו אחרי גיווי לקחתי לעצמי למעט פנאי לעיין בדבריו הנכוחים ונקיט מיהא חדא בידך במה שהקשה על תשובות מהרי"ט שהשיג על מהרש"ך שכתב שבאותה עבירה אין נפסלין מהא דב"ק דף ע"ג וע"ז כתבת שז"א דהתם מטעם עדות שבטלה מקצתה כו' וליישב דברי מהרי"ט ראיתי לבאר מתחלה דברי רש"י שם שכתב האי הזמה לאו דוקא לשלם ממון אלא אפסלו אגניבה משום פסולי עדות ואא"ז מהרש"א תמה עליו והפ"י כתב ליישב דברי רש"י ובאמת מבואר למעיין במהרש"א שלא נעלם ממנו החילוק בין ביטול העדים מחמת תכ"ד שפי' מתבטל משא"כ לענין שיהא שם עדות עליו בשעת הגדה שפיר אמרי' דבשעת הגדה היה מקום לעדות זו לחול ע"י שיחזרו מעדות גניבה כיון שהי' תכ"ד רק דמהרש"א קשיא לו אמאי דנקיט רש"י בלישניה משום פסול עדות ובאמת אין כאן פסול עדות על הגניבה שהגדת עדות הגניבה היה קודם לעדות הטביחה רק שביטול העדות הוא משום שהי' בדבור א' עם עדות הטביחה שמתבטל מחמת ההזמה ותכ"ד כ"ד ואמרינן עדות שבטלה ומ"ש מהרש"א שהם מוכחשין על הגניבה היינו לפי שהוא מתבטל מחמת עדות שבטלה כו' הוי כמו הכחשה וכמבואר ג"כ בלשון התוס' שם ע"ש וזה מבואר למעיין במהרש"א אך כדי ליישב לשון רש"י נלענ"ד דבאמת צריך להבין בהא דקאמר אי מכאן ולהבא נפסל אגניבה דאיתזום כו' ופירש"י אע"ג דבהדדי אסהודי עלי' הא לא אתחיל פסולייהו מההיא שעתא כו' ולכאורה קשה מה בכך דס"ס עדות טביחה עכ"פ בטל הוא שהרי הוזמו עליה וכיון שבדבור א' נאמר עם עדות גניבה נימא עדות שבטלה מקצתה כו' וצ"ל דמחמת ביטול מקצת העדות ע"י הזמה וכה"ג לא אמרינן עדות שבטלה כו' אלא דוקא אם אותו המעיד נפסל מתורת עדות במקצת העדות שהעיד דאז אם היא תכ"ד חשבינן כאלו היה פסול בכל ההגדה שהגיד בדבור א' ואפשר דבהכי גמירי להו מדכתיב ע"פ שנים או שלשה עדים יקום דבר שצריך שיהיו שם עד עליו בכל אותו הדבור אבל אם במקצת הדבור נסתלק שם עד מעליו שנעשה פסול הוי כאלו היה פסול בכל אותו הדיבור

משא"כ אם לא נעשה פסול ולא נסתלק שם עד מעליו ושפיר היה עד כשר בעת שהגיד אלא שהעדות בטל מחמת הזמה למ"ד מכאן ולהבא הוא נפסל כיון שאין שמץ פסול בשעת הגדת העדות רק הפסול מתחיל משעת הזמה ואילך ל"ל בה משא"כ אם למפרע נפסל כיון שבגמר עדות טביחה נעשה פסול לעדות הוי כאלו הי' פסול בכל הדבור ואף שא"א לקרוא עליו שם פסול עד כלות כ"ד אחר גמר העדות שתכ"ד אכתי איתיה בחזרה מ"מ כיון דתכ"ד כ"ד והדבור עם התכ"ד שאחריו כחדא חשבינן ליה וכיון שזה לא חזר בו בתכ"ד איגלאי מלתא שבתכ"ד של עדות זה נפסלו וכאלו נפסלו בתחלתו חשבינן ליה וזה דעת רש"י שכתב משום פסול עדות דהיינו הך גופא דעדות שבטלה מקצתה כו' שהעדות אשר צמיד פסול עליו שנעשה לאו בר הגדה בתכ"ד של העדות והכל כחד חשוב אנו רואין אותו כאלו היה פסול בכל אותו העדות ורש"י דייק בלישני' משום פסול עדות כדי לאפוקי היכא שאין שם פסול עדות רק ביטול העדות לבד כגון למ"ד מכאן ולהבא נפסל אין מקום לבטל בשביל זה שאר העדות שהועד עמו וקושטא קאי שקרא לא קאי וכן יש להוכיח מהא דקי"ל פלגינן דבורא ואע"ג דודאי פתיך שקרא בהאי סהדותא ואף להראב"ד דמפרש שם דמה שמעיד על עצמו אינו בגדר עדות ולא אמרינן עדות שבטלה כו' ממנו נקח דגם בהזמה למ"ד מכאן ולהבא נפסל כיון שעכ"פ לא נסתלק מעליו שם עד כשר מחמת שהוזם אח"כ ובשעת העדות היה שם כשר עליו אע"פ שע"כ נתברר לנו הביטול דהא קמן שהוזם לא אמרינן שבטלה כ"א היכא שמתבטל מחמת פסול עדות ויש אריכות דברים בזה ולקצר אני צריך וראיתי בשיטה מקובצת לב"ק בשם תלמוד מהר"פ דאי מכאן ולהבא נפסל לא שייך עדות שבטלה כו' דאין הביטול והפיסול אלא משעת הזמה כו' ונראה דביטול דנקט לאו דוקא ור"ל דמה שהעד מתבטל ונפסל מתורת עדות אינו רק משעת הזמה דאילו הענין שהעיד עליו ודאי שהוא בטל למפרע ואם העיד על מכירת קרקע והוזם פשיטא שהמכירה בטלה למפרע ואם בנתיים אקדיש לוקח או זבין לאו כלום הוא ולא פליגי רק לענין מאימתי מתחיל פסול העדים כמבואר שם אלא כוונתו כמ"ש כיון דמה שנפסל מתורת עד אינו רק משעת הזמה לא אמרינן עדות שבטלה אף דע"כ העידו עדות שקר תכ"ד לא איכפת לן בהכי:

ואחרי הודיע כל זאת דברי מהרי"ט נכונים דמוכח מהכא דיש שם פסול על העדים אף באותו עדות עצמו שנפסלו בו דאי תימא דעל אותו עדות שנפסלו מחמתו עדיין אין לקרוא שם פסול עליהם א"כ אין לנו לפסול העדות שהועד עמו תכ"ד משום עדות שבטלה מקצתה שהרי אע"פ שמחמת אותו עדות נפסלו לעדות אחרים שאח"כ מ"מ ההוא שעתא אין שם פסול עליו ואע"פ שע"כ מתבטל הוא מחמת ההזמה מ"מ אין פוסל

עדות גניבה שעמו וכמ"ש למ"ד מכאן ולהבא נפסל אע"כ דבשעת העדות גופא שם פסלו עליו וקרינן ביה עדות שבטלה כו':

ומ"ש על דברי התוס' בסנהדרין דף ל' דלפמ"ש הר"ן דבאותה עבירה לא נעשה מומר א"כ אין בזה משום נמצא קא"פ כפי הנראה שלא עיינת בדברי מהרי"ט גופיה בתשובה שם דמייתי ראיה מדברי התוס' אלו דלא כסברת הרש"ך ובקה"ח רמז לדחות ראיה זו של מהרי"ט בסוף דבריו עי' שם אך לענ"ד אין ראיה מדברי התוס' אלו דהתם אע"פ שלא הוחל לקרוא בשם פסול בשעת הגדה מ"מ כיון דכת א' שקרי נינהו ואין בעדותן ממש בטל כל העדות משום דמקשינן שלשה לשנים דבשנים כה"ג אין כאן עדות אף על פי שעדיין אין שם פסול עליהם וה"נ בשלשה וכמו דקי"ל בהזמה אם הוזם א' בטל כל העדות אע"ג דרבא סובר מכאן ולהבא נפסל משום דס"ס עדות של זה בטל הוא מתבטל כולו אף בשלשה והוזם א' כמו בשנים ודוקא לענין עדות שבטלה מקצתה דבזה תלוי אם יש שם עד פסול עליו כמש"ל דמה"ט למ"ד מכאן ולהבא נפסל לא אמרינן בהא עדות שבטלה כו' אע"ג דהענין שהעידו עליו מתבטל מ"מ מאי דאתזום אתזום כו':

ומ"ש להקשות על התוס' דהא לא הוי נמצא א' קא"פ כיון שיכול לחזור תכ"ד אין שם פסול עליו ז"א דאע"ג דלענין שיהא שם עד כשר עליו בשעת הגדה שיועיל בו דין הזמה שפיר אמרינן כיון שהיה יכול לחזור תכ"ד ראוי היה עדות שיתקבל בב"ד בשעת הגדה ויש בו דין הזמה אבל בזה שהעידו יחד וזה המעיד שקר לא חזר בו תכ"ד ובכלות הכ"ד מתאמת לנו שיש כאן תערובות מן עדות פסול ושקר כל העדות בטל דהעדות עם התכ"ד שאחריו חדא מלתא הוא ומה יושיענו זה שהיה בידו לחזור בו ולדבריך בכל נמצא קא"פ נימא דלא מחשיב צירוף כיון שהיה ביד הקא"פ לחזור בו תכ"ד אלא ודאי שז"א דכמו שהפסול לא נגמרה עדותו עד לאחר כ"ד כמו כן עדות הכשירים גם כן לא נגמר עד אחר כ"ד וכיון שהעידו כולם כא' בתכ"ד של חבירו חשבינן ליה כחד עדות עד סוף כ"ד של האחרון והרי יש בעדות זה עדותו של קא"פ והלכך גם בזה שכת אחת אומרת מנה וכת אחת אומרת מאתיים קשיא להו דהוי כנמצא קא"פ ואין זה מציל מה שהיה ביד כת המשקרים לחזור ומכ"ש לפי מ"ש דכיון דמטעם מקיש שלשה לשנים אתינן עלה וכל שבשנים העדות בטל בכה"ג גם בשלשה הדין כן א"כ אין מקום למ"ש בזה (ומ"ש התוס' לתרץ דכיון דאין הפסול ידוע לית לן בה ולכאורה צ"ע הא מקשינן שלשה לשנים הארכתי במקום אחר וישבתי על נכון:

ומלתא אגב אורחא ראיתי להודיעך כי מ"ש ידידי הגאון בעל קצה"ח לתרץ קושיית מהרי"ט והאריך לחלק בין רשע דחמס ועד זומם שטעם הפסול משום שנחשד למשקר

טפי ראוי לפסול מה שהעיד בשעה דידעינן דמשקר משא"כ כשאינו רשע דחמס שהוא מגזה"כ כו' עי' שם ובאמת ז"א דלפי"ז הא דאמרינן עדות שבטלה מקצתה כו' סברא בעלמא הוא דכיון שהוחזקו משקרים על הטביחה הוחזקו משקרים נמי על הגניבה שהעידו באותו דבור וא"כ מה"ת לחלק בין תכ"ד לאחר כ"ד דא"ל כיון שהיה הפסק בין העדיות כ"ד אמרינן דכשר היה והעיד באמת וכמו רגע היתה רוח אחרת עמו והעיד שקר והשתא הוא דאיתרע תכ"ד נמי נימא הכי ואם נפשך לומר שמדת חכמים כן הוא במסתמא תכ"ד לא נשתנה דעתו מטוב לרע וכיון דהשתא משקר מסתמא גם בתחלת העדות היה חשוד לשקר דא"כ אין ללמוד מהך דהכא דאמרינן תכ"ד כ"ד לבעלמא דמיירי לענין אם יכול לחזור בו תכ"ד והש"ס מדמי להדדי כדפריך שם וסבר ר"י תכ"ד כ"ד אלא ודאי ברור דמאי דאמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולו אי תכ"ד כ"ד הוא מגזה"כ שצריך שלא יהיה פסול בכל אותו הדבור וכיון דתכ"ד כ"ד לענין חזרה וכיוצא בזה ממילא שהעדות שהעיד תכ"ד של העדות שנפסל בו ג"כ בטל כיון דחשוב כדבור אחד ונפסל באותו הדבור וכן פי' רש"י שם רבנן סברי לאו כדבור דמי וה"ל שני עדיות ומשום חדא לא אתכחש אידך דמשעת דבור אחרון נפסלו כו' ור"י סבר כ"ד וכחד עדות דמי והרי פסולין הוי באותה שעה עכ"ל מבואר כמ"ש דמחמת פסול העדים אתינן עלה והנה בתשובה א' הארכתי בזה ובדברי התוספות בסנהדרין במ"ש לחלק בין אם הפסול ידוע עי' שם בסי' נ"ד וקצרתי כאן דברי ידידו זעירא מן מברייא. הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

הלכות זכייה

שאלה נח

שלום לכבוד אהובי הרב וכו' מהור"ר זאב וואלף נ"י:

בדבר השאלה שכתב כ"ת במי שנלקח מאתו סחורה מחמת העברת המכס וקדם אחר וקנה ורוצה לזכות והנה מכ"ת לא ביחן דבריו אם זה שהסחורה שלו היה מחזר עליו לקנותה שאז אין ספק שחייב להחזיר דאף אם היה של בעל המכס ממש הא קי"ל עני המהפך בחררה וכו' כדאיתא בפ"ג דקידושין ועי' שם בתו' שהקשו מב"מ ראה את המציאה כו' ופני יהושיע שם תמה דאף דנקרא רשע מ"מ זכה בה ולק"מ דבאמת דעת ר"ת היכא דזכה בה צריך להחזיר הדמים כמ"ש הריטב"א בקידושין והרמב"ן בבבא בתרא דף נ"ד ומה שהקשו ע"ז דא"כ איך קאמר לא מר נחית כו' משום דזבינא קמייתא כו' הא מן הדין חייב להחזיר יש לומר דהתם מיירי שלא ידע שהפך בה ר"ג ולא עביד

איסורא כלל ומצאתי שכ"כ אא"ז הגאון ז"ל בשו"ת שארית יוסף ובנ"ד נראה דלא מיבעיא אם ידע שהפך בה זה לקנותה וקדם הוא לקנות דודאי חייב להחזיר אלא אפילו דלא ידע מ"מ דוקא התם דלמה לו לחקור אם יש מי שהיפך בה משא"כ בזה כיון שרגילות הוא שבעל הסחורה מחזור עליו לפדותה כמ"ש בעל אבידה דרכו לחזור על אבידתו וזה עשה עצמו כלא ידע וכאלו ידע דמי ועי' בסי' רל"ז שכתב בש"ע בשם תשובות מהרד"ך ז"ל דקונה בזול הו"ל כמציאה שאין דנין בה דין עני כו' דהו"ל כמציאה דלפי סברא ראשונה לא אמרינן בזה עני המהפך כו' מ"מ הרי הש"ך ז"ל כתב בשם הרמב"ן דאין לחלק במכר מחמת שקנה בפחות מדמים ומשמע דהש"ך מסכים לזה ובעט"צ כתב שכן משמע מהמרדכי וכן הלכה ובאמת מ"ש מהמרדכי ליתא דבמרדכי פרק חזקת משמע איפכא וקצרתי דבנדון דידן כ"ע מודים דהתם טעמא דדמי למציאה דהכל מחזרים אחריה ואין לזה התייחסות לחפץ זה יותר מזה משא"כ בנ"ד דודאי זה ראוי לו שיחזור אחריה יותר מאחרים ולכן גם הא דמחלקינן התם בין נגמר הפסיקה ביניהם אין לחלק בנ"ד דהתם כל שלא נגמר הפסיקה ידי שניהם שוים בה משא"כ כאן ואמנם נראה שאפילו אם נרצה לחלק ביניהם מטעמא דקנין בזול הוי כמציאה או מטעם שלא נגמר הפסיקה מ"מ בגוונא דנ"ד אע"ג דאין לדמות למוכסין דבכה"ג דהכא דאנן סהדי דודאי נתייאש ממנה מ"מ לא עדיף ממציל מזוטו של ים ומשלולות הנהר דאמרינן שנעשה כמי שצווח על ביתו שנפל כיון שאבודה ממנו ומכל אדם מ"מ מבואר בסי' רנ"ט דטוב וישר להחזיר כמ"ש בסעיף ה' ואע"ג דמדינא אין חייבים להחזיר מ"מ אם חזר כו' ועי' במ"ש הש"ך ז"ל סק"ג מבואר דכייפינן להחזיר היכא דהמוציא עשיר והוא מצד תקנות הב"ד ומנהג המדינה וכה"ג דנ"ד נראה דאין לחלק בין עני לעשיר דאם לא היה זה מקדימו היה מציל בעצמו ונהי דאיש שלא יוכל לדון עם מי שתקיף להוציא בחנם מ"מ לא נתייאש ממנו שיקנה אותו בזול ועי' שם בס"ס רנ"ט בסעיף ז' בהג"ה ועי' בסי' רל"ו סעיף ח' בא עכו"ם בעקופין כו' ודווקא בקרקע דלא מייאשי מיניה אבל במטלטלי דמייאשי מיניה לא צריך להחזיר כו' והש"ך שם כתב עי' לקמן סי' שנ"ו וסי' שס"ח ור"ל ששם כתב דנהיגי עכשיו להחזיר כל גניבה אפילו לאחר יאוש וש"ר מכח דד"מ. ועי' שם בש"ך ס"ק י"ג דדד"מ לאו דוקא אלא עיקר הכונה דהאי מנהג הוא שנתקן כך ופשיטא שיש ביד הדור לתקן תקנות וכ"כ בסי' שס"ח דנהגו להחזיר כל גניבה ואין לשנות מן המנהג ואין חילוק בזה בין גנב לגזלן דבכל ענין מחזיר דמים ונוטל את שלו כו' עי' שם וגם אין לחלק ולומר דדוקא היכא שגנב וגזל דבאיסור אתי' לידיה משא"כ בזה שעבר על דת המלך ובדין נלקח ממנו ובכה"ג לא תקנו הא ליתא דאע"ג שכתב הרמב"ם ומביאו בש"ע סי' שס"ט וכן מלך כו' או שגזר שכל מי

שיעבור על דת זה ילקחו נכסיו לבית המלך כו' אינו גזל מ"מ פשוט בזה שלא עלה על דעת המלך רק שיובא לגנזי המלך אבל מה שזה לקח והטמין לעצמו לא נכלל בכלל הזה ואין לדון בו רק מדין יאוש בלבד וא"כ חייב להחזיר מחמת תקנות הדור כמבואר בסי' רנ"ט דכייפינן להחזיר וגם יש מקום לדון אם יש לדון בזה דד"מ וקצרתי מאחר שזה בודאי לא זכה מחמת דד"מ וגם כי מנהג הכשרים אף כשמוכרים בבית המכס עפ"י הכרזה מי הם הבעלים הקונים קונים לשם מי שהוא ומחזירים לו וכללא הוא כל שזה לא הפקיר מדעתו רק שנתייאש ממנו מחמת ווי לחסרון כיס וזה הקונה לא מידי חסר צריך הוא להחזיר לבעלים הראשונים ועי' בשו"ת רש"ל ושו"ת אא"ז הגאון שארית יוסף ז"ל וכן לענין קניית חמץ מהעכו"ם שמכרו לו מבואר בשו"ת מ"ב שצריך להחזיר ועי' בט"ז ומג"א ז"ל סי' תמ"ח שכתבו דאדעתא דעכו"ם אפקריה כו' אך באמת אין אנו צריכין לזה דכמו שתקנו בגניבה ואבידה וגזל הך תקנה שייך בזה וכן שמעתי כזה שדנו לחייב הקונה מסחורה שהבריחו בעליו מבית המכס ואנשי הצבא בזזו איש לו ומכרו וחייבו לקונים להחזיר בחזרת דמים ומ"מ אם זה רוצה שכר טרחתו יש לב"ד לשום לפי הענין ולתת לו ועי' בסי' רס"ד סעיף וא"ו היה זה בכדו וכו' ובסמ"ע שם ס"ק י"ט ומ"ש סעיף ה' באם ברחו היהודים מפחד הדליקה כו' דהוי כזוכה מן ההפקר כתב הש"ך שם דאם יכול להציל ע"י הדחק אין לו אלא שכרו וה"נ כיכול להציל ע"י הדחק דמי וגם בעט"צ שם כתב דמחויבים להחזיר מצד התקנה וכן הוא באמת מעשים בכל יום ומה שמבואר בסי' קפ"א בדין שיירא שעמד עליו גייס כו' היינו נמי מצד הדין ועל הקונה מוטל לעשות כן מרצונו לקיים ועשית הישר והטוב ולמען תלך בדרך טובים ואם אינו רוצה דייניין ליה מצד התקנה כמ"ש והנה אין הזמן מספיק לשום עין בשו"ת המדברים בזה כי מכ"ז אץ עלי ולענ"ד הדין דין אמת כמ"ש דברי ידידו:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה נט

שנית בנידון הנ"ל. שלום לכבוד ידידי הרב כו' מהו' זאב וואלף נ"י. גי"ק קבלתי עם ההעתקה מתשובתי ואשר נסתפק כ"ת שזה רוצה שיקבל בח' כמה נתן לכאורה נראה שאין לדמות זה למשיב אבידה כיון שזה לא הכניס ראשו מתחילה ע"ד להשיב לבעליו כ"א להנאת עצמו שהיה סובר שיוחלט בידו ומכ"ש אם זה טוען שאם לא היה זה מקדים לקנותה היה הוא יכול לקנות בעצמו ואפשר שהיה קונה בזול יותר וא"כ אין כאן השבת אבידה ועי' בש"ך ס"ס פ"ח שהש"ע כתב באומר לא הייתי זכור אך אתה הזכרתני פטור

אף משבועת היסת והש"ך כתב דנהי דפטור מש"ד מ"מ היסת חייב דלא בעינן שהקדים תביעה להודאה בהיסת ואו"ת השיג עליו דהו"ל משיב אבידה דפטור אף משבועת היסת כמ"ש סי' רס"ז לענין מוציא מציאה וטוען שני כיסים קשורים כו' ולפענ"ד דברי הש"ך נכונים דהתם גם עתה מה שמחזיר לו וגם מה שתובעו אינו אלא מחמת הודאות המוציא משא"כ הך דסי' פ"ח שלפי טענתו שטוען שעתה הוא זוכר בעצמו ואין זה מחמת הודאות התובע י"ל מה שנזכר בעצמו וטוען ברי אינו משיב אבידה וזה מבואר להמעיין בש"ך שם שכתב ודוחק לומר לפי שאמר לא הייתי זכור כו' עי' שם וקצרתי ועי' בספר שערי בינה שער שכתב שיש מי שסובר שגם בהא דסי' רס"ז חייב היסת עי' שם אמנם כל זה בטוען ברי אבל בטוען שמא ודאי שאין שם חיוב שבועה כיון שבא לפטור משא"כ בזה דבא ליטול מה שהוציא אם היינו אומרים דהוי כמשיב אבידה י"ל דאף בכה"ג א"צ שבועה כדאיתא בסי' רס"ז סעיף כ"ו דמה שהוציא על האבידה נוטל בלא שבועה מפני ת"ה עי' שם בסמ"ע ס"ק מ"ם אך לפי מ"ש אין לדמות זה למשיב אבידה וגם דהך דינא דסי' רס"ז שהוא מדברי ה"ה דיליף לה מהא דמוצא מציאה לא ישבע לענ"ד נראה דצ"ע דזה נאמר לענין עיקר המציאה אם זה טוען שמצא יותר אבל בענין זה מה שמוציא הוצאת י"ל שדינו כשאר מוציא הוצאות על נכסי חבירו דמילתא דהאי ידע והאי לא ידע משתבע האי דידע ושקיל אבל בלא שבועה לא וא"ל דאית לן מפטריה מפני תקנות השבים שלא ירצה לטפל בה ויניחנה וילך לו זה אינו דבזה יכול להעמיד עדים או לעשות ע"י שומת ב"ד וירדו חכמים לסוף דעת האדם שבשביל זה לא יניח מלטפל ובמקום אחר כתבתי ליישב מה שהקשה הרמב"ן בהא דשומר אבידה הוי ש"ש נימא שיפטור מפני תקנות השבים שלא ירצה לקבל עליו שמירה וכתבתי שלענ"ד לא קשה מידי דהא דעשוהו חז"ל שומר שכר משום פרוטה דרפתא לעניא א"כ ירדו לסוף דעתו שיקבל עליו שמירה מחמת זה א"כ אין כאן תקנות השבים שאין לחוש שיניחנה מחמת חיוב השמירה שהרי זה בכל ש"ש שמקבל שכר ואין כאן מקומו:

והנה מצאתי דעת מהר"י ווייל בתשובה סי' קמ"ח באחד שהוציא הוצאות לפדות חבירו ממקום סכנה שצריך לישבע וליטול וכ"כ בשו"ת מהרי"ק סי' קע"ג וז"ל ואשר שאלת על שמעון שביקש מראובן להשתדל בעבורו בשביל סכנה וכן עשה כו' ומ"מ פשיטא דכה"ג בעי ראובן אשתבעי שהוציא כך וכך ב"א שיפרש למי נתן עכ"ל ועי' ביו"ד סי' רנ"ב וח"מ סי' תכ"ו ומבואר מזה דאף בכה"ג דהוי השבת אבידה וגופו לא חששו לתקנות חכמים והצריכו שבועה אפילו בשמא ועיין בש"ך סעיף קטן ס"ז במ"ש בשם רבינו ירוחם דבא ליטול צריך לישבע אפילו בשמא והביא ראיה מסי' קל"ה בעיזי דאכלי חושלא ואף

דבאו"ת כתב לחלק דשם לא הו"ל למידע גם כאן לא הוי למידע וא"כ לכאורה היה צריך שבועות המשנה כדין מוציא הוצאות והנה בסימן שנ"ו איתא ג"כ דהיכא שצריך לתת דמים ללוקח משום תקנות השוק נשבע הלוקח בנק"ח ע"ש בסעיף ד' והש"ך שם בס"ק י"א אמ"ש ויחרימו שכן היה הביא דברי הב"ה שכתב למה צריך שבועה כיון שאינו טוען ברי והש"ך השיב ע"ז דבא ליטול צריך שבועה אף בשמא כו' ולכאורה י"ל דדוקא לענין לישבע כמה נתן אמרינן הכי דאל"כ כ"א יאמר שנתן הרבה ואין מי שיכחישנו משא"כ בהאי דהתם שאומר שהלווה ע"ז בחרם לבד סגי ובבאר הגולה הוסיף דברים דכיון שנשבע כמה נתן צריך לכלול שהלווה ע"ז וגם ז"א דאטו לא משכחת שידוע כמה נתן או שזה מודה לו וקצרתי:

ומ"מ נלע"ד דבנ"ד א"צ שבועה דדוקא התם דדיינינן ליה דין נוטל כגון מלוה על המשכון דלאו אגופיה דמשכון קטעין כמ"ש בשם הגאונים או בהא דתקנות השוק דמדינא לא קני החפץ וצריך להחזיר כיון שהוא קודם יאוש אלא שתקנו שיטול הלוקח דמים משום תקנות השוק א"כ הו"ל נוטל וצריך לישבע בנק"ח אף בשמא משא"כ בנ"ד דמדינא קני החפץ ביאוש וש"ר אלא שתקנו להחזיר החפץ כשיתן דמים א"כ לאו נוטל מקרי כיון שמעיקר הדין החפץ שלו אלא דכייפינן לו לעשות לפנים משורת הדין ועכ"פ הו"ל מוחזק לענין זה שאף אם היה זה טוען ברי לא שייך רק לישבע היסת ושוב לא תקנו היסת על טענות שמא וכמ"ש הש"ך בסימן ע"ב ס"ק ס"ז ליישב הך דסי' קמ"ט שצריך שבועה דבקרקע ליכא תקנות הגאונים ע"ש וה"נ דכוותה לכן נלענ"ד דאין צריך שבועה ליטול אך לענין קב"ח צ"ע דאף אם נאמר דדמי למשיב אבידה הנה במשיב אבידה גופיה לא מצאנו רק לענין פטור שבועה ולא לענין קב"ח ומכ"ש לפי מה שכתב דלא שייכי הכא תקנ"ה דמשיב אבידה והגם שי"ל דכיון שא"צ להחזיר רק מצד התקנה ומדינא קני ביאוש וש"ר א"כ לא צריך לקב"ח מ"מ י"ל דאיפכא מסתבר דאם נאמר שהוא נאמן בדיבורו א"צ שבועה ולא קב"ח א"כ נפל הך תקנתא שכתבו הגאונים בבירא דהא י"ל דנתן כדי שווי' ויותר בענין שלא יצטרך כלל:

ולדינא נלענ"ד שהכל לפי ראות עיני הב"ד שאם כה אומד דעתם שרגילות הוא ליתן סך כזה ואין לחשדו שהוא מרבה על המכר וזה תואנה מבקש באמרו איני מאמינך רשאים לבצע השורה ולהאמין לו על הן צדק שלו ויכולין לוותר הקב"ח לנוכח ומ"מ אם ירצה להחרים סתם בב"ד שלא בפניו על מי שרוצה לקחת ממנו בחנם או אחר שיתן יחרים אמאן דגזליה ולא מהדר וכדאיתא בסימן ע"א שזה אינו יכול למחות בידו כמבואר שם סעיף וא"ו שאפילו נאמנים בדיבור בפירוש לא מהני על זה אבל זה א"צ לקב"ח או לענות

אמן אך אם יש כאן מקום חשד מחמת הוראות היתר וכיוצא יש לפסוק שיקב"ח ואין לו להתרעם על זה אחרי שמקיים ועשית הישר והטוב יקיים ג"כ והייתם נקיים מה' כו' והנה לא נפנתי להבין ולחקור בספרים רק חלקי אמרה נפשי הנלענ"ד בזה דברי ידידו הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

והנה במאי דכתיבנא לעיל בישוב קושיית הפ"י על התוספות שהקשה דמאי קושיא מב"מ דהא מצינן למימר דאע"ג דודאי זכה בה מ"מ רשע מיקרי וע"ז כתבתי דר"ת ס"ל דכיון דנקרא רשע צריך להחזיר הדמים הנה בחידושי כתבתי ליישב קושיא זו משום דלכאורה קשה לפמ"ש התוספות בריש ב"מ דהא דאמרינן דבראיה בעלמא לא קני אע"ג דלקמן איתא הבטה בהפקר קנה שאני התם דעשה מעשה כל דהו ולפ"ז קשה אמאי בראה את המציאה ונפל עליה ובא אחר והחזיק השני קנה דנימא דקנה קמא בראיה ובמעשה כל דהו דנפילה דאהא לא שייך לשנויי כיון דנפל עליה גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בראיה לא ניחא ליה דדוקא גבי קנין ארבע אמות שייך לשנויי הכי כיון דהוא קנין בלא הנפילה וא"כ מדחזינן דנפל מסתמא לא ניחא ליה דליקניה בקנין ד' אמות משא"כ בראיה שבלא הנפילה אינו קנין כלל והנפילה הוא שמחזקת קנין הראיה שפיר ליקניה וצ"ל דבאמת יש לחלק בין הפקר למציאה דמציאה שהוא של בעלים אלא שנתייאשו ממנו מ"מ היאוש אינו כהפקר גמור רק שאמר ווי לחסרון כיס וכמ"ש במקום אחר וא"כ ביאוש לחוד אינו יוצא מרשות בעלים עד שיגיע ליד הזוכה ממש וראיה בעלמא עם מעשה כל דהו לא מהני ליה משא"כ בהפקר גמור שכבר יצא מרשות הבעלים ע"י שהפקירו בפירוש או שהוא מאליה הפקר שפיר י"ל דבראיה לחוד קני ליה והנה טעמא דמלתא דבאבידה יאוש קונה הוא משום דבהיתרא אתי לידיה ולפ"ז אפשר דכל היכא דפתיך ביה איסורא אף אם האיסור מצד אחר בא לו מ"מ כיון שאינו היתר גמור אינו קונה ולפ"ז אם נימא דעני המהפך כו' נקרא רשע א"כ זה השני אין לו לזכות משום היאוש דהא לאו בהיתרא אתי לידיה כיון שנקרא רשע וא"ל דהתם במציאה דהפקר מיירי שלא היה לו בעלים כלל דלאו מחמת יאוש בעלים איכא למיתי עלה דא"כ הראשון יש לו לזכות מטעם הבטה בהפקר ונפילה וא"כ ממ"נ תיקשי דאמאי זכה השני אלא שאני חוכך לומר סברא זו דכה"ג הוי באיסורא כיון שעושה איסור לגבי הראשון שהיה מהפך בה כיון שלא מצאנו סברא זו בשום מקום. לכן נלענ"ד ע"פ מה דקאמר בב"מ כי תקינו רבנן ד"א בסימטא כו' בר"ה לא תקינו רבנן והנה מבואר בש"מ דד"א דקני היינו משום דהוי כחצר המשתמרת שלו משא"כ בר"ה כיון שכ"א מצוי שם והוי כחצר שאינו משתמרת והנה מבואר שם הא דחצר המשתמרת אינו קונה דוקא במציאה אבל

במתנה דדעת אחרת מקנה קונה וביאר בש"מ החילוק דבמתנה אע"ג דאינה משתמרת מ"מ שפיר סמכה דעתי' דקונה שהרי א"א לאחר לזכות כיון שלא הקנה רק לזה משא"כ במציאה דאין רצונו שהחצר יהיה שלוחו לזכות לו כיון דאפשר לאחר לזכות בו ולא סמכה דעתיה ולפ"ז אם נימא דהאחר מיקרי רשע א"כ אף בחצר שאינה משתמרת נמי יש לו לקנות כיון דשפיר סמכה דעתיה דמסתמא לא יזכה בו אדם וכ"כ הפ"י דמסתמא לא יזכה בו אדם ולפ"ז אף ד"א בר"ה נמי ראוים לקנות וא"כ אמאי זכה השני דניקני ליה לראשון ד"א דידיה דלא ס"ל לרב פפא הא תירוצא כיון דנפל כו' אלא ס"ל דכי תיקון ד"א דוקא בר"ה כו' אלא ודאי דלא הוי רשע ועוד י"ל ע"פ מ"ש הש"מ שם בשם הרדב"ז להקשות דאמאי קנה השני כיון דנפל זה על המציאה א"כ לא הגביהה השני לגמרי רק מקצתו וכיון דמקצתו מונח ע"ג קרקע לא קנה ע"ש ולפמ"ש י"ל דאתי כמ"ד הבטה בהפקר ומעשה כל דהוא קונה והא ודאי מה שהגביהה מקצתו הוי מעשה כל דהוא משא"כ נפילה אפילו מעשה כל דהוא לא הוי והנה מבואר בש"מ דהא דהבטה בהפקר קני היינו כמו גזל מדבריהם מפני דרכי שלום ע"ש ולפ"ז הא ודאי דחכמים לא תיקנו לו רק במקום דליכא איסורא אבל במקום דאיכא איסורא ודאי לא החזיקו ידי עוברי עבירה ועוד הארכתי בענין זה דעני המהפך כו' בתשובה אחת בס"ד:
הלכות הלואה וג"ח

שאלה ס

שאלה בש"ע ח"מ סי' ע"ב סעיף כ"ז משכון שנפחתו דמיו ביד הלוה כו' וכ"ש אם אפילו אחר שנפחת שוה כדי החוב והם חלוקים בפחת כו' והסמ"ע שם ס"ק פ"ז והש"ך ס"ק קך"א האריכו בזה ודבריהם הם קשי הבנה לכל מבין עם תלמיד ונדרשתי לאשר שאלוני התלמידים החפיצים לעמוד על אמתת כוונת הסמ"ע והש"ך בזה וגם הקשו לדעת בכמה ענינים אשר כל הבא עליהם יעמוד ובקשוני להיות זקוק לבאר אותם וללמדם דעת ודרך תבונות:
תשובה אם אמרתי אבא העיר בגוף הדין יאריך הענין כי אם אתחיל בחוט של מחטן ולדלות מים מפכים יהיה מתרחב מאליו עד אין די באר לזאת ראיתי לכתוב רק ביאור דברי הסמ"ע והש"ך אשר עלה במחשבה לפני בהשקפה ראשונה להפיק רצונכם ומתחלה אבאר דברי הש"ך שם במ"ש והנה נראה שהסמ"ע והב"ח הבינו דבריש דבריו מיירי שהמשכון אחר שנפחת שוה כדי שיעור חובו כו' שהוא תמוה ומצאתי בספר דגול מרבבה שרצה להגיה אחר שנפחת אינו שוה כו' ולא שוה לו. והנלענ"ד דודאי הדין עם

הש"ך בזה דהסמ"ע והב"ח מפרשין ריש דבריו דבעה"ת כשהמשכון שוה אחר הפחת כדי חובו שהרי הם מפרשין שזהו מה שמסיים הטור והש"ע וכ"ש כו' וכן נראה מדנקט שחלוקים בפחת או שאומר איני יודע והן הנה ריש דברי בעה"ת בשם בעה"ע וכן מבואר להדיא ממ"ש הסמ"ע דבבעה"ת אין שם תיבת רמה הרי דמפרש היינו הך דינא דאם שוה חובו אחר הפחת (וכ"כ להדיא בפרישה אך הוא נדחק בסיום בעה"ת שכתב שנשבע שבועת התורה ודבריו לא היה לפני הש"ך):

ועוד דאל"כ איך כתבו בשם בעה"ת דבמשכון שוה כדי החוב נשבע היסת היפך ממ"ש בבעה"ת להדיא דנשבע שבועת התורה אלא ע"כ שהם מפרשין דריש דברי בעה"ת נמי מיירי בכה"ג וכתב דנשבע היסת וע"ז פליג ה"ר יהודה דנשבע שבועת התורה ופסק הטור וש"ע כמ"ש בריש דבריו ומ"ש הבעה"ת בסוף דנשבע שה"ת היינו לשיטת הר"י ולי' לא ס"ל וע"ז תמה הש"ך דמדכתב בסוף דבריו דנשבע שבועת התורה בסתמא ולא כתב דזה לשיטת ה"ר יהודה דוקא משמע דאליבא דכ"ע דינא הכי ומ"ש ועוד דאפי' לו יהי כן כו' נראה שיש כאן חיסור לשון שכצ"ל ועוד דאפילו לו יהי כן היכן נזכר בבעה"ת דאם המשכון אינו שוה שיעור חובו והלוה תובע את המלוה דה"ר יהודה ס"ל דנשבע שה"ת אדרבה מדכתב ואם נפחת הפחת שעדיין שוה כו' משמע דבאינו שוה סגי בהיסת דה"ר יהודה מודה בזה ונדלג מן תיבת דה"ר יהודה עד תיבת דה"ר יהודה או להגיה באיזה סגנון שיהיה עכ"פ כוונת דבריו להקשות על הסמ"ע שכתב דבבעה"ת דעה א' דמצריך ברישא כשאין המשכון שוה כ"כ לישבע בנק"ח ובודאי שכוונתו למ"ש בשם הר"י וזה תמוה שהרי הסמ"ע מפרש הרישא בשוה כדי חובו וע"כ דע"ז פליג הר"י דנשבע כעין דאורייתא וא"כ עכ"פ לא נזכר כלל דין אינו שוה ואיך כתב הסמ"ע לחלק ולומר הטעם על אינו שוה כיון שנראה כתובע כו' דהא אדרבה עיקר פלוגתת הר"י אשוה קאי ומסוף דברי בעה"ת דנקט דוקא שוה משמע דוקא בכה"ג אבל לא באינו שוה דגם הר"י מודה בזה דסגי בהיסת (ולהש"ך צ"ל ג"כ דלאו דוקא נקט שוה אלא דבשוה ע"כ הדין ביניהם ע"י תביעת לוה למלוה משא"כ באינו שוה שהמלוה תובע הלוה ומ"מ אם גם הלוה תובע למלוה שהיה שוה יותר מהחוב ג"כ צריך המלוה לישבע בנק"ח דאין חילוק בזה בין שוה לאינו שוה אך דקשיא ליה על הסמ"ע דמשמע מדבריו שיש מקום לחלק בדינא בין שוה לאינו שוה א"כ אדרבה משמע להיפך מדנקט שוה מכלל דבאינו שוה לכ"ע סגי בהיסת) ומ"ש הש"ך ואם בא לפטור עצמו והלוה תובע היש בידו יתרון על חובו נראה שר"ל שהלוה טוען שהפחת של המשכון הוא יותר מכדי כל החוב והמלוה מודה שנפחת רק שאומר שלא נפחת רק כנגד החוב ורוצה להחזיר לו המותר של המשכון

שנשאר תחת ידו חנם אין כסף והלוה תובע היתרון ומ"ש דמר אמר חדא כו' דאם כבר פרע כו' והיה שוה יותר מחובו כו' צ"ע דל"ל שהיה שוה יותר מחובו וכן כפל ושילש ובאמת אין צורך לזה שיהיה טוען יותר מחובו דהא הלוה כבר פרע וא"כ כל מה שנפחת מהמשכון פסידא הוא וקתבע ליה שישלם הפחת ונראה שתיבת מחובו מיותר ואגב שיטפא נקט והא דא"צ לישבע שבועת השומרים היינו כמ"ש הש"ך לעיל ס"ק קט"ז דבברי אין חייב שבועת שומרים:

אמנם מ"ש בסמ"ע ס"ק פ"ז בסופו והא דנפטר בהיסת כו' ובמשכון כזה כ"ע מודים כמש"ל ולכאורה נראה שכוונתו למ"ש לעיל ס"ק פ"ב והוא תמוה דמה ענין משכון הוי הילך לכאן דהתם לענין הודאת הלוה למלוה אמרינן הכי שהמשכון תחת יד המלוה אבל כאן הרי המלוה הוא הנתבע ומודה מקצת והמשכון הוא תחת ידו ומה יושיענו זה שבא לידו בשעת הלואה אדרבה כל זמן שלא הוציאו מתחת ידו להחזירו ליד הלוה לאו הילך הוא וכן נראה מדברי הש"ך בס"ק קך"ב שצריך להניחו בב"ד אך הח"צ בהגהת הט"ז השיג עליו דא"צ להניחו בב"ד דהוי כמו פקדון דכל היכא דאיתיה הוי' ברשותיה דמריה והילך הוא וכ"כ הש"ך גופיה בריש סי' פ"ז דפקדון הו' הילך אף אם הוא ברשות המפקיד ולענ"ד נראה יותר דאפילו תימא דברשות המפקיד לא מיקרי הילך מ"מ כיון שעכ"פ הדין בזה עם המלוה שא"צ ליקח החפץ אע"פ שנתקלקל כמ"ש הש"ך כאן ובס"ק קי"ז וקי"ט נמצא שהלוה אין לו מעות ביד המלוה נגד מה ששוה המשכון עכשיו שהרי אין המלוה רוצה בו כלל ואומר ללוה שיקחנו לעצמו רק שהלוה יש לו דמים ביד המלוה בעד הפחת וזה יש לו לנכו' מהחוב שמגיע למלוה ואין כאן התחלת הודאה כלל ולסברא זו כיון הע"ש שהביא הש"ך אלא שסיים והו"ל כמו הילך כו' ולענ"ד א"צ לדינא דהילך כלל דאפילו מ"ד הילך חייב מודה בזה:

והנה הסמ"ע אזיל לשיטתו דס"ל דהמלוה מחויב לקבל החפץ כיון שנתקלקל בידו ולכך שפיר קשיא ליה דהא הוה מ"מ ואמנם ע"ז י"ל דאע"ג שאין הלוה צריך לשלם למלוה ויכול להכריחו לקבל החפץ מ"מ מה שהלוה תובע למלוה שפיר מסלקו שיהיה לו חלק במשכון כמ"ש הסמ"ע לעיל אהא דמנכה לו חמשה מתוכו שא"צ ליתן לו במזומנים וא"כ הנך חמשה שמודה לו המלוה הם חלקו במשכון והלכך שפיר הו"ל הילך דאע"ג שהוא עדיין ביד המלוה מ"מ ברשותי' דמריה הלוה קאי אך דכ"ז דוקא אם הסך שמודה המלוה אינו עולה יותר מכפי ששוה המשכון עכשיו אבל אם הודאת המלוה בפחת עולה יותר מכפי שויו של המשכון א"כ אף שמסלק לו במשכון מ"מ עדיין מחוייב ליתן לו מה שמגיע יותר משווי המשכון וכגון שהמלוה הלוה עשרים והמשכון היה שוה

חמשים והמלוה מודה שנפחת ארבעים ומגיע להלוה עשרים נמצא שאף אם יסלק לו במשכון עדיין מגיע לו עשרה ואם לפי דברי הלוה הי' שוה ששים הוה המלוה מ"מ ולכן כתב הסמ"ע דכיון שהמשכון עדיין שוה יותר מכפי הודאתו הו"ל הילך ולאו דוקא נקט יותר דה"ה אם שוה כפי הודאתו ולא בא לשלול אלא אם אינו שוה כפי הודאתו רק פחות מזה דאז הו"ל מ"מ ומ"מ מה שסיים הסמ"ע ובכה"ג כ"ע מודים דהו"ל הילך כמש"ל זה תמוה וכמ"ש גם צ"ע על הסמ"ע דלפ"ז למה נדחק לומר דמ"ש בש"ע אינו יודע כמה נפחת ר"ל דמסופק שמא לא נפחת כלל והיינו משום דקשיא לי' דלמה לא הוה משואי"ל משלם ובאמת אין זה קושיא לפמ"ש איהו גופיה דלא הוה מ"מ כשאומר לא נפחת כלל משום דהו"ל הילך כיון שנוטל ההודאה במשכון א"כ מהאי טעמא גופיה לא הוה משואי"ל ג"כ דאף שנאמר דבאמירתו איני יודע יש בכלל זה עכ"פ הודאה על פרוטה מ"מ הך פרוטה א"צ ליתן לו מזומן רק במשכון והו"ל הילך:

ולכאורה היה אפשר לומר דאע"ג דבכה"ג לא הוה משואי"ל מ"מ כיון דהמלוה אומר שאינו יודע כמה נפחת הו"ל כאומר פרעתני ואינו יודע כמה (וכמ"ש הש"ך דטענת פחת הוה כפרעון) ומבואר לעיל ברמ"א סעיף ובמחבר סעיף דהלוה נוטל המשכון ואין עליו כ"א חרם סתם אלא דלפ"ז לא מתרץ הסמ"ע מידי דמה בכך שאומר שמא לא נפחת כלל דמ"מ הו"ל כאיני יודע אם פרעתני וזה צ"ע באמת מה בין זה להך דלעיל בא"י אם פרעתני ובפרישה מבואר דקשיא ליה דלהוי משואי"ל משלם ע"ש:

ועיין בש"ך שם ס"ק קי"ח בסופו במ"ש א"כ הא כבר הוכחתי לעיל דאם קדשה במשכון כו' לענ"ד צ"ע שאין הנדון דומה לראיה דהתם כיון דהמקדש גופיה לא קני ליה פשיטא דלא הוי קידושין כיון שאין הפרוטה שלו וא"צ לסברא דמנה אין כאן כלל אבל אם הוא מקדשה במנה ונותן ע"ז משכון חפץ שלו בהא אנו צריכין לסברא דמנה אין כאן ובזה שפיר יש לחלק דאע"ג דאם בא עכשיו ליתן חפץ למשכון בעד מה שמודה אמרינן מנה אין כאן משכון אין כאן ולא הוי הילך כמו בקידושין מ"מ אם המשכון אצלו משעת הלואה וקבלו להיות אצלו נגד מעותיו שנתן לזה אז שפיר הוי הודאת הלוה שמודה לו מה שמגיע על המשכון כמו הילך אע"ג דלא קני ליה כיון דמעיקרא קבליה במקום הדמים שנתן ואין זה ענין כלל למקדש שרוצה לקדש במשכון שיש לו מאחרים דבזה כיון שהמשכון משעת הלוואתו גרע כיון דלא קני לי' וצ"ע:

ומ"ש שם בסוף הס"ק ובביאור כתב אבן מגא"ש בשם האלפסי דמשכון לאו הילך הוא עיין בשו"ת הרי"ף שנדפס מקרוב בק"ק ליווארני שכתב ואם אמר אין לך בידי אלא כך טול אותו בדמים כו' משמע דוקא בכה"ג הו"ל הילך אבל אם לא אמר טול בדמים רק

א"ל המתן עד שאפרע לבד לא והמגיה שם בסימני התשובות כתב דמתשובה זו מוכח להיפך ממ"ש בן מיגאש בשמו ולא דק ויש ט"ס בס"ק זה וכצ"ל דלא אמר ר"י אלא שלא בשעת הלואה אבל בשעת הלואתו כו' והניח משכון עלי' אינה מקודשת דמנה אין כאן משכון אין כאן דאם נותן לו משכון לא מיקרי הילך א"כ הא כבר כו' כצ"ל:

ושם בסי' ע"ב ס"ק צ"ז שכתב בשם התוס' דהוי לוקח כחד סהדא אי לא דאין נשבעין על קרקעות דבריו צ"ע דהמעיין בתוס' יראה דס"ל התם אמרינן מיגו במקום ע"א רק כדי דלא נימא דהוי מחשוי"ל כתבו דאין נשבעין על קרקעות ע"ש אלא דלשיטת ר"י לקמן שם דל"ד ס"ל לחלק דהיכא דא"צ לישבע נגד העד שפיר אמרינן מיגו בכה"ג. ונראה דלכך כתב הגמ"יי פי"ד מהלכות טוען בשמו דמהימן לומר דר בו חד יומא במיגו דלא הי' שלך מעולם. וע"כ משום דהמוכר נאמן במיגו אע"ג שהתוס' כתבו שהר"י דחה מהך דהמוכר הבית משום דהכא אם בא המוכר לזכות בטענה שלא הי' שלך לא הי' הלוקח מעכבה שיודע שהוא שלו מ"מ לא פליג כמ"ש הש"ך כאן ולקמן סי' קמ"ו משום דמ"מ יש להמוכר מיגו כיון שלא היה צריך לישבע ש"ד נגד הלוקח שהוא ע"א משום דאין נשבעין ע"ק. ולפ"ז במטלטלין שצריך לישבע נגד הלוקח שהוא ע"א בכה"ג לא הוי מיגו ושפיר כתב הש"ך ונ"מ במטלטלין כו'. ומ"ש שלא נראה כהרשב"א דדוקא בעידי ראיה הא לאו הכי אין שמעון עומד במקום עידי ראיה והמוכר הי' נאמן במיגו דהחזרתי לא הוי מיגו במקום עד דהיינו הלוקח שהוא נוגע צ"ע דהאיך שייך מיגו דהחזרתי כיון שהוא בעיני' ביד הלוקח ומה בכך שהוא נוגע הרי א"צ לעדותו שהרי החפץ בעצמו מעידו וא"ל שיכול לומר החזרתי וחזרתי ולקחתי ממך כיון שלא ראוהו ביד המוכר עצמו דא"כ אף היכא דאיכא עדי ראיה ביד הלוקח נמי נימא הכי. וזה מבואר בש"ך לעיל דליתא וכן הוא כתוב בשם הרשב"א ודוקא לענין מיגו שלא הי' שלך מעולם שפיר כתבו התו' דאף דלוקח יודע מ"מ אלו בא המערער להוציאו מיד המוכר לא הי' יכול שהי' נאמן במיגו שלא הי' שלך מעולם אע"פ שהלוקח יודע מיגו במקום עד מהני משא"כ כאן שאלו הי' החפץ ביד המוכר והי' נראה לפנינו בע"כ דמוכר כמו שהוא עכשיו שהלוקח מראהו בע"כ דמוכר הרי הי' מוציאו מידו וא"כ מה יש לנו לטעון. ומדברי הרא"ש והטור לקמן סעיף ל"ט מבואר ג"כ כן וכמ"ש הסמ"ע ס"ק ס"ד (ואדרבה הט"ז תמה על מה שהוזכר הרשב"א ראה וכתב הח"צ בהג"ה שכוונתו לתשובת הרא"ש דלקמן):

ומ"ש הש"ך דלא דמי דהתם לא הפקידו בידו דבריו תמוהים ונראה דר"ל דהתם שלא בא החפץ מיד לוי שאומר שחייב לו ליד ראובן הנפקד הלכך אין זה מיגו כיון שהוא ביד אחר משא"כ כאן שהחפץ בא ליד שמעון מיד ראובן שפיר אמרינן שיש לראובן

מיגו היכא דליכא עידי ראה ואע"פ שעתה אינו בידו מ"מ כיון שבא מידו ליד שמעון מועיל לו מיגו כאלו עדיין בידו וצ"ע דסוף סוף עכשיו אינו בידו ומה בכך שבא מידו מתחלה. ומ"ש דהרשב"א לשיטתו כמ"ש הה"מ בשמו גבי קרקע זה נכון ועי' בב"י בלשון הרשב"א דמייתי ראיה בפשיטות להיפך דבמטלטלין ודאי טוענין שהמוכר קנוהו היכא דליכא עידי ראה ביד הלוקח משום מיגו דהחזרתי א"כ ה"ה בקרקע ואמנם הרשב"א ס"ל בתרווייהו דכל שהוא ביד הלוקח שוב אין לו מיגו ואפשר דאף מאן דס"ל דבקרקע לא טענינן מודה במטלטלין דלא שייך מיגו וכמ"ש הרא"ש והטור וכמש"ל:

ומ"ש בשם הרמב"ן ראי' מיורשים יש לדחות לפי מה דמשמע מלשון הרשב"א בתשובה שהביא הב"י דטעמא משום דהלוקח הוי כעדי ראה ע"ש שכתב אפוטרופסים הוי כעדי ראה ור"ל דאף דאיכא ע"א שראה שוב הוי מחושואיל"מ כדלעיל ס"ק צ"ד וא"כ ביורשים לא שייך זה ועי' שם סי' קמ"ו ס"ק י"א כתב בשם הרמב"ן במלחמות דס"ל דהיכא דטעין המחזיק ג"ש מלפנים זבינתא דדר ביה קמאי יומא חדא לא מהימן במיגו לענ"ד ליתא דמודה דמהימן כמ"ש בס"ק י"ג בשמו לענין אם אין למערער עדים כ"א ע"פ דמהימן במיגו וטענינן ללוקח רק כוונת הרמב"ן שם הוא כך היכא שבא בטענת עצמו ר"ל שאומר יודע אני שדר בה המוכר באמת היה נאמן בדין מיגו אבל אנו אין טוענין לו שלקח הראשון אלא כשיש לו עדים בדירה חד יומא ר"ל כשהוא א"י שהמוכר דר לא אמרינן שמא אעפ"כ נטעון עבורו שמא יש למוכר שטר או עדים אין טוענין זה ודוקא שיש עדים ע"ז או שאומר שיודע בעצמו נאמן במיגו כנלענ"ד למעיין במלחמות וחידושי הרמב"ן אינם כעת לפני ועי' לקמן בסמ"ע ס"ק ך"ו ובש"ך ס"ק קמ"ח:

ומ"ש הש"ך שם בס"ג צ"ח על דברי הסמ"ע שלא ביאר יפה שהרב כתב חייב לפדותו משום תקה"ש ולענין תקה"ש לא שייך לחלק בין טוען שלקחו או נתן לו למשכון כו' נראה שהבין בכוונת הסמ"ע מ"ש אלא שנתן לו למשכון דהיינו ששמעון טוען שידוע לו שלוי נתן זה לראובן למשכן ואהכי קשיא ליה דתקנת השוק אין חילוק כו'. וזה תמוה דהא בטענת יודע אני שלקחו א"צ להחזיר כלל וכן אם טוען יודע אני שניתן לו למשכן פשיטא שאין יכול להוציאו ממנו עד שיתן דמיו אף בלא טעמא דתקנת השוק דהא לוי נאמן במיגו כמ"ש בידוע שלקחו. ואם נאמר דמפרש בהסמ"ע שר"ל דשמעון טוען שאפשר שלוי נתן לראובן למשכון אבל הוא אינו יודע מזה ואמטי להכי קשיא ליה דל"ל לומר שטוען שאפשר שנתן למשכן דהא גם כשטוען שאפשר שלקחו איכא תקנת השוק ושניהם שוים בדינייהו מ"מ הלשון שכתב הש"ך ולענין תקנת השוק לא שייך לחלק כו' צ"ע:

אך פשוט לפענ"ד בכוונת הסמ"ע דהסמ"ע נמי כוונתו שאין יודע מהלקיחה רק שראובן נתן לו חפץ זה למשכן ומסתמא בחזקת שהוא שלו נתנו לו ונקט בקצרה לשלול הלשון שכתב בש"ע שראובן נתן לו של לוי למשכן דמשמע קצת שידע שהוא של לוי ובכה"ג לא שייך תקה"ש. אלא ר"ל ששמעון טוען סתם שנתן לו למשכן ובש"ע נקט של לוי דקושטא דמלתא הכי הוא. ואפשר דכוונת הש"ע לומר דאף דשמעון ידע שזה החפץ היה של לוי מ"מ שייך תקה"ש כיון שאינו יודע שעדיין הוא של לוי שפיר היה יכול לקנותו ממנו דאחזוקי אינשי כו' ומה שהגיה הסמ"ע לקוח הוא בידו נראה נכון שמ"ש הש"ך לגרוס בידי הוא דחוק דאע"פ שהדין דין אמת דה"ה אם טען שמכרו לו כו' וכמ"ש הש"ך מ"מ בש"ע לא נזכר מטענת שמעון בלקוח רק מטענת שמעון שקיבל למשכון וא"כ היאך פתח במשכון וסיים ואם אינו טוען לקוח כו' ולדברי הסמ"ע א"ש ועי' שם בש"ך שיש ט"ס וצ"ל וה"ה אם טען שמעון שמכרו לו ואינו רוצה כו' כצ"ל ושם בש"ך ס"ק ל"ו וא"כ בנו נמי כיון שלא הלוה כלום כו' ועתה כשלוקח המשכון הוי כמשתכר כו'. לפענ"ד סברתו תמוה דאפילו תימא היכא שלוקח עתה המשכן הדין כן אף להנך דס"ל לעיל ס"ק ט"ז במשכנו שלא בשעת הלואתו אינו משתכר מ"מ במת אביו והניח משכון נראה דלא שייך זה דמה לי הוא ומה לי אבוה ואילו לא היה נותן המשכן אז היה הבן יורש המעות בעין ואין להמשכון טובה אצלו היכא שבא לו ירושה מאביו:

ושם ס"ק נ"א ולענין הלכה כו' וגם מהראב"ד גופיה משמע דמכח שהיה קשה לו כו' היה מוכרח לפרש דבש"ק היה מ"מ כו' נלענ"ד הא מפרש הראב"ד שהי' מ"מ כיון שגם לדבריו שהי' מלא סוגים עכ"פ יש כאן פרוטה א"כ הוי הודאה במקצת צ"ל כמ"ש הרשב"א בחידושי שבועות בשם הר"י הלוי כיון דאי טען ברי סוגים הי' מלא הי' פטור לגמרי משום טענו חיטים כו' תו לא חשבינן שמא דידי' אף להודאה במקצת ואע"פ שר"י הלוי ס"ל דדוקא לענין שלא יה' מחשוי"מ אמרינן הכי ולא לענין שיהא פטור לגמרי כיון דיש כאן דררא דממונא דודאי אפקיד גבי' כו' ע"ש מ"מ הראב"ד לא ס"ל הכי וס"ל דאין לחלק וכמ"ש הרשב"א בשם הרמב"ן וע"ש עוד שהרשב"א כתב ג"כ תירוצי' הא דלא הוי מ"מ בש"ק דמיירי שלא נאבד ואומר הילך או דמיירי שאמר הילך דמי הש"ק ואח"כ כ' דכל דלא הו"ל למידע לא אמרינן מחשוי"מ והרבני החריף מוה"ר משה יחזקאל נ' מזאמושטץ ב"ד הגאון מוהר"ר מרדכי נ"י אבד"ק סטנאב הקשה לי דהא הירושלמי אמר אתי עובדא קמי דרב ורב בשבועות לא ס"ל דמחויב שויל"מ אמנם אף שהגירסא בפוסקים כן מ"מ בבעל העטור אות ראיתי דגרסתו דאתי עובדא קמי דר' אמי ע"ש:

ושם ס"ק נ"ג מ"ש א"כ אי הוי טוען ברי לא הוי העזה דהמלוה יחשוב שאינו יודע כו' לענ"ד סברא זו צ"ע דאע"פ שיכול להיות שאינו יודע מ"מ לא שכיח שיטעה לסבור בבירור ששוה פחות ממה שהוא שוה באמת וא"כ אם יטעון ברי שאינו שוה כ"כ הוי העזה וטפי הו"ל לומר דע"כ לא כתבו התו' שאין אומרים מיגו דאינו יודע שאין טוען ברצון אלא היכא שהדבר רגיל שידע משא"כ כאן שיכול להיות שבאמת אינו יודע וצ"ע:
ושם בש"ך ס"ק נ"ה ושאינו ברשותו צ"ע דהא מיירי שיש עדים שנגנב ולולא דמסתפינא הייתי אומר שמצויין שלא במקומו וקאי אסעיף שאח"ז סעיף י"ד דאיתא ישבע המלוה ואהא קאמר צריך לישבע כשאר ש"ח כו' ואע"ג דבש"ע גופא קאמר להנך ג' שבועות מ"מ אשמעינן הש"ך דמאי דקאמר ישבע שנאבד באונס היינו שצריך לישבע שלא פשע קודם שנאבד שאנ"ב אף שלאח"כ נאבד באונס חייב כמבואר לקמן סי' רצ"ד ע"ש שוב נדפס ספר דגול מרבבה וראיתי שהגי' כן:
ושם ס"ק ע"ד נראה שט"ס וצ"ל אם הלוה מודו לו עד כדי שויו וצל"ע בזה אע"פ דבכה"ג אם אבד המשכון באופן שהמלוה מחויב בתשלומיו שפיר מפטר הלוה בהיסת וכדלעיל סעיף ט' מ"מ כאן שהמשכון הוא בעין הרי המלוה תובע הסלע שלו ורוצה להחזיר לו משכונו והלוה מודה לו בשקל מה בכך שהמשכון שוה שקל מ"מ צריך הלוה ש"ד כדין מ"מ למ"ד דמשכון לא הוי הילך ועיין לקמן ס"ק ק"ח במה שהשיג על הב"ח דמבואר שם דדוקא אי משכן חשיב הילך נפטר מש"ד בגוונא דמשכון בעין:
שוב ראיתי בסמ"ע ס"ק ע"ג דבכה"ג כ"ע מודו דמשכון הוי הילך ועיין בש"ך שם. ועיין בס"ק פ"ב בסמ"ע ובש"ך ס"ק קי"ח השיג עליו ושם ס"ק ע"ח עיין ברש"י ריש ב"מ גבי שמא מלוה ישינה כו' משמע מדברי רש"י דאם חייב לו מעות יכול לתפוס חפץ חבירו ולשבע עליו שהוא שלו כיון דאפילו גלימא דעל כתפי' משועבד לו וזה תימא וצ"ע במפורשים שם. ומצאתי בתשו' הרא"ש כלל ס"ד סוף סי' א' שכתב ג"כ אם יש לו מלוה ישינה אף שבועת שוא אינו אם נשבע שהחפץ שלו ועיין בדברי הרז"ה והרמב"ן שם ובחידושי הארכתי:
ושם בש"ך ס"ק פ"ח ונראה עוד להביא ראיה כו' נלענ"ד לדחות דהתם איכא ריעותא שלא נזהר בשטרו משא"כ במטלטלין אף שדרכן להשאיל מ"מ אין דרך הקונה ליקח שטר ואפשר דגם הכא איתרע כיון דשויה ראה ולא אמר מיד שהוא לקוח בידו כמ"ש בס"ק צ"א לקמן ואמנם צל"ע אטו כל היכא שנעשה ראה צריכים העדים לשאלו באיזה אופן בא לידו ועיין בתומים שחלק על הש"ך ס"ק צ"א ושם ס"ק צ"ג מ"ש מתשו' מהר"מ אלשקר אין דומה כ"כ דשאני התם דהוא בעצמו אמר סתם של פלוני הוא משא"כ היכא

