הלכה · משנה תורה · מפרשים

מחנה אפרים חלק א - ב

רבי אפרים נבון

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

מחנה אפרים חלק א - ב

רבי אפרים נבון

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/מחנה-אפרים-חלק-א-ב/
הקובץ נוצר ב־20 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

הלכות שבועות 5
הלכות נדרים 43
הלכות צדקה 85
הלכות נזקי ממון 117
הלכות גזילה 132
הלכות מכירה 162
קנין משיכה 162
הלכות קנין חליפין 174
הלכות קנין מעות 175
הלכות קנין חצר 188
הלכות אונאה 203
דיני אסמכתא 234
הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם 239
הלכות טובת הנאה ממון 251
הלכות זכיה מהפקר 257
הלכות זכיה ומתנה 270
הלכות שלוחין ושותפין 347
הלכות שותפות 400
הלכות עבדים 412
הלכות שומרים 421
הלכות שאלה ופיקדון 477
הלכות שכירות 494
מחנה אפרים חלק ב 533
הלכות שכירות פועלים 533
הלכות מלוה ולוה דיני רבית 552
הלכות גביית חוב 624
הלכות ערב 642
הלכות עדות 650
חידושי הרב המחבר ז"ל שנמצאו סביבות הרי"ף ומפרשיו 664
חידושים על הרמב"ם ומפרשיו 685
חידושים על טור יו"ד 844

חידושים על טור או"ח 859
חידושים שנמצאו בגיליון תשו' מהרימ"ט ח"א 871

הלכות שבועות

סימן א

יעקב בעודו בריא חשב את הקץ וכתב בספר את אשר יעשון בניו אחריו ואחרי כן קרא לבניו והכריחם שישבעו לקיים את כל אשר נמצא כתוב שם והנה בניו מפני כבוד אביהם עשו כמו כן ונשבעו מבלי שידעו מה היה כתוב שם ואחרי פטירת אביהם מסר השליש הכתב בידם ומצאו כתוב בכלל הצוואה שבניו שלשה אחרי פטירת אמם לא ידורו בעיר הזאת אלא כל אחד ילך וידור בעיר אחרת והמה ראו כן תמהו וצועקים לאמור אלו היינו יודעים לא היינו נשבעים:

תשובה תחלה צריך אני למודעי אם שבועה זאת שהשביע יעקב את בניו חלה עלייהו לגמרי דכיון דבעת שהשביע אותם לא היו יודעים על מה היו נשבעים יכולים לומר לא היינו יודעים שעל דבר זה היה משביע אותנו ואלו היינו יודעים לא היינו נשבעים ואע"פ שנתרצו לקיים את כל מה שיאמר להם אביהם מכל מקום האי מלתא לא אסיקו אדעתייהו דלא עביד אינוש דטב ליה בארץ מולדתו למעקר דירתי' משם ולמיזל לאתרא אחריני באתרא דלא מודעי ליה משום דאיכא למיחש לכמה ריעותו' אי משום יקרא דנפשיה אי משום בני חיי ומזוני דתליין במזלי ואי משום סכנת דרכים. ואשכחן דאפי' בקביל עלי' כל אונסא דמתייליד אי אירע אונס דלא שכיח הרי זה פטור משום דלא עלה על דעתו להתחייב באונס כזה ואם בתנאי ממון אמרינן הכי כ"ש בשבועות דבעינן שיהא פיו ולבו שוין. אלא דראיתי להרב המופלא מהר"ר אליהו ז"ל בח"ב סי' נ"ט דס"ל דבנדרים שאדם נודר לחבירו לא בעינן שיהא פיו ולבו שוין משום דאדעת' דחבריה נשבע ויליף לה מדברי הרמב"ם ז"ל שכתב פ"ב מה' שבועות מי שנשבע ואמר על דעתכם אני נשבע אינו יכול לומר כך וכך הי' בלבי שלא נשבע זה על דעתו אלא ע"ד אחרים עכ"ל וכתב הרב ז"ל דאין לדחות ולומר דע"כ לא אמרה הרמב"ם ז"ל אלא במי שנשבע על דעת חברו בפירוש אבל הנשבע לחבירו אינו בכלל זה שאין טעם ברור לחלק בכך אלו ת"ד הרב ז"ל ועל פי זה העלה דאפילו אירע ליה לנשבע שום אונס לא מצי לומר אדעתא דהכי לא נשבעתי. ואני בע"ד הייתי מייתי ראיה לדבריו ממ"ש הר"ן בפ"ג דנדרים משם התוס' דהא דמועיל הביטול לבטל הנדר אינו אלא בנדרים שאדם נודר בינו לבין עצמו לפי שע"ד עצמו הוא נודר אבל בנדרים שאדם נודר לחבירו אינו מועיל לו כלום משום דעל דעת חברו הוא נודר וכדמסיק לקמן דכי משתבע לאו אדעתא דנפשיה משתבע אלא אדעתא דידן משתבע עכ"ל. מוכח, משם דכל הנשבע להנאת חברו ובקשתו על דעת חברו נשבע אלא דקש' על זה ממה שסיים הרמב"ם ז"ל ואמר לפיכך כשמשביעין

הדיינים את הנשבע צריך שיאמרו לו לא על דעתך אנו משביעין אותך אלא על דעתינו והרי שבועת הדיינים הוא נשבע לבקשת חברו ולתועלתו ואפילו הכי אי לא דאמרינן ליה על דעתנו וכו' כי קא משתבע אדעתא דנפשיה משתבע:

ואחר זמן מצאתי להרב מהר"ר בצלאל ז"ל דקאי בשיטת הרב ר' אליהו ז"ל והביא ראיה לדבריו מדברי הר"ן ז"ל שהבאתי והוקשה לו ג"כ מההיא דשבועת הדיינים וחילק דשניא שבועת הדיינים דליכא הנאה לדיינים בהאי שבועתו וגם הנשבע לא קיבל טובה בעד שבועה זו בהא ודאי מצי לאערומי ולומר בלבי היה כך מה שאין כן אם אחר משביע את חברו לתועלתו להבא ומפני הטובה שמקבל ממנו בהא ודאי אפי"ת דלא פירש להדיא דנשבע על דעתו כמאן דמפרש דמי וכאלו א"ל על דעתך אני נשבע ולהכי אפי' אם אירע אונס לנשבע לא מצי לומר אדעתא דהכי לא נשבעתי משום דדעת המלוה היה שבכל גוונא יחול האיסור עכ"ל, ואני בע"ד לא הונח לי עדיין דלפי דבריו צריך לפרש ולומר דשבועת משה לישראל כיון דקבלו טובה בעד השבועה מסתמא על דעת השבועה היו נשבעין ולא אצטריך משה לפרש ולומר על דעתי וכו' אלא כי היכי דלא תהוי הפרה לשבועתייהו וכמ"ש הרב ז"ל ואלו מדברי התוס' שהביא הב"י בסי' רכ"ח גבי נדר ע"ד רבים אין נראה כן שכתבו בהדיא דהא דאיצטריך משה לומר על דעתי היינו כדי שלא יערימו כעין קנייא דרבא והכי מוכח דהא עלה דשבועת הדיינים דקתני שצ"ל לו על דעתינו אנו משביעין אותך מייתי שכן מצינו כשהשביע משה את ישראל וכו' משמע דמחד טעמא הוי:

ועוד איכא לאקשויי דלפי דברי מהור"ר בצלאל ז"ל נראה דמ"ש הר"ן דאין הביטול מועיל בנדרים שאדם נודר לחבירו משום דעל דעת חברו הוא נשבע דמירי בכה"ג שקיבל הנשבע טובה בעד אותה השבועה הא לאו הכי ה"ז מועיל ואינו כן כמבואר מדברי הר"ן בתשוב' סימן א' באותו שנדר לתת כל כך לצדקה לת"ת יע"ש. ועל דברי הר"ן יש לי להבין דהיכי יליף לו דהנשבע להנאת חברו ע"ד חברו נשבע משמעתין דנדרי הבאי דמסיק דכי משתבע איניש אדעתא דידן אישתבע דלכאורה נראה דאותה סגיא מיירי אפילו בנדרים שאינם להנאת חברו דלא משתבע אדעת' דנפשיה דנאמר דציפורא חזא ואסיק ליה שמא גמלא דכי משתבע אדעתא דידן משתבע כפי משמעות בני אדם. אבל כל שזה טוען ואומר בלבי היה כך ומתרץ דבוריה ואומר מה שאמרתי לך בחרם כונתי היה לחרמו של ים דכה"ג לא חשיבי דברים שבלב כי נשבע לחבירו נמי ואמר הכי אמאי לא יועיל והא משמע באותה סוגיא דאפי' למ"ד אדעתא דידן אישתבע אי הוה אמ"ל משה לישראל קיימו מאי דאמר אלוה עדיין הוה למיחש שמא דעתייהו לעבודת

כוכבים משום עבודת כוכבים נמי איקרי אלוה. וכן מוכח מדברי הר"ן ז"ל בשמעתין דנודרין לאנסין דאפילו בנודר לחבירו מצי לומר בלבי היה כך כל שאינו סותר את מה שכיון להוציא מפיו והתוס' ג"כ כתבו בפ"ג דשבועות דף כ"ו ע"ב דאי הוי אמרי' דגבי אונסין אפי' מדירו על דעתו שרי הוי אתי שפיר דאי לאו אונסא אפילו אמר בלבי אסור כיון דא"ל על דעתו ע"כ משמע דאפילו בנשבע לתועלת חברו מצי לומר בלבי היה כך כל שלא אמר בפירוש על דעתו. ומה שכתבו התוס' דאין הביטול מועיל בנודר לחבירו משום דעל דעת חברו נשבע לאו למימרא דעל דעת חבירו וכונתו נשבע עד שלא יוכל לומר ע"ד כן לא נשבעתי אלא ה"פ כיון דלא נדר אלא מדעת חברו ובקשתו וכעין זה פירש הש"ך בסי' רכ"ח סי' ל"ב לא מהני הביטול דכל טעם שהתנאי מועיל לבטל השבועה הוי כמו שכתב הר"ן בנדרים פרק נערה דחשיב כנדרי טעות דאי הוה זוכר את תנאו לא היה נודר והאי טעמא לא שייך בנדרים שנדר מדעת חברו ובקשתו דאנן סהדי דאפילו היה זוכר תנאו לא היה נמנע מלישבע כמו שהכריחו חברו. ולפי מה שכתבתי עלה בידי דאם נשבע מעצמו לתועלת חברו דאי טעין ואמר אלו הייתי זוכר את תנאי לא הייתי נודר ה"ז מועיל כיון שלא בקש חברו ממנו אלא הוא מעצמו נדר וכן נראה לדקדק מלשון הש"ע. אלא שמדברי הר"ן בתשו' אין נראה כן אלא כל שהוא נשבע לתועלת חברו ע"ד הוא נשבע ואין דעת חברו שתבטל נדרו מחמת הביטול ומשמע גם כן כמ"ש הרב ר' אליהו דכל שנשבע להנאת חברו ע"ד חברו וכונתו הוא נשבע ולהכי לא מצי טעין לומר אלו הייתי יודע שיארע לי אונס כזה לא הייתי נשבע משום דסתמא ע"ד חברו הוא נשבע זולת כשאומר כשנשבעתי בלבי היה כך וכך דה"ז לא נשבע מתחלה ע"ד חברו אבל כל שהיה דעתו סתום בעת שנשבע ולא חשב בלבו שום דבר כי נשבע על דעת חברו גמר ונשבע ולא מצי לומר אלו הייתי יודע שיארע לי אונס לא הייתי נשבע והשתא אתי שפיר כל מה שהקשינו:

איברא דעדיין נשאר לי להבין דא"כ הא דאמרינן (דסתמא ע"ד חברו וכונתו נשבע ולהכי לא מצי לומר אדעתא דהכי לא נשבעתי משום דכל כה"ג אפילו סתמא חשיב כאלו נשבע ופירש שעל דעת חברו הוא נשבע א"כ אפילו שאלה לחכם לא תהני ליה דהא כתב הר"ן בתשו' דלפי טעמא של ר"ת דיהיב לנדר שהודר ע"ד רבים דאין לו הפר' משום שצירף דעת אחרת לדעתו אם כן ל"ל לג' אפילו ע"ד א' נמי לא תהוי ליה הפרה שהרי צירף דעת אחר לדעתו והוצרך לומר שאלו פי' ע"ד א' או ב' אין פי' אלא כאומר ע"מ שלא ימחה מוכח מדבריו שכל שנשבע ע"ד חברו וכונתו לית ליה הפרה ולפי דברי הרב בצלאל ז"ל דס"ל דכל שנשבע לחבירו ומפני הטובה שקבל ממנו ע"ד חברו וכונתו הוא נשבע ולא

מצי לומר אדעתא דהכי לא נשבעתי דדעת המשביע היה דבכל גוונא תחול השבוע'. א"כ היאך כתבו ר"ת והרא"ש והסמ"ג דשבועת משה ליתרו אם התירו לו שלא מדעת יתרו בדיעבד מותר ומ"ש מנדר ע"ד רבים דלית ליה הפרה משום דע"ד אחרים וכונתם נשבע ואפילו החולקים על ר"ת ע"כ לא פליגי אלא כגון שבועת משה ומשום דקביל טובה אבל בשבועת יוסף לאביו כ"ע מודו דאם בדיעבד התירו לו ה"ז מותר מכיון דלא קביל טובה ואלו מדברי הר"ן בסי' א' נראה דאפי' כי לא קביל טובה ע"ד חברו נשבע וזכורני דבקונטרס אשר לי ישבתי דברי הר"ן כפי ע"ד:

שבתי אני ודקדקתי בדברי הר"ן בתשוב' שכתב בזה הלשון אבל בנדרים שבין אדם לחבירו אין התנאי מועיל לפי שכל הנשבע לחברו ע"ד חברו הוא נשבע ואין דעת חברו שתבטל מה שהוא שומ' מחמת תנאו הראשון שאינו יודע מה הוא וכו':

עכ"ל נראה מדבריו אלו שאם חברו היה יודע מתנאו הראשון היה מועיל לו התנאי לבטל הנדר ולפי זה איכא למימר דמה שאין התנאי מועיל בהדירו חברו היינו משום דהתנאי הוא הפך משמעות שבועתו וכשנשבע זה ע"ד משמעות חברו נשבע. אבל כל שיש בלשון שבועתו שתי משמעיות כי ההיא דשבועת משה לישראל ה"ז יכול לומר כונתי היתה למשמעות זה:

ועתה אבא לנ"ד דנראה דשבועה זו שנשבעו ע"ד אביהם מפני בקשתו לפי דעת מוהראנ"ח סתמא ע"ד אביהם נשבעו וחיילא השבועה עלייהו ולא מצו לומר בלבנו היה לכך וכך אי ע"ד כן לא נשבענו ואפי' לסברת מהר"ר, בצלאל דס"ל דכל היכא דלא קביל טובה בעד השבועה לא אמרינן אדעתא דחברו נשבע ובנ"ד לא קבילו בניו שום טובה בעד השבועה מ"מ כיון דנשבעו אלו הבני' לקיים את כל מה שיאמר להם קודם שידעו על מה היה משביעם ודאי ע"ד אביהם וכונתו נשבעו ותו אינם יכולים לומר בדעתנו היה שלא היה משביענו אלא על ענייני ממון שנחלק לעניים ולקרובים וכמו שגם זה צוה אבל האי מלתא ש שגזור עלינו לעקור דירתינו מארצנו לא עלה על דעתינו ועל דבר זה לא נשבענו מכיון דע"ד אביהם נשבעו ודמי למה שכתב הרמב"ם ז"ל דאם נשבע ואמר על דעתכם אני נשבע אינו יכול לומר בלבי היה כך ומשמע מדבריו דמיירי אפי' באומר בלבי היה להוציא חטים וטעה לשוני והוציא שעורים הוי הכי ואפ"ה חל הנדר משום דעל דעת אותם אחרים נשבע וה"נ כיון שעל דעת אביהם נשבעו חלה השבועה גם עד"ז שלא היה בדעתם. ולפי זה היה נראה עוד להחמיר בנ"ד דלא תיהוי להו הפרה ואפילו על ידי חכם שהרי כתב הר"ן ז"ל באותה תשו' דלפי מ"ש ר"ת דנדר ע"ד רבים לית ליה הפרה הוי טעמא משום דעל דעת אחרים וכונתם נשבע ולהכי לא מצי לומר לחכם

אדעתא דהכי לא נשבעתי א"כ נ"ל לשלשה אף כי אמר על דעת יחיד נמי לא תהוי ליה הפרה מהאי טעמא ונדחק הר"ן בהאי ופי' שאין אדם מוסר דעתו לאחד ואפילו לשני' ומשא"ל על דעתך אני נשבע לאו למימר' שעל דעתו וכונתו נשבע אלא ר"ל ע"מ שלא ימחה ע"כ דבריו ודון מינייהו דבנ"ד דבודאי על דעת אביהם וכונתו נשבעו לא תהוי להו הפרה כך היה נראה לכאורה. אבל עדיין נר' לע"ד דממקום שיש להחמיר משם יש להקל וכל הדברים האלו לא נאמרו אלא כשידע הנשבע בעת שנשבע על מה היה נשבע וגמר בדעתו לאסור אנפשיה וכדי דלא תהוי ליה היתר לאותו דבר תלה שבועתו בדעת הרבים שלא יוכל לומר אח"כ אדעתא דהכי לא נשבעתי. אבל בנ"ד שלא ידעו אלו הבנים בעת שהשביע אותם שע"ד זה היה בדעת אביהם להשביעם וטוענים ואומרים בדעתנו לא היה להשבע ע"ד זה ואלו היינו יודעים שבדעתו היה גם לדבר הזה לא היינו נשבעים לו ה"ז כעין נדרי טעות. וכיוצא לזה כתב הרשב"א בתשוב' והביאה הב"י דאם נשבע מעצמו אפילו אמר ע"ד רבים הרי זה נאמן לומר בלבי היה להוציא חטים והוציא שעורים ואם השביעוהו אחרים אינו נאמן עכ"ל. ולמדנו ממנו שני דברים חדא כמ"ש דכל שלא היה בדעתו להשבע ע"ז ה"ז נדרי טעות ואפי' שנשב'. ע"ד הרבי' אינו כלום ודלא כדמשמ' מדברי הרמב"ם ז"ל והשני דאפי' בהשביעוהו אחרים ע"ד רבים שאינו יכול לומר בלבי היה להוציא חטין והוצאתי שעורים נראה דה"ט משום דלא מהימנינן לי' דהכי היה בלבו מכיון דהשביעוהו אחרים ואינו מותר בלא שאלה לחכם אבל ע"י שאלה לחכם אפי' בנדר שהודר ע"ד רבים דלית ליה הפרה כל כה"ג שטוען ואומר בלבי לא היה להשבע ע"ז כי אם ע"ז הרי זה כעין נדרי טעות כן נראה לע"ד ללמוד מתוך דברי הרשב"א ז"ל ואפילו לסברת הרמב"ם ז"ל והטור שכתבו דכל שנשבע ע"ד אחרים אינו יכול לומר בלבי היה לחטים והוצאתי שעורים מפני שלבם של אלו קם במקום לבו ולא הוי טעמא משום דלא מהימנינן לי' כדכתב הרשב"א. נראה לע"ד דע"כ לא אמרה הרמב"ם והטור אלא לענין דחלה השבוע' אבל ע"י חכם יש לו התרה ע"י שיאמר לו בלבי לא היה להשבע על חטים כי אם על שעורים ותדע מדכתבו דנדר שהודר ע"ד רבים דלית ליה הפרה דמיירי כשאלו הרבים הם שלשה אבל אם היו שנים אע"פ שאמר על דעתכם יש לו הפרה:

ומעתה בנ"ד ג"כ אע"פ שנשבעו אלו על דעת אביהם כל שזה אומר לא היה בדעתנו להשבע כי אם בענייני ממון ולא על דבר זה לעקי' דירתנו מארץ מולדתנו ואנשי משפתתנו וללכת לארץ אחר' לגור בארץ נכריה אשר לא ידענו מתמול שלשום ואלו היינו יודעים שכך היה בדעתו של אבינו לא היינו נשבעים הרי זה כעין נדרי טעות

ומתירין לו ע"י שאלה לחכם. ועוד אחרת יש בנ"ד שאחת מנשותיהן של אלו הבא לשאול את פינו אינה מתרצית לצאת מן המקום הזה ואין רשות לאיש להניח את אשתו ולילך למקום שלבו חפץ שהרי הוא משועבד לה בעונתה. וכ"ת יגרשנה ויקיים שבועתו הא נמי לא מצי עביד שכבר הוא מושבע שלא לגרשה שלא ברשות ב"ד. ואין לומר הא כיון דאינה רוצה ללכת אחריו ב"ד נותנין לו רשות לגרשה שהרי יש לו רשות להוציא' מעיר לעיר ומכרך לכרך. ל"ל הכי חדא דאיכא למימר דמה שיש לאיש רשות להוציאה מעיר לעיר כל ששניהם שוים היינו דוקא היכא דרוצה לצאת מעירו מחמת שום טענה דלא ניחא ליה בהאי מתא ודברו חכמים בהוה וסתמא הכי הוא דלא עביד איניש דטב ליה בעיר מולדתו ובני משפחתו לילך ולדור בעיר אחרת אם לא דביש ליה בהאי מתא ואזיל למתא אחריתי אבל בלא שום טענה כנ"ד למה יכופנה לצאת ולעזוב את עיר מולדתה ומשפחתה וללכת אל עיר אחרת אשר לא ידעה לא לו ולא לה ועינינו הרואות דקפדי אינשי בכך ואינה משיאים את בנותיהם ללכת אל עיר אחרת. ואע"פ שלכאורה נראה מתוך דברי הרב בת"ה שמשנתינו נשנית אפילו בא לצאת שלא מחמת טענה שהרי כתב הרב בסי' רט"ו שאם לא יוכל להתפרנס בכאן יכול לכופה שתלך לארץ אחרת דטעמא מאי אמור רבנן שאינו יכול להוציאה מארצה משום דעולה עמו וכו' ואין ירידה גדולה מזו שהוא דחוק למזונותיו עכת"ד. משמע דס"ל דמתני' דקתני שאין מוציאין מארץ לארץ מיירי בשאין לו חוסר מזונות בכאן ואפ"ה קתני אבל באותה הארץ מוציאין מעיר לעיר ואפי' בלא שום טענה הרואה יראה שהריב"ש חולק עליו שכתב בתשו' סי' פ"ח דאפי' אי לא איתדר ליה לבעל במקום הזה שאינו מוצא די חיותו אין לו רשות להוציאה מעירה וממשפחתה כיון שנשאת שמה ומ"ש הבת"ה כיון דטעמא הוי משום דעולה עמו כי אינו מוצא להתפרנס אין ירידה גדולה מזו כו' איברא דהכי הוא טעמא לסיפא דמתני' דקתני אבל אין מוציאין מכרך לעיר ואפי' באותה הארץ דאז ליכא קפידא משום בני משפחתה דמיירי כשהשיירות מצויות ממקום זה שיוצא למקום שהולך ויכול' האשה לידע מבני משפחתה וג"כ מיירי כשהמקומות הם קרובים זה לזה וכמו שכתב הרב מהרר"י דון תם משם הגאון אבל ברישא דמתני' דאין מוציאין מארץ לארץ לא הוי טעמא משום דעולה עמו וכו' דהא אפי' מעיר לעיר לא מצי להוציאה. וה"ט משום דלא נתרצית זאת כשנשאת לו לעזוב לקרוביה ומשפחת' ועדיין איכא למימר דאפי' הרב בת"ה ז"ל יסבור דמתני' איירי בבא מחמת שום טענה שרוצה לצאת מכאן כדי שיהיו מזונותיו יותר מרווחים ולהכי לא מצי להוציאה מארץ לארץ כיון דהא מיהא ליכא ירידה אבל בנ"ד דלית ליה שום טענה מאחר שכל טוב יש בידו במקום הזה ובכל אשר יפנה יצליח ואם יצא מכאן

וילך לדור בעיר אחרת איכא למיחש לכמה רעות למה לא תוכל האשה לעכב ע"י שלא יצא מאחר דלית ליה שום טענה. ומה גם שכפי הנשמע דליכא עיר קרובה לעיר הזאת שיהא שוה כמותה ומה גם לפי מ"ש הריב"ש ז"ל דאין מוציאין ממקום שיש בני תורה וחכמה למקום שאין בו בני תורה וחכמה והאי טענה הוי טענה אלימתא בפרט בנדון דידן שיש לו לראובן בנים שלומדין ואפשר שיזכו ויצא מהם תורה וא"כ הוא כל כה"ג שאין לו רשות להוציאה לא יתנו לו ב"ד רשות לגרשה. ומלבד זה אינו יכול לגרשה דאיכא חרם ר"ג וכמו שכבר כתב מהראנ"ח בח"ב והרב בפ"מ בח"א סי' ה' וכיון שכן דעתי נוטה להתירו ע"י שאלה לחכם ומה גם דאיכא מצוה שלא להפריד בין איש לאשתו דאפי' בנדר שהודר ע"ד רבים מתירין לו מה"ט ונוסף ע"ז דבנ"ד אפי' אם ירצה ראובן ואשתו לצאת מעיר הזאת וללכת לעיר אחרת לעת כזאת אינם יכולים לעשות כן מפני הילדים שיש סכנה להוליכם בדרך בזמן החורף ומטעם זה התיר מהרא"ם בסי' ר"ג. הנלע"ד כתבתי כי דעתי נוטה להתיר נדון זה ע"י שאלת חכם בתנאי אם יסכימו עמי גדולי המורים הרבנים המובהקים אשר בעיר ואם בישראל קושטנדי' ובפרט לדעתיה דמר אני צריך הוא הרב המופלא אבי התעודה כמהר"ר יהודה רוזאניש ה"י ואם יסכימו עמי אעשה כדברי הצעיר אפרים נבון:

ראיתי את השאלה ואת אשר נגזר עליה מאת החכם השלם הדיין המצויין עצום ורב עליון למעלה ה"י והנה הדין דין אמת כהילכתי' וכטעמיה ולאו למודעי הוא צריך אלא מענותנותיה כי רבה רצה לעמוד על דעתי ובלתי סור מן המצוה אשר פקד עלי באתי על החתום ואומר שיש להתיר בנדון זה ע"י שאלה כאשר הורה גבר הצעיר יהודה רוזאניס:

סימן ב

מי ששהתה עשר שנים ולא ילדה ונודע מפי הרופאים שהחולי הוא ממנה אי מצי הבעל לישא אשה אחרת ואע"פ שנשבע לה בעת הנישואין שלא לישא אשה אחרת עליה מטעם דאדעתא דהכי לא נשבע:

תשובה מילתא כדנא במחלוקת שנויה דהגאון מהרדב"ז ז"ל אית ליה האי סברא דאנן סהדי דאדעתא דהכי לא נשבע אבל הרב מהריב"ל ז"ל נחלק עליו וס"ל דלא מצי טעין הכי משום דהאי מלת' דשהתה עשר שנים ולא ילדה הוי מידי דשכיח ואיבעי ליה לבעל לאתנויי וכיון שלא התנה אמרינן דעתיה דאדעתא דהכי נמי נשבע ולזה הסכים הרב מהרח"ש ז"ל וכתב עוד דהן לו יהי דלהוי האי מידי דלא שכיח ולא אסיק דעתיה עם כל זה חלה השבועה ואפי' במידי דלא אסיק אדעתיה וראיה לדבר מההיא דאמרינן בפ' ב"ש דהאומרת נטולה אני מן היהודים אסורה אף ליבם ואע"ג דלא מסקא נפשה