שהנתבע שתק רק שראהו בידו בסתם אין משם ראיה אבל מ"מ הדין דין אמת דכיון שכבר ראהו אף שטען אח"כ עליו אינו נאמן אף שהי' בידו שלא להראותו הוי מיגו למפרע כמ"ש בסי' מ"ז ובסימן נ"ו ובדוכתא טובא:

שם בש"ע סעיף ל"ד יורש שהוציא שטר כו' נשבע הנתבע היסת שלא החזיר לו המשכון כו' עיין בש"ך וסמ"ע דמחמת זה הוצרכו לפרש דהיורש טוען שמא נאנס ובאמת דין זה איתא בשו"ת הרי"ף סי' נ"ט ושם כתב וז"ל וטען היורש שזה המשכון אבד כו' ואפי' אמר היורש לנתבע אני החזרתי לך המשכון אפ"ה השטר בטל אלא שמתחייב הנתבע היסת שלא הגיע המשכון לידו ונפטר ואתי שפיר דלכך נשבעין משום דטענת ודאי הוא ועיקר כמסקנת הש"ך בזה דגם בטור כוונתו לצדדין וכמבואר להדיא בשו"ת הרי"ף וצ"ע מ"ש הטור וספק אם נאבד באונס או בפשיעה לפיכך השטר בטל וישבע זה היסת שלא החזיר לו המשכון ושהי' שוה כנגד חובו ויפטר. ובאמת ברי"ף איתא שהספק אם נאבד או לא ואפילו אמר היורש כו' וליתא שם שישבע שהי' שוה נגד החוב דלא מיירי שמכחישו בזה כלל ומ"ש הש"ך ס"ק קמ"א דהט"ו לאו דוקא כשכתוב כן בשטר מיירי ולא הוי מיגו להוציא כיון דאיכא שטרא וכן מבואר מדברי הש"ך דאם היורש טוען ברי נאמן במיגו ליתא דא"כ יהא היורש נאמן במיגו כיון שטוען ברי וצ"ע דהש"ך גופיה ס"ק מ"ב כתב דלצדדין קתני סימן ע"ה ס"ק א' הי' טענו מנה ע"פ ע"א כו' לא יאמר לא' בא אני ואתה כו' לא ידעתי למה לא הזכירו הטור והמחבר דינים אלו עכ"ל ע"ל ר"ס כ"ח שהביא הטור דין זה דלא יאמר לאחד וגם רמ"א בהג"ה הביאו:

ושם ס"ק ד' או שנתן לו במתנה נגד החוב עיין לעיל סי' ע"ב ס"ק קל"ו שהביא הש"ך דברי הרמב"ם אלו ועיין בסי' שכתבתי שם שמה שהי' סובר הש"ך לפרש דברי הרמב"ם בזה הוא דבר תימא ע"ש. ושם ס"ק ל"ו אלא פשיטא שמ"ש לקמן קאי אכל מה שהזכיר מקודם נלענ"ד לפמ"ש הש"ך דהכא מיירי בטענו ספק ע"פ עד אין לו להחרים סתם שכיון שהתובע עצמו אינו אומר ברי וצ"ע דאפשר דאעפ"כ שייך חרם סתם. ושם ס"ק נ"ו אלא נראה דבכל גווני פריך מה לי הוא כו' וכמ"ש הר"ן אח"כ דאי לאו מיגו הוא כו' וכן סיים אח"כ אלא דקאמר דלהמנוה ליורש כו' וזה לאו מיגו וכמ"ש הר"ן כו' ודבריו צ"ע לענ"ד דהר"ן שפיר קאמר לשיטתו דס"ל דמיירי בטוען המלוה בפניך הודה אביך ולכן כתב הר"ן דלא הוי מיגו דיטעון אינו יודע כיון שלפי טענתו של זה ע"כ יודע הוא רק בשביל הך סברא דיורשי' לא הו"ל למירמי אנפשייהו כולי האי פטרינן להו כשאומרים איני יודע מ"מ אין זה טוען כן ברצון כיון דהו"ל למידע לפי טענתו של זה משא"כ היכא שזה בעצמו אינו טוען ברי שהיורש יודע כגוונא דמוקי הש"ך פשיטא שיש לו מיגו שהיה

טוען איני יודע שהרי התובע גופא אינו מכחישו בזה ומודה שאפשר שא"י מה"ת לא יטעון ברצון כן ומיגו טובה הוא וחילוק זה מבואר בתו' ובפוסקים בכמה דוכתי וצ"ע ושם בש"ך ס"ק י"ז כשנתבע כו' הנרשם בשני חצאי עיגול מן דליכא למימר כו' עד תיבת ודוק אין זה מקומו אלא שייך לקמן אחר תיבות נאבדו ממנו ויהא פטור לכאן צריך להעתיק הך דליכא למימר כו' ומ"ש אלא תשו' הרא"ש כו' והם ממעות של שמעון שנתן ללוי להשביחן ואח"כ כפר לוי שלא נתן כו' כצ"ל:

ושם ס"ק ע"ד ולפ"ז אם מ"מ שטענו אתה יודע כו' חייב ש"ד כו' צ"ע לעיל ס"ק נ"ו בתרי שנוייא דהר"ן שהביא הש"ך וכ' דמשמע מהפוסקי' כשנוייא בתרא דהר"ן ואין מחויבים רק היסת ושם ס"ק כ"ג ומזה יש ללמוד בהלוה על המשכון כו' כותב הרשאה לקרובו וקרובו נשבע כו' צ"ע בזה דהלוה יוכל לומר האיך לא מהימן לי בשבועה ומתחלה על נאמנותך לבד משכנתי בלא עדים ושטר שידעתי שלא תכפור בי משא"כ לאחר לא האמנתי כלל ואיך יוכל לגבות בשבועתו ועיין לעיל סי' ע"ב סעיף ל"ט ובסמ"ע ס"ק קי"ב ובש"ך שם וצ"ע דגם שם הי' אפשר שבעל המשכונות יתן הרשאה לשותפו וישבע ויטול ואפשר לדחות דדוקא בגוונא דהכא שעכ"פ הוא יודע שחייב לו אלא שאינו יודע כמה משא"כ התם שהיורשים טוענים שאינו חייב כלום ובכה"ג אף הרשאה לא מהני:

ושם ס"ק פ"ז שהמלוה בעצמו ימצאנו או שמא משקר צ"ע די"ל דכוונת הג"ת דהרי מ"מ א"צ לבטל השטר רק שיקח כתוב מהב"ד שהמלוה אומר לפניהם שהיה לו שטר ונאבד וגם אם המלוה מוצאו אח"כ בעצמו בכה"ג שכבר אמר לפני ב"ד שנאבד אם גובה בו ושם ס"ק פ"ח או שטוען פרעתיך בינו לביני ויבואו עדים שהומנה אל תפרעני אלא בעדים ואם טוען שבאמת לא אמר לו אל תפרעני כו' א"כ בודאי לא יבואו עדים. אמנם בסי' ע' ס"ק י"א כתב הסמ"ע דוקא כשאמר לו בפני עדים דאל"כ יש לו מיגו דלא אמר לו כן וזה צ"ע להך טעמא שכתב בשם ה"ה שאין כאן דין מיגו שהרי הוא מודה שלא קיים התנאי כו' ואפשר דדוקא מיגו דקיימתי תנאי לא אמרינן משא"כ היכא שלא היה עדים יכול לומר פרעתיך ביני לבינך וסמכתי שאוכל לטעון לא החזרתי וכמו בשטר שיש בו נאמנות ואינו מקוים שאעפ"כ יכול לטעון פרעתיך במיגו דמזוייף עם הנאמנות. סימן פ"א ס"ק יו"ד בש"ך בסופו לכך פי' ר"י דבעינן שיטעון דוקא משטה ולא בטענה שאינו חייב לו והכי מוכח ממה דמסיים בה אבל שלא להשביע אפי' לא טען טענינן ליה והיינו ע"כ כשטוען כו' כצ"ל ר"ל שכן מבואר בסעיף ד"א גבי שלא להשביע שטוענין לו היינו כשטוען איני חייב לך כלום ע"ש. ושם ס"ק י"ט וראיתי בסמ"ג כו' כדאמר בירושלמי כו' בכאן צריך לנקוד ב' נקודות ואח"כ מתחיל לפרש שאר דברי המשנה שאמרה עד

שיאמר בפנינו הודה שר"ל דרך הודאה וקבצם לשם עדים אבל בל"ז צריך אתם עדי והיינו דקאמר מסייע ליה לרב ר"ל מדיוקא דמתני':

ושם ס"ק כ"ב וז"ל הרמב"ן שם אמר הכותב כו' אפילו בהוא א"ל (נ"ל שצ"ל לנו) נמי כיון כו' ונפלאתי על הג"ה זו דודאי הדברים כפשטן דבמתני' שם קתני פלוני אמר לי הוא אמר לי כו' ובפלוני אמר לי לא מהני משום דהוי עד מפי עד והוא א"ל לא מהני מטעם השבעה ומתחלה כתב הרמב"ן דלדידיה מי ניחא מתני' הא קתני איש פלוני א"ל ולא קתני אמר לנו ור"ל דלמה נקט בזה לשון יחיד דהא ודאי אף שניים ששמעו מפי עד לאו כלום הוא ואח"כ כתב הרמב"ן דאפי' בהך דהוא אמר לו דמיירי מטענת נמי תקשי דכיון שמעצמו אמר להם שפיר מ"מ טעין שלא להשביע אפי' באמר לשנים ולמה לא קתני לנו כו' וזה ברור ושם ס"ק פ' והב"ח כתב דעיקר דינא תלוי כו' ותימא שהר"י גם מהרו"ך כ' דנשבע כו' המעיין בב"ח יראה שהקשה דמה יועיל שבועת ראובן שא"ל שמעון דאפי' נאמין לו שכך אמר שמעון מ"מ א"צ ליתן לו דאפי' לדעת בעה"ע בסעיף הקודם היינו דוקא שכבר נתן לו לשם ריווח אבל בלא נתן עדיין רק באמירה בעלמא לא משתעבד דיכול לטעון משטה ואפי' אמר להד"מ הו"ל כטוען משטה דמילי דכדי כו' וא"כ שפיר יכול גם שמעון ולוי לתבוע ראובן שלקח מהם בחנם בכח השטר דבאמת לא הי' שם ריווח כלל וע"ז תירץ דבאמת מחמת אמירת שמעון לבד לא היה מתחייבין כלל כיון שטוען להד"ם והוי כטוען משטה וממילא דגם שבועת ראובן שנשבע שאמר לו כן לא מהני מידי דהא אפי' אם באו עדים שא"ל הו"ל מילי דכדי ומכ"ש ע"י שבועת ראובן אלא עיקר הטעם הוא לפי שעתה כבר נתנו לו הרווחים וכיון שנתנו לו לאו כל כמיניהו לאפוקי מיניה ואפי' שבועה א"צ ומה שטוענים שמה שנותנים לו הוא לפי שהיו מוכרחים מחמת השטר שהיה ביד ראובן אין זה כלום כיון שלא מסרו מודעא ולפ"ז פשיטא דאין נ"מ בדין זה כלל מחמת שנשבע ראובן דאפי' אם שמעון מכחישו שלא אמר מעולם מ"מ אין אנו מזכי' לראובן מחמת שנאמן שאמר לו שמעון אלא עיקר הזכות של ראובן מחמת הנתינה שנתנו לו לשם רווחים ומה לנו אם אמר מתחלה או לא אמר ואם לא הי' נותנים לו אף שבועת ראובן אינו מועיל דאף אם האמת כדבריו מ"מ כיון שטוען להד"מ י"ל שא"ל מילי דכדי רק העיקר מחמת נתינה שלאחריו ולכך שפיר השיג על הסמ"ע שכתב דלגבי לוי לא הי' צריך לישבע שטוען שמא רק לגבי שמעון אם מכחישו דבאמת ז"א דמחמת אמירה לא הי' מועיל שבועת ראובן אלא הם היו נשבעין ונפטרין רק ששם עובדא הכי הוי ששמעון הכחישו והלך ראובן ונשבע שהאמת כדבריו

אבל לדינא לא נ"מ מזה דבין נשבע או לא מ"מ זכה ראובן מחמת הנתינה כן הוא ברור בכוונת הב"ח למעיין שם:

ומ"ש הב"ח דעיקר האי דינא תלוי להרא"ש במה דיהיב לי' שמעון לשם רווחא כו' נקט הכי כלפי מה דמיירי התם מלשון תשו' הרא"ש שכתב וז"ל ואפי' אמר טעיתי במה שנתתי לך והחזר לי דאדרבה אלמלא לא דקדק ועמד על החשבון יפה לא הי' נותן לו ומה שטען דמחמת אונס כו' ומזה הוכיח דעיקר הדין מחמת דיהיב ליה לשם רווחא ולכך נקט הב"ח דיהיב לי' שמעון כו' אבל פשיטא דה"ה ומכ"ש אם שמעון ולוי נתנו לו כ"א חלקו דדינא הכי כיון שנתנו לשם ריווח ולא מסרו מודעא וגם משמע לי' להב"ח ששמעון הי' הנותן ממעות השותפות שת"י מדתלי האי דינא בהא דשותפין אחראין כו' והיינו דכיון דשותפי' אחראין כו' א"כ מה שנתן שמעון הוי כשניהם נתנו לו לשם ריווח כיון שהי' בידו לתבוע את שמעון בעד הכל משא"כ אם אין שמעון מחוייב להשיב לו דבר בעד לוי א"כ אף שנתן שמעון לראובן גם חלקו של לוי שפיר הוי מצי טעין לקחתי מעות שהי' ת"י שמעון שלא כדין ואני לא נתרצתי בנתינה זו כלל שנתן שמעון דבאמת לא הי' ריווח כלל כ"כ ולאו כל כמיני' דראובן לזכות במעות של לוי בשביל מה שנתן לו שמעון מעות של אחרים אך דבאמת הדין דשותפין אחראין א"כ מה שלקח ראובן משמעון שפיר זכה בכולו ולוי באמת יכול לחזור על שמעון אם שמעון נתן שלו מדעתו:

סימן פ"ב בכללי מיגו ס"ק ב' וא"כ מנהג עדיף מחזקה צ"ע דהא אם טוען נגד החזקה דאין אדם פורע אף היסת אין המלוה צריך לישבע ונגד המנהג צריך לישבע היסת שלא שינה ממנהג כמבואר במה שהביא דברי רב האי בשערי שבועות ואפשר לפי מ"ש הש"ך לעיל שצריך לישבע אחר הפרעון היסת א"כ י"ל מה שצריך לישבע גבי מנהג היינו לאחר הפרעון אבל אין זה במשמע. ושם ס"ק ך"ד ולא מהימן במיגו דאי בעי אמר לאונסי כו' אני תמה דהתם כיון שעכ"פ הוא עושה עצמו רשע מה בכך שיש לו מיגו כיון דמתורת עדות אתינין עלה והתורה אמרה אל תשת רשע עד והתם עדות של דיני נפשות הוא ופשיטא דלא קטלינן ע"י מיגו שיש לעד:

סימן פ"ד ס"ק ג' ועוד דאי כשטוען הלוה ישבע לי כו' אמאי גובה מיתמי נטעון להו כו' הדבר צ"ע דמאן לימא לן דפוגם שטר תוך זמנו א"צ לישבע נגד היתומים דהא איתא לעיל סי' ע"ח דגבי מיתמי בלא שבועה דוקא כשלא פגמו שאז אף אם הלוה חי וטוען אשתבע לי א"צ לישבע הלכך אף נגד היתומים א"צ לישבע משא"כ פוגם וצ"ע:

סימן פ"ה ס"ק א' הא לא"ה. נאמן ראובן במיגו צ"ע דלקמן ס"ק ג' כתב דאפילו נאמנות כבי תרי לא מהני נגד חזקה זו דאנן סהדי אם כן מאי מהני מיגו הא הוי מיגו במקום

עדים כיון דחזקה זו במקום עדים עומדת וכן צריך עיון לקמן ס"ק ג' בהג"ה כתב דנאמן במיגו דיוכל לומר לא פרעתיך הא הוי מיגו במקום עדים:

בסי' פ"ט ס"ק ח' וכה"ג כתב הרא"ש פרק שור שנגח כו' נלענ"ד דכאן לא היה צריך לזה דאפילו תימא דלא תלוי בעיקר דינא דאיתמר ביה הפלוגתא מ"מ כאן כיון שהדין נותן דהיכא שעובר בבל תלין בעה"ב מהימן ואם לאו שכיר מהימן א"כ ממילא כיון דקי"ל כרב לענין איסורא דבל תלין ודאי דהך בהא תליא:

שם ס"ק ט' לא ירדתי לסוף דעתו דהא בזמנו עסקינן דליכא משום ב"ת כו' ואני לא ירדתי לסוף דעת הש"ך דכוונת הרמב"ן פשוט דהא כיון דמכחיש ליה בעה"ב ואינו משלם לו א"כ אע"ג דהשתא הוא תוך זמנו מ"מ כשיעבור זמנו יעבור משום ב"ת:

שם ס"ק יו"ד דודאי למ"ד אומן קונה כו' כבר כתבתי לעיל שצ"ע על הרמב"ן וש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' עי' שם וכן קשה על דבריו כאן ובאמת קונה בשבח כלי אמרו אבל לא את הכלי עצמו ופשיטא דגם בעה"ב מצי מקדש בו אף בעודן בבית האומן ומיירי לענין לתפוס הכלי על השכירות שפיר כתב הרמב"ן שיש לו בגוף הכלי עד דיהיב ליה שכירותו דמה שהשביח הוא בכלי קני ליה אבל מ"ש הש"ך דהך דכל האומנין ש"ש מיירי בדליכא שבחא זה צ"ע כו' כמ"ש במקום אחר בזה:

סימן צ"ב בסמ"ע ס"ק ט' חשוד על השבועה משום דהני פסולי עדות כו' והנה תמוה דמאי ענינו לכאן דאמרינן דחשוד על ממון חבירו הוא פסול לשבועה. ונראה ברור לפענ"ד שהוא ט"ס וצריך לציין הס"ק אצל תיבת נקרא חשוד הקודם לו וקשיא לסמ"ע מה תלה דין חשוד במי שפסול לעדות מחמת עבירה וע"ז כתב משום דהני פסולי כו' ותיבת חשוב הכתוב בסמ"ע הוא ט"ס וצ"ל להכי תלוי חשוד על השבועה בפסולי עדות בס"ק ז' בסופו צ"ל וכמ"ש בסי' ל"ד בשם הריב"ש עי' שם:

בס"ק וא"ו בסופו וכ"ש דפסול בנשבע שיאכל ואינו אוכל צ"ע דודאי בס"ק ז' שפיר כתב כיון דס"ל דאינו פסול בנשבע שלא יאכל ואכל שהוא בקום ועשה כ"ש שאינו פסול בנשבע שיאכל ואינו אוכל שהוא שב וא"ת משא"כ כאן דמיירי לדיעה הראשונה דס"ל דפסול בשבועה דלהבא דלמא מ"מ לא פסלי רק בקום ועשה וגם הך דחרם אפשר דדוקא בהכי מיירי שעבר בקום ועשה אבל בשב ואל תעשה ס"ל כהריב"ש ואף אם ת"ל שיש דיעות הסוברים לפסול אף בלהבא ובשב וא"ת מ"מ מכאן אין לו הכרח לזה וצ"ע:

סימן צ"ג סעיף ד' בהג"ה היינו אם בא ליטול כו' אין חילוק בין נושא שכר כו' לפענ"ד אין מובן דמה ענין חילוק בין נושא שכר לכאן דאטו דיעה ראשונה ס"ל לחלק שהוצרך לכתוב דדעה זו ס"ל דבא ליטול אין חילוק והמעיין בב"י יראה דשני פלוגתות הם פלוגתא

אחת בין הרמב"ם והרשב"א אם השבועה הוא גם בבא לפטור או דוקא בבא ליטול ופלוגתא שני' בין התוס' והרמב"ם אם חייב שבועה אפילו בנוטל שכר על שליחותו או לא ומעתה הדבר מבואר שיש ט"ס בהג"ה וכן צ"ל היינו אם כו' ובא ליטול וע"ז צריך לכתוב הציון ב"י בשם הרשב"א סי' תתקך"ד אשר בעיגול ואח"כ צ"ל ואין חילוק בין נושא שכר או לא וכן המקבל כו' והוא דעת הב"י ממשמעות הרמב"ם ויש חולקים בזה והוא דעת התוס' והוא ברור ועיינתי בד"מ הארוך שבידי בכת"י והמעיין שם יראה מבואר כמ"ש ואין מוזכר שם ענין בשכר אצל הפלוגתא דבא ליטול והוא ענין אחר לגמרי וקצרתי. ותימא על הסמ"ע ס"ק י"א שנראה שתפס הדברים של הגהות רמ"א כמות שהם ופירש דדוקא כשבא ליטול ריווח או הוצאות אבל בא ליטול שכר שליחות אין חילוק כדמסיק מור"ם ואם ר"ל כשבא ליטול שכר שליחות א"צ שבועה כדין בא לפטר לענ"ד ליתא דכיון דעכ"פ הוא בא להוציא צריך שבועה להרשב"א. ואפשר שבא לומר דהרמ"ה בא לפרש דלא תטעה לומר שהפירוש בא ליטול היינו לומר שהוא שליח הבא בשכרו לזה קאמר דבא ליטול פירושו חלק אבל אין הפירוש שהוא שליח בשכר גם זה הוא תמוה מאוד דפשיטא שאין לפרש בא ליטול היינו שליח בשכר דמאי בא ליטול דקאמר (וגם הרמ"א מסיים ואין חילוק בין בנושא שכר) שעיקר החילוק אם הוא שליח בחנם או אם קצץ לו שכר על שליחותו והמעיין יראה שדברי הרמ"א פשוטין כמ"ש:

ושם ס"ק ך"ו בסמ"ע וכצ"ל ה"ה אם אינו טוען ששמעון יודע בודאי כו' וכן הוא בב"י ועי' ש"ך ס"ק ט"ו במ"ש א"כ ודאי אינו יודע שהרי שמעון לא היה שם בשעה שנתעסק כו' הוא תמוה דהא השתא לא מיירי מזה ששמעון לא נתעסק אדרבה הרי התחיל וכ' ונשתתפו ונשאו ונתנו ביחד והממון כולו ביד ראובן מבואר דהעסק היה ביחד (רק שעתה הממון שנשאר מהשותפים הוא ביד ראובן ולכן ראובן נאמן בשבועה על המנה שת"י שאם לא היה תח"י ראובן לא היה נאמן כלל כדלקמן) וכן מבואר מהא מלתא גופא דנקט שראובן טוען ששמעון יודע בודאי כו' הרי דמיירי בענין ששמעון היה אצל העסק ובסיפא דמיירי ששמעון לא נתעסק אפ"ה מצי למטעון דהכי מתרמי ששמעון יודע וברישא דמיירי בנתעסק בפשיטות כן הוא שהיה שם בשעת העסק ולכן ראובן טוען עליו שיודע ואהא שפיר קשיא להו כיון דס"ס צריך למנקט בגוונא שיוכל להיות ששמעון יודע א"כ א"צ ראובן לטעון ברי והוא פשוט לענ"ד:

שוב ראיתי בב"ח שכתב לתרץ משום דאין רגלים לדבר והיינו כיון שהממון ביד ראובן על הרוב הוא מתעסק כו' ולפענ"ד הוא תמיה שהרי מבואר שנשאו ונתנו יחד (ומ"ש שהממון ביד ראובן כבר כתבתי לעיל) וגם הט"ז כתב התירוץ דאין רגלים לדבר ולפענ"ד

דברי הב"י והסמ"ע נכון דכיון דלפי טענתי' דהשתא טוען שיודע בודאי וא"כ מסתמא היה עכ"פ אצל העסק וכמ"ש בריש דבריו שנשאו ונתנו יחד א"כ אף אם לא היה ברי לראובן ששמעון יודע בודאי היה יכול לגלגל שאין לך רגלים לדבר יותר מזה שסתם שותף נותן לב לדעת עסק המו"מ של השותפות אם עשה והצליח או להיפוך וא"כ בסתם יכול לגלגל עליו כנלענ"ד:

סי' צ"ד ס"ק י"ב בש"ך יש שם חסרון וט"ס במ"ש שוב מצאתי בתשובת הרשב"א כו' ואם זה כופר הכל הו"ל שבועה דרבנן ויכול להפכה עכ"ל הרשב"א ופשוט שאם לא קפץ ונשבע אעפ"י שנסתלקו מן הענין מה בכך הא עכשיו מגלגל עליו כו' כצ"ל וכוונת הש"ך בזה משום דלכאורה היה מקום ללמוד מדברי הרשב"א דאין לגלגל דין שבועה חמורה שנתחייב אלא אם מגלגל תיכף באותו מעמד שנתחייב השבועה אבל אם נסתלקו מן הענין שבועה אחרת הוא זו אף שעדיין לא נשבע שבועה שנתחייב בה דאל"כ מה משמיענו הרשב"א בזה שאם נסתלקו כו' דפשיטא כיון שכבר נשבע שבועה חמורה שנתחייב בה בב"ד מה דין גלגול שייך כיון שכבר נסתלק חיוב עיקר השבועה שהרי כבר נשבע ולכן כתב הש"ך דז"א דודאי כ"ז שלא קפץ ונשבע ועדיין חיוב שבועה מוטלת עליו מה בכך שנסתלקו מהמעמד שחייבוהו השבועה הא עכשיו מגלגל עליו בשעה שבא זה לישבע הוא יכול לגלגל עליו שהרי לא נסתלק מעליו חיוב השבועה ומ"מ אשמעינן הרשב"א בזה שכתב לחלק בין נסתלקו דא"י לגלגל אחר שקפץ ונשבע דאע"ג דמה שקפץ ונשבע היה אחר שכבר רצה זה לגלגל עליו וסד"א כיון שכבר אמר זה התובע שרצה לגלגל עליו קודם שקפץ ונשבע אינו מועיל כיון שזה קפץ ונשבע ושוב נסתלקו מן הענין ולא צווח מיד באותו מעמד שישבע על מה שגלגל עליו אע"ג דלא הוי כמחילת התביעה גופא מ"מ הוי כמחל לו שלא ישבע עוד בתורת גלגול כיון שנסתלקו מן הענין בשתיקה ומה שזה חוזר ותובעו תביעה אחרת הוא זו (והיה נראה לענ"ד שיש ט"ס בתשובת הרשב"א וצ"ל תביעה אחרת הוא זו) ואם הוא כ"ה אין כאן רק שבועה דרבנן כו' כן הוא כוונת הש"ך והוכרח לבאר זה לפי שהיה מקום לומר דמדברי הרשב"א אין כאן ראיה לסתור דברי הטור והש"ע דכיון דהרשב"א כתב דבנסתלקו מן הענין שבועה אחרת הוא י"ל דכוונתו אפילו לא נשבע עיקר שבועה הדין כן וא"כ י"ל דהטור והש"ע מיירו אחר שנסתלקו מן הענין ומ"ש נתחייב לו שבועת התורה ובא לגלגל שבועת היסת ר"ל שאח"כ כשבא לישבע הוא מגלגל שבועת היסת ולא באותו מעמד שנתחייב שבועת התורה ולכן הוא יכול להפך שבועת הגלגול ולזה הוצרך הש"ך לומר דכל שלא קפץ ונשבע אף שנסתלקו מהענין הגלגול דין ש"ח יש לו כיון דעכשיו בעודו

מחויב עיקר השבועה הוא מגלגל עליו רק שהרשב"א מיירי היכא שכבר קפץ ונשבע בזה יש לחלק מחמת שנסתלקו ואשמעינן דאע"ג שכבר רצה לגלגל קודם שקפץ מ"מ כיון ששוב נסתלקו אחר שקפץ וזה לא תבע מיד שבועת הגלגול מה שהוא תובעו עכשיו תביעה אחרת הוא כנלע"ד:

וע"ש שהעתיק הש"ך מתשובת הרשב"א ונשבע בנק"ח על הגלגול וא"י להפכה וברשב"א שלפנינו לא נמצא תיבות אלו וא"י להפכה רק מסיפא שמעינן דמסיים בכ"ה הו"ל שבועה דרבנן ויכול להפכה מכלל דברישא שלא נסתלק א"י להפכה וזה מצי לדייק מתשובת הרשב"א שהביא הב"י ועי' שם בש"ך בסופו וכן מוכח בספר לח"מ כו' דאי הוה עיקר שבועת בנק"ח הוי ניחא נראה דר"ל דמוכח מדהקשה הלח"מ קושית שכתב הש"ך לעיל ס"ק ח' דהא בטענות ודאי בלא"ה יכול להשביעו היסת וקשיא דוקא מדנקט הרמב"ם אפילו היסת אבל אי מיירי הרמב"ם בשבועה בנק"ח הוי ניחא ליה שרוצה לשלם עיקר השבועה שיפטר מלישבע ש"ח על הגלגול כך הוא כוונת הש"ך. ואמנם לענ"ד אין מזה ראיה כלל דודאי ליכא למ"ד שיחלוק ע"ז שצריך לישבע על הגלגול ג"כ בנק"ח כמו על עיקר השבועה רק דהט"ו ס"ל דמ"מ הגלגול קיל לענין זה מעיקר השבועה דאע"ג דעיקר השבועה אין בידו להפך הבו דלא לוסיף עלה לומר שגם הגלגול א"י להפך אלא שפיר יכול להפך הגלגול אע"פ שהוטל עליו טכסיס שבועה עצמה בנק"ח וא"כ אין ראיה מהלח"מ כנל ולכאורה הוי מצי לאתוי' ראיה מתירץ הלח"מ דלעיל דמשמע מדבריו שאם אינו יכול להפך עיקר שבועת היסת מחמת שקיבל עליו אינו יכול להפך גם הגלגול לכך הוא טוען שישלם עיקר השבועה כדי שיוכל להפך הגלגול ע"ש במ"ש הש"ך בשמו ס"ק ח' וא"כ ה"ה בשבועה דאורייתא שא"י להפך מדינא גם הגלגול א"י להפך וכ"ש הוא:

אך לפענ"ד סברת הלח"מ בזה תמוה ובאמת גוף הדין דקיבל עליו א"י להפך אין מוכרח כמ"ש הש"ך סי' כ"ב ס"ק י"ז (וצ"ע שלא הזכיר שם מדברי הלח"מ אלו) ואף להסוברים שם דקיבל מהני מ"מ היינו לענין עיקר השבועה אבל מה"ת לומר שיועיל קבלה זו לענין מה שהוא רוצה לגלגל עליו שיהיה מעיקר שבועת היסת שיכול להפך ואפילו לדעת הש"ך כאן דבש"ח א"י להפך הגלגול דגם הוא דין ש"ח יש לו מ"מ לענין היסת שמדינא יכול להפך רק מצד שקיבל עליו דיינו שיועיל לענין גוף השבועה ולא לענין הגלגול שהרי גם בעיקר השבועה דעת הש"ך דמה שאמר אני נשבע לא מהני ע"ש ואפשר דהש"ך מודה באם אמר בפירוש אני נשבע ולא אהפך ובכה"ג מיירי הלח"מ ומ"מ נראה שאין קבלה זו מועלת לחייבו שלא יהפך הגלגול וצ"ע. ועיין בסמ"ע ס"ק י"ב שכתב וה"ה

איפכא כו' וכ"כ הט"ו בש"ד בסמוך סעיף ח' ולא אמרינן דוקא בש"ד ומטעם שא"י להפכ' כו' וכוונתו די"ל דכאן שאומרים לו אם תרצה תהפוך הכל והנתבע אומר שאינו רוצה להפוך הכל אלא אני רוצה להפוך הגלגולים וי"ל דבכה"ג אין שומעין לו והא דבסעיף ח' שומעין לו שם מיירי שהנתבע טוען אני מרצוני אהפוך הכל אם תרצה לישבע אלא שאתה מעכב ההיפך מצד שהוא ש"ח ואיני יכול להפך שלא מדעתך עכ"פ הגלגולים אהפוך עליך וקמ"ל דגם בהיסת והתובע טוען תהפוך הכל והוא אינו רוצה להפוך רק הגלגולים או איפכא שומעין לו ולפ"ז גם בש"ד דסעיף ח' מיירי אפי' בכה"ג שהתובע אומר אם אתה רוצה להפך תהפוך הכל ואני אשבע גם על העיקר ש"ד עם הגלגולים ואטול והנתבע אומר שאינו רוצה להפוך עיקר השבועה רק הגלגול הדין עם הנתבע:

סימן צ"ה ס"ק ד' ל"ש מודה כו' ל"ש שבועת השומרין דאלו אפקדון דמטלטלים חייב השומר לישבע אבל דברים אלו השומר פטור משבועה דאף דאמרינן עירוב כו' כנ"ל כך נראה להגיה דהא דעיקר פרשיות לא אמרינן הוא טעם אהא דבאלו א"צ לישבע ואף אם לא נגי' צריך לפרש כן דמ"ש דאף דאמרינן כו' הוא חוזר לפרש טעם הדין של הש"ע וצ"ע:

ולפעד"נ דהא הך דעיקר פרשיות לא אמרינן הוא דעת הרא"ש ודעימיה שהובא בס' פ"ח דאף בשבועת השומרים צריך שתי כסף דכסף או כלים גבי שומרים כתיב וא"כ לדעת הרמב"ם דא"צ ב' כסף בשומרים ס"ל דעיקר פרשיות אמרינן וכסף או כלים לא קאי אשומרים א"כ תיקשי דהא הלכה רווחת בישראל דשומרים פטורים משבועות קרקעות וכל אלו ממיעוטא דכסף או כלים וצ"ע לעת הפנאי בש"ס ופוסקים במקומם:

סימן צ"ו סק"ג נ"ל דדקדק כו' אינו מובן דפשיטא למאי דמסיק דבנתינה בגדלות נשבעין אין מקום לכתוב איפכא ואין צורך לאריכות ואפשר שחסר קצת וצ"ל ולא נקט איפכא ולאשמעינן רבותא דאף שהתביעה בקטנות אם הנתינה בגדלות נשבעין ואף בלא הג"ה יש לפרש כן וממ"נ קשיא ליה דהו"ל למינקט איפכא דאי תימא דאיפכא אין נשבעין א"כ למה פרט דוקא כה"ג ולא נקט איפכא דג"כ איכא רבותא שהנתינה בגדלות ואפ"ה אין נשבעין מחמת התביעה דקטנות ואם ס"ל דאיפכא נשבעין ג"כ לא הו"ל לסתום והו"ל לומר די"א הא דנשבעין דוקא כשהנתינה בגדלות אע"פ שהתביעה בקטנות אבל איפכא אין נשבעין וע"ז תירץ הש"ך דהרמ"א לא בא אלא לאפוקי מדעתא קמייתא שהוא לשון הרמב"ם דמיירי בהדיא בנתינה דקטנות וע"ז בא לומר די"א סוברים דבכה"ג אינו נשבע ולא הוצרך להזכיר איפכא בנתינה דגדלות מודה לדעת קמייתא כיון דדעת קמייתא לא מיירי בהכי כלל אבל מ"מ אה"נ דבנתינה דגדלות נשבעין כנלענ"ד בכוונתו ז"ל:

סימן צ"ז בסמ"ע ס"ק ל"ט אף אם אינו ישן אכרים דבריו צ"ע דל"ל הא דאף אם ישן אכרים נוטל הכר כיון שאפשר להיות זולתו אלא שמחזירו כמ"ש שם בס"ק ל"ז ועיין בס"ק למ"ד. ושם ס"ק מ"ג והי' נאמן לטעון עד כדי דמיו ר"ל כמ"ש לעיל ס"ק ך"ד במשכון שלא בעדים נאמן עד כדי דמיו ולענ"ד צ"ע בזה שהמלוה החזיר ללוה בעדים ועדיין ביד הלוה פשיטא דהוא עדיף מאם הוא ביד המלוה ואיכא עדים וראה שהרי אין בידו לטעון להד"מ והחזרתי ואי משום מיגו דאי בעי לא הוי מחזיר זה הוה מיגו למפרע ועיין לעיל סי' ע"ב סעיף י"ח בהג"ה דאפילו אמר בשעה שראו עדים שחייב לו כך א"נ וע"ש בש"ך סעיף קטן כ"א הטעם כיון שעכ"פ הודה בפני עדים שהוא של המערער כו' ויש לחלק דהתם זה מכחיש ואומר להד"ם שאינו חייב משא"כ בזה שהוא מודה שחייב אלא שאומר פרעתי וגם י"ל דשאני הכא דבשעת ראיית העדים בשעה שזה מחזיר לו הרי גם הלוה מודה שחייב לו אלא שזה מחזי' לו המשכן בתורת חזרה ולכן כיון שעכ"פ קודם חזרה היה בידו לטעון עד כדי דמיו אע"ג דאם הי' הלוה מודה בשעת חזרה היה אלו העדים מעידים לשויא ולא הוי מהני המיגו שמקודם להוציא מהלוה אם היה טוען פרעתי מ"מ כיון דבשעת חזרה הודה הלוה לא דייניגן לעדים אלו דין ראה ואזלינן בתר מיגו דהו"ל מעיקרא לטעון כדי דמיו וצ"ע ושם ס"ק מ"ד אף דהחזירו כיון דהחזירו בפני עדים כו'. נראה מדבריו דהא דת"ז לא קאי רק לענין מ"ש המחבר שצריך להתרות בו כו' וס"ל כיון דעכ"פ אתחזק שהי' המשכן אצלו בחזרה מהמלוה אלא שיש לו מיגו שחזר ונתנו ליד המלוה ועל מיגו כזה לא אמרינן שיהא נאמן לומר פרעתי ת"ז והמע"ה והש"ך בס"ק י"א כתב שנ"ל דלעולם היכא דאית ליה מיגו המע"ה ור"ל דאף בכה"ג שהחזיר לו אלא שלא התרה בו ולענ"ד נראה דבכה"ג שהוא ת"ז ולא מצי למימר פרעתי פשיטא דלא מצי המלוה לומר החזרתי לך המשכון דודאי אין זה טענה לפטור ע"א מהחוב דמה לי אם רוצה לפטור עצמו בטענה נתתי לך משכון או שאומר החזרתי המשכון שאין להאמינו כיון שהוא ת"ז ואין לו מיגו דפרעתי ופשוט לענ"ד שאין הלוה יכול לפטור עצמו מהחוב אף בלא עדים מחזרת המשכון אם לא במקום שיש לו מיגו דפרעתי ולולי שאין לפני כעת שום ספר הייתי אומר שכן צ"ל שאל"כ היה נאמן לומר החזרתי במיגו דפרעתי ובלבד שלא יהיה ת"ז אך צ"ע בטור וב"י. ושם בס"ק הנ"ל כתב הסמ"ע ואע"פ שכתבתי לעיל דאינו ממשכנו שלא בש"ה אלא לאחר שעבר הזמ"פ כו' הוא תימא לפענ"ד דהא בסעיף ט"ו מבואר דממשכנין כשלא הגיע הזמ"פ רק להיות בטוח במעותיו רק שהסמ"ע ס"ק כ"ח כתב דה"ה אע"פ שהגיע הזמ"פ כו' אבל עכ"פ עיקר דין משכון בלא הגיע זמ"פ מיירי וצ"ע:

ושם ס"ק ס"ד וכתב בתשובת הרא"ש כוי. אע"פ שהוא מוקדם כו' לא ידעתי אם ר"ל שחוב של ראובן מוקדם מהמשכונא אין זה מעלה ואדרבה בכה"ג ודאי דלא גבי אם לא כתב לו דאקני וגם מ"ש אם תחשוב למשכונא כו' צ"ע בגוף תשובת הרא"ש או בב"י וד"מ ואינם לפני:

סימן צ"ט בש"ך ס"ק ו' וס"ק ז' במ"ש שם דדוקא בענין שלא היה יכול לטעון החזרתי כגון בנאמנות כו'. צ"ע במקום שיש לו מיגו יש לו להיות נאמן כיון שעכ"פ ידוע לנו שזה קיבל עסקא מזה אזדא ליה חזקה מה שביד אדם כו' ואע"פ שהיה יכול לומר שהחזיר ע"ז אין לנו חזקה לומר שזה שלו הוא ואת העיסקא החזיר והרי אף להש"ך אם אין נאמן לומר שהחזיר אמרינן חזקה אע"פ שי"ל שהעיסקא הוציא ואינו בעין וזה שלו הוא ומאמינין לו שזה משל העסק וא"כ מה בכך שהיה יכול לטעון שהחזיר מ"מ עתה כשאומר שזה ממעות העסק ועדיין לא החזיר אין כאן חזקה וצ"ע:

סימן ח' ס"ק י"ב ונ"ל דאיכא גם עדי ראה וגם בסרסור כו' לענ"ד צ"ע ומ"ש מסי' ע"ב ס"ק צ"ז ע"ש שמשיג על במ"ש ששמעון עומד במקום עדי ראה. ולענ"ד אף לפמ"ש שם מ"מ יש לחלק דהתם שהלוה משכן אצל זה מדעתו א"כ אמרינן דמסתמא הוא שלו וכל שהי' נאמן לטעון בו טענינין לזה שהחפץ בידו ואם לא היה לו מיגו דהחזרתי שהי' נאמן לומר שהוא שלו במיגו זה א"כ גם מה שמסרו לזה אמרינן דמסתמא היה שלו משא"כ כאן שהבע"ח תפס חפיצים אלו שלא מדעת הלוה ואין בזה חזקה מה שביד אדם כיון שיש עדים שבא לידו מראובן או בסרסור כו' ומה בכך שזה יכול להחזיק במיגו כל שלא ראינו שהחזיק ונתן החפיצים מידו אמרינן שהוא נאמן במסירתו זאת להחזיקם כשלו כיון שהיה לו מיגו ועיין לעיל סי' צ"ט בש"ך ס"ק וא"ו וס"ק זיין ונראה שלטעמי' אזיל כאן ועיין מ"ש שם:

סימן ק"א בש"ך ס"ק ג' ע"ש מ"ש על דברי דכתובות שאינה הוכחה דגביות ב"ד כמכירה ואי לאו דר"נ היה יכול לטעון אמנם כו' ולפעד"נ לפמ"ש לעיל סי' צ"ט ס"ק וא"ו דעת הרמב"ן וה"ה ותשו' הרשב"א דגם לענין אומר שטר אמנה שייך חזקה מה שביד אדם כו' ועיין בסי' מ"ז ומ"ש לחלק לדעת המחבר והרב דבשטר אין גופו ממון לא אמרינן חזקה זו ס"ל לראשונים אלו אלא אף בלא דר"ג לא מהימן ומ"ש בסי' פ"ו וסי' ס"ו דמה אמנה כבר כתבו דהוי במיגו דמחיל והש"ך כתב דפרוע גופא מחילה הוא וע"ש בסי' פ"ו ס"ק י"א שכתב דגם באמנה שטר בטל ואין לך מחילה גדולה מזו ואמנם מבואר בסי' ס"ו מדברי הש"ך גופא שהתוס' הקשו שם דנימא מיגו דאי בעי מחיל לא ס"ל הכי וא"כ הרי הר"ן תירץ שם כתירץ התוס' וגם כתב עוד תירץ משום דמכסף למחול כו'

והביאו הש"ך סי' מ"ז וסי' פ"ו א"כ הר"ן לשיטתו שפיר הביא מהך דכתובות דשטרות לאו בני גוביינא. ושם בש"ך סוף ס"ק ג' מ"ש והכי משמע מבעה"ת כו' הרשות בידו כיון שיכול למחלו כו' ע"ש לענ"ד ראיה הוא דגם הרשב"א מודה באם הלוה מגביהו מעצמו דהו"ל כמכרו ומה מכרו או מגביהו בחובו ומסתלק שעבוד' דר"נ וע"כ לא קאמר הרשב"א אלא כשהב"ד מגבין לו דבזה י"ל דאלים טפי ואין הב"ד בהגבותם לזה מסלקין כח שעבוד דר"נ אלא השעבו' דר"נ קיים עד שיגבה ממנו שהרי כך למדו מוציאין מזה ונותנין לזה וכל כמה שלא הוציאו מזה ונתנו לזה אף שהגבו השטר לא נסתלק השעבוד כך י"ל לכאורה (השמטה). סי' צ"ו בסמ"ע ס"ק ד' דטענת שומרים על הספק משביעין כו' ונלענ"ד כוונת הרמב"ם במ"ש לפי שאינו נשבע מחמת טענה ר"ל דבשלמא בעלמא כשזה טוען וזה כופר צריך תביעת גדול משא"כ בשומרים שהקטן תובעו שהפקיד לו וזה תובעו שהפקיד לו ע"ז אינו כופר והוא מודה לו ואין כאן טענה רק שזה אומר שנאבד וע"ז צריך שבועה וא"כ מה איכפת לן בנתינה דקטנות שהרי זה מודה לו בנתינ' ואפשר דגם הסמ"ע כוונתו כן אלא שבא ליתן טעם על חיוב שבועה כיון דבהאי קרא דשבועה איש כתיב בפרשה וע"ז קאמר שלא בא למעט טענת ספק דקטן וגדול שוים בה אך לשון הסמ"ע משמע לפרש כן לשון הרמב"ם ולענ"ד כמ"ש. שם ס"ק י"ב והוא מודה לו במקצתן כו' לכאורה הך הודאה במקצת הוא מיותר דהא לענין היסת מירי דחייב אף בשטרות אפילו בכ"ה וע"ז קאמר דלקטן אין נשבעין ואם דעתו דבכ"ה בלא שטרות הו"ל תקנתא לתקנתא הא ליתא כמבואר להדיא שתיקנו היסת בקטן אף בכ"ה וכן בשטרות שתיקנו היסת הוא אף בכ"ה כמבואר בסי' צ"ה וא"כ ע"ז קאמר הכא דמ"מ בקטן ושטרות הו"ל תקנתא לתקנתא וא"כ מה דקאמר שמודה מקצתן הוא למותר דהא ודאי שאין בזה חיוב מ"מ מצד קטן או מצד שטרות רק מחמת חיוב ההיסת ואף שי"ל שלרבותא קאמר דאפילו בכה"ג דאיכא דררא דש"ד מ"מ לשונו צ"ע דמשמעות דבריו דעיקר הדין ליתא אלא בכה"ג ואפשר שיש חסרון תיבה ואפשר שכצ"ל פירוש אפילו טוענו שטרות והוא מודה לו מקצתן ושם בש"ך ס"ק ה' ומשביעו היסת לאחר הפרעון נראה דנקט הכי לדעת המחבר אבל להרמ"א בע"א הוא משביעו לאחר הפרעון ש"ד:

בסימן ק"ד בסמ"ע ס"ק א' גם מ"ש מור"ם אח"ז בהג"ה ועוד דאם יגבם המאוחר כו' צ"ע דודאי רמ"א דקאמר ודוקא כשבא לגבות קרקע אבל כשבא לגבות מטלטלים כו' שהוא מחלק בין קרקע למטלטלי ודאי דלא מיירי במטלטלין אג"ק ומ"מ הש"ע דקאמר בין מקרקע ובין מטלטלין שפיר מיירי במטלטלין אג"ק שם בש"ך סעיף קטן ז' וה"ה מעות שהלוה חייב בעד השטרות הוי כמו דאקני כו' ולענ"ד צ"ע דודאי הכא מיירי אף

שההלואות אלו נעשו קודם שלוה ולוה וכן מיירי עיקר הדין דמטלטלין אין דין קדימה וא"ל כיון דשטרות אינם ממון אם כן התחלת הממון בא אחר שגובין השטרות והו"ל דאקני ז"א דודאי אף קודם הגוביינא נשתעבד חוב השטרות האלו לשני המלוין סי' ק"ה בש"ך. סק"ב ואפ"ה גבי טלית שהגביהו יחד כו' לענ"ד צ"ע דהתם הא דזכי לנפשיה הוא בא ע"י זה דזכי לחבריה דזולת זה לא היה אפשר לזכות לנפשיה דתעשה חציו השניה כמונחת ע"ג קרקע משא"כ בהא דתופס לבע"ח שאין זכיית נפשו תלוי במה שזכה לאחר ג"כ, בסמ"ע שם ס"ק י"א במקום דלית פסידא לבע"ח או שאין המלוה בפנינו כו' לענ"ד הך או שאין המלוה בפנינו הוא ט"ס דהא בסיפא מיירי הכא שאין המלוה בפנינו וקאמר שאם אין הבע"ח כאן כו' ואפי' אם היה הלוה מודה כו' מבואר דמכ"ש אם מכחיש שאין יכול לתפוס וא"ל דמה דקאמר או שאין המלוה בפנינו ר"ל ואיכא פסידא לבע"ח ז"א דמ"מ אם הלוה מודה אפילו תפיסה דעלמא מהני כמ"ש הסמ"ע כאן לבסוף ואם הלוה מכחיש אף הנפקד אין יכול לתפוס כדמשמע להדיא מדברי הסמ"ע לקמן שכתב דכיון דהלוה מודה ודאי שא"צ להחזירה דהא כתב הטור והמחבר בסעיף ג' דדוקא אם מכחיש כו' מבואר דבמכחיש אף בפקדון ס"ל דא"י לתפוס. סי' ק"ז בש"ך ס"ק ב' דבמטלטלין אין דין קדימה כדלעיל סימן ק"ד כו' צ"ע דמאי ענין דין קדימה לכאן דהא לענין טריפת לקוחות או מקבל מתנה מיירי ופשיטא דאין דין טרופה במטלטלין ואם נגי' שצ"ל אין דין טרופה צ"ע מ"ש כדלעיל סימן ק"ד דהא התם בקדימה מיירי ואפשר שר"ל כלפי מ"ש הרא"ש שם דלא גבי אף מיתומים שנתנו במתנה אע"ג דבשעת מיתה קדם השעבוד של בע"ח למתנה ע"ש וע"ז כ' דטעמיה דאף דנימא מטלטלין בזה"ז כמקרקע מ"מ דינא הכי דאין דין קדימה במטלטלים אף בזה"ז:

אך לפענ"ד דהרא"ש לאו משום דאין דין קדימה אתי עלה רק ס"ל דהשעבוד הקודם אין מועיל לגבות ממשעובדים של מטלטלין דלא סמיך עלייהו וכמ"ש הש"ך ואפשר כוונת הש"ך להוכיח משם דכמו דאין דין קדימה במטלטלין כמ"ש סי' ק"ד והיינו אף לאחר תקנת הגאונים ואף בזה"ז לדברי הרא"ש שהרי כתב לעיל סימן ק"ד הך דינא להלכה פסוקה ומינה דאף דגם לענין דין טרופה אינו במטלטלין בזה"ז. ולפ"ז אפשר שיש להגיה בש"ך וכצ"ל דלענין לקוחות לא אמרינן הכי וכמו דקי"ל דבמטלטלין אין דין קדימה. סימן ק"ז בסמ"ע ס"ק י"ג אלא ה"ה במטלטלין כו' דין מעות עליהם כיון שיכול להוליכן כו' צ"ע דהא לפי הטעם שכתב בס"ק שלפני זה דלמא גזולה הוא כו' א"כ פשיטא דמטלטלין לא דמי למעות דגם במטלטלין יש חשש דלמא גזולה הוא כמו

בקרקע ואין בזה תקנת השוק בפרע חובו כמבואר בסימן שנ"ו ועיין לעיל סימן ל"ז בסמ"ע ס"ק מ"ד:

ומצאתי בפרישה שהוא בעצמו כתב שם דלפי הך טעמא דדלמא ארעא גזולה כו' גם במטלטלין א"י לסלקו מהך טעמא ע"ש ושם באורך הביא דברי הסמ"ע בשני הס"ק בפשיטות וצ"ע ועיין בקצה"ח שתמה על הסמ"ע שחולק על הב"י סימן כ"ב ואע"ג דמדברי הטור סי' ק"ז כו' ע"ש ולא ראה בפרישה שהרגיש בכל זה. ושם בסמ"ע ס"ק כ"ג ובא האח הג' שיחזרו לו כו' ר"ל שהאח הג' לא היה בעיר ואינו מודה לבע"ח שאומר שאביהם חייב לו והו"ל כגזל ולא נתייאשו הבעלים דרצה מזה גובה כן הוא בשו"ת הרא"ש כלל ע"ט סי' ע"ט ומ"ש כלל פ' הוא ט"ס. ושם ס"ק כ"ד והטעם דאם נשארו כו' עיין בשו"ת הרא"ש כלל ע"ט סי' ח' שכתב בדרך כ"ש בנידון זה שחצי החוב מוטל על ראובן כו' ומתחלה כתב דלא שייך אין נפרעין כו' בשעבוד ששעבדו היתומים וכמו בלוקח שמכר אחד משדותיו ללוי דאמרינן רצה מזה גובה כו' ע"ש ונ"ל שאפשר שחסר איזה תיבות בסמ"ע וכצ"ל והטעם השני כתב הרא"ש בתשו' ובקצה"ח ובנתיבות המשפט נראה שלא ראו בדברי הרא"ש גופיה ועיין מ"ש בקצה"ח שם להקשות מהא דאם מכר היורש והניח אצלו בע"ח שיכול הלוקח לומר הנחתי ולעד"נ לחלק בפשיטות דודאי היורש כיון שהוא בא למכור בנכסים מכח ירושת אביו במקום אביו קאי לפרוע חובו ג"כ וממילא דהתקנה במקומה דאין נפרעין כו' משא"כ בשני יורשין שכ"א במקום אביו קאי על החצי לבד ובזה מדמי הרא"ש ללוקח מן הלוקח שהלוקח הראשון שלקח כל השדות כל שדה בפ"ע יש לו עליו זכות בפ"ע מחמת קנינו והרי הוא לגביה כאלו הוא לוקח אחר ולפיכך שפיר רצה מזה גובה וא"י לומר הנחתי וזהו הסברא שמכח טרפא בא עליה:

סימן קי"א בש"ך ס"ק ט"ו ודלא כמ"ש הב"ח ר"ל דהב"ח כתב דזה מדינא דגמרא דמהני אגב במטלטלין ומ"מ אח"כ בס"ק ט"ז נקט ג"כ פירוש הב"ח דקאי לדינא דש"ס ואפשר שט"ס הוא בש"ך ושני הס"ק אחת הם ויש חסרון וט"ס וכצ"ל דאל"כ לא הו"ל לטור לסתום אלא לפרש דמיירי לדינא דש"ס אלא ודאי (הך תיבת או הוא ר"ת אלא ודאי) מיירי לדידן בשטרות דלית בהו כו' וצ"ע ועיין בסמ"ע ס"ק מ"ב כתב בעצמו שי"ל דקאי לדינא דש"ס וא"כ י"ל שכך הם דברי הש"ך. ושם בש"ך ס"ק כ"א ויחלוקו אף כשגובין קרקע כו' שייך טפי בקרקע כצ"ל ור"ל וא"כ היה לנו לדון דין קדימה. ולולא דמסתפינא ה"א שהוא ס"ק אחד עם ס"ק ך' וכצ"ל והוא פשוט בש"ס וכל הפוסקים ולכן יחלוקו אף כשגובין קרקע אף דשעבודא דר"נ שייך בקרקע כו' ור"ל כלפי מ"ש הב"ח הטעם דבמטלטלין

שלא היה ברשותו לא חל שעבודא דבאמת לא מהאי טעמא הוא דאפילו בקרקע שקנה אח"כ דחייל שעבודא מ"מ חל לשניהם בשוה ומכ"ש במטלטלין אנ"ק שכתב דאקני, סימן קי"ב בש"ך ס"ק ה' בסופו ודוחק ליישב דברי הסמ"ע דכאן באו לטרוף מלוקח כו' הוא תמוה מאד דהא המאוחר טוען שאחר שלוה משניהם קנה א"כ היאך יכולים לטרוף מלוקח כיון דמיירי שלא היה כתוב בשטר דאקני כמבואר בש"ע ומכ"ש שתמוה מ"ש דלהטור שאין יכול לטרוף מהלוקח א"כ אם איתא דכאן באו לטרוף מלוקח הרי הוא של מאוחר כו' אין מובן לדברים אלו כלל דבאמת היאך יוכלו לטרוף מהלוקח להטור וגם למה יטרוף המאוחר הכל ונראה שיש חסרון וט"ס בדבריו וצריך לדחוק דכוונתו שקו' הסמ"ע הוא דלינקוט בכה"ג שטוען המאוחר ביני וביני קנאם וכשבאו לטרוף מהלוקח דאז לטענת המאוחר הוא גובה הכל שהרי הראשון לא היה לו דאקני. ועל זה כתב דלהטור א"א לטרוף מהלוקח שהלוקח יכול לומר שאח"כ קנאם ואז המוקדם מברר שכדבריו כן הוא שקנה קודם הלואתו א"כ פשיטא שהוא של המוקדם וע"כ שהמוקדם אינו מברר רק שהמאוחר מברר בעדים שקנה קודם הלואתו וכיון שהמוקדם אין לו בירור ע"ז ממילא שהוא אין בידו לגבות כלל מהלוקח אליבא דהטור והמאוחר שהוא מברר שקנה קודם הלואתו הוא הטורף הכל כן צ"ל בכוונת הש"ך בזה. ובאמת שדעת הסמ"ע בסי' ק"ד ס"ק ט"ו וי"ט כן הוא דקנה ביני וביני השני קודם (ועי' בט"ז שלא השיג על הסמ"ע רק במ"ש כן בשם הט"ו ולענ"ד אפשר שתיבת הטור והמחבר הכתוב בסמ"ע ט"ס הוא) והש"ך שם ס"ק י"ד השיג עליו והביא שם דברי הג"ה דס"ל לראשון משתעבד וכמו שנוטה דעת אביו הגאון ז"ל כאן והש"ך שם דעתו שיחלוקו וכמ"ש אביו ז"ל דלכל הפחות יחלוקו ולזה רימז הש"ך כאן לסי' הנ"ל. ועכ"פ א"א להסב כוונת הסמ"ע דר"ל על לקוחות רק הסמ"ע כ"כ לשיטתו שם סי' קי"ג בסמ"ע ס"ק א' ללמדינו דאף קודם תקה"ש כו' דבריו צ"ע דמאי ענין תקה"ש לכאן דענין תקה"ש בזה נאמר לענין שעבוד מטלטלי אנ"ק דהתם אית ליה קלא כמ"ש בתשובת הרא"ש ועי' לקמן ס"ק י' ובזמן הש"ס לא היה תקה"ש לפי שלא הורגלו לכתוב אנ"ק והו"ל לא שכיח משא"כ עתה שהורגלו לכתוב אנ"ק עשו תקה"ש כמ"ש הש"ך טעמא דמלתא לעיל סי' ס' אבל כאן דמיירי בלא שעבוד אנ"ק שפיר י"ל במטלטלין משום דל"ל קלא ואפילו מדינא דש"ס קודם תקה"ש אמרינן הכי לענין עשה שורו אפותיקו ואע"ג דבשעבד אנ"ק גובה מטלטלין ולא חיישינן לתקה"ש כה"ג משום דאיכא קלא משא"כ היכא דליכא קלא:

ואמנם לכאורה בלא"ה לא קשה קושית הסמ"ע דודאי אי לאו טעמא דיכול להבריחם שפיר הוי גבי ממטלטלים ואפילו בלא אפותיקי וא"ל דל"ל קלא ז"א כיון שלוה בשטר

הרי יש קול שזה לוה מזה ומטלטלין משועבד לבע"ח אך לבתר דאיכא טעמא רבא במטלטלים דלא גבי משום דיכול להבריחם שפיר אמרינן דאף בעשה אפותיקי אינו גובה דאע"ג דהשטר עצמו יש לו קול מ"מ מה שעשה מטלטלין לאפותיקי אין קול ע"ז והלכך לא מצי גבי מהמטלטלין של אפותיקי כמו אם היה מלוה ע"פ. אבל בלא טעמא דיכול להבריחם היה טורף מכל המטלטלין אם הוא הלואה בשטר שהשטר יש לו קול ואמנם כן אפשר ליישב כוונת הסמ"ע דגם הוא ס"ל כמ"ש אלא דמ"מ הוי קשיא ליה דלדידן השתא דאפילו מטלטלי אג"ק לא גבי משום תקה"ש א"כ פשיטא דבשאר מטלטלין סגי בטעמא דל"ל קלא דאיכא תקה"ש שהלוקח לא ידע להזהר וא"ל דכשידע שזה נתחייב בשטר יזהר מליקח ז"א דהא אף מטלטלין אג"ק דאית ליה קלא וידע להזהר עשו תקה"ש שאין לך אדם לוקח חפץ מחבירו דרוב ב"א הם צריכים ללוות זה מזה א"כ אף במטלטלין בלא אג"ק כ"ש הוא שיש לעשות תקה"ש מחמת זה וע"ז משני הסמ"ע דנ"מ מהך טעמא לדינא דש"ס קודם תקה"ש וצ"ל דלא ס"ל טעמא דהש"ך דבזמנם לא עשו תקה"ש דאל"כ לא הוי משני הסמ"ע מידי דהא אף בזמנם שלא עשו תקה"ש לענין אג"ק משום שלא הורגלו לכתוב מ"מ בזה הו"ל לעשות תקה"ש שלא יטרוף מטלטלים בסתם שטר שאין בו שעבוד אג"ק וגם י"ל דשפיר ס"ל כסברת הש"ך ומ"מ י"ל דאם כותב בשטר בפירוש שעבוד מטלטלי בלא אג"ק היה מועיל כיון שלא הורגלו לכתוב שעבוד מטלטלין ולכן צריך טעמא דהברחה (אך י"ל דז"א דכה"ג שכתב שעבוד מטלטלין בפירוש ג"כ מיקרי סמוך עלייהו וכמו אפותיקי דמ"ש הסמ"ע מאפותיקי דהוי סמיך ל"ד אפותיקי אלא כיון שהשעבוד כתב בפירוש הא קמן דסמיך עליו וצ"ע) אך מ"ש הסמ"ע הקושיא משום דהו"ל למינקט טעמא דל"ל קלא לא משמע כן דמקשה משום תקה"ש דהא אם כוונתו משום תקנת השוק לא איכפת לן בקלא ושפיר י"ל דאיכא קלא מחמת השטר ומ"מ אין לגבות מחמת תקה"ש. וגם י"ל דבשלמא בתר דקים לן לחלק בין קרקע למטלטלין משום הברחה שפיר י"ל דמשום תקה"ש אמרינן מה שנכתב אג"ק כאלו לא נכתב וממילא דלא גבי ממטלטלין דלא סמיך משום הברחה משא"כ בקרקע דסמיך משא"כ בלא הך טעמא דלא סמיך אם נימא מחמת תקה"ש לא גבי מטלטלין משום שאין לך אדם שיקנה חפץ גם בקרקע נימא הכי ומה"ת לחלק בין מטלטלין לקרקע כיון שהמלוה בשטר יש לו קול וסמיכתו על קרקע ומטלטלין בשוה ועי' בפרישה שהאריך קצת בקושיא זו ותירוצו שם באופן אחר ממ"ש בסמ"ע כאן עי"ש:

ושם בש"ך ס"ק א' ול"נ דהטור ר"ל אפילו אחר תקנת הגאונים כו' אין תירוצו מובן דהא הסמ"ע מייתי מאפותיקי דסמיך עליה ואפ"ה לא גבי משום דל"ל קלא וא"כ מאי מייתי

הש"ך דברי הרא"ש דבזה"ז סמיך עלייהו ואפ"ה לא גבי מלוקח וע"כ משום הברחה ז"א דלו יהא אפותיקי בזמן הש"ס דטעמא משום קלא ולא משום הברחה ונראה דהש"ך ס"ל כמש"ל בדברי הסמ"ע דשפיר איכא קלא מחמת השטר גופא רק שי"ל דאפותיקי אע"ג דסמיך לא גבי משום דל"ל קלא לשעבוד מטלטלין דדוקא כשבא לקנות קרקע הקול יוצא שזה קונה קרקע משועבדת לפלוני והיה לו ליזהר משא"כ כשבא לקנות מטלטלין אין קול לשעבודא לפי שיודעין שאינו סומך עליהן ע' שיוכל להיות שיאבדו וא"כ פשיטא שא"צ לטעם הברחה ובכל מטלטלין ר"ל כן ולכן כתב הש"ך דלבתר תקנת הגאונים שהמטלטלין כקרקע שהוא סומך עליהם ואינו חושש שיאבדו מ"מ לגבי טריפת לקוחות שפיר אמרינן דלא סמיך כיון שבמתכוין יכול להבריחם. אך בענין עשה עבדו אפותיקי מבואר דעיקר הקול תלוי בשעבוד שהשעבוד יש לו קול ולא במכירת חפץ ועי' בלשון בעה"ת שהביא בב"י דכיון דל"ל קלא לא סמיך עלייהו וצ"ע מה ענין זה לזה ולפמ"ש י"ל וצ"ע בבעה"ת גופא ועי' בלשון הש"ך סי' ק"ד ס"ק ב' שכתב דמ"מ אין סמיכות בע"ח עליהם לענין לקוחות כיון דלית להו קלא ויכול להבריחם הרי שהרכיב ענין קול והברחה יחד וצ"ע:

ושם בסמ"ע ס"ק ו' כבר כתבתי דהיינו דוקא כשאינו רוצה לסלק כו' וכמ"ש הטור והמחבר סעיף ז'. ולכאורה אין זה ענין לכאן דהתם המלוה רוצה לקבל בעד כל החוב ואיכא פסידא למלוה משא"כ בזה שגם המלוה אינו רוצה לקבל כפי השומא. ואפשר שהוא ט"ס וצ"ל סוף סעיף ו' ור"ל מ"ש שם ולא יהיה כל החוב פרוע אין שומעין לו ועי' שם בסמ"ע ס"ק י"ח אבל אם יהיה כל החוב פרוע מצי לסלקו כיון דעדיין לא גבהו המלוה וא"כ גם כאן בס"ק זה מיירי הסמ"ע בלא גבהו אבל ז"א דמבואר בסמ"ע ס"ק ד' דבהך דינא דעשו שומא ולא גבהו לא פליגי כלל רק בגבהו דוקא פליגי הרא"ש והרמב"ם. ועי' בש"ך שכתב שזה טעות כו' והיינו משום דהפלוגתא בגבהו מיירי וקרוב לומר שהוא ט"ס בסמ"ע (והיה כתוב והת"ד והוא ר"ת והוא הדין והדפיסו והיינו דוקא) וצ"ל וה"ה כשאינו רוצה כו' ור"ל דבכה"ג נמי א"י לסלקו אף שלא בא ליד המלוה ובאמת שצ"ע על הסמ"ע ס"ק י"ח שכתב כיון דעדיין לא גבהו דהא אדברי המחבר קאי ולהמחבר שפוסק כהרמב"ם אף בגבהו כשרוצה לסלק שומא הדרא. ואפשר לפי שמקור הדין של המחבר שם הוא מדברי הרא"ש כתב כן עי' שם:

בסי' קי"ד סק"א מ"ש לא הבנתי דבריו ול"ד לקמן ס"ס ז' דהתם המלוה אומר לא ישימו כו' משום הא לא אריא וכמ"ש הסמ"ע לקמ' ס"ק י"ט כיון דלוקח צועק ואומר ישימו

לי כו' אבל החילוק פשוט בלא זה דהתם המלוה רוצה לקבל בעד כל חובו משא"כ בזה שגם המלוה אין רוצה לקבל אלא כפי השומא וכמש"ל על הסמ"ע ס"ק ו' עי' שם:
ושם בש"ך ס"ק ב' וזה טעות דהכא אפילו ירצה כו' לענ"ד כדבריו כן הוא אלא שט"ס נפל בסמ"ע וצ"ל דהיינו דוקא כשגבהו (ור"ל לפי שהרמ"א סתם הדברים ומשמע דבשומא והכרזה לחוד תליא וז"א דגבהו ג"כ בעינן דאל"כ יכול לסלקו כל החוב) או כשאינו רוצה לסלקו כו' ועיין מש"ל בדברי הסמ"ע בזה. אלה הדברים אשר העליתי בהשכלת בראשית דרך לימודי ורובם מימי חורפי ולא נתנני הזמן לחזור עליהם שוב שנית וחקקתים להשלים ולהפיק רצון התלמידים וקצת משכילים אשר נפשם קצה ברוב דברים ואריכות פלפולין תליסר גוילים ורוצים לשנות דרך קצרה ותפסתי במקצת סימנים שהתלמידים רגילים ללמוד ולשנות בהם ואף בהם שיירתי לעצמי הגהת נפלאים וענינים רבים כי קצר המצע אפס רגע אעלה מה שכתבתי משחר טל ילדות בעת האיר לעולם שו"ת הרי"ף שנדפסו בק"ק ליוורנו ומידי עברי עלייהו אורו עיני בקצת ענינים ואכתוב פה את אשר יש בו נוגע לח"מ בקוצר מופלג:
בשו"ת הרי"ף סי' ד' עיין בש"ך סי' קכ"א ס"ק כ"ב ותראה שדברי הרמב"ם לקוחים משם ודוק ותשכח הדברים על בוריים בשו"ת הרי"ף סי' ס"ט ע"ש הענין ששמעון היה חייב שבועה לראובן וראובן הוציא שטר שנתרצה שמעון לישבע וליטול כו' והיא התשובה שהביא בעה"ע שהביא הש"ך סי' ר"ב ס"ק ך' ובש"ך שם יש ט"ס וכצ"ל ואפשר הב"י במעשה שלו פסק כן משום שכבר נשבע ולא שייך לומר מי יימר דמשתבע אבל בעלמא אפשר כו' כמ"ש ומ"מ גם דינו דהב"י לא מסתבר דאכתי שייך לומר מי יימר דמשתבע בב"ד וגם בנק"ח ועוד דהא מ"מ הו"ל גל"מ ולא ממון עצמו כצ"ל:
ושם בשו"ת הרי"ף סי' צ"ז ראובן תבע את שמעון כו' עיין בסמ"ע וש"ך סי' צ"ו הבאתי דברי הרי"ף בתשובה זו שמשם למד הרמב"ן את דינו אך מבואר למעיין בתשובה זו דלא מחלק כמ"ש ה"ה דדוקא באינו מאמינו פטור ע"ש באורך וכבר כתבתי שם שדבריו סותרים למ"ש בעצמו בסי' קס"ח ובסי' רנ"א יעו"ש שכל מה שכתבו האחרוני' בענין זה אין מעלה ארוכה למ"ש בתשובת הרי"ף ומ"ש כאן סי' צ"ז וז"ל ובו אמרו ובפני עצמן לא אמרן אלא שבועה דאורייתא אבל שבועה דרבנן משבעינן ליה ולא ידענא אהייא קאי ונראה דקאי אמה שאמרו נכסים שאין להם אחריות נזקקין נכסים שיש להם אחריות אבל בפ"ע לא אהא קאמר דבפ"ע לא אמרן כו' גם מ"ש הכ"מ והש"ך אקושיא דאמאי חייב כיון שזה אינו מאמינו מבואר בתשובת הרי"ף דאע"ג דאין מאמינו וטוען שהשטר לא היה מקוים מ"מ בתר טענת התובע אזלינן כיון שהוא טוען הי' לי בו ראיה יש לחייבו

כמו אם טוען מסרתי לך בגד שוה י' זהובים שמחייבין הנתבע שבועה ואין אומרים יביא ראיה שהיה שוה י' והוא קרוב לדבריהם ז"ל:

ומ"ש הש"ך דע"כ הנתבע יודע שיש בו ראיה שהרי טוען להד"ם א"צ לזה כיון שעכ"פ לפי דברי התובע יש לו בו ראיה וזה מטמינו. ושם בשו"ת הרי"ף סי' קכ"ד ראובן היה חייב כו' תשובה פשרה זו בטלה היא כו' ויש כאן ט"ס וכצ"ל אבל אלו עשו ביניהם הפשרה כתיקונה ולא הזכירו השבועה כו' ועיין בב"י ח"מ סי' כ"ה שבעה"ע הביא התשובה בשמו ונראה בכוונת הרי"ף כמ"ש הש"ך שם בשם בה"ג דכיון שאמרו שמכר השבועה שחייב לו ועתה שהביא ראיה בממון שבועה אין כאן פשרה אין כאן משא"כ כשלא הזכירו השבועה כו' ר"ל דדוקא ע"ד המבואר בשאלה שהזכיר בפשרה שלא ישבע משא"כ אם היתה הפשרה שהוא מוחל עיקר התביעה ולא הזכיר בענין הפשרה עסק שבועה אמרינן עביד אינש דמזבין דיניה והרמ"א נקט בלישני' ודוקא שגילה בדעתו שעשה הפשרה משום השבועה או כדומה לזה לענ"ד לא משמע הכי וצ"ע:

ושם בסי' קכ"ה בענין דברים העשויים להשאיל כו' שאם זה שיוצא מתח"י אינו עשוי לשאול ולשכור חפץ כזה כגון אם יוצא ספר מתחת ידו והוא ע"ה ואין לו בנים שילמדו ממנו נאמן לטעון לקוח ע"ש ויש ללמוד מזה לכל כיוצא בו ועיין בח"מ סי' ע"ב סעיף י"ט.. ושם סי' קל"ו מ"ש זהו אבק רבית הוא כו' לא ידעתי למה אם לא דמיירי שפירש בהדיא בשעת נתינת השטר שאינו שוה כ"כ ובשביל שימתין לו הוא נותן יותר ואמנם צ"ע מ"ש שהמלוה צריך לישבע כדין מפיק שטרא ואמר פריעא הוא ובש"ע סי' פ"ב מבואר דבטענת רבית אינו יכול להשביעו ואולי מיירי שם בענין שהמלוה מודה וטוען בהיתר נטלתי ומ"מ צ"ע דהו"ל לפרושי דדוקא אי טעין אשתבע לי דינא הכי ושם בסי' ר"ט הנה על תחלת דבריו כבר תמה בעה"ת והביאו הש"ך סי' צ"ז אך מ"ש לחלק בין בגדי אשתו לכלי זהב ובדולח וכתב דבזה דעתו שתתקשט אשתו ותתפרנס מהם משא"כ בבגדים שהם כלים ונפסדים אין דעתו עליהם והלכך ב"ח גובה מהם אם לא הי' תנאי בשעת נישואין שיכניסם לה ע"ש ונראה שמכאן הוציא מהרי"ק שורש י' הובאו באה"ע סי' צ' וע"ש בב"ש ס"ק י"ג שכתב דהטור מיירי שהיא הכניסה ולכאורה ליתא דהא מסיים בה וכן מה שהחתן פוסק לה א"י למוכרן ומשמע דאכולה מלתא קאי אף אכלי זהב אך לפמ"ש בתשובה זו וכן מבואר מדברי הרמב"ם הובא בח"מ סי' צ"ז סעיף כ"ו דמה שפסק לה בשעת נשואין שוה למה שהכניסה וכ"כ באה"ע בכמה דוכתי שפיר קאמר הב"ש וע"כ לא קאמר מהרי"ק אלא במה שקונה לה אחר נישואין וכמבואר בדברי הרי"ף בתשובה, זו וגם משמע הכא דאין לחלק בין בגדי חול לשבת וכ"ש חולקים בח"מ

סי' צ"ז סעיף ו' דהא כתב הטעם כיון שהם כלים ונפסדים אין דעתו עליהם אך מצאתי בתשובה סי' רנ"ח לענין אם ב"ח גובה מבגדי אשה ותכשיטים כתב דאהך דמקדיש כו' ואיתמר נמי האחין שחלקו כו' נתברר שאין רשאי להחזיק ולמכור מה שלקח לאשתו ולבניו אלא שבירושלמי אמרו אבל לא של רגל ושל שבת הלכך כל שהי' מן הבגדי המעולים וכ"ש כלי זהב ובדולח יש לו למכור אותם אבל אם היתה ממשפחה מיוחסת יש לה לעכב עליו כמו שאמרו עולה עמו כו' ע"ש ושם בסי' קס"ט סופר שהוא כותב כו' ואמרינן נמי אין עד נעשה דיין בדאורייתא הנה בדין עד נעשה דיין הארכתי ושם הבאתי דברי השבות יעקב חלק א מה שמשיג שם על כל הפוסקים מלשון רבינו ירוחם ובעה"ע ואם הי' לפניו שו"ת הרי"ף לא הי' כותב כן שמבואר דגם מטעם אין עד נעשה דיין אתי עלה (ועיין בשו"ת הרי"ף סי' קצ"ז משמע דס"ל שעבודא דאורייתא ודלא כמ"ש הש"ך סי' ל"ט לדעתו). ושם בסי' ק"ה ראובן שמשכן חצר כו' מבואר דאף במשכן קרקע לזמן ועבר הזמן נותנין לו שלשים יום אע"פ שהתנה שלא יורידנו בשומא אבל במטלטלין א"צ ל' יום רק כדי שימכרהו לבד ומשמע דבקרקע אם לא התנה שלא יורידנו בשומא אז אם בא ליפרע ממנו צריך לעשות שומא עלי' כמו שאר גביית חוב מהקרקע ולפ"ז צ"ע בדברי הש"ך סי' ע"ג ס"ק ל"ו ועיין בש"ך סי' ק' ס"ק א' בשם רש"ל והוא כדברי הרי"ף דבמטלטלין שעבר הזמן אין ממתינין ועיין בט"ז מה שמחלק בין ההיא דהתם להך דסימן ע"ג ודבריו צ"ע ועיין בשו"ת הרי"ף סי' רע"א:

ושם בתשובת הרי"ף סי' רס"ד ראובן הוציא שט"ח כו' ע"ש ובסי' רע"ח מבואר דמחלק בין אם כתוב נאמנות כשני עדים יכול לטעון סטראי על הכתיבת יד ובין אם כתב נאמנות סתם ומתבאר מדבריו שדברי הסמ"ע סי' ע"א ס"ק כ"א מכוונים להלכה ודלא כש"ך שם ס"ק ך"ד ע"ש. ושם בסי' קנ"ג בדין מום במקח עיין ברמב"ם פרק ט"ו מהלכות מכירה מ"ש שם נשתמש במקח שאינו מחזיר וכתב ה"ה שיצא לו זה ממה שאמרו חזקה אין אדם שותה כו' ולכאורה לפ"ז היה לנו לומר דאף כשנותן הדמים מסתמא לא נתן אא"כ בדק וראה ונפייס הוא אך הרי"ף בתשובה זו ביאר החילוק על נכון ע"ש גם כתב שאפשר שלא אמרו כן אלא משום חומרא שהחמירו בבנות ישראל שלא ינהגו בהם מנהג הפקר ע"ש גם משמע מדבריו דאם ראה ולא תבע כבר מפויס הוא שהרי כתב שהלוקח חייב שבועה שלא ראה אלא אותה שעה שתבע ואולי י"ל דכוונתו דאם ראה זמן מה קודם שתבע הרי נשתמש בחצר והוי כדינו של הרמב"ם ומ"ש כל מום שבראיה בעלמא וא"צ לבקיאים אמרינן ראה ונפייס היינו בשעה שקנה דוקא שאז בודאי בראיה בעלמא סגי

ליה אמנם צ"ע שהתחיל שזה שטוען שמעון מחל הוא שמא וכיון שכן יתחייב הלוקח שבועה והדברים סותרים דבשמא אין כאן שבועה ויש ליישב וצ"ע:
ועיין בח"מ סי' רל"ב בסמ"ע ס"ק מ' הא דאין נשבעין כו' והש"ך ס"ק י"ג השיג ע"ז ובאמת שלשון הסמ"ע מגומגם אבל כוונתו נכון דודאי אלו מודה הלוקח שגם המוכר קנאו מאחר בחזקת זהב ונתאנ' ג"כ אע"ג שאם היה מאמין ללוקח שמצא בדיל היה מחוייב לשלם אע"פ שגם הוא נתאנה מ"מ עתה שאומר שאינו מאמין ללוקח א"צ לישבע וכמ"ש בש"ע סי' ת' דניזק אומר ברי ומזיק שמא כיון שהניזק עצמו מודה שהמזיק אין לו לידע אין כאן שבועה וכ"כ הש"ך סי' ע"ב ס"ק נ"א ועיין סי' ע"ב ס"ק נ"א ועיין סי' פ"ח וא"כ פשיטא שאין המוכר צריך לישבע ואם הלוקח טוען שמא ידעת שיש בו בדיל מ"מ הוי טענת ספק ואין נשבעין עליהם ולכך כתב הסמ"ע דמיירי בטוען אתה לא קנית אותו כך כו' כנלענ"ד אך בש"ך סי' ע"ב ס"ק נ"א מבואר דס"ל כל שטוען שמא גרוע אף אי מסתבר שא"י צריך לישבע היסת וצ"ע דהא הגי' שם ועל טענת שמא א"צ לישבע ובסי' ת' דוקא כשטוען אתה יודע בודאי ועיין בסי' ר"ב ור"ג לענין המנהג בכתיבת נאמנות בשטר עיון בח"מ סי' ע"א סעיף י"ד ומנהג המקום שהרבה כותבין כו' וביאור הדברים תמצא בתשובת אלו שמזה נובע מקור הדין ויתברר לך שעיקר התירוץ כמ"ש בב"ה ובג"ת שלא היו כותבין הנאמנות רק לשופרא וגם מ"ש הש"ע בסעיף ט"ו יש לדקדק קצת מתשובת הרי"ף הנ"ל ועוד נשתייר בקולמוס ענינים רבים ארוכים ורחבים ובמקומם יבואו אי"ה הלא בספרתי רק עתה באתי למלאות רצון התלמידים האהובים ויקבלו הרובים את תשובתם וישמע חכם ויוסיף לקח וידע כי לא באו הדברים במקרה ובדקדוקים קלים וחמורים עיניו יפקח ויערב עליו המקח ישתה מיין הרקח ומנה יפה לעצמו יברור ויקח.
ובלשון רכה וקשה יבחן מי חרש או פקח:
דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד הלכות גזילה

שאלה סא

תשובה בימי חורפי אחורפא דשדר לן כבוד בד"ז הגאון מוהר"ר יעקב נ"י אשר כעת מצ"פ בק"ק ליסא יע"א:
אחד"ש ראיתי אמריו כי נעמו בדברי התוספות בפרק לולב הגזול שהקשו דבשינוי החוזר משמע דבקנין דרבנן לא נפיק י"ח דאורייתא וגבי סבתא משמע דשפיר נפיק מדאורייתא וע"ז כתב כ"ת לתרץ קושית הב"ש מגזל אחר יאוש למע"ש משום דטעמא דהפקר ב"ד לא שייך במע"ש דמ"מ במאי זכתה כיון שאין בידה שאין הב"ד עושים רק הפקר ולא

קנין ואל תשיבני מד"א דגיטין וקידושין שיש כח ביד ב"ד לעקור שיפקיע בגט וקידושין דאורייתא והר"ן שכתב מטעם הפקר ב"ד אזיל לשיטתו דס"ל במע"ש ג"כ מדאורייתא והשתא א"ש בסבתא לפמ"ש התוספות בב"ק דף ס"ח דאף דיאוש לא קנה מ"מ כל המחזיק בו זכה דהא הפקירו אלא שהגזלן א"י לקנות מחמת הפקר כיון דבאיסורא אתי לידיה והוא גזה"כ ובזה אינו מועיל הפקר ב"ד דבלא"ה הוא הפקר ואינו יכול לקנות מחמת גזירת הכתוב וחכמים א"י רק לעשות הפקר ולא קנין לפי זה א"ש דבסוכה שאדם יוצא בסוכת חבירו ולא בעינן רק שלא יהא של הנגזל שפיר מהני הפקר ב"ד משא"כ בלולב דבעינן שיהא שלו ואף שהוא הפקר אינו יוצא מדאורייתא עכ"ד בקצרה קצת ודפח"ח אך אני תמה במ"ש כ"ת בשם התוספות בב"ק דיאוש לא קני מ"מ כל המחזיק בו זכה דהא הפקירו רק דהגזלן אינו יכול להקנותו מחמת הפקר כיון דבאיסורא אתי לידיה והוא גזה"כ כו' ובודאי כוונת מר הוא לדברי התוספות דף ס"ט ד"ה כל שלקטו שכתב דלמ"ד יאוש כדי לא קני וכל המחזיק בה זכה בה מ"מ אין יאוש זה פוטר ממעשר דנהי דהנגזל אין יכול לתבוע מן המחזיק אחר יאוש כו' ופשוט לענ"ד שאין כוונת התוס' כלל שזה זכה מחמת הפקר ואעפ"כ אין יכול להחזיק דזה ודאי אינו ולהדיא כתבו התוס' בדף ס"ו דמן ההפקר יכול לקנות אפילו היכא דבאיסורא אתי לידיה א"ו ברור כוונת התוס' דהמחזיק זכה מטעם דלגביה הוי יאוש וש"ר דלשני לאו באיסורא אתי לידיה אלא אחר יאוש ודמי ממש לאבידה אבל הגזלן דבאיסורא אתי לידיה וליכא רק יאוש לחודיה אינו קונה ודברים אלו מבוארים ג"כ בתוספות ריש פרק הגוזל ומאכיל ד"ה גזל כו' דהיכא דליכא ש"ר דנתייאש אחר שבא ליד השני אם הגזילה קיימת חייב להחזיר והיינו משום דאז גם להשני באיסורא אתי לידיה שעדיין היה קודם יאוש ועכ"פ מבואר דס"ל דאפילו בע"כ של גזלן הוי ש"ר דלא כמ"ש הט"ו בח"מ סימן שס"א ותימה על הב"י שלא הזכיר שהתוספות חולקים בזה וגם מ"ש הב"י שם שהרשב"א כתב שכ"נ דעת הראב"ד לענ"ד דעת הראב"ד להיפך ומ"ש הרשב"א שכ"נ דעת הראב"ד היינו בהא דאפילו האכילו הגזלן קודם יאוש אפ"ה רצה גובה משני וכ"ז מבואר למעיין בדברי הרשב"א והראב"ד שהביא בש"מ בב"ק שם אבל בהפקר שהפקירו ב"ד כדי שיזכה בה גזלן מה"ת נאמר שגזה"כ שלא יוכל לזכות בה דבשלמא מה שזה מייאש לא מהני לקנות לחודיה משום דאין זה הפקר גמור כיון שבע"כ הוא מתייאש ובכה"ג לא מהני אלא היכא דבהיתרא אתיא לידיה דומיא דאבידה משא"כ הפקר ב"ד מה"ת לא יוכל זה לזכות ובזה נלענ"ד ג"כ דל"ק מ"ש התוספות מנתיאשתי מפלוני עבדי משום דהתם מדעתו הוא מפקירו משא"כ כאן דאע"ג דהיאוש הוא הפקר לא מהני כיון דהוא בע"כ אלא דאכתי קשה

דרש"י כתב גם גבי האי אמתא דמר שמואל אשתבעי דיאוש הוא הפקר ע"ש (והארכתי בענין יאוש אם הוא כהפקר במקום אחר) ואמנם בעיקר הסברא שכתב מר וכן כתבתי זה ימים כביר דרבנן אין יכולין לעשות קנין מדאורייתא רק הפקר לבד שויתי נפשי הדרנא ממאי דאיתא בש"ס דיבמות דמייתי להא דר' יצחק דהפקר ב"ד הפקר מקרא דעזרא ר"א אמר מהכא ואלה הנחלות כו' אף ראשים מנחילין את העם מה שירצו משמע להדיא דאף קנין יכולים לעשות וכן מבואר בשו"ת הרשב"א ועיין בישׁ"ש יבמות דמהך דר"א מוכח שיכולין להפקיע ולהחליט לחבירו ואין נראה לומר דפליגו ר"י ור"א והלכה כר"י וכדמשמע מהרמב"ם דמייתי קרא דר"י ואפ"ה כתב ברישא דכח בידם גם ליתן והיינו משום דיכולים להפקיר מסתמא יכולים גם ליתן וכן משמע מהך דר"א דגיטין וקידושין ומ"ש כ"ת לענין קידושין שכח ביד ב"ד כו' הוא תמוה ובדוחק יש ליישב שם דהוי כחצרה כיון שיש לה רשות להלך רק כיון שגם לאחרים רשות בזה אינה יכולה לקנות וכיון שסילקו חכמים רשות אחרים מטעם הפקר ב"ד ממילא נשאר כחצירה לבד והנה באמת נלענ"ד לחלק דדוקא היכא שהדבר צריך לחכמים לעקור דבר מה"ת אז עשאוה כמדאורייתא ממש כגון לענין גזל אחר יאוש ותקנת מריש וכה"ג מה"ת צריך להחזיר גוף החפץ לקיים מצות השבה וחכמים תיקנו דבחזרת דמים סגי אז עשאוהו כשל תורה ממש והפקיעו מזה ונתנו לזה דאל"כ לא מקיימה מצות השבה או כהאי דגיטין דף ל"ז גבי פרוזבל ע"ש משא"כ בתק"ח לענין מע"ש מה להם לחכמים לעשות כשל תורה ודי בזה שעשאוהו קנין של דבריהם וכופין את זה לקיים מצות חכמים ובזה יל"ת מההיא דאודיתא שכתב התוספות בב"מ דהוא דרבנן ואינו יכול לפדות מעשר ע"ש דף מ"ג ועוד במקומו' אחרים ועדיין צריך שיקול הדעת בזה ואין הפנאי מסכים כעת (עיין מ"ש בתשובה בחלק זה סימן בענין זה באורך ומ"ש כ"ת על דברי התוספות בסוכה דף יו"ד שהביאו ראיה דלא אמרינן מיגו דאתקצי מחמת יום שעבר מלגין של טבול יום שהוא תמוה דהא טבל מוכן הוא אצל שבת כו' וכתב לתרץ דהא דבאיסורא דרבנן שיכול לתקן לא אמרינן מיגו דאתקצי היינו כגון טבל שביד כל אדם להפקיע האיסור דתורם משלו על של חבירו א"צ דעת בעלים משא"כ היכא שאין ביד כל אדם לתקן ול"מ היכא שאין ביד הבעלים אע"פ שביד אחר לתקן דאתקצי כמו גבי בכור כו'. ולפמ"ש הרשב"א דתרומה ביד ישראל הוי מוקצה כיון דלא חזי לבעלים אך הכהן הוי בעלי' וא"כ בזה אין ביד הכהן ושום אדם לתקן כיון שזה אמר שיהיה תרומת מעשר רק ביד הבעלים לתקן ולומר שיהיה תרומת מעשר עכשיו בה"ש בזה אמרינן מי יימר דעביד איסורא ויתקן עכ"ד בקצרה:

ולענ"ד צ"ע מ"ש דביד כל אדם לתקן שתורם משלו על של חבירו א"צ דעת בעלים טעמא משום דכיון דזכות הוא לו זה נעשה שלוחו שלא בפניו וא"כ לפי דעת הפוסקים דאף בדרבנן אין שלד"ע א"כ אם זה יתרום בשבת אין בזה דין שליחות כלל אפילו אם היה עושהו שליח בפירוש ומכ"ש בזה די"ל דלא ניחא ליה בהכי שתתקיים התרומה ולתעביד איסור על ידו ועי' בעירובין דף ל"א גבי כלכלה תאנים וקצת י"ל דדמי לעושה שליח לשחוט סתם ושחט בשבת די"ל דלא שייך אין שלד"ע כמ"ש במשנה למלך הלכות גניבה אבל לענ"ד ז"א דהכא דלא עשאו שליח כלל רק שנאמר זכות הוא לו נראה דגרע טפי:

וגם במ"ש כ"ת דהכהן הוא הבעלים ואין בידו לתקן צ"ע לענ"ד דהא שפיר י"ל שהבעלים שהוא המערב שאמר ערבו לי בה הוא בעצמו כהן דבהכי א"ש דאתיא ככ"ע אפילו כסומכס ובעיקר הקושיא כבר עמד בזה בשער המלך פ"א מהלכות יו"ט עי' שם ולפום ריהטא אפשר לומר דהתוספות ס"ל דדוקא היכא שאם עבר במזיד ותקנו מתוקן וזה דוקא היכא דלית ליה פירי אחריני כמ"ש התוספות בשבת שם וכן משמע ממ"ש בשם ריב"א שהקשה דאמאי בשוגג יאכל היכא דאית ליה פירי אחרינא נימא מיגו דאתקצי כו' ולכאורה מאי קושיא כיון דאם תיקנו בשוגג מתוקן ויאכל א"כ לא אתקצי כלל אלא ע"כ דמשום שאם ישכח ויתרום בשוגג א"ל טבל מתוקן הוא רק מחמת שאם יעבור במזיד מתוקן וכיון דאית ליה פירי אחריני א במזיד לא יאכל ולכך הקשה ריב"א דאף בשוגג נימא מיגו דאתקצי כו' ועי' במהרש"א ובפ"י שם וקצרתי):

וא"כ שפיר הביאו ראיה מהא דעירובין דל"ל בעינן סעודה הראויה דאפילו תחלת היום קונה עירוב מ"מ לא אמר כלום ומיירי באית לי' פירי אחריני דאז בעבר ותקנו אינו מתוקן וא"כ י"ל מיגו דאתקצי אלא ע"כ דלא אמרינן אתקצי מחמת יום שעבר ובהא דאייתי מר מבכור דאמרינן אתקצי אע"ג דביד החכם לתקנו ואין בידו רק איסור דרבנן ראיית מומין אמרינן מי יימר כו' ואכתוב למכ"ת מה שחדשתי זה מקרוב בענין זה ליישב קושיית אא"ז מהרש"א שם בתוס' ד"ה מי יימר דמזדקק לה בעל תימא מי דמי התם ודאי לא מזדקיק ליה חכם דאין רואין מומין ביו"ט אבל הכא דאין איסור ליה בדבר מזדקיק לה בעל ולית לן למימר מי יימר וי"ל דבעל לא ניחא ליה להזדקק דזימנין דשרי נדרים שנדרה לדבר מצוה עכ"ל והקשה מהרש"א דא"כ מאי פריך גבי ונשאלין מי דמזדקק לה חכם דהא שם אין איסור וא"ל ג"כ שהוא נדרי מצוה דא"כ ודאי שגם עתה לא יתיר כו' עי' שם:

ונלע"ד דא"ש על פי מה דאמרינן בסוף שבת איבעיא להו לצורך אתרווייהו קאי אלמא הפרת נדרים מעל"ע או דלמא אשאלה קאי אבל הפרה אפילו שלא לצורך אלמא הפרת

נדרים כל היום ת"ש דתני רב זוטי בדבי ר"פ מפירין נדרים לצורך השבת אין כו' עי' שם וקשה מהא דאמר שם בדף מ"ו מתיב רמי ב"ח מפירין נדרים כו' והנוסחא ישינה שם מפירין נדרים בשבת לצורך ובש"ס חדשים דפוס פפ"ד הוגה עפ"י רש"ל מפירין נדרים בשבת ונשאלין לנדרים שהם לצורך השבת ואמאי לימא מי יימר דמזדקק לה בעל ומשני כדר"פ דאמר כל הנודרת כו' וקשה לפי הנוסחא חדשה משמע דממתני' פריך וא"כ מאי קושיא הא איכא לפרושי כדמפרשינן הכא דהפרה אפילו שלא לצורך א"נ דאינה מותרת לאכול בשביל מוקצה מ"מ שפיר הוא מפר בשביל צורך שאחר השבת שהרי לא יוכל להפר אח"כ דהפרת נדרים כל היום ותו לא ולכן נראה שזה טעם הנוסחא ישינה והיינו דהש"ס מקשי מברייתא דרבה זוטי. (וברש"י משמע שהיה גרסתו כפי הגהת נ"ח) דהשתא פריך שפיר דלא משכחת הפרה לצורך שבת כלל:

אלא דלפי זה קשה מאי משני הש"ס כל הנודרת כו' ופי' רש"י שנודרת ע"ד אם ירצה בעל וסמכה עליו דמזדקק לה ביום שמעו דהא אכתי תיקשי דלפום הך ברייתא ע"כ לצורך שבת אין שלא לצורך לא משום דהפרת נדרים מעל"ע וא"כ אכתי מי יימר דמזדקק לה בעל ביום שבת דשמא לא יזדקק לה אלא לאחר השבת שהרי יש לו זמן שיוכל להפר כל המעל"ע ומכ"ש דמסתבר לומר כן לפי מ"ש הרא"ש בפירושו לנדרים דף ע"ו חייא בר רב שדא גורא ובדיק הפרת נדרים מעל"ע וכשהיתה אשתו נודרת לא היה מפר מיד אלא שותק לקנטרה כאילו הוא רוצה לקיים נדרה והיה זורק חץ בכותל לכוין בצל שיתיר לה למחרתו קודם שיגיע לאותו מקום וכן רבה בר ר"ה הוי יתיב וקאים עי' שם א"כ פשיטא דא"ל מי יימר שיפר לה בשבת דלמא ישתוק כדי לקנטרה ולא יזדקק לה אלא למחרתו טרם יעבור המעל"ע:

ונלענ"ד לתרץ על פי דברי התוספות דלעיל שפי' דקושית הש"ס דפריך מי יימר דמזדקק בעל דבעל נמי לא ניחא ליה להזדקק דזימנין דשרי נדרים שנדרה לדבר מצוה ולפי צ"ל לפום שנוייא דמשני הש"ס כל הנודרת כו' דסמכה עליה שיזדקק להתיר אף אותן נדרים שנדרה לדבר מצוה והשתא א"ש דאע"ג דהפרת נדרים מעל"ע מ"מ א"ל מי יימר שיזדקק בשבת כיון דכל עיקר טעמא שהיה לנו לומר מי יימר היינו במקום שיש איסור וכן לענין נדרים לדבר מצוה וכיון שעכ"פ ס"ס שיתיר הבעל עכ"פ קודם עבור המעל"ע ולא יחוש לנדרי מצוה ממילא דלא אמרינן מי יימר כלל ולא אסחה דעתה דסוברת שיזדקק לה בשבת עצמו ודוקא בס"ד דהמקשן שהיה סובר דשייך מי יימר בנדרי מצוה ואסחה דעתה דשמא מחמת זה לא יזדקק לה להפר כלל אבל להתרצן דסומכת שיזדקק להפר אף שהוא נדר מצוה אף שיש לו שהות להפר אחר שבת מ"מ לא אסחה דעתה והיא

יושבת ומצפה אימת יפר לה שהרי אפשר שיפר לה בשבת ולא ימתין עד שעה אחרונה קודם המעל"ע:

ועפ"י מ"ש א"ש קושית מהרש"א דסיפא דנשאלים א"א לומר דקאי על נדרי מצוה דהחכם ודאי לא יתיר לו ולפמ"ש א"ש דלכאו' אדרבה איפכא מסתברא כיון דרישא מוקמי' בכל גווני אף שהוא נדרי מצוה גם סיפא דונשאלין בכה"ג מיירי. וא"כ קשה באמת איך החכם מתיר לו אך י"ל דא"ש על פי מה דאיתא בנדרים דף ס"ט בעי רבא יש שאלה בהקם או אין שאלה בהקם כו' ת"ש דאמר ר"י נשאלים על ההקם כו' ולפי זה י"ל דגם סיפא דונשאלין שפיר מיירי בנדרי מצוה מ"מ שפיר יכול להתיר ההקם שהקים לה הבעל אעפ"י שהנדר היה דבר מצוה. ולפי"ז שפיר פריך הש"ס מי יימר דמזדקק לה חכם כיון שעכ"פ גוף הנדר היה דבר מצוה אף שהחכם אין נשאל רק על הקמתו של בעל מ"מ דלמא לא יהיה ניחא לחכם להשאל עליו מחמת שהוא מצוה משא"כ בלא מי יימר שפיר קאמר דנשאלין דכל שאינו נשאל על עיקר הנדר של מצוה רק על הקמתו של בעל שפיר יכול להתיר לו. ולפימ"ש א"ש הא דקשה בריש ביצה דלמה נקט סתם תנא כר"ש מהך דמחתכין כו' דהוי סתם ואח"כ מחלוקת דהא ר"י פליג וכמ"ש התוספות ויישבו בדוחק טפי הו"ל לאתויי מתני' דמפירין נדרים דמתניא בלא פלוגתא כלל דמינה מוכח כר"ש דשרי מוקצה אך י"ל דממתניתין אין מוכרח דאיכא למימר דמפירין נדרים בשבת היינו שלא לצורך רק משום שלא יוכל להפר אח"כ וכמש"ל דהעיקר הנוסחא דש"ס מקשה מברייתא דרבה זוטי ולא ממתניתין וא"כ ליכא סתם משנה אך דאכתי קשה דמצי לאתויי מהא דנשאלין לצורך שבת וצ"ל דגם מהך דנשאלין ליכא לאתויי לפי מ"ש דפרושא דמלתא שהוא נשאל על ההקם וע"כ דמיירי שקיים לה בשבת ורוצה לשאול עליו דאם קיים לה בע"ש א"כ מה מועיל השאלה בשבת דהא עכ"פ הפרה ביום שמעו בעינן ותנא דמתניתין ס"ל הפרת נדרים כל היום ואפילו תימא דתנא ס"ל ג"כ מעל"ע ולצורך אתרווייהו קאי מ"מ קשה דאם קיים בעל מאי אריא לצורך אפילו שלא לצורך נמי שהרי אם לא יתיר לו היום שוב לא יועיל ההתרה שהרי לא יהיה יכול להפר אחר שבת שהוא אחר מעל"ע מיום שמעו וע"כ שקיים לה בשבת ורוצה לשאול על ההקמה ולפי זה אין כאן הכרח כלל דמוקצה שרי דהא ליכא למימר מיגו דאתקצי לבה"ש דבה"ש שעדיין לא קיים לה עדיין אכתי לא אסחה דעתה דסברה שיפר לה ואין המוקצה מתחיל אלא משעה שקיים לה וההיא שעתא כבר הוא שבת וקי"ל דאין מוקצה לחצי שבת ולכך לא מייתי הש"ס דסתמא כר"ש מהך דונשאלין רק מהך דמחתכין כו' והש"ס דמייתי מהך דנשאלין ע"כ דהיינו למ"ד יש מוקצה לחצי שבת כדאיתא בביצה דף כ"ז: אך הא

דכתיבנא דע"כ מוכח שקיים לה בשבת דאל"כ אפילו שלא לצורך נמי לכאורה ז"א לפי מ"ש בסי' רל"ד תשובת הרשב"א דאם הקים וסבר שאין לשון זה מועיל להקמה והפר לה אז אע"פי שלשון הקמה היה מועיל מ"מ הרי יכול לישאל על ההקמה ועוקר למפרע והפרתו קיימת עי' שם ולפי"ז שפיר י"ל שקיים לה בע"ש ומ"מ בעינן דוקא לצורך דשלא לצורך אין לשאול היום בשבת רק הבעל יפיר לה בשבת ואע"פ שכעת אין מועיל הפרה שאחר הקמה מ"מ לכשישאל עליו בחול נעקר ההקמה למפרע וההפרה מועלת:

אך נראה דמ"מ א"ש לפמ"ש דמיירי בנדרי מצוה ומ"מ החכם מתיר לו לפי שאין הענין נגמר על ידו שהוא אינו מתיר רק ההקמה ומ"מ עדיין הנדר של מצוה במקומו עומד עד שיפר הבעל ואז ביד הבעל הוא תלוי אם רוצה להפר או לא משא"כ אם הבעל הקים הנדר של מצוה ואח"כ הפיר ורוצה לשאול על ההקמה כיון דמיד בשעה שמתיר החכם הנדר של מצוה בטל שההפרה שהפיר הבעל מועלת למפרע שוב אין לו לחכם להתיר ההקמה דהוי כאילו הוא עצמו מתיר הנדר של מצוה וא"כ כיון שא"א להיות נשאל אח"כ לחכם מותר להיות נשאל עליו בשבת קודם הפרת הבעל דאז אף שהוא דבר מצוה יוכל החכם להתיר שהרי כל שעדיין לא הפיר אין זה כמתיר נדר מצוה רק ההקמה לבד וא"כ אף שלא לצורך נמי אלא ע"כ דמיירי שקיים לה בשבת דאז אסור שלא לצורך דתנא ס"ל מעל"ע וא"כ יוכל לשאול במוצאי שבת קודם ההפרה ואח"כ יפר ועוד הארכתי בזה בחידושי ואי"ה עוד חזון למועד להיות תורתו שעשועי כו'. דברי נכד דודו זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה סב

שאלה הגוזל מחבירו איסורי הנאה שאפרן מותר כגון ערלה וכלאי הכרם וחמץ בפסח לר' יהודא ואכלן או שהזיק אותם ואיבדם והאפר ש"פ אם צריך לשלם דמי אפרן:

תשובה לכאורה דבר זה תלוי בשני תירוצי התוס' בפסחים דף כ"ט ד"ה אין פודין דלתירוץ קמא א"צ לשלם ולתירץ ב' דמיירי שאין באפר ש"פ משמע דכל שיש באפר ש"פ שפיר מיקרי בר דמים לענין האפר וכן פסק הב"ח באה"ע סי' ך"ט לחוש לתירוץ הב' ולכאורה יש להכריח כתירוץ הא' מדפריך בדף ל"ב חמץ בפסח בר דמים הוא וקשה דלמא מיירי ששוה האפר פרוטה ואפילו את"ל דמיירי בכל גווני מ"מ הא בתרומה ס"ל לרבנן דאם אכל כזית חייב ומבואר דלדידהו אע"פ שאינו ש"פ וכן פסק הרמב"ם בפרק י' מהלכות תרומות הלכה כ"ג והכ"מ שם נדחק ליישב מ"ש בש"ס אי דלית ביה ש"פ

קרן נמי לא ישלם ע"ש ודבריו תמוהים דבש"ס שם מיירי היכא שאין בו כזית וא"כ אין כאן חיוב מצד איסור תרומה וכיון שהוא פחות מש"פ א"כ הוא פטור אף מקרן משא"כ הרמב"ם שם מיירי כשיש כזית שאז מדין אכילת תרומה נגעו בה ואז אע"פ שאין בו ש"פ חייב וכן מוכח שם למאי דבעי למימר דאבא שאול תרתי בעי אמנם מ"ש הרמב"ם דבכה"ג משלם לכהנים ולא להקדש וכתב הכ"מ שם הטעם משום דתשלומי הקדש בפרוטה תליא מלתא צ"ע שהרי אמרינן בב"מ דף נ"ה ואת אשר חטא מן הקודש ישלם לרבות פחות מש"פ להשבון וכן פסק הרמב"ם בפ"ז מהלכות מעילה הלכה ח' המועיל בפחות מש"פ בין בזדון בין בשגגה משלם את הקרן ולא החומש כו' וא"כ אפי' אין בו ש"פ למה לא ישלם להקדש דהא בהקדש חייב אפילו בפחות מש"פ וצ"ל דמ"ש הרמב"ם ולמי משלם כו' ר"ל החומש וכן מבואר בירושלמי דקאי אחומש ומ"מ צ"ע דמבואר למעיין בירושלמי דקאמר אמר ר' ינאי לצדדים היא מתני' כו' כהנא אמר משלם ב' חומשין ור"ל דר' ינאי מפרש דלעולם אינו משלם אלא חומש א' או להקדש או לשבט ומתני' דקתני ב' חומשין לצדדין קתני דלפעמים משלם לתרומה ולפעמים להקדש וא"כ הרמב"ם שכתב משלם קרן וב' חומשין חומש משום אוכל תרומה כו' משמע שפוסק כרב כהנא דצריך ב' חומשין וא"כ איך כתב ואם יש בה ש"פ בין שיש בה כזית ובין שאין בה כזית משלם להקדש והיינו כר"ש בר ייא בשם ר' יוחנן התם בירושלמי ולדידיה משמע דאינו משלם רק להקדש ולא לכהנים כלל וצ"ע:

ועכ"פ קשה מ"ש דמאי פריך חמץ בר דמים הוא דהא שפיר הוי בר דמים לענין האפר וא"ל דכיון דאסור לשהותו לא מיקרי בר דמים משום האפר וכדאמרינן בב"ק דף צ"ח הכל מודים בגזל חמץ כו' ושרפו במועד פטור שהכל מצווין לבערו ז"א דהתם מיירי לענין שפטור מדמי החמץ אבל מאפר לא מיירי דהאפר באמת איתא בחזרה משא"כ כאן שאכלו ושמעתי שחכם א' תירוץ דהתם לא מיירי אלא לענין קידושין בדיעבד אבל כאן שזה ישלם דמי האפר לכהן אסור לקבלו דהו"ל חליפי חמץ ולענ"ד ז"א דדוקא לתירוץ קמא דהתוס' דאזלינן בתר השתא דכמות שהוא בעין לא שוי מידי שפיר שייך לומר דכיון שזה אכלו כמות שהוא בעין אז א"צ לשלם דמי האפר כלל משא"כ לתירוץ ב' דאמרינן שזה היה יכול לשרפו ולהנות מהאפר שפיר מחוייב לשלם לו דמי היזקו וא"ל דע"כ לא פליגי בתירוץ הב' אלא דהתוס' ס"ל דאע"ג דאיהו לא מידי יהיב לה מ"מ כיון שהיא יכולה להנות ממנו שפיר מקודשת ועי' במ"ל הל' אישות לענין אם האשה חולה שאין בו סכנה מ"ש שם אבל מ"מ מודו התוס' דלדידיה לא שוי ולא מידי דז"א דמ"מ גם הכא שפיר מיקרי בר דמים אע"פ שדרך מכירה לא היה יכול למוכרו אף לקבל דמי

האפר לבד דכל שהוא מוכרו ה"ל כדרך הנאתן עיין במ"ל הלכות יסודי התורה בשם הרשב"א מ"מ כיון שהכהן עצמו הי' יכול להנות ממנו ע"י שישרף אותו ויהנה מהאפר בכדי ש"פ שפיר מיקרי בר דמים וכמו בתרומה טמאה שצריך לשלם אף החומש אע"פ שאין לו בה היתר אכילה כדאמרינן לקמן שאם רצה הכהן מסיקו תחת תבשילו ה"נ דכוותה ואע"ג דתרומה טמאה יש לו בה היתר מכירה לאחר שיסיקנו תחת תבשילו מ"מ אין נ"מ בזה כיון שס"ס אין לו בה היתר רק למכור לאחר להסיק תחת תבשילו גם כאן הכהן יש לו היתר בה לשרפו ולהשתמש באפר ואף למכור האפר הוא יכול וכל שיש לו בה היתר הנא' נימא דהוי בר דמי' לתירץ הב' דהתו' ואפשר דהתוס' ס"ל גם בתירץ הב' דודאי לא מיקרי בר דמים לענין תשלומין קרן וחומש רק היכא שיכול ליהנות ממנו בשעה שהוא בעין וכגון תרומה טמאה שמסיקו תחת תבשילו שהנאה באה לו בשעה שהוא בעין משא"כ היכא שהנאה באה לו אחר שריפתו דלכי קלי ליה גופא אחרינא הוא וכמ"ש הרשב"א והריטב"א בקידושין וכ"כ הראב"ד בתמים דעים בפסחים אלא דמ"מ ס"ל לענין קידושין כיון שהיא יכולה להנות ממנו באיזה אופן שיהיה שפיר היתה מקודשת אם היה באפר ש"פ ודוקא לענין חיוב חומש בתרומה בעינן שיהיה הנאה כמות שהוא בעין דאל"כ אין זה בכלל אוכל תרומה כלל ומ"מ נראה ששפיר צריך לשלם לו דמי היזקו מדינא דגרמי וצ"ע בפוסקים בחילוקי דיני דגרמי ע"ש ולכאורה י"ל דדוקא בהקדש קשיא להו להתוס' דיכול להנות באפר דהתם קאי לר' יוסי הגלילי דמותר בהנאה ואפי' לר"ש מ"מ כיון דהקדש יכול לשהותו שפיר יכול לשרפו והוי כחרכו קודם זמנו אבל בתרומה כיון דקי"ל כרבנן דחמץ מהנקברין א"כ אפרו אסור אך מ"מ קשה מאי דוחקיה לאוקמי כר"י הגלילי נוקמי כר' יהודא דאין ביעור חמץ אלא שריפה ואפשר דס"ל דכיון דהך נישנית בפלוגתא במסכתא זו לא ניחא לי' לשוויא סתם ואח"כ מחלוקת משא"כ כר"י הגלילי שפיר מוקי ליה דהא מצינו נמי סתמא דקידושין דף מ' שכתבו התוס' דסבר כריה"ג ועיין בפ"י שהקשה על התוס' דהא קי"ל דחמץ מהנקברין דאפרן אסור ודבריו תמוהין כיון דלדברי ריה"ג קיימינן כמ"ש רש"י ואפי' לפמ"ש התוס' בסוף הסוגיא ועיין במהרש"א שם דלפ"ז איכא לאוקמא נמי כר"ש מ"מ לא שייך אלא בחמץ של הדיוט שכבר עבר עליו בב"י משא"כ בשל הקדש או של עכו"ם שמותר לשהותו בפסח ושרף אותו שפיר מותר לישראל לקנות האפר דהו"ל כחרכו קודם זמנו וכמ"ש ודברי הפ"י צ"ע:

והנה בע"ז בתוס' ד"ה מכרן בדמיהן ותוכן כוונתם דודאי אסור הוא למוכרו ולקבל דמים או חפץ אחר נגד מה ששוה להנות ממנו שלא כדרך הנאתן או באפרן דזה שוב הוי

כדרך הנאתו דמה לי שמקבל עבורו סך רב או מעט וא"כ גם לקדש אשה אסור דזה ג"כ הנאה חשובה הוא ואפי' בדיעבד נמי אינה מקודשת דאנן בעינן שיתן לה דבר שתוכל לקבל עבורו כסף או דבר אחר דגמרי' קיחה משדה עפרון שבאותו כסף שנתן לו היה יכול להנות ממנו לקנות עבורו איזה דבר משא"כ כאן שהאשה אינה יכולה להנות ממנו ליקח עבורו ד"א רק להנות ממנו כמות שהוא דהא היא אסורה למכרו לאחר ואע"פ שיכולה לשרפו וליקח איזה דבר בעד האפר מ"מ לכי קלי לי' גופא אחרינא הוא וכיון שבעד הדבר כמות שהוא בעין אינה יכולה לקבל עבורו ד"א דאין זה דומה לקיחה דשדה עפרון ויותר נראה שכוונתם דבעינן דומיא דשדה עפרון שראוי לקנות בו חפץ או שאר הנאות ר"ל שהקונה צריך ליתן דבר שיכול לקנות עבורו ג"כ ד"א משא"כ כאן שהמקדש אסור להנות לו באופן זה שיקנה עבורו חפץ או שאר הנאות דזה מיקרי דרך הנאתו ועיין בשער המלך הל' שהקשה על התוס' מהא דאמרינן בבכורות דף ט' למ"ד פטר חמור אסור בהנאה דמ"מ מיקדשא במאי דביני ביני ותירץ דהכא אסור לו למכור אף שיקבל עבורו רק דמי אפרו או שלא כדרך הנאתו משא"כ בפטר חמור שהוא יכול למוכרו לאחר ולקבל מאתו מה ששוה יותר מדמי השה כמבואר בראש"ש וטור וצ"ע דהיא גופא קשיא דלמה יהיה מותר בפטר חמור בכה"ג ובשאר איסורי הנאה יהיה אסור למכרו על אופן זה שיהנה הלוקח ממנו כשיעשה אפר ונראה דהרא"ש וטור ילפי לה מהא דאמרינן דתיקדוש האשה במאי דביני ביני וכן אמרינן שם דגונב פטר חמור משלם כפל לבעלים אף לר"י שאע"פ שאין לו עכשיו יש לו לאחר מכאן והיינו משום דקני ליה האי דביני ביני א"כ יכול הוא למוכרו ג"כ ולפ"ז צ"ע בגונב כל איסורי הנאה ויש באפרן ש"פ נמי נימא אע"פ שאין לו עכשיו יש לו לאחר שישרף ויעשה אפר ויצטרך לשלם כפל וצריך לחלק דשאני הכא בפטר חמור שיהיה ראוי לו בעצמו לאחר שיפקיע איסורו בשה ומ"מ צ"ע דא"כ בחמץ למה אמרו שתלוי בדין גורם לממון דמ"ד לא מעל סבר לאו כממון דמי ומה"ת נימא הכי דהא כיון שהוא ראוי לאחר הפסח ואינו רק מחוסר זמן וא"כ הו"ל דומיא דפטר חמור ועדיף מיניה דהתם הוי מחוסר מעשה ומשמע דאף למאי דק"ל דדבר הגורם לממון לאו כממון דמי אפ"ה בפטר חמור צריך לשלם שהרי הרמב"ם פסקה להך ברייתא בפרק ב' מהלכות גניבה אע"ג דס"ל דלא קי"ל כרבנן (שוב ראיתי בפ"י שעמד בזה דיהבינן לחמץ דין גורם לממון והארכתי בזה בתשובה בחלק א"ח סי') ועיין בצל"ח סוף פ"א דפסחים שכתב אהא דאמרינן ב' אינן ברשותו כו' אע"ג דהוי ברשותו לענין אפרן מ"מ השתא לא שוי מידי ובאמת באפר רשות לכל אדם לזכות בו וכתב ליישב

בדוחק במ"ש התוס' לענין קידושין ובאמת הרשב"א בקידושין כ"כ לתרץ קושית התוס' דכל אדם יכול לזכות באפרה ע"ש:

וע"פ דברי הרשב"א אלו נראה ליישב מה ששמעתי מקשין לפמ"ש התוס' במקדש באיסורי הנאה דמיירי שלא כדרך הנאתן אין ש"פ דלפ"ז מאי קא דחי בגיטין דף ך' דמייתי לגט שכתבו על איסור הנאה מעלה של זית דהתם חזי לאצטרופי דהא באה"נ נמי חזי לאצטרופי ויהיה ש"פ שלא כדה"נ ולענ"ד י"ל ע"פ דברי הרשב"א וכ"כ הריטב"א בקידושין בשם מורו לתרץ קושי' התוס' דאפי' האפר ש"פ מ"מ אין כאן דין ממון דכי שריף להו ובערינהו לא דידיה נינהו וכל הקודם זכה באפרן ולכאורה הוא סברא גדולה וכ"כ התוס' בסנהדרין דף פ' לענין שור הנסקל ועיין בשו"ת נ"ב ומ"ש בתשובה וצ"ל דהתוספות שהקשו שתהיה מקודשת שלא כדה"נ או באפר משום דאה"נ י"ל שאין לקדש בהם משום דבעינן נתן הוא והא לאו נתינה הוא דהא אינו שלו שכל הקודם זכה וגם י"ל משום דבעינן שתקבל כסף ובפחות מש"פ לא מקניה נפשה ואה"נ שאין שוה כלום אין כאן כסף:

ולפ"ז למאי דאמרינן דאע"ג דכתיב ונתן מ"מ לא בעינן שיהא ש"פ ולפיכך בגט דלא בעינן שתקבל היא מידי דשוה כסף רק מחמת הנתינה מצידו אף אה"נ קרינן בי' ונתן שנותן אותו דבר וא"כ אין כאן עיכוב מצד הנתינה רק מחמת דבעינן כסף וא"כ שפיר הקשו דהא חזי להנות שלא כדה"נ ותירצו דלית ביה ש"פ משא"כ אם נימא דגט שכתבו על אה"נ כשר והיינו משום דבעינן ונתן שתהיה הנתינה ש"פ פשיטא דאין קושיא מחמת שלא כדה"נ דהא מ"מ אין כאן דין ממון שלו דכל הקודם זכה וא"כ שפיר דחי הש"ס מאי דמייתי מעלה של זית דלעולם אימא לך כתבו על אה"נ פסול ועלה של זית כשר משום דחזי לאצטרופי ולק"מ הקו' הנ"ל דאה"נ נמי חזי לאצטרופי ולהנות שלא כדה"נ דז"א דלפי מאי דקיימינן השתא דגט על אה"נ פסול דבעינן נתינה ממש אז אפי' אם יש באותו דבר לבד ש"פ שלא כדה"נ לא מהני דהנאה זו לאו דידיה הוא ואנן נתינה משלו בעינן וגם בקידושין היה הדין כן וקו' התוס' דחזי שלא כדה"נ הוא לפום הך מסקנא דגט שכתבו על אה"נ כשר דלא בעינן נתינה ממש ודו"ק ואמנם בפשיטות י"ל דלק"מ דודאי זמנין דלא שוה כדה"נ ולא מידי רק התוס' הקשו האיך סתם התנא דבאה"נ אין מקדשין ולזה תירצו דאינו ש"פ כ"כ ובגיטין דאמרינן סתמא כתבו על אה"נ כשר דסתמא משמע אף בגוונא שאינו שוה כלום שלא כדה"נ ובזה שפיר מחלק בין עלה של זית דחזי לאצטרופי וה"ה בהנך אה"נ שהם ש"פ שלא כדה"נ ומ"מ מנ"ל להכשיר בכל אה"נ אף אותן ששלא כדה"נ אין שוים כלום:

ובאמת הך סברא דחזי לאצטרופי צ"ע דמה בכך ס"ס השתא לא יהיב מידי וא"כ בכל אה"נ נימא דחזי לאצטרופי אם יתן לה עוד טס של זהב ואטו לאצטרופי במידי שהוא ממין הגט בעינן ונראה דה"פ דהך עלה חזי לאצטרופי לענין אחרים ואז בצירופם יהיה ש"פ אע"ג דהשתא אין שוה כלל וא"כ ממילא דשייך עליו שם נתינה משא"כ באה"נ אם אין שוה כלל שלא כדה"נ אף אם יצרף לאלף פעמים ככה לא יהיה שוה ועיין ברש"י שם שפירש דחזי לאצטרופי להרבה עלין לשכב עליו ולמאכל בהמה נראה דס"ל דלא מדין ש"פ אתינן עלה דאפשר גם הרבה אינם שוים או אף אם יהיו שוה בצירוף השתא מיהא לא שוה רק הסברא הוא כיון דע"י צירוף חזי למידי שפיר קרינן ביה נתינה ועיין בתשובות הרשב"א סי' תר"ג שהביא הירושלמי תמן ראוי להשלים עליו משמע שהכוונה שאם יצרפו לו דבר אחר לשטר שאין ש"פ יהיה שוה וצ"ע:

והנה בדברי התוס' דפסחים שהבאתי בתירוץ השני כתבו בלשונם ועוד י"ל דהא דאין מקדשין באה"נ היינו היכא דלית בי' ש"פ לכשישרף ויעשה אפר כו' והוא תמוה דעיקר דבריהם הוא על סוגיא דהכא בחמץ של הקדש והך דקידושין מייתי ליה בתירוץ קמא אגב וא"כ איך בתירוץ הב' דייקו בלישניהן הא דאין מקדשין כו' ותפסו הטפל והניחו העיקר דמיירי מיניה הכא לענין חמץ של הקדש ומי סני להו לשנויי הכי גם בחמץ של הקדש דמיירי דלית באפר ש"פ ובהקדש לא מעל עד שיהי' ש"פ ומשמע מדבריהם דאהך דהכא במעילה לא שייך לשנויי הכי וצריך טעם למה ולא ראיתי במפורשים שנתעוררו בזה ונראה לענ"ד דתוס' אזלי לשיטתם בכתובות ר"פ אלו נערות בהא דמשני התם ל"צ דמצי לאהדורי ע"י הדחק ופירשו התוס' דמיירי שבשעה שתחב לו חבירו נתקלקל ואפ"ה מחויב לשלם מה שנהנה כדאיתא בב"ק בדר בחצר דלא קיימא לאגרא כו' וא"כ לא מצוי לשנויי דמיירי דלית באפר ש"פ דמ"מ מחוייב זה לשלם כיון שנהנה בש"פ ואף דלא אפסיד להקדש רק פחות מש"פ מתחייב בכל וקצת צ"ע לפי מה דקי"ל שצריך שיהנה ויפגום בפרוטה במידי דמופגם ועיין ברמב"ם הלכות מעילה וא"כ כיון דליכא ש"פ הרי לא נפגם ואפשר לומר כיון דחמץ בפסח לאו בר דמים הוא ואינו בר דמים אלא ע"י האפר שאין בו ש"פ כמידי דלא מיפגם חשיב ובמידי דלא מיפגם סגי בהנאת ש"פ ובחידושי כתבתי דאפשר לומר דשפיר מתיישב בהך תירוצא גם בסוגיא דהכא דשפיר מתוקמי בכהאי גווני הכא שאין האפר ש"פ ואי משום דמתחייב במה שנהנה י"ל ע"פ מ"ש שם שיש מקום לפטור מטעם מלקות שיתחייב על אכילת חמץ וקשה אף למ"ד פודין רק שי"ל דרב יוסף ס"ל כעולא דאמר ממונא משלם מילקי לא לקי ועיין בצל"ח שם והנה הש"ס בכתובות בעי למימר אליבא דעולא דממונא לקולא והקשו התוס' אתגורי