דתיפול קמיה יבם אלו דבריו ז"ל ואני אומר אחרי המחילה דלא דמי כלל וחילוק גדול יש ביניהם דהתם גבי אשה נהי דלא מסקא אנפש' אדעתא דיבם מ"מ לא מצית איהי לומר אדעתא דהכי לא נדרתי דליכא לגבה שום צד אונס משא"כ בנ"ד דאיכא גבי בעל טענת אונס שרוצה לקיים מצות דנפשי' ואי לאו דהוה מידי דשכיח ואיבעי ליה לבעל לאתנויי היה יכול לומר אדעתא דאונסין לא נדרתי וכמדומה לי שהרב מהרח"ש לא היה מחלק בין מידי דמצוה וכמ"ש משום דהיה ס"ל דמניעת המצוה לא חשיב אונס. וסברא זו לא נפלאת היא ולא רחוקה הנה היא מוצאת בתשוב' להר"ש בר צמח ז"ל שנשא ונתן עם חכם אחד בדורו בזה הענין עצמו ודעת החכם היה דהאי מילתא דשהתה עשר שנים ולא ילדה הוי מידי דלא שכיח ויכול לומר אדעתא דהכי לא קבלתי והרב נחלק עליו מטעם דס"ל דמניעת המצוה לא חשיב אונס. אבל מדברי הרב רבינו משה בר מיימון זלה"ה בתשוב' נראה דס"ל דמניעת המצו' אונס קא חשיב שהשיב על אותו שקבל עליו שלא לישא אחרת ונפלה יבמה לפניו דאדעתא דהכי לא נשבע והביא ראיה מההיא דאמרי' בגיטין אונסא דלא שכיח הוא ולא קביל עליה עכ"ל הרי דחשיב הרב ז"ל למניעת המצו' אונס גמור ואף שהרב מהרי"ק ז"ל בתשו' כתב שאין דברים אלו מחוורים ולאו מר חתום עליה הרואה יראה דלאו משום דס"ל להרב כסברת רשב"ץ דמניעת המצוה לא קא חשיב אונס הוא דכתב הכי אלא כל טעמא דידיה הוא משום דס"ל דמיתה לא קא חשיב אונס משום דהוי מידי דשכיח והראיה שהביא הרמב"ם בגיטין אינה ראיה משום דהתם מיירי במידי דלא שכיח וכמ"ש לה הרמב"ם עצמו בפי"ט מה' מכירה על ההוא עובדא דפ' מי שאחזו דאלו וכיוצא בהם אונס שאינו מצוי הוא ולא עלה על לב המוכר דבר זה הפלא בעת שהתנה עמו הרי שלא פטרו אלא בדבר שאינו מצוי אלא בפלא אבל אם הוא אונס דשכיח ולא שכיח לא היה נפטר זה היה טענת הרב מהרי"ק על דברי הרמב"ם אבל למאי דמשמ' מתשו' הרמז"ל דמניעת המצוה אונס קא חשיב לא נחלק עליו כיראה הרואה ומילתא אגב אורחין אמינ' שדברי הרמב"ם מחוורים כשמלה. ועל דברי הרב מהרי"ק איכא לאתמוהי במ"ש דמיתה מידי דשכיח הוא ואיבעי ליה לאתנויי אישתמיטתיה מיני' תשו' הרשב"א בסי' תשע"א שכת' בהדיא דמיתה שכיח ולא שכיח קא חשיב ולית לי' לאתנויי ויש טענת אונס עכ"ל וסוגיין דרפ"ק דכתובו' הכי אזלא יע"ש. והא דאיצטריך הרמב"ם בה' מכירה שיהא האונס דבר שאינו מצוי אלא על צד הפלא כדי לפוטרו היינו משום דמיירי שם שהמוכר קיבל עליו כל אונסא דמתייליד וזה לי כמה שנים שפירשתי כן לדברי הרמב"ם ועכשיו אסתייעא מילתא שמצאתי הדבר מפורש בדברי הרשב"ץ:

ונחזור לנ"ד דלפי מ"ש הרשב"ץ באותה תשוב' דהאי מילתא דשהתה עשר שנים ולא ילדה לא חשיב מידי דשכיח היה נראה שיכול היה לומר זה אדעתא דהכי לא נשבעתי כיון דמניעת המצוה אונס קא חשיב וכמו שכתבנו. אלא שראיתי להרשב"ץ שכתב עוד דבנ"ד לא שייך לומר הכי מטעם אחר והוא שכל עיקר מה שהתנה זה מעיקרא שלא לישא אשה אחרת לא היה אלא לאם שהתה ולא ילדה דאז רגילות הוא לישא אשה אחרת דאילו כשילדה אין רגילות לישא אחרת. אבל עדיין איכא לפלוגי ולומר שכל מה שנחלקו אלו הגדולים נ"נ אינו אלא בשהת' עמו ולא ילדה ואין ידוע מאיזה מהם אתיא המניעה שהרי האשה היא ככל הנשים ובסתמא תלינן המניעה דאתיא מצידיה דעון דידיה גרם כדמוכח בגמרא דמ"ה אמרינן יוציא ויתן כתובתה ובכי האי מילתא הוא דכתבו דאע"ג דשהתה ולא ילדה לא מצי לישא אשה אחרת משום דאדעתא דהכי נמי התנה אבל כל כה"ג דנ"ד שהבעל טוען חילי הוא ממנה וגם הרופאים אומרים כ"כ ואין האשה מכחשת אותו נראים הדברים שזה הענין הוי מקח טעות וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל דאם שהתה עמו עשר שנים ולא ילדה והרי הוא יורה כחץ חזקת החולי ממנה ותצא שלא בכתובה ולא אמרי' שמא לא זכה להבנות וכתב ה"ה ז"ל שלזה הסכימו הרי"ף והרשב"א ז"ל וכ"כ הכנ"י ז"ל והטעם משום דהוי מקח טעות והא ודאי כל היכא דהוי מקח טעות כל התנאים שהתנה עמה בטלים הם כדכתב הרא"ש בתשו'. ומבלעדי זאת נראה לע"ד אעיקרא דמלת' דמה שנהגו באלו המקומות להתנות הכי שלא לישא אשה אחרת ושלא לגרשה לא לבטל ד"ת נתכוונו שהרי מדינא כל ששהתה עשר שנים ולא ילדה חייב להוציא ולישא אשה אחרת ואף שיש לדחות ולומר דלא חשיב האי מתנה עמש"ב כיון דלא הוי ודאי קעקר וכמ"ש הרא"ש ז"ל באותה תשובה המדקדק בתשובות הרשב"ץ יראה בהדיא דלא ס"ל הכי וגם מדברי הטור יש לדקדק כן שהביא תשובת אביו בא"ה סי' קי"ח מ"ש בתחלה דהאי תנאה לא חשיב מעמש"ב דמדינא הכי הוא שיגרשנה ויתן לה את כתובתה ולא הביא את דבריו האחרונים שכתב עוד מטעם דלא הוי ודאי קעקר דאפשר שתלד והאי טעמא עדיף מקמייתא דאלו לטעמ' קמייתא נ"ד חשי' מעמש"ב כיון שאינו יכול לגרשה. אכן קושטא דמלת' נראה לע"ד שבאלו המקומות סמכו אמ"ש המרדכי בפרק הבא על יבמתו דהאי דינא דשהתה עשר שנים ולא ילדה דיוציא וכו' לא מתנייא אלא בא"י אבל בח"ל אינו כן דעונש ישיב' ח"ל אינו מן המנין ועל זה סמכו עכשיו שאנו שוהים טפי מעשר שנים ואין כופין להוציא וכ"כ אביאסף וריב"א ור"י עכ"ל. ועל פי הדברים הללו יש למצוא היתר בנ"ד שיכול לישא אשה אחרת עליה כל שהוא אינה רוצה בגירושין אחר שנודע שהאשה הזאת אינה ראויה לבני' דהשתא לא

שייך לומר דישיבת ח"ל גורם להם ומדינא חייב להוציא' כדי לישא אשה אחרת. ואנן סהדי דאדעתא דהכי לא ירדו מתחלה מתקני המנהג הזה להתנות אף במקום מצוה ואף שלא פורש בדבריו כאלו פורש דמי דבסתמא אין דעתו של אדם לבטולי את המצוה וכמו שכתב הר"ן ז"ל בפרק ג' דשבועות משם בעל המלחמות דהנשבע שלא לאכול מצה שרי לאכול מצה של מצוה משום דבסתמא אין דעתו של אדם לבטל את המצוה ואע"פ שהר"ן נחלק עליו שם וכתב דאסור אף במצה של מצוה שניא היא משום דמצה של מצוה קאי קמיה ואיך סתם זה ונשבע שלא לאכול מצה כיון שהוא עתיד לאכול מצה למחר. אבל בנ"ד כי נשבע שלא לישא אחר' עליה לא עלה על דעתו שזאת האשה לא תהיה ראויה לבנים ויהיה הוא מבטל את המצוה. ומה גם במצוה גדולה כזו אשר אין ערוך אליה ואנן סהדי שאין אדם מישראל רוצה להתבטל ממנה ואפי' בכל כסף שבעולם ואף אם המצא ימצא אחד מהם שיתרצה בכל זה רבים שאני שאינם עשוים לתקוני מלתא דאתי לידי איסורא ומסתמא ע"ד ב"ד קא מתנו ואין צריך לפרש:

ודאתן עלה לידן מכל מ"ש שהיה נראה לע"ד בנ"ד להתירו אף בלא שאלת חכם משום דהוי נדר ופתחו עמו שכל עיקר הנושא את האשה אינו אלא לבנים והרי זה כאלו פי' מעיקרא בעת נדרו אדעתא שתהא היא ראויה לילד ככל הנשים אבל לאשה כזאת שאינה ראויה לבנים אדעתא דהכי לא נשבע. אך להיותי מיראי ההוראה אני מצריכו שאלת חכם ועל ידי זה יותר נדרו ואף אם אין האשה מתרצית בכך כיון שיש מצוה בדבר וכמ"ש התוס' במסכת נדרים ואף שהריב"ש ז"ל כתב על זה דקולא גדולה היא ומשה יוכיח שהיה צריך לילך לדבר מצוה ואעפ"כ הוצרך לילך אצל יתרו כדי להתיר נדרו הרואה יראה שרבים מגדולי האחרונים סמכו ע"ד התוס' ונוסף על זה דבנ"ד אפשר שאף הריב"ש יודה להתירו בלא דעת האשה כיון שיש פתח גדול לנדרו שאומר אדעתא דהכי לא נשבעתי וכל נדר הניתר כי האי גוונא הוי כעין נדרי טעות וכן משמע מדברי ספר חזה התנופה והביאו הב"י בסימן רכ"ז שכתב מי שנשא אשה שאינה בת בנים ונשבע לה שלא לישא אשה אחרת עליה אין יכולים להתיר לו שבועתו שלא מדעתה כדי לקיים מצות פ"ו מאחר שכבר ידע בה בעת שנשבע שפסקה מלדת ולא חש בעת ההוא למצות פרי' ורבי' עכ"ל מוכח מדבריו דאי לא הוה ידע בה מעיקרא היינו מתירין לו שלא מדעתה ושוב ראיתי בתשובת הרב מהרח"ש ז"ל סי' קע"ד שהביא דברי הרב בעל חזה התנופה וכתב דבשיטת התוס' קאי לדבר מצוה מתירין בלא דעת חברו ואף בקיבל טובת הנאה והא דכתב דאם ידע בה דאין מתירין לו שלא מדעתה היינו משום דאז לא יכול לומר אדעת' דהכי לא נשבעתי אלו דבריו ז"ל. וק"ל טובא שהרי בנדרו של צדקיהו שהתירו

לו סנהדרין מי היה לו פתח של חרטה לנדרו שיוכל לומר אדעת' דהכי לא נשבעתי או נתחרט מעיקר' הא ודאי לא וכמ"ש הרשב"א ז"ל במיוחסות אלא ע"י חרטה דהשתא התירו לו ובהכי סגי יע"ש וא"כ גם בזה שידע בה אמאי כתב דאין מתירין לו ע"י חרט' דהשתא אשר ע"כ נראה לע"ד דס"ל לבעל חזה התנופ' שכל שהנדר ניתר ע"י פתח דאז הוי כעין נדרי טעות מתירין לו שלא מדעת חברו ובתנאי שיהא פתחו מוכח עליו כעין נ"ד דאין לך פתח גדול מזה. ועוד אחר' יש בנ"ד להקל שכל אלו הענינים המנהג הוא לקיימו בתקיעת כף וכבר כתב הגאון מהר"י וייל ז"ל שכל מידי שנעשה בתקיעת כף אם אנו רואים אח"כ שיש מכשול בדבר מתירין אותו אף בלא דעת חברו ואע"פ שקיבל טובת הנאה ממנו:

סימן ג

בשבועות מדברי רש"י ז"ל בפרק שבוע' העדות דף ל"ה נראה דס"ל דבכולהו שבועות בעינן שם או כנוי וטעמא דמלתא דעיקר שבועה כי כתיבה בשם כתיבה והקשה עליו ר"ת ז"ל מהא דאמרינן בריש נדרים כל כינויי שבועות כשבועות אלמא דכינוי שבועה הרי היא כשבועה אפי' כי לא הזכיר את השם דאי מיירי כשהזכיר מאי אירייא משו' כינוי תיפוק לי' משום דהזכיר את השם ותירץ ז"ל דכי בעינן הזכרת שם ה"מ במושבע מפי אחרים דומיא דסוט' אבל בשבועה שאוסר את עצמו לא בעינן שם עכ"ד והר"ן ז"ל בריש נדרים תמה על דבריו דהא אמרי' בשבועות דהמוציא אמן אחר שבועה כמוציא שבועה מפיו דמי ויליף לה מסוטה דכתיב ואמר' האשה אמן אמן כלומר דחשיב כאלו נשבע מפי עצמו וכיון שכן דמסוטה ילפינן לה הוי לן למימר דאפי' במושבע מפי עצמו ליבעי שם עכ"ד. ולע"ד לא קשה מידי והעונה אמן אחר שבועה הוי כמושבע מפי עצמו מכל מקום לא אסר עצמו בלשון שבועה ולשון זה לא חשיב שבועה אלא כשהוציאו אחר שבועה ולכך בעינן שהמשביעו יזכיר את השם לא כן כשאסר עצמו בלשון שבוע' דבלשון שבועה לחוד מצי לאסור אנפשיה ודעת הרמב"ם ז"ל הוא כדעת רש"י דבין בשבועת העדות ובין בשבועת ביטוי בעינן שם אלא שכתב דאם לא הזכיר את השם איסורא מיהא איכא. וכתב הר"ן ז"ל בפרק שבועת העדות דאפשר דלמדנו כן דהא אמרי' דארור בו שבועה מדכתיב ויואל שאול וכו' ואע"פ שלא הזכיר שם ע"כ נראה מדבריו דאפי' במושבע מפי אחרים בלא שם וכינוי איכא איסורא ודלא כמ"ש הרב בעל פ"מ בח"ב סי' ג"ן יע"ש וכן הוא סברת אחרים שהביא הר"ן שם דאפילו מושבע מפי אחרים לא בעי' שם וכינוי ואפי' לקרבן ולמלקות יע"ש. עוד נראה מזה שכתב הר"ן דכל שלא

הזכיר את השם לרש"י ולהרמב"ם ז"ל אינו אלא מדברי קבלה דאם חזר ונשבע בשם נגד השבועה הראשונה מקיים את השניה:

ובדעת הרמב"ם ז"ל איכא למידק במה שכתב בפרק י"ב דמי שנשבע בשמים ובארץ אע"פ שאין כונתו אלא למי שבראם אין זו שבועה ע"כ והא איהו ס"ל דכל שהוציא שבועה מפיו אע"פ שאין כאן הזכרת השם וכינוי איסורא מיהא איכא וראיתי מי שרצה לומר דהיכ' דהזכיר שמים מיגרע גרע מהיכא דנשבע לבד דכי אמר אני נשבע בשמים לשמים ממש כיוון עכ"ד וזה עולה בדברי הגמרא אבל בדברי הרמב"ם שכתב אף על פי שאין כונתו אלא למי שבראם אינו נכון דדל מה שהזכיר שמים להוי אסור כיון שהוציא שבועה מפיו וכונתו היה ג"כ למי שבראם. וגם בדברי הראב"ד ז"ל יש לדקדק דהכא בפרק י"ב כתב ואין זו שבועה לחייב קרבן או מלקות אבל איסורא איכא ע"כ ובפ"ב כתב דלקרבן לא בעינן שם יע"ש (א"ה ליישב זה נראה לע"ד דהיינו טעמא משום דבעינן פיו ולבו וכיון דמשמע לשמים ממש ליכא פיו) והטור בסי' רל"ז כתב דהנשבע בשמים לא הוי שבועה בכינוי ע"כ נראה מדבריו דאיסורא מיה' איכא. והרמב"ן ז"ל ס"ל דשבועת ביטוי לא בעי' לא שם ולא כינוי ודקדק כן מדאמר בשמעתין דלאו הוי שבועה וא"א לפרש שאמר באלקים לא אוכל היום דא"כ למה לי לאו היינו עיקר שבועה כדאמרי' בפרק אין מעמידין לאלקי ישראל לא מגלינא ולא הזכיר שם שבועה עכ"ד ולע"ד אינה ראיה דהתם שהזכירו את השם בלשון שבועה שאמר לאלקי ישראל כאלו אמר פור איל דייו דינו אזיר איסטו ושמעתין דלאו לאו אשמועינן אפי' לא הזכירו בדרך שבועה אלא שאמר אלקים לאו לאו הוי שבועה כיון שהזכיר את השם סמוך לשבועה אבל מפ"ק דנזיר דף ג' גבי אי מתפיס בדמיך קא מתפיס איכא קצת ראיה לדעת הרמב"ן ז"ל. והר"ן כתב בריש נדרים ובפרק שבועת העדות דההיא דאמרינן דשבועת העדות בעי' שם ר' חנינא בר אידי קא"ל דגמר אלה אלה מסוטה אבל רבנן לא בעו לא שם ולא כינוי עכ"ד וקשה לע"ד לומר כן דבהדיא אמרינן בריש פרק שבועת הדיינין לימא ר' חנינא בר אידי קא"ל דבעי שם המיוחד אפילו תימא רבנן דאמר בכינוי כו' הרי בהדיא דאפילו רבנן בעו או שם או כינוי ועיין בתוס' והרא"ש ז"ל ריש נדרים והטור בסי' הנז' כתב דאפי' כי לא הזכיר שם שבועה מיהא הויא דלא גרע מידות ע"כ וגבי האומר באלה או בארור כגון שאמ' באלה או בארור אם לא אעשה דבר פלוני כתב שם דהוי שבועה ובלבד שיזכיר את השם או כינוי יע"ש ולמד זה מדברי אביו שכתב דיש לדקדק משם ג"כ שצריך שיזכיר את השם מדכתיב כי השביעו באלקים וכו' יע"ש. ולע"ד הרא"ש ז"ל בתחלת דבריו הוא שכתב דבעינן אחד מן הכינויין באלה ובשבועה אבל לפי מאי דמסיק דאפי' כי לא

הזכיר שם הוי שבועה דלא גרע מידות תו ליכ' לפלוגי בין אומר בלשון שבועה לאומר בלשון אלה:

סימן ד

האומר לחבירו ע"מ שתקיים לי כך וכך ואמר אמן כתב רש"י והר"ן ז"ל בפרק שבועת העדות גבי מאי דקאמר תלמודא שם אמן בו שבועה בו קבלת דברים ז"ל בו שבוע' העונה אמן אחר שבועה כמוציא שבועה מפיו וגבי בו קבלת דברים פי' שאם אמר לחבירו ע"מ שתקיים לי תנאי כך וכך ואמר אמן קיבל דבריו וחייב לקיים תנאו ע"כ ולא ראיתי להפוסקים שהביאו דין זה. ואיברא דאיכא למידק אשמעתין דיליף לה מדכתיב ארור האיש וכו' ואמר כל העם אמן דהתם שאני משו' דהזכיר ארור וכשענ' אמן הרי הוא כאלו הוא עצמו הוצי' ארור מפיו ולכך חייב לקיים דיבורו אבל היכא דלא הזכיר לא שבועה ולא ארור מנ"ל דמשום דענה אמן נתחייב לקיים דיבורו ואלולי פי' רש"י ז"ל הייתי אומר דמיירי כשחבירו השביעו ומאי דקאמר בו שבוע' בו קבל' דברים הכי קאמר בו שבוע' לענין שבוע' הדיינין שהנתבע מחוייב לישבע וכי הוציא אמן מפיו כאלו הוציא שבוע' דמי ובו קבלת דברים איירי בתנאי שמתנה עם חברו שאינו מחוייב לישבע דכי הזכיר אמן הרי הוא כאלו קיבל שבועתו:

סימן ה

ואם אמר בנידוי יהא שלא יעשה דבר פלוני נראה דהוי שבוע' וראי' מדאמרינן בפרק שבועת העדות דארור בו נידוי בו שבועה ופי' רש"י והר"ן ז"ל אם אמר החכם ארור הוא צריך לפרוש ממנו ואם אמרו אדם לחבירו לשם שבועה שבועה היא וכ"כ הטור סי' רל"ח. וזהו נראה כונתו במ"ש בסי' של"ד שאם אמר הנידוי בדרך שבוע' אין לה התרה ודלא כמ"ש הב"י והפרישה שם דמיירי שאמר אני נשבע להיות בנידוי אם אעשה דבר פ' ועיין בתשו' הר"ן סי' ס"ה וסי' מ"ט שכתב המנדה עצמו בתנאי ה"ז שבועה שאסר עצמו בנידוי יע"ש. אבל מדברי הרא"ש שהביא הב"י בסימן הנז' אין נראה כן שהרי כתב דאם הוא ת"ח יכול להתיר לעצמו יע"ש ומ"ש הרשב"א בתשו' שהביא הב"י בסי' רכ"ח דהמנדה עצמו בתנאי אין מתירין לו עד שתחול לאו משום דס"ל כסברת הר"ן ז"ל דכה"ג שבועה קא חשוב אלא דאיהו ז"ל ס"ל דמה שאמרו ת"ח מתירין לעצמן היינו דוקא היכא דנידה עצמו לדעת עצמו וכ"כ המרדכי וכ"נ שהוא דעת הראב"ד ז"ל. ופי' הרשב"א בסי' תקמ"ט דה"ט דאין מתירין לו עד שיחול משום דכל דאין יכולין להתיר לו שלא מדעתו אין מתירין לו עד שיחול דהוי כמו נדר. ולפי זה כל היכא דיכולים להתיר לו שלא מדעתו

א"נ בת"ח שמתיר לעצמו ה"ז מתיר אפילו קודם שיחול ועיין במהרנ"ח ז"ל סי' נ"ז וסי' נ"ח וע"ה:

סימן ו

מי שנשבע לחבירו להיות שותף עמו סתם אם יכול לומר דעתי היה להיות שותף עמך כל זמן שארצה וכיון דנשתתף עמו זמן מה יצא ידי שבועתו:

תשובה כתב הר"מ ז"ל בפ"ב מה' שבועות מי שנשבע ואמר שבוע' שלא אוכל היום ועל דעתיכם אני נשבע אין זה יכול לומר כך וכך היה בלבי שלא נשבע זה על דעתו אלא על דעת אחרים וכיון שהיה פיו ולבם של אחרים שנשבע ע"ד שוים חייב מפני שלבם של אלו במקום לבו קם עכ"ל. ונראה לכאורה דהא דכתב הרמב"ם שאם אמר ע"ד אני נשבע הוא דלא מצי לטען ולומר כך וכך היה בלבי איירי בנשבע בדבר שאינו נוגע לחבירו אבל בנשבע לתועלת חבירו אפשר דאפי' נשבע סתם שלא אמר על דעתיכם אני נשבע סתמא ע"ד חבירו הוא נשבע. וכ"כ התוס' והביאו הרא"ש והר"ן בפ"ג דנדרים דף כ"ג גבי הרוצה שלא יתקיימו נדריו הרי זה יתנה בתחיל' השנה ויאמר כל נדר שאני עתיד לידור הרי הוא בטל הרי זה בטל שכתבו התוס' דהיינו דווקא בנדרים ושבועות שבינו לבין עצמו אבל במי שמשביעו חבירו או מדירו על דעת חבירו הוא נשבע וכמי' שמבטל תנאו לגמרי דמי דהא אסיקנא לקמן דכי משתבע לא על דעת דנפשיה משתבע אלא על דעת חברו המשביעו יע"ש:

איברא דיש להבין בדברי התוס' במה שהביאו ראיה לומר דכל שנשבע לחבירו ע"ד חבירו הוא נשבע ממאי דמסקינן בשמעתין דנדרי הבאי דכי משתבע ע"ד דידן אישתבע דלכאור' ליכא הוכחה מזה שם דהת' איירי במידי דאין דרך בני אדם לקרותו כך וכגון דחזא ציפורא רבה ואסיק שמא גמל ובכה"ג הוא דאמרי' דכי משתבע לאו על דעתי' דידי' משתבע אלא ע"ד דידן קא מישתבע דבטלה דעתו אצל כל אדם וכמ"ש הרא"ש בפ"ג דשבועות. אבל במידי דאינו סותר לשון בני אדם כי האי דטעין ואומר תנאי היה בלבי דאין זה דבר מופלג אצל שאר בני אדם ע"ד דידיה אישתבע והכי אמרו שם דאיצטריך לומר לא ע"ד אני משביע אתכם אלא ע"ד משום קנייא דרבא. וראיתי להרב מהר"ר בצלאל אשכנזי ז"ל בסי' ל"ה שכתב לחלק דהתוס' איירי במי שנשבע לתועלת חברו מפני טובה שקיבל ממנו וע"ז אמרו דעל דעת חברו הוא נשבע כיון דהשבועה היתה לטובתו של חבירו אבל שבועה שמשביעין אותו הדייני' דליכא הנאה לדיינים בשבועה זו על דעתיה דידיה אישתבע הילכך צריכים הדיינים לומר לו לא על דעתך אנו משביעין אותך אלא ע"ד וע"ד וכו' אלו ת"ד. ולפי שיטה זאת הוצרך לפרש ולומר דמה שא"ל משה

לישראל על דעתי ועל דעת המקום ואע"ג דישראל קבלו טוב' מהקב"ה היינו כדי דלא תהוי הפרה לשבועתייהו. אבל התוס' בפ' השולח כתבו דמה שאמר משה לישראל ע"ד היינו משום קנייא דרבא יע"ש. ועוד קשה לדבריו דהרא"ש ז"ל בפסקיו בפ"ד דנדרים והטור בא"ח כתבו דאין מועיל התנאי אלא בשבועה שאדם נודר מעצמו אבל שבועות שחבירו משביעו או שבועת הדיינים אין התנאי מועיל יע"ש הרי דאף בשבועת הדיינים ע"ד דידן אישתבע ומשום הכי לא מהני התנאי ומ"ש הרב בצלאל ז"ל דשבועת הדיינים כיון דהויא שבועה לשעבר לא שייך דין ביטול כמ"ש רבי' ירוחם בנ"ז לע"ד אין מדברי ר"י משמעו' לזה דמ"ש ר"י דשבועה דלשעבר לא מהני התנאי היינו לומר דנשבע עליה קודם הביטול והר"ן ז"ל ג"כ כתב בתשוב' סי' ח' במי שהקדיש לחברת ת"ת דאין התנאי מועיל כיון דהוי דבר שבינו לבין חבירו והרי התם לא קיבל הנודר שום טובה אלא מעצמו נדר והקדיש ואפילו הכי כתב הר"ן ז"ל שעל דעת חבירו הוא נשבע ואין דעת חבירו שתבטל מה שהוא שומע מחמת תנאו הראשון שאינו יודע מהו:

והיה נ"ל לפרש ולומר דמה שכתבו התוס' והר"ן דכל שנשבע לחבירו ע"ד חבירו הוא נשבע היינו לאפוקי שלא נאמר שהוא סומך על דברים שבלבו שסותרים את מה שהוציא בפיו שאין דעת חבירו שתבטל מה שהוציא בפיו מחמת דברי' שבלבו ומשום הכי באומר תנאי היה לי מקודם ועל דעת תנאי נשבעתי לא שמעינן ליה שהתנאי סותר מה שהוציא בפיו אבל לא לומר דלגמרי נשבע על דעת חבירו כמי שאמר על דעתיך אני נשבע דאינו יכול לפרש דבריו ואפי' היכא דאינו סותר לגמרי מה שהוציא בפיו. ולפ"ז שפיר איצטריך משה לומר ע"ד משום ערמה וכ"כ הדיינים צריכים לומר ע"ד כדי לאפוקי משום קנייא דרבא דאי ל"ה מצי למיפטר נפשיה כיון דאינו סותר מה שבלבו את מה שהוציא בפיו. אבל מדברי הר"ן במסכת שבועות נראה דלמסקנא דמייתי ממשה ומשני דמשה עבד הכי כי היכי דלא תיהוי הפרה לשבועתייהו מהדרא קא, הדר ביה וס"ל דמה שאמר משה על דעתי לאו משום ערמה הוא דעבד דכל שנשבע לחבירו אדעתא דחבריה נשבע לגמרי ועוד ע"כ צ"ל כדברי הר"ן ז"ל דאי כמו שפיר' מעיקר' דמ"ש הר"ן דכל שהשביעו חבירו ע"ד חברו נשבע אינו אלא לאפוקי דברי' שסותרים את מה שהוציא בפיו כי ההיא דאסקונדרי דאין זה במשמעות הלשון וכ"כ בתנאי הוה אם כן מאי איריא כשהשביעו חבירו אפילו כי נדר ונשבע מעצמו אין זה נשבע כי אם אלישנא המשמע לבני אדם כי ההיא דשומשמי ואלולי דברי הר"ן הייתי ר"ל דמה שכתבו התוס' דאין התנאי מועיל בדברים שבינו לחבירו היינו דוקא בשהשביעו חבירו על כך וכך דלא מצי לומר תנאי היה לי בתחלת השנה דאין התנאי מועיל אלא דוקא בנדרים ושבועות שנדר מעצמו שלא