אתגור ותירצו דחס רחמנא אממונא דנחבל והיינו שאין להפסיד לניזק זה ממונו ולפ"ז א"ש דאי אין פודין לא מעל כיון שהאפר ג"כ אינו ש"פ ואע"פ שזה נהנה מ"מ המלקות פוטרין ואף דס"ל ממונא משלם זה דוקא היכא שהחיוב מפני שמפסיד לניזק משא"כ היכא שאין החיוב מפני הפסד הניזק רק מחמת הנאתו שוב יש לדונו בחמורה במלקות דאתגורי אתגור ולא שייך חס רחמנא דהקדש לא מפסיד מידי משא"כ אי ס"ל פודין כו' דממון גמור הוא אין לפוטרו מחמת מלקות אליבא דעולא ועוד הארכתי בחידושי שם ואין כאן מקומו. אפס לא אוכל מלט מה דתמיה' לי בענין זה על מ"ש המהרש"א בתוס' ד"ה ר"נ בה"ק הוא שהקשה אמאי פטורי הכא מקרבן מעילה הא אמר בשבת דף צ"ב המוציא אוכלין בכלי שגג באוכלין והזיד בכלי חייב כו' וע"ז כתב המהרש"א דודאי כל חייבי מיתות כריתות שוגגין אע"ג דפטורין מתשלומין של ממון בקרבן חייבין אלא דהכא דפטור ליה מקרבן מעילה משום דהזי' בחמץ ולא שב מידיעתו בקלב"מ הוא התם נמי נימא הכי כיון דהזיד בכלי ולא שב מידיעתו מיקרי לא שב מידיעתו גם לגבי אוכלין כו' ע"ש והוא תימא בעיני שהרכיב ענין קלב"מ ואין שב מידיעתו יחד ובאמת אין זה ענין לזה דאפילו תימא דלא בעינן שב מידיעתו או דמהני לזה עשה תשובה עיין במ"ל הל' שגגות מ"מ אמרינן קלב"מ ומה שהקשה התוס' מהך דשבת היינו דאף דלשיטת רש"י שם צ"ל דבאמת לא איכפת לן בשב מידיעתו (ועיין שם בתוס' דשבת שהר"י באמת הקשה על רש"י דלא הוי שב מידיעתו) ומ"מ עכ"פ היה לנו לומר קבל"מ ומוכח דלענין קרבן לא מהני קלב"מ וכמ"ש התוס' לענין תשלומי תרומה שהם כפרה ומ"ש מהרש"א דודאי כל ח"מ שוגגין שפטורין מתשלומין אין פטורין מקרבן כו' וכ"כ שם על דברי רש"י במ"ש יש טועים כו' ע"ש אין הנדון דומה דהתם שפיר מחלקינן דלענין תשלומין הוי שני רשעיות שהרי מחויב עונש בדיני שמים על שגגתו בח"מ או ח"כ ואם נחייב בתשלומין יש שני רשעיות שהרי אין התשלומין מכפרין על העונש שנתחייב בד"ש כלל ולפ"ז אם נתחייב קרבן על השוגג ובאותה מעשה נתחייב מיתה במזיד או בשוגג שאין בו לא מיתה ולא קרבן בשוגג ולא אתרו ביה שפיר הוא פוטר אותו מקרבן שעל החטא בשגגה דשני רשעיות חשבינן ליה העונש שעל מעשה שוגג דלא אתרו ביה שאינו מתכפר בקרבן וגם שיתחייב להביא קרבן תרתי לא עבדינן משא"כ הקרבן שהוא עצמו מכפר על חיוב העונש שנתחייב על שגגת כרת ואין כאן רק רשעה א' ולא שתי רשעיות כלל ולכן הביאו התוס' משבת דשם אע"פ שנתחייב סקילה על הכלי וקרבן על האוכלין ואין הקרבן מכפר על עונש הסקילה אעפ"כ לא נפטר מקרבן כן נלענ"ד ברור ודברי מהרש"א צ"ע לענ"ד:

דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה סג

תשובה לכבוד מחו' הרב הגאון אב"ד דק"ק בוברקא מוהר"ר שמחה נ"י:
ראיתי דברים שמחים כנתינתן מסיני ועוקר הרים במועצות ודעת נאמרים וחזינא דרמי קלא וזקף בדברי ר"ת ז"ל שפוסק כהתוספתא דפקח אינו יכול לכתוב בכתב ידו לסופר ולעדי' לכתוב גט ובדין עדים בכתב ס"ל לר"ת דיכול לשלוח בכתב ידו לב"ד. ולכן כתב דע"כ טעמא דידיה בגט כמ"ש הרמב"ן ז"ל למ"ד דלא מהני אומר אמרו משום דלא מיחשב לשמה וה"נ לענין הגדה בכתב אבל הגדה בכתב שמיה הגדה והאריך בזה:
ולפענ"ד שתי תשובות בדבר שהרי בהך מלתא גופא דאומר אמרו הקשה עליו הדא"ה ז"ל דא"כ מנין דלר"י מילי לא מימסרן לשליח דלמא טעמא משום לשמה ועל זה כתב הר"ן דאם איתא דמימסרי לשליח אם כן אלו נעשו שלוחי הבעל והם כמותו והסופר והעדים ששומעים הוי כשומעים מפי הבעל ע"ש. ולפי"ז הן הן הדברים גם לענין שליחות בכתב דאם נאמר הגדה בכתב ל"ש הגדה אז שפיר י"ל דאע"ג דלענין גט לא בעינן הגדה בפה רק ריצוי בלבד מ"מ לענין שליחות לכתוב לא מהני כיון דבעינן לשמה. וכיון שע"י כתב ל"ש הגדה לא מיקרי לשמה שליחות זה שהם עושין עפ"י הכתב אבל אם נימא דהגדה בכתב שמיה הגדה לכל מילי למה לא יועיל הגדה זו בכתב כהגדה בפה לענין כתיבת הגט מה"ת לא יהיה ע"ז שם כריתות לשמה כיון שהבעל מגיד להם בכתב והגדה גמורה ומאי טבותא אם אמר יאמר בפה ממה שכתב בספר ואם נרצה לדחוק ולומר דאע"ג דחשיבי הגדה לכל מילי מ"מ לענין לכתוב לשמה לא סמכא דעתייהו דסופר ועדים לסמוך על כתב הבעל לא ידעתי מאין הרגלים לומר כן ומה ראו לחלק בין הפרקים כיון דהגדה חשיבי הוא אף לענין עדות. ועוד שבאמת צריך לעי' בכוונת הרמב"ן שכתב וז"ל ואפשר לומר שאני גט דבעינן לשמה ובעינן נמי וכתב הבעל ואין הסופר והעדים עומדים במקום הבעל אלא כששמעו הם מפיו אבל בדברים אחרים אדם עושה שליח שלא בפניו כו' עי' שם ודבריו סתומים דאם כוונתו דבכה"ג לא סמכה דעתייהו לכתוב לשמה מאי האי דסיים בה ובעינן נמי וכתב הבעל. ואם הוא טעמא באנפי נפשיה פשיטא שאין צריך שאין בזה בנ"ט כלל דהא גבי נתינה ג"כ ונתן בעינין שיתן הבעל ואפ"ה שליח עומד במקומו אעפ"י שלא שמע מפיו אלא נעשה שליח שלא בפניו ומאי עדיפותא דכתיבה מנתינה לענין זה ואמנם פשיטות דבריו משמע דחד טעמא הוא שצריך לשמה ובעינן וכתב הבעל ר"ל שהבעל יכתוב לשמה ואין הסופר והעדים עומדים במקומו לכתוב

לשמה כשלא שמעו מפיו ומ"מ הלשון דחוק מאד והך ובעינן נמי וכתב הבעל הוא שפת יתר לכאורה וגם גוף סברתו של הרמב"ן צ"ע דאפילו מאן דסבר דבעינן שליחות בכתיבה מ"מ הרי יש כאן שליחות בכתיבה זו שהרי מועיל מה שעושה שליח שלא בפניו וא"כ כיון שהאנשים האלה אשר צוה להם הבעל אמרו לסופר כשהם נאמנין בעיני הסופר והעדים שמבנין הבעל יצאו הדברים ועפי"ז עבדי עובדא בנפשייהו לכתוב גט ולחתום ומה"ת לא יתנו לב לכתוב לשמה ומכ"ש אם נימא דלא בעינן שליחות בכתיבה והיא שיטת הרמב"ן ג"כ. ומ"ש התוס' בגיטין דף ך"ג אהא דעד שיאמר לסופר כתוב כו' הטעם משום דלא מקרי לשמה וכ"כ שאר מפורשים התם א"ש דמיירי כשכותבין בלי צוואת הבעל רק שכותבין מעצמם אז אעפ"י שהם מתכוונים מעצמם לשם בעל ואשה זו מ"מ אין זה לשמה כ"א כשנכתב עפ"י הבעל שצוה ע"ז דאל"כ סתם אשה לאו לגירושין קיימא משא"כ באומר אמרו לפלוני דהא הני תר' לא חשידו דמשקרו ועושים מעשה על פיהם לכתוב ולחתום ואשה זו לגירושין קיימא מפי הבעל שגמר אומר לכתוב לה גט מה"ת לא יתנו לב לכתוב לשמה ואם נפשך לומר דאכתי דכל שהם עצמם לא שמעו מפי הבעל אף ע"פ ששמעו מפי שום עדים כשרים שאומרין כן בשם הבעל מ"מ אכתי לא ברירא להו מלתא והוא אין ולאו ורפיא בידייהו ואעפ"כ עושין מעשה וכותבין וחותמין מספק דשמא כדברי אילו העדים כן הוא וזה הוי ככותב סתמא דלא הוי לשמה כיון שסתם אשה לאו לגירושין קיימא מ"מ אם נאמר כן אין ללמוד מזה לענין הגדה בכתב כיון שהכתב ניכר וידוע להם שהבעל כותב להם לכתוב גט ומכ"ש אם הוא כותב לפניהם ממש למה לא יאמינו לקול האותיות האלה ונאמר דאכתי מספקא להו בדעת הבעל ואין נותנין לב לכתוב לשמה אך באמת אין נלענ"ד סברא זו גם לענין אומר אמרו כיון דתרי מהימני בכל עדיות שבתורה אף ע"פ שזה שאומרים לסופר ועדים אין ע"ז תורת עדות שצריך שיעידו בפני שלשה וכל שאר דיני עדיות מ"מ עכ"פ מהיכי תיסיק אדעתייהו דסופר ועדים שיסתפקו בדבר כיון דבי תרי לא חשידי כלל:

ולכן נלענ"ד בסברת הרמב"ן דכל שלא שמע מפיו דבעל עצמו רק הוגד לו מפי אחרים בשמו אע"פ שהוא מאמין כי יאזין קולם מ"מ אין זה לשמה דעל הרוב דרכו של זה שנשלח ועושה מעשה לעשות הענין מחמת שנשלח מן האיש המצווה לו ואע"פ שהוא אומר לו בפירוש שהוא אינו המצווה רק פלוני אמר לו שיצוה לעשות כך מ"מ זה העושה מעשה בשעת עשייתן כל עיקר עשייתו הוא עפ"י דבורו של זה ועינו ולבו על זה האיש ששמע מפיו שיעשה כך וכיון דגבי גט לשמה בעינן והיינו שיעשה השליחות שנצטוה מהבעל ועל דעתו לבד ואז הוא עומד במקומו מ"מ כיון שאין כח אחר מעורב בו משא"כ

אם בשעה שכותב דעתו גם ע"ז שאמר לו לכתוב והוא כותב בשם פלוני שאמר לו בשם הבעל שיכתוב אין זה עומד במקום הבעל שיהיה כאילו כתבו הבעל לשם כריתות משא"כ לענין נתינה אף אם הוא נותן בכוונה זו לפי ששמע מאילו שנצטוה מהבעל לא איכפת לן בהכי דגבי נתינה לא בעינן לשמה ודוקא בכתיבה דכתיב לה לשמה קפדינן שלא יהיה שם עירוב מכוונה אחרת כלל כנלע"ד לסברת הרמב"ן ז"ל:

והנה עיינתי בלשונות הרמב"ן ז"ל המדברים מענין זה וראיתי בחידושיו לגיטין דף ך"ג כתב וז"ל. ומיהו קשיא היאך יכולים לכתוב הא לאו בני שליחות נינהו כו'. ומנ"ל דבעינן שליחות דאמרינן ר"פ כל הגט ואי כתב רחמנא וכתב ה"א למעוטי האי דלאו איהו כתב ליה אלמא פשיטא דכתב מועיל ואפילו לרבנן דרשב"ג לא פליגי אלא בנתחרש אבל בפקח מה"ת לא יועיל כתב כיון דחזינן שנתרצה ולא דמי לאומר אמרו כמש"ל אלא ע"כ דבנתחרש מיירי ולפי שבפקח אין רגילות שיכתוב בכת"י רק בנתחרש לכך נקט סתם ומוכח מזה דלא כרשב"ג ואהא קאמר דע"כ ברייתא משבשתא הוא דהא הרכנה מהני א"כ י"ל דכתב נמי מיירי שכתב אמרו לסופר וכמ"ש בקרבן העדה וע"ז קאמר רבי יודן דלא משבשתא הוא דהיא הרכנה היא שמיעת קול וא"כ מוכח מהך ברייתא דלא כרשב"ג וע"ז קאמר ר' יודן תמן באומר כך וכך עשיתי ברם הכא באומר כך וכך עשו ר"ל דליכא לאקשויי אדרשב"ג דרשב"ג מיירי באומר כך וכך עשיתי ר"ל שכותב להם בעודו פקח תרם כרי זה או עושה שליח לסופר ועדים אלו ובכה"ג ס"ל דשפיר מקיימין כתב ידו וכאן מיירי באומר כך וכך עשו ולכך לא מהני וע"ז פריך דאם יש בו דעת לשעבר יש בו דעת להבא ג"כ וע"ז משני ר' אבא מרי בחרש אנן קיימין ו ואין שליחות לחרש ר"ל דאע"ג דודאי יש בו דעת להודיע לנו שעשה את אילו שלוחים בעודו בפקחותו מ"מ לענין זה שיהיה יכול לעשות שליח עכשיו לא מפלגינין בינון לבין חרש דעלמא דומיא דאתם בעינן מה אתם בני דעת גמור אף שלוחכם בני דעת גמור והלכך אע"ג דפקח ונתחרש אית ליה דעתא קלישתא להודיע את אשר כבר עשהו ומודה בזה שעדיין הוא מרוצה למה שצוה כבר מ"מ אכתי לא מקרי בן דעת גמור לענין שיהא יכול לעשות שליח עכשיו ור"י בר בון אמר בבריא אנן קיימין ר"ל דיהו מתרץ הקושיא באופן אחר דהך דרשב"ג בפקח ונתחרש ואמר כך וכך עשיתי ולכך מועיל אף שהוא ע"י כתב כיון שאומר ענין שניכר והך ברייתא בכותב כך וכך עשו ואפילו הוא בריא לא מהני כתיבה דידיה דאמרינן מתעסק היה בשטרותיו ושטת הפוסקים דאף בפקח לא מהני כתיבה היינו כר"י בר בון ומה דמסיים שם בירושלמי ותני כן בד"א בנשתתק מתוך בוריו כו' ע"ש לפרושי מתני' קאי וכן נמצא כ"פ בירושלמי וכ"פ בקרבן העדה ולענ"ד. דקאי התם

אהא דקאמר התם לשמיעת קול פעם א' להרכנה ג"פ ע"ז מייתי מהך ברייתא דמחלק בין נשתתק מתוך בוריו לנשתתק מתוך חוליו דלא חיישינין לדעתא שגישתא דיו בפעם אחת. וא"כ פשיטא דבשמיעת קול סגי בפעם א' דלא גרע מנשתתק מתוך חוליו ע"י הרכנה ודעת הפוסקים הסוברים דפקח מהני כתיבה נראה שהם מפרשין הא דקאמר ר"י בר בון בבריא אנן קיימין ר"ל דודאי מיירי שנשתתק וכס"ד דמקשה אלא שנשתתק מתוך בוריו ונשתתק מתוך בוריו גרע טפי וחיישינן למתעסק ומייתי ראיה מברייתא זו דמחלק בין מתוך בוריו למתוך חוליו דמתוך בוריו חיישינן לטריפת דעת טפי ואין להאריך:

ועכ"פ מה דקשיא ליה למר דמאי מקשה בירושלמי מגט אתרומה פשיטא דלק"מ אפילו אימא דרשב"ג דירושלמי גם כן אתרומה קאי מ"מ מקשי שפיר דהירושלמי בס"ד הוי מפרש הך ברייתא דהרי שכתב בכת"י כו' פקח ונתחרש לפי שהיה מוכרח לאוקמי בהכי דפקח למה באמת לא תועיל כתיבתו דלא גרע מריצוי בעלמא דמהני בשליחות ולכך סבר דהך ברייתא דסברה פקח ונתחרש לית ביה דעתא צילתא ע"כ פליגא אדרשב"ג דס"ל דפקח ונתחרש יכול לתרום דדעתא צילתא אית אית ביה וזה מבואר להדיא שכך היתה דעת המקשה שהרי ר' יודן מתרץ תמן באומר כך וכך כו' ועלה פריך אם יש בו דעת לשעבר כו' וכן ר' אבודימי מתרץ דבחרש קיימינן כו' מבואר להדיא שהיה סובר דמיירי בחרש וא"כ מה שסוברים ר"ת ודעימיה לפסול פקח היינו לפי מסקנת ירושלמי דמוקי ר"י בר בון דמיירי בבריא ומטעם דמתעסק בשטרותיו אבל באמת לא פליג אדרשב"ג דתרומה כלל. ולהיות כי מוכ"ז נחפז לדרכו הוצרכתי להפסיק באמצע הפרק ובגוף הענין הארכתי הרבה בתשובתי (עי' בחלק אה"ע סי') ושלום תורתו יגדל כנפשו ונפש זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה סד

שלום לכבוד אהובי חתני החריף והשנון האברך מוהר"ר חיים נחמן נ"י:

הנה מכתבך קבלתי ואכתוב בקצרה בהא דקשיא לך אהא דמיבעיא ליה דלמא תולדותיהן לאו כיוצא באיזה תולדה קמיבעיא ליה אפשר לומר בפשיטות דבעל האיבעיא שפיר קא מיבעיא ליה הכי אתולדה דקרן ואע"ג דהתולדה דומה לאב בכל מילי כיון דקי"ל פלגא ניזקא קנסא מקנסא לא ילפינן כדאיתא בגיטין דף נ"ב ובכמה דוכתי משא"כ הש"ס לקמן שפיר הקשה על רב פפא אהי קאי אילימא אקרן מ"ש קרן דהא ר"פ איהו ס"ל פלגא נזקא ממונא וא"כ לדידיה אין מקום לומר דקרן תולדתו לאו כיוצא בהן דמ"ש קרן כו' ודוחק לומר דרב פפא אליבא דבעל האיבעי קאמר דסובר קנסא

ולדידיה לא ס"ל אלא ודאי ר"פ פשיטות דידיה קאמר אליבא דכ"ע וא"כ פריך שפיר דע"כ לאו אקרן קאי. ואין להקשות דבאמת האיך ילפינן תולדה דקרן מאב דידיה למ"ד קנסא י"ל דהא לאו מילף הוא אלא גילוי מלתא בעלמא הוא דכל מעשה השור כה"ג קנסי' רחמנא כי היכא דלנטריה לתורא ובהכי א"ש מה שפי' רש"י בסוף הסוגיא גבי ח"נ צרורות אליבא דמ"ד קנסא אע"ג דר"פ גופא ס"ל פ"נ ממונא מ"מ כיון דרב פפא אתי למיפשט אליבא דבעל האיבעיא ולמימר מה דקמיבעיא לך בקרן פשיטא לי דתולדתו כיוצא בהן רק יש מהן דלאו כיוצא בהן דהיינו ח"נ צרורות וכיון דבעל האיבעיא הוא סובר פ"נ קנסא לכך פירש הסוגיא אליביה ומה דקשיא לך בקושי' דא"כ לר"פ נימא דצרורות הוי תולדה דקרן כיון דגם פ"נ דקרן ממונא הוא יבואר לקמן:

והנה לכאורה יש מקום לומר דאתולדה דרגל קמיבעיא ליה ואע"ג דדומה לרגל בכל מילי מ"מ הא איכא ח"נ צרורות דג"כ דמי ליה ומאי חזית דילפת מרגל גופי' נילף מח"נ צרורות דדמי ליה ג"כ בכל מילי אך י"ל כיון דצרורות הלכתא גמירי לה וקי"ל דאין דנין ק"ו מהלכה וה"ה דאין דנין ג"כ בנין אב מהלכה כדאמרינן בזבחים דף צ"ג איבעיא להו בדם מאי הלכתא הוא ומהלכתא לא גמרינן כו' עי' שם אך דאכתי קשה בהא דמיפשט פשיטא ליה דתולדה דרגל כרגל כיון דדמי לרגל דמאי חזית למילף מרגל נילף מקרן דלא משלם רק ח"נ וא"ל דשאני קרן דלאו אורחיה דהתינח למ"ד פלגא נזקא קנסא אבל למ"ד פ"נ ממונא קרן נמי אורחא הוא ואפ"ה לא משלם רק ח"נ וא"כ דלמא דוקא רגל גופא דגלי קרא לשלם נ"ש אבל בעלמא לא וצ"ל דבאמת לכאורה הא גופא קשיא דס"ל לאו בחזקת שימור קיימי ורחמנא חס עליו דלמה חס רחמנא בקרן משום דלא אייעד יותר מרגל כיון דאיהו ס"ל דסתם שוורים הם רגילים ליגח ואפ"ה חס רחמנא גם ברגל הו"ל למיחס וצ"ל דרש"י פירש רגל היזקו מצי דכל שעה היא מהלכת ואם יש כלים תחת רגלים היא דורסת, ולפי"ז י"ל דבקרן אע"ג דשוורים רגילין ליגח מ"מ שפיר חס רחמנא כיון דלא מצי שיגח בכל שעה משא"כ רגל שהיזקו מצי שכל שעה היא מהלכת ולא שייך לחוס משום דלא אייעד כלל וכיון דלא נטרי' חייב נ"ש. ולפי"ז א"ש דגם תולדה דרגל ליכא למילף מקרן דמה לקרן אע"ג דאורחיה הוא מ"מ אין היזקו מצוי כמו תולדה דרגל הלכך לרגל מדמינין ליה אלא דאכתי קשה נילף מקרן וא"ל מה לקרן שאין היזקו מצוי דהא י"ל צרורות תוכיח דהזיקו מצוי ואפ"ה לא משלם רק ח"נ ואע"ג דאין דנין ק"ו מהלכה שפיר עושין תוכיח מהלכה וכמ"ש התוס' לקמן דף ך"ו בד"ה ולא תהא כו' (ועי' בסוטה דף ך"ח בתוס' משמע דאף יוכיח אין עושין מהלכה ועי' מ"ש אא"ז מהרש"א שם ואין כאן מקומו):

ומ"ש בדברי התוס' ד"ה אבל מחוברת אימא כולה מועדת היא שהביאו כאן הך דולמ"ד קרן עדיפא ופירוש ר"ת והוא אך למותר הו"ל לאתויי רק מלתא דר"פ ור"ה בריה דר"י לחוד ונלענ"ד כוונתם בזה דמהך דר"פ ור"ה בריה דר"י לא מצי לאקשויי די"ל דאינהו לאו מסברא דנפשייהו הכריעו אם הם בחזקת שימור או לא אלא כל חד מוכיח לנפשיה דמר לא משמע ליה למימר דרחמנא קנסי' הלכך ס"ל דע"כ התורה ירדה לסוף הענין דרובם לאו בחזקת שימור רק רחמנא הוא דחס עליה ור"ה ברי' דר"י לא משמע ליה למימר דרחמנא חס עליה ולכך ס"ל להיפך אבל אם היינו אומרים דהתורה מיירי מקרן תלושה דוקא א"כ היינו יכולים לומר דלענין מחוברת ודאי לאו בחזקת שימור נינהו וכיון דלא ס"ל סברא דרחמנא חס עליה חייב נזק שלם בזה ולכך מייתי התוס' הך דולמ"ד קרן עדיפא כו' אלמא דקאמר הש"ס שהיינו יכולין ללמוד קרן משאר אבות א"כ מוכרח דר"פ ור"ה ברי' דר"י הכריעו כן מסברא דנפשייהו דאל"כ פשיטא דהוצרכה התורה להשמיענו הך מלתא גופא דלאו בחזקת שימור ואי לא כתיב קרן ה"א דבחזקת שימור קיימו וא"כ האיך קאמר דקרן נמי אתי אלא ע"כ דמסברא הכריעו כן והלכך מקשו שפיר דלר"ה ברי' דר"י דס"ל מסברא דבחזקת שימור נינהו והיינו ודאי בקרן מחוברת כיון שמחולקים הם בכל פ"נ דס"ל דקנסא הוא וא"כ קשה מהיכא יליף מחוברת לחייבו נ"ש בפעם ראשונה: ואמנם מ"ש התוס' דלמ"ד קרן עדיפא א"ש הכא מאי דקאמר אבל מחוברת אימא מועדת הוא ולכאורה קשה לפי מ"ש התוס' לקמן בדף ט"ו בד"ה והשתא דאמר פ"נ האי כלבא כו' וכתבו דלמ"ד פ"נ ממונא לא משלם כלל דמקרן ליכא למילף דהוי אורחא משא"כ האי דמשונה. ולפ"ז קשה על התוס' שכתבו הכא דלהך מ"ד ניחא דאדרבא להך מ"ד תיקשי טפי כיון דהברייתא ס"ל דבין קרן תלושה ובין מחוברת משלם ח"נ והרי קרן תלושה ודאי לאו אורחא ומשונה הוא ולענין זה ודאי דבחזקת שימור קיימי ואפ"ה איתא בברייי' דחייב א"כ מוכח מזה דפלגא נזקא קנסא דאל"כ אין לחייבו כלל בתלושה ויש ליישב קצת דהתוס' לקמן דף ך"ב הקשו דהא הוי תחלתו בפשיעה כו' ותירצו דלא אמרינן תחלתו בפשיעה לענין שן ורגל וסופו באונס דקרן דאפילו פשע בקרן לא משלם רק ח"נ. ולפ"ז צ"ל הא דכלבא דאכל אימרי אע"ג דתחלתו בפשיעה לענין זוטרי מ"מ לענין רברבא אין כאן פשיעה כלל וכדאמרינן לקמן דלא אמרינן מיגו דהוי פשיעה לגמלים משא"כ כאן אע"ג דהשתא אונס דמשונה מ"מ תחלתו בפשיעה שלא יגח בקרן מחוברת כיון דלאו בחזקת שימור הם וסופו באונס ע"י שינוי ובהכי חייבא רחמנא כיון דאם פשע בקרן הי' חייב ח"נ עכ"פ וכיון שהיה פושע להך מלתא גופא שפיר מיקרי תחלתו בפשיעה וגם האונס בא מחמת הפשיעה ובעיקר קושית התו' שכתבו וא"ת מהיכא יליף

לה אי מתלושה די' כתלושה י"ל בפשיטות דא"ש ע"פ התוס' בריש הסוגיא בד"ה ולא זה כו' וקצת קשה דמשמע דעונשין מן הדין ובמכילתין תניא כי יפתח וכי יכרה אם על הפתיחה חייב על הכריה לא כ"ש אלא ללמדך שאין עונשין מה"ד ומיהו בפרק הפרה כו'. ולפ"ז מתני' דקתני לא הרי ע"כ מוכרח דס"ל עונשין משא"כ הך ברייתא דשלש אבות נאמרו בשור דלא אשכחן דקתני בה לא הרי כו' י"ל דס"ל כהמכילתא דאין עונשין מה"ד ולפ"ז י"ל דה"ק אבל במחוברת אימא כולה מועדת וא"כ כיון דחמיר טפי מתלושה א"כ פטור לגמרי דאי מתלושה הא אין עונשין כו' ולכך איצטרך קרא לאשמועינן דמיירי אף במחוברת כנלענ"ד:

ובקושית התוס' שם אהא דאמרינן ולכתוב רחמנא ושלח דמשמע רגל ומשמע שן כו' מכדי שקולין הם דרגל היזקו מצוי ושן יש הנאה להיזקו ויבאו שניהם ומשני סד"א ה"מ היכי דשלח שלוחי כו' והקשו התוס' א"כ תיקשי השתא הא דפריך לעיל טעמא דכתיב כאשר יבער כו' ע"ש ונהירנא כד הוינא טליא שמעתי מפי אדוני אבי מ"ו הרב הגאון הגדול זכרונו לברכה ששמע מפי רבו המובהק המפורסים ש"ב מוה"ר יצחק הלוי ז"ל האב"ד דק"ק דוקלא ואח"כ נתקבל לאב"ד דק"ק פרעשבורג שאמר קו' התוס' דהנה הא דאמרי' שקולים הם היינו משום דרגל היזקו מצוי וזה דוקא אי אמרינן ל"ש שלח שלוחי כו' ל"ש אזלא ממילא משא"כ אי נימא דוקא שלח שלוחי פשיטא דרגל אין היזקו מצוי כיון שאין חיובו אלא בשלח דוקא וא"כ י"ל דהכי אזל תירץ הש"ס אי לא כתב רחמנא רק ושילח סד"א ה"מ היכא דשלח שלוחי. ולפ"ז י"ל דלא קאי אלא אשן דמסתבר משום דיש הנאה להזיקה משא"כ רגל וא"ל דגם רגל בכלל ושילח דשקולין הם ז"א דהא רגל אין היזקו מצוי בכה"ג ולכך איצטרך וביער לחייב בשן אף דאזלא ממילא וא"כ ממילא מוכח דושילח קאי ארגל. ולפ"ז א"ש קושית התוס' דאי לאו דכתיב כאשר יבער הוי מוקמינן ובער ארגל דא"ל דמושלח נפקא ז"א כיון דושלח מורה דוקא שלח שלוחי א"כ לא קאי ארגל אבל השתא דמייתינן כאשר יבער דע"כ ובער פירושו שן ואפי' אזלא ממילא א"כ מוכרח דושלח קאי ארגל ושוב אמרינן דומיא דשן וכמש"ל עכ"ד קדשו ז"ל (וכעת איני זוכר היטיב אם הי' דבריו ע"ד זה או קצת על דרך אחר רק המכוון ממנו כמ"ש) ודפח"ח:

ואני הוספתי נופך משלי לתרץ קושי' התוס' שם בהא דאמרי' דומיא דרגל מה רגל ל"ש מכליא קרנא כו' והקשו התוס' וא"ת ונימא איפכא כו' ונלענ"ד דהנה הא דאמרינן לא הרי השור היינו משום דרגל היזקו מצוי ולכך לא הוי ילפינן מיניה והנה הרשב"א פי' הא דאמרינן דומיא דרגל היינו משום דרוב היזקו של רגל אינו מכלה הקרן ומ"מ אכתי קשה דמ"מ נימא איפכא לאקשויי לשן דמסתמא חיוב דידיה במכליא קרנא הוא ולפמ"ש

א"ש דרש"י כתב רגל היזקו מצוי דכל שעה היא מהלכת ואם יש תחת רגליה כלום היא דורסת. ולפ"ז א"א לומר דנימא איפכא ואין חיוב ברגל כ"א במכליא קרנא דוקא דא"כ תיקשי קרא בשן ל"ל נילף מרגל דא"ל דשאני רגל דהיזקו מצוי ז"א דאם נימא דגם ברגל מכליא קרנא דוקא בעינן א"כ גם רגל אין הזיקו מצוי דאע"ג דכל שעה היא מהלכת כו' מ"מ רוב היזק שלה לא מכליא קרנא וא"ש נמי מאי דקאמר דומיא דשן ל"ש שלח שלוחי כו' דע"כ מוכח דשן ל"ש שלח שלוחי דא"ל איפכא דא"כ שן ל"ל כלל דא"ל דשאני רגל דהזיקו מצוי ז"א כיון דבעינן שלח שלוחי גם רגל אין היזקו מצוי כמו שן וכסברת הגאון ז"ל וקצרתי דברי חותנך הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד. ומידי דברי בו זכור אזכרנו מה דנקיטנא בידי מרגניתא טבא שאמר א"א הרב הה"ג ז"ל ששמע מרבו הגאון הנ"ל בעירובין דף נ"א דאמרינן הני אלפים אמה היכא כתיבן כו' אמר ר"ח למדנו מקום ממקום כו' וחוץ מחוץ דכתיב ומדותם מחוץ לעיר את פאת קדמה אלפים באמה כו' ושוב אמרינן אהא דר"ח בן אנטיגנוס דאמר אלפים אמה עגולות ממ"נ אי אית ליה ג"ש פיאות כתיבן ופירש"י דכתיב את פאת נגב ופאת משמע מרובה ע"ש. ולכאורה תמוה דלמה נקט את פאת נגב כיון דבש"ס נקט את פאת קדמה וגם הוא קודם בתורה ואמר הגאון ז"ל ע"פ מה דאמרינן בפסחים דף י"ב בשעה שית יומא בקרנתא קאי ופירש"י דדבר עגול אין חילוק ארבע רוחות ניכר בו ומזרחו מתעגל עד חצי דרומו וחצי צפונו ומחזי פלגא דרום בסוף מזרח וראש מערב ולכך קאמר בקרנתא קאי ולא קאמר במצעי דדרום קאי ע"ש. וממוצא דבר אנו למדין שאם בדבר עגול אנו רוצים לקרות עליו שם פאה וקרן א"א לעשות ממנו כ"א שני קרנות דהיינו או מזרח ומערב או צפון ודרום שבדבר עגול הקרן תופס בחצי העיגול כמדתו לכל רוח וזה כוונת רש"י דבש"ס נקט את פאת קדמה שהוא מזרח ונקט איהו פאת נגב שהוא דרום ואם מוכח דהני פיאות מרובעים הם דבעיגול אין מציאות להיות פאת מזרח ופאת דרום רק מזרח ומערב או צפון ודרום (ואע"ג דבקרא בלא"ה חשיב הפיאות לארבע רוחות נקט רש"י פאת נגב דמהא לבד נמי מוכחא מלתא וכדרכו ללמד בכ"מ דרך קצרה:

שאלה סה

שאלה לבאר בדין ראובן שהי' נושה בשמעון ושלח שלוחו לתפוס מטלטלין של שמעון ושמעון חייב לבע"ח הרבה ובאו לדין עם זה השליח מה דינו:

תשובה הנה בב"מ דף י' בסוגיא דהיה רוכב ע"ג בהמה הקשו התוס' על רש"י שפי' דמהני בעשאו שליח אף שהוא תופס לב"ח מעובדא דיימר בר חשי והרא"ש הקשה

ממתני' דקתני ואמר תנה לי והש"ס רוצה להוכיח מזה דהממינק"ח והטעם משום תופס לבע"ח וא"כ מוכח דלהך מ"ד אף בעשאו שליח לא מהני עוד הקשו דמעיקרא מאי קא קשיא ליה לר"נ ממתני' דלמא בדאמר תחלה ומנ"ל דמתני' מיירי שאומר זכיתי עכשיו ולהקשות על עולא. עוד הקשו התוס' על ר"י דאמר משנתינו דאמר תנה לי כו' הא ר"י ס"ל האומר תן כאומר זכי דמי:

ונלענ"ד לתרץ ומתחלה אבאר במאי דמוכח מפשיטות הש"ס דיימר בר חשי דעשאו שליח לא מהני כמ"ש התוספות והך מלתא טעמא בעי דלמה יגרע שליחות מכל שליחות שבתורה ואע"ג די"ל דע"כ לא ריבתה התורה שליחות אלא היכא שאינו חב לאחרים מ"מ הא חזינן באומר לשלוחו צא וגנוב דהוי מהני השליחות לחייב למשלח אי לאו משום דאשלד"ע וכן גבי מעילה וטביחה וכה"ג ולא אמרינן דהוי חב לאחרים אלא ע"כ דשליחות מהני אף שחב לאחרים ודוקא לדון בדין זכיה מתורת שליחות לא מהני היכא שחב לאחרים כיון שמה שהוא זכות לזה הוא חוב לזה אין יכול להעשות שליח מעצמו אבל כשנעשה שלוחו של זה בפירוש למה לא יועיל השליחות וכ"כ הפ"י בכתובות באמת לשיטת רש"י. אך י"ל ע"פ מה דאיתא בירושלמי דגיטין בפרק האומר דאע"ג דבאשה שאמרה התקבל והוא אמר הולך מגורשת משהגיע ליד השליח מ"מ במתנה אינו כן משום דבגט התורה זיכתה לקבל דבר שהוא שלה אבל במתנה שאין אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו ע"ש וביאור הירושלמי כתבתי במקום אחר ולפ"ז א"ש בהא דיימר בר חשי דהרי התם אמרינן דאי לא תפס אזי ינתן ליורשים או לכושל רק אם תפס הבע"ח לא מפקינן מיניה ולפ"ז כל כמה דלא תפס לאו דידיה הוא ואינו חל ע"ז תורת שליחות כלל דהוה כעושה שליח לקבל דבר שאינו שלו ואין כאן מקום לדין רק מתורת זכיה דהיינו בשעה שהוא תופס יועיל תפיסתו בשביל חבירו וזה לא מהני שהרי הוא חב לאחרים ולפ"ז א"ש גם במתנה דקתני תנה לי וקס"ד דהטעם משום דהממ"ל לק"ח ואע"ג דעשאו שליח מ"מ לא מהני שליחות בדבר שאינו שלו משא"כ בהא דתופס לבע"ח שפירש"י שיש לו נושין הרבה וא' מבקש לתפוס קודם ע"ז שפיר כתב רש"י שלא עשאו הנושה שליח דאם עשאו שליח מהני וטעמא דמלתא שהרי כבר כתבתי בשם הירושלמי דבגט מהני כיון שמקבלת דבר שלה ור"ל דאז הוי יד השליח כיד האשה ממש אע"פ שזה אמר הולך והיינו שיגיע ליד האשה מ"מ כיון שחל שליחות שלה לקבלה הוי כאילו קיבלה האשה בעצמה ולפ"ז גבי נושים הרבה כל כמה דלא תפס חד מינייהו ברשותא דכולהו קאי וגם לזה יש לו חלק בו לפי ערך החוב המגיע וע"ז בודאי שפיר מועיל השליחות שהרי הוא עושה שליח לקבל דבר שהוא שלו ולענין זה הוי יד השליח

כיד הבעלים ואנו דנין כאלו הבעלים בעצמם הם התופסים וא"כ אף לענין שאר הממון שתפס אע"ג שלענין זה לא חל השליחות מ"מ שפיר מועיל תפיסתו דאמרינן ביה מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחבריה דלענין זה החלק הו"ל כאלו הוא הבעלים וזוכה בו לעצמו ולענין השאר זכה בו ג"כ לבעלים מטעם מיגו ושפיר כתב רש"י דמהני בזה אם עשאו שליח:

ובזה יש ליישב ג"כ דברי רש"י בביצה דף גבי מילא מים ונתן לחבירו דקאמר דפליגי ר"נ ור"ש דמ"ס בירא דהפקרא והממ"ל לק"ח ומ"ס בירא דשותפי ופירש"י דמיירי שאמר לו למלאות והלך בשליחותו ואין זה כמגביה מציאה ולכאורה קשה דהא רש"י ס"ל דעשאו שליח מהני וא"כ אף למ"ד בירא דהפקרא נמי מ"ט לא קני וכן הקשה באו"ת סי' ק"ה ולפמ"ש א"ש דרש"י פי' כן להך מ"ד בירא דשותפי ולדידיה שפיר מהני השליחות משא"כ למ"ד בירא דהפקרא ולשיטת רש"י גם בזה שייך דינא דתופס לבע"ח וא"כ מצד שליחות לא מהני כלל דאין אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו:

ובאופן אחר י"ל דברי רש"י דלכאורה קשה לפי מ"ש הירושלמי שאין אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו לפ"ז קשה היאך חצר קונה מציאה למ"ד משום שליחות איתרבאי הא אף בשליח לא מהני בדבר שאינו שלו וכיוצא בזה הקשו המפרשים אם נימא דהו"ל כתופס לבע"ח ע"ש וצ"ל דאע"ג דלא חל השליחות קודם שתגיע לידו מ"מ שפיר חל השליחות כשתגיע לידו שאז השליחות חל בשעה שהוא נעשה שלו ומ"מ שפיר קאמר הירושלמי היכא דא"ל הולך דלא מהני כיון דמעיקרא לא חל השליחות וא"כ בשעת הנתינה אין זה כנותן ליד הבעלים ואחר שהגיע לידו לא מהני שהרי הנותן אמר לו הולך והיינו שיגיע ליד הבעלים ובשעה שהגיע לידו עדיין לא היה ידו כיד הבעלים. והנה בש"מ כתב בשם הרא"ש לפרש משנתינו דאמר תנה לי כו' היינו שזה לא היה מרגיש שמציאה הוא אלא כסבור שנפל מחבירו שום דבר ועיין בקצה"ח ח"ב סי' הוכיח מזה דאע"פ שהשליח אינו יודע שהוא מציאה מ"מ כיון שהמשלח כיוון לקנות קני ע"ש:

(אמנם לפענ"ד כוונת הרא"ש דכיון שזה אמר תנה ולא הרגיש זה שהוא מציאה א"כ לא קני לא המשלח ולא השליח ועתה שהשליח הרגיש שהוא מציאה ורוצה לזכות שפיר זכה בו עכשיו וזהו לתירוץ רבי יוחנן ומעיקרא הוה ס"ל לש"ס דמיירי שהשליח יודע שהוא מציאה ותן כזכה דמי) והנה התוס' בב"ב דף נ"ד ד"ה אדעתא דציבי כתבו אע"ג דידו קונה שלא מדעתו כמו חצירו היינו שאלו ידע היה מתכוון לקנות הא ביודע ואין מתכוין לקנות לא קני ולפי"ז אף ר"נ דס"ל בביצה דהמגביה לא קני כגירסת רש"י שם היינו משום שיודע ואין מתכווין לקנות ולפ"ז במתני' שאין יודע שהיא מציאה ואם היה

יודע היה מתכוון לקנות שפיר קני המגביה לעצמו בהגבהה זו. ולפ"ז א"ש מ"ש דבמתני' לא מהני השליחות כלל כיון שאין נעשה שליח לקבל דבר שאינו שלו אימת שייך חלות השליחות לבתר דמטי לידיה אז כבר זכה המגביה שלא מדעתו ולא מתורת הפקר וכיון שאינו רוצה ליתנו שפיר זכי לנפשיה ועוד י"ל דודאי מתני' מיירי לאוקמתא דר"נ ביודע שהוא מציאה וגם ר"נ מפרש למתני' דמיירי באומר זכיתי תחלה אלא דהוה ס"ד דתן הוה כזכה ולעולם אינו נאמן לומר זכיתי תחלה וחזרתי משליחותי וכמ"ש הטור לענין זכה לי וא"כ קשה אמאי זכה בה וע"כ לומר דנאמן במיגו דאי בעי הוה אמר לא הרגשתי כלל שהיא מציאה וא"כ ידו קונה לו שלא מדעתו שאלו היה יודע הי' מתכוון לקנות וא"כ אף שהגביה באמת לצורך חבירו לא מהני כמש"ל ומ"מ שפיר מוכח דמעני לעני מחלוקת דאל"כ אלא אמרי' דקנה חבירו א"כ אין כאן מיגו דלא ידעתי שהיא מציאה דנהי שלא ידע מ"מ כיון שעכ"פ כיון בהגבהה זו לחבירו הרי קנה חבירו כמש"ל בשם קצה"ח ותו לא מהני מה שרוצה לזכות עכשיו ובשלמא אי אמרינן לא ק"ח א"ש דאף ע"ג דמיירי בעשאו שליח מ"מ הרי הוא אומר חזרתי משליחותי ונאמן בזה מטעם מיגו שלא ידעתי שהיא מציאה ולכך לא קניתי לעצמי וא"כ קנה הוא ושוב חבירו לא קנה מטעם שזוכה בה דהא לק"ח ומטעם שליחות לא מהני כמש"ל דכל שהוא קונה בהגבהה שלא מדעתו שוב אין מועיל השליחות דלא חלה עד אחר שתגיע לידה או י"ל דודאי שליח מהני אע"ג דזכין לא מהני משום דלאו כל כמיניה לחוב לאחרים אבל אם נעשה שליח בפירוש מהני וכל זה בקיבל עליו השליחות בפירוש משא"כ היכא שלא ידע שהוא מציאה כלל שוב אמרינן שלא נעשה שליח לחוב לאחרים ולא מהני הגבהה זו בתורת שליחות עכ"פ ולפ"ז א"ש דאם לק"ח אז שפיר מיירי מתני' באומר זכיתי תחלה וא"כ לא מהני מה שנעשה שליח שהרי לא קיבל השליחות כלל והא דנאמן היינו משום מגו דלא ידעתי שהוא מציאה וא"כ ממילא אזדא לה השליחות שהרי לא הי' דעתו לחוב לאחרים וזכיה לחוד אין כאן כיון דקי"ל לק"ח משא"כ אם נימא דק"ח א"כ אין כאן מגו כלל דהא אע"ג שלא ידע שהוא מציאה מ"מ שפיר הוא זוכה לחבירו אע"פ שאין עליו תורת שליחות מ"מ תורת זכיה יש לו דמגו דזכי לנפשיה כו' ולכך הוכיח ר"נ דלא אמרינן מגו דזכי והא דמשני הש"ס מתני' דאמר תחלה יש לפרש דה"ק דהנה מבואר בטור באומר זכה אינו נאמן לומר שחזר בו ונראה הטעם דאמרי' חזקה שליח עושה שליחותו ומסתמא לא חזר בו ולפ"ז י"ל דאפי' דהיכא דאית ליה מגו לא מהימן דלא אמרינן מגו במקום חזקה אך היכא שהוא אומר שמעיקרא לא קיבל עליו השליחות כלל והא דשתק לא אודי כלל בזה רק משטה הי' בו כמ"ש הרשב"א בחלק תולדות אדם סי' ק"ב להוכיח מזה דמשני דאמר

תחלה דשתיקה לא הוי כהודאה א"כ פשיטא דל"ש חזקה כו' כיון שזה טוען שמעולם לא קיבל עליו השליחות כלל ולפ' י"ל דהש"ס היה סובר ג"כ דמתני' מיירי באומר חזרתי בי משליחותי הלכך אע"ג דעשאו שליח לא מהני שהרי זה אומר שחזר בו אלא דק"ל למה יהא נאמן לומר שחזר בו וא"ל משום מגו דהא ה"ל מגו במקום חזקה דשליח כו' אך י"ל דאין זה מגו במקום חזקה דעיקר החזקה הוא שהי' לו לפרש בו וכמ"ש הפוסקים לענין פרוע במגו דמזוייף ויש נאמנות בשטר משא"כ בההיא דאין אדם פורע לא שייך זה דה"ל למיחוש שיתבענו בזמנו ולא יהא יכול לטעון פרעתי אך כל זה אי אמרינן לק"ח ואין כאן מקום לקנות רק מחמת שנעשה שליח בזה אמרי' שנאמן במגו משא"כ אי קנה חבירו א"כ שוב אין כאן מגו דהא אף אם טוען שהוא מציאה ובטל תורת שליחות מ"מ קנה לחבריה משום זכי' ולזה משני מתני' דאמר תחלה ר"ל בשעה שאמרת לי להגביה לא קבלתי שליחותך כלל וממילא דלא צריך למגו כלל דהא ליכא חזקה כיון דבאמת לא נעשה שלוחו כלל:

עוד אפשר לומר ולתרץ קושי' התוס' הא ר"י ס"ל כל האומר תנו כאומר זכי דמי והוא ע"פ שיטת הרי"ף ורמב"ם בגיטין דאף ע"ג דאם רצה לחזור לא יחזור גיטא לא הוי עד דמטא לידיה והטעם דכיון שאמר תנו היה דעתו שיגיע לידו. ולפ"ז גם להך שיטה התם דיתנו לאחר מיתה ג"כ אמרינן דמשהגיע לידו הוא זוכה למפרע ומ"מ מטא לידיה בעינן ולפ"ז כאן שאמר תנו אע"פ שאם נתנם לו מהני לי' הזכי' למפרע מ"מ אם קודם שנתנה לא חזר בו ואמר זכיתי לעצמי ואיני רוצה ליתן לו שוב ליכא זכיה כלל וא"ל דא"כ איך תני סיפא אם משנתנם לו כו' דהא אפילו קודם הנתינה אמר כן מ"מ כיון שנתנם לו יש לו לזכות למפרע י"ל ע"פ מש"ל דא"י מטעם דחזקה שליח כו' אך דקי"ל דוקא לחומרא ע"ש וא"כ הכא אזלינן בתר קולא לנתבע ואם בשעה שנתנם לו לא אמר כלום ואח"כ אמר לא מהימן לומר זכות תחלה משא"כ אם אמר קודם שנתנם לו דאז היה בידו והיה נאמן דלא אמרינן חזקה שליח כו' כיון שהוא מוחזק בה אז אף שנתן לו אח"כ לאו כלום ואין זה רק דרך פקדון כיון שבעודה ת"י אמר שחזר בו ואז היה נאמן:

והנה האו"ת בסימן פ"ג הקשה על הש"ך שכתב בשם תשובת הרשב"א דנאמן אף שאמר על חובי קבלתיה וראייתו מהא דאמר תחלה וע"ז הקשה מדברי הטור סימן רס"ט בשם הרמ"ה באומר זכה א"נ ע"ש שרוצה לתרץ דהרשב"א מיירי בלא עדים ונאמן במיגו ובאמת ז"א כמבואר למעיין בתולדת אדם להרשב"א סי' ק"ג והביאה מהר"א ששון סי' באורך דמייתי ראיה מהא דאבימי דאמר שקול שטרא כו' ע"ש דמבואר דאף בעדים סובר הרשב"א שתיקה לאו כהודאה דמיא אמנם לענ"ד אף הרשב"א מודה דאם המגביה

מודה שקיבל עליו השליחות אלא שאומר שאח"כ חזר בו והגביה לעצמו שאינו נאמן וכמש"ל דאמרינן חזקה שליח עושה שליחותו ובכה"ג מיירי הטור בסימן רס"ט וכך הם דברי הרמ"ה בסי' קפ"ט היכא דאמר לחבריה זכי לי מידי כו' שאינו נאמן לומר לעצמי קניתים משא"כ היכא שהוא אומר שמתחלה לא קיבל עליו השליחות כלל ומה ששתק לא שהודה לו אלא משטה היה שלא יקדמנו הרוכב ליטלו וכדומה איזה אמתלא אז לא אמרינן שתיקה כהודאה ובכה"ג מיירי תשובת הרשב"א שנותן אמתלא שמה ששתק היינו כדי שיתן לו המעות ולכך נאמן בזה אבל היכא שמודה שקיבל עליו השליחות א"נ שוב לומר שחזר בו אח"כ כיון שאח"כ הגביה בסתם ואע"פ שאומר בלבי היה לזכות בה לעצמי ה"ל דברים שבלב ואינם דברים כיון דלפי ראות עינינו הוא עושה מעשה הגבהה זו לשם חבירו לא מהני חזרתו בלב ולפ"ז י"ל דאף דאית ליה מיגו דאי בעי הוי אומר לא קבלתי עלי השליחות כלל מ"מ כיון דלפי האומדנא קיבל השליחות לא מהני אף שנאמין שחזר בו והגביה לעצמו אבל אם אומר שקיבל השליחות מהני אע"ג דמהימן לומר שלא קיבל ומה ששתק היה מחמת טעם אחר וא"כ נימא דה"ל דברים שבלב כיון שאין כאן אומדנא דמוכח דשתיקה זו כהודאה ז"א כיון דעכ"פ זה אמר לו שיהיה שלוחו ואנו מסופקים אם קבל עליו או לא לא מקרי דברים שבלב. וע"כ לא מקרי דברים שבלב אלא היכא שדברים שבלבו סותרים את מעשיו וכמ"ש הרשב"א בקידושין ע"ש וכמו שמצינו לענין הולך למ"ד דמספקא ליה אי הוי כזכי או שאר לשונות דמספקא לן ולא אמרינן דאפילו הוי כוונתו זכי מ"מ ה"ל דברים שבלב א"ו שז"א דבכה"ג לא מקרי דברים שבלב: ולכאורה היה אפשר לומר דה"ק הב"ע דאמר תחלה ר"ל שקנה קודם שהגביה דד"א של אדם קונה לו ואע"ג דנעשה שלוחו וד"א של שליח קונה למשלח וכמ"ש בש"מ בשם הרמ"ך גבי מציאת פועל דאם היה המציאה תוך ד"א קודם שחזר בו הרי הוא של בעה"ב ז"א דכבר כתבתי דאע"ג דתן כזכי מ"מ י"ל דגלי דעתי' דלא יזכה עד דמטא לידיה. והנה לקמן אמרינן כיון דנפל גלי דעתי' כו' וכתבו המפורשים בשם הר"ן דדוקא לענין ד"א דרבנן דהו"ל כאומר אי אפשי כו' ולפ"ז לענין ד"א דרבנן שפיר מועיל גילוי דעתי' דלא ניחא ליה עד שיבא לידו משא"כ לענין גוף ההגבהה שהגביה השליח אע"ג דלא ניחא ליה שתגמר הזכיה עד דמטא לידי' מ"מ בקנין דאורייתא לא אמרינן הכי רק דר"י ס"ל דגליה דעתיה דלא עשאו שליח כלל רק על הנתינה לבדה וא"כ זה המגביה לא הגביה רק לנתינה ממש ואין בדעתו לזכות לו בהגבהה בלבד כמ"ש המפורשים משא"כ ר"נ ור"ח ס"ל דדעת המגביה היה על הכל ומ"מ קנין ד"א לא מהני דגלוי דעת דלא ניחא ליה מועיל בזה משא"כ לענין הגבהה ולפ"ז א"ש קושית הרא"ש ממתני' דאמר תנה לי

הא עשאו שליח ולפמ"ש לק"מ דהא עכ"פ במה שאמר תנה גלי דעתיה דלא ניחא ליה שיזכה בהגבהה א"כ לא מהני השליחות רק דאם איתא דהממ"ל ק"ח היה לנו לומר שיזכה מצד ההגבהה בעצמה ואין גילוי דעת מועיל בזה אע"כ דלא ק"ח:

והנה המפורשים הקשו דאי מעני לעני מחלוקת אמאי יתננה לעני כו' ליזכי לנפשיה ונלענ"ד ע"פ מ"ש התוספות בגיטין דקאמר ע"כ ל"ק רבנן כו' וא"ת למ"ד אי עביד מהני כו' דמהכא יליף מ"ד דתופס לבע"ח לא קנה והנה ביומא דף ל"ו אמרינן דפליגי ר"ע וריה"ג אי תעזוב השתא משמע וה"ל לאו הניתק לעשה שהזהירה התורה שלא ילקט ואם עבר ולקח מחוייב לעזוב אותם לעני ולגר וכ"פ הרמב"ם וכתב דאם אביד או נשרף לוקה והשתא א"ש כיון דדרשינן לא תלקט בשביל העני ועובר בלאו ותיקון הלאו הוא תעזוב אותם והך תעזוב אותם פירושו שיניח לענים אחרים כמו שמתפרש פשוטו דקרא לפי מה דאמרינן תעזוב השתא שאם לקט הוא מחויב לעזוב אותם לענים א"א לחלק פירוש הכתוב לחצאין ומתפרש ג"כ ע"ז הדרך כשלקט בשביל עני צריך לתקן הלאו לעזבו לעני ולגר א"כ אין חילוק בין אם הוא עצמו עני או לא (ובהכי א"ש ג"כ קושית התוספות שהקשו דהא אי עביד מהני ולפמ"ש א"ש דהא אביי הוא דס"ל הכי ואביי מתרץ התם דתעזוב השתא משמע והוא כעין שתרצו התוספות) וכיון דמ"ד מעני לעני כו' ס"ל דאליבא דחכמים תופס לבע"ח לא קני ממילא דילפי מהך דלא תלקט לעני ולכך הוצרכו לומר יתננו לעני הנמצא ראשון דבהכי הוי תיקנו הלאו:

ובזה י"ל דברי התוספות מ"ש ד"ה מעני לעני כו' ויחלוקו בתופס לבע"ח וצ"ע דמנ"ל דטעמא דר"א כו' דלמא ר"א ס"ל הטעם משום מיגו כו' ולפמ"ש י"ל דאם נימא דבמיגו פליגי א"כ צ"ל דחכמים ס"ל דלא אמרינן מיגו ומה שצריך ליתן לאחר היינו משום דכתיב לא תלקט כו' ור"א פליג בתרתי וס"ל דאמרינן מיגו והיינו משום דלא דריש הא דלא תלקט וליכא איסורא כלל ובאמת טפי מסתבר דר"א לא פליג אהא דלא תלקט וס"ל דודאי איכא איסורא אלא דס"ל דתעזוב מעיקרא משמע וא"כ אי עביד מהני ושפיר זכה לו (ועי' בחלק אה"ע סי' קי"ד שכתבתי מזה וקצרתי) והנה התוספות בביצה הקשו על רש"י דאין סברי שיהיה המגביה קונה בלא כוונה ולכאורה צ"ע דהתוספ' בב"ב כתבו להיפך דידו לא עדיף מחצירו ואע"פ שהתוספות כתבו שם לחלק היכא דידע ואין מתכוין לקנות אין זה סברא פשוטה כ"כ:

ונלענ"ד שהתוספות ס"ל דאע"ג דחצר קונה היינו במשתמרת וא"כ אם נימא דידו כחצירו היינו במשתמרת דוקא ובההוא דמחזיק בשטרא אע"ג דדעתיה אארעא שפיר י"ל דקונה אף ע"ג שלא היה כוונתו על השטר כיון דמ"מ השטר הוא דמשתמר לדעתו שהרי הוא

רוצה להחזיק בו אלא דדעתיה אארעא משא"כ גבי ההוא דמילא מים כיון שהוא לא היה כוונתו לקנות כלל א"כ אין זה קרוי משתמר לדעתו כלל שהרי הוא אין כוונתו להחזיק בו כלל רק מגביה לדעת חבירו וחבירו לא קנה והוא נמי לא קנה ואפשר שזהו כוונת התוספות בב"ב ג"כ דאם לא ידע כלל שיש שם מציאה ואלו היה יודע היה מתכוין לקנות שפיר קונה כיון דמשתמרת הוא הו"ל כיד אריכתא ובידו נמי כה"ג שפיר קונה משא"כ היכא שיודע ואין מתכוין לקנות וא"כ תו לא הוי כמשתמרת לדעתו ולא קני וס"ל להתוספות דאע"ג דלקח השטר אדעתא דארעא מ"מ לא אמרינן דהשטר היה משתמר לדעתו וצ"ע:

ועוד י"ל לפמ"ש המרש"א דאי אמרינן המ"ל לק"ח א"כ י"ל שלא כיון לזכות לחבירו רק לנתינה בעלמא א"ש שהרי הש"מ בשם הרא"ש כתב דלכך קני בלא כוונה ולא דמי לעודר משום דהתם אינו מתכוין לזכות כלל אבל הכא עכ"פ מכוין לזכיה וא"כ לפמ"ש מהרש"א דאי אמרי' לק"ח ג"כ אינו מתכוין לזכיה כלל א"כ שפיר הקשו התוספות דאין סברא שיהיה המגביה קונה בלא כוונה:

והנה מ"ש לעיל בשם הירושלמי דאין אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו לכאורה י"ל דדוקא היכא שרשות בעלים מעכב עליו אמנם מדברי הר"ן הביאם בש"מ בסוגיא דראה אותן רצין כתב לענין חצר דא"א לומר מטעם שליחות שא"א לזכות לחבירו מתורת שליחות אא"כ נעשה שלוחו של בעל הממון ובמציאה ליכא בעל הממון וגם למ"ד הממ"ל לק"ח אינו מתורת שליחות רק משום דמיגו דזכי כו' ודברים אלו הובאו בנ"י שם בשם הר"ן בקצרה ע"ש. ולפ"ז מבואר דאף במציאה כה"ג לא מהני אמנם התוספות בב"מ דף ע"א כתבו דנהי שאם היה העכו"ם מפקיר מעותיו הי' יכול לזכות לחבירו השתא מיהא שהנכרי אינו מפקירן אלא בא לזכות מעותיו למלוה כו' ע"ש משמע דבהפקר שפיר מהני להיות שלוחו וכ"כ התו' אע"ג דיכול לזכות לחבירו במציאה כו' ומשמע דמועיל מדין שליחות (ואפשר לדחות דאם הי' מפקירו היה יכול לזכות מטעם מיגו דזכי כו') ולפ"ז צריך לחלק דהתם אין רשות בעלים מעכב עליו ולפי זה לכאורה יש לומר לחלק בין מציאה להפקר גמור דבמציאה אע"פ שנתייאשו הבעלים מ"מ כל כמה דלא מטא ליד הזוכה לא נסתלק רשות בעליו ממנו לפמ"ש התוס' דיאוש אינו כהפקר גמור וא"כ אינו יכול לעשות שליח לזכות במציאה משא"כ בהפקר ולפ"ז קשה מאי מייתי ר"כ ראיה ממתני' דלמא דוקא גבי פיאה אמרינן מיגו דזכי כו'. דמועיל זכיית חבירו מטעם שליחות והנה התוספות הקשו למ"ד ד"א קונות בר"ה מאי פריך בכתובות אי דאפקיה לר"ה כו': ונלענ"ד ליישב עפ"י דבשבת דף צ"ב פריך לר"י דאמר שמי' אגד מברייתא

דגונב כיס ומוקי בדנסכא והנה לר"י בלא"ה פריך שפיר אי דאפקי' דר"י ס"ל דד"א אינו קונה אף במתנה כמבואר בש"מ בשם הירושלמי וא"כ לא אזיל קושית התוספות רק לאינך מ"ד וא"כ י"ל דפריך שפיר למ"ד ל"ש אגד א"כ איסור שבת איכא תיכף שיצא המעות לחוץ ואיסור גניבה ליכא כיון דהכיס אכתי מקצתו בפנים לא קנה הכיס עדיין כמו אליבא דר"י דנסכא דלא קני עד שיצא כולה לחוץ וא"כ אף המעות לא קנה לענין גניבה מחמת ד"א דהו"ל כליו של לוקח ברשות מוכר דלא קני דהא החצר אינו רק רשות בלבד משא"כ אם משיכה קונה בר"ה שפיר קני דמשיכה מועלת בכליו של מוכר כמבואר בתוספות בב"ב דף פ"ו ובש"ע סי' רי"ש ועי' בתשובה שכתבתי בהלכות פסח חלק א"ח סי' ל"ז ובהלכות קידושין סי' מ"ח שהארכתי בזה:

דברי זעירא מן חברייא. הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה סו

שאלה לברר דין ראובן שבא ליקח כליו מבית האומן והשיב לו האומן שלי הם שקניתי אותם ממך והשיב ראובן הלא יש לי עדים שמסרתי אותם לתקנם והשיב האומן כן הדבר אבל אח"כ שלמתי לך דמי מחירם והעדים אינם בכאן כי הלכו להם למדינת הים הדין עם מי:

תשובה כדי לברר הדין על בוריו צריך אני להאריך לברר ולקשט ההלכה בסוגיא זו בב"ב דף מ"ה ואגבן יתבארו כמה דינים מחודשים בענין זה ויתיישבו כמה קושיית בסוגיא זו על מכונם וזה החלי בעזהשי"ת. הנה אהא דתנן אומן אין לו חזקה איתמר עלה אמר רבה ל"ש אלא שמסר לו בעדים אבל מסר לו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לו לא היה דברים מעולם כי אמר ליה נמי לקוחה הוא בידי מהימן א"ל אביי א"ה אפילו בעדים נמי מתוך שיכול לומר לו החזרתיו לך כי אמר ליה לקוחה הוא בידי מהימן א"ל רבה מי סברת המפקיד אצל חבירו בעדים א"צ להחזיר לו בעדים לא ס"ד אלא המפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים והתוס' בד"ה אבל הקשו דמאי ארי' אומן דאין לו חזקה היכא דמסר לו בעדים אפילו אחר נמי כשיש עדים שבא בתורת פקדון ונלענ"ד דא"ש ע"פ מ"ש התוס' חילוק בין דברים העשוין להשאיל לאומן משום דנותן לאומן המכיר או היה לו להביא עדים בשעה שמוסר לו וכיון שלא מסר לו בעדים ע"כ שהיה בתורת לקוח עי' שם:

ולפי"ז נראה דהא ודאי אומן חלוק מאחר דסתם אומן לתקן וסתם אחר למכירה וא"כ כשרואין חפץ ביד האומן מוקמינן ליה בחזקת מריה קמא (והיינו טעמא דהרי"ף דס"ל

לדינא דאפילו במגו אינו נאמן משום דהו"ל מיגו להוציא וכמ"ש באו"ת סי' קל"ג) ומה שאנו מפקפקין בדבר הוא לפי שלא מסר לו בעדים וא"כ כשזה טוען שבאמת מסר לו בפני עדים רק שאינם לפנינו שהלכו להם למדה"י וא"כ פשיטא דלא מפקינן החפץ מחזקת מרי' שהרי לפי טענתו עשה כראוי ומהימן בזה כמו שנאמן לומר פרעתי בפני פלוני ופלוני כו' דגם כאן להחזיק הוא משא"כ כשהחפץ הוא ביד אחר שאינו אומן דראיה זו שאנו רואין החפץ אצלו אינו מוציאו מחזקתו אדרבה אמרינן חזקה מה שביד אדם בחזקת שלו וקנה אותו מחבירו וא"א להוציאו מחזקתו רק ע"י שיש עידי פקדון וזה דוקא כשיש עידי פקדון לפנינו משא"כ במה שזה טוען שיש לו עידי פקדון אלא שאינם לפנינו פשיטא דבזה לא מפקינן החפץ מיד זה שהוא מוחזק בו לפנינו כל כמה דלא אייתי סהדי וחילוק זה נכון וברור ולפ"ז מדוקדק לשון רבה דאמר ל"ש אלא שמסר לו בעדים ור"ל שבאמת אין העדים לפנינו רק שטענתו כך שמסר לו בעדים דאל"כ הו"ל למימר ל"ש אלא שיש עדים שמסר לו אלא ע"כ דבאמת אע"פ שאין העדים כאן נאמן גבי אומן ולפ"ז מה דקאמר אבל אם לא מסר לו בעדים כו' ר"ל דכשלא מסר לו בעדים ע"כ הימני' או שהיה באמת בתורת לקוח כמ"ש התוס' וזהו דקאמר מתוך שיכול לומר להד"מ גריעא טענתו דמערער שהיה לו למסור בעדים וכמ"ש התוס' ממש לכן באמת יכול לטעון לקוח (אך כל זה אם נימא דצריך להחזיר בעדים אז בזה שמסר לו בעדים תיקן הכל ולא הניח פתחון פה לאומן כלל משא"כ אם אין צריך להחזיר בעדים עדיין גריעא טענתו דבעה"ב שהרי אם ירצה הלה יטעון החזרתי וע"כ שבאמת בא לידו בתורת לקוח) והיינו דפריך ליה אביי לרבה א"ה אפילו בעדים נמי כו' ר"ל אע"פ שזה טוען שמסר לו בעדים מ"מ אין ממש בדבריו שהרי היה האומן יכול לטעון החזרתי וא"כ נימא דבאמת שקורי משקר ובתורת לקוח בא לידו והיינו דאביי היה סובר דגם רבה מודה דא"צ להחזיר בעדים רק דלא ס"ל מיגו כלל רק מצד שהטענה של בעה"ב גריעא הוא לומר שמסר לו בתורת אומנת ושלא בעדים ולכן פריך ליה דמצד גריעות הטענה גם אם היה טוען שהמסירה בעדים וראה ג"כ לא מהני דס"ס טענתו שמסר לו מתחלה לשם אומנת גרועה הוא שהרי יכול לטעון החזרתי ובשלמא לדידי דס"ל דלאו מצד גריעות טענה אתינן עלה דבאמת דין אומן דמי בזה לדברים העשוין להשאיל ובראה לחוד סגי א"ש דמתניתין מיירי בראה דליכא מיגו דהחזרתי וממילא מוציאין מידו ואין לו חזקה משא"כ לדידך דע"כ לא ס"ל מיגו כלל דאל"כ הו"ל לך למימר שיש עדים וראה אלא דהא דמצרכת עדים משום גריעות הטענה א"כ אפילו כשהמסירה היתה לפי טענתו בעדים וגם ראה לא מהני. ובזה א"ש הא דפריך אביי א"ה שעמדו תוס' על לשון זה ומצד

זה חידש הרי"ף דלא מהני מיגו גם קשה דמנ"ל לאביי באמת דרבה לא מיירי בראה והרשב"ם והתוס' פירשו מדלא ופליג רבה בין ראה כו' ולפי מ"ש א"ש דאביי סבר דאי בעדים דקאמר רבה טעמא דידיה משום מיגו הו"ל למימר ל"ש אלא שיש עדים כו' אלא ע"כ דלאו מדין מיגו קאמר וכדכתיבנא ואמטו להכי פריך דאפילו בעדים נמי ומשני ליה דצריך להחזיר בעדים וא"כ בכה"ג שטוען שמסר בעדים טובה טענת בעה"ב שהרי במסירה זו שמסר בעדים תיקן הכל ולפ"ז גם רבה מיירי היכא דאיכא ראה דאז אין כאן מיגו באמת כלל רק על תחלת הטענה אנו באין לדון משא"כ כשיש מיגו לפנינו שאין כאן עידי ראה גם רבה מודה דלא עדיף מעשוים להשאיל ולהשכיר דבלא ראה מהימן במיגו ולפ"ז צריך להבין הא דפריך מברייתא דראה עבדו כו' דמאי קושיא אי דאיכא עדים ל"ל ראה ניתי עדים ונשקול דמה קושיא דלמא מיירי בגוונא דרבה ממש שטוען שמסר בעדים ועתה אינם בפנינו וצריך לעידי ראה אך י"ל דלכאורה קשה בהא דמוקי סיפא ביוצא מת"י אחר ומהימן במיגו דמינך זבינתה ולכאורה קשה לפי מ"ש התוס' הא דלא מהני מיגו דנאנסו משום דהשתא דס"ל צריך להחזיר בעדים הו"ל כאילו פירש ולא מהני מיגו במקום תנאי ולפ"ז קשה דזה דוקא גבי הבע"ד עצמו משא"כ היכא שבא להוציא מיד האחר מאי אריא שטוען בפני אמרת כו' דהו"ל מיגו אפילו בלא מיגו נמי מהימן דמה איכפת לו לזה האחר אם זה עבר על תנאו או לא שהרי לפי טענתו דהאחר נתן לו האומן החפץ על פי ציוויו דבעה"ב והיינו חזרה דידיה ואע"פ שאין לו עדים ששמעו כן מפי הבעה"ב וגם זה המחזיק לא שמע מפי בעה"ב וא"כ לא שייך מיגו מ"מ כיון דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינין שפיר האמין לו ששמע כן מפי בעה"ב ומה איכפת לו לזה מה שזה עבר על תנאו וכן מבואר בח"מ סי' קל"ג מדברי הרמב"ם וה"ה שאם טוען שהשאיל לאחד ואותו השואל מוכרם לו אמרינן אחזוקי אינשי בגנבי כו' דמה שמוכר שאינו שלו היינו גניבה ולכן אין מוציאין מידו של זה המחזיק עי' שם בש"ך ס"ק י"ג:

אך באמת דעת הראב"ד ודעימיה והכי קי"ל דלא עדיף מאותו פלוני כו' וכן פסק הש"ך ועי' שם שכתב משום דס"ל דבכה"ג השאלתיו ומכרם לך לא מיקרי גניבה לומר אחזוקי אינשי כו' ולעד"נ הטעם בפשיטות דכל שאנו רואין חפץ זה ביד מי שהוא ויש עדים שלא יצא מת"י בתורת מכירה או דברים העשוין להשאיל כו' הרי הוא בחזקת בעליו כבראשונה וא"כ זה האחר בא להוציא מחזקת הבעלים מחמת סברא דאחזוקי אינשי לפי שמברר שבא לו לידו מיד זה השואל פשיטא דלא אלימא הך סברא דאחזוקי כו' וטענת גנובין שאני משום דאע"ג שאנו מחזיקין חפץ העשוי להשאיל כו' בחזקת בעה"ב היינו משום חשש שאלה ולא מחמת חשש גניבה משא"כ כאן דמחמת טענת שאלה

גופא אתינן עלה ולדיעה ראשונה ס"ל דגם בכה"ג כיון שלא נתברר לפנינו שיצא מת"י בתורת שאלה רק דממילא אמרינן הכי לפי שהם דברים העשוים להשאיל כו' בזה שוב אמרינן אחזוקי אינשי ומסתמא מעיקרא בתורת מכר אתי לידיה משא"כ כשיש עדים לפנינו שבא ליד שיצא מת"י בתורת שאלה וגם צריך להחזיר לו בעדים דבזה א"צ לטענת המערער כלל דממילא אנו מחזיקין הכלי בחזקתו תיכף כשרואין אותו ע"י עדים אילו וסברא דאחזוקי אינשי לא אלימא לומר דמסתמא נתן זה ע"פ עדים שהיה שם בשעה שצוה המערער וכללא דמלתא כל שא"צ לטענת המערער רק דמעצמינו אנו מחזיקין הכלי בחזקת שלו ממילא דזה אתי להוציא ולא מהימן משא"כ היכא שאין אנו יודעין דבר זה רק שהמערער טוען טענה שהוא נאמן בה כגון באומן שמכר חפץ לאחר אליבא דרבה דסבר דבעינן דוקא שיטעון המערער שמסר בעדים וממילא דבלא טענת המערער לא היינו מחזיקין בחזקת בעה"ב ובזה שוב י"ל דטענת המערער שקר כיון דאחזוקי אינשי כו' וכמו בטוען שאולין:

ולפי"ז א"ש מה דקשה בהא דקאמר מ"ש רישא ומ"ש סיפא דל"ל לאתויי הסיפא כלל כיון דעיקר קושייתו הוא מן הרישא ולפי מ"ש א"ש דהש"ס הוצרך לאתויי הסיפא דבפני אמרת לי ולפרש אותה דבל"ז לא הו"מ למפרך אי דאיכא עדים כו' דהא מצינן למימר שאין העדים לפנינו ולכן צריך ראה אך השתא דמייתי הסיפא דקתני בפני כו' והיינו דבכה"ג א"צ למיגו כלל דבל"ז היה לו להיות נאמן וכדעת הרמב"ם דהא בלא טענת המערער שאומר שמסר בעדים אין אתנו יודע שהחפץ שייך למערער וא"כ שוב נימא דאחזוקי כו' ומסתמא מסר לו שלא בעדים ועתה צוה לו למכור וע"כ לומר אחד משני אלה או דמיירי שיש עדים לפנינו או שאף בלא עדים כלל כל שהוא ביד אומן אנו מחזיקין אותו תיכף בחזקת בעה"ב ואין אנו צריכין לטענתו דבעה"ב בזה כלל וממילא דשפיר קאמר דביוצא מת"י אחר דוקא היכא דטוען בפני כו' הא לא"ה לא מהימן ולא מהני ליה סברא דאחזוקי אינשי כו' ולכך פריך אי דאיכא עדים וא"כ ע"כ שיש עדים לפנינו דאם אנו אומרים שצריך לעדים דוקא ע"כ מוכח מסיפא דיוצא מת"י אחר דבהכי מיירי א"כ קשה ל"ל לראה כו' אע"כ דבראה לחוד סגי כשיטת אבי' וא"ש רישא וסיפא דגם בסיפא לא מהימן כ"א במיגו דמינך זבינתה דאל"כ כיון דגם בלא טענת המערער הוה מוקמינן בחזקת בעה"ב לא מהני סברא דאחזוקי כ ודו"ק:

ולפמ"ש י"ל ג"כ קושיית התוס' שהקשו דיהא נאמן במיגו דנאנסו ויתיישב עפי"ז ג"כ באופן אחר הא דאיצטריך לאתויי הא דסיפא ולפרשה דהנה לכאורה י"ל דמיגו דנאנסו לא אמרינן דלא שכיח וכמ"ש הפוסקים רק שהתוס' הביאו ראיה דאמרינן נאנסו מפרק

המוכר וי"ל דודאי אין כל אדם רוצה לטעון טענה דלא שכיח רק היכא שהוא באה להחזיק שפיר אמרינן להך מיגו משא"כ היכא שאינה באה רק להוציא וכעין זה כתבו הפוסקים לענין מיגו דהעזה דלא אמרינן רק להחזיק ולא להוציא כיון דיש ב"א שאינם יכולין להעיז וה"נ דכוותה:

והשתא א"ש דבפרק המוכר דמיירי לענין החזרתי במיגו דנאנסו כיון דבטענת החזרתי אי לא מהימנינן לי על טענתיה אנו מחייבין אותו דמי החפץ שהרי על החפץ עצמו הוא טוען החזרתי וא"כ המיגו דנאנסו הוא להחזיק וחזקה דממון מסייע ליה שפיר מהני מיגו דנאנסו אף דלא שכיח משא"כ טענת לקוח שלולי המיגו הוה מוקמינן ליה בחזקת הבעלים דאית ליה חזקת מרא קמא וזה רוצה להחזיק בכלי של חבירו ע"י המיגו (ומהאי טעמא ס"ל להרי"ף דלא אמרינן מיגו כלל דהו"ל מיגו להוציא מחזקת מרא קמא דמה שהוא ברשות זה אינו רק תפיסה בלבד ולא מהימן כ"א ע"י המיגו והו"ל להוציא) אף שאין זה להוציא ממש שהרי עתה החפץ ברשותו וזה בא במיגו להחזיק מה שת"י ומהאי טעמא מהימן לדידן לקוח במיגו דהחזרתי כקושיית אביי ולא אמרינן דהו"ל מיגו להוציא מ"מ היינו דוקא במיגו דהחזרתי אליבא דמ"ד א"צ להחזיר בעדים דהחזרתי מצד עצמה טענה מעליא היא ונאמן בה משא"כ נאנסו דבאמת לא שכיח וכיון שזה בא להוציא החפץ מחזקת מרא קמא ולהחזיק עי"ז החפץ לעצמו אינו נאמן:

ובזה א"ש מאי דקאמר ביוצא מת"י אחר וקאמר מינך זבינתיה ולכאורה קשה לפמ"ש הש"ך סי' קל"ג היכא דאמר אל תחזיר אלא בעדים אפילו במיגו דנאנסו לא מהימן דאנן סהדי שלא החזיר כלל ובודאי עשה כפי תנאו ע"ש דמייתי ראיה מהתוס' שכ"כ למ"ד צריך להחזיר ואף שהתוס' אח"כ כתבו דמהימן היינו היכא שלא התנה בפירוש אבל היכא שהתנה בפירוש מודים ע"ש ולפי"ז קשה למאי דס"ד דהתוס' דלדידהו הוי כאומר אל תחזיר כו' וא"כ לפי הטעם דבאל תחזיר לא מהימן מחמת דאנן סהדי א"כ למה ביוצא מת"י אחר מהימן משום מיגו דמינך זבינתה דהא לפי טענתו של האומן שנתן את החפץ לזה ע"פ ציוויו של המערער היינו חזרה דידיה וכיון שהמערער מסר לו בעדים הו"ל כהתנה עמו אל תחזיר לי אלא בעדים וכיון שזה האחר אינו טוען שהמערער אמר להאומן בפניו ובפני עדים שימסור החפץ לו רק טוען בפני אמרת לבד ממילא אף מיגו אינו מועיל להאחר דהא הו"ל מיגו במקום אנן סהדי דאנן סהדי שזה משקר במה שאומר שהאומן מסר לו החפץ בלא עדים שהיה שם בשעת מסירה דהיינו חזרה דידיה ולמה יועיל מיגו ומה לי מיגו דהאומן גופיה מה לי מיגו דהאחר דהא אנן סהדי סברא הוא דמסתמא לא יעשה זה כנגד מה שמצווה ועומד מפי הבעה"ב וכיון שלפי דברי זה האחר

ע"כ לומר שהאומן עבר על ציווי זה לא מהימנינן ליה אף במיגו כיון דאנן סהדי שהאומן לא עשה כן כיון שהאומן בעצמו אינו נאמן במיגו מטעם זה ומאי עדיפותא דהאחר וצ"ל דדוקא האומן גופיה אם בא לטעון לקוח במיגו דנאנסו לא מהימן דהא רצונו להחזיק בחפץ זה ואמרינן דמסתמא לא עשה כן נגד ציווי הבעה"ב שהרי טענת לקוח ג"כ בכלל חזרה ואף שי"ל שסמך עצמו שיוכל לטעון נאנסו מ"מ אין נאמן בשביל זה להחזיק בחפץ שאנו מחזיקין שהוא בחזקת הבעה"ב (וע"כ אנו צריכין לומר שנאמן מטעם מיגו דאי בעי הוי טעין נאנסו זה לא אמרינן כיון דנאנסו לא שכיח אין נאמן להחזיק חפץ של אחר דהוי כמו להוציא כנ"ל) דהא באמת אם יהיה עידי ראה לא יהיה יכול לטעון נאנסו וא"כ ל"ל מתחלה לסמוך עצמו ע"ז ולהחזיר בלא עדים ולהכניס א"ע בתגר זה כלל על לא דבר וא"כ ממילא דלא מהני ליה המגו במקום אנן סהדי והיינו נמי טעמא דפסקו שאין יכול לומר פרעתיך ביני לבינך במיגו דפרעתי בפני פלוני ופלוני משום דאפילו תימא דשפיר מחשב מיגו דלא אמרינן הך סברא שכתב הרשב"ם דמתייירא לומר כן פן יבואו ויכחישוהו כיון דהשתא מיהא ליתנייהו קמן מ"מ לא הוי מיגו מחמת אנן סהדי דשקר הוא דובר דמעיקרא לא היה לו לסמוך ע"ז ולפרוע בינו לבינו על סמך זה שיטעון כך דזימנין שלא יזדמן שיהיה עדים כשרים שילכו למדינת הים ולא יהיה לו מיגו זו מ"מ הו"ל מיגו במקום אנן סהדי וה"נ דכוותיה שהיה לו לאסוקי אדעתיה דשמא יבואו עידי ראה ולא יהיה נאמן החזרתי במיגו דנאנסו וא"כ הו"ל מיגו במקום אנן סהדי וכל זה באומן עצמו אבל אם האומן מכר לאחר שפיר מהימן האחר במיגו וא"ל דהו"ל מיגו במקום אנן סהדי דז"א כיון שהאומן הוא מוסר הטלית לאחר ושוב ליתא גביה ואין כאן מקום שיפחד שיבואו עידי ראה כיון דליתא גביה ממילא שהוא מוסרו להאחר במצותו של זה אף שלא בעדים ואם יתבע אותו קסבר בדעתיה שיהיה נאמן בטענה זו במיגו דנאנסו וממילא דאין כאן אנן סהדי כלל בכה"ג שהרי הוא מוצא הטלית מת"י וא"ל דאכתי ל"ל תגר זה שיהיה נאמן במיגו דנאנסו ואז צריך שבועה כדין כל טוען החזרתי שנאמן במיגו דנאנסו וצריך שבועה ואפשר לומר דא"ש דקאי הך סיפא על ראה עבדו כו' ואין נשבעין על העבדים:

ובהכי א"ש לענ"ד קושי' התוס' על פר"ח דמאי פריך מראה עבדו ל"ל ראה כו'. דצריך ראה לענין דאפילו בשבועה לא מהימן ולפמ"ש לכאורה קשה טפי דהא אפי' שבועה א"צ גבי עבד היכא דלא ראה ומהימן במיגו דנאנסו ולכך צריך ראה ונלענ"ד דהנה אא"ז מהרש"א הקשה בהא דכתבו התוס' דלא אסיק אדעתי' טעמא דמיגו דהא למאי דכתבו התוס' בסוף ע"כ ידע ממיגו דנאנסו דאל"כ מצי אתי כמ"ד א"צ לפורעו בעדים ורבה

סובר כמ"ד צריך לפורעו אלא ע"כ דקשיא ליה דמהברייתא מוכח דאף מ"ד צריך לפורעו היינו במלוה אבל בפקדון כיון דאית ליה מיגו דנאנסו א"צ לפורעו ע"ש:
ולפענ"ד י"ל דודאי לא אסיק אדעתיה מיגו דנאנסו שהוא טענה גרוע ומ"מ חזרה בעדים שפיר מסתבר ליה דפקדון עדיף מהלואה דבפקדון אע"פ שמסר לו בעדים לא שייך לומר דלא הימניה דהא עכ"פ הימניה כשיאמר נאנסו וסברא זו מוכח מהברייתא או אפשר דמוכיח מהברייתא דמיגו דנאנסו שפיר מהני ובלא הברי' לא אסיק אדעתיה להקשות מסברא דשמא מיגו גרוע הוא ומ"ש התו' דלא אסיק אדעתיה כו' ר"ל מסברא לבד דהא ר"ח דלקמן בפ' המוכר ע"כ מסברא קאמר הכי דהא אין להם הוכחה מברייתא אליבא דמסקנא דא"צ להחזיר בעדים ומהימן במיגו דהחזרתי ואעפ"כ אביי לא אסיק אדעתיה לאקשויי הכי מסברא והקשה מברייתא):
ומ"ש התוס' מיגו דנאנסו בסוף דבריהם לאו דוקא נקטו ור"ל לפי שבידו לומר נאנסו ועפ"ז א"ש דהנה מ"ד צריך להחזיר בעדים אם נאמר דאעפ"כ נאמן במיגו דנאנסו צ"ל דאע"ג דסברת התוס' אמת דהו"ל כאמר אל תחזור כו' דהימניה על אמירתו נאנסו הימניה ג"כ על החזרה אם יאמר החזרתי וא"כ למה ייחד עדים דמה יועילו שאף אם לא יטעון להד"מ יטעון החזרתי או נאנסו אך דבאמת לא הימני' דהא בנאנסו שבועה בעי ועל שבועה הימניה כדאמרינן את מהימן לי בשבועה כו' וא"כ גם בהחזרתי יש להאמינו בשבועה כדאמרינן נאנסו לאו שבועה בעי ועכ"פ הועיל בעדים אלו שאם יטעון החזרתי יצטרך לישבע וגם לא יוכל לטעון להד"מ משא"כ היכא שא"צ שבועה על נאנסו כלל כגון עבדים וכיוצא א"כ מעיקרא הימני' לגמרי אף בלא שבועה שאם יטעון נאנסו יפטר א"כ הדק"ל למה ייחד עדים כלל דהא לא הועיל כלל שהרי יכול לטעון נאנסו או החזרתי וצ"ל דבאמת לא ניחא ליה כלל שיחזיר לו שלא בעדים ולאנסו שאני שע"כ הוא צריך למסור על נאמנותו בשבועה דשמא יארע אונס במקו' שאין רואין והלכך גבי עבדים שוב לא מהני דנאנסו כיון דאם נאמין לו יהיה נאמן אף בלא שבועה דאין נשבעין על העבדים וממה שייחד עדים מוכח שלא רצה להאמין לו על החזרה בלא עדים ובלא שבועה כלל ושפיר פריך מברייתא דאי איכא עדים ל"ל ראה דכיון דאין צריך שבועה ע"כ שצריך להחזיר לו לפני עדים ולא מהימן בלא שבועה כלל ודו"ק:
ואמנם בפשיטות יש ליישב קושי' התוס' הנ"ל דהנה התוספות כתבו אליבא דרבה החילוק בין אומן לאחר היכא שמסר בעדים כגון שנתן לו בסתם דסתם אומן לתקן וסתם בעה"ב למכירה אבל בענין ראה אין חילוק בין אומן לאחר דבלא ראה בתרוויהו נאמן בשבועה במיגו דנאנסו אף היכא שיש עדים שבא ליד האחר בתורת פקדון ובראה

בתרווייהו לא מהימן כלל ועכ"פ אין מקום חילוק כלל לדידיה בראה בין אומן לאחר אליבא דאביי יש חילוק בין אומן לאחר היכא דראה דאף שלא מסר לו בעדים מ"מ מוציא מיד האומן דהו"ל כדברים העשוין להשאיל ולהשכיר ובאחר אף דראה מ"מ נאמן לומר לקוח הוא בידי כיון שאין עדים שבא לידו בתורת פקדון ועיקר החילוק בין אומן לאחר הוא בראה ולפ"ז א"ש דודאי הך ברייתא דראה עבדו כו' דינא דאומן אתי לאשמעינן דאומן אין לו חזקה והיינו בגוונא דבאחר מהני מ"מ באומן לא מהני אבל מה שאומן ואחר שוים בה זה לא הוצרך להשמיענו והיינו דקשיא ליה להש"ס אי דאיכא עדים ל"ל ראה כו' דא"ל דנקט ראה כי היכא שלא יהיה נאמן אף בשבועה דכיון דראה אזדא ליה מיגו דנאנסו דז"א דבענין זה אין הפרש בין אומן לאחר ומאי הא דחדית לן האי דינא הכא דכל עיקרא דברייתא ללמוד לנו ההפרש שבין אומן לאחר ועיקר ההפרש הוא מצד המסירה בעדים וכמו דמוקי רבה מתני' ל"ש אלא שמסר לו בעדים ר"ל ההפרש שבין אומן לאחר הוא בענין המסירה בעדים דכל שמסר בעדים הו"ל כאלו נתן בהדיא לתקן והוי דינו כמו באחר שנתן לו בפני עדים בפירוש לפקדון דממילא אם לא ראה מהימן בשבועה במיגו ואם ראה לא מהימן כלל אבל שלא בעדים אין הפרש בין אומן לאחר מתוך שיכול כו' וא"כ ברייתא נמי הו"ל למנקט עיקר החילוק שבין האומן להאחר דהיינו במסירה בעדים וזה ממילא ידעינן דאם איכא ראה אף שבועה לא מהני ליה כמו באחר ולאביי א"ש כיון דעיקר החילוק בין אומן לאחר הוא לענין ראה שפיר נקט ראה לאשמעינן החילוק שבין אומן לאחר ומיירי בליכא עדים וכי ראה מיהא תפיס ליה ולזה תירץ רבה דבאמת חוזר בו מהא דאמר צריך להחזיר בעדים ומודה דאין צריך להחזיר בעדים וממילא דאין לחלק בין אומן לאחר כלל כ"א היכא דאיכא ראה ג"כ דאל"כ אע"ג דאיכא עדים שמסר בסתם ונתן אומן לתקן מ"מ אם לא ראה נאמן במיגו דהחזרתי ובלא שבועה כלל משא"כ למאי דס"ד יש חילוק בין אומן לאחר אף בלא ראה דבאומן אין להאמינו בלא שבועה כיון דאין להאמינו כ"א במיגו דנאנסו משא"כ אחר דמהימן אף בלא שבועה וכמ"ש ר"ח בפירוש דברי רבה במתני' והו"ל למנקט ברייתא ג"כ בהכי כנלענ"ד ליישב קושית התוס' על פר"ח והוא נכון:

והנה בטור סי' קל"ג הביא דעת רבינו יונה דבטוען אתה מכרתו לי והוא אומר מסרתי לפלוני ואמרתי לו אל תחזיר כו' אינו נאמן הלוקח ולכאורה סותר להש"ס דקאמר דמהימן האחר שיוצא החפץ מת"י במיגו דמינך זבינתיה ועיין בטור שהשיג על ר"י ובב"י וש"ך שם ולענ"ד י"ל דר"י ס"ל כמ"ש דכיון דא"ל אל תחזיר כו' אנן סהדי שלא החזיר לו ומ"ש הטור שהרי אפשר שהחזיר לו בפני עדים כבר כתב הב"ח דמיירי שאמר אל

תחזיר אלא בפני פ' ופ' והם אומרים שלא החזיר בפניהם וא"כ בש"ס דידן אע"ג דקאי למ"ד צריך להחזיר בעדים מ"מ א"ש דהוי מצי טעון מינך זבינתי' חדא דאפשר רבינו יונה ס"ל דדוקא בהתנה בפירוש הוי אנן סהדי אבל מ"ד צריך להחזיר בעדים מ"מ שפיר הוה מיגו כמ"ש התוס' בסוף דמוכח מפרק המוכר כו' וכמ"ש הש"ך גופיה בר"ס קל"ג ועוד י"ל כיון שעכ"פ אין צריך להחזיר לפני עדים פרטי' פשיטא דהוי מצי טעין מינך זבינתה ומסתמא החזיר לך בפני עדים ואע"ג דהשתא טוען בפני כו' ואינו טוען שהי' עדים שם וא"כ סותר האנן סהדי בטענה זו שטוען עכשיו מ"מ לאו אנן סהדי גמור הוא ומהני ליה מיגו להאחר משא"כ רבינו יונה דמיירי דליכא מיגו וע"כ הוא טוען אתה מכרתו לי וכיון שזה מברר שמסר לפלוני והתרה בו אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני ונתברר שלא פרע בפניהם לא מהימנינן ליה נגד הסברא דמסתמא לא עבר על התראתו דהא לית ליה מיגו להמחזיק ומה"ת להאמין לו ודו"ק:

ועיין באו"ת סי' נ"ו שהקשה על הש"ך דמייתי מהתו' דגיטין דף ס"ג דהיכא דמכחיש ואומר שבא לידו בתורת שאלה ולא בפקדון אינו נעשה שליש ז"א דהתוס' כתבו כן בדברים העשויין להשאילן דמשאילן ג"כ אף למי שאין מוחזק לנאמן וכמ"ש התוס' לחלק כאן בין אומן לדברים העשוין להשאיל ע"ש ולענ"ד דברי הש"ך נכונים דהתם הוצרכו לחילוק זה אליבא דרבה משא"כ אביי ס"ל דאין לחלק בכך אלא אע"ג דבשעה שמשאיל או מוסר לאומן הוא מחזיק אותו לנאמן ואינו מחפש אחר עדים מ"מ אח"כ הוא כופר עקב היתה רוח אחרת עמו ואטו מי לא יכול לתבוע לחבירו מלוה ע"פ בלא עדים אע"פ שמודה שהחזיקו לנאמן ואע"פ שאמרו אסור להלוות בלא עדים כו' מ"מ בשביל זה לא נגרע טענתיה כלל וה"ה באומן או בדברים העשוין להשאיל לא נגרע טענת בעה"ב בשביל זה שמודה שמסר שלא בעדים ולכן אף אם אומר שנעשה שליש למסור לאחר אינו נאמן כיון (שהבעה"ב טוען שנתן לידו בתורת אומן או בתורת שאלה ולא בתורת שליש כלל וא"ש מה ששמעתי להקשות ד ה מ"ש רישא כו' דהא איכא לפרושי שהחפץ עדיין ת"י אומן וטוען בפני אמרת כו' שנעשה שליש על דבר זה דז"א כיון דמכחישו אינו נאמן אך דמ"מ לכאורה קו' א"ש לבעה"ת דס"ל דאף דמכחיש ואומר לפקדון מ"מ שייך הימני' ואליבא דרבה הוי אומן כמו אומר לפקדון דהיכא דליכא עדים נאמן במיגו והארכתי בזה בתשובה אחת לברר דעת בעה"ת בזה:

ולכאורה קשה הא דקאמר דנאמן במיגו דמינך זבינתה דמה מיגו דנקט שהרי הוא אומר להדיא שקנה ממנו שהרי הוא אומר בפניו אמרת לו כו' אין זה האומן רק שליח לבד והרשב"ם נדחק קצת לפרש דזבנא מינך וזבנא ניהליה אבל פשטא דלישנא לא משמע

הכי אלא משמע שהוא צוה לו שימכור לזה ולפיכך שפיר הוא נאמן וא"כ א"צ למיגו כלל דהא הוא טוען שקנה ממנו והחזיק ג' שנים ומה איכפת לו מה שהי' האומן שליח במכירה זו עוד קשה דלפ"ז ע"כ מיירי שהאחר החזיק ג' שנים ובכה"ג נראה דאף אם לא היה טוען בפני אמרת כו' היה מועיל כמו אם החזיק בקרקע ג' שנים ואייתי סהדי דדר ביה המוכר חד יומא דמהני חזקת הלוקח לומר שקנאה המוכר ואע"ג דאם המוכר בעצמו היה מחזיק ג' שנים לא מהני היינו לפי שהוא אומן ודרך להניח בידו זמן רב משא"כ כאן שנמסר ליד אחר והאחר אינו אומן מסתמא שמע זה שאחר מחזיק בקרקע ג' שנים ושתק והוי חזקה מעליא אלא שי"ל דכיון שמתחלה ירד לתוכה בתורת אומנות אף שמכרה לאחר לא ידע זה שאחר מחזיק בה וכמו שאמרו אין מחזיקין בנכסי קטן אפילו הגדיל ויש לחלק ועיין בקצה"ח סימן קמ"ו ס"ק י"ב שכתב דלוקח בשני חזקה נאמן כשאומר בפני זבנה בטענה בפ"ע בלא מיגו ע"ש וצ"ע מסוגיא דהכא וקצרתי:

ובמה שהקשו התוס' בד"ה אי דאיכא עדים נחזי כו' דהא אדרבה קשה טפי גם לרבה ע"ש י"ל דהנה הר"ן כתב בחד תירוצא על דין הגאונים דמלוה על המשכון צריך שבועה דוקא בתובע חובו אבל כל שהוא שותק ומעכב הטלית עבור הפרעון א"צ לישבע דהא קאמר אין אתה יכול להוציא מפני השעבוד שיש לי על טלית זה ע"ש בשבועות אך הר"ן מיירי היכא דאית ליה מיגו רק לענין שבועת הגאונים מחלק בכה"ג משא"כ היכא דלית ליה מיגו ודאי דמוציאין הטלית מידו אף בכה"ג דלא מהימן כלל לומר שיש לו שיעבוד עליו אך לענ"ד כיון דשכר שכיר מלוה הכתובה בתורה הוא (אע"ג דעיקר החיוב הוא כשמוסר לבעה"ב דקודם לזה א"ע בבל תלין מ"מ כל שגמרו וא"ל הבא מעות וטול את שלך נראה דשפיר הוי מלוה ועיין באה"ע סי' ק"ו ובקצה"ח סימן ע"ב האריך בזה וצ"ע) ורבי יהודה ס"ל בבכורות דמלוה הכתובה בתורה ודאי שעבודא דאורייתא וא"כ טלית זה משועבד לו ג"כ והוא טוען שהטלית שייך לו שמשועבד לו ואיך אנו יכולין להוציא השעבוד מתח"י ואף אם אין לו מיגו דלקוח מ"מ זה הוי כטוען על גוף הטלית שהרי הוא רוצה שיתקיים שעבודו ת"י ובשלמא אי שעבודא ל"ד א"כ אין ענין המעות שתובע להטלית כלל וכל שאין לו מיגו מחוייב להחזיר משא"כ אי ש"ד וכמ"ש הרשב"א במשכון דהוי מוחזק משום דבע"ח קונה משכון כמו כן באומן אע"ג שכתב הרשב"א דלא שייך באומן שיקנה משכון מ"מ מטעם שעבודא דאורייתא מהני כיון שעכ"פ ידוע לנו שזה יש לו שעבוד על חפץ זה וזה טוען שתים קצצת לי שפיר מהימן אף בלא מיגו אך באמת כתבו התוס' בב"ב דלא אמרינן ש"ד במלוה ע"פ כ"א היכא דאיכא עדים אבל אי ליכא עדים של"ד ולפ"ז א"י ויתיישב ג"כ מה שהקשו התוס' בשבועות דהא בשבועות

מוקי לה שלא ידעו הקציצה והכא פריך נחזי כו' ולפי מ"ש י"ל דהכי פריך אי דאיכא עדים וא"כ שפיר א"צ למיגו כלל וא"ש בין לרבה ובין לאביי דכיון דאיכא עדים ש"ד ושפיר הוי מוחזק בחפץ על השעבוד שיש לו עליו בשכר מלאכה שעשה בו אך לפ"ז ע"כ לומר שידוע לעדים כמה דזולא זה א"ל ש"ד כיון שאין הדבר ידוע לעדים וא"כ כשידוע לעדים א"כ קשה נחזי עדים מאי קאמרי וע"כ דליכא עדים ומטעם מיגו אתינן עלה וקשיא לאביי והוא נכון לענ"ד דברי זעירא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה סז

ראיתי לבאר הדין המבואר בח"מ סי' שפ"ב בש"ך שם ס"ק ד' כתב דמדברי הרא"ש פרק כסוי הדם מוכח דמי שהוא מוהל אינו רשאי ליתן את בנו לאחר למול אותו דומיא דכסוי דמי ששפך הוא יכסה כו' וכתבתי זה לפי שראיתי כמה אנשים מכבדים לאחרים אף שהם בעצמם יכולים למול ולדעתי הם מבטלים מצות עשה ויש לב"ד לבטל הדבר הזה עכ"ל ואא"ז בספר תבואות שור סי' כ"ח הביא דברי הד"מ שכתב בשם א"ז דאסור והד"מ כתב עליו דיש לתמוה דמ"ש מכל התורה דשלוחו של אדם כמותו ואא"ז שם הרבה בראיות דשרי ושוב הביא דברי הש"ך בזה וכתב דז"א דודאי המצוה מוטלת על האב תחלה ומ"מ מצי משוי שליח גם מ"ש שמבטל מ"ע יש להביא ראיה משבת דף קל"ג דמשני באומר לקוץ בהרת בנו מתכוין ופריך ואי איכא אחר לעבוד אחר כו' ולדבריו מאי פריך דהא מעיקרא עשה דאבי הבן וקמ"ל דאתי עשה דאביו ודחי צרעת אלא דהיכא דאביו מרשה לאחר הו"ל מקיים העשה ומיקרי אפשר לקיים שניהם כו' ע"ש:

ומקרוב יצא לאור עולם ספר המקנה על קידושין למחו' הגאון החסיד נ"י וראיתי בדף ך"ט שם שהביא דברי אא"ז הת"ש וכתב על ראיה זו משבת שאין משם ראיה כלל דנהי דאיכא באב מצוה יותר מבאחר מ"מ כיון דאיכא ל"ת אין עדיפות מצוה זו דוחה ל"ת כו' ומאד נפלאתי מה ראה על ככה שהרי שפתי אא"ז ברור מללו דמודה בהא דהמצוה על האב תחלה ואפ"ה לא קשיא לי' דלידחי ל"ת דודאי אין עדיפות המצוה דוחה ל"ת רק אא"ז בת"ש דייק וכתב על מ"ש הש"ך שמבטל מ"ע שנראה מדבריו דבמצות מילה יש שני מצות עשה חדא שימול ואידך שהאב ימול וכל שמכבד לאחר מקיים מ"ע דמילה וביטל מ"ע דמילה וביטל מ"ע דאב ימול. וע"ז מקשה שפיר דא"כ מאי פריך לעביד אחר דהא הך מצוה שהאב ימול דחי ל"ת דבהרת ולהכי אתי קרא דימול אע"פ שיש בהרת לאשמעינן דעשה דאב דחי אע"כ דהך דאב ימול אינו מ"ע בפ"ע לומר דכשעושה ע"י

אחר הוא מבטלה ומ"ש בספר המקנה עוד שם דאם האב עושה שליח הוי מצוה דאב ולא עדיף אב אלא משום דמצוה בו יותר ולא שייך לדחות ל"ת בשביל זה גם זה תמי' שהרי גם אא"ז דעתו כן שהרי הביא דברי הד"מ דשלוחו של אדם כמותו וכן מבואר בדבריו להדיא שכתב על דברי הש"ך וז"ל גם מ"ש שמבטל מ"ע ע"ז יש ראי' דאינו כן מדאמרינן בש"ס דשבת דף קל"ג דאמרינן דקמ"ל קרא ימול אפי' אומר האב לקוץ בהרת בנו מתכווין דאתי עשה דמילה ודחי צרעת ופריך ואי איכא אחר לעביד אחר דאמר ר"ל כו' אם יכול לקיים שניהם מוטב כו' והשתא מאי קפריך הרי מעיקרא עשה דאבי הבן וקמ"ל קרא דאתי עשה דאביו ימול ודחי צרעת אע"כ דהיכא דאביו מרשה לאחר ה"ל מקיים העשה ומיקרי יכול לקיים שניהם עכ"ל. ואמנם מה שרוצה הגאון ז"ל לפרש דגם הש"ך מודה בשליח ולא קאמר אלא במכבד שלא בדרך שליחות ע"ש לפעד"נ דלענין ביטול מ"ע פשיטא דליתא אף במכבד לאחר כי מ"ש הגאון דהתם בדרך שליחות והוי כאלו הוא העושה המצוה הוא תמוה לפענ"ד שאם נאמר שמדין שליחות האב נגעו בה א"כ הרי הוא נעשה שליח גם לבטל הל"ת דבהרת שהרי האב מתכוין בשליחות זה לקוץ בהרת בנו וא"כ אף שהשליח אינו מתכוין לקציצת הבהרת אנן לאו בתר מעשה השליח בעינן דלאו אדעתיה דנפשיה עביד רק על דעת המשלח וא"כ אם לא היה כאן מ"ע דמילה המוטל על האב היה השליחות בטל דאין שלד"ע רק כיון דיש כאן דבר מצוה שהרי מקיים בשליחות זה מ"ע שעליו למול את בנו העשה דוחה הל"ת ואין זה שלד"ע וא"כ אין חילוק בין איכא אחר או לא דגם מעשה האחר אע"פ שאינו מתכווין ע"כ אנו צריכין לומר שהאב הוא העושה והרי הוא מתכווין לעבור הל"ת ע"י קיום המצוה ופשיטא שא"ל דלענין קציצת הבהרת חשבינן שהוא מעשה השליח שאינו מתכוין כיון שאין שלד"ע ולענין מצות מילה המוטלת עליו חשבינן כאלו האב הוא העושה דהא ודאי ליתא שאין המעשה מתחלק לחצאין ועיין בספר המקנה שם מה שהביא מדברי הרמב"ם לענין מעילה שיש שלד"ע ובלבד שלא יתערב עמו איסור אחר דאז בטל השליחות ע"ש וקצרתי אלא ודאי דהא דאמרינן לעביד אחר דהיינו שלא בתורת שליחות האב ואע"פ שהאב קודם לזכות במצוה זו כל שהוא מרשה אותו הוא מותר לעשותו (וע"ש ברש"י שפירש לעביד אחר לא ליקו אב להתם נראה שכוונתו דאין לו לעשות דרך שליחות ואי קאי האב התם נראה כעושה בשליחותו וכדאמרי' בשבת דף ק"ב בקטן העושה לדעת אביו ואמנם דברי רש"י צ"ע דלענין דאורייתא נראה דלא שייך למימר הכי וכל שבאמת אינו עושה בשליחותו אין כאן איסור ויש ליישב ואין כאן מקומו) ולכן נלענ"ד כי מ"ש אא"ז אח"כ היכא דאביו מרשה לאחר ה"ל מקיים העשה אין ר"ל שמקיים העשה שהוטל

על האב דבאמת ס"ל דאין כאן עשה בפ"ע לענין חיוב האב רק ר"ל שמקיים העשה של מילה שישנה כאן ובזה לבד מיקרי מקיים שניהם ומ"מ א"צ להרשות דרך שליחות רק בנתינת רשות בלבד סגי ליה ומ"ש הגאון ז"ל לדחות ראיות אא"ז משבת משום דמצוה על האב מאברהם ילפינן וה"ל עשה דלפני הדבור לפענ"ד ז"א שאם עכ"פ היה כאן עשה בפ"ע על האב שפיר הוי מצינן לאוקמי קרא דימול לרבויי דהך עשה דאבי הבן דחי הל"ת והיא גופא אשמועינן קרא דהך עשה נוהג לדורות ופשיטא שאין לדמות זה למה דאמר ר"ל אם אפשר לקיים שניהם כו' וקצרתי:

גם הלום ראיתי בספר קצה"ח ח"ב סי' שפ"ב שכתב על מ"ש אא"ז הת"ש על הש"ך דמייתי מהרא"ש דמילה לכסוי דמ"ש כסוי דפשיטא להש"ך ומ"ש מילה דקמיבעיא לי' וכסוי גופא מנ"ל. וע"ז כתב בקצה"ח דראיות הש"ך מהרא"ש שכתב דאם האב אמר למוהל למול את בנו וקדמו אחר פטור ואם איתא דהוא יכול לעשות שליח א"כ יהיה צריך לשלם לאב שביטל מצותו שהי' שלוחו עושהו והו"ל מצוה דידיה ע"ש והנה מלבד שאין זה כוונת הש"ך שכתב ומדברי הרא"ש מוכח כו' דומיא דכסוי דמי ששפך יכסה כו' אך בלא"ה אין מדברי הרא"ש אלו ראי' כלל ומתחלה אבאר במ"ש בקצה"ח על קו' הד"מ על הא"ז שאם האב מוהל אסור ליתן לאחר וע"ז הקשה בד"מ דהא בכל התורה שלוחו של אדם כמותו וכתב בקצה"ח וז"ל נראה לפמ"ש בתוס' רי"ד בפרק האיש מקדש וז"ל יש מקשים א"כ בכל דבר מצוה יועיל שליח ואומר אדם לחבירו שב בסוכה עבורי הנח תפילין עבורי ולאו מלתא הוא שהמצוה שחייבו המקום לעשות בגופו האיך יפטר הוא ע"י שלוחו והוא לא יעשה כלום בודאי בקידושין ובגירושין מהני כי הוא המגרש כו' וכן בפסח הוא אוכלו ועל שמו ישחט ויזרק הדם כו' אבל בסוכה אה"נ שיכול לומר לשלוחו עשה לי סוכה והוא יושב בה ואם ישב בה חבירו לא קיים כלום וכן לולב וכן ציצית וכל המצות עכ"ל:

ובזה נדחו כל הראיות שהביא התב"ש משום דגבי קבע לי מזוזה הו"ל כעושה שליח לעשות לו סוכה והוא יושב בה וה"נ במזוזה הוא הדר בבית שיש בו מזוזה אבל במצוה כסוי שהתורה הטילה עליו מי ששפך יכסה אם מכסהו שלוחו לא קיים כלום וה"ה לתפילין וסוכה וציצית דאינו בשליחות וכמ"ש בתוספות רי"ד עכ"ל ונראה בעליל כי אגב חורפי' ושיטפי' רהיט ונטה מדרך הפשט הפשוט בתוס' רי"ד והיא שמ"ש שהמצוה שחייב המקום לעשות בגופן כו' ר"ל שחיוב עליו לעשות ע"י גופו ולכן בכסוי שאמרה תורה מי ששפך יכסה אם מכסהו שלוחו הרי גופו לא עשה כלום וזה דבר שאינו כלל דא"כ בשחיטת פסח הא ודאי שהמצוה מוטלת על כל איש מישראל לשחוט הפסח והוא

מחויב לעשותו בגופו אלא כיון שעושה ע"י שלוחו הו"ל כאלו עשה בעצמו וכדאמרינן ושחטו כו' דכל ששלוחם שוחט קרינן ביה ושחטו וא"ל דכיון שהאכילה ע"י עצמו הרי עושה המצוה ע"י גופו ז"א דמה ענין מצות אכילה שמקיים ע"י גופו למצות שחיטה ועוד דהא איכא כמה תנאי דס"ל אכילת פסחים לא מעכב' והכי קי"ל וגם בטביחה ומעילה דקי"ל דמהני השליחות אע"פ שגופו לא עשה כלום רק השליח שחט מעלה עליו כאלו הוא שחט בעצמו אע"ג דקרא כתיב וטבחו או מכרו ולמה יגרע מצות כסוי אם השופך הדם מצוה לשלוחו לכסות מעלה עליו כאלו זה ששפך הוא כסה ועוד דהיכן מצינו בתפילין שהוא מחויב לעשות ע"י גופו והלא לא אמר הכתוב רק והיה לך לאות על ידך כו' אבל הדבר הפשוט הוא שמ"ש התוס' רי"ד שהמצוה שחייבו המקום לעשות בגופו אין ר"ל גופו רק ר"ל שהקב"ה צוה שגוף שלו יהיה נעשה בו איזה מצוה וכגון תפילין וציצית שהמצוה שגופו יהיה מלובש בתפילין או ציצית ואם אחר הניח לו תפילין או הלבישו ציצית מהני וכן מילה שהצווי הוא שיהיה הוא מהול ואם אחר מל אותו מהני אף שהוא לא עשה כלום אבל אם אמר לשלוחו הנח תפילין על ידך אף שתאמר שהנחה זו שע"י השליח הוא כמותו והו"ל כאלו הוא הניח תפילין על יד השליח שאינו מועיל כלל שיצא הוא ידי מצוה שהוא חובת גופו וכן ציצית וסוכה כשאמר לו שב בסוכה בשליחות הרי זה כאלו הושיב את גוף השליח בסוכה אבל גופו לא ישב בסוכה וכן מילה אם ראובן לא מל ואמר לשמעון שימול א"ע אף שזה נימול בשליחות שלו הוא נשאר ערל בשר משא"כ אם אין המצוה מוטלת על הגוף עצמו רק על חפץ שלו אף שהחיוב הוא יכול לעשות ע"י שלוחו כגון לשחוט הפסח ולזרוק כיון דבשליחותו הוא נשחט ונזרק הרי זה כאלו הוא עצמו עשה מעשה זה לשחוט ולזרוק. וכיוצא בזה במילה שהתורה צוותה שהאב יעשה מצוה זו של מילה בבנו כששלוחו עושה הו"ל כאלו הוא עשה ומל את בנו. וכן בכסוי שמצוה עליו לקיים בדם ששפך מצות כסוי יכול לעשותו ע"י שליח משא"כ תפילין וסוכה ואכילת הפסח שאם מצוה לשליח שיאכל הפסח הרי זה כאלו הוא האכיל לשליח ומ"מ הוא לא אכל וזה כוונת התוספות רי"ד במ"ש וכן פסח הוא אוכלו כו' ר"ל דלענין מצות האכילה באמת הוא האוכל ולא מהני ביה שליחות רק לענין שחיטה וזריקה וכן במגרש ומקדש מהני ע"י שליח דלא שייך למימר דהשליח הוא המגרש שהרי כותב בגט אנא פב"פ פטרית כו' וכן במקדש וכמ"ש בתוס' רי"ד שם משא"כ בשאר מצות שהמצוה שהשליח הוא עושה ע"י גופו אינו פוטר גופו של משלח כלל הדברים שבמעשה השליח אנו יכולין לדון כאלו המשלח עשה אבל מ"מ הגופים מחולקים ודבר הנעשה בגוף השליח אין יכולים לדון שהוא כנעשה בגוף המשלח והוא

ברור ופשוט ולא הייתי צריך להאריך בזה רק אחרי רואי שהגאון בעל קצה"ח ז"ל קרא והטה ומיקרי וכתב לדחות ראיית התב"ש ובמחילה מכ"ת לפום ריהטא כ"כ וליתא:
ומ"ש בקצה"ח שם כי מ"ש בת"ש ואל תשיבני ממה שאמרו ביבמות גבי מצות תאכל כו' דהתם תנא בי' קרא לעכב א"צ לזה דודאי במידי דאכילה לא שייך שליחות כו' וגם מ"ש מהא דאמרינן מצוה בגדול לייבם כו' ותמהני איך עלה על דעתו הנפלאה דהא שאחד מייבם מטעם שליחות הוא אלא דהתם לאו מתורת שליחות הוא אלא כיון שהגדול אינו רוצה מחזירין על שאר האחין ואפי' אם הגדול אינו רוצה שיבמו שאר האחין ומשום דייבום הוא בכל האחין ומצוה בגדול לייבם ואם לא רצה הרי הוא מצותו בשאר האחין עכ"ל. ויש להפליא עליו שתלה בוקי סריקי באא"ז ז"ל לומר שעלה על דעתו דשאר האחין המיבמין הוא בשליחות האח הגדול וגרם לו זה שהעתיק דברי אא"ז שלא כראוי והחליף השיטה ונתן עליונים למטה ותחתונים למעלה והעתיק תחלה מ"ש בת"ש בשם הד"מ שכתב שהוא מדין שלוחו של אדם כמותו ואח"כ העתיק מ"ש ואל תשיבני כו' ולכן הי' סבור דהתב"ש מפרש דהתם מדין שליחות הוא כמ"ש בשם הד"מ אבל באמת הקורא למפרע לא יצא ידי חובת העיון בזה והמעיין בדברי אא"ז יראה דמעיקרא לאו מדין שליחות קאתי עלה וע"ש בסוף הס"ק דסיים בה להדיא וז"ל ומש"ס ושאר ראיות שהבאתי נלמד לכסוי דשרי לפרקים לכבד המהדר אחר המצוה כו' אבל דרך שליחות לא כמש"ל דמצוה בו כו' וכ"ש שלא יטול ממון למכור וע"ז נאמר אמת קנה כו' עכ"ל ומסוף דבריו ניכר שראש דבריו המה אמורים לענין לכבד לאחר שלא בדרך שליחות אי שרי לכתחילה משום דחזינן שהתורה הטילה המצוה עליו וכן מבואר שם באמצע דבריו במ"ש איברא דקי"ל מצוה בו רק לפע"ד דוקא היכא דקעביד שליח לא בדרך שמכבד לאחר לזכות במצוה רק נראה שאינו רוצה לטרוח בעצמו כו' אבל בדרך כבוד כו' ע"ד שאמרו ביומא דף ל"ט דדמי למי שמודד אפרסמון שאומרים לו בא ונתבסם אני ואתה שהוא גרם המצוה והאחר עושיהו ומתבסמים שניהם כו' מבואר מדבריו ז"ל דאף ע"ג דבתורת שליחות השכר מצוה להמשלח מ"מ כשעושה שליח שלא לטרוח בעצמו יצא קצת שכרו בהפסידו שמראה בעצמו שאין המצוה חביבה עליו לטרוח בה משא"כ כשמכבד בה לאחר אע"פ שהאחר זוכה בעשיית המצוה מ"מ כיון שהוא דרך כבוד שזה שמח ומחזיק טובה למכבד לא אבד שכרו מבעל הגמול שהוא הגורם לעשייתה וזוכה ומזכה אחיו עמו. וע"ז בא בראש דבריו להביא ראי' ממנהג לכבד במילה לאחר אף לכתחלה ושוב הביא מכהן המקריב דמשמע שנותנה לאחר אף לכתחלה וכן מנדרים בתורם משלו על של חבירו דאף שתאמר צריך דעת בעלים מ"מ יכול הוא להרשותו

אע"פ שזה האחר הוא הזוכה במצוה זו של התרומה והמצוה היא מוטלת עליו והיינו דמייתי מנדרים ולא מייתי מדין שליחות המבואר במס' תרומות ובקידושין וכל הש"ס משום דמשליחות אין ראיה דאז הוי כעושה בעצמו ושכר מצוה שלו משא"כ התם מבואר דאע"ג דמצוה דילי' הוא להפריש תרומה יכול להרשות לאחר שיזכה במצוה ומכ"ש אם נאמר שא"צ דעת בעלים וחשבינן לי' לזכות מה שהאחר תרם משלו לפי שלא אבד בזה שכר המצוה כיון שהוא גרם לה (ומ"ש בתב"ש שם אדרבה מהתם ילפינן שליחות כו' מלתא בעלמא נקט לסיועי דמדינא שרי להרשות לאחר ע"ש) ושוב מייתי ראי' מיבום דלא אמרינן מצוה על הגדול לייבם את כולם אלא קאמר אם רצה כו' אלמא דגוף המצוה המוטלת עליו ברצונו תליא מלתא ולא אמרה תורה המצוה אלא שאם רוצה הוא קודם למצוה זו ואם הוא מסלק עצמו המצוה על השאר ומעולם לא עלה על דעת אא"ז ששאר האחים הם שלוחים של הגדול ושוב אח"כ הביא הא דמצוה בו כו' ודברי הא"ז וד"מ ומחלק בין שלוחים בשביל שאינו רוצה לטרוח למכבד ק בדרך כבוד ואח"כ הביא דברי הש"ך ע"ש:

ועתה אבאר כי מ"ש הגאון בספר המקנה בסוף דבריו דאף הש"ך לא קרא תגר אלא למכבדים אחרים במצוה אבל אם הוא מדין שליחות שהמצוה של האב אין בזה ביטול מ"ע דאב אלא משום דמצוה בו יותר כו' ובזה נדחו כל הראיות שהביא התב"ש משליחות דתרומה ומכהן העושה שליח להקריב קרבנותיו ומשליח לעשות מזוזה דפשיטא דבכל המצות קי"ל שלוחו של אדם כמותו אלא דמצוה בו יותר עכ"ל ואני תמה מאד שהרי מבואר מדברי התב"ש שהוא סובר דודאי אי בעי למעבד דרך שליחות מהני בדיעבד דשלוחו של אדם כמותו אבל עכ"פ לכתחלה אין לו לעשות כן דמצוה בו יותר והתב"ש חידש בדבר דאע"ג דדרך שליחות לא מהני רק בדיעבד מ"מ דרך כיבוד אף לכתחלה שרי וכמש"ל באורך וע"ז סובב ראיות אא"ז מהא דתרומה האמור בנדרים וכן בכהן שנותן לכל מי שירצה להקריב קרבנותיו (ומה דמשמע מספר המקנה דהך דב"ק הוא בדרך שליחות דוקא הנה אע"ג דמפשיטות הש"ס משמע הכי דפריך שליח היכא מצי משוי וז"א לפענ"ד כמ"ש לקמן) או במנחות דאמר ר"ג לר"נ קבע לי מזוזתא ועביד הכי לכתחלה מוכח דלאו משום שליחות הוא דאל"כ:

הו"ל למעבד בנפשיה משום מצוה בו יותר אלא ע"כ דאין כל ענין שליחות שוין דבכה"ג שנותן לאחרים לזכות במצוה דרך כבוד אין קפידא לעשות כן אף לכתחלה ומכ"ש לכבד לגדול וכמו דמייתי בהא דסוטה דף י"ג שאמרו הניחו לו כבודו בגדולים משא"כ אם היה דרך שליחות האיך התירו לכתחלה לעשות ע"י שלוחים ועי' בתב"ש שם שכתב דודאי

היכא דאמרינן מצוה בו אסור לעבור עליו כו' וגם הא דמייתי מיבום דלא קאמר בגדול ליבם את כולם רק ברצה תליא מלתא והתם לא שייכא שליחות אלמא דמה שהטילה התורה החיוב ע"ז יותר היינו במקום שאין אנשים שרוצים לעשותה או כשהוא רוצה הוא קודם אבל אם יש שם אחרים וברצונו הניח להם המצוה אין איסור בדבר ואף לכתחלה יכול לעשות כן:

ואדרבה נלענ"ד כי מ"ש בס' המקנה דאם הוא מדין שליחות המצוה של האב ובאמת שלכאורה היא קושית הד"מ על הא"ז ולענ"ד נראה בדעת הא"ז דס"ל שלא נאמרו הדברים דשלוחו של אדם כמותו אלא לענין התועל' של המעשה כגון בקידושין וגירושין וכל מידי דבעי שליחות ואם לא היה זה שולחו לא הי' הדבר ההיא מתקיים אם היה עושה מעצמו ע"ז אמרינן דשלוחו של אדם כמותו ור"ל שהמעשה ההיא שעשה השליח מועיל ומתקיים כאילו עשה הוא בעצמו וכן לענין דבר עבירה דאי לאו דקי"ל אין שליח לד"ע וכן במעילה וטביחה ושליחות יד שאם לא היה זה משלחו לא היה עושה הדבר על דעת עצמו רק עתה ששולחו זה הוא עושה הדבר ע"ד משלחו להיות קולר תלוי בצווארו בזה אמרינן שהמעשה שעושה ע"י שליחות זה הוא מועיל לחייב משלחו כאילו עשאו בעצמו אבל בדבר מצוה שאין צורך לשליחות ומתקיים הוא בלעדו אפילו תאמר שלולי שהיה זה עשאו לשליח לא היה זה עושה וא"כ הוא גרם למצוה זו שתעשה ומקבל שכר על המצוה שנעשה בגרמתו ע"ז שהטילה התורה עליו שהוא יעשה אין מקבל שכר כשנעשה ע"י שליח דהא מ"מ הוא לא היה העושה רק השליח ואנן לא אמרינן דכשהשליח עושה הוי כאילו ידו עשתה כל זאת דהיינו ידו ממש אלא שמועיל כאילו ידו עשתה וא"כ במילה דהמעשה אינה תלוי בשליחות כלל אע"פ שמצות מילה נתקיים ע"י השליח ואפילו בלא דין שליחות מ"מ דין מצות האב לא נתקיים ע"י השליח:

ואמנם הד"מ שתמה על הא"ז ס"ל דגם לענין זה מועיל שליח של אדם כמותו לדון כאילו קיים האב שמה שהטילה התורה על האב אינה שיעשה הוא בעצמו אלא שיעשה הוא שלוחו שהוא כמותו ומ"מ י"ל דלענין שכר המצוה אינה של האב רק של השליח דזה שולח וזה עובד לא אמרינן דהא לענין קיבול שכר המצוה השליח אדעתיה דנפשיה קעביד לקבל שכר מצוה ואם נאמר שהשכר הוא של האב א"כ נאמר שהשליח העושה הוא יצא נקי והוא משמש שלא על מנת לקבל פרס זה דבר שאפשר לאמרו אם האב הוא נותן שכר למוהל למול את בנו ויצא שכרו בהפסדו כשכר עוה"ב אבל אם הוא מוהל בחנם ובצע כסף לא לקח וגם בעוה"ב אין לו שכר טוב בעמלו אתמהה כי כמה גדולי הדור אשר החזיקו במצוה זו ביתר שאת ומחזירין אחריה במה דאפשר ודוחין מפני'