הכריחו חבירו דאז שייך לומר דאי הוה זה זוכר את תנאו לא היה נשבע והוי כנדרי טעית וכמ"ש הר"ן ז"ל בפ' נערה המאורסה דף ע"ה אבל מי שהשביעו חבירו והכריחו לזה לא מצי לומר דאילו היה זוכר את תנאו לא היה נשבע שאין זה נשבע מדעתו אלא חבירו הכריחו לישבע. אבל מדברי הר"ן בתשובה הנזכר נראה שאינו מחלק הכי אלא אפילו בנשבע מעצמו כל שהוא דבר שנוגע לחבירו ע"ד חבירו הוא נשבע. אבל מדברי התוס' והרא"ש ז"ל נראה כמו שכתבתי ולפי זה בנ"ד דאינו סותר משמעות מה שהוציא בפיו נראה דיכול לומר דעתי היה להיות שותף עמך כל זמן שארצה וכיון דנשתתף עמו זמן מה יצא ידי שבועתו. והא דמשמע בנדרים דכל הנודר סתם לעולם משמע וצריך שיאמר בלבו היום משום דסתמא לעולם משמע היינו דוקא במי שבא לאסור על עצמו שלא לאכול אי שלא לעשו' דהוי מידי בשב ואל תעש' ובכי האי גוונא סתמא לעולם משמע והכי מפלגינן בתנאין בין היכא דהוי דבר שהיא בקום עשה להיכא דהוי דבר שהוא בשב ואל תעשה דכל דבר שהוא בקום עשה כגון ע"מ שתניקי את בני כיון שהניקתו יום אחד סגי ואלו אמר ע"מ שלא תשתי יין לעולם משמע. ובהכי מיתרצ' לי מה שהקש' מוהריב"ל בשמעתין דמש' דתורה תורה אחת משמ' דכיון דלשון תורה הוי לשון כולל היכי מצי לפלוגי ולומר דתורה תורה אחת היה בלבם ומאי שנא מהנודר מהפת סתם ואמר בלבי היה לפת חיטים בלבד דלא שמעינן ליה דפת הוי לשון כללי יע"ש. אבל לפי מה שכתבתי מעיקרא לק"מ והכי נמי מוכח מההיא דש"מ שאמר ידור פלוני בבית זה שכתבו הפוסקים דאם לא קבע זמן יום א' במשמע ועיין מ"ש ה"ה בריש פ"ז מהלכות אישות ובפ"ח מהלכות גירושין גבי על מנת שתניקי את בני ותראה כמ"ש ודלא כהרב מהריב"ל בח"א דף קמ"ה דנרא' דאשתמיטי' מיניה דברי ה"ה בהלכות אישות ועיין מהרי"ט סי' מ':

סימן ז

מי שנשבע על ככר א' שני פעמים אי סגי בהתרה א' לב' השבועות ומדברי הרמב"ם ז"ל שכתב בפ"ו דאם אתשיל על השניה חייב משום ראשונה דאלמא יכול להתיר השניה קודם הראשונה נראה דה"ה דסגי בהתרה אחת לב' השבועות ולא דמי למי שנשבע על דבר א' ונשבע ג"כ שלא ישאל עליו צריך לישאל תחלה על מה שנשבע שניה שלא ישאל עליו ואח"כ יתירו לו הראשונה דהתם שאני משום שלא יעבור על שבועתו שנשבע שלא ישאל עליה אסור לישאל תחלה על הראשונה אבל אה"נ דאם עבר והסיר הראשונה תחלה דה"ז מותר. איברא דעדיין איכא למדחי ולומר דאין מדברי הרמב"ם ז"ל ראיה לומר להתיר השני שבועות כאחת דמ"ש הרמב"ם ז"ל דאם אתשיל תחלה על השני'

דמהני היינו משום דחכם עוקר הנדר מעיקרו וכי אתשיל אח"כ על הראשונה אשתכח כאלו לא היתה הראשונה מעולם ולמפרע חל היתר השניה. וכה"ג כתב הרשב"א דאם הקים הבעל ואח"כ הפר לה דאם אח"כ נשאל על הקמתו חלה ההפרה למפרע אבל להתיר שני שבועות כאחת איכא למימר דלא מהני להתיר השניה כיון דהשניה לא חלה עדיין עד אחר שיתיר הראשונה אבל כד דייקינן שפיר זה אינו דע"כ צ"ל דמה שכת' הרמב"ם ז"ל שיכול להתיר השני' קודם הראשונה לאו משום דטעמא דחכם עוקר הנדר מעיקרו וחלה היתר השניה למפרע דסוף סוף אשתכח התרה קודם שחל הנדר ואין חכם מתיר אלא אם כן חל ומההיא דהרשב"א ליכא ראיה להכא דהפרה שאני משום דבעל מצי מפר קודם שתחול הנדר אלא היינו טעמא דהרמב"ם דס"ל דמהשתא חלו השתי שבועות ודייק לה מההיא דנדרים מלישנא קמא קאמ' רווחא הוא דלית ליה כי מתשיל על חברתה חיילא ובלישנא בתרא קאמר חיובא הוא דליכא הא שבועה איכא ומשמע דללישנא בתר' מהשתא חלו כל השבועות אבל מלישנא דתלמודא דפ"ג דשבועות דקאמר הכא מי איתיה לשניה כלל משמע דכל כמה דלא מתשיל על הך ראשונ' ליתיה לשניה כלל וראיתי בשה"ג בסוגיין דפ"ג דשבועות שכתב דאם נשבע שלא ידור במקום פ' וחזר ונשבע שלא ידור שם כמה פעמים דאם נשאל על כולם בבת א' פשיטא דהיתר א' סגי לכולם אמנם צריך לפרט לחכם כל השבועות שעשה יע"ש. וכ"כ מהרדב"ז בסי' צ"ח:

סימן ח

מי שנשבע לראובן להיות שותף עמו שנה אחת ואח"כ נשבע ללוי להיות שותף עמו לב' שנים:

תשובה כבר ידוע דאין שבועה חלה על שבועה זולת היכא דהשנית הויא בכולל וכ"ז אינו אלא בשב ואל תעשה אבל בקום עשה נראה מדברי התוס' עיין דף כ"ד דאין השניה חיילא כלל ולכן אם מתחלה נשבע שלא למכור לפ' ואח"כ נשבע למכור לכל אדם לא חיילא אותה שבועה כל עיקר. אבל מדברי הרמב"ן והריטב"א ז"ל בחי' נראה דמה שאמרו דאין השבועה חיילא בקום עשה אפילו אי הויא בכולל לאו למימר' דלא חיילא כל עיקר אלא חיילא וחשיב כאלו יש כאן שתי שבועות זו הפך זו ולפיכך מוטב שיעבור בשב ואל תעשה ואל יעבור בקום עשה וכתב הרשב"ץ בתשובה דהכי הוא עיקר. ולפי זה יראה דבנדון דידן אע"פ שלא חלה השבועה השניה לשנה הראשונה שכבר הוא מושבע לראובן מ"מ אחר עבור השנ' הרי זה מחוייב להיות שותף עם לוי ולמדנו ג"כ הכי מדברי הר"ן ז"ל שכתב בתשובה סי' ע"ג על מי שנשבע לפרוע הקרן והרבית דאף ע"ג דלא חלה השבוע' על הרבי' מ"מ חייב על הקרן. אבל הרמב"ם כתב בפ"ה הנשב' שלא

לאכול מצה שנה אח' הרי זה אסו' לאכול מצה דמגו דחל אשאר ימות השנה חייל נמי אמצוה ולא הוי שבועת שוא עכ"ל נראה דטעמא דלא הוי שבועת שוא משום דחיילא בכולל אמצוה ג"כ הא כל היכא דהוי בקום עשה לעבור על המצוה חשיב שבועת שוא וע"כ צ"ל דס"ל דאין השבועה חיילא כלל דאם לא כן אלא לעבור על המצוה לבד הוא דלא חייל אבל אשאר דברים שהוא רשות חייל א"כ לא הוי שבועת שוא ובירושלמי פ"ג דשבועות אמרו ותשמע מינה שאם נשבע לאכול עשר אלו והיה אחד מהם נבילה פטור על השאר. והיה נראה לומר דהר"ן ז"ל בתשו' לשיטתיה קא אזיל שכתב בפ"ג דשבועות שאם נשבע לאכול עשר אלו ונשרף אחד מהם חייב לאכול השאר כך נראה מתוך דבריו בשמעתין דשבועה שלא אוכלנה יע"ש והיינו טעמא משום דאכל אחד ואחד נשבע ומשום הכי כתב בתשו' דאם נשבע לפרוע הקרן והרבית דאע"ג דעל הרבית פטור על הקרן מיהא חייב. וכ"ת דהכא שאני דכיון דלא חלה השבועה על הרבית לא חלה ג"כ על הקרן דנדר שהותר מקצתו הותר כולו. כבר הוקשה לו להר"ן ז"ל זה שם בתשו' וכתב דלא אמרינן הכי אלא בכי ההיא דראה אוכלים פירותיו ואמר קונם עליכם ונמצא אביו ביניהם דכשנדר ודאי לא היה דעתו על אביו אבל הכא כשנשבע דעתו היה גם כן על הרבית:

ואיברא דלע"ד יש לפקפק בדברי הר"ן אלו דלכאור' איפכא משמע ואיכא למימר דהתם כיון שלא היה מעיקר' דעתו על אביו משום הכי בעינן שיחליף דבריו דאם לא כן לא שייך לומר נדר שהותר מקצתו הותר כולו מכיון דמעיקרא לא היה דעתו על אביו אישתכח כאלו לא היה אביו בכלל הנדר אבל בזה שנשבע לפרוע הקרן והרבית עדיין נימא דכיון דלא חלה השבועה על הרבית לא חלה נמי על הקרן. והר"ן בשמעתין דנדרים פ"ג כתב בשם איכא מאן דאמר דכי אמרינן כולן אסורים דוקא דומיא דמתני' שלא היה יודע שאביו ביניהם יע"ש כמו שכתבתי וע"כ לא חילק הר"ן עליהם בסברא זו אלא במעמיד דבריו אבל כל שאינו מעמיד דבריו נראה דהותר כולו. וראיתי להריטב"א ז"ל שכתב בחי' כמ"ש הר"ן בתשובה דחייב על הקרן וכתב דלא שייך לומר נדר שהותר מקצתו הותר כולו כיון דהוי ממילא לא אמרינן הכי. והיה נראה להביא ראיה דהנשבע לקיים דבר אחד או שנים אע"ג דלא חלה שבועתו אמקצתו משום שהוא משועבד לו מכל מקום אמה שאינו משועבד לו חייל מההיא דשנינו בפרק ב' דנדרים קונם שאני עושה לפיך ר"י בן נורי אומר יפר שמא יגרשנה וכו' אלמא דאף ע"ג שנדרה הויא בכולל בעודה תחתיו ולאחר גירושין ובעודה תחתיו לא חייל כיון דמשועבדת היא לו אפי' הכי אמרינן דיפר משום אחר גירושין ולא אמרינן כיון דלא חל כולו לא חל מקצתו. איבר' דאיכא

למדחי דמהתם עדיין ליכא ראיה דהתם מדינ' חייל נדרא אפי' השת' אלא דאלמוה רבנן לשעבודיה דבעל וכי אלמוה היינו כל היכא דקיימא קמיה אבל בנ"ד דמדינא לא חייל נדריה אכוליה אמקצתיה נמי לא חייל. אבל ממקום אחר נראה להביא ראיה דבריש פרק המדיר את אשתו פריך וכיון דמשועבד לה היכי מצי מדיר לה וכ"ת נעשה כאומר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך והא תנן קונם שאני עושה לפיך אין צריך להפר מפני שהיא משועבדת לו ואם איתא נימא נעשה כמי שאמרה איני נזונית ואיני עושה והשת' צריך להבין דמאי קשיא ליה ונימא דהתם שאני משום שאסרה לעשות לבעלה כל מלאכה ולאו כל כמינה לומר איני נזונית ואיני עושה ולהפקיע עצמה מאותם שבעה מלאכות שהאשה חייבת לעשות לבעלה והכא כיון דאסרה כל הנאתה על בעלה ועל אותם שבעה מלאכות לא חייל נדרא שאין בידה להפטר מהן אמעש' ידיה נמי לא חל דכיון דלא חל אכול' לא חל אמקצתה אלא מוכח מהכא דמי שנדר מדברים הרבה אע"פ שלא חל נדרו [אכולה] (אמקצתו) מפני שהוא משועבד לו אמקצתו מיהא חייל. איברא דעדיין איכא למדחי דאין מכל זה ראיה לנ"ד דנדר שאני דאם אסר דברים רבים על חבירו אף ע"פ דאמקצת דברים לא חייל אמאי דמצי לחול חייל מה שאין כן בנשבע לעשות דבר אחד כגון לאכול שנים אלו או להיות שותף עמו שתי שנים דלא נתקיים שבועתו עד שיעש' הכל כמו שנשבע ואם עשה מקצתו לא יצא ידי שבועתו א"כ כי נמי לא מצי חל ק נדריה אכולי' משום שהוא משועבד לאחר י' אישתכח דמשעה שיצאת שבועה מפיו יצאתה לשוא שאינו יכול לקיים מה שנשבע ואישתכ' שבועתו שבוע' שוא כמו שאמרו בירושלמי וכ"כ הרשב"ץ ז"ל בסי' ק' והא דהשבועה חיילא בכולל משום שא"א לשבועה שתחול במקצת ומה שאמרו בירושלמי בנדר שהותר מקצתו הותר כולו משום דכתי' ככל היוצא מפיו (וכו') וכמ"ש הר"ן ז"ל גבי מתני' דפותחין אפשר לומר דאיירי (א"ה ע"כ מצאתי):

השאל' נאבד' ויתבאר מתוך התשוב' שהיתה בראובן ושמעון שהיו מסרבים ללוי להיותו שותף עמם בדבר פ' ופ' ונשבע שלא יהא שותף עמם בדבר פ' ופ' אם הוי כב' שבועות:

סימן ט

תשובה כבר ידוע דהאי מלתא במחלוקת שנוי דהרמב"ם ז"ל בפ"ד מנדרים פסק כר"י דאמר לא לך לא לך שתי נדרים הוו וצריך פתח לכל אחד ואחד אבל, הרא"ש והטור בסי' רכ"ט והר"ן ז"ל פסקו כר"ש דלעולם כללא הוי עד שיאמר שבועה לכל אחד ואחד. איברא דיש להבין בדברי הרמב"ם ז"ל דכפי מה שכתב בפ"ד מהלכות נדרים נראה דס"ל דדוקא באומר לא לך בלא וי"ו הוא דהוי פרטא אבל כל שאמר ולא לך בוי"ו כללא הוי

וכמ"ש הבכ"מ שם ואלו ממ"ש בפ"ח מהלכות נדרים (א"ה עיין בפ"ד ופ"ז מהלכות שבועות) נראה דאפי' כי אמר ולא לך בוי"ו פרטא הוי וחייב שתים אשר על כן נראה לע"ד לחלק דבין הרמב"ם דפסק כר"י ובין להרא"ש והטור דפסקו כר"ש כ"ז אינו אלא בדליכא הוכחה וטעם לומר דשתי נדרים הוו דאז להרמז"ל לא חשיב פרטא עד שיאמר לא לך בלא וי"ו ולדעת הרא"ש והטור עד שיאמר קונם בכל אחד ואחד. אבל בדאיכא טעם והוכחה לדבר דלשתי שבועות קא מכוין כגון בשבועות דמחייב שתים על שתי שבועות מה שאין כן בנדרים אפי' אי אמר ולא לך בוי"ו כיון דהוה מצי לומר שבועה שאין לכם בידי או שבועה שאיני נהנה לכם כיון דהיו כולן בפניו ולמה פרטן אמרינן דאינו אלא כדי להתחייב עצמו בשתים והכי אמרינן בפ"ג דשבועו' דף כ"ג דאם היו מסרבים בו וא"ל בא ואכול עמי חטים ושעורים וכוסמין שבועה שאיני אוכל עמך חטים ושעורים וכוסמין חייב על כל אחת ואחת והיינו טעמא מדהוה סגי לומר שבועה שאיני אוכל עמך ולמה חזר ופרטן כדי לחייב עצמו על כל אחת ואחת ומוכח ג"כ שם שאם היו לפניו שני ככרו' ואמר שבועה שלא אוכל זה וזה דחייב על כל אחת ואחת מדהוה סגי לומר שבועה שלא אוכל אלו. (א"ה לא הבנתי בחילוק זה אם לא שכונתו כמ"ש מהרי"ט בח"א סי' ס"ח דף פ"ב דכל שכלל תחלה ואחר כך פרט והיה די בכלל כי הדר פרט יין ושמן ודבש אף ר"ש מידה דחייב על כל אחת ואחת יע"ש ועדיין קשה לע"ד דא"כ מאי קא מקשה תלמודא פ' שבועת הפקדון דף ל"ח לשמואל ממתני' דתן לי פקדון ותשומת יד וכו' וכן מההיא דתן לי חטים ושעורים כו' ונדחק להגיה עד שהקשה כל הכי שביש ואזיל וכו' ואמאי לא תירצו דכה"ג ר"מ מודה דאפי' בוי"ו פרטא הוי כמו שמודה ר"ש וצל"ע).

וראיתי להריב"ש ז"ל בסי' ר"א שכתב שכל שהפעולו' חלוקות לגמרי אע"פ שלא הוציא מפיו אלא שבועה אחת הרי הן שתי שבועו' וצריך פתח לכל אחד וא' והביא ראיה לזה מההיא דשבועה שלא אוכל ושלא אשת' דחייב שתי שבועות דאלמא דאע"פ שאין הענין מחולקים מכל מקום חלוק הפעול' מחלק' ואע"פ שהם דומות קצת וכ"ש כשהן פעולו' מחולקו' לגמרי עכ"ל. ולע"ד לא הבנתי כונתו דההיא דשלא אוכל ושלא אשתה דחייב שתים לאו משום דחלוק הפעולה מחלקת אלא טעמ' הוי כמו שכתבנו דלא הי' לו להזכיר שתיה דבלאו הכי שתיה בכלל אכילה ולמה הזכירו אינו אלא כדי לחלקו בב' שבועות ולהתחייב עצמו ב'. וגבי שבועה דאינה חלה ע"ד המצוה כי אם בכולל כמו שכתבו הפוסקים כתב הריב"ש ז"ל בסי' קנ"ט וז"ל לא מצינו כולל אלא כשהפעולה אחת כגון ההיא דשלא אוכל מצה אבל כשהפעולות חלוקות כגון אם אמר שלא אוכל

מצה בליל פסח ושלא אעלה לגג אין לומר בזה מיגו דחיילא על עליית הגג חיילא נמי על אכילת מצה כיון שהפעולות חלוקות אע"פ שכללן כולם בשבועה אחת הרי הן כאלו שתי שבועות וכאילו הזכיר שבוע' בכל פעולה ופעולה עכ"ל ורוא' אני מבין ריסי עיניו של הרב ז"ל דלשיטתי' קא אזיל דכת' בסי' רצ"א דכל שהפעולות חלוקות הרי הן שתי שבועות. וראיתי בתשו' להרשב"א ז"ל שחילק כמו שחילק הריב"ש. אבל אני בע"ד כבר כתבתי לעיל דאיני מכיר ראייתו של הריב"ש ז"ל במה שרצה ללמוד הכי ומצאתי בתשובה להרמב"ן סי' רמ"ד שכתב דאם נידו הקהל על מי שיעבור ע"ד שלא ישתתפו עמו ולא יקברו את מתו ושלא ימולו לו א דאין זה כנשבע לבטל את המצוה דלא חיילא דהכא כיון שכללו דברים המותרים עם דברים האסורים חיילא יע"ש:

וראיתי למוהראנ"ח בח"ב סי' פ"ט שכתב דמי שנשבע על דברי' רבים מחולפים דלא אמרינן בכה"ג נדר שהותר מקצתו הותר כולו ומייתי דברי הריב"ש הנז"ל וכתב בסוף דבריו ואע"פ שלכאור' משמע דפסיק הרב ז"ל מלתא כהרמב"ם דוקא דסבירא ליה כרבי יוסי ולאידך רבוותא דסבירא להו כרבי שמעון משמע דלא אסיק למלתי' לא כן אנכי עמדי אלא דהרב ז"ל למורה מקו' מייתי דברי הרמב"ם דכי היכי דהרב ז"ל מחלק השבועה בלא ויו אף על פי שהוא על דבר א' ובהיתר האחד לא הותר האחר הכי נמי כשהדברים מחולקין לכ"ע וצריך היתר לכל אחד עכ"ד ולע"ד מלבד מש"ל עוד נ"ל דהרא"ש לא ס"ל כהריב"ש והוא ממ"ש הרא"ש בפ"ג דנדרים וז"ל וצ"ע לרבה אדם שנדר משני דברים בשר ויין שלא היו לפניו והזכיר שניהן בין בשעת הנדר בין כשבא לפני חכם ומצא חרטה על אחד מהם מי אמרינן הכא מודה דהותר כולו כיון דלא שייך כאן החלפה דדוק' במידי דשייך כולם וגם זה וזה בהא קאמר רבה דבעי החלפה וכו' יע"ש. מתוך דבריו אלו מוכח דאף במידי שהפעולות חלוקות אמרינן נדר שהותר מקצתו הותר כולו ולא נסתפק הרא"ש ז"ל אלא משום דאפשר דלא אמרינן הותר כולו אלא היכא שמחליף ונ"מ דלפי דברי הרא"ש אם היו לפניו בשר ויין דאז שייך החלפה שאם נשבע ואמר שבועה שלא אהנה ממה שלפני ומצא פתח לאחד מהם שהותר האחר והרב מהרי"ט בח"א סי' ס"ח הביא דברי הרא"ש ז"ל הנזכ' וכתב ז"ל ומשיחתו של הרב שאמר בשר ויין שלא היו לפניו אתה למד שאלו היו לפניו והזכיר שניהם כשני נדרים דמו וכו' יע"ש ואין נראה כן לע"ד אלא כמ"ש דהא דנקט בשר ויין שלא היו לפניו וכו' היינו משום דאז לא שייך החלפה אבל אם היו לפניו אז שייך החלפה. ובעיקר ספקו של הרא"ש עיין בתוס' פ"ג דשבועות דף כ"ז ע"ב סוף ד"ה הכי השתא וכו' דנראה קצת דכל דלא שייך החלפה הותר כולו. ובפ"ב דנדרים אמרו דלמאן דאמר אין חכם מתיר את הנדר עד שיחול אי אמר

קונם שאיני נהנה לפלוני ולמי שאשאל עליו נשאל על הראשון ואח"כ נשאל על השני וכן פסקו כל פוסקי ההלכות ולכאורה קשה דלפי מאי דפסקו הרא"ש והרשב"א והטור כר"ש דכל שלא הזכיר אלא קונם אחד אינו אלא נדר אחד אם כן כי נשאל על הראשון תו אמאי צריך לחזור ולשאל על השני דהא קי"ל נדר שהותר מקצתו הותר כולו. וראיתי להר"ן ז"ל בתשובה סי' י"ז שכתב דהתם לא נחית בפלוגתא דר"י ור"ש ואה"נ דלר"ש דקי"ל כותי' ע"כ צריך לאוקומי' כשהזכיר שתי קונמות אלו דבריו יע"ש. אבל מדברי הטור וש"ע אינו נראה כן ובירוש' פ' השותפין הביאו האי מתני' דנשאל על הראשון וכו' ואמרו עלה דאתיא כמ"ד לאחר האיסר ברם כמ"ד לאחר הנדר נדר שהותר מקצתו הותר כולו עכ"ל. ונראה לע"ד דה"פ דלמאן דאמר לאחר האיסר כלומר דאין חכם מתיר אלא אם כן חל הנדר מ"ה קתני נשאל על הראשון ואח"כ נשאל על השני שאין חכם מתיר הנדר עד שיחול ולמדנו מזה דאף על פי שהוא נדר אחד לא אמרינן הותר מקצתו הותר כולו כל כמה דלא חל האיסור וכ"ש לפי מה. ש"ל דכל היכא דאיכא הוכחה דנתכוון לשתי שבועות חשיב כאלו הזכיר שתי שבועות והכא נמי כשאמר שאיני נהנה לפלוני ולמי שאשאל עליו ע"כ לשתי שבועות נתכוין דאל"כ למאי הלכתא הוצרך לומר ולמי שאשאל עליו כיון דבהיתר הראשונה הותרה השניה והרשב"א כתב בתשובה והרא"ש ג"כ על מי שנשבע שלא לעשות דבר אחד בלא התר' דה"ז כמו נדר בתוך נדר וצריך שיתירו לו תחל' מה שאמר בלא התרה ואח"כ יתירו לו הראשונה ומיהו מוכח מדברי הריב"ש בתשו' סימן תמ"ג דאם אמר אני נשבע ע"ז ע"מ שלא יהא התרה דסגי בהתרה אחת וה"ט דע"מ תנאה משמע ולא שבועה אחרת. ותשובות מהר"ם ז"ל הביא שנסתפק ריב"א על מי שנדר שבכל פעם שיעשה נדר שיתן פשוט א' לצדקה מה תקנה יש לו כי אין להתיר לו עד שיתחייב בפשוט וא"כ בכל פ' ופעם יצטרך שאלה לחכם או שמא י"ל הותר הראשון הותרו כולו ולכאורה נראה דלפי מ"ש דאפי' בנדר אחד לא אמרינן כיון דהותר המקצת שחל הות' נמי המקצת שלא חל א"כ, הכא נמי יצטרך שאלה בכל פעם ופעם. איך שיהיה בנ"ד אפשר שכ"ע יודו דהוי כב' שבועות. (א"ה ע"כ מצאתי ואף זה היה כתו' מעט כאן ומעט כאן וסדרתי' לע"ד וה' יכפר לי אם שגיתי):

סימן י

השאלה נאבדה ומתוך התשובה נרא' שהיתה במי שנשבע לשרת לבע"ה שנה אחת ועכשיו פייסו המשרת לבעל הבית שיפטרנו וכן עשה ואמ"ל לך לשלום אם צריך התרת חכם: **תשובה** שר צבא ה' עתה באתי כמצותך אשר צויתני וקודם כל דברי אציע פה את הרשום בכתב לי מזה ימים ושנים באשה אחת שנתנ' רשות לבעלה כדי לישא

אשה אחרת עליה שהיו רוצים להתיר לו בזה בלא התרת חכם ואני הצעיר הייתי חוכך להצריכו התרת חכם מתוך דברי הרשב"א ז"ל שכתב דמתני' דקתני ה"ז יכול להתיר נדרו שלא ע"פ חכם שיאמר לו הריני כאלו התקבלתי אינו אלא בקיום מעשה דשייך לומר הריני כאלו התקבלתי והחזרתיך דאפוכי מטרת למה לי אבל בביטול מעש' לא שייך לומר הכי הרי הוא כאלו לא הלכת. הן אמת דמשמעתין דפרק המדיר משמע דאפילו בתנאי דהוי בשב' ואל תעשה שייך מחילה דקאמר התם המקדש על תנאי וכנסה סתם רב אמר צריכה גט ושמואל אמר אינה צריכה גט ואמר אביי לא תימא טעמי' דרב כיון שכנסה סתם אחולי אחלי' לתנאיה אלא טעמא דרב לפי שאין עושה בעילתו בעילת זנות ע"כ מוכח מהכא דאפי' במידי דהוי בשב ואל תעשה שייך ביה מחילה וכ"כ הר"ן ז"ל וכתב דהטע' הוא משום דכל תנאי שהוא מתנה להנאתו אין דעתו שיתקיי' בדווקא אלא אם הוא יקפיד וזו היא דעת הראב"ד גם כן וכן פירשו התוס' יע"ש. ואף שראיתי להרשב"א ז"ל שם דאזיל לשיטתי' ומפרשה לשמעתין באופן אחר כמ"ש הר"ן הרואה יראה שמלבד שכל המפרשים לא פירשו כדבריו גם סוגיין דשמעתין לפי גירסת ספרינו לא אזלא כותיה מדקאמר בתר הכי משמיה דעולא המקדש על תנאי ובעל ד"ה צריכה גט כלומר ופלוגתא דרב ושמואל כשלא בעל ולפי זה אי אפשר לפרשה לשמעתין אם לא כדברי הר"ן והתוס' והיה נראה לכאורה למילף מהא דטעמא דמתני' דנדרים דבאומר לו הריני כאלו התקבלתי דשרי לאו משום דמחילה חשיב' כקבלה עד שנאמר דבמידי דהוי בשב ואל תעשה לא שייך לומר הכי אלא טעמא הוי כמ"ש הר"ן ז"ל בנדרים דף כ"ד ע"א דאיכא מאן דפליג על הרשב"א וכתב דאפילו במידי דהוי בשב ואל תעשה יכול לומר כן שאותו תנאי עצמו לא אמרו מתחלה אלא להשלים רצונו שהיה רוצה שלא ילך ועכשיו כיון שאינו חושש אם ילך כבר נשלם רצונו יע"ש. אבל עדיין איכא למדחי ולומר דההיא דפרק המדיר היינו טעמא דמהניא המחילה ואף דהוי בשב ואל תעשה משום שאותו תנאי שהתנה אינו אלא דיבור בעלמא ואתי דיבור ומבטל דיבור ובכן נשאר המעשה קיים וכמ"ש הרא"ש ז"ל בתשוב' מה שאין כן בנדרים דלא שייך לומר הכי דאדרבה אם יבטל התנאי ישאר הנדר במקומו וליכא היתרא אלא היכא דשייך לומר הריני כאלו התקבלתי דהך מחילה הויא קיום התנאי וכאלו נתנן לידו דמי וכן פירש הר"ן ז"ל בפרק מי שאחזו אבעיין דמחולין לך דמי הויא הך מחילה קיום התנאי כאלו נתנן לידו ואע"ג דבנדרים כל שאומר לו הריני כאלו התקבלתי שרי דאלמא מחילה כקבלה גט שאני משום דלצעורה מכוין עכ"ד:

איברא דלישנא תלמודא שם דמשני התם משום הרווחה התנה והא לא איצטריך לא משמע הכי דמחילה חשיבא כקבלה וכאילו נתנם לידו דמי דאם כן הוי סגי ליה בהאי לישנא בלחוד דגט שאני משום דלצעורה נתכוין אבל מדאצטריך לומר גם כן התם משום הרווחה הוא והא לא איצטריך משמע דעיקר טעמא הוי משום דמעיקרא כי התנה לא היה בדעתו אלא אם יצטרך וירצה ומה שאומר לו הריני כאלו התקבלתי הכי פירו' כבר אני השתא מרווח כאלו התקבלתי וכן נראה מדברי הרשב"א ז"ל שם בחידושיו שפירש דבעיין דמחולין לא מתכווני לקיומי תנאה וליהוי גיטא משום נתינה קמייתא דלאו בקפידא אתני בהד א איכוון והא לא אצטריך אלו ת"ד ולקמן בפרקין גבי האומר לאשה אם לא באתי מכאן ועד שלשים יום להוי גיטא והיה הולך ובא דפריך עלה וליחוש שמא פייס כתבו הרשב"א והר"ן משם הרי"ף והרמב"ן ז"ל שפירשו הכי ליחוש שמא פייס ומחלה התנאי והוי כאלו אמרה כלום אמרת אלא להנאתי זהו הנאתי אלמא דאפילו במידי דהוי שב ואל תעשה מהני' מחילה ואע"ג דלא שייך לומר אפוכי מטרתא למה לי ועיין בתשובת הר"ן סוף סי' מ"ח:

אבל עכ"ז עדיין ליכא ראיה להתיר בנ"ד דבשלמא בשאר תנאים שאדם מתנה להנאתו איכא למימר בהו דסתמו כפירושו דלאו בדוקא קא מתנה אלא אם יצטרך וירצו או אם יקפיד בהם וכמ"ש הראב"ד ובנ"ד ליכא למימר הכי דזה שנשבע לאשתו שלא ישא אחרת עליה אי ס"ל דעל דעת אשתו נשבע הא ודאי אין בדעת האשה שיהא לו שום צד היתר בזה דאנן סהדי דמקפדת היא בכך ואינה מתרצית ליכנס צרה בתוך ביתה ומה שמתרצית השתא אינו אלא מפני שלא יהא לו קטטה עמה זהו מ"ש לשעבר (א"ה ראיתי למוהריב"ל בח"ב סימן כ"ב שכתב ז"ל הצ"ל כלל העולה דהיכא דליכא אונס דלא שכיח אינו יכול לישא אשה אחרת אלא ברשות ב"ד דבהא ודאי ליכא לאסתפוקי כלל דסגי אבל מאי דאיכא לאסתפוקי וצריך לחקור אחר המנהג אם רשות האשה סגי בלא רשות ב"ד ובכתובות שאינם מזכירים לא רשות ב"ד ולא רשותה מלתא דפשיטא היא דאין לב"ד עסק בזה ובוודאי דצריך רשות האשה וגם ברשות האשה איכא לאסתפוקי אי סגי דאיכא למיחש למאי דאמרינן לעיל שמא יקניטנה עד שתתן לו רשות עכ"ד. והנה מדבריו אלו נראה דס"ל דכל שכתוב בכתובה אם לא ברשות ב"ד דברשות ב"ד סגי ואינו צריך התרת חכם ממש ואין להקשות ע"ז אמאי לא חשש לסברת הרשב"א ז"ל כיון דלא שייך לומר הכא הריני כאלו התקבלתי ועיין במוהריב"ל ח"ד דף ס"ט שחשש לה יע"ש דס"ל כמו שחילק מהרא"ש בסי' רכ"ח וסי' ר"ל דכל שפירש בשבועתו שלא יוציא בתו מטוליטולה שלא ברשותו אף הרשב"א ז"ל מודה דאפי' שיהי' במקום בטול מעשה דלא

שייך לומר הריני כאלו התקבלתי אם נתן לו רשות סגי יע"ש. אבל מאי דקשה לי על מהריב"ל הוא במאי דצידד דאפשר דברשותא דידה סגי ואפי' בכתובות שאין מזכירים לא רשות ב"ד ולא רשותה דאמאי לא חשש לסברת הרשב"א ומכ"ש לפי דברי אדוני אבי הרב ' ז"ל שוב ראיתי דגם זה לק"מ דע"כ לא צידד מוהריב"ל דאפשר דברשותה סגי כי אם אי איכא מנהג דברשותה סגי דאז הוי כאלו פי' בעת השבועה אם לא ברשות האשה. כלל העולה דכל שנהגו דברשותה סגי בלתי התרת חכם יש לילך אחר המנהג ואף בזה נראה מדברי אדוני אבי הרב ז"ל לקמן דצריך התרת חכם ואי ליכא מנהגא בההוא מקום אז מדינא צריך התרת חכם כמ"ש אדוני אבי הרב ז"ל וגם דאיכא נמי מה שכתב מוהריב"ל דאפשר דלא מהני רשותה דאיכא למיחש שמה יקניטנה בעלה עד שתתן לו רשות וע"ד כן היתה השבועה שאפי' אם תתן לו רשות לא סגי ואף בכתובות שכתוב בהם אם לא ברשות ב"ד וס"ל למוהריב"ל דברשות ב"ד סגי כנז"ל מ"מ מדברי מהרא"ש בסי' רכ"ח נראה דס"ל דצריך שיתירו לו כשאר התרות ושיתנו לו רשות יע"ש):

ועתה האיר אל עבר פני דברות מלהבות קדשו וחזיתיה לדעתיה דמר שתפס במושלם שכל הנשבע לחבירו להנאתו ולתועלתו אומדנא דדעתא יש והוי כאילו פירש שלא יעבור על שבועתו בלתי רשות חבירו זהו תורף דבריו. וקיצר במקום שאמרו להאריך כי לכאורה דברי הרשב"א ז"ל עומדים לנגדו שכתב דהארכת הזמן לחוד לא סגי ואע"פ שלא עבר זה על שבועתו בלתי רשות חבירו גם מ"ש דע"פ זה ניחא ליה דלא נשוייה להבנ"י כחולק על הרשב"א במ"ש דל"ל למשה התרת חכם כל שנתן לו יתרו רשות סגי לע"ד אין אנו צריכים לזה דאפי' אי ס"ל להבנ"י כסברת הרשב"א ז"ל עכ"ז הוקשה לו דל"ל למשה התרת חכם כיון דמשה לכבוד יתרו נדר כי אמר לו עכשיו לך לשלום הוה סגי דדמי למשנתינו דאומר לו כלום נדרת אלא מפני כבודי זהו כבודי וכמ"ש הנ"י והכא נמי כבוד גדול היה מתכבד יתרו בהליכת משה למצרים בשליחות המקום ובכה"ג אפי' הרשב"א יודה שאם השביע לחבירו שלא יצא מהעיר ואח"כ הוצרך המשביעו לשלחו בשליחותו שיכול לשלחו. שוב ראיתי מה שכתב הרשב"א במיוחסות סי' רנ"ה דלא כהנ"י יע"ש. ומ"ש עוד דהרא"ש בתשו' חולק עם הרשב"א וכמ"ש מהראנ"ח ז"ל בח"ב לע"ד אינו מוכרח ואיכא למימר דכל שלא תבעו חבירו מעיקרא אפי' הרשב"א יודה שמעיקרא כי נשבע לפורעו היה ע"ד שחבירו יתבענו אבל אחר שתבעו חברו דחיילא השבועה בהא קאמר הרשב"א דצ"ל הריני כאילו התקבלתי דהוי כאלו נתקיים תנאו. ודאתן עלה לנ"ד מכל מ"ש שבנדון דידן שנשבע זה לשרת לב"ה שנה אחת ועכשיו פייסו המשרת לב"ה שיפטרנו משבועתו וכן עשה וא"ל לך לשלום דלכאורה נראה דלא שייך

בהא לומר הריני כאלו התקבלתי ואיכא למימר דאפילו מאן דפליג על הרשב"א ואמר דאפי' במידי דשב ואל תעשה שייך לומר הכי ע"כ לא אמרו אלא כשהשתא אינו חושש אם ילך ונמצא שכבר נשלם רצונו. אבל זה הב"ה חושש היה עדיין לתנאו וצריך הוא מי שישמשנו אם לא שזה פייסו והרבה עליו רעים לא נמצא זה שנשלם רצונו אלא שמדברי הב"י נראה דס"ל שאף בנשבע במידי דהוה בשב ואל תעשה כל שהוא להנא' חברו ממש ולא לתועלתו שייך ביה מחילה מידי דהוה אכל שאר שיעבודים שאדם יכול למחול עליהם ועל פי הדברים האלו כתב בסי' רכ"ט שאם נשבע לחבירו לעשות לו מלאכה והתיר לו חבירו מקצתו לא הותר לו השאר דמשמע דמה שהותר מיהא הותר והן הם דברי ר' ירוחם. אבל מגדולי האחרונים כתבו לדעת הרשב"א דכל שהשבועה הוי במידי דשב ואל תעשה לא שייך מחילה וצריך התרת חכם. ומה שכתב כת"ר דכיון שנהגו עכשיו להתירו בלא התרת חכם הוי כאילו פי' מעיקר'. מדברי הרמב"ן ז"ל שהביא הב"י לא משמע הכי. אלא שעדיין נר' לע"ד לחלק ולומר דמ"ש הרשב"א דטעמא דמתני' דסגי בלא התרת חכם הוי משום דהאומר התקבלתי חשיב כאילו נתקיים תנאו ומזה יצא לו דבמידי דהוי בשב ואל תעשה דלא שייך לומר הכי זה אינו אלא בנשבע לעשות או שלא לעשות מידי שהוא תלוי בידו כגון לפרוע לחבירו לזמן פ' שמחוייב זה להזמין המעות בידו לאותו זמן כדי לפרוע לחבירו וכל שלא עשה כן עדיין לא קיים שבועתו אבל זה שנשבע לשרתו לב"ה אינו תלוי בדעתו בלבד אלא בדעת ב"ה ג"כ וכי נשבע זה על דעת ב"ה נשבע אם ירצה שישמשנו וכל שאומ' לו עכשיו איני רוצה ביך סגי שהרי בידו הוא לומר איני רוצה שתשמשני הנלע"ד כתבתי, הצעיר אפרים נבון:

סימן יא

מי שנשבע שלא לקרב את זוגתו אם לא תעשה דבר פלוני אם חלה השבועה.

תשובה לכאורה היה נראה דלא חלה השבועה כיון דמשועבד לה מן התורה בעונתה וכדאמרינן בפרק המדיר וכיון דמשועבד לה היכי מצי מדיר לה. איברא דבנדרים תנן קונם שאת נהנית לי עד הפסח אם תלכי לבית אביך עד החג הקשו בתוס' וכיון דמשועבד לה היכי מצי מדיר לה ותירצו שני תרוצים ולתירוץ בתרא כתבו דשאני הכא שתולה הנדר בדבר שאפשר לקיימו שפיר חל הנדר שהרי אפשר לה שלא תלך ולא תיאסר עכ"ד. ואין להקשות מההיא דאמרינן בפ' המדיר דאוקי למתני' דתלנהו לקישוטיה בתשמיש ואמרה יאסר הנאת תשמישי עליך אם אתקשט דמשמע דאפי' בתולה נדרה לא חייל כל שהוא להפקיע שיעבודיה דהתם כיון שבידה הוא לבטל התנאי וליאסר א"כ נמצאת איהי מפקעת שיעבודיה בע"כ אבל הכא בידה הוא שלא תלך ולא תיאסר ולע"ד היה נ"ל

להכריח כתירוץ בתרא של התוס' ממה שאמרו בס"פ ר"א דנדרים ההוא דא"ל לדביתהו קונם שאי את נהנת לי עד שחטעימי תבשילך לר"י ולר"ש ר"י טעים וכו' אלמא דכל שאפשר לקיים התנאי חל הנדר.

איברא דמדברי התוס' בפ' המדיר דף ע"א נר' דס"ל כתירוץ קמא דנדרים שכתבו אברייתא דהמדיר את אשתו שלא תטעום אחד מכל הפירות פי' דאיירי שא"ל יאסר תשמישך עלי אם תטעום מאותו המין וכ"כ הטור. אמנם ראיתי להרב בנ"מ שחילק בין שתי הנושאים דע"כ לא אמרו התוס' בתירוץ שני אלא במידי דאיפשר לה לקיימה בשובה ונחת כי ההיא דשלא תלך לבית אביה דאין לה צער אם לא תלך אבל בתנאי דאי' לה צערא לקיימה כגון שלא תתקשט או שלא תטעום אחד מכל הפירות הו"ל כאומר סתם קונם תשמישי עליך דלא חל עכ"ל. ואני אומר הגם כי לכאורה נראה שהוא חילוק נאה מיהו ההיא דס"פ ר"א הויא תיובתיה דהתם מייתי ההוא דא"ל שאת נהנית לי עד שתרוקי ברשב"ג וההיא ודאי לאו תנאה דמתקיים בשובה ונחת דהא ודאי למירק אגלימא דרשב"ג זילותא רבתא היא ומבזה ת"ח עונשיה גדול מנשוא וכ"ש כבודו דרשב"ג דנשיאה הוה וכ"נ ג"כ דעת הר"מ ז"ל בפי"ג מה' אישות שכתב ז"ל המדיר את אשתו שלא תלך לבית האבל וכו' וכתב ה"ה שם ז"ל ומדברי רבינו נראה שהוא מפרשה במדירה מהנאתו אם תלך עכ"ל הרי דכל שתלה תנאי נדרו בד"א אע"ג דאית לה צערה בקיומה שפיר חייל דלאו ודאי קעקר שהרי איפשר לה שלא תלך ולא תיאסר אמנם לזה איכא למדחי דמדברי הרמב"ם ליכא ראיה דהר"מ ז"ל ס"ל דקונמות מפקיעין מידי שעבוד כמ"ש הר"ן בר"פ המדיר ולא אלמוה לשיעבודיה דידיה כיון דאשה יוצאה שלא לרצונה אבל בשבועות דלא מפקיעין מידי שיעבוד איפשר דס"ל דאפי' בתולה תנאי נדרו בד"א ויכולה איהי לקיימה בשובה ונחת אעפ"כ לא חיילא השבועה ולדידיה אתי שפיר כל הני דנדרים שהבאתי למעלה. אבל מדברי רש"י והר"ן שם בפ"ב דנדרים נראה דס"ל כתירוץ בתרא של התוס' ומ"ש הבנ"מ דהתם ליכא צערא לאשה אם לא תלך לבית אביה אינו נראה כן דהא כבר פי' המפרשים שם והרא"ש ג"כ והטור דאיירי בשהיה עומד אחר החג ואסר לה הנאתו עד הפסח אם תלך לבית אביה עד חג הסוכות ובהא ודאי איכא צער' לאשה אם לא תלך דאפי' כשאינו עמה בעיר שנינו המדיר את אשתו שלא תלך לבית אביה רגל א' יקיים שנים יוצי' ויתן כתובה. הן אמת דמדברי הטור בסי' ע' נראה דשלא תלך לבית אביה לית לה צערא ואינו יכול להפר משום נדרי עינוי נפש ולפי זה היינו יכולים לומר דכי אסר הנאתו עליה אם תלך לבית אביה כיון דאפשר לה לסבול שפיר חל הנדר אבל באסר לה תשמישו אם תאכל אחד מכל הפירות כיון דאכילת פירות

הוי עינוי נפש ואפילו יום אחד אי אפשר לה לסבול כמ"ש התוס' בהמדיר חשיב כאלו מהשתא, אסר לה תשמישו וכה"ג חילק הר"ן ז"ל ברפ"ב דנדרים גבי אם ארחץ יע"ש. אבל הדבר תמוה דכל הני שלא תלך לבית אביה או לבית המשתה נראים ודאי נדרי עינוי נפש ואינה יכולה לסבול וכ"כ ר"י ופסקה מרן בי"ד סי' רל"ד ואפשר דס"ל להטור דכל שהיא נדרה מעצמ' שלא תלך לבית אביה גילתה דעתה דלא ניחא לה בהליכתה אצלו אבל כי הדירה בעלה שלא תלך אצלו הא ודאי צערא אית לה ועוד דאפילו כי נדרה איהי ע"כ יודה הטור דאינה יכולה לסבול דאם לא כן לא הוה מפר לה אפילו כי תלנהו בתשמיש דלא תלך ולא תיאסר בתשמיש וכדאמרינן גבי קישוט אשר ע"כ נראה לע"ד דס"ל להטור דאע"ג דשלא תלך לבית אביה א"א לה לסבול מיהו לא חשיב נדרי עינוי נפש ע"ד שאמרו בקישוט ומ"ה כי אסר לה תשמישו אם תלך לא (א"ה ע"כ מצאתי ונראה שיש חסרון חבל על דאבדין):

סימן יב

מי שנשבע לחבירו שאם לא יפרענו לזמן פ' שיתן לו כ"כ קנס ואירע לו אונס באותו היום שלא יכול לבא משום דחלה בנו:

תשובה בפ"ג דנדרים תנן נדרי אונסין כיצד הדירו חברו שיאכל אצלו חלה הוא או שחלה בנו או שעכבו נהר ה"ז מותר וכתב ר' ירוחם דהאי עכבו נהר מיירי בהפשרת שלגים נראה מדבריו דטעמא משום דהוי אונס דלא שכיח אבל כל היכא דהוי אונס דשכיח חל נדרו דכיון דשכיח איבעי ליה לאתנויי ואיברא דלכאורה הכי נראה מסוגיא דשמעתין דקאמר שאני מברא דאונסא דמיגלייא הוא. אבל עדיין איכא למימר דשמעתין אליבא דרבא אמרה דלא שאני ליה בין נדרים לממונות ואיהו מוקי למתני' באונס דלא שכיח דאי שכיח איבעי ליה לאתנויי אבל לרב הונא דאינו מדמה נדרים לממונות והיינו טעמא כמו שכתב הר"ן ז"ל דרב הונא לא חש לפרכיה משום דהתם לא הו"ל למדיר לאתנויי דמאי איכפת לי' וכ"כ הריב"ש בסי' שפ"ז דטעמא דמתני' משום דלא עלה על דעת אחד מהם שיניח בנו חולה ויבא לסעוד שאין ענין האכילה דבר של קפידא ולפי דבריהם נראה דל"ש לן בין אירע אונס דשכיח לדלא שכיח דכל דבר של קפידא כי נדר והתנה מן הסתם ה"ז כמתנה בנדרו כשיוכל לבא בלא אונס וכ"כ לה הרשב"א בתשו' המיוחסות סי' רע"ג. והריטב"א בחידושיו לפ' האיש מקדש לדף ן' ע"א כתב כמו כן בשם רבו וז"ל וכן בנודר ואחר כך נולד לו אונס המעכבו לקיים נדרו או שבועתו מיפטר דאדעתא דהכי לא נדר ואפי' היכא דקא הוי אונס דשכיח עכ"ל. ומדבריהם למדנו שכל הנודר בינו לבין עצמו כל שאירע לו אונס ואפילו דשכיח ה"ז פטור ולא אמרינן כיון דשכיח איבעי ליה

לאתנויי אלא בדברים שבין אדם לחבירו כיון דלהנאת ולבקשת חבירו נדר איבעי לי' לאתנויי וכמ"ש הריב"ש סי' קצ"ה ז"ל ועוד דכל הני הוא בנדרים שאדם נודר בינו לבין עצמו והולכין אחר כונתו משום דבעינן פיו ולבו שוים אבל בנותן מתנה לחבירו כל שלשון המתנ' כולל הולכין אחריו ואין הולכין בזה בתר האומדנ' וה"ט כמ"ש דבנדרים שהם בינו לבין עצמו לא איכפת ליה לאתנויי והרי הוא סמך על דעתו ע"מ שלא יהיה לו אונס אבל בדברים שבין אדם לחבירו כיון דעל דעת חברו הוא שנדר מיבעי ליה לאתנויי שדעת חברו המשביעו הוא שבכל ענין יחול הנדר כיון דהוי מידי דקפידא וכמ"ש הריב"ש סי' שפ"ז וכיון שכן אמרינן איבעי ליה לאתנויי לא כן בנדרים שאדם נודר בינו לבין עצמו וכ"כ בהדירו חברו דמאי איכפת ליה למדיר לאסור נכסיו לזה ומה הנאה מגיע לו וסתמא דכל הני כמתנה בנדרו אם לא יארע לו אונס. והשתא דאתינא להכי איכא למיער במה שפירש הרא"ש ז"ל שם בשמעתין דעכבו נהר דמתני' אייריי בהפשרת שלגים אליבא דרבא הוא דצריך לפרשה אבל אליבא דרב הונא מתני' בכל גוונא אייריי ואילולי דברי הרא"ש הייתי אומר דעכבו נהר דמתני' אייריי בכל גוונא ואפילו במידי דשכיח ובהא לא אמרינן איבעי ליה לאתנויי דאנן סהדי דאדעתא דהכי לא אדריה שלא עלה על דעת המדיר לאסור נכסיו לזה אלא כשיוכל לבא אבל בשלא יוכל למה יאסר לו הנאתו ורבא לא אייתי ממתני' אלא מחלה בנו שעדיין יכול לבא ואפילו הכי שרי משום דאדעתא דאונס לא אדריה ורבינא לא חש לפרכיה היינו כמ"ש הר"ן דלא איכפת לי' למדיר אי נמי כמ"ש הריב"ש משום דאין ענין האכילה דבר של קפידא:

והשתא אבא לנ"ד שנשבע זה לחבירו שאם לא יפרענו לזמן פלוני שיתן לו כ"כ קנס ואירע לו אונס באותו היום שלא היה יכול לבא משום דחלה בנו דנראה שאע"פ שאינו אונס גמור כיון דחולי לא שכיח ה"ז פטור משום דנדרי אונסין דגבי חולי לא אמרינן איבעי ליה לאתנויי כמבואר שם, בשמעתין דנדרי' ובפ"ק דכתובות ואע"ג דהריב"ש בסי' שפ"ז נראה שמסתפק בזה דאפשר דטעמא דמתני' דחשיב ליה אונס כי חלה בנו הוי משום דאין ענין האכילה דבר של קפידא אבל במידי דאיכא קפידא בדבר אין קצת אונס פוטרו אם לא שהוא אונס גמור הרואה דברי הר"ן ז"ל שם במסקנא דשמעתין ירא' דמפשט פשיטא ליה דאפילו באונס שאינו גמור ה"ז פטור ואפילו במידי דהוי דבר של קפידא שכך כתב והלכתא אסמכתא קניא והוא דלא אניס ואפי' אונס שאינו גמור דומיא דחלה בנו דהא מדמי לה לעיל למתני' דנדרים דכי היכי דאמרינן במתני' דאדעתא דחלה בנו לא אדריה הכי נמי כי אתפיס זכותיה וכו" וגדולה מזו נ"ל דאפילו אם העני זה שנשבע לתת לחבירו הגם דעניות שכיח מ"מ מצי לומר אדעתא דהכי לא נשבעתי

שהייתי סומך לגבות מהקפותי שיש לי על אחרים וכי אמרו גבי מברא אונסא דמגליא שאני היינו דוקא התם דשכיח הדבר להיות ואינו בידו וא"כ איבעי לי' לאתנויי דעל מי סמך והיינו דקאמר אונסא דמגליא שגלוי הוא לכל אבל זה סמך בדעתו שיהיה בידו לקיים ודמי לזה כתב הרא"ש בתשו' הביא דבריו הב"י סי' רל"ב ז"ל מי ששידך את בתו ונשבע לתת עמה ה' אלפים זהובים ואח"כ נתקלקלו החובות שהיו חייבים לו אם אין לו ממה לפרוע לא חובות ולא קרקעות וחפצים חוץ מבית דירתו וכלי תשמישו פטור דאין לך אונס גדול מזה עכ"ל וראיתי למהרי"ט (א"ה עיין בח"א סי' א') שכתב בכעין נ"ד דהיה אפשר לפוטרו מטעם שאין השבועה חלה אלא כשיפרענו לזמן שקבע ובאותה שעה אנוס היה וכאותה שאמרו בפ"ג דשבועות שבועה שלא אוכל ככר זו אם אוכל זו ואכל את הראשונה בשוגג והשניה במזיד פטור מטעם האדם בשבועה פרט לאנוס ואח"כ חילק בדבר חדש דע"כ לא אמרו אלא בנדר שהוא תלוי במעשה אבל בנדר שהוא תלוי בשב ואל תעשה מעתה חייל. ולע"ד לא הבנתי דבריו כיון שכבר כתב בתחלת דבריו דאונס דמטה ידו הוי אונס דשכיח מעתה ליכא לפוטרו מטעם דאנוס דכיון דהוי אונס' דשכיח אמרי' אדעתא דאונסא ג"כ התנה וכדאמר רבא בסוגיין אונסא דמיגלייא שאני גם מה שחילק לומר דכי האי גוונא שאמר אם לא אעשה מעתה חל הנדר מדברי הריב"ש בסימן שפ"ז אין נראה כן יע"ש ומצאתי תשובה להרשב"א כנ"ד והוא בסי' תשי"ג שהשיב ז"ל דכל היכא דלית ליה לפרוע ביום שקבע עמו ה"ז פטור ולא חל עליו נידוי דכיון דלית ליה אנוס הוא יע"ש כמש"ל ודלא כהרב בצלאל ז"ל בסי' ל"ה. וכל זה שכתבתי אינו אלא בלוה שקבע זמן לפרוע עד זמן פ' והלוה הזה לא השיגה ידו לפורעו לא בתוך הזמן ולא בזמנו שקבע אבל אם קודם שהגיע הזמן היו לו נכסים כדי לפורעו ואח"כ בבא הזמן שקבע לו אין לו נראה דכה"ג לא חשיב אנוס מכיון דהוה מצי לפורעו מקודם כשהיו לו וכן כתב בעל האגודה הביא דבריו הב"י בח"מ סי' ר"ז ועיין מ"ש בסי' א':

סימן יג

מי שהיה חייב לגוי ונפגר הגוי והיורש מצא בכתב יד אביו שהישראל חייב לו, אי יכול הישראל לישבע בערמה שאינו חייב לו ע"ד ששנינו במתני' נודרין להרגין ולמוכסין וכו' דלפי מ"ש הר"ן ז"ל שם בשמעתין גבי מאי דפריך והא דינא דמלכותא דינא דחשיב הפקעת הלואתו ואפ"ה פריך היכי שרי לנדור. נראה דבנ"ד נמי אף על פי דהוי הפקעת הלואתו והפקעת הלואה בגוי שרי מיהו לא חשיב זה אונס כדי שיתירו לו לנדור, אבל מדברי הטור בח"מ סי' שס"ו נר' דכל מידי דהוי דינא דמלכות' והעמיד המלך מוכס לגבותו המבריח עצמו מן המכס הוא גזלן לפי שהוא גוזל מנת המלך וכן נראה מדברי

הרמב"ם ז"ל כמו שהוכיח מהרש"ך ז"ל בתשובה, נראה דבנ"ד אינו אלא הפקעת הלואה שרי לידור ע"ד שאמרו, וע"כ לא פריך שם גבי מתני' אלא במבריח את המכס מן המלך דהוי גזל וכמו שפירש הרא"ש שם דהיכי יתירו לו לידור כדי לגוזלו כיון דאסור לגוזלו וכ"פ הרמז"ל שם בפירוש המשנה. והתוס' בפרק הגוזל בתרא דף קי"ד גבי האי בר ישראל דידע סהדותא לגוי ואזל ומסהיד ליה וכו' עד ולא אמרן אלא חד אבל תרי לא, הקשו בתוס' וא"ת והא לעיל שרינן הפקעת הלואתו ונמצאו אלו מפסידים אותו הרבה שהיה יכול לכפור, ותירצו דמ"מ לא משמתינן להו כיון שאינו משלם אלא מה שהיה חייב לו עכ"ד, נראה מהכא דלהפקיע הלואתו שרי לישבע דאם לא כן בחד נמי אמאי משמתינן ליה כיון דלא מצי לכפור ולישבע. וכ"ת אם כן בחד נמי אמאי משמתינן ליה כיון שאינו משלם אלא מה שהיה חייב לו, לא דמי דהתם שאני משום דאזל בעש"ג דאינהו מפקי ממונא אפומא דחד מה שאין כן בדיני ישראל ועיין בחידושי מהרש"ל שם. וכ"ת עדין והא במתני' לא התירו אלא נדרי אונסין והפקעת הלואתו שרוצה להרויח מה אונס חשיב, ובשלמא לדעת הרמב"ם ז"ל שכתב בפירוש דטעמא דמתני' דשרי לנדור וסומך אדברים שבלבו הואיל ונאנס מלפרשם אתי שפיר, דבנ"ד נמי יכול לנדור ולסמוך אדברים שבלבו הואיל והוא אנוס שאינו יכול לפרש. אבל לפי מ"ש התוספות בר"פ השולח דף ל"ב דדברים שבלב אינם דברים אפילו היכא דק"ל שנאנס מלפרשם כמו שרוצה להוכיח בפ"ב דקדושין דדברים שבלב אינם דברים מכופין אותו עד שיאמר רוצה אני עכ"ד, יראה דטעמא דמתניתין דנודרין למוכסין הוי משום דאיכא אונסא ממש דהא אונסא מפרש ליה לדיבוריה אבל הפקעת הלואתו דלא הוי אונס ממש לא שרי לידור, וכן נראה מדלא משני בנדרים דמתניתין איירי במוכס גוי כדמשני לה רב אשי בפרק הגוזל משמע דע"כ לא אמרה רב אשי אלא לענין להבריח את המכס דשרי משום דהוי הפקעת חוב אבל לענין שיהא מותר לנדור לא אמרה וכן נראה מדברי הרי"ף בפרק הגוזל. איברא דעדין יראה דבנ"ד דלית ליה לישראל כדי לפרוע לגוי ואם יודה בערכאותיהם תופסים אותו בבית האסורים אנוס קא חשיב ושרי ליה לידור. ועיין בשה"ג פ' הגוזל בתרא דף מ"ג ע"ב ועיין בי"ד סי' רל"ט בהגהת מור"ם:

סימן יד

ראובן תושב ח"ל גמר בדעתו לעלות לא"י ולדור שם ואחר שמכר כל אשר לו ויהיה לשום בדרך פעמיו בתו הקטנה אשר היתה נשואה בראות' כי אביה ואמה מתפרדין מאצלה מתוך צערה אשר היתה לה חלתה ובראותו ראובן כי ח"ו היה חשש סכנה שמא

תמות בתו אם תעזוב את אביה ואת אמה הניח את אשתו אצל בתה ועלה לא"י לזיירא להשתטח על קברי אבות ועת' שואל להתיר את שבועתו או את נדרו:

תשובה שנינו בפ"ג דנדרים נדרי אונסין הדירו חברו וחלה הוא או שחלה בנו הרי אלו נדרי אונסין כלומר ומותר בלא שאלה. איברא דהרא"ש ור"י ז"ל כתבו דאיירי באונסי דלא שכיח אבל באונסי דשכיח מדלא התנה אונסי נמי קבל עילויה ולפי זה היה נראה לכאורה דלא שרי הכא מטעם אונס שהרי זה ענין דשכיח דסתם קטנ' יש לה געגועין אצל אמה ולא תעזוב את אביה ואת אמה ובפרט אם קטנה זאת כבר הית' לה געגועין עמה. אבל כל זה אינו כלום דהכא כיון דחלתה הבת מתוך זה ה"ז פטור מטעם האדם בשבוע' פרט לאנוס וא"צ שאלת חכם:

איברא דמספקא לי עדיין כיון דזה האיש לא קבע זמן לנדרו נהי דהשתא נאנס ואינו יכול לקיים נדרו מכל מקום כל זמן שימצא שעת הכושר ה"ז מחוייב לקיים נדרו או דלמא כיון דכונתו של ראובן היה לעלות עכשיו והראי' שמכר כל נכסיו ובפי' איתמר לעלות לא"י ה"ז כמי שקבע זמן ואמר לעלות מיד ולדור שם וכיון שנאנס שאינו יכול לדור עכשיו ה"ז נתבטל נדרו וראיתי להר"ן ז"ל בפרק קונם דהאוס' עליו פירות שנה א' סתמא שנה זו קאמר ואם פשע קרוב אני לומר שאין לו תשלומין עכ"ד. אלמא דאפי' בלא קבע זמן כיון דמסתמא שנה זו משמע אם פשע אין לו תשלומין כ"ש בנ"ד דבפירוש איתמר לעלות עכשיו דאם פשע או נאנס שוב אין לו חיובא דנדרא. הן אמת דנראה דהר"ן ז"ל לא פסיקא לי' מלת' ומספקא אמרה ומעיקר' כתב דאם פשע יש לו תשלומין לשנה הבאה אע"ג דאיכא איסור בתחלה משום בל תאחר. אמנם כד דייקינן בה נראה דעד כאן לא מספקא ליה להר"ן ז"ל איא אלא באומר שנה סתם דאי סתמא שנה זו במשמע הא ודאי אין לו תשלומין או דלמא סתמא לאו שנה זו אישתמע אלא דלכתחלה צריך לנהוג שנה זו משום בל תאחר. ולפי זה נראה דמי שנדר לעלות לא"י אי סתמא מיד משמע בשנה זו אם עבר השנה ולא הלך שוב ליכא עליה חיובא דנדר. או דילמא סתמא לעולם משמע ונהי דחייב לעלות מיד משום בל תאחר מ"מ לעולם רמי עליה חיובא לקיים נדרו ואיברא דמההיא דפ' מרובה מי שנדר ליקח בית ולישא אשה אין מחייבין אותו ליקח מיד עד שימצא הוגנת לו דההוגנת לו קאמר משמע דכל הנודר סתם סתמא מיד משמע והיה איפשר לומר דהתם משום בל תאחר הוא דקא מחייבינן לי' לקיומיה מיד וכההיא דאמרי' בפ"ק דר"ה וצדקה מחייב עליה לאלתר דהא קיימי עניים וכ"כ הרב מהרי"ט בח"א סימן קל"א. איברא דלפי טעם זה לא שייך אלא בנדרים של מצוה דשייך בהו בל תאחר אבל בדבר הרשות דלא שייך בל תאחר לעולם משמע. אבל מדברי הטור

בסי' רי"ט שכתב ז"ל מי שנדר או נשבע לקנות לו בית וכו' נראה דאפי' בדבר הרשות חייב לקיומיה מיד ולפ"ז צ"ל דכל סתמא מיד משמע דאי משום בל תאחר ליכא לומר דעדיין לא מצינו בל תאחר בשבועות ואפי' בנדרים לא אמרו אלא בנדרים של מצוה אבל בדבר הרשות נראה דליכא משום בל תאחר וכ"כ מהרי"ט ז"ל הגם שמדברי הר"ן ז"ל בפ' קונם נראה דבכל נדרי' איכא בל תאחר הדברים תמוהים עוד דע"כ לא אמר' אלא בנדרי' אבל בשבועות לא שמענו איברא דמדברי הר"ן פ"ק (עיין דף ג' ע"ב) נר' דכל דבר שאינו מחוסר מעשה הוא דאמרינן דמהשתא חייל אבל דבר התלוי במעשה א"א לומר שיחול מיד ולפ"ז נראה דבנ"ד שמחוסר מעשה לא משמע מיד אלא שמחוייב לקיים לאלתר משו' בל תאחר דהא קאי ועומד:

וראיתי להריב"ש בסי' קצ"ח שהשיב על מי שנשבע להזמין בתו לנשואין ולא קבע זמן שמחוייב להזמין מיד שמיד חל עליו קיום שבועתו ואע"פ שכל שלא קבע זמן אינו עובר על שבועתו כל זמן שבידו לקיימה מכל מקום מעתה הוא חייב לקיימה דומיא דהאומר לא אפטר מן העולם עד שאהא נזיר דחייב למנות נזירות מיד ואם לא מונה עובר בבל תאחר עכ"ד. ודבריו צ"ל דנראה דמההיא ליכא ראיה דהתם שאני משו' דאמר לא אפטר מן העולם עד שאהא נזיר הכי קאמר הרי עלי למנות נזירות בענין שלא יהא חשש בדבר שאכלים נזירותי קודם שאפטר מן העולם ומשום הכי קם בבל תאחר מיד אבל בנשבע או נודר סתם אי סתמא לאו מיד משמע תו ליכא למיחש לשמא ימות דאנוס הוא. ותו ק"ל דנראה מדברי הריב"ש דמאי דחייביה לקיים שבועתו הוא משום לאו דבל תאחר וכבר כתבנו דאיסור זה לא מצינו בשבועות כי אם בנדרים. ונראה דהרב ז"ל לאו משום בל תאחר אמרה אלא ס"ל שכל הנודר או נשבע סתם ויש ספק בידו לעשותו ה"ז חייב לעשותו מיד מטעם דשמא ימות ולא יוכל לקיים אח"כ ומייתי מהתם דמשום דחיישינן לשמא ימות ה"ז חייב לעשותו מיד ואע"ג דמהתם לא משמע אלא באומר לא אפטר וכמ"ש הר"ן ז"ל מכל מקום מייתי שפיר כי היכי דהתם האי גברא לא לקבולי עכשיו נתכוון שא"כ ל"ל לומר לא אפטר ולמה לא קיבל סתם ואפ"ה מטעם חשש דשמא ימות חייב ה"נ בקיבל סתם לעשות דבר ובשבועה כל שיש ספק בידו ה"ז חייב לעשותו מיד וגבי ההיא דצדקה מחייב עליה לאלתר דקדק הרשב"א ז"ל דמדלא קאמר עובר לאלתר משמע דליכא עליה אלא חיובא בלבד:

איך שיהיה למדנו דזה שנשבע לעלות ולדור בא"י כיון שלא קבע זמן לנדרו אע"פ שנאנס עכשיו ולא יכול לעלות מ"מ כל זמן שימצא דרך לעלות ה"ז חייב לקיומי נדרו ואעפ"י שבנדון דידן כוונתו היה לעלות מיד ומעשיו מוכיחים שהיה מוכר כל אשר לו לעלות

לא"י מכל מקום כיון שלא קבע זמן לנדרו עדיין חייב לקיומי נדרו ולא עוד אלא דאפילו בקבע זמן לנדרו ואמר לילך בשנה זו לא"י אם עבר ולא הלך בין באונס בין ברצון עדיין נדרא רמי עליה. ולא דמי לאותה שכתב הרשב"א במי שנשבע לפרוע לחבירו או לעשות דבר דאם עבר הזמן ולא עשה דנפטר מידי שבועתו ומכאן רצה מהר"ם מפדווא ללמוד דבנ"ד ג"כ כל שעבר הזמן שקבע נפטר מידי שבועתו ע"כ. ולע"ד לא כן אנכי עמדי דע"כ לא אמר הרשב"א אלא התם משום שכל עצמו לא נשבע אלא על קביעות הזמן. אבל בנדון דידן שנדר לעלות לא"י בתוך שנה אחת כיון דלעשות מצוה מכוין הרי זה כמי שקיבל עליו שני דברים האחד לעלות לא"י והשני שיהא בתוך שנה אחת דכיון דלעשות מצוה נדר אנן סהדי דשני דברים קביל עליה וכמ"ש והריב"ש הביאו מרן בח"מ חילק כה"ג דהיכא דלא היה מחוייב בדבר כגון שנשבע לתת מתנה לחבירו ביום נועד דאז אע"פ שעבר עדיין מחוייב ליתן דעל שני דברים נשבע אם על עיקר הנתינה דבלאו הכי לא היה שום חיוב למתנה אם על זמן נתינה משא"כ בנשבע לפרוע דעל עיקר הפרעון לא היה צריך לישבע וכי נשבע לא איצטריך אלא לזמן הפריעה. (א"ה לע"ד יש לגמגם בזה דתשו' הריב"ש הנז' לא מצאתי ובח"מ לא מצאתי שהביא מרן הב"י כי אם בס"ס ע"ה הביא מרן הב"י תשובת הריב"ש בסי' שמ"ד ומאותה תשובה נראה שיש לדקדק בהפך אמנם ראיתי למוהראנ"ח בח"ב סי' ס"ז תוך התשובה שנראה שרצה לחלק כדברי אדוני אבי הרב ז"ל וסיים בסוף דבריו וזה נראה חילוק נכון וברור אלא שהריב"ש ז"ל בסי' שפ"ז על שבועה אחת של נישואין לזמן ידוע כתב שאם עבר הזמן אין עליו עוד חיוב שבועה יע"ש):

ועוד בנדון דידן שקיבל לעלות לא"י תוך שנה זו ולגור שם הרי זה כמי שנדר להתענות עשר' ימים ונאנס ביום א' ולא התענה הלא ודאי צריך להתענות הימים הנשארים והכא נמי שאמר לגור שם כל ימיו קאמר וקיבל לגור שם ונהי דנאנס בשנה זו לגור שם מ"מ כל השנים הבאים אחריו חייב לקיומי נדרו וראיתי לב"י ח"מ סי' ר"ז שהבי' משם האגוד' דאדם שנדר לעשות דבר תוך זמן ובתוך הזמן היה ספק בידו לעשותו וביומ' דמשל' זימניה נאנס לא קרינן ליה אונס עכ"ל ואפשר שזהו טעמו של הריב"ש. והשתא אתי שפיר דהטור בי"ד בסי' הנז' לא הזכיר דהשבועה היה לקנות בית בא"י אלא כתב סתם לקנות בית. ונראה דמהאי טעמא כתב הריב"ש ז"ל סי' נ"ה על מי שנשבע לעשות דבר תוך זמן שנה דמעכשיו חלה עליו השבועה ויכולים להתירה וכגון זה חל הנדר מיקרי כיון דמחוייב מעכשיו לעשות הדבר ההוא. ובפ"ק דתעניות אמר רב לוה אדם תעניתו ופורע כי אמריתה קמי' דשמואל א"ל פשיטא לא יהא אלא נדר מי לא מצי ללוותו

ולהשלים למחר ופירו' הראב"ד והרמב"ן והר"ן ז"ל דאיירי אפי' באומר יום זה ואעפ"כ מצי ללוותו דמנדר דצדקה הוא דקא מחייב ואלו אמר סלע זו לצדקה עד שלא באתה ליד גבאי מצי יזיף לה ולפרוע אחרינתא כיון דלא הוי נדר גמור. ולפי דבריהם נראה דאפי' בלא אונס כלל מצי ללוותו מידי דהוי אצדקה. אבל התוס' כתבו בשם ר"ח דהיינו דוקא בדאיכא עליה קצת אונס הא לאו הכי לא. וצריך להבין לדברי כולם דאי אפי' באומר יום זה מצי ללוותו אם כן קשה מההיא דתניא יחיד שקיבל עליו תענית ב' וה' וב' ופגע בהם י"ט של מגילת תענית דאם נדרו קודם לקבלתינו ידחה גזרתינו מקמי נדרו וכו' ואמאי הא מצי ללוותו ולמשלם ביומא אחרינא וכ"ש הכא דהוי במקום מצוה ואין לומר דההיא איירי בנדר גמור דהא כבר כתב הר"ן ז"ל שם דאיירי בקבלת תענית. וראיתי להרמב"ם בהלכו' נדרי' שמפר' לה בשנדר להתענות כ"כ תעניות ולא קבע להם זמן ואח"כ התחיל להתענות ביום אחד בכה"ג הוא דמצי ללוותו ולפרוע כיון דמעיקרא בשעת נדרו לא קבע להם זמן וכן פירש לה הרא"ש ז"ל אבל כל שקבע לו זמן מעיקרא לא מצי ללוותו דאפי' לא יהא אלא נדר של צדקה חייב לקיימו בזמנו משום בל תאחר ואי נדר סתם נמי חייב לקיומי מיד מהאי טעמא גופא ומה שהביאו הראב"ד ז"ל והרשב"א מההיא דעד שלא באתה ליד גבאי יזיף ופרע איני מכיר ראיית' דהא ודאי אי קיימי עניים צריך ליתן מיד והכא נמי האי גברא הא קאי ועומד ולמה יאחר נדרו להתענות לאחר זמן. ובשלמ' לדעת ר"ח דפיר' דאיירי בדאניס איכ' לתרוצי דכי האי ודאי לא עבר על בל תאחר דאמדינן דעתי' דמעיקר' כי נדר אדעתא דהכי נדר אי לא יארע ליה אונסא אבל בלאו הכי הא ודאי לא מצי לדחויינהו לאחר זמן ואפילו כי נדר סתם דסתמא מיד משמע ואיכ' בל תאחר זולת אי פירש ואמר לכשארצה בכה"ג ליכא משום בל תאחר כמ"ש מדברי הרמב"ם ז"ל והכי אמרו בהדיא פ"ק דנדרים ודלא כהמרדכי ולפי זה ליתנהו למ"ש בהגהה דאי נדר סתם מצי לדחותם לימות הגשמים עיין בא"ח סי' תקס"ח יע"ש. והר"ן ז"ל הביא די"א כסברת הרמב"ם ז"ל דהאי דלוה תעניתו לא איירי ביום זה אלא בשקיבל עליו סכום תעניות והביאו ראיה מהירושלמי דקאמר לוי שכח ואכל אי אמר יום זה מתענה ומשלים ואי אמר יום סתם צריך להתענות יום אחר וה"ט דביום זה לא מצי ללות ולפרוע אבל ביום סתם כיון דיכול להתענות יום אחר תחתיו לוה ופורע. והשתא נראה דבנדון דידן שנדר לעלות לא"י אי קבע זמן ונאנס ולא עלה בזמן שקבע נראה דלדעת כל הני רבוותא אינו מחוייב לעלות לאח"ז אבל לפי מ"ש הרא"ש בשם ר"ח דאפי' כי אמר יום זה כל שנאנס לוה ופורע וכתב הרא"ש ז"ל דהיינו טעמא דאומדן דעת הוא שזה לא קבע יום זה לחובה אלא דעתו היה להתענות יום א' ומשום הכי כי נאנס באותו יום לא נתבטל

הנדר וצריך להתענות ביום אחר וכן כתב המרדכי בשם ראבי"ה וז"ל לא יהא אלא נדר שקבע לו זמן שעובר בבל תאחר אם נאנס ולא קיים וכי יפטר בכך והלא כשיוכל ישלם נראה דבנדון דידן נמי אע"פ שנאנס ולא עלה בשעה שנדר צריך לעלות כשיוכל ומה שהביאו מהירושלמי דאם נדר להתענות ביום זה ושכח ואכל מתענה ומשלים ואין צריך להתענות יום אחר לא דמי לנדון דידן דאיכא למימר דהירושלמי לטעמיה אזיל דס"ל דתענית שעות הוי אפי' אכל בתחלת היום ומשום הכי כי שכח ואכל מתענה ומשלים ונמצא שלא נתבטל נדרו כיון דהתענה אח"כ ומשום הכי אין צריך להשלים ליומא אחרינא אבל בנדון דידן שלא קיים נדרו כלל יראה דצריך לשלומי לאחר זמן ועוד יש לחלק באופן אחר כרמוז לעיל. ולענין הלכה נראה דכיון דהוי ספקא במידי דאורייתא דהא קבלת תענית משום נדר דמצוה קאתי דבפיך זו צדקה ועדיפא מינה דזה בגופו וזה בממונו אזלינן לחומרא ולענין אם נשבע לעשות דבר סתם מחוייב לעשותו מיד כל שיש ספק בידו לעשותו ואם אינו עושה עובר בכל יום על שבועתו כדמוכח מתשובה שהביא בש"ע בי"ד סי' רכ"ח סעיף מ' וכן נראה ג"כ מתשובת הרשב"א ז"ל שהביא הב"י בח"מ סי' י"א וכן כתב הריטב"א בחידושיו ריש פרק הנושא ויליף לה מהירושלמי ועיין בב"י ח"מ סי' מ"ב מחו' ג':

סימן טו

ראובן שנשבע מתוך כעסו שלא ליתן צדקה לפ' עני שהיה מבקש ממנו אי לא חלה השבועה או דילמא מצי א"ל מה שאני חייב ליתן אתנהו לעני אחר שארצה וכדאמר בפרק פותחין דף ס"ה וכי כל דמעני עלי נפל ופי' הרא"ש ז"ל ומה פתיחה היא זו שמא יעני וכי כל מי שהוא עני עלי מוטל לפרנסו אני נותן ליד גבאי צדקה ומה שאני נותן יתנהו לאחרים ויפרנסהו ממה שאחרים נותנים וכן פירש הרא"ם ז"ל ומשני שאני אומר כל הנופל אינו נופל ליד גבאי תחלה מוכח מהכא שאין אדם מחוייב לתת צדקתו לכל העניים אלא כל שנותנו למי שהוא רוצה יצא י"ח. אבל בפ"ג דשבועות לא משמע הכי דמתני' דקתני שאתן ושלא אתן פריך עלה ומאי אתן אילימא מתנה לעני מושבע ועומד מהר סיני וכו' והשתא קשה דהלא יכול לפטור עצמו כשיתן צדקתו לעני אחר איברא דראיתי להרמב"ם ז"ל פ"ה מהלכות שבועות שכתב דאם נשבע שלא ליתן צדקה לעניים הרי זה שבועת שוא וכו' נראה מדבריו דנשבע בסתמא שלא ליתן צדקה לעניים כלום. אבל מפירוש רש"י ז"ל שם נראה דגריס במתני' שאתן לאיש פלוני וכו' וראיתי להרשב"א בחידושיו למסכת שבועות שכתב ע"ז יש מגדולי רבותינו הצרפתי' ז"ל שאמרו דדוקא כשהי' שואל העני ממנו ונשבע הוא דהוי שבוע' שוא הא בעלמ' שבוע' חלה עליו אבל

עדיין צריך להבין דבפ"ק דקדושין אמרו התקדשי לי בככר זה תנהו לעני אינה מקודשת ואפילו עני הסמוך עלה מאי טעמא דאמרה ליה כי היכי דמחייבנא ביה אנא הכי מחייבת ביה את:

סימן טז

והיכא דאסר הנאתו על פלוני עני בנדר ובשבועה אם יכול זה ליתן לגבאי והגבאי יתן לעני בהא מלתא איכא פלוגתא דדעת הרא"ש והרא"ם ז"ל דאסור ולדעת הר"ן והמרדכי בפ"ק דבתרא שרי כל שנתנו לגבאי. ועיקר מחלוקתם הוא בפירושא דשמעתין דפרק פותחין שהבאתי לעיל דקאמר התם ולימא ליה וכי כל דמעני עלי דידי נפל דהרא"ש והרא"ם ז"ל פירשו הכי דיתנו חלקו לעניים אחרים וחלק אחרים יתנו לזה והר"ן והמרדכי פירשו דה"ק אתן לגבאי חלקי ואותו שנדרתי יהא מותר כההיא דתנן היה מהלך בדרך ואין לו מה יאכל נותן לאחר לשם מתנה והלה מותר בה. ונרא' דטעם האוסרים דלא דמי להההיא דהתם דהיה מהלך בדרך דנותן לחבירו לשם מתנה והלה מותר בה דהתם כיון שנתנו לו חבירו לשם מתנה גמורה נמצא דאין העני מתהנה משל מדיר אבל כשנתנו ליד הגבאי כדי שיחלק לעניים נהי דבידו של גבאי ליתן לעני שירצה מ"מ עדיין לא פקע כח הבעלים מהם לגמרי עד שיתנם לעניים דהא ודאי אין ביד הגבאי ליהנות מהם ושלא ליתן לעניים דלא נתנם לגבאי אלא ע"מ שיתנם לעניים ולא יצאו המעות מרשות הבעלים עד שיתנ' לעניים וכמ"ש הרא"ש ז"ל בכלל ל"ב סימן ח' בדין השבויה שהמירה. ואפי' למה שכתב הרשב"א דינתן ליורשיו איכא למימר דהיינו דוקא כשגבו לאיש ידוע דמשעת גוביינא זכה לו הגבאי וכמ"ש ז"ל אבל היכא דאין הגבאי גוב' לעניים ידועים יראה דכל עוד שלא באו ליד העני עדיין ברשותיה דבעלים קיימי ולא זכו ביה העניי' דאין הגבאי יכול לזכות לעניי' שאינם ידועים וכמו שהוכחתי במ"א וכ"כ מהריק"ו (א"ה עיין בשורש ה') ואין לומר דכל שנתנם לגבאי ליתנם לעניים שירצה סילק עצמו מהם והגבאי זכה בהם כדי ליתנם לעני שירצה דאדרבה סתמא דמלתא כל אדם רוצה לעשות צדקה בנכסיו ושיהנה העני מממונו וכדאמ' ס"פ השותפין דאפי' למאן דאמר קני על מנת להקנות קנה הכא שאני דסעודתו מוכיח עליו וכתבו ז"ל דסתמא דמלת' ניחא ליה לבן שיהנ' אביו מנכסיו והוא הדין בנדון דידן ולזה הסכי' הרשב"ץ ז"ל אבל מהרי"ט ז"ל בח"א סימן ה' חולק עליו משום דס"ל דכל שנתנו לגבאי נסתלקו הבעלים מנייהו יע"ש אבל מדבריו בי"ד סימן ט"ל נראה כמ"ש תחלה ובהלכות צדקה הארכתי בזה יע"ש ומ"מ נראה דכל שהצדקה מיקץ קיץ לעניים אלו ה"ז המודר אסור ליתן לגבאי משום דהגבאי מיד זכה להו לעניים וכמ"ש מהריק"ו א בשורש ו':

סימן יז

כתב הרא"ש ז"ל בכלל ח' סימן ט"ז דהנשבע לפרוע לחבירו בז' בניסן ואירע דז' בניסן הוא יום שבת דכיון שלא ידע דז' בניסן הוא יהיה יום שבת שבועתו קיימת וצריך לפרוע לו קודם השבת כדי שלא יעבור על שבועתו עכ"ל. נראה מתוך דבריו דהנשבע לבטל איסור דרבנן לא חייל כשנתכוון לבטל דברי סופרים וצ"ע דבכלל י"א סימן ג' כתב דלעבור עבירה דרבנן יקיים שבועתו יע"ש. ומהרח"ש בסי' קצ"ז הקשה על דברי הרא"ש דאפילו כי ידע דז' בניסן יהיה בשבת אמאי לא חיילא השבועה בכולל. ולק"מ חדא דבקום עשה לא חייל אפי' בכולל ועוד דזה לא נשבע אלא לפורעו בז' בניסן ואינו חייב מכח שבועתו לפורעו מקודם אלא שאם פרעו מקודם יצא ידי שבועתו ולזה כתב הרא"ש ז"ל דאם ידע כשנשבע דז' בניסן יהיה בשבת א"כ זה נשבע לפורעו בשבת ולא חיילא השבועה ואף ע"פ שאינו אלא איסור דרבנן מכל מקום כיון שאינו בידו לעשותן נמצא זה כשנשבע ע"ד שאין בידו לקיימו:

סימן יח

כתב הרא"ש בכלל ח' סימן ב' דהנשבע שלא למכור משלו כדי לפרוע לב"ח וכו' דאם השבועה הראשונה קדמה לחוב לא חלה הב' וה"ט משום דחלה הראשונה בכולל במיגו דחל עליה כשיהי' לו מעות לפרוע חלה נמי כשאין לו ומה שכת' דאם החוב קדם דאין השבועה הראשונה חלה היינו טעמא משום דכיון שלוה ממנו נשתעבדו לו כל נכסיו ואין השבועה חיילא בכולל להפקיע שיעבוד חברו וכמ"ש הרשב"א סימן אלף רל"ב ולפ"ז אם נשבע סתם שלא לפרוע לב"ח אפי' קודם שלוה לא חלה שבועתו:

סימן יט

כשאין השבועה חיילא מחמת שהוא מושבע כבר לא אמרינן שיקיים מקצת במה שאינו מושבע מהרח"ש נסתפק בזה ומדברי מרן בכ"מ פ"ה מה' שבועות גבי הנשבע שלא לאכול ז' ימים נראה דכיון דאינו יכול לקיים כולו לא חלה כלל ועיין מ"ש לעיל סימן ח' ודלא כמשמע מדברי הר"ן שם ומה שהביא הבכ"מ ראיה להר"ן ז"ל מהירושלמי אינה ראיה דההיא אינו אלא בנשבע שלא לאכול ג' ימים ובהא אינה שבועת שוא דאיפשר שיקיימנה דומה למ"ש הר"מ ז"ל בנשבע שיזרוק פלוני יע"ש ובמ"ש הר"ן דטעמא דלא חל משום דהוי נשבע לבטל את המצוה קש' דאמאי לא חייל בכולל מידי דחלה היום חלה עד סוף זמנה וי"ל:

הלכות נדרים

סימן א

מי שנשבע לומר דבר לחבירו ואח"כ אמר קונם פי מלדבר לו אי חייל נדרא. תנן התם חומר בנדרים מבשבועו' שהנדרים חלים על דבר מצוה כדבר רשות פי' בגמרא בפ"ב דנדרים דף ט"ו ע"ב דהיינו טעמא משום דנדר בדין הוא, שיחול ע"ד מצוה לפי שהוא אוס' החפץ עליו ואין מאכילין לאדם דבר האסור לו אבל לשון שבוע' הוא אוסר עצמו מלעשות אותה מצוה ולאו כל כמיניה להפקיע עצמו מחיוב המצוה והתוס' בפ"ג דשבועות דף כ"ה ע"א הקשו דמהו חומר בנדרים מבשבועות והלא כי האי גונא דאוסר החפץ עליו שבועה נמי חיילא אי אמר ישיבת סוכה עלי בשבועה ותירצו דנדרים בכל גוונא דחייל ארשות חייל ע"ד מצוה דהיינו כשאוסר החפץ על עצמו אבל כשאוסר עצמו על החפץ אפילו על דבר הרשות לא חייל יע"ש ולע"ד דבריהם תמוהים במה שרצו לומר דאין נדר חל כשאוסר גופו קונם על החפץ דקונם הוי קרבן ולא שייך על עצמו והלא משנה שלימה שנינו בפ"ק דנדרים קונם פי מדבר עמך וקונם עיני בשינה ה"ז נדר אלמא דקונם חייל על גופו דעל השינה אי אפשר דהוי דבר שאין בו ממש ונדרים אינה חלים ע"ד שאין בו ממש. (א"ה יש לגמגם בזה דנראה לע"ד דכוונת התוס' לומר דאין החפץ נאסר אם אומר קונם גופו על החפץ דאף אם יהיה הוא כקרבן מה איסור יש אם יהנה הוא מהחפץ וההיא דקונם עיני בשינה ה"ט משום דהגוף הוא חול והעין הוא קדש) ובפ"ק דנזיר דריש יזיר לאסור יין מצוה כיין הרשות ופריך והא מושבע ועומד מהר סיני הוא ופרש"י ואע"ג דנדרים חלים על דבר מצוה היינו היכא שאוסר החפץ על עצמו אבל נזיר אסר נפשיה אחפצא יע"ש ולמדנו מזה דבנדרים אי אסר נפשיה אחפצא כגון שאמר קונם פי מלקרות קריאת שמע או שנשבע לומר דבר לחבירו ואחר כך אמר קונם פי מלדבר לו לא חייל נדרא. ולפי מ"ש נראה לע"ד דאתי שפיר מה שהקשה הר"ן ז"ל בפ"ב דנדרים דף ט"ו דמקשה תלמודא בקונם שאני משמשיך היאך חייל נדרא והא משועבד לה מן התורה וכתב הר"ן ומאי קושיא והא קי"ל דקונמות קדושת הגוף נינהו ומפקיעין מידי שיעבוד וכפי מה שכתבנו לא ק"מ דכה"ג שאוסר עצמו על המצוה לא חייל נדר' ויתיישב שפיר גם כן מה שפי' רש"י בר"פ המדיר את אשתו מליהנות לו עד שלשים יום יעמיד פרנס אבל הנא' תשמישו לא נאסר דהא משועבד לה והקשו עליו דמשמע שיש בלשון זה איסור אלא שאינו נאסר משום דמשועבד לה אם כן כי פריך בגמרא והא משועבד לה וכו' מגופא דמתני' הוה ליה למפרך דלא נאסר בתשמיש משום דמשועבד לה יע"ש אבל לפי מ"ש אתי שפיר דהנאת תשמיש שאוסר גופו עלי' הא ודאי לא חייל דמושבע ועומד

מהר סיני אבל הנאת מזונות שאוסר נכסיו עליה בהנאה אין הנכסים מושבעים וכן נראה דעת הרמב"ם ז"ל שהרי בפ' י"ב מה' נדרים כתב דקונמות מפקיעין מידי שיעבוד אלא מפני שמעשה ידיה דרבנן הוו עשו חיזוק עכ"ד משמע דטעמא משום דהוי דבריהם וצריכים חיזוק והרי גבי תשמישי עליך כתב דלא חייל מפני שגופו משועבד לה ואע"ג דהוי דאוריית' והיינו טעמ' מפני שגופו משועבד ואינו יכול לאסור גופו במה שהוא משועבד מן התורה וע"כ לא אמרו דקונמות מפקיעין מידי שעבוד אלא כשאוסר נכסיו על הלוה שאינו עוקר החיוב של פריעת ב"ח שהרי ירויח אח"כ ויתן לב"ח אבל אם אסר על עצמו מלפרוע לב"ח לא חייל והכי אמרו בירושלמי אמתני' דהמדיר את אשתו מליהנות לו וכי אדם נודר שלא לפרוע לב"ח ומשני כמ"ד אין מזונות לאשה דבר תור' וראיתי להב"י שהביא משם הרשב"א דאם נשבע לישן ואח"כ אסר השינה עליו דחל הנדר ולפי מ"ש אין נראה כן. שוב ראיתי להריטב"א בחידושיו למס' כתובות קרוב למ"ש וצריך לחוש:

סימן ב

והשבועות אינם חלים על דבר מצוה ואפי' כי אמר ישיבת סוכה עלי בשבוע' דלעולם שבועות אוסר עצמו על חפצא וכ"כ הרא"ש ז"ל בפ"ג דשבועות בלישנא בתרא והטור בסי' רל"ט:

איברא דיש אומרים דהיינו דוקא כשנודע ביטול המצוה בשעת השבועה אבל אם לא נודע הביטול בשעת השבוע' ה"ז חיילא ודייקי לה מההיא דפרק השולח דף מ"ו דקאמ' ורבנן התם מי חייל' שבועה כיון דאמרי מארץ רחוקה באנו כלומר והוי שבועה בטעות וטעמ' דהוה שבועה בטעות הא לאו הכי ה"ז חייל כיון דבשעת שבועה לא היה נודע דהוי ביטול מצוה דאי לא תימא הכי הוה ליה לומר התם מי חלה השבועה והא מושבע ועומד מהר סיני הוא וכן כתב הר"ש בר צמח ז"ל. איברא דהתוס' שם תירצו דקר' דלא תחיה כל נשמה כשאינם רוצים להשלים איירי וכ"כ הרמב"ם ז"ל בה' מלכים פ"ו יע"ש. לפ"ז נדחית ראיית' ודעת הרא"ש בתשו' כלל ח' סי' י"ו נר' דס"ל כסברא ראשונה שכתב על הנשבע לפרוע לחבירו בז' בניסן ואירע ז' בניסן ביום שבת דשבועתו קיימת ואין זה כנשבע לבטל את המצוה כיון שבשעה שנשבע לא ידע כי ז' בניסן יהיה בשבת והביא ראיה מהירושלמי דשבועה שלא אוכל מצה אינו לוקה ע"כ. ולע"ד מהירושלמי ליכא ראיה דהתם ה"ט דחיילא בכולל והטור בסי' רט"ו כתב דנדרים חלים על דבר מצוה כיצד נדר להתענות זמן ידוע ואירע בו שבתות וי"ט פותחין לו בהם אלו שמת לבך שיפגעו

בתוך הזמן אלו הימים מי היית נודר וכו' הרי דאפי' כשלא ידע בהם שיפגעו אלו הימים לא חייל אלא בנדר אבל בשבועה לא ועיין מ"ש לקמן סימן ג':

ועוד יש חילוק בין נדר לשבועה דמתפיס בנדר חייל נדרא עליה ומתפיס בשבועה לא חייל שבועה עליה כיצד אם שמע חברו שנשבע ואמר איהו ואני כמותך אין כאן שבועה וכן דעת הרי"ף והרמב"ם בפ"ב מה' שבועות אלא שלדעת הרי"ף והרמב"ן ז"ל אפי' איסורא ליכא ולדעת הרמב"ם ורבו ז"ל איסורא מיהא איכא והרא"ש הסכים לסברת הרי"ף במ"ש דאם אסר ככר אחד בשבועה ואח"כ אמר על ככר אחר יהא כמוהו הרי זה מותר דאין שום איסור בככר כדי לאתפוסי ביה אלא אגברא רמי ומ"ה אם שמע חברו נשבע ואמר ואני כמותך ה"ז שבועה גמורה וגבי נדרי' הוי איפכא דאם נדר חברו ואמר זה ואני כמותך אין זו נדר דאיסור' לא רמי אגברא אלא אחפצא אבל אם אסר ככר א' ואמר על אחר וזה כמוהו אסור ואל תיקשי לך מאותה שכתב הטור סימן רכ"ט דאם שמע חברו שנדר ואמר ואני ושמע חבירו ואמר ואני ה"ז אסור כ"כ הרמב"ם ז"ל בפ"ג דנדרים דאם שמע חברו ואמר ואני כמותך ה"ז אסור עכ"ל דהתם היינו טעמא משום דהוי תוך כדי דיבור ואדיבוריה קא מתפיס אבל אם אמר לאחר כדי דיבור ואלי כמותך לא אמר כלום דגופו אינו אסור ומ"ה כתב הרמב"ם דכשמתפי' בחברו היינו דוקא תוך כדי דיבור וכשמתפי' בככר אפי' לאחר כדי דיבור משום דאיסורא אככר קאי. איברא דכל זה א"ש בדברי הרמב"ם ז"ל אבל מדברי הטור אין נראה כן שהרי כתב בסי' רל"ט שאם שמע חברו שנשבע ואמר ואני כמותך הוא שבועה מטעם דאיסור שבועה אחבריה קאי משמע דבנדרים אם שמע חברו שנדר ואמר ואני כמותך כיון דאיסורא לא רמי אחבריה אלא אחפצ' לא הוי כלום ואפי' שאמר תוך כדי דיבור והא דכתב בסי' רכ"ט איירי כשלא אמר כמותך אלא ואני בלבד קאמר דה"ק כמו שאתה נודר אני ג"כ. ולפי זה הא דכתב הטור גבי שבועה כמותך לחידושא נקטיה איברא דלפי זה קשה ההיא דפ"ד דנדרים דמוקי מתני' בהתפסה דאסר הנאה על ראובן ואמר על שמעון יהא כראובן ולוי כשמעון וכו' אלמא דאע"ג דנדרים הוי איסור חפצא ולא איסור גברא אם אמר הריני כמותך ה"ז נתפס דאדיבוריה קא מתפס וה"ק כמו שאתה נודר גם אני נודר וכ"כ התוס' במס' נזיר דף י"ג ולענין שבוע' ואח"כ כשהגידו לו הענין אמר ואני כמותך חל השבועה עליו כ"כ הרמב"ם ז"ל בתשו' והביאה הרא"ם בתשו':

והיכא דאמר כמו שנשבע פלוני אני ג"כ נראה דודאי אסור ולא שייך זה למתפיס בשבועה דהתם היינו טעמא משום דלא הוציא שבועה מפיו אבל הכא דאמר כמו שנשבע פ' ה"ז כאלו מפיק שבועה מפיו וראיה מההי' דנדרי רשעי' דנדר בנזיר ובשבוע' וקאמ' עלה

דקמ"ל דמהו דתימא הא לא מפיק שבוע' מפיו ופיר' הרא"ש דכיון שהזכיר כנדרי רשעי' הוי כאלו מפיק שבועה:

סימן ג

מי שנשבע או נדר לעשות דבר א' ולא ידע שיש בעשיית אותו דבר איסור אי צריך שאלה לאותו נדר דראיתי לרבינו ירוחם ז"ל שכתב דאם נשבע שיעשה כך וכך מטעם שהיה סובר שהוא איסור גדול ואח"כ נודע לו שאין בו איסור כ"כ לא חלה השבועה והרמב"ם ז"ל כתב בפ"ג מהלכות שבועות שבועות של שגגות כיצד כגון שנשבע שלא ילבוש תפילין ולא ידע שהתפילין מצוה ובפ"ד מהלכות נדרים כתב דשבועות שגגות אין צריך התרה. אבל ראיתי להר"ן ז"ל במתני' דפותחין בשבתות וימים טובים שאומרים לו אלו היית יודע שאסור להתענות בהם מי היית נודר יע"ש (א"ה עיין לעיל סי' ב') נראה מדבריו שחולק עם הרמב"ם ז"ל ונראה דהר"ן לשיטתי' אזיל שפירש דלא הוי נדרי שגגות אלא היכא דהוי מוטעה בעיקר הנדר כגון שהיה סבור לזה ונמצא אחר אבל היכא דבעיקר הנדר אינו טועה אלא שהיה סבור בלבו כך וכך הוו דברים שבלב ומשום הכי כתב במתני' דגנבו את כיסי דצריך שיאמר בהדיא בשעת נדרו שנגנבו הא לאו הכי צריך התרה:

ולכאורה היה נראה להביא ראיה לחילוק זה מההיא דתנן במסכת תרומו' התור' מן היין ונמצא חומץ אינו תרומה דאע"ג דהתור' מן הרע על היפה תרומתו תרומה הכא שאני משום דהוי תרומה בטעות דהיה סבור שהיה יין והקשו התוס' על זה מאי שנא מההי' דהתורם קישות ונמצאת מרה דתרומתו תרומה ותירצו דיין וחומץ נהי דהוי מין אחד מכ"מ יש לו שתי שמות ונמצ' כיון לזה ונמצ' אחר משא"כ בקישות ונמצאת מרה דהכל מין אחד ושם אחד דחלה התרומה ואע"פ שהוא שוגג איברא דהרמב"ם ז"ל בפרק ה' מהלכות תרומות פי' בקישות דהיינו טעמ' משום דהוי ספק אם היתה מרה מקודם אם לאו ואם היתה מרה מקודם אינה תרומה דהוי תרומה בטעות ואין זה דרך גמרתינו דפ' האיש מקדש דאמרו דמן התורה הויא תרומה במתני' דקישות ועוד קשה לי על זה דבפ"א מהלכות איסור מזבח כתב מי שדימה שמותר להקדיש בעל מום למזבח והקדיש ה"ז קדוש ואינו לוקה וכתב מרן בכ"מ הטעם דלא הוי הקדש טעות אלא כגון שאומר שור שחור שיצא מביתי ויצא לבן שנתכוון להקדיש גוף אחד ונמצא גוף אחר אבל אם דימה שמותר להמיר שוגג מיקרי ולא טעות ע"כ אלמא דאומר מותר לא מיקרי טעות:

הן אמת דעדיין איכא למימר דאין מכל זה ראיה לדברי הר"ן דשבועות שאני משום דכתיב האדם בשבועה ודרשינן פרט לאנוס וכתב הריטב"א ז"ל בחידושיו למסכת שבועות

דאומר מותר נתמעט מהאדם בשבועה דהוי אנוס וכ"כ הרמב"ם בפ"ג מהלכות שבועות והתוס' בס"פ המקבל שדה כתבו דהא דאהדריה אבייי כלי דאשכנתא היינו משום דהוה זכיה בטעות יע"ש. וראיתי להרב מהרדכ"ץ בבית י"ז חדר י"ג שכתב בההיא דנודרין להרגין שצריך שיאמר בלבו היום דאם לא היה יודע שצריך שיאמר בלבו היום ה"ז שוגג ולא חלה השבועה ודמי למי שנשבע לשקר וסבור שמותר להשבע דהוי מנדרי שגגות כההיא דרב כהנא ורב אסי דנתמעט מהאדם בשבועה פרט לאנוס משום דלביה אנסיה והביא ראיה לזה מדברי התוס' פרק שבועת העדות אמתני' דאין חייבין על שגגתא גרידת' ופריך לימא תנינא לדרב כהנא ורב אסי ופי' התוספות ז"ל שגגתא גרידתא היינו שסוברים שמותר לשבע לשקר עכ"ד וזה נוטה למה שכתבתי לעיל. אבל עדיין איכא למדחי ולומר דהאי טעמא לא סגי אלא כדי לפוטרו מחיוב שבועת שקר משום דהוי אנוס דלביה אנסיה להשבע וזה שייך בשבועה דלשעבר אבל בשבועה דלהבא אע"פ שהוא טוען סבור הייתי דלא חלה עלי השבועה דברים שבלב הוו ואינם דברים וכן נראה קצת מדברי הריטב"א שכתב בחי' דהא דרב כהנא לא שייך אלא בשבועה דלשעבר דוקא וכ"כ והא אפילו בשבועה דלהבא מצינו דלא חלה השבועה דאמרינן בפ"ג דשבועות האומר שבועה שלא אוכל ככר זה אם אוכל זה ואכל את הראשונה בשוגג והשני במזיד פטור ופירשו המפרשים הכי שכל הנשבע ותולה שבועתו בדבר אחר אין השבועה חיילא אלא בשעה שעובר על התנאי והלכך אם בשעה שאכל התנאי היה שוגג הרי זה לא חלה השבוע' דבעינן האדם בשבוע' שידע בשעת חלות שבועתו שחלה עליו השבועה. אלמא דכל שאינו יודע שחלה עליו שבועה נתמעט מהאדם בשבועה. לא דמי דהתם בשעת חלות השבועה אינו נזכר כלל מהשבועה ודמי למי שהוציא שבועה מפיו ואינו יודע שהוא שבועה דלא חיילא. אבל זה שיודע שמוציא שבועה מפיו ויודע ענין השבועה אע"פ שבלבו היה סבור שלא חלה השבועה דברים שבלבו הוו ולא הויין דברים. איברא דהיה נראה להביא ראיה לדברי מהרד"ך מדברי הרמב"ם ז"ל שכתב בפ"א מה' נזירות דאם אמר יודע הייתי שהנזיר אסור ביין אבל הייתי סבור שחכמים מתירין לו מפני שאינו יכול להחיות בלא יין וכו' אינו נזיר מפני שאלו בכלל נדרי שגגות וכתב הבכ"מ משום דלבו אונסו כי ההיא דרב כהנא וכו' עכ"ל והכי נמי בנדון דידן כיון דלבו אונסו שהיה סבור שאין השבועה חיילא. אבל לפ"ז צריך להבין מה שכתב הרמב"ם ז"ל שם דאם אמר לא הייתי יודע שהנזיר אסור ביין ואילו הייתי יודע לא הייתי נודר הרי זה נזיר ואסור בכולן וכו' ואמאי לא אמרינן נמי הכא לביה אנסיה ולא היה סבור ליאסר ביין ולא דמי לע"מ שאהיה שותה יין ומטמא למתים דאסור בכולם דהתם היינו טעמא משום

דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה אבל הכא נימא לביה אנסיה דהוי שוגג גמור שלא ידע שהנזיר אסור ביין. ומצאתי למהרי"ט בח"א סי' ס"ח שפירש דטעמא דסבור הייתי שחכמים מתירין לו אין אנו מתירין לו לפי שהוא אומר סבור הייתי אלא לפי שעדיו עמו שאנו רואים שאינו יכול להחיות בלא יין ברישא דלא הייתי סבור שהנזיר אסור ביין אסור בכולן משום דהוו דברים שבלב ואינם דברים עכ"ל וזה נוטה לסברתינו. (א"ה ע"כ מצאתי ועיין בסי' שאחר זה):

סימן ד

מי שנדר בלשון כולל אי מצי לומר בלבי היה על דבר פרט:

גרסינן בפ"ד דנדרים גבי מתניתין דנודרין להרגין פריך שם היכי נדר ומשני באומר יאסרו פירות עולם עלי ואומר בלבו היום ואע"ג דסבירא לן דברים שבלב אינם דברים לגבי אונסין שאני וכתבו הרמב"ם והרא"ש והר"ן ז"ל ולא דמי לגמר בלבו להוציא פת חטים והוציא פת סתם דאינו אסור אלא בפת חטים ואע"ג דקאמר סתמא וליכא אונסא דהכא היינו טעמא משום שמתכוין להוציא בפיו לשון שיהא משמעותו לעולם ומשום הכי דברים שבלב לא הוין דברים אבל התם כיון דלהוציא פת חטים נתכוון אלא בתר דאמר פת איתקיל מיללויה הרי אין פיו ולבו שוין עכ"ד. ולפי זה כל הנך דתנן במתני' בפרק הנודר מן הירק נדר מן השמן הרי זה אסור בב' אם קורין לב' שמן סתם וכן הנודר מן הבשר ה"ז אסור בבשר עופות כל הנך איירי אפי' באומר בלבי היה לבשר בהמה דכיון דלשון בשר הוא כולל ענינים הרבה לא מצי לומר בלבי היה על דבר פרט וכ"כ מהריב"ל בח"ג וכן נראה מדברי הר"ן שם גבי מתני' דהנודר מן הבשר שכתב דאף אם ביומא דהקזה ה"ז אסור בבשר מליח דיומא דהקזה לאו הוכחה מעליא הוי והשתא אם איתא דיכול לומר לפרט זה נתכוונתי ואע"ג דהלשון כולל כמה ענינים א"כ כי היכי דיומא דהקזה הוי הוכחה לבשר עוף ולבשר דגים ה"נ ליהוי הוכחה לבשר מליח וכ"כ הר"ן בפ"ג דשבועות בשם הרז"ה דהנודר מן המצה ואמר לא היה בלבי מצה של מצוה ה"ז אסור בכל מצה:

איברא דהרשב"א בתשו' כתב על מי שנדר שלא לאכול בשר כל השנה חוץ מי"ט אם חנוכה או פורים נקראים י"ט והשיב דבלשון בני אדם אינן מבוררין לקרות' י"ט ומיהו אם פירש ואמר בלבי היה להוציא חנוכה ופורים ה"ז מותר וכדתנן ופירושן להקל עכ"ל. אלמא אע"ג דבלשון בני אדם מי שאמר כל השנה איתיה בכללא חנוכה ופורים אם פירש' ואמר בלבי היה להוציא חנוכה ופורים הרי זה מותר והי' נ"ל לומר דהכא איירי כשאומר בלבי היה להוציא חנוכה ופורים וכשאמרתי כל השנה חוץ מי"ט לא היתה

כונתי להוציא לשון שיהא משמעותו כלל ולסמוך בלבי להוציא חנוכה ופורים אלא בלבי היה דלשון זה שאמרתי כל השנה חוץ מי"ט הייתי סובר דחנוכה ופורים הם בכלל י"ט וע"כ לא אמרינן דברים שבלב אינם דברים אלא בשכונתו לומר לשון שיהא משמעותו כלל ולסמוך בלבו על דבר פרט כה"ג הוא דאמרי' דברים שבלב לא הוויין דברים כיון דהוא יודע שלשון זה שאמר הוי כלל וכן נראה מדברי המרדכי ודוק ותשכח. וכן נראה מדברי הריב"ל בח"ב סי' נ"ב וכן נראה מדברי התוס' בפ"ג דשבועות דף כ"ג בד"ה ודילמא למיפטר נפשיה מאחריניתא קאתי ובפ"ד נדרים תנן הנודר מן הילודים מותר בנולדים מן הנולדים אסור מן הילודים ר"מ מתיר אף בילודים וחכמים אומרים לא נתכוון זה אלא במי שדרכו להוליד ופי' הר"ן דחכמים סברי דלשון הנולדים הוי לשון כולל דהיינו אותם שנולדו ושעתידין להוליד וחכמים לא דעת ג' הוא אלא לפרושי טעמא דתנא קמא אתו ע"כ אלמא דאע"ג דהוי לשון כולל משמע דאי פי' ואמר לא נתכוונתי אלא בנולדים דוקא שרי בילודים מדקתני לא נתכוון זה אלא במי שדרכו להוליד וכ"ז בשדעתו להיות מותר בזה בשעה שנודר שסובר שאין זה בכלל לשונו אבל אם בדעתו שזה לשון כולל לא. ומהריב"ל ז"ל הקשה על דברי הרמב"ן מההוא דפ"ג גבי כי השביע משה את ישראל דפריך ולימא להו קיימו תורה ומשני חדא תורה משמע אלמא אע"ג דסתמא תורה כל התורה משמע אם כיון בלבו לפרט מהני וכבר כתבתי בה' שבועות דלשון תורה יש שני משמעיות וכמו שפירש רש"י ז"ל דתורה שבכתב הוי קאמרי וכשנשבע לעשות בקום עשה כגון שנשבע לאכול שמן אע"ג דשמן כולל שניהם של זית ושל שומשמין כל שאכל אחד מהם יצא מידי שבועתו משא"כ באומר שלא אוכל שמן כיון דבלשון זה יש משמעות לשנים כל שאכל אחד מהם עבר שבועתו והרמב"ם ז"ל כתב בהלכות אישות המדיר את אשתו שלא תלך לבית האבל ה"ז יוציא ואם אמר אח"כ לא אסרתי לה אלא מפני בני אדם פרוצים שיש באותו אבל שומעין לו אם הוחזקו שם בני אדם פרוצים ע"כ אלמא דאע"ג דהדירה בסתמא וסתמא לעולם משמע כל שפירש אח"כ ואמר שלא היתה כונתו אלא לאותו אבל שומעין לו והיינו טעמא מפני שזה לא כיון לומר לשון שיהא משמעותו לעולם ולסמוך על מה שבלבו ובנודרין להרגין שאני שהוא מכוין להערים ולומר לשון שהוא יודע בו שמשמעותו לעולם ולכוין בלבו היום:

סימן ה

כתב הטור סי' ר"ח סתם נדרים להחמיר ופירושן להקל האומר הרי פירות אלו כבשר מליח אומרים לו ומה היה בלבך אם פירש ואמר כבשר מליח של קרבן ה"ז אסור וכו' בד"א במקום שמשמע כל אחד מאלו שני ענינים אבל מקום שדרכן שאין קורין חרם

סתם אלא לחרמי בדק הבית ה"ז אסור וכו' וכתב הרב ב"י דבסיפא אפילו אמר בלבי היה לחרמי כהנים לא חיישינן ליה ואסור. אמנם קשה דאחר כך כתב הרמב"ם נדר בחרם ואמר לא היה בלבי אלא חרמו של ים שהיא המכמורת וכו' אע"פ שמשמען לכל העם איסור והוא אומר לא נתכוונתי אלא לכך ה"ז מותר ונ"ל דחילוק יש בהן דברישא שכל העם אין קורין חרם סתם אלא לחרמי בדק הבית אלא שזה בא לומר שהוא קורא חרם לחרמי כהנים בטלה דעתו אצל כל אדם ולא צייתינן ליה והוי דברים שבלב והוי כי ההיא דאמרינן בפ"ג דשבועות גבי אם לא ראיתי גמל פורח באויר ה"ז שבועת שוא וקאמר בגמרא ודילמא האי גברא צפורא רבה קא חזי ואסיק ליה שמא דגמלא וכי קא משתבע אדעתא דידיה אישתבע וכ"ת בתר פומיה אזלינן ולא אזלינן בתר דעתיה וכו' וכתב אשירי וסוגיא דשמעתין דלא אזלינן בתר דעתו כיון דכ"ע לא קרו ליה גמלא בטלה דעתו אצל כל אדם והוא הדין הכא דכ"ע לא קרו חרם סתם אלא לחרמי ב"ה והוא אומר שבלבו היה לחרמי כהנים הוי דברים שבלב ואינם דברים אבל בסיפא בנודר בחרם ואמר בלבי היה לחרמו של ים שהוא המכמורת אינו אלא שמפר' דבריו ואומר חרם שאמרתי פירושו הוי מכמור' וכן קרבן שאמרתי פירושו הוי קרבן מלכים עצמי שאמרתי פירושו הוי עצם כל אלו מפרש הלשון שהוציא מפיו והוי כי ההיא דאמרו בגמרא דשבועות כשהשביע משה את ישראל ולימא להו קיימו מאי דאמר אלוה לאו משום דמסקי אדעתייהו עבודת כוכבים כלומר ומסיק ליה שמיה אלוה לא משום דעבודת כוכבים נמי איקרי אלוה ופירש רש"י ז"ל וכי אזלת בתר פומייהו קושטא מדמו לאישתבועי ואע"ג דבלשון בני אדם משמעותו לאיסורא דכי אמרי באלהים שנעשה כך משמע לשמים מכל מקום כיון דעבודת כוכבים נמי איקרי אלוה לא הוו דברים שבלב לבד וה"ה הכא כיון דהמכמורת איקרי חרם אע"ג דמשמעותו לאיסור דבלשון בני אדם כי אמרי חרם משמעיתם לחרמי ב"ה מ"מ כיון דמכמורת נמי איקרי חרם:

איברא שחילוק זה אינו כ"כ מרווח ואיכא לדחויי והמחוור נ"ל דהאי סיפא דנדר בחרם ואמר בחרמו של ים באשתי ואמר אשתי שהיתה כבר בלשון בני אדם ה"נ קרו לי' תדע דבפרק השולח גבי הכותב נכסיו לעבדו אמרינן מאי עבדי עבדי שהי' כבר וכן אמרו במקום אחר מאי אשתי אשתי שהיתה כבר אלמא בלשון בני אדם כך והא דכתב הרמב"ם ז"ל אע"ג דמשמעותו לאיסור ה"פ דכיון דאין אדם מוציא דבריו לבטלה וזה מדעתו נדר והוי ס"ד לומר שלא יהי' נאמן אשמועינן דאפי' הכי נאמן וה"ט דאדם נאמן על עצמו. ור' ירוחם כתב שהטעם שצריך שאלה באלו שאין דרך לקרא חרם של ים חרם סת' ולא קרבנות מלכים ע"כ. וצריך להבין א"כ ת"ח נמי אמאי אין צריך שאלה והא כיון שאין

דרך בני אדם לקרוא חרם סתם לזה הוו דברים שבלב ובטלה דעתו אצל כל אדם ומ"ש הב"י מאי אירי' קרבנות מלכים שהוא לשון כולל והלא אפי' נתכוון בהפך ממה שאומר נאמן וכדאמרינן נתכוון להוציא חטים והוציא פת שעורים נאמן ומותר וכו' ל"ד דהתם טוען שמה שהוציא בשפתיו הוא בטעות משא"כ כשטוען דבלבו היה כך דמ"מ הוא כיון לומר לשון שמשמעותו לאיסור והוי כי ההיא דכתב המרדכי דהיכא דהוציא בשפתיו פת סתם בכוונה ובלבו לחשוב פת חטים אסור ודברים שבלב לא הוו דברים כיון שכיוון לומר לשון שמשמעותו לאיסור וכ"כ הרמב"ן והר"ן גבי מתני' דנודרין להרגין והכא ה"ט דנאמן מפני שהוא לשון כולל וכמ"ש וממה שכתבנו יש ללמוד דברישא באם רוב אנשי המקום קורין לבשר מליח של קדשים בשר מליח סתם דאינו נאמן הוי אפי' בת"ח וכ"כ הרב בש"ך איברא דאיכא למימר כיון דאיכא מיעוטא להתיר מצי לומר אנא מן מיעוטא דקרו ליה הכי וע"כ לא אמרו להחמיר אלא כשאינו מפרש דבריו ונאמן אדם על עצמו וכ"נ מדברי הטור שכתב אינו נאמן ובת"ח לא שייך האי טעמא דודאי נאמן הוא. ולפי זה אתי שפיר דלא תיקשי קושית הב"י הלא הנודר מן השמן סתם ה"ז אסור אף בשמן שומשמין ואע"ג דרובן לא קרו לשמן שומשמין שמן סתם משום דאמרינן שמא כיון לאסור אף בשמן שומשמין ואי בלשון בני אדם אזלינן בתר מיעוטא קשה. אבל לפי מ"ש אתי שפיר:

והרמב"ם בפ"ב דה' שבועות כתב ז"ל אם נשבע בפנינו שלא יאכל היום ואח"כ אמר אני לא היה בלבי אלא שלא אצא היום או תנאי היה בלבי ה"ז אינו לוקה. וצריך להבין דבפ"ב כתב דאם נשבע לאנס שלא יאכל בשר ובלבו שלא יאכל היום אע"פ שדברים שבלב אינם דברים הכא שאני שאינו יכול להוציא בשפתיו ע"כ וא"כ איך כתב הכא דמצי טעין לומר תנאי היה בלבי והלא דברים שבלב אינם דברים והבכ"מ כתב דה"ק תנאי היה בלבי והוצאתיו בשפתיו וכל זה דוחק דלשון היה בלבי לא משמע הכי. נלע"ד דההיא דנודרין למוכסין שהלשון שהוא אומר שלא יאכל בשר סתם משמעותו לעולם וכן פסק הרב"י בש"ע סי' רי"ט ומ"ה אי לאו טעמא דאונסא לא הוה מהני מה שבלבו כיון דסותר מה שהוציא בפיו שמשמעותו לעולם אבל באומר תנאי היה בלבי אינו סותר משמעות הלשון דה"ק כשאסרתי בשר עלי היה ע"ת אם יהיה דבר פלוני ולמדנו מדברי הרמב"ם דהיכא דשנים אומרים נדרת והוא אומר לא נדרתי דנאמן דאי בעי אמר לא היה פי ולבי שוין כלומר טעה לשוני והוציא אכילה דנאמן לומר כך. וכן אמרו בגמרא דאם הוציא פת חטים ובלבו פת שעורים מותר בשניהם. והא דאמרו בפרק ואלו מותרין גבי מתני' שאוכל לך אסור וקאמר רב אשי שאי אוכל קאמר ופריך פשיט' ומשני מהו

דתימא מקום לישנא הוא דאיתקיל קמ"ל ע"כ כבר כתבו התוס' דאיירי בששכח ואינו יודע היכי הוה דעתו. אמנם הרא"ש כתב שם דאפילו אמר אח"כ לא מהימני' ליה:

סימן ו

מעשה שהיה כך היה ראובן ושמעון אחים יחדיו באהבה עזה והגיע שמעון לפרק הנושא וראובן אחיו באהבתי אותו היה רוצה לעשות חופתו תוך ביתו ושמעון היה מסרב לעשות החופה חוץ לבית אחיו הנזכר וראובן היטב חרה לו והיה בכעס עם אחיו ומתווכי השלום היו מרצין לראובן להשקיטו מרוגזו והשיב ראובן באף ובחימה ונתקוטט עם אשתו ובתוך המריבה אמר ז"ל סירי נזיר כשמשון בר מנוח בעל דלילה סי אינטראר אלה חופה די שמעון וגם אמר לבני ביתו אי סי בוש דישא"רי אינטראר ואח"כ בא שמעון ואמר כי לא יעשה חופתו כי אם תוך בית אחיו ראובן ועתה יורנו המורה אם יש התרה לראובן כיון שהחופה היא תוך ביתו והוא העיד על עצמו שלא נדר מחמת שהכעיסו אלא אם תהיה החופה חוץ לביתו או אינו צריך התרה כלל כיון שכל נזירותו היה לסיבת החופה שתהיה חוץ לביתו וגם ראובן יש לו מודעא מראש השנה על כל נדרים ונזירות דליהוו בטלים והוא לא זכר המודעא בעת הנזירות על הכל יורנו המורה לצדקה דין אמת לאמיתו ושכמ"ה:

תשובה במה שטוען ראובן שלא היה כוונתו בנדרו מחמת שהכעיסו אלא עד אם יעשה החופה חוץ לביתו. הא מלתא במחלוק' שנויה דהרמב"ם בפ"ב מהלכות שבועות נראה דס"ל דאם נדר סתם ואח"כ טוען תנאי היה בלבי דשומעין לו והוא מהתוספתא יע"ש והראב"ד ז"ל חולק על זה דתנאי היה בלבי לא מהני דהויין דברים שבלב והבכ"מ נדחק בדברי רבינו ופי' דתנאי היה בלבי דקא' היינו שאמרו בלחש. ולע"ד היה נראה לפרש דברי הרמב"ם כפשטן דס"ל ז"ל דתנאי היה בלבי לא הויין דברים שבלב דלא מהני כיון שאינו סותר את מה שהוציא בפיו כמו שכתבתי לעיל ס"ס ה' וכ"כ התוס' בפ"ו דשבועות דף כ"ג ד"ה ודילמא למיפטר מאחרינתא קא מכוין ז"ל ואע"ג דדברים שבלב לא הויין דברים היינו היכא שסותר מה שהוציא בפיו אבל היכא שאינו סותר הויין דברים:

איברא דלכאורה היה נראה דלאו כ"ע מודו בזה והתוספות לשיטתייהו אזלי דלקמן בפרקין גבי גמר בלבו להוציא פת חטים והוציא פת סתם דאינו אסור כי אם בפת חטים כתבו התוס' דה"ט משום דאזלינן בתר דברים שבלב כשאין הפה מכחיש ומתוך כך הוקשה להם מהיא דפ"ג דנדרים דמשמע דדוקא היכא דאיכא אונסא הוא דהויין דברים הא לאו הכי לא והוצרכו לחלק בין ת"ח לע"ה יע"ש. אבל הרא"ש כתב בשם הרמב"ן לחלק ביניהם דההיא דאינו אסור אלא בפת חטים איירי בשטעה בהוצאת פיו שבלבו

היה להוציא פת חטים וטעה והוציא פת סתם יע"ש. ולפי דבריהם נראה דלא ס"ל למ"ש התוס' דכל שאין הפה מכחיש את שבלבו הויין דברים אילולי היכא דטעה בהוצאת פיו. האמנם כד דייקינן בה אפשר דלא פליגי אלא דס"ל להרא"ש והרמב"ן ז"ל דההיא דפת חטים חשיב סותר את מה שהוציא בפיו דפת סתם כל פת במשמע והתם נמי בנדרים כיון דאסר סתם לעולם משמע וכמ"ש הר"ן יע"ש:

שבתי וראיתי דברי הר"ן בפ"ג דנדרים שכתב דהא דמהני באומר בלבו היום היינו כי לא אמר לעולם שאין דברים שבלב מבטלין מה שהוציא מפיו אפילו גבי אונסא אלא דהכא סתמא קאמר ונהי דסתמא לעולם משמע טפי ממהיום מ"מ הך אונסא מפרש לדבוריה דהיום קאמר כיון שלא אמר בפירוש בהפך ע"כ. ונראה דבהא פליגי דהתוס' סבירא להו דכל שאין הפה. מכחיש מה שבלבו אע"פ דסתמא לעולם משמע כיון שלא אמר בפירוש בהפך הויין דברים ולדעת הרמב"ן והרא"ש והר"ן ז"ל אפי' כשאין הפה מכחיש את שבלבו כיון דסתמא טפי משמע לעולם לא הויין דברים זולת היכא דאיכא אונסא. ומ"מ נראה דאפילר החולקים על דברי התוס' לא אמר דלא הויין דברים אלא היכא דמשמעות פיו סותר קצת למה שבלבו אבל האומר תנאי היה נראה דאין זה סותר כלל מה שהוציא בפיו ותדע דבפ"ב דכתובות גבי העדים שאמרו כת"י הוא אבל תנאי היה הרי אלו נאמנים אוקמוה הגאונים דאיירי אפילו בכתב ידן יוצא ממקום אחר והר"ן ז"ל נתן טעם לדבריהם מפני שאין אלו סותרים דבריהם הראשונים דתנאי מלתא אחריתי היא שאין עדות הראשון כאלו נתפרש שלא היה בו תנאי אלא סתם היה והשתא מלתא אחריתי קא אמרי ע"כ ואפי' לדעת האחרונים דפירשו דאיירי בשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר לאו משום דס"ל דתנאי הוי סותר מה שאמרו מקודם דאם כן תיקשי להו קושית הר"ן ז"ל דאי חשיב השטר כאלו כתבו בפירוש דנעשה בלא שום תנאי א"כ כי נמי אין כתב ידם יוצא ממקום אחר לא ליהמנו וכו' יע"ש אנא ס"ל דאף על פי דתנאי לא חשיב כסותר מה שאמרו קודם מכל מקום גזירת הכתוב דאינם חוזרים ומגידים וכמ"ש הרמב"ם ז"ל אחר שנחקרה עדותם אינם יכולים להוסיף על עדותן או לומר תנאי היה עיין בפ"ג מהלכות עדות. והכי נמי בנדר סתם וקאמר בתנאי נדרתי אין זה סותר מה שנדר מעיקרא דתנאי מלתא אחריתי ודברים שבלב כי האי הויין דברים:

אמנם מדברי הר"ן גבי מתני' דקונם אשתי שגנבה את כיסי ונמצא שלא גנבה דשרי אין נראה כן שפי' הר"ן דאיירי בשפירש בשעת נדרו ואמר שגנבה הא לאו הכי אלא שנדר סתם ואתי ואמר בלבי היה אם גנבה ה"ז אסורה יע"ש והייתי יכול לומר אלולי דברי הר"ן ז"ל דכל היכא דטעין תנאי היה בלבי ואדעתא דהכי נדרתי הכי נמי דשרי ואע"פ שלא

פי' בשעת נדרו וכ"נ מדברי הרשב"א בתשו' והביאה הב"י בסי' רכ"ח ז"ל נראין הדברים ברורים שכל שנדר סתם ואח"כ אמר אדעתא דהכי נדרתי דנאמן יע"ש ומתני' דהכתה את בני דאצטריך לפרושי איירי בסתם דלא טעין מידי ואעפ"כ כל שאמר שהכתה את בני או שגנבה כיסי הוי כאלו פי' מעיקרא ואמר אם הכתה דהוה ס"ד לומר דלשון זה אינו תנאי ואפשר דדברים אחרים גם כן היו בינו לבינה ופי' אחד מהם קמ"ל דלשון זה הוי כאלו התנה. אבל מדברי הר"ן שפירש דה"ט דבעינן שיפרש ויאמר שהכת' דאי לא אע"פ שהי' דעתו בשביל כך מכל מקום כיון שלהדיר את אשתו נתכוון ליכא טעות בעיקר הנדר משמע דאפילו בטוען כך וכך היה בלבי ובתנאי נדרתי לא מהני וע"כ צ"ל דס"ל דתנאי היה בלבי הוו דברים שבלב ואינם דברים ואפי' לפי מ"ש הרב בעל"מ דהרמב"ם חולק על דברי הר"ן מדכתב בהלכות נזירות גבי נדר בנזיר ואח"כ מצא שנגנבה בהמתו דאינו נזיר ומהראנ"ח בח"ב ג"כ כתב דהתוס' לא ס"ל לדהרן ז"ל הגם כי לע"ד יש לגמגם על דעתם מכל מקום נ"ל דאפי' לפי דבריהם לא אמרו אלא בטוען טעות בנדר דנמצא שלא היה כמו שהיה סבור בלבו אבל בטוען תנאי היה בלבי אם יהי' כך וכמתני' דקונם שאיני נושא את פ' שאביה רשע ואח"כ עשה תשו' כ"ע יודו דאיירי דוקא כשפירש ואמר שאביה רשע אבל סתמא וטעין אח"כ מפני שאביה רשע אמרתי לא מהני. ומכל מקום אפילו נימא דתנאי היה בלבי לא מהני כסברת הראב"ד ז"ל כיון דלא פירש בשעת נדרו עדיין איכא למישרי בנ"ד דחשוב כאלו פירש שכל עצמו של ראובן לא נדר אלא מפני שהי' מתקוטט תחלה עם שמעון שיעשה חופתו תוך ביתו ומתוך שלא רצה שמעון קפץ ראובן ונדר הוי כאלו פירש ואמר דלא יכנס לחופתו כשיהי' חוץ לביתו וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ח ז"ל ורואים הדברים שבגללן נדר לפרושי נדרו יע"ש וכמו שסברתיה כך מצאתיה למהרי"ט בח"ב ז"ל ונראה לי דהא דנקט במתני' שגנבה ה"ה אם לא פירש הטעם אלא שידוע לנו שאמרו לו שגנבה וע"ז היה קטטה ביניהם:

איברא דראיתי להרב מהר"ר אליהו ז"ל בח"ב סי' ע"ב דרפויי מרפיא בידיה אי מה שפי' קודם שעת הנדר אי חשיב כמפרש ותולה נדרו או לא סגי אלא עד שיפרש בעת נדרו. ואשוב אתבונן בדברי הרב מהרי"ט ז"ל דנראה דאף הוא לא אמר' אלא בנדר טעות אבל בתולה נדרו בדבר נראה מתוך דבריו דצריך לפרש בעת נדרו ולא סגי במה שפירש מעיקרא ונראה שדקדק הכי מדברי הרמב"ם והטור שכתבו מי שנדר ופירש בשעת נדרו הדבר שנדר בגללו כגון שאביה רע משמע לי' דאיירי דווקא כשפירש בנדרו ממש, ולע"ד אפשר ודאי דלא בעי' שיפרש סמוך לנדרו ממש אלא כל שפירש מעיקרא שלא היה רוצה לישא אותה שאביה רע ואח"כ כשהיו מסרבין עוד בו קפץ ונדר סתם כיון דבאותה

שעה שנדר פירש הסיבה שלא היה רוצה אותה סגי. ומ"מ אפילו נימא דבתול' נדרו צריך לפרש עם נדרו ממש בנ"ד אפשר דשרי כל שפירש מעיקרא ודמי למה שכתב הרמב"ם בפ"י מהלכות אישות ז"ל הדיר' לאשתו שלא תלך לבית המשתה ה"ז חייב לגרשה ואם טען ואמר מפני בני אדם פרוצים שיש באותו משתה והיחזקו שם פרוצים שומעין לו אלמא דאע"ג שנדר סתם ולעולם משמע עכ"ז אם טען שלא היה כוונתו כי אם למשתה זה שימעיי כיון שהוחזקו שם פרוצים וא"כ הכא נמי בקונם שאיני נושא את פ' כשטען אח"כ מפני שאביה רש אמאי אין שומעין לו כיון שאביה הוחזק רשע אלא דנראה דלא בעינן שיפרש בשעת נדרו ממש אלא בתול' נדרו דר"ל בתנאי נדרתי דכל שלא פירש סתמא משמע בלא תנאי אבל הכא דלא טעין תנאי היא אלא שבא לפרש על מה נדר ואומר על זה נדרתי ועל זה לא נדרתי לא נמצא מעקר נדרא ושומעין לו כל שהוחזקו שם פרוצים וכמו כן בנ"ד אינו אלא מפרש לנדריה שאומר כשנדרתי שלא אכנס לחופתו כונתו היה חוץ לביתו ולישניה ג"כ משמע הכי דלא אכנס לחופתו דקאמר איירי חוץ לביתו דאי בתוך ביתו אינו נכנס שם בשביל חופתו אלא לצרכו ולצורך בני ביתו ואיכא נמי אומדנא דמוכח שלא היתה כונתו לאסור כניסתו כי אם חוץ לביתו דאי תוך ביתו אנן סהדי דלא מסיק נפשיה בכי האי דאין אדם מתרצה שיעשו חופתו תוך ביתו והוא ואנשי ביתו ישבו מבחוץ. כלל העולה מכל מה שכתבנו דבנדון זה כיון דאיכא אומדנא דמוכח וג"כ שפירש הדברים מקודם על מה היתה השנאה שיש להקל בנדרו ומה גם בהצטרפות מסירת המודעא הנה נא ערכתי משפט קמיה דמר נינהו הרב הוא הראש הרב המופלא אחד היה אברהם גדול שבדורו ולדעתיה אני צריך נאום אפרים נבון:

סימן ז

במאי דקי"ל דידים שאינן מוכיחות לא הויין ידים כדגרסינן בפ"ק דנדרים גבי מתני' דהאומר מודרני ממך שאני אוכל לך אמר שמואל והוא דאמר מודרני ממך שאני אוכל לך אבל אמר מודרני ממך לבד לא מ"ט מודרני ממך דלא משתעינא בהדך משמע וכו' וכתבו הרא"ש והר"ן ז"ל וגם לדבר עמו מותר שאינו מוכיח לזה יותר מלזה דהוי ידים שאינם מוכיחות יע"ש נראה דהיינו בידים שא"מ אבל בידים מוכיחות אע"ג דמספקא לן אי לאיסור אי להיתר אמרינן סתם נדרים להחמיר והכי מוכח ממתניתין דסתם נדרי' להחמיר והכי מוכח נמי ממתני' דטמא טהור שאוכל לך אסור דהיינו קדשים שנוהג בהם טומאה וטהרה וכתבו הרא"ש והר"ן ז"ל ואע"ג דאיכא תרומה דאית בה טומאה וטהרה סתם נדרים להחמיר יע"ש:

איברא דקשה מדתניא האומר הרי עלי שלא אוכל בשר כיום שמת בו אביו כיום שנהרג בו גדליה בן אחיקם הרי זה אסור ואמר שמואל והוא שנדר ובא מאותו היום ואילך משמע הא אם היו ימים מותרים בנתים לא חייל נדרא דדילמא בימים המותרים התפיס ואמאי לא אמרינן סתם נדרים להחמיר וראיתי להר"ן ז"ל ברפ"ג דשבועות שכתב דיותר סברא לו' דבימים המותרים התפיס כיון דסמוכים לו והבכ"מ כתב שם דכיון דספיקא הוי אזלינן לחומרא וכי אוקמא בנדור ולא מאותו היום ואילך אינו אלא לאפוקי נפשין מספקא. הנה הוכחנו דכל היכא דהוי ידים מוכיחו' אע"ג דמספקא לן אי בהיתר' התפיס או באיסורא רא התפיס אזלינן לחומרא וכתבתי כל זה מפני שראיתי להרשב"א ז"ל סי' תר"ב דאם אמר כל מה שיגיע לי מפ' יהא הקדש אם הקדש ממש קאמר או דילמא יודע הוא דאינו יכול להקדיש דבר שאינו שלו והלכך הכי קאמר הרי הוא הקדש שיהא אסור כהקדש ואע"ג דאמרינן התם דדוקא ודאי הא לאו הכי מותר דבעינן ידים מוכיחות וכו' עכ"ל. ולפי מה שכתבנו לא נכנס זה בסוג ידים שאינם מוכיחות דכיון שהשלים הלשון ואמר כל מה שיגיע לי מפ' יהא הקדש ידים מוכיחות הוי ואע"ג דמספקא לן אי הקדש ממש קאמר או שיהא אסור כהקדש בהא ודאי אמרינן סתם נדרים להחמיר ועיין בתשו' הרא"ם ז"ל סי' ן' כדברי ועיין בהר"ן גבי מתני' דקונם שאיני מדבר עמך יע"ש. ועוד נראה לי דכל היכא דודאי נדר אלא דלא מוכח אי לאיסור אכילה או לאיסור דיבור לא חשיב ידים שאינם מוכיחות וכל שאומר בלבי היה לזה ה"ז אסור וכן נראה מרפ"ק דנזיר דאמר אהא הרי זה נזיר כשנזיר עובר לפניו ופריך ודילמא לפטרו מקרבן קאמר באומר בלבו נזיר ע"כ אלמא כיון דאיכא יד לנזירות כל שנזיר עובר לפניו דאי אינו עובר' לפניו אפילו יד ליכא דדילמא אהא בתענית קאמר אפילו הכי הוי נזיר והא דאמר שמואל במודרני ממך והוא דאמר שלא אוכל לך משום דהוי ידים שאינם מוכיחות היינו משום דמודרני משמע לאיסור דיבור כמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפ"א מהלכות אלו והא דקאמר עלה ש"מ ידים שאינם מוכיחות לא הויין ידים היינו לומר דאפי' אם אומר בלבו היה לאיסור אכילה אינו אסור. עוד אמרו גבי סתם נדרים להחמיר נדר בחרם אם בחרמי כהנים הרי זה מותר ואם בחרמי שמים הרי זה אסור ואם בסתם להחמיר ופירש התוס' והרא"ש ז"ל דבסתם היינו שר"ל כמו שיפרשו חכמים הלשון אבל מדברי הרמב"ם ז"ל שפסק בפ"ו מהלכות ערכין דסתם חרמין לכהנים צריך לומר דהכא כששכח אייריי שאינו יודע אם היתה כוונתו לחרמי שמים וכן נראה מדברי הרשב"א ברש"י שהבאתי לעיל גבי האומר כל מה שיגיע לי מפ' יהא הקדש דמספקא לן אם הקדש ממש קאמר או שיאסר עליו כהקדש אלא דחשיב ליה ידים מוכיחות דאדם יודע שאינו מקדיש דבר

שאינו שלו וליאסר כהקדש קאמר והשתא אתי שפיר מ"ש התוספות בריש נדרים גבי וחרמים כחרמים יע"ש:

סימן ח

וגבי מאי דאיבעיא לן אם יש יד לצדקה או לא סלקה בתיקו וכתבו הרמב"ן והרשב"א ז"ל לחומרא והר"ן ז"ל תמה על זה דהא ספקא דממונא הוי ולדעתי הכא משום ספקא דנדרים מטובה דקי"ל בפיך זו צדקה והאומר ליתן דינר לעני אפי' הרמב"ן ורשב"א דכתבו דלא אמרו אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אלא בהקדש ב"ה אבל בצדקה לעניים, לא היינו דלא חשבינן אמירה כמסיר' אבל ודאי חייב לקיים דבריו משום נדר ועיין במהרי"ט בח"מ ח"ב:

סימן ט

במאי דנחלקו הראשונים בנדר שהוציאו בלשון שבועה. כתב הב"י בסי' רל"ט דדעת הרא"ש ז"ל דנדר שהוציאו בלשון שבועה לא הוי כלום מדכתב הרא"ש דאם אמר אני נודר שלא אוכל לך אין כאן נדר יע"ש ולע"ד דכה"ג כ"ע מודו דלא הוי נדר כלל דלשון אני נודר הוי לשון קבלה ולענין תענית בלבד הוא דמהני ואין כאן לשון נדר כלל וע"כ לא אמרו בנדר שהוציאו בלשון שבועה דיד מיהא הוי אלא כשהוציא מפיו נדר אלא שהוציאו בלשון שבועה שאמר קונם שלא אוכל או הרי עלי שלא אוכל דקונם ועלי נדר הם אלא שהוציאו בלשון שבועה שאמר שלא אוכל והוי יד שאנו מפרשים דקונם דקאמר אכבר קאי מה שאין כן באומר אני נודר הוי לשון קבלה והרי זה שבועה:

עוד כתב הב"י דאם אמר הריני אסור בפירות פ' דלא אמר כלום משום דהוציאו בלשון שבועה. ואין נראה כן לע"ד דהריני אסור נדר גמור הוי והכי כתב הרמב"ם בפ"ה הרי את אסור בהנייתי הרי זה אסור ובפ"ב דנזיר אמרו מזגו לו את הכוס ואמר הריני נזיר ממנו אינו אסור אלא באותו כוס בלבד כל שהי' שיכור ואמרו שם דטעמא דנעשה כאלו אמר הרי עלי קרבן. אלמא דלא אסר בהדיא החפץ והוי כאלו אמר הריני מופרש ממנו נעשה כאלו אמר הרי הוא קרבן. והכי אמרי' בירושלמי אמר לככר פרוש אני ממנו לא אסרו עליו אלא לשם קרבן ומשום הכי כתב הרמב"ם ז"ל דאם אמר לחברו מופרשני ממך שלא אוכל לך הרי זה אסור דמה שאמר מופרשני ממך הוי כאלו עשהו קרבן והדר מפרש דמה שאסרו עליו היינו שלא יאכל עמו ולא דמי לנדר בלשון שבועה דאיכא מאן דאמר דלא הוי נדר דהיינו דוקא באומר קונם שלא אוכל ככר זה דקונם לחוד לא הוי מידי אבל האומר הריני מופרש ממך הרי זה נדר ומה שאומר אח"כ שלא אוכל אינו אלא שמפרש למה הוא אוסר. ועוד נראה לי דבלשון איסור אפילו הוציאה בלשון שבועה

הרי זה שבועה והכי אמרו בפ"ג דשבועות איסר הטילו הכתוב בין נדר לשבועה לומר לך הוציאו בלשון נדר נדר הוציאו בלשון שבועה הרי זה שבועה וכשאמרו בלשון נדר שאמר הריני אסור בפירות פ' הרי זה אסר גופו מלאכול אותם פירות וכן כתב הרמב"ם בפ"ה הריני אסור בהנייתך הרי זה אסור נמצא אומר הריני אסור בהנייתך אסר נפשיה בהנייתו ואת אסור בהנייתי אע"פ שאין יכול לאסור גופו של חבירו נעשה כאלו אסר הנייתו עליו:

סימן י

גרסינן בפ"ג דשבועות איזהו איסור האמור בתורה האומר הרי עלי שלא אוכל בשר כיום שמת בו אביו כיום שנהרג גדליה בן אחיקם ואמר שמואל והוא שנדור ובא וכו' ופריך כיום שמת בו אביו פשיטא ומשני כיום שנהרג גדליה בן אחיקם איצטריכא ליה סד"א כיון דכי לא נדר אסור כי נדר נמי לא הויא איסור והאי לאו מתפיס בנדר הוא קמ"ל כיון דמדרבנן הוא אסור כי נדר חייל עליה איסורא דאורייתא וכי מתפיס קאי עליה בבל יחל וכתב הרא"ש ז"ל כן כתוב בספרים ורש"י ז"ל לא גריס לי' דאי נמי דאורייתא הא אמרי' לקמן דחלין על דבר מצוה כדבר הרשות ונראה דגרסינן ליה דנהי דנדרים חלים על דבר מצוה כדבר רשות מיהו כי מתפיס ביה.. אעיקרא קא מתפיס ולא מיקרי דבר הנדור ע"כ וכ"כ הטור בסי' רט"ו דאם התפיס בהם דבר אחר אין דעתו אלא בעיקר האיסור יע"ש. וצריך להבין דנראה דכל כי האי גוונא דשני האיסורים עומדים בבת אחת לא מספקא להו לבעלי הגמרא אלא כי מספקא להו היינו במידי דמעיקרא הוה אסור ועכשו שרי דמשמעו' הענין נראה דמתפיס בדהשתא אלא דמספקא לן דילמא במעיקר' קא מתפיס כיון דנדר שמע מינה דעתיה אאיסורא דאם לא כן לישתוק אבל היכא דשני האיסורים עומדים ואסור משתיהן והתפיס בו דבר אחר בהא ודאי ליכא לספוקי אי משום דמשמעות הענין בדהשתא אי משום דאין אדם מוציא דבריו לבטלה תדע דהכי הוא דהא מייתי עלה בגמרא מההיא דהאומר כנותר דאיירי לאחר זריקה דאלמא בעיקרו קא מתפיס ודחי לה בעולה קא מיירי דאיסור עולה עדיין קאי ועומד ולא מיבעיא קאמר לא מיבעי' בשר וכו' אלא אפילו נותר אסור דסד"א באיסור נותר קמתפיס ולא הוי דבר הנדור קמ"ל דבאיסור עולה קא מתפיס אלמא דאפילו למאי דסבר דבדהשתא קא מתפיס ולא במעיקרו פשיטא ליה דכל ששני האיסורים עדיין תלויין ועומדים חד איסור עולה וחד איסור נותר והתפיס בדבר הנדור התפיס ועוד מייתי עלה מההיא דבכור ודחי לה דכ"ע לפני זריק' דמים ומ"ט דמאן דשרי אמר קרא כי ידור עד שידור בדבר הנדור ומאן דאסר בכור נמי מתפיס בנדר הוא שמצוה להקדישו ע"כ בגמרא. והשתא קשה דסוף סוף

תפשוט מיניה דנהי דסבירא לי' דבכור נמי מיקרי דבר הנדור כיון דמצוה להקדישו עדיין אמאי אסור נימא בדמעיקרא התפיס באיסור שהוא מקודם שהקדישו אלמא דכל מידי דאיסור ואסרו ג"כ בנדר ואח"כ התפיס בו דבר. אחר דעתו על דבר הנדור הוא. ולע"ד היה נראה לי לפרש פירוש אחר דה"ק בגמרא סד"א כיון דכי לא נדר אסור כי נדר נמי לא הוי מתפיס בנדר דכל כי האי גוונא לא מיקרי דבר הנדור אלא דבר האסור וכסברת ר' יהודה דמתיר בבכור מאי טעמא דלא חשיב דבר הנדור כיון דכי לא נדר נמי אסור ולפי זה אפי' אם אמר הנודר שדעתו היה על הנדור מותר. איברא דלשון הגמרא דקאמר כיון דכי לא נדר נמי אסור כי נדר נמי לא הויא עליה איסור נראה כסברת הרשב"א דסובר דאין הנדרים חלין על האיסורין:

סימן יא

ראובן שנתכעס עם אשתו ומתוך כעסו אמר ה הרי את אסורה עלי כאימא:

תשובה כבר ראיתי מ"ש הרב מהר"ר לוי ן' חביב ז"ל סי' כ"ז דבנדון זה אסורה עליו מדין נדר ומה ששנינו במשנתינו האומר הרי את עלי כאמי לא אמר כלום היינו היכא דלא אמר אסורה וכו' יע"ש. אבל לע"ד אין נראה כן דהלא מפי' רש"י ז"ל שם בשמעתין נראה דמתני' איירי אפי' באמר לה הרי את אסורה עלי כאמי ואפ"ה לא אמר כלום ואע"ג דאילו לא הוה מסיק בדיבוריה לומר כאמי היתה אסורה מכיון דאמר הרי את אסור' עלי מ"מ השתא דאיתפיס בדבר האסור לא אמר כלום וכן נראה מדברי הרא"ש גבי מתני' דכנדרי כשרים עלי לא אמר כלום פי' הרא"ש וז"ל ואפי' אם אמר כנדרי כשרים ככר זה עלי בקונם לא אמר כלום וכ"כ הטור וכן פסק הש"ע יע"ש אלמא דאע"פ שאמר ככר זה עלי בקונם כל שהתפיסו בדבר שאינו נדור לא אמר כלום וכן נראה מדברי הריטב"א ז"ל בהדיא בחי' למסכת קידושין דף ד"ן ז"ל הצ"ל קיימא לן שאין נדרי איסור קיימין אלא כשתולה איסורין בדבר הקדוש כקרבן וכשא' הקדשות דאינהו איסור חפצא אבל כשתולה אותו בדבר האסור מעצמו כגון שאמר ככר זה אסור כנבלה כחזיר כשקצים וכיוצא בהם לא אמר כלום ואפי' משום ידות נדרים ליכא עכ"ד וכ"כ שם משם רבו ז"ל יע"ש. וכן מוכח מההיא דפליגי ר"ש ור"י בפ"ק דנזיר באומר הריני נזיר כשמשון לא אמר כלום אליבא דר"ש משום דהוי מתפיס בדבר האסור דשמשון לאו נדור הוה ומדסתם ותני לא אמר כלום משמע דלא הוה נזיר כלל ואע"פ שאמר הריני נזיר מכיון שהתפיסו בדבר שאינו נדור:

איברא דהיה נראה לכאורה איפכא ממתני' דפ' כל המנחות הרי עלי מנחה מן השעורים מביא מן החטים ואמר ר"י עלה דאתיא אפילו כב"ה ואיירי באומר אילו הייתי יודע

הייתי נודר כדרך שמקריבין וכן פסק הר"מ ז"ל בפי"ז מה' מעשה הקרבנות וכ"כ הרבכ"מ דה"ט דכשאומר הרי עלי מנחה ושאלו אותו ואמר אילו הייתי יודע הייתי נודר ה"ז חייב דאע"ג דכשאומר הרי עלי מנחה מן השעורים אין בנדרו ממש דהוי נדר ופתחו עמו כשאמר מן השעורים. מיהו כשאמר אח"כ אילו הייתי יודע הייתי נודר כדרך שמקריבין ביטל הפתח של הנדר והוי כאילו לא אמר בשעת הנדר אלא הרי עליו מנחה לבד עכ"ד . ולפ"ז י"ל דה"ה בנ"ד דאנן סהדי דכוונתו של ראובן היה לנדור נדר גמור ואילו היה יודע דהאומר כאמי הוי מתפיס בדבר האסור ואינו נדר לא היה מסיק דיבוריה לומר כאמי וכיון שכן פלגינן דיבוריה והוי כאלו לא אמר אלא את אסור' עלי בלבד. אבל לע"ד אינו בן דהכא גזירת הכתוב הוא דכל שהתפיס בדב' האסור לא הוי נדר ואפי' הזכיר בלשונו לשון נדר וכן מבואר מדברי הר"ן ז"ל ריש פ"ק דנדרים ז"ל שם עיקר נדר הוא שיאמר דבר זה אסור עלי ובין שהתפיסו בין שלא התפיסו זהו נדר אלא היכא שהתפיסו בעינן שיתפיסנו בדבר הנדור ולא בדבר האסור וכדאמרינן בפ"ג דשבועות מ"ט דאמר קרא איש כי ידור נדר להי' עד שיתפוס בדבר הנדור ולא בדבר האסור כלומר שאע"פ שהנדר חל בלא התפסה אפ"ה אם התפיסו בעינן שיתפוס בדבר הנדור ולא בדבר האסור עכ"ל. ומבואר מדבריו דאע"פ דכל שאמר ככר זה אסור עלי הרי הוא אסור מדין נדר מ"מ אם אסיק דיבוריה ואמר כחזיר אינו אסור מגזרת הכתוב דאמר איש כי ידור נדר דבעינן שידור בדבר הנדור ומשמ' ליה דקרא אתא אפי' כשאמר לשון נדר מעיקרא שאמר ככר זה אסור דאפ"ה כיון שהתפיסו בדבר שאינו נדור לא הוי נדר. ולכאורה איכא למידק על דברי הר"ן ז"ל דמנא ליה דכי אתא קרא דעד שידור בדבר הנדור איירי אפי' בהיכא שהנדר חל בלא התפסה דאפ"ה אם התפיסו לא אמר כלום דילמא קרא לא אתא אלא היכא דבלא התפסה לא היה נדר דאז ודאי במה יאסר כיון שלא הזכיר לשון נדר או איסור אלא שאמר ככר זה עלי כבשר חזיר ובשר חזיר רחמנא אסריה והוא לא אסריה וכמ"ש הר"ן בנדרים דף י"ד. אבל כל היכא דהזכיר לשון נדר שאמר קונם ככר זה או אסור עלי ככר זה אע"פ שסיים ואמר כבשר חזיר ובשר חזיר הוי דבר אסור מ"מ כיון דלגבוה קא מכיון יהא אסור דדל מהכא מה שאמר כבשר חזיר ה"ז אסור כיון שאמר קונם ככר זה או אסור דהוי נדר גמור. ובפ"ג דשבועות מסיק תלמוד' אמר לך רבא תריץ ואימא הכי איזהו איסור האמור בתורה האומר הרי עלי שלא אוכל בשר כיום שמת בו אביו וכו' פי' רש"י ז"ל האי תנא לאו במתפיס איירי אלא בעיקר נדר דמתפיס היינו דוקא באומר זה כזה בלחוד אבל מפרש הרי עלי שלא אוכל וכו' עיקר נדר הוא ואשמועינן שאינו חייב משום נדר אלא א"כ פירשו ואח"כ תלהו בדבר הנדור אבל מתפיס בנדר כגון שלא

פי' הרי עלי אלא דאמר זה כזה לא הוי נדר עכ"ל וכתבו הרמב"ן והר"ן ז"ל שאין כוונת רש"י לומר שלא יהא נדר אלא אם כן התפיסו דודאי כל שפירשו אע"פ שלא התפיסו הוי נדר אלא שבא למעט שאפי' פירשו אם תלהו בדבר האסור לא הוי נדר עכ"ד. ונראה מדבריהם אלו דכל שפי' אע"פ שאם לא התפיסו שה נדר מיהו אם תלהו בדבר האסור לא הוי נדר והיינו כדמשמע מדברי הר"ן בריש נדרים וכן מוכרח לפרש בההיא דאמר הרי עלי שלא אוכל בשר כיום שמת בו אביו אפי' אם לא היה מסיק ואומר כיום שמת בו אביו אלא שאמר מר הרי עלי יום זה שלא אוכל היה אסור דהרי עלי הוי יד לקרבן כמבואר בנדרים דף ו' ואפילו הכי אמר שמואל עלה והוא שיתפיס בדבר הנדור אבל אם התפיס בדבר האסור לא הוי נדר ואע"פ שאמר הרי עלי והיינו טעמא משום דהרי עלי לא אתי אלא משום יד וכן האומר אסור עלי אינו אלא משום יד איתרבאי כמבואר בדברי הר"ן בפ"ג דשבועות והיינו לומר שהתחיל במקצת דיבורו של נדר ולא גמר לומר כקרבן וכיון דמדין יד הוא כל היכא דסיים ואמר כבשר חזיר תו ליכא למימר דהוי יד לקרבן:

איברא דכל זה אתי שפיר אי אמרינן דהאומר ככר זה אסור עלי דהוי מדין יד דקרבן וכאלו סיים ואמר כקרבן ומשום הכי כל היכא שאמר כבשר חזיר לא הוי נדר. אבל לפי מה שנראה מדברי הר"ן בריש נדרים דהאומר ככר זה אסור עלי לאו משום יד הוי אלא מעיקר הנדר. ונראה לכאורה דהיינו משום איסור דקרא וכדאמרינן הוציאו בלשון נדר נדר ואפילו בלא התפסה הוי עיקר נדר א"כ עדיין איכא למימר דאפי' תלהו בדבר האסור יהא נדר דדל מהכא מה שהתפיס דלא הוי כלום ה"ז נאסר במה שאמר ככר זה אסור דהוי נדר גמור וקרא דכי ידור נדר שבא למעוטי עד שידור בדבר הנדור איכא למימר דלא איירי אלא בנדר שהוי ע"י התפסה שלא הזכיר איסור:

השאלה נאבדה ומתוך דברי התשובה יתבאר:

סימן יב

תשובה ראיתי מ"ש מר ששמע שמהרש"ס ז"ל הור' שהנודר נזירות בתנאי אם אעשה ואם לא אעשה דכלזמןשלא חל הנזירות יכול לחזור בו ולבטל הנזירות דאתי דבור ומבטל דבור וכדאמר ר"י במסכת קידושין גבי מקדש את האשה לאחר שלשים יום דתוך שלשים יום יכול לחזור אלו דבריו. ואני שמעתי ולא אבין דמה ענין קדושין לנדרים דנדרים שאני דנדר קביל עליה וחייב לקיים דבורו והכי מפורש בהדיא בפ"ד דנדרים גבי האומר שור זה הקדש לאחר שלשים יום דאינו יכול לחזור תוך שלשים יום משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ופי' הרא"ש ז"ל וחייב לקיים דיבורו משום מוצא שפתיך תשמור ולא מצי למיהדר וכן מבואר מדברי הרמב"ם ז"ל בפרק כ"ב מהלכות מכירה שהנודר ואמר

מה שתלד בהמתי יהא הקדש אינו יכול לחזור בו ואע"פ שעדיין לא חל הקדש ואפי' למה שכתב הר"ן ז"ל שם בשמעתין בנדרים משם הרשב"א דאפשר דהאומר יהא זה הקדש לאחר שלשים יום דיכול לחזור עכ"ל ע"כ לא אמר' אלא באומר שור זה יהא הקדש לאחר שלשים יום שלא חייב עצמו בלשון נדר לומר אקדישנה הלכך כל זמן שלא חל הקדש יכול לחזור אבל במחייב עצמו בלשון נדר שאמר אתן או אקדישנה הרי זה מחוייב לקיים דיבורו ואינו יכול לחזור וזו הוא סבר' הראב"ד שם בפרק כ"ב מהלכות מכירה וע"ש כלל העולה דכל שמקבל עליו בלשון נדר שוב אינו יכול לחזור בו ובפ"ב דנדרים אמרינן ההוא גברא דאמר ליתסרו פירות עולם עלי אי נסיב איתתא כי לא גמירנא הלכתא לא סליק בידיה אתא ר' אחא ושבשיה וכו' אלמא דאע"פ שלא חל עדיין הנדר לא היה יכול לחזור בו ובפ"ב דנזיר נמי אמרינן הרי הוא נזיר לאחר כ' יום ומעכשיו נזיר סתם מהו מי חייל עליה נזירות שני או לא מי אמרי' כיון דאפשר לאיתשולי אנזירות שני מהשתא יחול הנזירות בתרא את"ל הכי אמר הריני נזיר שמשון לאחר כ' יום ומעכשיו נזיר סתם הכא ודאי לא מצי לאיתשולי ואי ס"ד דכל זמן שלא חל הנדר יכול לחזור בו משום דאתי דיבור ומבטל דיבור אם כן נהי דנזירות שמשון ליתיה בשאלה מ"מ הא יכול לחזור בו ולעקור הנזירות. ולע"ד לא מצאתי היתר לנ"ד אלא ע"י המודעא שמסר בתחלת השנה ואע"פ שבשעה שנדר לא נזכר מהמודעא ואיכא מ"ד דבעינן שיזכור מהמודעא בעת שנדר תוך כדי דיבור וכמו שהביא הרמב"ם ז"ל כבר כתבו האחרונים דרובא דרבוותא הסכימו לדעת הרמב"ם דאפילו לא נזכר אלא לאחר ימים כל היכא דבשעה שנזכר מהמודעא קיימה בלבו ה"ז מועיל ועוד דבנ"ד אפשר דאפילו אותם המורים יודו דמועיל דהא כל טעם סברת המורים דבעינן שיזכור בשעה שנדר מהמודעא הוי כמ"ש הבכ"מ שם משום דלא מסתבר דלאחר שיחול הנדר יעקר כשזכר התנאי ובנ"ד לא שייך לומר הכי דכיון שנדר ע"ת כל כמה דלא עבר על תנאו עדיין לא חל הנדר ואפי' תימא דאפילו בנ"ד פליגי אותם המורים נראה לע"ד דכל ספק כה"ג בנזירות אזלינן להקל דכיון דמספקא לן אי חל עליו נזירות או לאו מוקמינן גברא אחזקתיה בחזקת שלא נדר וכה"ג אמרינן בפרק בכל מערבין גבי האומר ככר זה היום חול ולמחר קדש מערבין לו בו מ"ט בין השמשות ספקא הוי ומספק לא נחתא ליה קדושה והטור בא"ח כתב דין זה אפילו בנודר יע"ש. וכ"ת א"כ אמאי סתם נדרים להחמיר ולא מוקמינן גברא אחזקת שלא נדר כבר כתב הרא"ש שם דמסתמא לנדר נתכוון דאם לא כן לישתוק ועוד דהתם כיון שהוא מודה שנדר איתרע חזקתו וכמ"ש התוס' בפ"ב דכתובות גבי ע"א אומר נתקדשה וע"א אומר לא נתקדשה יע"ש וכל זה שייך לומר בנדר שחל בשעת הנדר אבל כה"ג דנ"ד שאין

הנדר חל בשעת הנדר אלא לאחר זמן הוא שיחול כל היכא דמספקא לן אי חל אי לא חל מוקמינן גברא אחזקתיה ובפ"ט דנזירות כתב הרמז"ל דב' אומרים נזרת וב' אומרים לא נזרת אין זה נזיר כ"נ מדבריו יע"ש אלמא דמוקמינן גברא אחזקת שלא נדר וכמ"ש בפ"ך מהא"ב ולפ"ז ע"כ צ"ל דהא דאמרינן סתם נ"ש להחמיר כל היכא דלא שייך לומר ספקו חמור מודאי ה"ט משום דכיון שהוא מודה שנדר איתרע חזקתו ולפ"ז היה נ"ל היכא דמספקא ליה אי הוציא נדר מפיו אי לא מוקמינן ליה אחזקת היתרא שלא נדר:

סימן יג

הא דפסק הרמב"ם ספק נדרים להחמיר וספק נזירות להקל כתב מהרי"ט בח"א סימן פ"ט דהיינו טעמא דגבי נדרים דספיקן אינו חמור מודאן מעייל איניש נפשיה לספיקא אבל גבי נזירות דחמירא ספקא מודאן לא מעייל איניש נפשיה לספיקא עכ"ד. ולדבריו צ"ע הא דפסק הרמב"ם ז"ל בפ"ה דנזיר גבי האומר הריני נזיר ביום שבן דוד בה אם בשבת נדר הרי זה מותר באותו שבת מפני שהדבר ספק וספק נזירות להקל עכ"ל והתם ספיקו אינו חמור מודאי. וראיתי להרא"ם בסי' נ' בתוך התשובה וז"ל והרמב"ם שכתב סתם נדרים להחמיר ובספק נזירות להקל אינו אלא מפני שהוא מפרש דברי רב אשי שאמר ההיא ר"י משום ר' טרפון היא אברייתא דקתני ר' יהודה מתיר ואמתניתין דטהרות דקתני בה ספק נזירות להקל עד והשתא מתני' דנדרים ומתני' דטהרות תרוייהו אליבא דר' טרפון הן ובס' נזירות הוא מיקל משום דכתיב בה כי יפליא ובסתם נדרים מחמיר משום דנדרים הוקשו לשבועות עכ"ד. הנה מדבריו נראה דטעמו של הרמב"ם שפסק דספק נזירות להקל הוא משום דכתיב כי יפליא וכר' טרפון וא"כ הוא צ"ע דבגמרא הקשו אי ר' טרפון מאי איריא נגנב או נאבד ותירצו להודיעך כחו דר' שמעון ואלו הרמב"ם נקט נגנב או נאבד ומוהר"י אדרבי סי' ע"ז כתב דבספקא דדינא לא אמרי' היכא דספקו חמור מודאו לא מעייל נפשיה לספיקא ועיין מ"ש הר"מ ז"ל בפ"י מהלכות אלו גבי נדר עד לפני הפסח מחלוקת ר"מ ור"י אי מעייל נפשיה לספיקא ופסק כר"י דלא מעייל נפשיה לספיקא וצ"ע:

סימן יד

כתב הרמב"ם בפ"ב האומר לאשתו הרי את עלי כאמי או אומר פירות אלו כבשר חזיר אין כאן נדר ואם היה האומר עם הארץ צריך שאלה לחכם ע"כ והרב בכ"מ הקשה על זה מהא דגרסינן ברפ"ב דנדרים רבינא אמר הכי קתני אלו מותרין כחולין כבשר חזיר ואי לא תני חולין הוה אמינא בעי שאלה ומי איכא לאסוקי הכי והא קתני סיפא האומר הרי את עלי כאמי פותחין לו פתח מכלל דרישא לא בעי שאלה ע"כ. והשתא יש לתמוה

על רבינו היאך כתב באומר כבשר חזיר דבעי שאלה וכו' יע"ש. ואפשר ליישב דרבינו אזיל לטעמיה דכתב לעיל בפ"א דהנודר בתורה אם הוא עם הארץ צריך שאלה כדי שלא ינהגו קלות ראש בנדרים ואם כן הוא הדין והוא הטעם האומר פירות אלו עלי כבשר חזיר וכן כתב הרא"ש בשמעתין על הא דתניא הנודר בתורה צריך שאלה וז"ל דגבי נודר בתורה הוי טעמא דתלמיד חכם יודע דכיון דלא אמר במה שכתוב בה בגוילי קא משתבע אבל עם הארץ אינו בקי בכל זה ואתי לזלזולי אפי' כי משתבע במה שכתוב בה אבל במתני' ליכא לפרש שלא יקל ראשו בשאר נדרים דא"כ אפילו בבשר חזיר יהא צריך שאלה יע"ש וא"כ הרמב"ם דפסק כברייתא דהנודר בתורה אם כן אפילו בבשר חזיר צריך שאלה:

סימן טו

מי שנדר להתענות עשרה תעניות ולא קבע להם זמן אי חייב לקיימם לאלתר או יכול לדחותם לכשירצה. דגבי לוה אדם תעניתו ופורע כתבו מקצת מן המפרשים דאיירי אפילו אמר יום זה ואפ"ה מצי ללותו דכיון דקבלת תענית מנדר דצדקה הוא דאתי הא גבי צדקה קי"ל בפ"ק דערכין דהאומר סלע זו לצדקה יכול ללוותה ולפרוע ולפ"ז יראה דכ"ש בנ"ד שלא קבע זמן להתענות דיכול ללותם ואפילו בלא שום הכרח כיון שלא קבע זמן ואפשר דאפילו החולקים שם בלוה תעניתו ופורע דס"ל דלא איירי ביום זה הכא יודו כיון שלא קבע זמן וכן פסק מרן בש"ע בא"ח סי' תקס"ח. אבל לע"ד יראה דכל שנדר סתם ה"ז מחוייב לעשותם מיד ואמינ' לה מההיא דפ"ק דר"ה דאע"ג דשאר נדרים אינו עובר עליהם אלא לאחר ג' רגלים בצדקה מחוייב עליה לאלתר מטע' דהא קיימי עניים שם וההי' דמסכת ערכים דהאומר סלע זו לצדקה דיכול ללותה ולפרוע איירי כשאין שם עניים וכמו שכתב הרמב"ם בפ"ח מהלכות מתנות עניים וכן מוכח מההיא דתניא בפ"ק דתעניות יחיד שקיבל עליו להתענות ב' וה' של כל השנה ואירעו בהם י"ט הכתוב' במגילת תענית אם נדרו קודם לגזירתינו ידחה גזירתנו מקמי נדרו. והשתא קשה דלמה יבטל נדרו את גזירתינו הלא יכול ללוותם ולפרוע אלא ע"כ צ"ל דההיא דערכין דיכול ללוותם איירי בדליכא עניים עדיין או שאין צריכין לה וההיא דלוה אדם תעניתו ופורע לא איירי כשקבע זמן ואמר יום זה ואפילו בלא קבע זמן אלא שנדר סתמא מחוייב להתענות לאלתר כיון דבידו הוא וקאי קמיה וקאי לאלתר בבל תאחר. אלא איירי בשנדר להתענות כמה ימים באיזה יום שירצה והתחיל להתענות ביום אחד על זה אמרו דיכול ללותו ולפרוע וכך פיר' לה הרמב"ם ז"ל בפ"ד מהלכות נדרים דאיירי כשנדר להתענות באיזה יום שירצה והיינו טעמא דכיון דבשעה שנדר אמר באיזה יום שירצה אינו מחוייב

זה אלא לכשירצה וכן משמע בפ"ק דנדרים דבעי שם בל תאחר בנזירות היכי משכחת לה אי דאמר לכשירצה תו ליכא עליה בל תאחר שהרי התנה לכשירצה ומה שכתב המרדכי פ"ק דב"ב דאם נדר לתת צדקה לעניים שירצה עובר עליו לאלתר דהא קיימי עניים דאם אינו עובר משום שיכול לומר איני רוצה לאלו אלא לאחרים אם. כן יפטור עצמו לעולם עכ"ל ולכאורה יראה דההיא דנזירות קשה עליו דאמרינן דאינו עובר בבל תאחר משום שהתנה לכשירצה ושוב מצאתי להמרדכי במסכת מציעא שכתב כמ"ש דאינו יכול לדחותם אלא א"כ נאנס:

סימן טז

מי שנדר להתענות כ"ב ימים ואחר שהתענה מקצתם נתחרט על השאר אבל מה שהתענה אינו מתחרט אי מהני חרטה כי האי גוונא שאומר הריני מתחרט על מה שקבלתי אותם בלשון נדר אבל על מה שהתענה מקודם אינו מתחרט כדי שלא יפסיד אותם התעניות. יראה מתוך דברי הר"ן ז"ל בנדרים דף כ"ב ע"ב דכי האי גוונא לא מהנייא החרטה שכתב שם שאותו נדר דרב ספרא היה כעין נדר של מצוה כגון שנדר להתענות זמן ידוע והתענה מקצת אותו זמן ואילו היה מתחרט על עיקר הנדר יאבד שכר תעניותיו שנתענה אם היה תוהה על הראשונות ולפיכך לא היה מתחרט עכ"ל. הנה מדבריו אלו יש להוכיח דלא מהני החרטה אלא עד שיאמר שהוא תוהה על הראשונות ולא היה רוצה באותו ענין שנדר ושלא בישוב הדעת הוציאו מפיו מעיקרא ומ"ש בכתבי המוסר זה הנוסח שאמרנו אינו אלא למי שחושב שמא כבר עבר על נדרו ואז מהני חרטה אפילו כי האי גוונא משום דאדעתא שיעבור על נדרו לנדר מעיקרי' כמו שאמרו שם ונמצא דהנדר הותר על ידי פתח (א"ה דברים אלו צל"ע ועיין בהר"ן ז"ל בנדרים דף כ"ז ע"א ז"ל כתב הרמב"ן ז"ל דאפי' במשנה דוקא בנדר שהותר ע"י פתח וכו' עד סוף הלשון):

סימן יז

מי שקיבל להתענות שני תעניות מיד ואח"כ התשיל אחד מהם אי הותר השני. ראיתי להתוס' בפ"ג דשבועות דף כ"ז גבי מי שנדר שני נזירות ומנה את הראשונה ואח"כ נשאל על הראשונה עלתה לו שניה שהקשו כשנשאל על הראשונה אמאי לא נשריה בשניה מ"ש מקונם שאיני נהנה לכולכם דהותר אחד מהם הותרו כולם ותירצו דיש לחלק דהכא כיון דסליק למנין שני נזירות כקיבל כל אחד בפני עצמו דמי עכ"ד אבל בירושלמי דפ"ג דנזיר הקשו זאת הקושיא בעצמה ומוקי לה באומר הריני נזיר:

סימן יח

כשמשמעות הלשון בלתי שום הוכחה מורה על דבר אחד דוקא אם איכא הוכחה שכוונתו על עניין אחר מהו הדין. גרסינן בפ"ז דנדרים גבי מתניתין דקונם צמר עולה עלי מותר להתכסות בגיזי צמר ר"י אומר הכל לפי הנודר טען והזיע אומר קונם צמר עולה עלי מותר להתכסות ואסור להפשיל לאחוריו תני כיצד אר"י הכל לפי הנודר היה לבוש צמר והצר ואמר קונם צמר עולה עלי אסור ללבוש וכו' וכתב הר"ן והרא"ש דכל היכא דליכא הוכח' לבישה משמע ולא טעינה ור"י מודה לזה ור"י דברייתא משמע דס"ל דכל היכא דליכא הוכחה אסור אפי' בטעינה