כמה מצות ושכר פעולתם יקח אחר (וקצת יש לדחות דרובא דאינשי אינם יכולין למול וא"כ לא מצי משוי שליח. אבל באמת ז"א כמ"ש לקמן) ואם נפשך לומר שאין הקב"ה מקפח שכר כל בריה ובאמת נותן למשלח שכר מצוה שנעשית ע"י שליח שמעלה עליו כאילו עשאו בעצמו וגם לשליח שעמל ויגע בה מקבל שכר חלף עבודתו אשר עבד אף אנו נאמר להיפך שעיקר השכר הוא של השליח כיון שזה סילק מעליו צורך המצוה ומעשה המצוה קיים בלי שליחות והשליח אדעתיה דנפשיה קעביד לקבל שכר המצוה שעשה ולא ע"ד שיקבל המשלח ואף שלא היה סיפוק בידו לעשות זולת רשות המשלח מ"מ אין לו שכר עשיית המצוה ממש דהא לא טרח בה ולא מידי עביד דשליחות זה אינו מעלה ומוריד להיות קרי שליחות רק הרי זה כנותן רשות לבד ומ"מ עיקר השכר של השליח הוא:

ולכן נלע"ד דהא ודאי לענין מ"ש הש"ך שיש כאן ביטול מ"ע שהמצוה על האב והוא מבטלה בזה שפיר קאמר הד"מ דהא קי"ל דשליחו של אדם כמותו ומועיל לענין זה שלא יהיה לו עונש כדין מבטל מ"ע ציצית ותפילין וכיוצא אבל מ"מ לענין השכר לא מהני שהוא יטול השכר של המצוה כיון דהשליח אדעתיה דנפשיה קעביד שהוא העושה וטרח במצוה והרי זה כמי שהזמין לעבודת המלך וזה שולח אחר בחריקאו שאע"פ שאין עונשין מן הדין לזה שהוטלה העבודה עליו כיון דעייל גברא בחריקיה מ"מ מה שהעובדין נוטלין פרס מבית המלך אין לזה חלק בו רק יותן לאשר עמל בה ועי' בכר"ו שכתב ג"כ כמ"ש במקנה דבשליחות השכר של המשלח ולפענ"ד ז"א ומ"ש ראיה משליחות לד"ע כבר כתבתי דהתם אין זה עושה ע"ד עצמו כלל רק ע"ד המשלח ולכן כיון דאמרינן דברי הרב כו' נמצא דלא עביד ע"ד המשלח רק הוי כעושה לדעת עצמו אע"פ שזה אמר לו להיות שלוחו וה"נ בשליחות לדבר מצוה והוא עושה ע"ד שהשכר של המצוה יהיה לו ואין מעלה על לבו כלל שלא יהיה לו שכר בזה ובבא רק למשלחו וא"כ השכר של השליח הוא וא"כ מ"ש בקצה"ח שראיית הש"ך מהרא"ש שפסק שאם האב אמר לזה שימול וקדם אחר פטור דאם איתא דמהני שליחות א"כ למה פטור מליתן לאב שהפסידו שכר מצוה שהיה לו ע"י שליחות זה כו'. והנה כבר כתבתי שבש"ך מבואר שאין כוונתו לזה וגם דמאן לימא לן שאם היה האב בא לתובעו לזה שלא עשאו שליח לא היה מחויב לו ליתן רק הרא"ש קאי שם על עובדא ד"ת שזה שאמר לו האב למול הוא היה התובע אבל האב לא בא לתבוע כלל דלא איכפת לי בהא אם הוא המוהל או אחר וגם בפשיטות י"ל דע"כ לא נחלקו אלא אם האב בעצמו הוא מוהל אם יכול למכור המצוה לאחר ועל זה שפיר כתב הד"מ דשלוחו של אדם כמותו דכיון דהוא מלתא דאיהו

מצי עבוד מצי משוי שליח משא"כ אם האב אינו יודע למול כלל אין כאן תורת שליח וכמבואר בנזיר ובב"ק דף ק"י דדוקא בזקן או חולה דמצי למעבד ע"י הדחק מצי משוי שליח א"כ היכא שאין האב יכול לאמן ידיו כלל לא מצי משוי שליח רק שזה תובעו שהאב כיבד אותו במצוה זו וזכה בו ופטרו ר"ת. וע"ז כתב הרא"ש דבלא"ה פטור כיון שהאב אינו יודע למול וכל ישראל חייבין למולו לא זכה בו בדיבור האב כו' וא"כ אין משם ראיה כלל לכאן:

ולכאורה לפמ"ש בספר המקנה והכר"ו דע"י שליחות המצוה על האב מוכח דאם האב אינו יכול למול לא משוי שליח דאל"כ הי' החיוב מוטל על כל מי שיש לו בן למול לומר למוהל שיעשה דרך שליחות ואז יקיים המצוה שהטילה התורה על אבי הבן למול והיינו הוא או שלוחו וכדאמרינן נמי גבי גט וכתב לה דהיינו הוא או שלוחו ולפ"ז למה קרא הש"ך תגר דוקא על אותן שיודעין למול ומכבדים לאחרים דלדברי ספר המקנה ממ"נ אם בדרך שליחות מותר אף שיודע למול ואם בדרך כבוד מה בכך שאינו יודע למול מ"מ מפקיע המצוה אלא ע"כ כמ"ש דאם אינו יודע למול אין כאן דין שליחות כלל. אך לפ"ז קשה להפוסקים דבעינן שליחות בכתיבת הגט דהא על הרוב אין הבעל יכול לכתוב ואפי' ע"י הדחק ואיך מצי משוי שליח ובאמת שכבר עמד בזה בספר מחנה אפרים ובספר בית מאיר ע"ש באורך ובמחנה אפרים כתב לחלק דדוקא היכא דלאו בר עשוי כלל כגון ישראלים דלאו בני קרבנות נינהו או היכא דהגריעות במעשה שהוא דבר שלא בא לעולם והקשה ע"ז מהא דב"מ דפריך ואי דלא מצי עביד עבודה שליח היכא מצי משוי ומשני דמצי עביד ע"י הדחק ומאי קושיא דהא היינו דוקא היכא דלאו בר עשוי כלל ע"ש ולענ"ד נראה דהתם לא מיירי לענין אם מהני מינוי שליח דבאמת א"צ שליחות לגוף הקרבה כמ"ש ר"ה ברי' דר"י בקידושין דשלוחי דרחמנא נינהו דאל"כ קרבן של ישראל היכא מצי לאקרובי דמי איכא מידי כו' רק התם מיירי לענין הזכות שזיכתה תורה לכהן להקריב קרבנותיו במשמר שאינו שלו אם יש לו זכות למסור לאחר ולומר שזה שלוחו כמותו והוא מקנה לו הזכות שלו ואהא קאמרינן דאם לא מצי עביד עבודה בנפשי' שליח לא מצי משוי ר"ל דבשלמא אי מצי עביד שפיר י"ל שמסר זכות לאחר ואפי' עבודתה ועורה שלו ואי לא מצי עביד אין שליחות כלום דקרא ובא בכל אוות נפשו ושרת וכיון דלא מצי מה כחו יפה למסור לאחר וכן מבואר שם בהא דכ"ג אונן דקאמר סד"א כי חס רחמנא עליו דכ"ג לקרובי הוא אבל לשווי' שליח לא מצי משוי קמ"ל. ולכאורה מצי משוי שליח כיון דהוא מצי עביד יהי' מאיז' טעם שיהי' ולפמ"ש א"ש דסד"א דמ"מ זה לא זיכתה לו תורה שיהי' יכול למסור זכותו לאחר אף במקום

שהוא אונן ודי לו בהא דחס רחמנא עליו שהוא בעצמו יהיה יכול להקריב וקמ"ל דאף בכה"ג יכול למסור זכותו לאחר והיינו כמש"ל דלא מיירי מענין אי מהני ע"י שליח דודאי מהני וא"כ גם אם אינו יכול למול שפיר מצי משוי שליח כמו שליחות דכתיבת הגט וא"כ לעולם הי' צריך לכבד לחבירו בדרך שליחות דוקא ומעולם לא שמענו זה והמוהל אדעתיה דנפשי' עביד ולא ע"ד שהוא שליח האב כלל ופוק חזי מה עמא דבר שאין שום אדם מכוין שיהי' המוהל מדין שליח בין אם האב יכול למול או לא וע"כ כמ"ש אא"ז דהמצוה המוטלת על האב ברצונו תליא מלתא ואם לא רצה מכבד לאחר לכתחלה ואינו חושש וא"צ לבא בדין שליחות כלל:

ומ"מ אע"פ שבררתי דשייך שליחו אע"ג דהאב א"י למול אפ"ה א"ש דברי הרא"ש שהקשה בקצה"ח שהאב יתבע. ולפמ"ש ז"א דכיון דהאב א"י למול אין זכות כלל לענין זה שימסר לאחר זכותו וכמבואר ממה שפרשתי בדברי הש"ס דב"ק דפריך אי דלא מצי עביד שליח היכא מצוי משוי דהיינו שלא זכה בזה שימסור לאחר והתם איירינן בזכות שזכתה לו תורה ומכ"ש בזה דלא בא התורה לזכות רק לחוב אותו ולהטיל עליו מצוה זו יותר מאחרים רק דממילא נחשב לו לזכות ומצוה דיליה הוא והאחר החוטף ממנו הו"ל כעני המהפך כו' ובזה קנסוהו לשלם לו ג"כ שכר מצוה אבל מ"מ לא קנה לה לעשות שליח עליו ושיקבל שכרו משלו כאלו מידו היתה זאת וכמש"ל באורך ואתהלכה ברחבה לבאר יותר בענין זה שכל עיקר דין השליחות הוא שהדבר המוטל על אדם זה יכול להתקיים ע"י עשיית שלוחו ויש בו שני ענינים הא' הוא שאינו מתקיים בעשיית אחר אם לא שהוא נעשה שליח מהבעלים כגון קידושין וגיטין ושחרורי עבדי' ושחיטת קדשים ותרומה וכן מעילה וטביחה ושליחות יד דמרבינין להו שאע"פ שהוא שלד"ע מהני הנך כולהו אין להם קיום אם לא נעשו דרך שליחות מהבעלים משא"כ שאר מצות כל שהם מתקיימים ע"י עשיית אחרים הם מתקיימים שלא ע"ד שליחות כלל שאפי' אם נעשית בלא שליחות מהבעלים היא קיימת אלא שיש חלק מהם שהטילה התורה המצוה תחלה על מי שהדבר ברשותו או שהוא העושה וכגון מילה וכיסוי וכיוצא שאז אם אחד בא ועשה בלא רשותם חיסר מהבעלים מצוה וקנסוהו חכמים לשלם להבעלים שכר מצוה ומ"מ הדבר פשוט שאותן המצות שהם יכולים להתקיים בלא שליחות אין להבעלים זכות בעשיית המצוה לומר שאם הוא רוצה להסתלק ממנה יש לו בה טוה"נ ליתן אותה למי שירצה פשיטא שז"א דודאי אין לו זכות בה יותר מאחר רק חיוב מוטל עליו יותר מאחר וכל זמן שאינו פורק מעליו עול החיוב הוא קודם לזכות בעשייתה מאחר והיינו טעמא דמילה וכסוי כיון שהחיוב עליו ביותר ואין האחרים מתחייבין בה

עד שיסתלק הוא וכל זמן שלא נסתלק הוא קודם לכל אדם והחוטף ממנו המצוה יש לקנסו אבל מעולם לא ניתן לו כח להיות זוכה בהמצוה לעשות שליח בחריקאו אלא אם הוא מושך ידו מלעשותה הרי כל אדם מתחייבין בה ויד כולם שוין בה ולא מצינו בשום מקום שיהי' זוכה לעשות שליח ולמנוע אחרים מלעשותה לא מדאורייי' ולא מדרבנן והיינו דכתב הרא"ש דאם אין האב רוצה למולו כל ישראל חייבין למולו ובדבור שאמר האב למוהל לא זכה במצוה לחייב לאחר אם קדמו עכ"ל ופשיטא שאין כוונתו דדוקא בדבור לא זכה אבל יכול להקנות לו בקנין אחר שיזכה בה דפשיטא דלא שייך כאן אלא ר"ל דבשביל דבור האב אין לו זכות שמיד שמסתלק האב בעצמו החיוב חוזר על כל ישראל שאין זכות לאב לענין לעשות שליח שהתורה לא הטילה עליו רק חוב שלא ע"מ לזכות להיות מזכה אחרים הבאים מכחו שלא יקדמנו אחר ולפ"ז הדבר ברור שגם האב שעשה שליח למול אינו יכול לתבוע האחר שקדמו כיון שאין בידו זכות זה, כלל לעשות שליח וגם המוהל אינו יכול לתובעו ולומר שהאב סילק זכותו ונתנו לו שמיד שהוא מסלק זכותו הרי הוא בו ככל אנשים ואין לו זכות מן הדין לומר בפלוני אני רוצה ולא באחר ובזה חולק הרא"ש על ר"ת דמשמע מדבריו שיש לאב כח לתת זכותו למי שירצה ולכן הוצרך לטעם דלא עבדינן שליחותייהו ע"ש והרא"ש ס"ל דזכות האב לו לבדו ואין לזרים הבאים מכחו כלום וא"כ מ"ש בקצה"ח ראיה מהרא"ש דכתב דפטור זה שקדמו דמ"מ יתחייב לשלם לאב ז"א מהני טעמא דכתיבנא ומכ"ש לפי דעת המע"מ שאין זה רק שכר ברכה ולא שכר המצוה עיין בש"ך סי' שפ"ב א"כ פשיטא שאין ראיה כלל וקצרתי: וטרם אכלה לדבר נראה להביא ראיה מן המקרא פרשת שמות ויהי בדרך במלון כו' ותקח צפורה צר ותכרות את ערלת בנה כו'. ולכאורה קשה כיון שהמצוה היא מוטלת על האב והיא עשה שקודם הדבור איך בטלתו למשה ממצוה זו ואע"ג דאליבא דריב"ג דמפרש קרא ויבקש המיתו היינו במשה לפי שנתעסק במלון תחלה וכן פירש"י בחומש א"ש שמאחר שראתה שאין סיפוק בידה לעשות והוא מסור בידי מלאך אכזרי להרגו נזדרזה למולו ולא השגיחה על ביטול העשה דחמירא סכנת' מ"מ הא בדף ל"ב אמר רשב"ג שלא למשה ביקש להרוג אלא לתינוק כו' ולדידיה תיקשי למה לא מלו משה בעצמו אחר שע"ז המלאך הרגישו שבא על עסק מילה ודוחק לומר שמשה לא ידע מזה ולא היה לה שעות להודיעו וא"ל לפמ"ש בספר המקנה שפיר קיים העשה שעשה אותה שליח והרי הוא כאלו הוא קיים העשה ז"א דהא בע"ז דף ך"ז פריך אמ"ד אשה פסולה למול מהא דצפורה ומשני ותקח כתיב ותכרות כתיב דאמרה לאחרים ועבד וא"כ האיך היתה היא יכולה להיות שליח כיון דאיהו לא מצי עבדה ובדוחק י"ל שהיא באמת לא

נעשית שליח רק שמשה צוה לה שהיא תמנה שליח בחריקאו ועיין ברא"ש סוף פ"ב דגיטין בשולח ע"י נכרי ומצוה למנות שליח וקצרתי ועיין בע"ז שם דאמר ואי בעית אימא דאתחילה איהו ואתי משה וגמרה ונראה דאזלא אליבא דמ"ד דמפרש ויבקש המיתו קאי על משה ואחר שהרף ממנו גמר משה בעצמו ולפום תירוצא קמא היא או שליחה גמרו ג"כ:

ונלענ"ד לפרש בזה לשון רש"י ז"ל בחומש שכתב והיה המלאך נעשה כמין נחש ובולעו מראשו כו' הבינה צפורה שבשביל המילה הוא בא ואח"כ על פסוק וירף ממנו פי' אז הבינה שעל המילה בא להרגו והוא תמוה וכבר עמד הרא"מ ושאר מפרשים ולפמ"ש י"ל דודאי ארגשה מעיקרא שעל המילה בא רק שהיתה סבורה שאין בדעתו להרגו רק בא לרמז לו שימול אותו. אך לפ"ז אחרי עשות הרמז הזה הי' לו לירף ממנו מיד כי מסתמא אחרי שנפקחו עיניו כי לא יפה עשה שנתרשל יתעסק במצות מילה מיד וימול אותו בעצמו ויקיים המצוה שהטילה עליו ומצוה בו יותר משלוחו, אך באמת המלאך לא הרף ממנו ועשה כן כמה פעמים שמחמת זה לא היה יכול לעשות בעצמו וזירזה היא ומלה אותו ואז הרף ממנו ולא קודם וגרם עי"ז ביטול מ"ע שהי' על משה שהי' לו להניחו מיד לקיים המצוה בעצמו או עכ"פ מיד דאתחילה הי' לו לירף ממנו שהוא יגמרנה וכיון שלא השגיח על ביטול מצוה שעל האב ולא הרף עד שנימול מזה הבינה שעל אודות מצות המילה בעצמה שהיא גדולה מאד בא להרגו שזה עיקר המצוה וכיון שגמרה המילה הרף ממנו ולכן אמרה חתן דמים למולות ר"ל לא על מצות האב רק על עיקר מצות המילה בעצמו הי' הולך למות ויש להמתיק הענין יותר וקצרתי:

ועכ"פ נראה ברור כמ"ש שאם הי' מקום לחשוב שזו המצוה שעל האב היא מצות עשה בפ"ע ומתקיימת ע"י שליח הי' החיוב מוטל על כל אדם שיש לו בן למול לעשות את המוהל שליח ולא יעשה על דעת עצמו רק על דעת משלחו ואף אם האב אינו יודע למול וכמש"ל דאף בכה"ג מהני לי' השליחות אלא ע"כ שהמצוה שעל האב אינה עשה לעצמה ומ"ש הש"ך שהנותן לאחר כשיודע למול הוא מבטל מ"ע לדבריו הו"ל למימר דאף כשאינו יודע למול אם נותן שלא בדרך שליחות הוא מבטל מצות עשה ונראה שמ"ש שביטול מ"ע הוא ע"פ מה שהזכיר שם מדברי הרמב"ם בהלכות מילה שמצוה על האב תחלה וברמב"ם שם איתא ומצוה על האב למול כו' עבר האב או האדון ולא מל אותן ביטול מ"ע כו' אך באמת פשוט דכוונת הרמב"ם דהיינו כשהגיע הזמן למול אותו ולא מלו הוא עובר בעשה שהוטל עליו למולו וכל זמן שלא נימול כלל בכל שעתא קאי עלי' בעשה אבל אם בהגיע זמן לימול בין ע"י האב או ע"י אחר סגי בהכי ואין האב עובר

בעשה כלל וכיון שמימינו לא שמענו אף מגדולי הדור ורבנן קשישאי דעבדי הכי ליקח מוהל בדרך שליחות ע"כ כמ"ש שאין זה עשה בפ"ע וא"כ אף כשיודע למול והיה יכול לעשות שליח א"צ לזה והדין דין אמת כמ"ש אא"ז שאם עושה לסלק הטורח לאו שפיר עביד וע"ז אמרו מצוה בו יותר אבל בדרך כבוד שפיר דמי וראיה לדבר ברכת המזון עיין בסי' ר"א בש"ע ומג"א שם ופשיטא שאין לומר ששם רשאי ליתן לאחר כדאמרי' אורח מברך כדי שיברך את בעה"ב דפשיטא שאין זה מספיק שיהא רשאי לבטל המצוה וגם כי הגדול רשאי לכבד הקטן וגם בחולין דא"ל כוס של ברכה אתה שותה כו' ע"ש הנראה לפענ"ד כתבתי הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד. והנה אחי החריף ובקי מוה' אליקים געציל נ"י אמר שיש להביא ראיה משבת פרק ר"א דמילה דאמר התם רב אדא בר אהבה הו"ל ינוקא שנולד מהול ואהדריה אתריסר מהולי ושוב מלו בעצמו ועשאו כרות שפכה ע"ש והראיתיו שהתה"ד סי' רס"ה רצה להביא ראיה מזה דאבי הבן לא ימול בשבת ושוב דחה זה דהוי מהדר אאחריני לפי שלא רצה בידים לעבור אדרב א"נ משום דנולד כשהוא מהול צריך אמנות יתירה ואיהו נמי הוי מוהל אבל לא הי' בקי בהפלגה כולי האי ע"ש ובזה נדחה נמי ראיית אחי נ"י. ומצאתי בספר יד אליהו סי' נ"א עמד ג"כ בענין זה ודעתו כאא"ז וע"ש לענין לפדות ע"י שליח ויש לישא וליתן בדבריו וקצרתי כעת:

שאלה סח

לכבוד אהו' ידידי החכם השלם נ"י אשר שאל כ"ת לעיין במיליו הנה מפאת טרדותי בענינים הנוגעים למעשה אפס קציהו אראה והנה במ"ש כ"ת בישוב קושי' התוס' שם ד"ה ותנא תונא דהו"ל למימר ותנא תונא אקמייתא והביא בזה מ"ש בספר קצה"ח הבא מן החדש שכתב דבכל פס"ד י"ל בו כי היכא דאנן סהדי כו' לבבי לא כן ידמה לענ"ד נהפוך הוא ואדרבה בהכי מתיישבא קושי' התוס' שפיר טפי ואכתוב הנלענ"ד בענין זה ומתחלה אבאר דהנה דעת הפוסקים דפסק ב"ד חשוב כעדים והש"ך רוצה להוכיח זה מדאמרינן אנן סהדי מאי דתפיס כו' וכלומר שהרי הב"ד מאמינין לו ובקצה"ח שם כתב דב"ד אלימי מעדים ולפ"ז אדרבה קשיא טפי מאי מייתי ראי' מב"ד לעדים אך י"ל דודאי איכא תרווייהו דבתחלת ביאתן לב"ד איכא סברא דאנן סהדי כו' כיון דחזקה מה שביד אדם כו' וכן י"ל שיש כאן דין מודה מקצת מחמת פסק ב"ד שהרי על הב"ד לפסוק שהחצי שלו ונ"מ דאם אנו תופסין אותו שהוא מודה מקצת מחמת שהתפיסה שלו נחשב כעדים איכא למיפרך כי היכא דאנן סהדי כו' ואם נתפוס למ"מ מחמת פסק הב"ד ליכא למיפרך כי היכא שהב"ד פוסקין להאי כו' דז"א שבאמת כך הוא פסק הב"ד

לפי שהם אינם יכולין להוציא מה שהוא תפוס ת"י הרי הם מוכרחים ע"פ פס"ד שלהם להחזיק את זה שיעמוד בשלו וישבע על המותר וכן השני וככל מודה מקצת דעלמא שנותן מה שמודה ונשבע על השאר שהוא מוחזק בו וכאן מה שפוסקין לו הב"ד חשוב כהודאה ועוד יש נ"מ דאם אין באין עליו מצד אנן סהדי י"ל דלא מחשב הילך כיון שמ"מ זה כופר בדבר וצועק שהוא שלו וכ"ז שלא נפסוק בב"ד אע"פ שהוא תחת יד זה מ"מ אין לדמותו להודאה ואומר הילך כלל ועיין לקמן ברש"י הך גירסא שטרא דקמודי בי' כו' משא"כ אם באין עליו מצד פסק הב"ד הרי הב"ד פוסקים שהוא של זה שתופס בו וא"צ שוב להודאת הנתבע והכחשתו ושפיר הוי הילך ולפ"ז כדבעי לאתויי אדר"ח קמייתא י"ל דהוי ס"ל הילך פטור וא"כ ע"כ שאין השבועה במתני' משום פסק ב"ד דזה הו"ל הילך וע"כ השבועה משום דבתחלת ביאתם לב"ד אנן סהדי' כו' ובזה תיקשי כי היכא דאנן סהדי להאי כו' ולכן קאמר תנא תונא אאידך דר"ח וכדגרסינן כיון דתפוס הילך הוא ולא גרסינן אנן סהדי דלאו מהאי טעמא אתינין עלה כ"א מצד שע"י התפיס' אנן מוכרחין לפסוק שהוא שלו וזה הוי הילך ומוכח דהילך חייב וליכא למיפרך כי היכא דאנן כו' כמ"ש דבפסק ב"ד לא שייך קו' ולכך ליכא לאתויי אקמייתא כלל רק דמוכח הילך חייב ומ"מ מסיק דשבועה זו תק"ח דמ"מ לא הוי כמ"מ ממש מחמת פסק הב"ד כדעת הפוסקים החולקים רק מחמת דהוי כוותה באורייתא והוא כפתור ופרח:

ועוד נלענ"ד ליישב קושית התוס' דבאמת סברא פשוטה להש"ס כמ"ש התוס' דהא דתפיס הוי הודאה ולפ"ז קשה האיך פשוט לעיל העדאת עדים מינה וצ"ל דבאמת ס"ל דאע"פ שמה שתופס הוי כהודאה מ"מ מה דלא תפסו בה רק שהוא בחזקת שניהם אף ע"ג דגם בזה אנן סהדי כיון שהחצי הוא בחזקת כ"א מ"מ זה לא מחשב הודאה רק כמו העדאת עדים לבד הלכך פשוט מינה דר"ח קמייתא ואהא פריך כיון דאמרת דהוי כאלו יש לכ"א עדים על החצי א"כ קשה כי היכא דאנן סהדי כו' אך השתא דבעי למימר ותנא תונא אאידך דר"ח א"כ מצינן למימר דבאמת מה דתפסו בה חשיב הודאה ומה דלא תפסו רק שהוא בחזקת שניהם לא אמרינן עלה אנן סהדי ואף כהעדאת עדים לא חשיב וכ"א כופר לחבירו הטלית ואין כאן הודאה רק מה שתפוס בידו ושפיר הוי מ"מ ומשתבע ומוכח דהילך חייב ולא שייך למיפרך כי היכא דהאי דאנן סהדי כו' או כי היכי דהאי מודה משום דמאי דלא תפוס בה לא כהודאה הוא ולא כהעדאת עדים משא"כ לעיל פריך שפיר כי היכא דאנן סהדי דע"כ מוכח דס"ל דמה דלא תפוס הוי העדאת עדים עכ"פ דאל"כ אין שם מקום להעדאת עדים דמה דתפוס הודאה הוא:

וא"ל דלפי"ז אכתי מנ"ל התם דמשום העדאת עדים נשבע דלמא משום הודאת מקצת במה דתפוס כמו דקאמר השתא ז"א די"ל דהוה קס"ד דס"ל הילך פטור או י"ל דהוי ס"ל דמה דתפוס הוי טפי מהילך דכמאן דפסיק דמי ולא שייכא גבי' הודאה כלל אבל השתא ס"ל דשפיר הוי הודאה ומדין הילך חייב נגעו בה ועפ"י מ"ש א"ש מה שהקשה בקצה"ח סי' פ"ז לפי מ"ש הנ"י בב"מ גבי טענו כסות עבד גדול כו' כיון שאין הבגד מסוים אלא יכול ליתן לו בכל מקום שירצה אין זה הילך וע"ז הקשה מאי מייתי תנא תונא דהילך חייב הא אין ההודאה מסוים דמאי חזית דפלגת הכי כו' ע"ש שתירץ בדוחק ולפמ"ש י"ל דעיקר הילך הוא מה שתפוס בידו וזה הוא דבר מסוים ונתחזק ביותר מה שכתבנו לחלק בין מה שתפוס בידו להשאר:

והנה בחידושי כתבתי לתרץ קושי' התוס' ד"ה וש"מ הילך פטור דיהא נאמן שלש במגו דאי בעי אמר שתים ונלענ"ד לתרץ דלכאורה קשה על הש"ס דבעי לאתויי דאי שתים חייב ש"מ הילך חייב ולכאורה מאי ראיה הוא זו שהרי התוס' כתבו טעמא דכופר הכל פטור משום גזה"כ דכתיב כי הוא זה משמע דוקא מודה במקצת ולא כופר הכל ולפ"ז קשה מ"ט באמת יהיה הילך פטור דהא אע"פ שאומר הילך מ"מ היאך ממעיט מכי הוא זה דהא מ"מ הוא מודה ואומר כי הוא זה ודוחק לומר דכיון דכמאן דנקיט להו מלוה דמי אינו בכלל כי הוא זה דפטור זה דוחק גדול דס"ס הרי הוא מודה ונותן לו ואיך נכלל זה בגזה"כ וכן הוא באמת למ"ד הילך חייב שפיר הוא בכלל כי הוא זה וצ"ל דבסברא בעלמא פליגי דמ"ד הילך חייב ס"ל דגם אם אמר הילך אין זה העזה כלל וא"כ אין לו מיגו דכ"ה ומ"ד הילך פטור ס"ל דכיון דמאי דקמודי כמאן דנקיט להו מלו' דמי א"כ הו"ל העזה ושפיר אית לי' מיגו דכ"ה ואי משום דהוי מיגו דהעזה ז"א דגם השתא מעיז ולפ"ז כיון דטעם הילך דפטור אינו רק משום מיגו ולפ"ז בשתים דאין לו מיגו דכ"ה כיון דע"ז יש כאן שטר א"כ אין לו מיגו ולכך שתים חייב ולעולם שאר הילך יש לפטור משום מיגו אך י"ל דז"א דאדרבה כיון שאותן השתים אינו יכול לכפור א"נ אינו בכלל הודאה כלל וכמ"ש ד"ז הגאון בתו"ח וע"ש שכתב דמיירי בשטר שאינו מקויים וכ"כ באו"ת בשם ש"מ ולפ"ז גם בשתים יש לו מיגו דכ"ה ואי אמרינן דהילך פטור משוה דהוי העזה ואית לי' מיגו דכ"ה א"כ גם שתים הי' לו לפטור ושפיר מוכיח הש"ס דאי שתים חייב ע"כ דהילך חייב אך אכתי קשה דדלמא ס"ל כמ"ד מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו והיינו דלא אמרינן שנאמן פרוע במיגו דמזוייף א"כ גם בזה לא מהימן שתים במיגו דמזוייף אך י"ל דהתו' בכתובות דף י"ט הקשו דבאמת להך מ"ד מ"ט אינו נאמן במיגו דמזוייף ותירצו שאין זה מיגו שמתירא פן יבואו העדים ויכחשוהו וזה שייך דוקא לענין טענת

פרעון שאינו עומד להתברר ע"י עדים ושפיר טוען הך טענה טפי מטענת מזוייף משא"כ בלוה אומר שתי' שפי' אית לי' מיגו דמזוייף וא"ל שמתיירא פן יבואו עדים ויכחושוהו ז"א שאם יבואו עדים ידעו ג"כ ששקר הוא טוען שתים ויכחישוהו גם בזה כדאמרינן בב"מ דף ק"ט גבי שטרא דכתיב ביה שנין סתמא וקדים מלוה ואכלינהו לפירי דאמרינן בחזקת אוכליהן קיימו דהו"ל מלתא דעבידי לגלויי שעומד להתברר ע"י עדים ע"ש:

ולפי"ז א"ש מ"ש התוס' שיהא נאמן שלש במיגו דשתים דהנה הסמ"ע בסי' שי"ו כתב דדוקא גבי מלוה אומר שלש ולוה אומר שתי' הו"ל מלתא דעבידא לגלויי שעל העדים מוטל לזכור כיון שכתבו שנין סתמא משא"כ אם אין זמן בשטר ומלוה אומר שיש לו לאכול שנה יותר אין זה עביד לגלויי שאין על העדים מוטל לזכור אימת התחיל זמן השכירות עי' שם ולכאורה אין כ"כ טעם לדבר ונ"ל דהחילוק הוא דבשלמא בשנין סתמא כיון שמשמעות הלשון אינו רק שתים ואם באמת היה תנאי ביניהם שיאכל יותר יהבו אדעתייהו לזכור זה שהיה תנאי כפי משמעות הלשון לבד או יותר מזה משא"כ כשמחולקים על זמן השכירות אע"פ שיודעים שלא היה כתוב זמן בשטר מ"מ לא רמו נפשייהו למדכר אע"פ שיכול להיות שיפול אח"כ הכחשה בין המלוה ללוה בעסק זה לא איכפת להו ועיקר מה שזוכרים הוא רק אם היה הענין נגד משמעות לשון השטר זה הם זוכרים שהוא קצת כמו מלתא דתמיהא דדכירי אינשי ולפ"ז יש מקום לומר דע"כ לא אמרינן דהו"ל מלתא דעל"ג אלא במלוה אומר שלש ולוה אומר שתים אבל במלוה אומר שלש ולוה אומר חמש אין זה מוטל על העדים אף שהם זוכרים שהיה התנאי יותר ממשמעות לשון השטר מ"מ אינם זוכרים כמה היה יותר וזה דומה למתי התחיל זמן השכירות שאין בכלל מלתא דעל"ג ובזה א"ש מה דנקיט סתם פלוגתא זו דר"נ ור"י אי פירות בחזקת אוכליהן לענין שתים ושלש ואח"כ נקיט מלתא אחרינא לענין שלש וחמש ולא נקיט גם בזה שלש וחמש משום דבהא גם ר"י מודה דבחזקת בעליהן קיימא דלא הו"ל מלתא דעל"ג מטעם שכתבתי שאין העדים זוכרים רק שכתבו לשון סתום בשטר המתנגד לתנאי שהיה ביניהם וכמה היה זה אינו מוטל עליהם לזכור:

והשתא א"ש קושית התוס' דבשלמא בשתים שפיר נאמן משום דהילך פטור ואע"פ שנאמר שהילך אינו פטור רק מטעם מיגו וכאן הא איכא שטרא מ"מ יש לו מיגו דמזוייף וא"ל שמתיירא שמא יבואו העדים דא"כ האיך טוען השתא שתים שהרי גם בזה יהיה מוכחש מהעדים שהרי זה ודאי יזכרו העדים שסך ההלואה היה יותר ממשמעות הלשון שבשטר שמורה על שתים ולכך טוען שלש דבזה סובר שלא יהיה מוכחש מהעדים שאע"פ שידעו שהיה יותר מ"מ מדמה בדעתו שלא ידעו כמה היה יותר דזה מלתא דלא

רמיא עלייהו ולא יהיה מוכחש מפיהם וא"כ אין כאן מיגו דאי בעי אמר שתים שמתיירא פן יבואו העדים כמ"ש התוס' לענין מזוייף ודו"ק. ועי' בש"ך סי' ק"נ ס"ק ט' בסופו דמשמע מדבריו דאף במלוה אומר חמש ולוה שלש הוי מלתא דעל"ג ואפשר דהש"ך לשיטתו אזיל בסי' שי"ו שחולק על הסמ"ע וס"ל דאף לענין זמן השכירות מתי התחיל הו"ל מלתא דעל"ג משא"כ למאי דס"ל להסמ"ע לענין זמן השכירות לא הו"ל מלתא דעל"ג א"כ י"ל דה"ה לענין זה:

ועוד הארכתי שם בסוגיא הרבה ואין פנאי להעתיק רק במה שהעיר בענין הודאה במקצת כלים הנה נלע"ד לתרץ מה שהקשו התוס' דמודה במקצת כלים יהא נאמן במיגו דהודה במקצת קרקעות ונלענ"ד דהנה אין מקום לשבועה לחול על הקרקעות שכפר כמ"ש התוס' לקמן דקרקע ל"ש אשתמוטי וע"כ לומר כמ"ש התוס' דמ"מ משתמיט דשמא משכנה כו' ולפי"ז אין מיגו שהיה מודה בקרקע שהרי מהאי טעמא גופא אנו מחייבין אותו שבועה לפי שהוא משתמיט מלהודות הקרקע דמשכנה כו' משא"כ הכלים שהם ת"י בעין הוא כופר אך י"ל דאכתי תקשי לשיטת רש"י דס"ל דפקדון הוי הילך א"כ ע"כ דמיירי שגם הכלים שמודה בהם אינם בעין ייצטרך לשלם תחתיהם שוב יש לו מיגו דהיה מודה בקרקעות ואי משום דמשכנה הרי יכול לפדות באותן המעות ויש לדחות דהא י"ל שמשכנה לזמן וכה"ג:

אך י"ל דז"א כיון שאין הקרקע שלו א"כ הוא יכול להוציאו מיד המלוה שנתמשכן אצלו. אך ז"א דהוא אינו נאמן בהודאתו שהוא של אחר לחוב המלוה ולפי מ"ש במקום אחר לתרץ הא דס"ד דצריך לשבע בקרקע אף דלא שייך משום מלוה ישינה י"ל דלכאורה אין מקום לומר שתופס בשביל מלוה ישינה דהא מ"מ אין חפץ זה שלו וצ"ל דמ"מ אין חשוד על השבועה בשביל כך דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע ולפי"ז אם יודע שיש איסור בלא תחמוד אף שנותן דמים שוב אין מקום לומר שמא תופס מחמת מלוה ישינה אך עדיין י"ל דשמא הוא מסופק באותו הדבר עצמו אם שלו הוא או של חבירו ודוקא בתופס בטליתו של חבירו לא שייך לומר שמא הוא מסופק על אותו הטלית עצמו משא"כ היכא שהוא תובע שיש לו פקדון אצלו והוא כופר י"ל שמא הוא מסופק אם קנה אצלו אותן חפיצים או לא וכדומה וא"ל דאם יש לו ספק על אותו דבר עצמו א"כ אף אם הוא מודה שיש לו ספק שפיר מועיל תפיסתו והמע"ה ז"א כיון שזה טוען ברי ואית ליה חזקת מרא קמא שפיר מוציאין מידו ולפי"ז א"ש מ"ש התוס' דנימא מיגו שהיה מודה במקצת קרקעות דז"א שהרי י"ל דשמא אין טענתו מחמת מלוה ישינה כלל דבאמת היה יודע שיש איסור מחמת לא תחמוד אף בדמי אך שהוא מסופק על אותן הכלים עצמן

וא"כ אין מקום לומר שיש לו מיגו שיכפור הקרקעות דז"א דעל הקרקעות אין לו שום ספק כלל ולכך הוכרח להודות בקרקעות:

ומ"ש כ"ת ששמע מחכם א' שהקשה דלמה יתחייב בכפר במקצת כלים ע"י גלגול שהרי התוס' הקשו למ"ד שעבודא דאורייתא הו"ל כפירת ש"ק ותירצו באין לו קרקע ולפ"ז כאן בכופר בקרקעות א"כ יש לו קרקע וא"כ הודאתו בכלים הו"ל הודאת ש"ק והניחא למ"ד הילך חייב א"כ י"ל שהודה אותן הכלים עצמן ואין כאן שעבוד משא"כ למ"ד הילך פטור א"כ ע"כ שאין הכלים בעין דאל"כ לשיטת רש"י הו"ל הילך דכל היכא דאיתא ברשותא דמריה וא"כ הך הודאה הו"ל ש"ק וא"ל במחל דהא הו"ל מחילה בדבר שלב"ל כיון שאין השעבוד אלא משעת שבורה ומתה והאריך בזה ונלענ"ד דא"ש דלכאורה למ"ד הילך חייב נמי קשה כקו' הנ"ל דנהי דהכלים שמודה הם בעין מ"מ קשה הכלים שכופר הו"ל כפירת ש"ק וע"כ צ"ל שהכלים הם בעין ת"י רק שכופר ואומר שלו הם וכן מוכרח ג"כ למ"ד הילך פטור ע"כ לומר שיש לו מטלטלים אחרים דאל"כ קשה קושית התוספות שיהא נאמן במיגו שהיה מודה במקצת קרקעות וא"ל כתירוצם שחפץ יותר בקרקעות כיון דמיירי דלית ליה מטלטלים אחרים כלל א"כ אותן הכלים שהוא מודה שנאבדו וצריך לשלם עבורם ע"כ יגבה זה מאותן קרקעות וא"כ מה בצע שכופר בקרקעות לפי שחפץ בהן סוף סוף לא ישארו בידו שזה המפקיד יגבה בהן דמי הכלים שהוא מודה עליהן וע"כ שיש לו מטלטלים אחרים ולפ"ז ממילא דלא קשה קושיא הנ"ל דהו"ל הודאת ש"ק שהרי כתב המגיד משנה פט"ז מה"ל אישות והביאו המ"ל בהל' טוען דהא דאין נשבעין על כפירת ש"ק היינו דוקא כשאין השעבוד רק על קרקע אבל אם השעבוד גם על מטלטלים לא מיקרי כפירת ש"ק ולפי"ז כיון דהכא ע"כ יש לו מטלטלין ג"כ לא מיקרי ש"ק אך דעדיין צ"ע דהא משמע מהתוס' דלא ס"ל הכי דאל"כ לא היו צריכים לומר שאין לו קרקע דבפשיטות הוי מצי לשנויי דמיירי שיש לו מטלטלין גם כן אלא ע"כ דס"ל כל שיש לו קרקע עיקר השעבוד על הקרקע וא"כ הדק"ל בהודה במקצת כלים הא הו"ל הודאת ש"ק:

אך נראה דמעיקרא לק"מ דהא באמת אנו מחייבין אותו שבועה על הקרקע אם הוא שלו והיינו משום שאנו חושדין אותו שמא הדין עם המפקיד שזה הקרקע הוא שלו אלא דבאין שם תביעה רק על הקרקע גזירת הכתוב הוא דפטור משבועה משא"כ כשיש שם הודאה במקצת כלים צריך לישבע על הכלל ואין כאן הודאת ש"ק שהרי אין לו קרקע אחר רק אותו קרקע שכופר לזה ואמרינן שמא הוא של המפקיד ואין כאן הודאת ש"ק כלל ושפיר מחויב שבועה על הכל כנלענ"ד ועוד הארכתי בחידושים בזה:

ומ"ש כ"ת בסוגיא דרכוב ומנהיג בהא דפריך משנים רוכבין כו' ש"מ רכוב קני דהא הש"ס מחלק בין מציאה למקח וממכר דבמקח וממכר מוסירא קני וא"כ דלמא מיירי במו"מ ומשום מוסירא כו' הנה בעיקר הקושיא כבר עמד בזה בפ"י ומהר"ם שי"ף ויישבו בדוחק. ולענ"ד יש ליישב ברווחא דהנה לעיל אמרינן החילוק בין מציאה למשא ומתן במשא ומתן הרי מסר ליה חברי' משא"כ במציאה מאן מסר ליה דליקני והשתא א"ש לפי דברי התוספות דבאמת מתניתין מיירי לענין אי חשיבי מוחזקין והש"ס מוכיח דרכוב לחודיה קני דאל"כ לא חשיבי מוחזקין וא"כ שפיר מוכיח ממתני' דאף במציא' קונה דא"ל דמתני' דוקא במו"מ ז"א כיון דעיקר החילוק הוא משום דמסר לי' חברי' וא"כ אכתי קשה למה יהא קרוי מוחזק לגבי המנהיג וא"ל מחמת שתפוס במוסיר' ז"א נהי דתפיסא במוסירא הוא קנין המועיל במכירה אי ידעינן שהמוכר מסר לו מיד ליד מ"מ השתא לפני הב"ד מאן מפיס אם חבירו מסר לו או מעצמו נטל המוסירא וא"כ הך ראיה שאנו רואין תפיסתו במוסירא אין מחזיק אותו כיון שלפנינו אין לו בבירור קנין המועיל והמנהיג שעש' משיכה קנינו ברור לפנינו והי' לנו לומר דחזקת המנהיג מבטל חזקת הרכוב והו"ל לומר דמנהיג קני ולא רכוב אלא ע"כ מוכח ממתני' דמוסירא אף במציאה קני ושפיר מיקרי הרכוב ג"כ מוחזק כיון דהא קמן שתפס במוסירא שהוא קנין המועיל אף דלא מסר לי חבריה ולכך פסק שפיר דיחלוקו משא"כ אם נאמר דבמציאה לא קני רק במקח וממכר משום דמסר ליה חבריה לא מיקרי רכוב מוחזק אפילו במקח וממכר. והשתא א"ש קושי' אא"ז מהרש"א על תוס' שכתבו ומתניתין דא' רכוב לקמן כו' והקשה דהו"ל להקשות מרישא דשנים רוכבין מה שתירץ דבשנים רוכבין י"ל דעכ"פ שניהם קרוין מוחזקין לענין טענתם שעשו איזה קנין לכך חולקין כיון שחזקת שניהם שוה בו משא"כ ברכוב ומנהיג אם איתא דרכוב לחודי' לא קני לא הוה חזקתו חזקה במקום מנהיג כיון דמנהיג לחודיה קנה עכ"ד צ"ע שהרי התוס' בריש ב"מ הקשו דנימא כל דאלי' גבר ותירצו דהתם אין מוחזקין אמרינן כל דאלים גבר משא"כ כאן שהם מוחזקין כ"א מחמת שהם אוחזין ולפ"ז י"ל דגבי רכוב דלא קני ואם שנים רוכבין א"כ כ"א לא חשיב מוחזק לגבי חבירו והוי כאילו שניהם אין מוחזקין וא"כ אית לן למימר כל דאלים גבר והדרא קושיית מהרש"א לדוכתא דהו"ל לאתויי משנים רוכבין דרכוב לחודא קני:

ולפי מ"ש א"ש על נכון דהך בבא דשנים רוכבין שפיר מצינין לאוקמי דמיירי במקח וממכר ותפיסי במוסירא דקנין שניהם שוה וא"ל דנימא כל דאלים גבר ז"א דלענין זה שפיר יש לחלק בין כל דאלים שאין מוחזקין משא"כ כאן שהם מוחזקין מחמת קנין המוסירא דבאמת הוא קנין דרכיבה במו"מ קנין הוא (ולפי טענתיה שאומר דמסר ליה

חבריה קנין גמור הוא ומ"מ שפיר הקשיתי על מהרש"א דאם נימא רכיבה לא הוי קנין כלל א"כ גם לפי טענתם לא הוו מוחזקין ואית לן למימר כל דאלים גבר) אבל מאחד רכוב פריך שפיר דאם איתא שאין קנין המוסיר' רק משום דמסר לי חבריה א"כ אין קנין הרכוב מבורר דדלמא לא מסר לי' חבריה וקנין המנהיג מבורר והול"ל דמנהיג קנה הכל אלא ע"כ דרכיב אף במציאה קני ושפיר קרוי מוחזק ויתר מזה אין הזמן מספיק כי סבוני גם סבבוני המוני ענינים הנצרכים למעשה אפס לכבודו עניתי וכתבתי הדברים האלה לסלסל ולפלפל וכ"ת יודע הדברים במשפט לכלכל:
דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד.

שאלה סט

שאלה לבאר דין מטבע נעשה חליפין וביאור הסוגיא בב"מ פרק הזהב דף מ"ה ע"ב שיש שם כמה תמיהות:
תשובה מתחילה אבאר מה שנראה לפענ"ד בישוב קושית התוס' בד"ה מאי לאו שהקשו וכי לא ידע סיפא דהכסף אין קונה את הזהב ועוד מאי מייתי בתר הכי ועוד תניא וכי אלימא ממתני' דזאת הפרכ' גופא כבר הביא ממתניתין ונראה לתרץ בהקדים לתרץ קושית הרא"ש הביאו השטה מקובצת דאמאי לא מקשה הגמרא מברייתא דהי' עומד בגורן אמ"ד מטבע נ"ח דכיון דאין נקנה כ"ש דאין נ"ח וע"ש מה שתירץ:
ונ"ל ע"פ מ"ש המרדכי פרק מי שמת הביאו בש"ע סי' ר"ג דאם נתן לו סודר שיקנה לו מעות ומטלטלין לא קנה המטלטלין מתוך שלא קנה המעות ועפ"ז נ"ל דהצעת הסוגיא כך הוא דהא אמרינן בגמרא טעמא דמ"ד מטבע אין נעשה חילופין משום דדעתיה אצורתא וצורתא עבידא דבטלה ופירש הרשב"א וכן המפורשים דלא חל הקנין אצורה משום דדבר שאין בו ממש הוא והוי כמו אותיות דאין ניקנין במסירה ע"ש ולפ"ז איכא למימר דהך מ"ד סבירא ליה דאין דעתו רק אצורה ולכך אין נעשה חליפין ומ"ד נ"ח ס"ל דהמקנה דעתו על שניהם וא"כ הוי כאלו הקנה לו דבר שיש בו ממש עם דבר שאין בו ממש שיקנה לו בעבורו דבר אחר דקני כמ"ש הב"י סי' קצ"ה ועיין במ"ל פרק ה' מהלכות מכירה הלכה וא"ו אבל מ"מ אינו נקנה בחליפין דהא הוה כאילו הקנה לו דבר שיקנה עבורו קרקעות ומטלטלין דלא קנה כמ"ש המרדכי לכך לא מצי להקשות מברייתא זו אמ"ד מטבע נעשה חליפין דיכול להיות אע"פ דנעשה מ"מ אינו נקנה כנ"ל והנה רב האי גאון ס"ל דדהבא פירא הוה לכל מילי ונקנה בחליפין אפילו לדידן דפסקינן אינו מטבע נ"ח ונראה טעמא דידיה דכיון דפירי הוא לא אמרינן כלל דעתיה אצורתא אך שהרמב"ן

ז"ל תמה עליו דהא אקשינין ממתניתין דהזהב קונה את הכסף ואי ס"ד לענין חליפין פירא הוה היכא שמעת מיניה דמטבע נ"ח דהא דהבא פירא הוה לתנא דידן:
ובאמת י"ל דאין זה קושיא דהא לכאורה יש לדקדק אמאי נטר עד דקאמר רב פפא טעמא דמ"ד אין מטבע נעשה חליפין משום דדעתי' אצורתא ואמאי לא מקשה בל"ז וניחא לי עפמ"ש הפני יהושע וכן כתב השיטה מקובצת דהאי טעמא דדעתיה אצורתא לבתר דהדר בי' רב פפא איתמר דלה"ט ע"כ כשם שאין נעשה חליפין כך אין נקנה בחליפין והשתא א"ש דבלא ה"ט לא מצי להקשות ממתני' דאיכא למימר דהבא פירי הוה וכספא טבעא ואע"פ שאין נעשה חליפין נקנה בחליפין כסברת רב האי אבל השתא דקאמרת טעמא משום דדעתיה אצורתא א"כ קשה ממ"נ דאי דהבא פירי הוה כספא טבעא הוה ואין נקנה בחליפין ואי אמרת כספא פירי הוה א"כ דהבא טבעא ואין נעשה חליפין והשתא ניחא לן נמי קושיית התוס' דהגמרא קאמר שפיר מאי לאו בחליפין דאיכא למימר דהבא טבעא וכספא פירי וכיון דכספא פירי הוה לית לן למימר כלל דדעתיה אצורתא כסברת הגאון ז"ל ולכך שפיר נקנה בחליפין וזה שמשך את הזהב אע"פ דטבעא הוה ודעתיה אצורתא מ"מ דעתו גם על גוף הזהב כמ"ש לעיל למ"ד מטבע נ"ח אבל בסיפא דמשך את הכסף דהיינו הפרי לא נקנה לו הזהב דהיינו המטבע דכיון דדעתיה נמי אצורתא א"כ הוי כאלו נתן לו את הסודר שיקנה עבורו מעות ומטלטלין דלא קנה כנ"ל:
אך דז"א דהא אמרינן בגמרא טעמא דמשנתינו משום דדהבא פירי וכספא טבעא ובילדותיה דרבי דהוי סבור דהבא טבעא אפכא הוה תני א"כ ע"כ מוכח דלאו בחליפין אייריי וזהו דקאמר הגמרא לא בדמים ה"נ מסתברא מדקתני סיפא הכסף כו' אי אמרת בשלמא בדמים היינו דאמרינן דהבא פירי וכספא טבעא וטבעא פירי לא קני ומדוקדק לישנא דהיינו דאמרינן דמגופא דמתני' אין הכרע דאיכא למימר כמ"ש רק דעיקר הוכחתו מהא דאמרינן לעיל טעמא דמתני' משום דדהבא פירי א"כ ליכא למימר כנ"ל ומוכח דבדמים קמייריי ועוד תניא כו'. ר"ל דמהכא מוכח דטעמא משום דדהבא פירי ובדמים מיירי דלכאורה יש להקשות לשיטת רש"י דמטבע לאו כלי הוא איך יתרץ רב נחמן למשנתינו דקתני בה הזהב קונה את הכסף ואין לומר דמוקי לה בדמים דא"כ קשיא סיפא אמאי אין הכסף קונה את הזהב בתורת דמים וא"ל דמשיכה מפורשת מן התורה ס"ל לרב נחמן ז"א דהא מסקינן בסמוך דר"נ כר' יוחנן ס"ל וא"ל מטעם גזירה שמא יאמר כו' ז"א דהא התוס' הקשו בעירובין דף פ"א דמאי תקנו חכמים בזה דמעות לא קני השתא יאמר לו המוכר נשרפו מעותך. ותירצו חדא דבמעות ליכא טרחא כולי האי לכך טרח ומציל אבל בחיטין אי לא מוקמינן ליה ברשותו לא טרח ומציל ועוד תירצו

דגבי מעות אין שייך לומר נשרפו מעותך בעלייה דעכ"פ ש"ח הוי על המעות וכספים אין להם שמירה אלא בקרקע כו' ע"ש ושני תרוצים אלו לא שייכי הכא דאי אמרת דלכך לא קני הכא משום שמא יאמר כו' א"כ ניחוש לה נמי איפכא וע"כ דבמעות לא חיישינן א"כ אף אי משיכא קני ליכא למיחש למידי דהא אידי ואידי מעות נינהו ולא שייך לא טרח ומציל כמ"ש התוספות וא"כ אמאי אין הכסף קונה את הזהב.

מיהו באמת על ר' יוחנן גופא קשיא דהא הש"ס מסיק דע"כ מיירי בדמים. דאי בחליפין לקני אהדדי ובחליפין לא שייך שמא יאמר כמ"ש התוספות ד"ה ש"מ דלא שכיח מילתא שיתן המוכר חפצו במעות שאין שוות המקח וא"כ נהי דמיירי בדמים מ"מ הא לא שייך שמא יאמר כיון דאידי ואידי מעות נינהו כנ"ל ע"כ נראה לתרץ קושיות התוס' שהקשו שיניח המוכר לשרוף המעות ולא טרח ומציל דז"א כיון דהמוכר רוצה למכור חפצו וליטול המעות בעבורו איך יניח לשרוף המעות נהי שלא יצטרך ליתו ללוקח החפץ מ"מ חפצו בידו הוא ועדיין לא מכרו והא חזינין שרצונו למכרו וליקח המעות בעבורו רק דר' יוחנן קאמר דלכך מעות לא קני דאי אמרת קני לא טרח ומציל דמאי איכפת ליה בחפץ דלוקח כיון דהוא כבר מכרו ונתקיימה מחשבתו וא"כ אין חילוק נהי דהכא אידי ואידי מעות נינהו מ"מ השתא דאמרת לא קני שפיר טרח ומציל הכסף ג"כ אבל אי אמרת דקני לא טרח ומציל הזהב ולפי מה שכתבו התוס' שם בלא שיטת הריב"ן דאיכא למימר כיון דאין מעות קונות אין דרך לאחר המשיכה אחר נתינת המעות ולא חיישינן שמא בין כך תיפול דליקה כו' נמי ניחא קושיא הנ"ל כיון דדהבא פירי הוא וקני לה מיניה בכספא אמרינן דלא קני ומן הסתם לא יאחר את משיכת הזהב וכן לפי מ"ש התוס' לעיל דף מ"ג ע"ש אך דהא קשיא לן בשלמא היכי שקונה ממנו שאר חפצים והוא מחויב ליתן לו מעות סתם ניחא אבל הכא ממ"נ אי דמיירי דקני ממנו האי דהבא בהאי כספא אמאי הזהב קונה את הכסף פן יאמר לו נשרף כספך ואינו מחוייב ליתן לו כסף אחר ואי אמרת דלא קני ממנו האי כספא דוקא א"כ דכוותיה בסיפא גבי דהבא נמי אמאי לא קני. ואין לומר דפן יאמר לו נשרף זהבך מחוייב ליתן לו זהב אחר ומוכרח לומר כיון דדהבא פירי הוא דהוי וכספא טבעא מן הסתם הדרך שקונה ממנו האי פירי בכסף סתם כמו בשאר חפצים שדרך שהוא קונה ממנו החפץ והוא מחויב ליתן לו המעות סתם ולכך הכסף אינו קונה את הזהב משום דאיכא למיחש פן יאמר לו נשרף זה הזהב שקנית ממני אבל ברישא אין לחוש אי אמרת קני פן יאמר נשרף כספך דאעפ"כ מחוייב ליתן לו כסף אחר: ולפ"ז ניחא הא דאמר ועוד תניא דע"כ מוכרח דטעמא דמתניתין משום דדהבא פירי וכספא טבעא דלכאורה לפי שיטות התו' דלא ס"ל האי סברא שכתבתי דהיכא דרצונו

בזה החפץ למכרו לא חיישינן פן יאמר כו'. קשה לכאורה על מ"ש דבס"ד דמיירי בחליפין הוי סבר דהבא טבעא ולכך הכסף אינו קונה את הזהב ולפי הנ"ל כיון דדהבא טבעא וכספא פירי א"כ מן הסתם קנה ממנו האי כספא בדהבא סתם א"כ נהי דמצד החליפין לא קני דאין מטבע נקנה בחליפין מצד התקנה אית לן למימר דקני פן יאמר לו נשרף כספך כיון דקנה ממנו האי כספא ולפי שיטת התוס' בעירובין שהבאתי לעיל דאין דרך לאחר המשיכה אחר נתינת המעות כיון דלא קני מן הסתם לא מאחר את משיכת הזהב מיהו לפי שיטות התוס' לעיל דף מ"ג דכיון דדבר תורה מעות קונות מותר להשתמש במעות וחייב באונסין ליכא למימר נשרפו מעותיך וא"כ הכא כיון דלא קני הכסף מן התורה דהא אין נקנה בחליפין א"כ אסור להשתמש במעות וא"כ אית לן למימר דקני אך י"ל כמ"ש התוס' לקמן דבחליפין לא אמרינן גזירה שמא יאמר דלא שכיח שיתן חפצו במעות שאין שוות המקח כו' ואיכא למימר דמתניתין מיירי באינו שוה ולעולם דבחליפין מיירי ודהבא טבעא הוי ולזה קאמר הגמרא חדא דהא אמרינן לעיל טעמא דמתניתין משום דדהבא פירי ועוד דהא תניא הכסף אינו קונה את הזהב כיצד מכר לו דינר זהב בעשרים וחמשה דינר כסף הרי דמיירי בשוה בשוה וא"כ הדרא קושי' הנ"ל לדוכתיה אי ס"ד דדהבא טבעא הוי אמאי לא קני נהי דלא קני מטעם חליפין אית לן למימר דקנה פן יאמר לו נשרף כספך וא"ל כמ"ש התוס' דלא שכ כו' ז"א דהא הכא בשוה מיירי כדאיתא בהדיא בברייתא אלא ע"כ דדהבא פירי אי אמרת בשלמא בדמים שפיר אלא אי אמרת בחליפין נקני כנלענ"ד נכון דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה ע

שאלה ראובן נתן לשמעון מנה וביקש ממנו שילוה אותם על עסקא למי אשר יוכשר בעיניו והקרן והריוח הכל יהא תחת ידוע עד יגיע תור נישואי קטנה אחת מקרובותיו אשר היא יתומה מן האם ולכשתעמוד על פרקה פרק בתולה נישאת אזי ינתן הקרן והריוח לה או לב"כ שתנשא לאיש והנותן התנה בפירוש שקודם הזמן הזה לא יהא להקטנה שום זכות בעולם במעות הן בקרן והן בפירות ולא יהא נקרא שמה על המעות כלל ועתה אירע איזה קלקול במעות ובא אבי היתומה לתבוע את שמעון וערך טענותיו בכתב ושמעון השיבו אם אמנם כי בינותי בטענותיך ואין בהם ממש אעפ"כ לא אערוך מיליו נגדך כי לאו בעל דברים דידי את שאף אם תמנה אותך אפוטרופוס לבתך לטעון עבור הנ"ל הלא עדיין אין לה זכות במעות כלל ולמה זה הבל איגע עמך ולכשיבא ראובן הנותן ויתבעני אדע מה להשיב לו ועל דבר זה נתעצמו לדין ועמד השואל ושאל היכי

לידייני דייני להאי דינא. תשובה דבר ברור הוא שהדין עם שמעון דכל כה"ג הך ממונא אכתי ברשותיה דנותן קיימי וא"כ אבי הבת לאו בע"ד דידי' ודבר זה מתברר ממ"ש המרדכי פרק מי שמת בשם מהר"מ בתשובה וז"ל דבר פשוט יותר מביעותא בכותחא שהאשה גובה כתובתה מאותן מעות שהשליש ראובן ביד שמעון ואמר תנם לבני בנישואין ובריא היה ראובן באותו שעה ושוב מת ראובן ומת בנו קודם הנישואין הרי לא זכה הבן מעולם באותו מעות ולא יצאה מרשותו של ראובן דקי"ל אפי' אם אמר תנו לו לאלתר הוי מצי ראובן למהדר בי' ולומר החזירם לי כל כמה דלא אתו לידיה דבן דתן לאו כזכי דמי במתנה כו' כ"ש בנדון זה שלא רצה שיתנו לו אלא בשעת נישואין ואפילו באו ליד הבן קודם הנישואין הי' צריך להחזיר שהרי לא יצאו מרשות ראובן מעולם כו' ע"ש וק"ו הדברים בנ"ד שבפירוש השליש הנותן על אופן זה שלא יהא להיתומה שום זכות בקרן ובפירות עד שעת הנישואין כאן כאן פקפוק כלל דברשות הנותן קאי וכן מבואר מדברי הרא"ש, בפרק מציאת האשה וז"ל פסק הגאון כו' אבל מי שנתן מעות לבתו סתם שתנשא בו והובא ל' זה בטור וש"ע אהע"ז סי' נ"ג ומבואר דכל שעדיין לא נתקדשה יכול לחזור בו אע"פ שנתן לידה ממש והיינו כדברי תשובת מהר"ם הנ"ל ופשיטא דלא עדיף יש השליש מידה שאם חוזר בו צריכה להחזירם לו ומצאתי בספר המקנה שכתב שם כן להדיא דקודם שנתקדשה יכול לחזור בו לגמרי דהוי כנותן מתנה שתחול המתנה לאחר שלשים יום ה"נ כיון שאמר שתנשא בזה המעות לא תחול המתנה עד שתנשא כו' ומכ"ש בלא הגיע לידה והתנה בפירוש שלא יהא לה זכות במעות דלית דין צריך בשש דזוזי ברשות נותן קיימי לגמרי. וגדולה מזו אני אומר דאפי' אם אמר הנותן בפירוש להשליש שיהא הזוכה עבורה שתזכה לכשתגדיל לא קנתה היתומה כמבואר בנדרים דף מ"ח גבי ההוא עובדא דשמיט כופי ע"ש בדברי הרשב"א והרא"ש בפסקיו והר"ן וכן פסקו האחרונים דכל שלא אמר לי' קני מעכשיו ע"מ להקנות לאחר שלשים לא קנה דכבר כלתה משיכתו וא"כ ק"ו כאן שלא הזכיר לשון זכי' כלל וא"ל דהוי כמתנה לעני כמבואר בח"מ סי' קכ"ו דהוי כמו נדר ואין יכול לחזור כמבואר בסימן קכ"ה דשם מיירי דאמר הילך ולא הגביל זמן אבל במגביל זמן יכול לחזור בתוך הזמן כמו שכתב הרשב"א בנדרים דף ל' דהאומר סלע זו לצדקה לאחר שלשים יכול לחזור בו ולא אמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דלא יכול לחזור בו אלא במקדיש מעכשיו והלכך אפי' אמר זה עולה לאחר ל' יום יכול לחזור בו לאביי ורבא ע"ש והביאו הר"ן ומשמע דהכי ס"ל:

והנה יש בזה שיטות הרבה דס"ל דלא אמרינן אמירתו לגבוה בהקדש עניים וא"כ אע"פ שנעשה נדר מ"מ הך ממונא לא קני רק דחיובא אקרקפתא דגברא מנח לקיים נדרו וא"כ

יכול לשאול עליו ועיין באו"ק סי' קכ"ה ולא רציתי להאריך כיון דבנ"ד שלא נתן מעכשיו ודאי דיכול לחזור בו אף בהקדש עניים ומכ"ש היכא שאמר להדיא שלא יהא לעניים שום זכות עד זמן ההוא. ומ"ש הח"מ והב"ש בסי' נ"א בכתב להלביש בתו צריך לקיים כי הזוג עניים בשעת השידוכין פשיטא דהתם לא קאי אדבר מסוים שהפריש שיהא שלה לכשתנשא אלא שהוא התחייב א"ע להלביש וכל שעתא הך חיובא רמי עליו לקיים נדרו אבל באומר מעות אלו או חפץ זה יהא צדקה לאחר שלשים יום מצי הדר ביה תוך שלשים כל שלא הקדיש מעכשיו כמ"ש מדברי הרשב"א והר"ן וכן מוכח מדברי מהר"מ הנ"ל דהא משמע אף שלא היה לה בן כלל והוא עני מ"מ הנך זוזי קיימי ברשותיה דאב ומצי האב הדר ביה:

ודאתאן עלה בנ"ד נראה ברור דאפי' אם נעשה באופן דלא מצי הדר ביה הנותן והקנין חל ע"כ בהגעת הזמן מ"מ כיון דהשתא מיהא לא זכתה ולא מידי לא בקרן ולא בפירות אין לה כח לדון עם השליש כלל מידי דהוי אבן בנכסי אביו אע"ג דודאי סופו לירש מ"מ לא מצי לתבוע ולדון עבור אביו בלא הרשאה ואם נפשך לומר דהתם שאני דמאן לימא לן שיזכה בירושתו דשמא ימות קודם הגעת הזמן ה"נ דכוותיה הוא. ומכ"ש לפי מה שביארתי שאם יחזור הנותן בטילה המתנה לגמרי:

ונלענ"ד דכל כה"ג שאין לה שום זכות בהמעות אלא לאחר שתגדיל אם פשע השליש במעות ונגנבו או נאבדו הוא פטור מחמת זכות היתומה לאחר שתגדיל דאין זה ממון גמור רק גורם לממון וק"ל דלאו כממון דמי ודכוותיה אשכחן בפסחים גבי האוכל חמץ של הקדש דאמרינן דהוי גורם לממון כיון דהשתא לא חזי אע"ג דלקמיה חזי. ומה לי דהשתא לא חזי משום איסורא דרביע עלה ומה לי משום דאכתי לאו דידיה הוא אלא שסופו לזכות בו ואדרבה נראה דהך חשיב טפי גורם לממון מדהתם ולא דמי למזיק שעבודו של חבירו דמחייבינן ליה מדיני דגרמי דהתם השתא איכא שיעבודא עלי' וזה הזיקו משא"כ אם עכשיו אין לו כלום לא בגוף ולא בפירות וכמו בנכסי לך ואחריך לפלוני דאין לשני אלא מה ששייר הראשון ואם מכר או הוציא עבדים לחרות מעשיו קיימים ולא מחייבין ליה מדינא דגרמי כיון דהשתא מיהא אין לשני בנכסים אלו כלום ומכ"ש אם פשע בהם ונאבד, וא"כ פשיטא באומר נכסי לי ואחר עשר שנים יהיה לך וקודם הזמן אבדן בפשיעה פטור ודוקא במתנה ע"מ להחזיר חייב בפשיעה כיון שביטל תנאי החזרה משא"כ בלא תנאי הרי השליש במקום הנותן קאי טרם הגיע הזמן כיון שהכל עדיין ברשות נותן ואין לזה דין עליו רק דינו עם הנותן לבד ומכ"ש לפמ"ש דהנותן

מצי הדר ביה א"כ אין כאן ודאי גורם לממון וא"כ לית ליה דינא עם אפוטרופוס היתומה כלל רק עם הנותן:
אמנם מה שראיתי בטענות אבי הבת שרוצה לבא עליו בעקופין לחשבו כפושע הם דברים שאין מתקבלין על הדעת כלל ואף כנגד הנותן הוא פטור בבירור אך לא רציתי להכניס ראש בזה כעת שאין אנו עסוקין בתביעות הנותן והשליש כ"א בתביעת היתומה והשליש ובזה נראה ברור לפוטרו אף אם היה פושע ומכ"ש שאין חיוב מוטל עליו לעמוד לדין עם ב"כ של היתומה:
ומחמת שהדברים פשוטים לענ"ד לא הארכתי יותר וגם לא רציתי לעמוד על כל פרטי מוצא הדברים רק לעיקר הדין בקצרה:
דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה עא

שאלה במי שמהפך שבועה על שכנגדו אם צריך לקבל חרם סתם או לא:
תשובה ידוע שזה מחלוקת בין הסמ"ע והט"ז סי' פ"ז ואין פנאי להאריך ואכתוב בקצרה. הנה בסי' צ"ב סעיף י"א כתב בש"ע בנתחייב החשוד היסת אין שכנגדו נשבע ונוטל כו' ומ"מ מחרימין סתם כו' וכתב הרמ"א בהג"ה מיהו הנתבע יכול לומר השבע וטול ואז פטור אפי' מקבלת חרם וכתב הסמ"ע ס"ק ל"ב נראה פשוט דגם בזה אם ירצה התובע ואמר לא אשבע ואטול אלא תקבל עליך חרם סתם כו' ולכאורה דינו צ"ע דאם הברירה ביד התובע להכריח להחשוד לקבל חרם סתם מה נ"מ בזה שכ' הרמ"א מיהו הנתבע יכול לומר דודאי אם הנתבע אומר כן והתובע מרוצה מי ימחה בידם לעשות כרצונם ואם מיירי שאין התובע מתרצה לפטור את זה מקב"ח ע"כ שהוא רוצה ממנו שהוא יקבל בחרם ויהי' פטור וא"כ האיך כתב מיהו הנתבע יכול לומר כו' שהרי לדברי הסמ"ע באמת א"י לומר כן ובפשיטות דברי הרמ"א משמע שהברירה ביד הנתבע:
ומ"ש הסמ"ע דודאי לא עדיף כחו דנחשד כו' לפענ"ד אין ראיה מסי' פ"ב בנשבע ונוטל לשיטת הסמ"ע גופיה בסימן פ"ז דס"ל דנשבע ונוטל ג"כ צריך שכנגדו לקב"ח תחלה ע"ש ס"ק וא"כ פשיטא שהוא יכול לומר כיון שדיני ליטול אלא שאני צריך לישבע באופן שאתה תקבל חרם תחלה א"כ אם אינו רוצה לקב"ח הרי אטול בשבועה ואם תרצה תקב"ח ותפט' ואני איני רוצה לישבע וליטול ולכן הדין עם התובע בזה משא"כ כאן שאין לתובע דין לישבע וליטול רק יש לו ע"ז חרם יכול הוא לומר איני רוצה לקבל חרם בחנם ואם טענתך אמת השבע וטול בלא קב"ח שלי כך נראה לכאורה וצ"ע נראה מכאן ראיה

דבהיפך צריך קב"ח דאל"כ מה חידש רמ"א שהנתבע יכול לומר השבע וטול ולא יקב"ח פשיטא דאף בלא חשוד הרשות בידו להפך ולא יקב"ח:
ומ"ש הט"ז שם ראיה מסי' פ"ב דאם היפך צריך קב"ח מה זה רבותא שאין זה יכול לומר השבע וטול ולא אקב"ח כיון שהוא שלא כדין נראה דא"ש דהתם קמ"ל דאע"ג דזה מוותר לו משבועות המשנה לשבועות היסת ליטול הוה קס"ד דעדיף מהיפך דעלמא שאינו מוותר כנגדו קמ"ל דז"א דבאמת אין זה וויתר דהא אדרבה מה שהוא מן הנשבעין ונוטלין בשבועת המשנה הוא יפוי כח של התובע אלא שהוא בעצמו מבטל יפוי כוחו להיות כתובע דעלמא לחייב הנתבע היסת וא"כ כשהנתבע חוזר ומהפך עליו להיסת אין זה וויתר כלל ולכן חייב לקב"ח כדין היפך דעלמא ויש להצריך חרם סתם אלא אם לא במקום שנהגו כהט"ז בזה כנלענ"ד:
דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה עב

שאלה לבאר דין מלוה שמודה בשטרו שמקצתו פרוע אם הוא גובה ממשעבדי או לא:
תשובה בכתובות דף פ"ז הפוגמת כתובתה לא תפרע כו' סבר רמב"ח למימר ש"ד כו' עד ורמי רבנן שבועה עלה כי היכא דתידוק והקשו בתוס' דהו"ל למימר שלש תשובות בדבר דהא בנשבע ונוטל לא שייך אשתמוטי ור"ל דהא בכל מ"מ קשה דלהימן במיגו דאי בעי כ"ה דהא השתא נמי מעיז על המקצת ולכן הוצרך רבה למימר דאמרינן בכולי בעי דלודי רק אשתמוטי וא"כ בנוטל דלא שייך אשתמוטי הדרא קושיא לדוכתה דלהימן במיגו דכ"ה עיין בפ"י שכ"כ בפירוש דברי התוספות לפי שיטתם שפירשו הך דרבה דלכך צריך אשתמוטי דלא תיקשי למה מ"מ ישבע נימא שיהא נאמן במיגו דכ"ה ונלענ"ד לתרץ משום דלכאורה יש לדקדק בלישנא דרבא דאמר שני תשובות בדבר חדא כו' דמה דקאמר שתי תשובות הוא אך למותר והו"ל למימר כדקאמר בעלמא הא ליתא חדא כו' ונראה דהנה הסמ"ע והש"ך מחולקים בשטר שנפרע מקצתו דהסמ"ע סובר דאינו גובה ממשעבדי גזרה שמא יפרע כולו והש"ך חולק עליו ע"ש בסימן נ"ה ולכאורה מוכח כדברי הש"ך דהנה התוספות הקשו למ"ד שד"א מ"מ דחייב שבועה היכא משכחת לה ותירצו כגון שאין לו קרקע או שמחל השעבוד של קרקעות ודעת הרמב"ן דכל היכא שאינו יכול לגבות מלקוחות כגון מלוה ע"פ בתר דתיקון שאינו גובה ממשעבדי או בכתב יד אין לו דין כפירת ש"ק וחייב שבועה וכן פסק הטור וש"ע סימן פ"ח ולפי"ז מוכח דלא כהסמ"ע דאם נימא דנפרע מקצתו אינו גובה ממשעבדי אם כן מאי פריך

רבא לרמב"ח ועוד הו"ל כפירת ש"ק ז"א דמיד כשאומרת שנפרע מקצתו שוב אינה יכולה לטרוף ממשעבדי והוה ליה כמחלה השעבוד שעל הלקוחות ולא הו"ל כפירת ש"ק כלל אלא ע"כ כדעת הש"ך דאף שיפרע מקצתו שפיר גבי ממשעבדי. (אך דלכאורה גם לשיטת הש"ך קשה דמנ"ל לרבא להקשות דהוי כפירת שעבוד קרקעות דא"כ תיקשי ליה קושית התוס' בכל מ"מ למ"ד שד"א וע"כ לומר באין לו קרקע או שמחל וא"כ נהי דלא מצינן לאוקמי באין לו קרקע כיון דקי"ל מטלטלי לא משתעבדי לכתובה וע"כ שהיא רוצה לגבות מקרקע מ"מ שפיר מצינן לאוקמי שהשטר אין בו אחריות נכסים דהיינו שמחלה השעבוד של הלקוחות בהדיא רק שהיא באה לגבות מקרקע ב"ח וכיון דעכ"פ אין כאן ש"ק לטרוף מלקוחות לא הוי כפירת ש"ק) אך י"ל דהנה המפורשים מקשין דמאי ס"ד דרמב"ח למימר שד"א כיון דמשנה מפורשת דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין ותירץ מחותני בספר כתובה דרמב"ח ס"ל כמ"ד שטר העומד לגבות כגבוי דמי וא"כ שבועה זו שנשבעת על שטר שבידה דהוי כגבוי חשיב כנשבעת לפטור עי"ש ולפ"ז א"ש דבגיטין דף ל"ח אמרינן דברייתא דקתני שטר שאין בו אחריות משמט ושיש בו אחריות נכסים אינו משמט אתי כב"ש דשטר העומד לגבות כגבוי דמי ע"ש מבואר דהא דאמרינן בשטר דהוי כגבוי היינו דוקא כשיש אחריות נכסים דאז ודאי לגובייא עומד שא"א להבריח נכסיו משא"כ אם אין שם אחריות נכסים שהוא יכול למכור נכסיו ולהבריחן בכה"ג לא הוי כגבוי לכ"ע ולפ"ז פריך שפיר רבא דהא הו"ל ש"ק דא"ל דס"ל כסברת הסמ"ע או דמיירי בליכא אחריות נכסים שאין שעבוד לקוחות א"כ תקשי ליה מתני' דכל הנשבעין כו' וא"ל דהו"ל נשבע לפטור דשטר הו"ל כגבוי ז"א דע"כ בשטר בלא אחריות מיירי דלא הוי כגבוי ועפ"ז א"ש לישנא דרבא דאמר שני תשובות בדבר כו' וכוונתו לומר דודאי כל קושיא בפ"ע מצי רמב"ח לתירוצי דעל קושיא א' דהא כל הנשבעין כו' הוי מצי לתרוצי דס"ל דהוי כגבוי וה"ל ליפטרי ועל קושי' דה"ל ש"ק הו"מ לתרץ בדליכא אחריות נכסים דלא הוי אבל שני תשובות יחד חזו לאצטרופי דממ"נ קשה דאם ס"ל כסברת הסמ"ע או מיירי בדליכא אחריות נכסים או כסברת הסמ"ע דנפרע מקצתו אין גובה ממשעבדי א"כ קשה דכל הנשבעים דא"ל דהו"ל כגבוי דז"א דכיון דליכא טריפת משעבדי לא חשיב כגבוי ואם תאמר בדאיכא אחריות וסובר כסברת הש"ך דנפרע מקצתו גובה ממשעבדי וא"כ שפיר הוי נשבע ליפטר דהוי כגבוי א"כ קשה קושיא השני' דהא הו"ל כפירת ש"ק כיון דע"כ בשיש ש"ק ליטרוף מלקוחות איירי א"כ מ"מ מיפרך הא דרמב"ח (ועי' בתוס' בכתובות דף פ"ו גבי ר' מיאשו דאפקידו גביה שב מרגניתא כו' חדא דידענא דלא אמיד ועוד דהא יהיב סימנא וכתבו התוס' דהך חדא ועוד

צריכין להדדי דבעינן לא אמיד וסימן והכא דקאמר רבא שני תשובות כו' בשיטא שיש לפרש כן דהני תרי תשובות צריכין להדדי ומטעם ממ"נ אתי עלה וכמ"ש):
והשתא לפ"ז א"ש קושית התוס' דהא בנוטל לא שייך אשתמוטי וא"כ נימא מיגו דכ"ה כקושית רבה בכל מ"מ ולפי מ"ש א"ש דלכאורה אין התחלה לקושית התוס' דבשלמא בכל מ"מ שפיר קשיא ליה לרבה דלהימן במיגו דכ"ה דהא הו"ל מיגו להחזיק משא"כ בזה שהיא באה ליטול הו"ל מיגו להוציא ולא אמרינן אך י"ל דהתוס' מקשין שפיר עפ"י מ"ש הש"ך סי' פ"ג בכללי מיגו דהיכא דאיכא שטרא אמרינן מיגו אף להוציא וכאן הא איכא שטרא ושפיר מקשין דאי בעי כ"ה. והנה בכה"ג הביאו האו"ת בכללי מיגו כתב טעמא דבשטר אמרינן מיגו להוציא משום דכל העומד לגבות כגבוי דמי:
והנה כבר כתבנו שמחלוקת הסמ"ע והש"ך בשטר שנפרע מקצתו שדעת הש"ך דגובה ממשעבדי ולא גזרינין שמא יגבה כולו מטעמא דתרתי לא עביד שיהא נפרע שנית מה שכבר נפרע וגם נשבע לשקר לזה לא חיישי' והשתא א"ש הכל דרבא קאמר שתי תשובות בדבר היינו דמקשה על רמב"ח ממ"נ שאם דעתו כסברת הסמ"ע דלא גבי ממשעבדי א"כ הוי נשבעת ונוטלת ואם כסברת הש"ך הו"ל שעבוד קרקעות ולפי"ז א"ש קושית התוס' דממ"נ לא הוי מצי פריך שתהיה נאמנת במיגו דכ"ה בין לסברת הסמ"ע ובין לסברת הש"ך דלסברת הסמ"ע לא הוי מיגו דהו"ל מיגו להוציא וא"ל דאיכא שרא ז"א דמידי הוא טעמא משום דשטר הוי כגבוי ולפי סברת הסמ"ע דלא גבי ביה ממשעבדי כ"ע מודו דלא הוי כגבוי כמש"ל וא"כ הו"ל מיגו להוציא ולסברת הש"ך דגבי ממשעבדי דלא אמרי' גזרה שמא יפרע כולו ממשעבדי משום דתרתי לא עביד א"כ פשיטא שאין בזה מיגו דכ"ה דלא בעי לכפור הכל ולמעבד תרתי שהרי אם היינו חוששין שתעשה כן שתכפור הכל לא היתה יכולה לגבות ממשעבדי כלל כסברת הסמ"ע משום גזרה שמה תגבה כולו ממשעבדי וע"כ דלא חיישינן שתעשה כן לכפור מה שנפרעה ולגבות הכל כול' האי לא עבדה א"כ אין כאן מיגו דכ"ה כלל וא"כ ממ"נ מה שמסופק רבא בדרמב"ח אי ס"ל כסברת הסמ"ע או כהש"ך לא מצי לאקשויי מחמת מיגו דכ"ה דלסברת הסמ"ע הו"ל מיגו להוציא ולסברת הש"ך לא שייך מיגו דכ"ה דהא לדידיה א"א לה לכפור הכל דתרתי לא עבדה ולכך שפיר קאמר רבא שתי תשובות בדבר ואין לפקפק במ"ש לסברת הש"ך דתרתי לא עבדה לא הוי מיגו דיש לדחות דבשלמא שם כן הוא האמת שלא נפרעה רק מקצתו לא חיישינן שיגבה כולו משא"כ כאן דהבעל אומר שפרע כולה והאשה טוענת שנפרעת רק מקצתו א"כ י"ל דהאשה נאמנת דאי ס"ד שהאמת כדברי בעל שנפרעת כולו א"כ הרי רצונה לגבות מה שנפרע א"כ היתה יכולה כמו כן לומר שלא נפרעת כלל. אך

ז"א דע"כ לא חשדינן לה שתעשה כן שתירצה לגבות מה שנפרעה ולישבע ע"ז וכמו דלא חיישינן בכל מאן דנקט שטרא רק דכאן כיון דנפרעת מקצתה חיישינן דלמא דפרע דייק כו' ולרמב"ח ס"ל דחיישינן לסברא זו אף דמאורייתא וא"כ מה שטוענת שלא נפרעה כולו אינו מחמת שרצונה לגבות במזיד מה שנפרעת כבר רק משום דלא דייקא וא"כ זה שיודעת בבירור שנפרעה ע"כ היא צריכה להודות כסברת הש"ך וזה שכופרת משום דלא דייקא הוא ואין כאן מיגו וגם אין לפקפק כיון דמתניתין בבאה לגבות מב"ח הוא א"כ שפיר יש לה מיגו דכ"ה ולא היתה צריכה שבועה לגבות מב"ח וליכא תרתי ז"א דבשעה שהיא באה לב"ד לגבות אינה יודעת אולי תצטרך לגבות ממשעבדי ואף שנאמר שיודעת שיש קרקע לבעל מ"מ אולי נתן שטר מכירה לאחר או שעבדה לבע"ח ותצטרך לישבע וגם י"ל שחוששת שמא יטעון הבעל השבע לי ותצטרך לישבע ולכך היא מודה במה שברור לה שנפרעת ומה שכופרת מחמת שסבורה שהאמת אתה. והנה כדי לתרץ קושית הנ"ל דמאי פריך הא אין נשבעין על כפירת ש"ק הא מודה שנפרעת מקצת ולא גביה ממשעבדי להסמ"ע יש לתרץ דמקור הדין הוא מהרא"ש בנדרים והרא"ש לשיטתו אזיל דס"ל דאף בכה"ג שאינה טורפת ממשעבדי מחמת תקנת חכמים מ"מ שפיר מקרי ש"ק דהא הוצרך לתרץ הך קושית דמודה במקצת למ"ד שעבודא דאורייתא מיירי שאין לו קרקע או שמחל השעבוד ועי' באו"ת סי' פ"ח בזה וא"כ שפיר הו"ל ש"ק אף דהשתא משום גזירה שמא תגבה כולו לא מצי גבי ממשעבדי מ"מ עיקר השטר הו"ל שעבוד קרקעות ולפ"ז י"ל בהא פליגי רמב"ח ורבא דרמב"ח ס"ל דבכה"ג לא הו"ל ש"ק כיון דהשתא מיהו לא גביה ממשעבדי ורבא השיב דמ"מ שפיר הוי עכ"פ כפירת ש"ק וא"ל דאכתי הוי מצי לאוקמי שאין לו קרקע או שמחל השעבוד דז"א כמש"ל לשיטת הש"ך דכתובה אינו נגבת אלא מן הקרקע לדעת הרבה פוסקים אפילו מיניה גופיה ולפי מ"ש הפ"י בקידושין דף ס"ה דמיניה שפיר גובה אף ממטלטלין לכאורה שפיר אפשר לאוקמי בכה"ג שמחל השעבוד או שאין לו קרקע ומכ"ש לפי מ"ש ה"ה פט"ז מהלכות אישות והביאו המ"ל בהלכות טוען דהיכא דמשועבד לו מטלטלין וקרקעות לא מיקרי כפירת ש"ק צ"ע ואם נימא דלא כסברת ה"ה אפשר ליישב כמש"ל דא"א לאוקמי במחל השעבוד דהא רמי ב"ח ע"כ ס"ל דהוי כגבוי והיכא שאין בו אחריות נכסים לא הוי כגבוי ועדיין קשה דנוקמי' באין לו קרקע וצ"ל דסתמא דמתני' משמע דבכל גווני מיירי וצ ונלענ"ד להביא ראיה לסברת ה"ה הנ"ל ממ"ש הרמב"ם בפרק מהלכות שבועות גבי משביע עד מיתה וז"ל בד"א שהיה לה לגבות כתובה מן המטלטלין כו' והקשה הלח"מ דהא לבתר תקנת הגאונים א"צ לתירץ הש"ס בדתפסה מטלטלי ותמה אני עליו דאדרבה הרמב"ם

מיירי לבתר תקנת הגאונים ולכך לא כתב דתפסה מטלטלי רק דוקא כשהיה לה לגבות כתובתה מן המטלטלים שאז היא גובה אותם בתקנת הגאונים אבל אם לא היה לגבות כתובתה אלא מן הקרקע פטור דמה בכך שתקנת הגאונים לגבות אף ממטלטלים כיון שאין כאן מטלטלים רק קרקעות ואם היה כאן מטלטלים ג"כ אפשר דחייב דהוי נמי ש"ק מ"מ לפי סברת ה"ה הנ"ל דכל היכא דמשועבד לו מטלטלים וקרקעות לא מיקרי כפירת ש"ק והכא כיון דמטלטלין משעבדי ליה בתקנת הגאונים לכך צ"ל שאין לו קרקע: והנה במ"ש התוס' קשה לרשב"א הא יש תשובה שלישית לכאורה צריך להבין דאדרבה מקשה דהו"ל למימר עוד תשובה והו"ל לאקשויי אדרמי ב"ח דהיאך מצינן למימר ש"ד הא לא שייך אשתמוטי וצ"ל על פי מ"ש לעיל דברי הפ"י שפי' כוונת רש"ל דלשיטת התוס' דס"ל דאשתמוטי צ"ל משום דלא נימא מיגו א"ש די"ל דגם רמי ס"ל דפרע דייק כו' וס"ל דהך סברא מדאורייתא רק לשיטת רש"י שהטעם משום מיגו דחשוד שפיר קשיא להו עי' שם:

ובאמת שהוא תמוה דא"כ גם לשיטת רש"י לק"מ דנימא ג"כ דבס"ד ידע סברא דפרע דייק כו' וא"כ לא שייך מיגו דחשיד דלמא לא חשידא כלל אממונא רק שאומרת כן משום דלא דייקא ולכך היא צריכה שבועה דאורייתא כמו כל מ"מ דעלמא כיון דאיכא למימר דלא חשיד דאומר כן משום אשתמוטי ובלא הך סברא דמפרע לא דייק מסברת אביי דשמא ספק מלוה ישינה ולכך אפשר דלא חשיד אממונא ולכן נלענ"ד להיפך דאדרבא לשיטת רש"י לק"מ דאיכא למימר דידע מהך סברא וכמש"ל משא"כ התוס' לשיטתייהו מקשי שפיר דע"כ רמי ס"ל דא"א לומר הך סברא דמפרע לא דייק מדאורייתא כלל דאל"כ לא הוי פריך על רמב"ח דהא כל הנשבעין שבתורה כו' דהנה מבואר דהא דפריך רבא כל הנשבעין כו' היינו משום דבתורה כתיב ולקח בעליו כו' משמע דנאמנות השבועה היא רק לענין שלא ישלם אבל לא לענין שיהא נאמן בשבועה ליטול עי' במפורשים ולכאורה כאן לא שייך זה דדוקא היכא דעיקר הנאמנות הוא ליטול או ליפטר מחמת השבועה בזה אמרינן שאינו נאמן בשבועה רק לפטור ולא לטול משא"כ כאן דנאמנות הוא בשטר כתובה שבידה ליטול ואף שהיא מודה במקצת מ"מ על המקצת השני היא נאמנת על השטר שבידה ואף בלא שבועה היתה נוטלת במיגו דאי בעי היתה כ"ה אלא שלפ"ז י"ל דדלמא אין טענתה רק מחמת שאומרת בדדמי וכיון שהיא נשבעת ע"ז הרי מתברר לנו דרמיא אנפשה שפיר ולכך טוענת כן וממילא שיש לה נאמנות מחמת השטר עצמו וגם במיגו דכ"ה ואם היה אפשר שיתברר לנו מאיזה צד שעכ"פ אינו אומרת כן מחמת שלא דייקא כן אלא שיש להסתפק דלמא שקורי משקרת ג"כ שהיתה נאמנת מחמת השטר

ובמיגו דכ"ה הגע עצמך כגון שטוען ברגע זו קודם שבאו לפני ב"ד נתתי לך כל דמי כתובתך והיא אומרת לא נתתי לי רק מנה פשיטא שיש לה מיגו ונאמנת וא"כ גם היכא שנשבעת שע"ז מתברר לנו שאין טענתה מחמת דלא דייקא נאמנת נמצא שאין כאן נאמנות מחמת השבועה ואע"ג דבעלמא שאנו צריכים להאמין טענתה מחמת השבועה שפיר י"ל דאין נותנין נאמנות בשבועה ליטול מ"מ בזה שאין השבועה רק לברר שאין טענתה מחמת אומדן דעתה דהא ודאי עכ"פ רמיא אנפשא ולכן אע"פ שאפשר שבשאט נפש היא משקרת וגם אפשר שהיא נשבעת לשקר כדי ליטול מ"מ נאמנת מצד השטר שבידה ובצירוף מיגו דכ"ה וא"כ דבדאורייתא שייכו הך סברא דפרע דייק כו' לא הוי מקשי רבא מהך דכל הנשבעין כו' דהתורה מיירי בנאמנות מצד השבועה עצמו משא"כ הכא שאין השבועה רק לברר שטענתה לאו משום דלא דייקא הוא אלא ע"כ דאין זה סברא מדאורייתא כלל וע"כ כשאמר רמי ב"ח בשבועה זו מדאורייתא היינו משום דס"ל דאין נאמנות מחמת השטר שבידה רק כל עיקר נאמנות שלה מחמת השבועה שנשבעת ונוטלת וע"ז פריך רבא שפיר דלא האמינה תורה כ"א לישבע וליפטר והקשו התוספות שפיר דהא יש עוד שלישית דהא לא שייך אשתמוטי והו"ל לאקשויי שלא תצטרך לישבע כלל שתהא נאמנות במיגו דכ"ה אבל על רמב"ח גופא לא הוי מצי לאקשויי דהי' אפשר לומר דס"ל סברא דמפרע לא דייק הוא מדאוריי' וליכא מיגו וע"י השבועה היא נוטלת דאז מתברר שאין טענתה משום דלא דייקא ושפיר נאמנות ע"י השטר ומחמת מיגו ומיושב בזה מה שהקשו דאטו לא ידע רמי ב"ח מתני' דכל הנשבעין כו' ולפמ"ש א"ש דשפיר ידע אלא שהי' סובר דהמתני' מיירי בענין שהנאמנות מצד השבועה עצמה ורבא לא מסתבר לומר הך סברא מדאורייתא וא"כ אי בעינן למימר שיש כאן חיוב שבועה ע"כ שבלא שבועה לא היתה נאמנת כלל רק מחמת השבועה נאמנת וזה לא אשכחן בנשבעין ונוטלין:

והנה לשיטת רש"י י"ל ע"פ מ"ש הפ"י דהא דקי"ל חשיד אממונא לא חשיד אשבועתא היינו מדרבנן וכמ"ש התוס' וא"ת אף שמדאורייתא אמרינן מיגו דחשיד ואשתמוטי לא שייך כאן מ"מ כיון דחזי רבנן דשבועה חמורה להם ולא אמרינן מיגו דחשיד חזר הדין למקומו שצריך לישבע ש"ד ע"ש. ולפ"ז שפיר קאמר רב"ח דבעי ש"ד ואף דבדאורייתא כתיב דווקא נשבעין ולא משלמין לאו משום גזה"כ כן הוא אלא דבנשבעין ונוטלין ליכא שבועה דהא לא שייך אשתמוטי ומדאורייתא אמרי' מיגו דחשיד כו' ומ"מ השתא דלא אמרינן מיגו דחשיד שפיר שייכא שבועה אף מדאורייתא וממתניתין לק"מ דהכי קאמר כל הנשבעין שבתורה אותן שכתובים בתורה נשבעין ולא משלמין ואלו נשבעין ונוטלין

לדידן דלא אמרינן מיגו דחשיד ומ"מ השבועה גופא היא דאורייתא כמ"ש הפ"י מה שא"כ רבא ס"ל דלא אמרינן חשיד אממונא כו' מדאורייתא והא דצריד רבה לאשתמוטי דלא נימא מיגו דכ"ה וכמ"ש התוס' בזה וא"כ אף בדאורייתא שפיר משכחת שלא יהיה לו מיגו דכ"ה כגון שיש עדים או ע"א וכיוצא ואפ"ה לא אמרה תורה שבועה כ"א בנשבעין ולא משלמין וא"כ ע"כ גזרת הכתוב הוא והיינו דפריך רבא הא דכל הנשבעין כו'. ולפ"ז א"ש דעל רמב"ח דס"ל דרק מדרבנן לא אמרינן מיגו דחשיד לא מצי לאקשויי די"ל כמ"ש הפ"י דעכשיו חזר הדין לישבע שבועת התורה אף דליכא אשתמוטי משא"כ לרבא דס"ל דטעמא משום מיגו וכיון דליכא אשתמוטי א"כ יש כאן מיגו וא"כ הו"ל למימר שלש תשובות בדבר:

וכדי ליישב קושי' התוס' נלענ"ד ע"פ מה דקשה לכאורה לשיטת רש"י מטעם מיגו דחשיד צריך רבה לאשתמוטי קשה דלימא בפשיטות דלמא מסופק בהא מלתא גופא אם פרע או לא ולכך טוען ברי ובאמת לא חשיד אממונא כלל ורמי רבנן שבועה עלי' כי היכא דלודי. אך י"ל דז"א דהא התורה מיירי אף אם כופר במקצת בעיקר ההלואה ובכה"ג הו"ל איני יודע אם נתחייבתי לך דפטור וכמדומה שכ"כ המפורשים שם ולפ"ז לפי מאי דקי"ל בש"ע סי' נ"ט כהך דעה בבעה"ת דמלוה בשטר ואומר המלוה א"י אם פרעתני הלוה פטור א"כ שפיר מחוייב ש"ד וליכא כאן משום חשוד אממונא די"ל דשמא היא מסופקת בפרעון ובכה"ג הלוה פטור ולכך מחוייבת שבועה כדי שתודה שאין לה ברי שלא נפרעה כ"א ספק לבד והלכך אף דאין לומר אשתמוטי שפיר מחוייבת שבועה וא"ש לשיטת רש"י. ועוד י"ל דצריך להבין טעמא דרב"ח דמדמי ליה למ"מ והנה הר"ן כתב דס"ל דנשבעין ונפטרין לאו דוקא אלא דס"ל כיון שהוא בא להעמיד הדבר על חזקתו הראשונה הוא וה"נ האשה שאומרת שלא נפרעת ובאה להעמיד על החזקה הראשונה נשבעת ונשבעין ונפטרים לאו דוקא ובאו"ת בכללי מיגו אות קי"ג כתב דאף דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן מ"מ קשיא שפיר דלהימן במ"מ במיגו דכ"ה דהאיך חייבה התורה שבועה לכתחלה וכן עד"ז פריך ש"ש דחייב רח בא כו' ומשני דאפקיד בשטר וכיון דיש במציאות חיוב השבועה א"כ שוב לא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה אף היכא דאיכא מיגו ע"ש. ולפ"ז לרמב"ח דס"ל דנשבעין ונוטלין עם נשבעין ונפטרי' חד גוונא הוא שלהעמיד על חזקתו הוא נשבע וא"כ כיון דבנשבעין ונוטלין שפיר איכא חיוב שבועה אע"ג דאיכא מיגו כיון דלא שייך אשתמוטי מ"מ כיון דעיקר השבועה להעמיד דבר על חזקתו ישנה במציאות גבי נשבעין ונפטרין שפיר נשבע אף ליטול דהו"ל מיגו לאפטורי משבועה. והנה לענ"ד י"ל בסברת רמב"ח דס"ל דכמו במ"מ דאורייתא שאם

היה כ"ה הי' פטור אלא שהוא מגרע טענתו ע"י שעכ"פ הוא מודה במקצת לדברי התובע וצריך להחזיק טענתו ע"י שבועה כמו כן בנשבע ונוטל כגון הכא שהאשה באה ליטול והיא מגרעת טענתה ע"י שהיא מודה שנפרעת מקצת וכמ"ש התוס' דמה"ט תני בברייתא דמייתי לקמן הפוגם שלא בעדים בין נשבעין ונוטלין לפי שלא חשיב בא מכח השטר כמו אינך משום שהוא עצמו מודה שנפרע מקצת והלכך ס"ל דצריך ש"ד להחזיק טענתה וקרובי' דברים אלו לדברי הר"ן שהבאתי לעיל:

והנה אהא דסבר רמב"ח למימר שבועה דאורייתא פירש"י ונ"מ לאנקוטי חפצה ולקמן גבי אי פקח הוא כו' פירש לידי שבועה דאורייתא שהוא בשם או בכנוי ואוחז ס"ת בידו נלע"ד משום דבריש שמעתא דאיירינן לענין הב"ד איזה שבועה הם מחייבין אותה שפיר פירש"י דנ"מ שאינו יכול להפך אותה משא"כ התם דמיירי להשיא לבעל עצה מהוגנת שיודע בנפשו שפרע אין זו עצה הוגנת שלא תוכל להפך מה גרעותא היא כיון שהאמת אתו ישבע ויפטר ואם נפשך לומר שאינו רוצה לישבע אפי' באמת יותר יש עליו עונש שבועה כשמשביע אותה ונשבעת לשקר וכדאיתא לעיל שהשבועה חלה על שניהם וא"ל שע"י שבועה דאורייתא תודה ולא תרצה לישבע ז"א כיון דאכתי לא ידעינן שיש איום יותר בשבועה דאורייתא א"כ ג"כ תודה מחמת השבועה דהשתא וא"ל דאעפ"כ נ"מ דבשבועה דרבנן אע"פ שלא תרצה לשבע לשקר מ"מ תהפך עליו משא"כ בשבועה דאורייתא אם לא תרצה לישבע וגם להפך אינו יכולה תצטרך להודות לגמרי ז"א דכיון דהאמת אתו למה תעשה כזאת להביאו לידי שבועה בחנם שמנין היא יודעת שלא ירצה לישבע באמת ובודאי גם עתה תודה משא"כ השתא דפירש"י לענין נק"ח א"כ אתי שפיר דכיון דבדאורייתא בעי נק"ח שהוא איום יותר תפריש ותודה משא"כ בלא נק"ח וא"כ יש נ"מ גם לענין הפוך:

ועיין באו"ת סי' פ"ז ס"ק ט"ז שכתב דמוכח מהתוס' שכתב שיש. ספק אם יכול לומר ללוה השבע ותפטר וקשה פשיטא דדל שטרא מהכא יכול להשביע היסת כו' ולענ"ד בלא"ה לק"מ דאם יאמר דל שטרא וירצה להשביעו היסת זה יהפוך עליו ויאמר השבע וטול והתו' מסופקי' דשמא כיון שיש לו שטר רק שזה אומר השבע לי שמא יוכל לומר או תשבע ותפטר או אטול בלא שבועה ומ"ש עוד לתרץ מ"ש התוס' על רש"י בגיטין ותירץ דהתם כתובה דרבנן הם אמרו והם אמרו דלבעי נק"ח ע"ש באורך ולפענ"ד אין זה נכון דהא קאמר התם אדרה בב"ד ואשבעה חוץ לב"ד דבב"ד בעי נק"ח. וע"ז הקשו התו' שפיר כיון דמשום חומר שבועה באו להקל עליה ישביעוה בב"ד בלא נק"ח ובשלמא אי אמרינן דבכל דוכתא בעי נק"ח דטכסיס שבועה כך הוא אתי שפיר ושבועה בלא נק"ח

מיקרי שבועה חוץ לב"ד משא"כ לפי מ"ש רש כאן דשבועה דרבנן לא בעי נק"ח א"כ קשה ישביעוה שבועה דרבנן בב"ד כמו כל שבועת היסת דברי זעירא הקטן אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה עג

שאלה לבאר דין הטוען אחר מעשה ב"ד ואמר פרעתיך אם נאמן במיגו או לא:
תשובה הנה בב"מ דף י"ז אמרינן אמר ר"י הטוען אחר מעשה ב"ד ואמר פרעתי לא אמר כלום כו' ע"ש. והנה במה שכתבו התוספות ד"ה לא אמר כלום תמה אא"ז מהרש"א שהרי בכתובות דף פ"ט דחו התוספות זה שכתבו שם דאם הוא במקום שאין מכירין אע"פ שהכתובה בידה יהיה נאמן במיגו דלא גרשתיך וכן הקשו שאר מפורשים. ונלענ"ד לתרץ ומתחלה אבאר מה שיש לדקדק בלשון התוס' שכאן כתבו אם אין לה עידי קידושין ובכתובות נקטו בסתם שיהיה נאמן במיגו דאין את אשתי ובפשיטות היה אפשר לומר דהתוספות הכא קיימו למאי דס"ד בש"ס דאביי מייתי סייעתא לר"י דאל"כ אלמנה מן האירוסין היכא גביא ומזה הוכחה דאלמנה מן האירוסין אית לה כתובה אע"ג דלא כתב לה ולכך הוצרכו התוס' לפרש שיחתם שיוכל לומר אין את אשתי אם אין לה עידי קידושין והיינו שע"כ אנו צריכין לומר שיטעון להכחיש שאף ארוסתו אינה משא"כ התם בכתובות קיימי התוספות לפרושי מלתא דר"י לפום המסקנא דארוסה אין לה כתובה רק דגופא מתני' קשיתי' כו' שפיר נקטו התו' דנאמן במיגו דאין את אשתי ור"ל דאף אם יהי' עידי קידושין מ"מ יוכל להכחיש שלא נשאה וארוסה אין לה כתובה ובהכי א"ש מה דקשה לכאורה לפי מ"ש הרא"ה בפ"ב דכתובות והביאו האו"ת סימן נ"ד לתרץ הא דלא חיישינן כשאין השטר כתובה בידה ורוצה לגבות הכתובה בתנאי ב"ד דדלמא מכרה הכתובה לאחר משום דהא קי"ל דמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול:
לפ"ז קשה על מ"ש התוספות דאף שהכתובה בידה נאמן לומר פרעתי במיגו דלא גרשתיך וא"כ אין לו הפסד במה שאינה מוציאה הכתובה מת"י ולפי דברי הרא"ה הנ"ל קשה דאכתי יוכל לבא לידי הפסד דכיון שהשטר כתובה נשאר בידה יש לחוש שמא מכרה או תמכור לאחר הכתובה והוא יפסיד שוברו ויצטרך לשלם שנית ללוקח ואי משום שיהיה נאמן במיגו דלא גרשתיך ז"א כמ"ש התוס' לקמן שאין זה מיגו שהרי יתחייב בשאר כסות ועונה וא"ל כתירוץ התו' דהו"ל טענו חטים. והודה בשעורים ז"א דזה ניחא בהא דכתובה ואין עמה גט דמיירי שהאשה באה לגבות ושטר כתובה בידה והו"ל לגבי שאר כסות כטענו חטים משא"כ כאן דהחשש הוא שמא הלוקח יבא לגבות

הכתובה והאשה לא תתבע כלום וא"כ אינו נאמן במיגו דלא גרשתיך שאם יודה כן בב"ד תתבענו היא שאר כסות ועונה שהרי היא לא מחלה לו כלום וגם יש להקשות לפמ"ש התוס' דהא דמהימן במיגו דלא גרשתיך אע"ג דהאומרת גרשתני נאמנת משום דכשתובעת כתובתה אין נאמנת ויש חולקים בזה על התוס':

ונלענ"ד דהיכא דהאשה טוענת גרשתני ואינה תובעת כתובתה רק הלוקח הכתובה הוא תובע ע"פ דבורה של אשה ודאי דגובה וגם התוס' מודים בזה וא"כ התינח בכתובה ואין עמה גט שפיר קאמר הש"ס דאם אין עידי גירושין נאמן במיגו דלא גרשתיך כיון דהאשה בעצמה היא התובעת כתובתה משא"כ בזה שיש לחוש שתמכור הכתובה והלוקח יגבה ע"פ האשה שאומרת גרשתני ולפמ"ש א"ש דבאמת מתוך לשון הכתובה אין הכרח אם היא ארוסה אלא שכתב לה כתובה או היא נשואה וא"כ שפיר כתבו התוס' דאף אם יהיה שטר כתובה בידה מ"מ יוכל לומר לא גרשתיך וא"ל שימכור הכתובה לאחר דז"א דמ"מ יהיה נאמן לומר לא גרשתיך ועדיין היא ארוסה ואז אינו מתחייב בשאר כסות וגם בטענתה גרשתני אינה נאמנת כמ"ש במשנה למלך פרק מהלכות אישות בשם מהר"ד ערמאה שי"ל דבארוסה לא אמרינן חזקה אין מעיזה ע"ש. ולפ"ז י"ל דדוקא בכתובות שפיר כתבו התו' לדחות אף אם ישאר הכתובה איכא מיגו דלא גרשתיך משא"כ בב"מ דהתו' קט"ו התם אי ארוסה אית לה כתובה וא"כ צ"ל דאין כאן עדים על הקידושין כלל.

ולפ"ז א"א לומר כן משום דאכתי יפסיד כשתמכור לאחר וא"ל שיהיה נאמן לגבי הלוקח במיגו דלא גרשתיך כיון שהיא ארוסה אינה נאמנת לומר גרשתיך ז"א כיון דאין עדים על הקידושין בלא"ה מהימנא לומר אשת איש הייתי וגרושה אני כמבואר בכתובות ואע"פ שאז כשיבא הלוקח עם הכתובה יתברר מחמת הכתובה שהיתה א"א מ"מ הא אמרינן התם דאיכא דמתני אירשא דאם משהתירוה לינשא באו עדים אם ניסת לא תצא ואביי ס"ל כהך מ"ד כמ"ש בספר כתובה בסוגיא דשנים אומרים לא מת וכיון שהיא מותרת לינשא ממילא שצריך לשלם הכתובה ללוקח דממדרש כתובה נלמד לכשתנשאי כו' וא"כ יש לו הפסד כשישאר הכתובה ת"י במקום שאין מכירין שאם לא תהיה הכתובה ת"י הרי יוכל לטעון לא קדשתיך משא"כ כשהכתובה ת"י חיישינן דתמכור ואיהי מהימנא לטעון גרשתני ויצטרך לפרוע הכתובה ללוקח:

ועדיין נשאר לנו לפרש דמ"ט כתבו התוס' בכתובות דאין תועלת משטר כתובה דאף אם הכתובה בידה יטעון לא גרשתיך דמ"מ יש תועלת כשלא יהיה עידי קידושין דאז תהיה נאמנת במיגו דלא קדשתני וכמש"ל אך י"ל דודאי לגבי דידה גופא ליכא חששא דהרי ע"י מיגו דלא קדשתני לא תגבה כתובה אך החששא הוא לגבי לוקח כמש"ל והנה לעיל

מבואר בדף מ"ד דאחד זה ואחד זה מן הנשואין והטעם מבואר שם דמחלה לשעבודא קמא דמשעת אירוסין ועיין בספר כתובה שם דלכאורה אי הכתובה מתקנת חכמים אין מועיל לה מחילה דחכמים עשו חיזוק אך אם אינה מתקנת חכמים רק מחמת שכתב לה שוב שפיר מועיל מחילה והנה אנן קי"ל דמוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול ולפ"ז שפיר כתבו התו' בכתובות דאין תועלת מכתובה ואי משום דתמכור הלא יכול לטעון שכתובת אירוסין היתה זו ובאמת עתה כבר היא נשואה וממילא שנמחלה לו הכתובת אירוסין וכיון שחזרה ומחלה הרי הוא מחול כיון דבכתובות קיימי התוספות למסקנא דארוסה לית לה כתובה א"כ אף שכתב לה מהני מחילה משא"כ בב"מ דקיימינן התם דארוסה אית לה כתובה ולא מהני מחילה שפיר כתבו התוס' שם שיהיה נאמנת במיגו אם אין לה עידי קידושין וכמש"ל אלא דבתו' דף מ"ד ד"ה והלכתא משמע להיפך דאם הכתובה מתנאי ב"ד טפי שייך מחילה כשכתב אח"כ ועיין בספר כתובה שם. ועוד י"ל דלכאורה קשה בהנך מיגו שכתבו התוס' שיש לו מיגו דאלמנה או אין את אשתי או לא גרשתיך שהרי התו' בכתובו' דף י"ט הקשו למ"ד מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו דמ"ט לא מהימן פרוע במיגו דמזוייף וכתבו די"ל דשמא ירא לומר מזויף פן יכחישוהו וא"כ איך קאמרו התוס' הכא דנאמן פרוע בהנך מיגו כיון דבאמת איכא עדים ע"ז ואע"פ שאינם לפנינו אין זה מיגו וא"ל דהתו' כתבו כן למ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ז"א דהא הש"ס קאמר כולה מתני' רשב"ג היא ורשב"ג הא ס"ל א"צ לקיימו כדאיתא בב"מ דף ז' וגם אליבא דרבי יוחנן פירשו התוס' הא דמן הסכנה ואילך בדליכא עידי גירושין משום דאלמוה הא קודם הסכנה נאמן במיגו דלא גרשתיך:

ולכן נלענ"ד דודאי לא בכל מקום אמרינן שאינו מיגו שמתיירא פן יכחישוהו דא"כ בטלת כל דיני מיגו דבכל מקום ניחוש שמא לא הוי מצי לטעון הך טענה שמתיירא פן יתבדה ויאחז אלא דוקא בכה"ג דפרוע במיגו דמזוייף שהרי בודאי הי' כאן עדים שחתומים ע"ז השטר והלכך שפיר י"ל דמתיירא שלא יתפס בשקרו ואף אם מתו עדים אלו חושש שמא כבר עשו בשטר קיום והעידו באיזה ב"ד על קיום זה השטר וכדומה וכן בכל דבר שגוף הענין נעשה ע"י עדים לא אמרינן מיגו אע"פ שהעדים עתה אינם לפנינו אבל ענין שיכול להיות שמעולם לא היה עדים על הדבר לברר שקרו מה"ת ניחוש לי' דניקום ונימא שמא מתיירא לטעון שלא יתברר היפך טענתו כיון שאין ידוע לנו שיש עדים שיכולים לברר. ולפ"ז א"ש הא דמהימן במיגו דלא גרשתיך אף לרשב"ג דהא רשב"ג ס"ל בב"ב דף ק"ע ע"ח כרתי ולדידי' כתב בכתב ידו כשר מדאורייתא א"כ אע"פ שעתה היא תובעת בגט שחתומין עליו עדים מ"מ אין בכך כלום ויפרע לאשה ויוציא הגט מתחת ידה ובכתובה

לא איכפת לן דאם יבא למקום שאין מכירין יהי' נאמן פרעתי במיגו דלא גרשתיך שהרי לא נתברר לב"ד גם שבמקום שאין מכירין שהי' עדים בדבר דדלמא גרשה בכתב ידו ואין עליו עדים דמהני למ"ד ע"ח כרתי ולפ"ז גם במיגו דאין את אשתי לכאורה א"ש למ"ד דאם מהני בגט ה"ה דמהני בקידושין כמ"ש בנ"י הובא בב"ש סי' ל"ב אך לדעת הרשב"א שם דס"ל דאע"ג דמהני בגט לא מהני בקידושין לכאורה הך מיגו לאו מיגו הוא כיון דעכ"פ ה' כאן עדים על הקידושין אך י"ל לפי מה דאיתא בכתובות דף מ"ד דאע"ג דאית לה כתובה לארוסה מ"מ אם נשאת אחלי' לי' לשעבוד' קמא ואינו גובה אלא מחמת הכתובה בשעת נישואין ולפ"ז א"ש דבאמת אית ליה מיגו שיאמר אין את אשתי ור"ל שאינה נשואה אבל מ"מ שפיר יודה שהיא ארוסה ואע"ג דארוסה נמי אית לה כתובה מ"מ הרי היא תטעון האמת שהיתה נשואה ותתבע הכתובה שמשעת נישואין וממילא דמחלה לכתובת אירוסין ועל כתובת נישואין הוא יכחישה ופטור והו"ל כמ"ש התוס' דפטור משאר כסות דהוה טענו חטים כו' ועדיף מיניה שהרי זה כאומר החוב המגיע לי מכבר מחלתי לך ואני תובע אותך חוב אחר והוא כופר החוב האחר ומודה לו בחוב הנמחל דפשיטא דפטור:

והנה בתו' ד"ה אביי מגופא דמתני' הדר ביה כו' דלא מסתבר שכתב בשביל אהבתה כו' אא"ז מהרש"א מגיה בדבריהם ונלענ"ד לפרש ע"פ מ"ש הרא"ש דאף במקום שאין כותבין נ"מ ממעשה ב"ד כגון שכתב לה אפ"ה לא ישתנה הדין בשביל כך והשתא א"ש א"ש דודאי י"ל דאע"פ שאינו כותב לאהבתה כותב להפסידה שיהיה נאמן לטעון פרעתי אלא דזה תלוי אם נימא דגט היינו כתובתה ואין כאן מעשה ב"ד כלל אף במקום שאין כותבין א"כ לא שייך לא פלוג רבנן בתקנתן וכל שזה כתב לה כתובה שוב אינה יכולה לגבות בגט לבד דהוי כשני שט"ח על חוב א' ושפיר י"ל שכתב לה כדי שלא תוכל לגבות בגט לבד וא"ש הסיפא דכתובה ואין עמה גט אבל השתא דדחי אביי שא"א לומר דגט היינו כתובה א"כ ע"כ אם נאמר דמיירי במקום שא"כ היינו משום דבאותו מקום כך נתקן ולפ"ז שוב לא פלוג רבנן בתקנתן ואף אם זה כתב לה אין התקנה משתנה בשביל כך וגביא בלא כתובה א"כ אין טעם לדבר כלל למה כתב לה זה דהא כדי לגרוע כחה אין בידו מחמת זה וגם לא מסתבר שכתב בשביל אהבתה ולכך הוכיח דבמקום שכותבין מיירי כן נראה נכון לענ"ד:

דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה עד

שאלה לברר הדין אי אמרינן מיגו במקום שהוא משים עצמו רשע או בטענה עצמה או בטענות המיגו:

תשובה דבר זה כבר עמדתי עליו באורך בכמה תשובות באה"ע וכאן לא באתי אלא בשביל דברים שנתחדשו לי בעידנא דעסיקנא לברר הדין מתוך הסוגיא דכתובות דף י"ח העדים שאמרו כת"י הוא זה אבל אנוסים היינו ואף שקצת דברים דרך פלפול לא מנעתי לכותבם להגדיל תורה ויאדיר וגם כי בעזה"י המה הולכים על נתיב יושר מסלה אפס אכתוב בקצרה והנה אמרינן התם העדים שאמרו כו' אמר רמי ב"ח ל"ש אלא שאמרו אנוסים היינו מחמת ממון אבל מחמת נפשות נאמנים א"ל רבא כל כמיניה כיון שהגיד כו' אלא כי איתמר אריש איתמר הרי אלו נאמנים אמר רמי ב"ח ל"ש אלא שאמרו אנוסים מחמת נפשות כו'. ולכאורה צ"ע כיון דבאנוסים מחמת ממון לא סתר רבא סברת רמי ב"ח דמהימנו למשוי נפשייהו רשיעו ובמיגו א"כ מי הכריחו לחזור גם מזה ולומר דאין אדם מע"ר. ומצאתי בספר כתובה שכתב לתרץ זה עי' שם שדפח"ח:

אך לפענ"ד נראה דא"ש דהנה באמת צריך להבין סברת רמב"ח דלדידי מהני מיגו אף במקום שמשים עצמו רשע דהא משמע דמה"ת אפילו במיגו לא מהני כדמשמע ביבמות בפלוגתא דרבנן ור"י גבי הרגתיו והגאון ז"ל שם מייתי אח"כ ג"כ מהא. ובתשובה כוונתי בזה לדעת הגאון ז"ל והארכתי. ועכ"פ סברת רמב"ח בזה מחודשת הוא ולכן נראה דגם רמב"ח מודה בזה דלא מהני מיג' במקום שמשים ע"ר רק דס"ל דאנוסים מחמת ממון דמשע"ר אינו כ"א בכת"י יוצא ממ"א אבל אם אין יוצא ממ"א אין נעשה רשע כלל מחמת זה דהא א"א לקיימו כ"א ע"פ ומימר אמר כשירצה בעהש"ט לקיימו אז אומר האמת שאנוס הייתי ולא יועיל הקיום וכל כמה שאינו מקוים חספא בעלמא הוא כדאיתא בב"מ דף ז' ולאו מידי עביד שנאמר אין אדם מע"ר ואדרבה צ"ע למה אמר רבא דאין נאמנים משום דמשע"ר אך י"ל דהתינח אם יבא לגבות מהלוה והלוה יטעון מזויף ויצטרך לבא לידי קיום אבל מ"מ היה לו לחוש שמא יבא לגבות מיתומים ולקוחות שלא בפני הלוה דאז גובה בלא קיום דאין טוענים ליתומים ולקוחות מזויף כמ"ש התוס' לקמן סי' צ"ב דכיון דמדאורייתא כמי שנחקרה כו' ולא בעי קיום הלכך כי תקינו רבנן קיום ה"מ כי אמר לוה מזיף אבל ליתומים ולקוחות א"צ קיום עי' שם ובש"ך סי' מ"ו:

ולפי"ז י"ל דרבא לשיטתו דס"ל כר"ל דעדים החתומים כו' וא"כ מדאורייתא לא בעי קיום וממילא דגובין מיתומים ולקוחות בלא קיום והלכך שפיר סובר דאם אמרו אנוסים היינו מחמת ממון אין אמע"ר דא"ל שסמכו שאם ירצה לקיים יאמרו מזוייף או אנוסים במיגו

דמזוייף ז"א דשמא יגבה מיתומים ולקוחות בלא קיום משא"כ רמב"ח דאמר מחמת נפשות נאמנים אף בכת"י יוצא ממ"א ואע"ג דאין חוזר ומגיד ס"ל כדאמרינן ה"מ ע"פ אבל בשטר שפיר חוזר ומגיד דלא ס"ל הך דר"ל דעדים החתומים כו' (ואע"ג דהכא הך דר"ל מענין שאין יכולים לחזור ולומר מבודין מ"מ חד טעמא הוא עם הא דא"צ קיום מדאורייתא כמבואר בשו"ת מהרי"ק ועי' בפ"י ריש גיטין ובק"א שם) וא"כ לדידיה שפיר בעי קיום מדאורייתא ועי' לקמן דף ך"ח בתוס' ד"ה קיום שטרות מדרבנן עי' שם שכתב דדוקא במודה לוה כו' עי' שם ולפ"ז ממילא דגם מיתומים ולקוחות בעי קיום דוקא ולכך שפיר ס"ל דאם אין כת"י יוצא ממ"א נאמנים אף מחמת ממון דלא משוי נפשייהו רשיעי דהא ליכא למיחש למידי וכמ"ש. ולפ"ז א"ש דכיון דרבא דחי מלתא דרב"ח משום הא דר"ל כו' שפיר הוכרח לסתור דברי רמב"ח גם בזה דאנוסים מחמת ממון דכיון דקי"ל כר"ל ממילא באנוסים מחמת ממון משוי נפשייהו רשיעי דהא בהא תליא וכמ"ש:

עוד הקשה שם בספר כתובה על מ"ש התוס' הלכך לא אמרינן פלגינן דבורא כיון דקיום שטרות דרבנן כו' דאכתי תיקשי לפי' התוס' לקמן מיירי מתני' דהלוה טוען מזוייף ויש פוסקים דכשהלוה טוען מזוייף בעי קיום מדאורייתא ונלענ"ד דלכאורה דברי התוס' צריכין ביאור דמה ענין זה לקיום שטרות דרבנן דהא מה דפלגינן דבורא היינו בעדותן שאומרים אנוסים היינו ואפילו אם אין שטר צריך קיום כלל והם אומרים אנוסים מחמת ממון אפשר למפליג ולומר אנוסים ולא מחמת ממון כ"א מ"נ ואם כוונת דבריהם כיון דעיקר נאמנותם מחמת מיגו שלא היו אומרים כת"י ולא היה מקום וזה אינו רק מדרבנן מ"מ אין זה ענין למה שאנו אומרים פלגינן דבורא בעדות אנוסים והנאמנות מחמת מיגו דאי בעי שתקי והוי השטר חספא בעלמא אין לחלק בזה בין אם הוא מדרבנן או דאורייתא דס"ס מיגו טובה היא:

ואמנם כוונת דבריהם עפ"י מש"ל דהוי מיגו במקום עדים אלא כיון דהצריכו חכמים קיום אף דאמרי כת"י הוא אינהו אמרי אנוסים כו' ור"ל דאף שאין כאן מיגו שלפי דבריהם שאמרו שחתמו אותו אנן סהדי שחתמו בכשרות מ"מ אין זה קיום שהצריכו חז"ל שהרי הקיום הוא לידע שנחתם מעדים כשרים ברצון הלוה וכאן המקיימים הם הסותרים שאומרים אנוסים כו' ואמנם זה רק מדרבנן אבל כיון דמדאורייתא א"צ קיום תו לא הוי משגחינין באמירתם אנוסים אפילו מחמת נפשות דהא אין חוזר ומגיד וא"כ די בזה דאם אומרים מ"נ אמרינן דהשטר פסול כיון שצריך קיום מדרבנן עכ"פ וזה לא מיקרי קיום משא"כ מחמת ממון שאין נאמנים רק שנפלוג דבורא לומר מ"נ כיון דמדאורייתא אפילו אומרים מ"נ לא מהימני לא פ"ד בכה"ג כלענ"ד בביאור דברי התוס' אך באמת

עיקר הקושיא שהקשו דנימא פ"ד הוא תמוה דבשלמא אם היה הנאמנות כאן מתורת עדות שייך פלגינן דבורה כמו בפלוני רבעני משא"כ כאן שאין הנאמנות מתורת עדות רק מתורת מיגו ובמיגו לא מהימן למשוי נפשייהו רשיעא איך נאמר בזה פלגינן דבורא לומר שיהא נאמן על דבר שאינו אומר במיגו שהיה אומר כך וכך שכל הנאמנות מחמת מיגו צריך להאמין את מה שהוא אומר כמות שהוא ומכ"ש לפי מ"ש הראב"ד בטעמא דפלגינן דבורא משום דעל עצמו אינו בגדר עדות ולא אמרינן ביה עדות שבטלה ושאר העדות נשאר קיים א"כ פשיטא דלא שייך פלגינן דבורא להאמינו במיגו במה שהוא מע"ר ואין זה דומה להא דב"ב דבעל שאמר גרשתי שנאמן להבא ולא למפרע דהתם אין חולקין הדבור רק שאין מאמינין לו מה שאין לו מיגו עי' שם וקצרתי לכן נלענ"ד דבאמת לכאורה קשה על רבא גופא דקאמר מחמת ממון אין נאמנין דאמע"ר והיינו דס"ל דלא מהני בזה מיגו ובאמת קשה למה לא יועיל מיגו להאמינו דבשלמא לענין עדות שפיר דאדם קרוב אצל עצמו ואינו בגדר עדות אצל עצמו משא"כ לענין מיגו יהא נאמן כמו שנאמין כשטוען על חבירו כמ"ש הריב"ש גבי מי שתובעו שנדר לה באתננה עי' סי' פ"ז סעיף כ"ה דמבואר שיכול לתבוע חבירו ולהשביעו אף שמשים ע"ר ובאמת יש מחלוקת הפוסקים בזה לענין אם טוען לקחת ממני רבית עי' שם ואין כאן מקומו ומ"ש הש"ך בכללי מיגו בשם ספר כריתות כתבתי בתשובה שדבריו תמוהים:

אך זה היכא שטוען לזכות עצמו והוא התובע אמרינן דאין מאמינים תביעתו למשוי נפשיה רשיעא משא"כ היכא שהוא מיגו של אחר מה לנו בכך שעושה עצמו רשע מ"מ נאמן הוא בדבריו לזכות של אחר במיגו וכמו דמהימן במיגו דקלתיה וכן במאמר אחד ראיתי אביכם שהטמין ואע"ג דהתם לא מיירי במע"ר מ"מ אין לחלק בכך לענין מה שהוא נאמן במיגו ולכן נראה דעיקרן של דברים בכוונת התוס' שהקשו לעיל דהא הוי מיגו במקום עדים ותירצו דכיון שהצריכו קיום כו' נראה דודאי מדאורייתא דלא בעי קיום אית לן למימר דהוי כמי שנחקרה בב"ד משעה שחתמו על השטר והרי זה כאלו הגידו אז ע"פ של הלוה וא"כ מיגו דהשתא הוא מיגו במקום עדים אבל כיון דעכ"פ מדרבנן בעי קיום א"כ אין בעת חתימת השטר משום הגדה כלל ועיקרו של שטר וחקירת עדות בב"ד הוא בשעת קיומו ועד השתא חספא הוא והוי כאילו באין עדים לפנינו ומעידים לנו אנחנו עדים כתבנו שטר לפלוני וחתמנו עליו מחמת דפשיטא שאין מקום לחלק העדים לשנים ולומר שנאמנים שחתמו לו שטר הלואה ושלא מחמת אונס והשתא שפיר קאמר רבא דמחמת ממון א"נ דאמע"ר דאם מעידים כתבנו לפלוני שטר וחתמנו אותו מחמת אונס ממון אין נאמנים ע"ז שחתמו מחמת אונס ממון כיון

שמע"ר ובכה"ג שפיר אמרינן אין אמע"ר דלאו בתורת מגו אתינן עלה כ"א מתורת עדים ובעדים מה שמעיד על עצמו שנעשה רשע לא מהימנינן ליה והלכך אע"ג דמדרבנן בעי קיום והתחלת הגדת העדות הוא בשעת הקיום מ"מ א"נ על הגדתם אנוסים מחמת ממון רק על מה שאומרים שחתמו שטר וע"ז הקשו התוס' דמה חזית דפלגת הכי פליג הכי אנוסים ולא מ"מ כ"א מ"נ וע"ז תירצו כיון דקיום שטרות דרבנן כו' ר"ל דמדאורייתא דהוי כמי שנחקרה משעת חתימה א"כ אפילו אם אמרו עתה אנוסים מ"נ לא מהימני דהא ה"ל חוזר ומגיד רק מדרבנן לא חשבינן ליה הגדה ועדות רק עתה בשעת קיום ולכן אם אומרים מ"נ חשבינן ליה חדא הגדה ונאמנין כל מה שמעידים באותה עדות שאין משימין עצמם רשעים וא"כ די בזה שיועיל לפסול השטר מחמת שהצריכו חכמים קיום היכא שאומר בפירוש מ"נ אבל למפלג דבורה לפסול השטר ולומר שאנוסים מ"נ זה לא אמרינן כיון דמ"נ גופא לא מהני למפסל מדאורייתא רק מדרבנן ולכן לא מהימנינן להאי דבורא דאנוסים מ"מ כלל:

ולפ"ז מ"ש בספר כתובה דהא כשהלוה טוען מזויף צריך קיום מדאורייתא לק"מ דעיקר הענין תלוי אם אמרינן דהוי כמו שנחקרה בב"ד משעת חתימה וכיון דמדאוריתא כן הוא והיינו מלתיה דר"ל א"כ כיון דעכשיו מתאמת לנו שאמת הוא שחתמו ושלא כדברי הלוה שטוען עכשיו לפנינו מזויף נמצא שהיה כאילו נחקרה העדים בשעת חתימה והגידו אז ולדינא דאורייתא אף שהעדים אומרים אנוסים מ"נ לא מהימני דהא כבר היה הגדה בעת חתימה ואין חוזרים ומגידים ומיגו הוי מיגו במקום עדים וכיון שאף מ"נ לא מהימני מדאורייתא רק מחמת שצריך קיום מדרבנן ממילא דלא פ"ד לומר שלא היה רק מ"נ והבו דלא לוסיף עלה דוקא באומרים בפירוש מ"נ ולא ע"י פ"ד:

ועפ"י מש"ל יש ליישב קושית התוס' שהקשו על רמב"ח דלהימן מחמת ממון במיגו דמחמת נפשות ולפי מ"ש א"ש דבאמת גם רמב"ח לית ליה מיגו במקום שמע"ר רק טעמיה דבכה"ג שאין כת"י יוצא ממ"א לא משוי נפשייהו רשעים כיון שא"א לגבות בלי שיקיימו הם השטר ואז יאמרו שאנוסים היו וגם שמא יגבה שלא בפניו ליכא למיחש כיון דלא ס"ל הא דר"ל טענינן ליתומים ולקוחות מזוייף כמ"ש באורך וכ"ז באין כת"י יוצא ממ"א אבל בשכת"י יוצא ממ"א והיה אפשר לגבות בלעדם שוב כשאומרים אנוסים מחמת ממון משוו נפשייהו רשעים ולא מהימני אף במיגו דמיגו לא מהני במקום שמע"ר אף לרמב"ח:

ולכאורה בהא דכתיבנא דאליבא דרבה שפיר משוו נפשייהו רשיעי אף באין כת"י יוצא ממ"א כיון דס"ל דר"ל ולא בעי קיום מדאורייתא יש לחוש שיגבה שלא בפניו דלדידיה

אין טוענין ללקוחות מזוייף כמ"ש התוס' בכתובות דף צ"ב ולכאורה ז"א לפי התוס' שם דאף דלא טענינן להו פרוע שהיה אביהן או המוכר יכול לטעון פרוע במיגו דמזוייף עי' שם.. אך אא"ז מהר"מ מלובלין בריש גיטין תמה על התוס' שם דמ"מ מה נ"מ הא נטעון ללוקח פרוע עי' שם ותירץ דנ"מ אם נכתב בשטר שהוא תוך זמנו ולפי"ז לרבא דס"ל בב"ב אדם פורע ת"ז א"כ אפילו תימא שהיה להם לחוש שמא יתבע בשטר תוך זמנו מ"מ לרבא שפיר טענינן פרוע אף ת"ז ואפשר לומר דגם לאביי ורבא שם דעביד אינש דפרע גו זימניה דלא לטרדן היינו דוקא בטוען ברי אבל ליתומים וללקוחות אף לאביי ורבא לא טענינן וכמ"ש בסי' ע"ח לענין יומא דמשלם זמן דדוקא אי טעין איהו אבל ליתמי לא טענינן (והא דפשיט בב"מ מהך דבכור מת האב עד שלא נפדה והתוס' מייתי לה בב"ב אהך דרבא י"ל כמ"ש באו"ת שם ס"ק י"א דשאני התם שגם הכהן טוען שמא עי' שם) ולפי"ז שפיר יש לחוש שיטרוף בשטר זה שיראה אותו לפני ב"ד ת"ז שלא יהיה חשש שנפרע אח"כ ויגבה בו מלקוחות כגון שמת או שהיה הלוה במה"י וכיוצא בו וכשיגיע זמנו לגבות יטרוף מיתומים ולקוחות:

אך הפ"י בריש גיטין שדא נרגא בהא דאא"ז מהר"ם דאם נאמר שבשטר שהוא תוך זמנו שפיר נפרעין מיתומים ולקוחות א"כ שייך שוב לא שבקת חיי' שיזייף שטר ויתבע בו ת"ז ועיין באו"ת סי' ס"ט מ"ש לתרץ והוא דחוק אך דאפילו תימא דטענינן פרוע במיגו דמזויף אף בשטר דת"ז כיון שי"ל דמזוייף וא"כ אין כאן הלואה כלל מ"מ בגוונא דהכא דמיירי שאומרים שההלואה אמת א"כ יש לחוש שמא יהיה עדים אחרים על ההלואה שהוא ת"ז או שיודה לפני עדים שלוה לזמן פלוני וא"כ אין כאן טענת פרעון רק שהשטר נכתב שלא מדעת הלוה וא"א לטרוף בו מלקוחות והוא יוציא השטר עם העדים שלוה ממנו והוא ת"ז ואז שפיר יטרוף בו מלקוחות כי אנחנו לא נדע שאנוסים היו ונכתב שלא מדעת הלוה ולא טענינן לה מזוייף וגם פרוע לא נטעון כיון שיש עדים שההלואה אמת והוא ת"ז ואפשר לדחות כיון דע"כ אין כאן עדים שיאמרו שהמה ראו המלוה שנכתב עליו זה אע"פ שיעידו שראו הלואה מצי לקוחות למטען שהוא הלואה אחרת בע"פ ואותה הלואה בשטר פרע לך ויהיה נאמן במיגו דמזויף אף שיכתבו בו הזמן והוא ת"ז מ"מ טענינן פרוע במיגו דמזויף דאל"כ לא שבקת חיי וכמ"ש הפ"י ויש ליישב וקצרתי:

והנה מה שהקשו התוס' שיהא נאמן במיגו דפרוע או לרמב"ח במיגו דמ"נ י"ל למאי דאמרינן לקמן דר"מ ס"ל מודה בשטר כו' ולא אלים מיגו לאורעי שטרא ואף דרבנן פליגי או דס"ל דעדים אלימי לאורעי שטרא כמ"ש בתוספות שם מ"מ היינו דוקא בכה"ג שהשטר אינו מקויים עד עתה שבאין לקיים אותו ובתכ"ד אומרים אנוסים היינו אין

זה אורעי שטרא שהרי עתה הוא נעשה שטר גמור ולכך שפיר מהני מיגו דאין זה כת"י לאורעי וכעין זה כתבו התוס' לתרץ קושיית דהוי מיגו במקום עדים משא"כ היכא שכת"י יוצא ממקום אחר שאז הוא שטר גמור מבלעדי העדים תו לא מהני מיגו דפרוע או מיגו מחמת נפשות לאורעי שטרא ואפשר לפרש שזה כוונת התוספות במ"ש דהוי מיגו במקום עדים ותירוצם וכבר ביארתי לעיל ולפמ"ש י"ל דהנה לר"מ ילפינן מהך דמודה בשטר לכאן ולכאורה התם מיירי בטענת פרוע דאינו עוקר השטר כלל משא"כ כאן שע"י המיגו עוקרין השטר ובכה"ג מהני כיון שלדבריהם אין כאן שטר כלל וצ"ל דהכי מדמה הש"ס דכמו דהתם אמרינן כיון דהשטר הוא בחזקת שאינו פרוע לא מהני מיגו לבטולי הך חזקה כמו כן כאן דחזקה שהשטר נחתם כהוגן דאנן סהדי שהשטר שחתומים עליו עדים אם ההלואה אמת הו"ל נחתם כהוגן ואנן סהדי לאו דוקא כמ"ש הפ"י רק פירושו שאנו מחזיקין אותו בחזקת כשר ולא מהני ביה מיגו לבטולי והתוספות קשיא להו דאף לרבנן אית לן למימר הכי דהא חזקה זו אלימתא הוא וכעדים דמי ואף דרבנן ס"ל גבי מודה בשטר דצריך לקיימו התם י"ל דמחמת המיגו אזל חזקה שיש לשטר שאינו פרוע דהא כל הלואה לפרעון עומד רק בשטר שייך שטרא בידי מאי בעי וכאן י"ל דסמך על המיגו דהא בידו לטעון מזייף משא"כ הכא גבי עדים שהאינו היא נגד חזקת השטר לגמרי וכמיגו במקום עדים דמי וע"ז תירצו כיון שהצריכו קיום כו' ר"ל כמ"ש דכל כמה דלא נתקים אין כאן שטר שנאמר בו שהוא בחזקה שהוא כהוגן רק עכשיו בשעת קיום נעשה שטר והרי הם אומרים תכ"ד אנוסים ובכה"ג שפיר מהני מיגו לאורעי שטר כזה שאנו באין עכשיו לקיימו ויש כאן הפה שאסר ולפי זה גם מה שתירצו התוספות על קושייתם דאין נאמנים במיגו דפרוע דהו"ל מיגו במקום עדים ג"כ ע"ד שכתבתי כיון דמיירי בכת"י יוצא ממ"א וכבר השטר בחזקתו דמסתמא נחתם כהוגן הו"ל מיגו במקום עדים אך על קושיא דיהיו נאמנים במיגו דמחמת נפשות לא כתבו הך תירוצא דהוי מיגו במקום עדים ג"כ ע"ד שכתבתי כיון דמיירי בכת"י יוצא ממ"א וכבר השטר בחזקתו דמסתמא נחתם כהוגן הו"ל מיגו במקום עדים אך על קושיא דיהיו נאמנים במיגו דמחמת נפשות לא כתבו הך תירוצא דהוי מיגו במקום עדים היינו משום דאם באים עכשיו בתורת עדים הו"ל חוזר ומגיד ולפי זה לרמי ב"ח דס"ל חוזר ומגיד ליכא לתרוצי מטעם מיגו במ"ע דהא מ"מ י"ל דעתה חוזרים ומגידים ויהיו נאמנים אע"פ שמשימים עצמם רשעים במיגו: והנה בקידושין דף מ"ג ע"ב ד"ה לעולם כו' הקשו התוספות דהא אית להו מיגו דנאנסו ותירצו דמ"מ צריך שבועה ועד הצריך שבועה אינו עד ושמעתי מקשין למ"ד שומרין

צריכין שני כסף א"כ משכחת לה שלא יצטרכו שבועה כגון דליכא כפירת ב' כסף ואיכא מיגו וקשה על הש"ע באה"ע סימן ל"ה וכ"כ הרמ"א שם דבשטר שיש בו ש"פ הוו נוגעים ולדעת הש"ך סוף סימן ס"ו בשם הריטב"א דאע"ג דעל טענת המיגו א"צ לישבע מ"מ כיון דעתה מכחישו בברי צריך לישבע היסת א"ש אך אכתי קשה לדעת הר"ר ישעיה והר"ן והמרשים הובא בש"ך סימן פ"ח דשבועת היסת נמי דוקא בכפירת ב' כסף ומצאתי שכן הקשה בספר שנדפס מחדש קצות החשן ע"ש בסי' ע"ח ולפום ריהטא י"ל דלכאורה לא מקשו התוס' מידי דהא קי"ל במפקיד מעות אצל חבירו ישתמש בהם לפיכך אם אבדו חייב באחריותן וא"כ אף אם יטענו נאנסו יצטרכו לשלם וכבר כתבתי במקום אחר דאף במוסר מעות לקדש יכול להוציאן וליתן אחרים תחתיהן ע"ש בשם הפוסקים וצ"ל דבאמת הכי קיימינן אליבא דר"נ ור"נ ס"ל בב"מ דף מ"ג דנאנסו לא אבל באמת אנן קי"ל התם כר"ה דאף בנאנסו חייב באחריותן פסקו שפיר בסתם דבקידושי כסף הוי נוגעין. אלא עדיין קשה על הרמ"א שכתב בשטר שיש בו ש"פ הוי נוגעין וזה צ"ע ועוד י"ל דלכאורה נאנסו לא שכיח וע"כ לומר דאף בלא שכיח אמרינן מיגו אך דהתוספות כאן הקשו הא הוי מיגו בשנים ותירצו דבטענה שנפטרם מממון אמרינן מיגו אף בשנים וי"ל דע"כ לא אמרינן בכה"ג שנפטרם מממון אלא אם הטענה שכיח אמרינן שבודאי שניהם דבר א' יתכוונו משא"כ אם הטענה לא שכיח אז אף בכה"ג לא אמרינן מיגו בשנים דמ"מ חושש כ"א שמא לא יתכוין חבירו עמו לדבר זו כיון דלא שכיח ובהכי יש לפרש דברי התוספות בכתובות שהקשו דנימא מיגו דהוו אמרו אנוסים מחמת נפשות ומתרצים דבב' לא אמרינן מיגו ועוד ואונס מחמת נפשות לא שכיח ולכאורה קשה דהא קי"ל דאמרי' מיגו דנאנסו ולפימ"ש י"ל כוונתם בתירוץ הב' דר"ל דאע"ג דנימא מיגו בשנים דעלמא מ"מ הכא דאונס מחמת נפשות לא אמרינן מיגו בכה"ג ובזה יש ליישב כמה ענינים וקצרתי:

דברי זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה עה

אלה ראובן הוציא שטר שכתוב בו שנתחייב לתת לו מזונות אאא א שלא או סך כך וכן לשנה ושמעון אינו רוצה לתת יותר משני שנים וגם אינו רוצה ליתן מזונות רק כפי סך הקצוב וראובן טוען שמחוייב ליתן לו עכ"פ ששה שנים כדרך העולם וגם רוצה דוקא במזונות כי כוונתו היה שהוא מחוייב לתת לו איזה דבר שיבור לו אם מזונות או דמיהם הדין עם מי:

תשובה דבר פשוט ומבואר בש"ס דב"מ בשטר שכתוב סלעים דשתים משמע והכי אמרינן נמי פרק המקבל גבי ההיא שטרא דכתיב ביה שנין סתמא ובב"ב ר"פ המוכר את הבית ואי א"ל ארעתא סתמא מיעוט ארעתא שתים וכן שם דף ס"ט גבי ארעא ודקלי יהיב ליה תרי דקלי ועי' בתוספות שם וא"כ כיון דשנים סתם נמי משמע עכ"פ שתים ובכל דוכתא קי"ל דכל לישנא יתירא לטפויי אתי וא"כ נראה שעכ"פ צריך ליתן לו שלש שנים דלישנא דכמה שנים לטפויי אתי ואפילו טובא משמע אלא דס"ל יד בעהש"ט על התחתונה ואינו יכול להוציא ממנו יותר משלש אבל עכ"פ שלש צריך ליתן לו אלא שקצת יש לעיין בזה מדאמרינן בהוריות דף זימרי זינה ונפלו כמה רבבות מישראל והרי התם באמת לא נפלו רק כ"ד אלף ואינו עולה לג' רבבות והו"ל למימר סתם ונפלו רבבות מישראל ומדנקט בלישניה כמה רבבות צ"ל דכיון דהוי טפי מחד רבוא אורחא למנקט לשון כמה רבבות וא"כ ה"ה הכא ואע"ג דכל לישנא יתירא לטפויי אתי היינו היכא שמה שאנו רוצים ללמוד ממנו יש הוראה מלשון זה שהוא מיותר וכגון הא דב"ב דף ס"ד ומודה ר"ע בזמן שאמר לו חוץ מאילו שא"צ ליקח לו דרך ע"ש אבל לשון כמה שנים אע"ג דמשנים בלבד נמי הוי ידעינן תרתי ומ"מ גם לשון כמה שנים אשכחן דקאמר הכי על שנים וא"כ אינו בכלל לישנא יתירא רק אורחא דאינשי דמשתעי הכי ואפשר לדחות דהתם כיון דהוי עכ"פ יותר משני רבבות לא דק בלישניה למנקט לשון זה אבל בשטר דעכ"פ הך לישנא יותר משתים משמע וא"א לומר שיתן לו קצת יותר משני שנים דסתמא אשני' שלימות הוא מתחייב ובשטרא דייקינן טפי וכיון דמפקינן ליה משתים אוקמי אשלש וכן נראה דבלשון בני אדם כמה שנים משמע שלש שנים ויותר ולכן נראה בשטר שכתוב בו שנתחייב לפרוע אחר כמה שנים שאינו יכול להוציא ממנו אחר ג' שנים וקצת ראיה מהא דאמרינן בגיטין דף וא"ו גבי פלגש בגבעה לפי שהטיל אימה יתירה בתוך ביתו נפלו כמה רבבות מישראל ושם נפלו מישראל ובנימין יותר מחמשה רבוא אך נראה דמ"מ מחוייב לשלם לו עכ"פ אחר תשעה שנים דכל שהוא מגיע לסכום עשר אסוכי מסכי להו וכה"ג אמרינן בב"ב דף קס"ו לענין אסתרי וזוזי ועיין בסימן מ"ב בחשבון סתם שהולכים אחר המנהג שרגילים באותו מקום וה"נ דכוותיה ובש"ס משמע שהיה רגילות להלוות לעשר שנים כמ"ש בכתובות גבי שנים שהוציאו ש"ח זה ע"ז ה"ד אי לימא זה לעשר וזה לחמש כו' וכן במכות דף ה' המלוה את חבירו לעשר שנים (וקצת יש לדחות דכה"ג אשכחן בפרק השואל האי מאן דאגר ביתא לעשר שנין כו') ומ"מ בזמנינו אין לדון מזה רק לפי מנהג המקום ולשער כפי הרגילות שמאחרין הלואה כזו לפי ערך הממון ולפי מה שהוא אדם ואם לא תאמר כן אלא לומר יד בעהש"ט על התחתונה א"כ

חזר הדין להיות דומה למתחייב לפרוע בפסח שמחויב בפסח הבא ראשון ואינו יכול לומר אפרענו בפסח הבא אחר כמה שנים וע"ש בסמ"ע דאל"כ יהיה השטר בטל לגמרי ובכה"ג לא אמרינן יד בעהש"ט על התחתונה וה"נ היה מחוייב לפרוע לו אחר ג' שנים שהוא הפחות שבלשון זה כמש"ל ועדיין לא נתחוור לי כל הצורך דיש לחלק בזה בין הך דהכא להההיא דפסח וגם יש שכתבו שם הטעם דמסתמא מתחייב לעשות בזמן ראשון משא"כ הכא לא שייך הך טעמא אך עכ"פ סמוך לעשר נלענ"ד שמחויב לפרוע אם יארע כזה בענין שאין לתלות במנהג המקום אבל היכא שיש מקום לדון לילך אחר המנהג המקום פשיטא דדמי להההוא דכתוב בו חשבון סתם וכמ"ש:

ובענין חיוב מזונות משום דהוי דבר שאינו קצוב כבר הסכימו כל הפוסקים דשפיר יכול לחייב עצמו וכן המנהג פשוט ואע"ג דאין המנהג ראיה לנ"ד דהמנהג הוא כשנותן קצבה לשנים ובכה"ג דעת רש"י דמקרי דבר שיש לו קצבה מ"מ הרי הפוסקים חולקים וס"ל דמזונות גופייהו לא קייצי אלא הטעם משום דיכול לחייב עצמו אף בדבר שאינו קצוב כאשר האריך בזה הש"ך והבאים אחריו רק לענין משועבדים מסתפק הש"ך ואפילו בקנו מידו וע"ש שהביא כן בשם הריטב"א ובמקום אחר באתי בארוכה בענין זה וכעת לא נפניתי להאריך אפס אזכיר מה דתמיה לי על מרן הגאון בעל פ"י ז"ל שהביא קושיית הש"ך על הריטב"א שפירש דבשטר גבי ממשעבדי וע"ז הקשה הש"ך דהא הש"ס משני כשקנו מידו משמע דבשטר לא מהני והוא ז"ל כתב לתרץ קושיא זו ע"פ דרכו וכתב דאין צורך לפ"ז לכל מה שהאריך הש"ך בשיטת הריטב"א ע"ש בפ"י בד"ה מתיב כו' ובמחילה מכ"ת כי רב הוא ואגב חורפא ושיטפא היה סבור שקושיית הש"ך הוא על מ"ש הריטב"א דשטר מהני והרואה יראה כי ע"ז לא קשיא ליה כלל רק דהש"ך קאי על מ"ש הריטב"א דקנין לא מהני וע"ז מקשה דהא בש"ס מוקי שקנו מידו וא"כ עכ"פ קנין הוי ככתיבה או אלים מכתיבה וא"כ למה כתב הריטב"א דבשטר עדיף לטרוף ממשועבדים ובקנין לא טריף וע"ז כתב דהריטב"א לטעמיה כו' והא דמשני בשקנו מידו היינו קנין בהדי כתיבה וכל דבריו סובבים ע"ז ע"ש:

אך כ"ז לענין משועבדים אבל לענין ב"ח כל בתי שבישראל פוסקים לחייב המחייב בדבר שאינו קצוב וא"כ גם בנ"ד הדין דין אמת כאשר כתבתי (ועיין בתוס' כתובות לענין מזון הבנות לאחר מיתה דמיקרי יש להם קצבה למעלה עד דתבגר) אך באמת כאן א"צ לזה דשפיר מיקרי דבר קצוב כיון שא"א לחייבו יותר משלשה אפילו אם לא היה דבר קצוב ג"כ קם דינא דחייב וכמ"ש:

ובענין הברירה ביד מי אם ביד המתחייב או ביד מי שנתחייב לו ראיתי ונזכרתי הלכה למעשה אשר ראיתי בהיותי מופלא סמוך לאיש ולמדתי בק"ק זבאריז לפני כבוד דודי מ"ו הגאון מוהר"ר סענדר ז"ל שהיה משכן כבודו שמה בעת ההיא ואיקלע עובדא לפני הדיינים שרופא אחד עשה התקשרות בכתב עם נער משרת ומשכורתו או מחצית שכר הגילוח או סך כך ובכלות השנה היה מדיינים הברירה ביד מי והדיינים חפשו בחושן משפט וילאו למצוא פתח לדין זה ורצו לדון בדין המוציא מחבירו ע"ה ויקריבו הדבר לפני אדמ"ו ז"ל והאיר עיניהם בהלכה כי דין זה מבואר ביו"ד הלכות רבית בסי' קע"ז בטור בשם הרמ"ה ובש"ע סימן ק"ו באם התנו הנותן והמקבל שיהיה פלגא באגר ובהפסד היכא שהוא אדם גדול דדייניגן ביה להיתרא אז אם כתוב בשטר דיהיב מרי עיסקא למקבל פלגא באגר ובהפסד משמע דמלתא במרי עיסקא קיימא ובדידיה תליא מלתא למיתב למקבל ואי דניחא ליה ואי כתיב ביה למשקל פלגא באגר ובהפסד משמע דבמקבל תליא מלתא למשקל מאי דבעי עכ"ל. ומזה נקח לנ"ד שכתוב בשטר שנתחייב לתת לו מזונות או דמיהם דבמתחייב תליא מלתא שאם ירצה לזון רשאי ואם רצה נותן סך הקצוב ונראה בהך דינא דהרמ"ה אם לא הוזכר בשטר מהנך לישנא למיתב או למשקל רק סתם שעשו ביניהם שיהיה פלגא באגר ובהפסד אז המע"ה ובנ"ד הדבר פשוט דכל המתחייב דבר נגד חבירו במתחייב תליא מלתא אם לא לשון השטר מורה להדיא שהתנאי היה שהענין תלוי ביד השני והדברים פשוטים לענ"ד. דברי זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד.

שאלה עו

שאלה ראובן קנה סחורה משמעון ושוב לא רצה לשלם לו כי אמר שלא היה בדעתו לקנות כלל רק שרצה לתפוס בעד חובו שמגיע לו משמעון ושמעון טוען כי המקח קיים ובענין החוב יקוב הדין את ההר ביניהם מה דינו:

תשובה לכאורה נראה שהדין עם שמעון שאינו יכול לבטל המקח שאע"פ שלדבריו לא היה דעתו לקנות כלל רק לתפוס מ"מ הא קי"ל בההיא דזבין אדעתא למיסק לארעא דישראל דדברים שבלב אינם דברים ואע"ג דבאומדנא דמוכח דברים שבלב הוי דברים מ"מ אין כאן אומדנא דמוכח דאף שנאמר שהדברים מוכיחין שרצה לתפוס לחובו מ"מ אין כאן אומדנא שלא נתרצה לקנות הסחורה די"ל דשפיר נתרצה לקנות הסחורה והיה בדעתו לתפוס המעות אך מצאתי בשו"ת פנים מאירות חלק א' סי' פ"ב כתב כעובדא דנ"ד ומשמע שדעתו שם לפסוק דהמכירה בטלה ולא נתן טעם למה לא נימא שהוא

דברים שבלב ואפשר דאזיל לשיטתו שם בתשובה סי' נ"ג כתב לענין קידושין לחלק דהא דזבין אדעתא למיסק כו' שפיר הוה דברים שבלב לפי שבעיקר המכירה היה פיו ולבו שוים אלא שבלבו להטיל בדבר תנאי המבטלו עי' שם ולכאורה י"ל דמסתמא היה כוונתו לקנות ולא לעבור איסור דאין אדם משים עצמו רשע:

אך י"ל דלענין דין ממון שפיר מהני טענתו אף במקום שמשים ע"ר ועי' מ"ש בזה בשו"ת ב"ח החדשות בק"א שם ובדברי הח"צ סי' ק"ן וגם נראה דהא דעובר בלאו היינו כשתופס בחזקה מיד חבירו אבל דרך הערמה שרי דאל"כ קשה היכא משכחת דינא דתופס בעל חוב במקום שחב לאחרים ויש סוברים דע"י שליח עדיף ולכאורה היה מקום לומר בזה אין שליח לדבר עבירה ועי' בח"מ סי' ד' לענין עביד דינא לנפשיה שכתב אבל תפיסה בעלמא שהוא תופסו למשכון יכול לעשות בכל ענין והיש"ש שחולק שם ס"ל דיכול לעכב פקדון שתחת ידו עי' שם (ואחר זמן נדפס ספר קצה"ח וכתב שם על פי דברי הריטב"א סי' כ"ח אף בפקדון בעי למעבד השבה מעליא ואין פנאי לעמוד על דבריו ועי' באורים ותומים סי' ע"ב ושוב ראיתי בשו"ת שבות יעקב חלק ב' סי' ודעתו שהמקח קיים וראייתו מהא דאמרינן בכתובות פקח היה שמכר לו השדה שיוכל למשכנו ועוד הביא ראיה מסימן ע"ד וראייתו יש לדחות במ"ש שם אחר כך וא"ל דהכא ניכר האונס כו' ז"א דהתם נמי מיירי שהיה מבריח מטלטלין כמ"ש רש"י שם והו"ל אגב אונסא גמר ומקני עכ"ל וא"כ י"ל דמוכר שדה נהי דנימא דמוכר מחמת אונס תלוהו וזבין מהני דאגב אונסא גמר ומקני אבל אנסוהו לקנות אינו קנין כמבואר בסי' ר"ה:

ולדינא נראה לפי עניית דעתי דכל שאין גילוי דעת או שמסר מודעא בפני אחרים שאין בדעתו לקנות הו"ל דברים שבלב ואינם דברים והמקח קיים (ומלתא אגב אורחא ראיתי בשו"ת שבות יעקב חלק א' בסוף סי' קי"א הביא ראיה לענין ערב לאשת אביו בכתובתה מב"ב דף קע"ג דקאמר מנין לערב דמשתעבד דכתיב אנכי אערבנו ומאי ראיה נימא דברא לגביה אבוה משעבד נפשיה עי' שם והוא תמוה דהא דאמרינן אבא לגבי בריה משעבד נפשיה היינו כשהוא ערב והוא עושה בזה טובה לבן וא"כ י"ל דבן לגבי אב כאב לגבי בן דמי רק ביהודה שאני שלא היה ערבותו בשביל טובת האב רק שהיה ערב לאביו עבור בנימין שילך עם אחיו ואין הפרש בין ערבות זה לשאר ערבות דעלמא) הנראה לפי עניית דעתי כתבתי דברי זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה עז

שאלה מכבוד גיסי החכם השלם מופלג בתורה וביראה המנוח מוהר"ר יאקיל זללה"ה: בכתובות דף ק"ט ע"ב ההוא דאמר דקלא לברתיה כו' היינו מתניתין פי' רש"י דאזלא גבי כל חד וחד ומצי מדחי' ליה כרבנן ותיבת כרבנן הוא תמוה דהא הכא הוי בארבעה דאתו מכח חד דאמר רבא דאפילו אדמון מודה:

תשובה אמת שלכאורה הוא תמוה וכמדומה שזה כביר גם כן נשאלתי על לשון רש"י בזה ועיינתי באלפסי ובדברי המפורשים שם וליתא שם תיבת כרבנן. אך אחר העיון נלענ"ד ליישב הגירסא שלפנינו דרש"י קשיא ליה הא דקאמר היינו מתני' ובאמת אין זו דומה למשנתינו דהא בזו אף אדמון מודה לכן הוכרח רש"י לפרש דהך מילתא נמי תליא בפלוגתא דאדמון ורבנן וא"ש על פי מה דאמרי' ביבמות דף ל"ז ע"ב ספק ובני יבם שבאו לחלוק בניכסי יבם לבתר דפליג יבם בניכסי מיתנא בני יבם אמרי אייתי ראיה ושקיל ואמר להו ספק מה נפשייכו אי אחיכון אנא כו' ר"א אמר קם דינא ר' ירמיה אמר הדר דינא לימא בפלוגתא דאדמון ורבנן קמיפלגי כו' אמר לך ר"א אנא דאמרי אפילו כאדמון ע"כ ל"ק אדמון התם אלא משום דא"ל ממ"נ דרכי גבך הוא אבל הכא מי איכא למימר הכי ור"י אמר לך ע"כ ל"ק רבנן התם אלא משום דא"ל אי שתקית כו' ופי' רש"י בהא דר"א דאדמון לא קאמר אלא התם דידע ה קתבע מיניה אבל הכא לא ידע מה תבע מיניה אי פלגי בניכסי מיתני אי פלגא בנכסי יבם ומכח שני הטענות בא עליהם בכל אחת אומרים לו הבא ראיה עי' שם:

ועיין באשר"י שרבינו אלפסי כתב דהלכתא כר"א דקים ליה כרבנן והרמב"ן מפרש דבריו דנקטינן כס"ד דש"ס ולא סמכינן אדחויה דדחי דאתי כתרווייהו ולפ"ז פלוגתייהו דרבנן ואדמון היינו בהך גוונא דלא ידע מה תבע מיניה דלאדמון אף בכה"ג נמי אמרינן ממ"נ (וכדי לבאר יותר נלענ"ד דודאי לכאורה קשה דהא שפיר קאמר ר"י דלרבנן לא קאמרי רק משום אי שתקית כדמפרש רבא וצ"ל דס"ל לר"א דמשום זה אין מקום לזכותו לגמרי כאלו ביד הארבעה דהא ס"ס השתא מיהא בידיה היא והרי ע"כ א' מהם לא מכר רק מה שיש לו בו רק כיון דעכ"פ אין יכול לבא עליו מכח אחד שהוא טענת ברי רק מכח ארבעה ועל כל חד הוי מצי מדחי ליה ממילא דדמי להאי דס' ויבם דכיון דאתי מכח ממ"נ אין עליו שם טענת ברי כלל ולפי"ז י"ל דודאי גם אדמון לא פליג דמצי למימר אי שתקית אלא דאדמון סבר כיון דעכ"פ מצי למיתי עליו מכח ממ"נ תו לא מצי מדחי ליה אף שבא עליו מכח שני טענות):

ולפי"ז בההיא דדקלא לברת' אע"ג דפלגי לנכסי מ"מ ודאי שיש ת"י כ"א הדקל או חלק שלקח מנכסי אביו תמורת הדקל שלקח אחיו ולפי"ז פשיטא דלא שייך דחי' לאדמון דהא שפיר מצי למיתי על כל חד מתורת ממ"נ ולכך קאמר רב יוסף היינו מתני' משום דלרבנן אף היכא שבא עליו בתורת ממ"נ מצי מדחי לה וע"ז קאמר אביי דלא דמי דהתם כל חד מצי מדחי לי' ר"ל שאם היה מחזיר השטרות היה בידם לדחותו לגמרי של מזרח אומר לו בצפון הלכך אף דהשתא אתי עלה בתורת ממ"נ לאו טענת בריא הוא ומצי מדחי ליה כההיא דספק ובני יבם משא"כ הכא דקלא גבייהו הוא שהרי כל הנכסים היו יחד כו' כמ"ש רש"י שם ומעולם לא היה שעת הכושר לפטור נכסים אלו מחיובם וכיון שכן לא נסתלק מעל הנכסים וצריכין לתת כולם יחד דקל אחד מקודם שחלוקתן אינו מועיל לסלק חיוב הדקל וזה ברור לענ"ד דברי גיסו הצעיר:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה עח

להרב וכו' מוהר"ר יוסף אב"ד דק"ק בערזאן במ"ש על דברי הרא"ש בב"ק ריש פרק המניח:

אחד"ש הגיעני דברות שניות שלו נאמר בהם כי טוב וכשר לפניו ליישב גרסא הישנה דהש"ס ס"ל דאם באורה חייב באפילה נמי חייב וקשיא לי על גירסת המע"מ דל"ל להרא"ש למימר דלית הלכתא כרב נגד שמואל ור"י דר"ל דאונס דרב הוא אונס גמור דליכא דכוותיה ימחול מעכ"ת לעי' בסמ"ע סי' תי"ב ס"ק ג' דאף דקאמר דממלא כל הדרך כדים מ"מ מיירי שאפשר לו לסבב ולילך מן הצד או להגביה רגליו לעבור דרך עליהן דאל"כ אפילו שבר בידים פטור ע' שם וממילא דא"ש דברי המע"מ ומה שהקשה עוד דהו"ל להש"ס למימר והא קי"ל כר' אלעאי כו' נפלאתי דגם תי' מעכ"ת ע"כ דהש"ס קשיא ליה דלא מסתבר לחלק בין אפילה לאורה וע"כ דמתני' דפטרה אף באורה נמי פטור וכ"כ הב"ח ושאר המפורשים לגירסא הישינה א"כ היינו דר' אלעאי והו"ל למימר והא קי"ל כר' אלעאי א"ו דמהא דאנן לא מסתברא לן דשמואל וסבירא לן כר' אלעאי ל"ש לעשות מזה דרך קושיא על רבא דסבר כשמואל רק כן דרך הש"ס בעלמא לימא רב דאמר כו' אמר לך וכן כאן אומר כמסתפק ושואל לימא רבא דאמר כשמואל ופסק דלא כהלכתא כו' ומשני קרנא דעצרי הוה כו' ומ"ש דהש"ס פריך דרבא ע"כ או כשמואל או כר"י דכרב בלא"ה מדחה הש"ס כו' הוא תמוה דא"כ לא היה צריך הרא"ש לומר

טעמא דלא קי"ל כוותיה נגד שמואל ור"י ובעיקר הפירוש שכתב מכ"ת כבר כתבתי שכ"כ הב"ח:

ולענ"ד הוא תמוה ג"כ דל"ל להרא"ש להאריך בזה ובפשיטות הו"ל למימר כיון דהש"ס קאמר אמלתא דרבא דמחייב באורה לימא כו' משמע דהש"ס ס"ל להלכתא לפטור באורה אף בלי אונס כלל דלא כשמואל ורב ור"י דלכולהו לא הוה צריך לאוקמי בקרנא דעצרי אלא כל שאינו ממלא או שאינו בקרן זויות חייב ולפמ"ש המע"מ א"ש דלכאורה היה אפשר לדייק מדנקיט לימא כשמואל ס"ל והרי באמת אין הכרח שיסבור כשמואל דוקא דהא רב ור"י נמי סברי הכי ומזה היינו מדייקים דדוקא קאמר כשמואל דלא מסתבר ליה מילתא שיצטרך אונס אפילה לפוטרו אבל מ"מ אם נרצה לפוטרו בעינן אונס דקרן זויות או דממל' והש"ס קים ליה דעובדא בכה"ג הוי ואפ"ה חייביה רבא דס"ל דכה"ג לא הוי אונס כ"א אונס דאפילה דוקא וע"ז כתב הרא"ש דז"א דהא אונס קרן זויות הוא אונס גדול יותר מאפילה וא"כ ע"כ דלא מיירי בקרן זויות דאל"כ אמאי חייביה רבא נהי דס"ל כשמואל מ"מ הו"ל למפטריה דאפילו באונס קטן מזה דהיינו אפילה פטור ומכ"ש בקרן זויות אלא ע"כ דלא הוי עובדא בקרן זויות ואפ"ה ס"ל להש"ס דדינא הוא דפטור באורה ומכ"ש שאין מקום לאוקמי הך עובדא בממלא ולמימר דאנן ס"ל כרב דבעי אונס ממילא שהוא אונס קטן מזה כיון שעיניו הרואות והו"ל לסבב הדרך דז"א דאין לפסוק כרב נגד שמואל ור"י ולפי מסקנת הרא"ש צ"ל הא דנקיט הש"ס במילתיה לימא כשמואל כו' הוא לאו דוקא אלא משום דמעיקרא קאמר הוה עובדא וחייביה שמואל וכ"כ בפ"י עי' שם:

דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה עט

שנית על ענין הנ"ל:

להרב ה"ה וכו' מוהר"ר יוסף אב"ד דק"ק בערזאן:

אמרותיו הנעומים קבלתי והנה מ"ש על מ"ש מדברי הסמ"ע סי' תי"ב במכתבי הראשון קצרתי לגודל הנחיצה והואיל וראיתי שדרכן של ב"א להתבונן בדרכים אילו אמרתי לבאר קצת ומתחלה אבאר דלכאורה קשה לפמ"ש הש"ע שם ולפי פירוש הסמ"ע בקרנא דעצרי ומילא כדין ויש מקום לסבב ולילך יש חילוק בין נתקל ובין שבר א"כ מאי פריך ר"פ על רב מאי אריא נתקל כו' דהא ר"פ גופיה מוקי מילתיה דרבא בקרנא דעצרי וא"כ

לוקי מתני' בהכי ולא תיקשי על רב וצ"ל דמתני' לא ניחא ליה לאוקמי בהכי כיון דקתני המניח את הכד בר"ה משמע דאף בר"ה ממש שאינו קרנא דעצרי פטור:
אך עדיין קשה דמנ"ל לאקשויי בפשיטות על רב ונצטרך לדחוקי דה"ה שבר כו' דהו"ל לאוקמי בכה"ג שאפשר לו להקיף ולילך מן הצד וס"ל לרב דבכה"ג דווקא נתקל פטור אבל שבר חייב וכמ"ש הסמ"ע לענין קרנא דעצרי לדידן כמו כן י"ל אליבא דרב בר"ה ממש וצ"ל דבאמת הסמ"ע מחלק בין היכא דיש קצת דרך לעבור אז יש חילוק בין נתקל ובין שיבר משא"כ היכא שאין דרך לעבור כלל אפילו שיבר פטור וטעם הדבר מבואר דכל שהניח דרך לעבור אכתי ברשות קא עביד כיון דקרני דעצרי הוא רק בנתקל פטור כיון שעכ"פ מילא כל הדרך אף שהניח דרך קצת מ"מ לא הו"ל להך לאסוקי אדעתיה אבל מ"מ מקרי ברשות לענין אם שיבר זה בידים חייב משא"כ מילתא דרב דקאי אמתני' דמיירי בר"ה ממש שעשה שלא ברשות מה בכך שהניח דרך ע"י סיבוב והקפה וכיון שלא ברשות קעביד הא קי"ל כר"נ דאמר עביד אינש דינא לנפשיה ואפילו שיבר ממש פטור וזה מבואר להדיא לקמן בש"ס דף ק"ח ת"ש המניח כו' טעמא דנתקל בה הא שבר חייב אמר רב זביד כו' ופירשו התוס' שם דלר"נ פריך דלר"י דס"ל היכא דליכא פסידא לא עביד כו' לק"מ דלא דמי לחצר חבירו שאדם יכול להקיף בר"ה ולילך בכל מקום שירצה עכ"ל והנה רש"י שם מפרש דאתרווייהו פריך ולדידיה י"ל דס"ל דגם בכה"ג איכא פסידא מקרי דהא צריך להקיף ולסבב וכל שהוא מרבה עליו הדרך יכול לעכב עליו וכדאיתא בב"ב ופסידא מקרי וכיוצא בזה כתבו התוס' ד"ה משבר ויוצא דלא אטרחהו רבנן לסדרן זה ע"ג זה וע"ש דהתם קאי גבי חצר ומינה נמי בר"ה אף שיש קצת דרך אין מחייבין אותו להקיף ואף לר"י משבר והולך והתוס' סוברים דכיון דעכ"פ יכול להקיף לא מקרי פסידא וקושיית הש"ס אליבא דר"נ ולפי דברי התוס' דבר זה מוכרח דרב מיירי בכה"ג דליכא פסידא דאל"כ הו"ל למפרך נמי על רב יהודה דדחיקא ליה להתוס' לומר דאתרווייהו קאי וכ"כ בהגהות אשר"י וז"ל אבל ממלא ר"ה או חצירו חביות שיש טורח לסדר זע"ז יכול לשבר ולצאת וליכנס וגם אצל להקיף וכ"כ בהגמיי' פרק מהל' הרי מבואר כמ"ש דדברי רב אמורים היכא דליכא אונס כולי האי שהרי יכול להקיף ולילך בכל מקום שירצה או לסדרן זעג"ז והוי אונס קטן יותר מדשמואל ור"י וא"ש דברי הרא"ש לגירסת המע"מ:
ובמכתבי הראשון הבאתי בקצרה מדברי הסמ"ע לראיה דאף דאי תנא שם בש"ע שמילא כל הדרך כדים פירושו דמיירי שיש דרך לעבור מן הצד (ואף דשם מיירי לענין קרנא דעצרי היינו לדידן דקי"ל כר"נ ואי לאו קרנא דעצרי פטור אפי' שיבר דעביד אינש כו') וה"נ שפיר מתפרש כן מילתא דרב דקאמר בממלא ר"ה כולה חביות ויש קצת סיוע מזה

למ"ש הט"ז בהלכות ר"ה סי' תקפ"ב בהא דאמרי' בתפלה מלוך על כל העולם כולו שהוא כפל דמצינו הרבה פעמים רובו ככולו וקמ"ל כאן כולו ממש ויש סיוע לזה לעיל עכ"ל. ומ"ש ויש סיוע לזה לעיל ר"ל ממ"ש בסי' ש"פ לענין מבטל רשות דלא מהני שיאמר לכו לכם ע"ש ומכאן נמי משמע דאע"ג דקאמר ר"ה כולה אין ר"ל כולה ממש דאכתי יש דרך מן הצד:. אמנם מ"ש בש"ע מתחלה לשון הרמב"ם ואח"כ לשון הטור וזה הזקיקו להסמ"ע לפרש דמחלק בין יש דרך לעבור או לא ובאמת שצ"ע על הש"ע דמנ"ל הך חילוקא שהרי הרמב"ם לא כתב כלשון הטור אלא סתם וכתב פטור על שבירתה ולא ביאר אם ר"ל שבירה בידים או שבירה דע"י שנתקל בה שברה והטור שכתב להדיא דאף שיבר בידים פטור השמיט בלשון הרמב"ם או שמילא כו' ולא העתיק רק מ"ש הרמב"ם ואם היה אפילה ונראה שבכוונה השמיט זה דאין דיניהם שוה דבאפילה דווקא נתקל פטור הא שיבר בידים חייב ובמילא כדים פטור אף שיבר בידים:

אך נלענ"ד דחילוק הסמ"ע מוכרח אף להטור דאל"כ קשה היאך כתב כאן דאפי' שיבר בידים פטור ולעיל ס"ס שע"ט העתיק לשון הרמב"ם פ"ו מהלכות חובל ומזיק שכתב וז"ל הרי שמילא חצר חבירו כדי יין ושמן אפילו הכניס ברשות ה"ז נכנס ויוצא כדרכו וכל מה שישתבר בכניסתו וביציאתו הוא פטור ואם שברן בכוונה אפילו הכניס בעל הכדים שלא ברשות חייב לשלם עכ"ל והטור שם השיג אירישא דמילתא דהרמב"ם לענין הכניס ברשות אבל בסיפא נראה דאודיי אודי ליה וכן פסק הש"ע ג"כ הרי דאפילו בחצר חבירו ממש והכניס שלא ברשות מ"מ אם שבר בכוונה חייב וכ"ש בר"ה וכ"ש בין הגיתות שעכ"פ יש לחייב זה על שבירתו בכוונה וצ"ל דהתם אע"ג דנקט שמילא חצר חבירו מ"מ מיירי שיש לו דרך מן הצד שיכול להקיף אלא שאינו מחוייב בדבר לכן בשיבר בידים חייב משא"כ הכא שאין לו דרך לעבור כלל אפילו בין הגתות שלא ברשות קעביד ואפילו שיבר בידים פטור ומכ"ש בר"ה דעלמא ומכ"ש בחצר ואפשר שלזה רמז הסמ"ע במ"ש וגם עיין ס"ס שע"ט ר"ל דכי היכי דלא לסתרי דברי הש"ע מוכרח חילוק זה:

ומעתה מ"ש כ"ת לפרש דהרמב"ם מיירי ג"כ בדליכא דרך לעבור ומ"ש פטור על שבירתה לצדדין קתני באפילה באיתבר ממילא ובממלא אף ששבר בידים ז"א ששבר בידים חייב אף בחצר שהכניס בו חבירו שלא ברשות ומכ"ש בזה ועוד דפשיטא דלא הו"ל לכלול אפילה וממלא ביחד וה"ל למפסק להו בסכינא חריפא כיון דאישתני דינא דממלא אפי' שבר בידים פטור. לכן נלע"ד לבאר כוונת הרמב"ם שכתב וז"ל ואם היה אפילה או שמילא כו' פטור על שבירתה ואם נתקל בה הרי בעל הכד חייב וצריך להבין הך לישנא שכ' ואם נתקל בה דהא מיניה קא סליק דהא מה שפוטר על שבירתה גם אפילה היינו

נמי שנתקל בה והו"ל למימר כמו בסיפא דרישא כדנקט ואם הוזק בה המהלך כו' לכן נלפענ"ד דהרמב"ם כאן לא מיירי משבירה בידים דבהא חייב בכל גווני דלא עדיף מחצר חבירו רק הרמב"ם מיירי משבירה דרך כניסה ויציאה וס"ל דיש חילוק בין אם נתקל בה ונשברה ובין אם נשברה דרך כניסה ויציאה. והחילוק הוא דדרך כניסה ויציאה יודע בנפשו שהוא דורס על הכלי ואפשר שתשתבר אבל מ"מ הוא אינו מכוון לשבור ואם נשברה דרך הלוכו נשברה ואם נתקל ושברה פירושו דלא ידע כלל שיש כאן כלי רק שנתקל בה וע"כ נשברה שלא בידיעתו ובפשיעתו כלל ומעתה נחזי אנן באפלה וקרן זווית אע"ג דג"כ שבירת הכלי הוא דרך הלוכו מ"מ שפיר מיקרי נתקל שהרי הוא הולך באפילה ולא ידע שבזה יכשל ואין יודע אם יש שם כלל משא"כ לרב דמיירי באור' והוא נופל וגלו עינים שרואה הכלי לפניו אף שאין כוונתו לשבר אותם מ"מ אם נשברה דרך כניסתו ויציאתו לא מיקרי נתקל שהרי במתכוון הוא דורס על הכלי אלא דמ"מ הוא פטור משום שזה ממלא כל ר"ה והיינו דקאמר הש"ס דמתני' דוקא כשמואל וכו' דאי כרב מאי אריא נתקל אפי' שבר נמי ואין ר"ל שבר בידים אלא ר"ל דאף ששבר דרך כניסה ויציאה וידע שהוא דורך על במתי הכלים לא מתחייב בהכי ולישנא דנתקל משמע שלא נתכוון לדרוס על הכלי אלא מחמת שנתקל נפל עליו וע"ז משני אפי' שבר כו' ולפי"ז א"ש מ"ש הרמב"ם פטור על שבירתה ור"ל על שבירתה בדרך הלוכו דאז בין באפילה בין בממלא פטור אך דבכה"ג אם הוזק בה בעל הכד פטור כיון שעכ"פ היה דעתו לדרוס על הכלי וה"ל לאסוקי אדעתיה דשמא ישבר ויוזק בה והו"ל לנטורי נפשיה ודוקא בנתקל בה פטור וכמ"ש בש"ס דסיפא נתקל דוקא ולכך כתב הרמב"ם ואם נתקל בה כו' דמתחלה מיירי בשובר דרך הלוכו ובזה פטור בין באפילה בין בממלא אף דרך הלוכו בכלל נתקל הוא ובממלא פטור כיון שזה עביד שלא ברשות עביד אינש דינא לנפשיה אבל משובר בידים לא מיירי הרמב"ם דבכה"ג לא שייך עביד אינש דינא לנפשיה רק אם שיבר דרך כניסה ויציאה אבל בידים ממש דהיינו ששובר בכוונה לא עדיף מאם הכניס חבירו לחצירו שלא ברשות דאם שיבר בכוונה חייב כנ"ל ברור בלשון הרמב"ם ז"ל ולפ"ז י"ל דשפיר מיירי הרמב"ם אף היכא שנשאר דרך מן הצד ואפ"ה פטור על השבירה דרך כניסה ויציאה דדוקא אליבא דר"י דס"ל היכא דליכא פסידא לא עביד כו' מחלקים התוס' בין ר"ה לחצר חבירו משום דיכול להקיף משא"כ לדידן דקי"ל כר"נ אף בר"ה נמי משבר ויוצא משבר ונכנס אף שיכול להקיף ואין להאריך:

כ"ד אוה"נ דורש"ת הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד סליק שאלות ותשובות בית אפרים חלק חשן משפט שמוטת הסימן שנשמט ממקומו סי' כ"ד שאלה כד שאלה ראובן

ושמעון היה להם סכסוכים נידון בית שהיו שותפים בו ואח"כ נתפשרו וז"ל הכתב נתפשרנו כו' ועתה טוען ראובן כי כתב ההתפשרות אינו כלום דהקנין שלא להשכיר הוא קנין דברים ואפילו אם קנין להשכיר קנין דברים הוא ואפילו שהוכפל הקנין ובכה"ג איתא בסי' רי"ב אם אמרינן דמסתמא ליפות כחו כתבוהו שלא נכתב ב"פ בכדי אין ענין לכאן דהתם יש לפרש דמסתמא הקנה הגוף כדי לדור בו כמבואר שם אפילו לא הוכפל ע' שם אבל כאן שאין לקנין הזה שום מקום לחוש ע"ז ואין לך קנין על דבר שאין בו ממש גדול מזה ולא שייך חליפין בכה"ג כיון שאינו מקנה שום דבר ואפ"ת דאם קיבל בקנין והשכיר ובכה"ג מהני שיכול לחייב עצמו אף בזה כבר האריך בספר בני יעקב שאף בכה"ג לא מהני לדעת הרבה פוסקים אבל איך יתקיים ע"י הקנין שלא יוכל להשכיר ועוד דשאני הך דסי' רי"ב מהך דהכא שנזכר עוד כמה ענינים ויוכל להיות שהקנין קאי ע"ז ולא על למחות להשכיר. ומצד מ"ש שנשבע אין לחוש שהסופר שכותב טופסי דשטרא הכי הוא ובכה"ג מבואר בשו"ת ובפרט בנודע ביהודה סי' ל' חלק ח"מ שאין לחוש וגם כיון שהוא בלשון עבר כל הפוסקים מודים ואע"ג דבסי' ע"ג כתב הסמ"ע דאם כתב שנשבע בפ"מ לא מהני טענתיה אף בזו כתב הט"ז דבאמתלא נאמן ואין לך אמתלא גדולה מזו שנוסח השטר כן הוא וכ"כ הגאון הנ"ל בחלק יו"ד סי' ס"ח. אך דלכאורה תברא לגזוזיה בחלק ח"מ סי' ל' הנ"ל:

ולענ"ד העיקר כמ"ש בסי' ס"ח דמשמע שגם שם באתה הכלה עצמה לבסוף עה"ח ואפ"ה פטרה וכתב דהוי אמתלא וכן מבואר בכנה"ג סי' ע"ג ובהגהות הב"י ס"ק י"ח בשם הרא"ם עי' שם ומ"ש הנ"ב באותו תשובה אות י"ג שהתה"ד מסתפק אם התובע מודה ורמ"א סי' ר"ז הכריע דמהני אם הודה שנשבע. ולענ"ד התם אף אם התובע מודה שלא נשבע מהני כמבואר בסמ"ע שם ובסעיף ט"ו ולענין אם כתב בשטר שקנו ממנו בבד"ח עי' שם בסמ"ע דטעמא משום דגמר ומקני ומה שמשיג על הט"ז נלע"ד עיקר כהט"ז בפי' דברי רמ"א דאל"כ אין פירוש למ"ש וכ"ש אם אמת שלא נשבע שלא נחייב אותו בהודאתו ובאמת כוונת רמ"א הוא עי' במ"ש מהר"ם פדוואה סי' נ' דגם בסיפא מיירי התה"ד בבע"ד מודה שלא נשבע אלא שהוא טוען לענין הממון כיון שהודית תתחייב לי מחמת הודאת בע"ד ולכן כתב רמ"א דאפילו אם אין הבע"ד מודה מ"מ אין הב"ד מחויבים להזהירו וזה עדיף טפי ממ"ש מהר"ם פדוואה בפירוש התה"ד דבכה"ג נמי פשיטא לרמ"א דנאמן לענין איסור שבועה ומכ"ש אם האמת שלא נשבע דהיינו שחבירו מודה וא"כ אין כאן איסור מכח השבועה אע"פ שחבירו טוען הרי הודית לי מ"מ אין אנו מחייבין מחמת הודאתו רק ע"י השבועה הכתיבה ונאמן ע"י אמתלא ונראה דרמ"א

יליף לה ממה דסיים התה"ד ונראה שאם הודה ברבים כו' וכמבואר בדבריו בי"ד סי' רל"ג דכייל ותני להו בהדי אהדדי וזהו כוונת הסמ"ע בח"מ סי' ע"ג שכתב בשם תה"ד דאם אינו מודה לענין ממון דינו כשטר דלית ביה שבועה ר"ל שאין הב"ד יכולין לכופו רק דלא מהני:

ומה שמחלק בשב יעקב סי' מ"ט ובנ"ב בח"מ סי' ל' דמה שנשבע לחבירו שפיר הב"ד יכופו אותן וכמ"ש הסמ"ע דאם כתב שנשבע בפ"מ לא מצי להתנצל בזה אני תמה דהרי מה שהב"ד מחויבים לכופו אינו רק מחמת שזה יעבור על איסור שבועה אם לא יקיים לחבירו ומה לי שהוא נגד ב"א או לשמים לחוד סוף סוף אי אמרינן שהוא נאמן וכההוא דאמרו לו אכלת חלב כמ"ש בשב יעקב ובמהרי"ט סי' ק"א ה"ה לענין הנשבע לתועלת חבירו כגון שכתב שנשבע שיתן מתנה לפלוני ועתה אומר שלא נשבע בפועל ונותן אמתלא דמה לי זה או כתב בשטר שנשבע להתענות היום ונותן אמתלא ובזה צדקו דברי הט"ז דכל שנותן אמתלא נאמן ונראה דאפילו הסמ"ע מודה דדוקא בנידון דתה"ד דיוכל להיות שבאמת גמר ונתחייב לו כך אין לנו להאמינו כיון שכתב ונשבע בפ"מ משא"כ כאן שהענין ידוע שקיבל עליו שלא להשכיר הבתים וע"ז אין קנין מועיל רק אם באמת נשבע ממש וכיון שהכל יודעים שלא נשבע אין לנו לומר דמסתמא נשבע שלא בפני בע"ד כיון שהוא מודה אלא נאמן שלא נשבע רק שחתם על טופסי השטרות וכדברי הרמ"א בי"ד סי' רל"ב. הטענה הב' כיון שהיה כתוב ששמעון יתן מכיסו בתחילת הבנין סך כך וראובן טוען שלא קיים א"כ נתבטלה השבועה והקנין כיון ששמעון פרץ הגדר תחלה כמבואר בי"ד סי' תל"ב ועי' סי' כ"א ובנ"ב סי' ס"ח וכבר כתב הרשב"א סי' קי"ח דכל שאין החיוב מצד הדין רק מצד השבועה שחייב לקיים כולהו טצדקי דאפשר למיעבד להעמיד הדין עבדינן ולפטור מעונש חרם ושבועה וכתב עוד שם שנאמן לפרש כוונתו באיזה אופן אפילו היה אפשר לספק בלשון השנוי או שלא היה מתברר כך וטוען הוא שכך היה כוונתו נאמן הוא שהרי כשאתה בא לחייבו אינו מצד הדין רק מחמת החרם ושבועה ואדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים וליתן לו איזה דבר אינו נאמן נגדם ולא אמרי' אדם נאמן כו' דעתם לפסוק כהרמב"ם פרק י"א מהלכות שגגות דלא פסק הך דנאמן על עצמו אבל הראב"ד דס"ל הלכתא דנאמן ע"ע א"כ אפילו יש עדים המכחישין אותו אין הב"ד יכולין לכופו אבל אפשר דכת"י גרע טפי. אך בנותן אמתלא למה כ"כ א"נ כיון דלענין איסור מהימן שוב אין מקום לחלק ולומר דלענין ממון כייפינן ליה ואע"ג דלענין טענת אונס הייתי מחלק כמ"ש הש"ך דלענין ממון לא מהימן היינו מטעמיה דכ"א יאמר אנוס הייתי בלא"ה לא וכמ"ש הש"ך שם בשם הרשב"א דאף בנדר לחבירו

אם יש שם אונס אע"פ שאמר שהוא נשבע ונודר מדעת אין בכך כלום שמתוך אונסו אמר כן ואם אין האונס ידוע רק שיש רגלים לדבר נאמן ואין לך רגלים לדבר יותר מזה שידוע שאין שום בני אדם נשבע רק שהסופרים כותבין לרווחא דמלתא ומכ"ש שהוא נאמן שלא קיים התנאי שהוא בקום ועשה ועי' ביו"ד סי' רל"ב שכתב הש"ך דלענין שט"ח לא מהימן והקשה ממ"ש הר"י בן הרא"ש דאם אמר קיימתי השבועה נאמן וכתב דשאני אונס דלא שכיח א"נ דכל אחד יאמר אנוס הייתי ואני תמה דמבואר בב"י סי' רכ"ח דהר"י השיב על מי שחייב לחבירו מנה בשטר וכ' שנשבע לפרוע לזמן פ' וטוען שקיים שבועתו והלה אומר לא קיים והשיב שאם אין כתוב בשטר שלא יוכל לטעון פרעתי אין אנו יכולין לפוסלו מחמת השבועה אע"פ שחייב לפורעו עכ"ל וא"כ הר"י לפסלו מיירי ובכה"ג נראה דאפילו לטעון אנוס הייתי מהימן וקצת היה נלענ"ד דתיבת לפסלו הוא ט"ס וצ"ל לכופו מחמת השבועה אך בב"י שם ממ"ש על תשובת הרשב"א שהביא שם שאין זה סותר לתשובת הרא"ש ובנו דשאני הכא שיש ב' עדים לא משמע הכי וצ"ע ודברי הש"ך יש ליישב וקצרתי ועי' בח"מ סי' ל"ד סעיף ה' במ"ש הרמ"א שאינו נאמן לומר אנוס הייתי ובדברי הש"ך והאחרונים שם וקצרתי:

דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד.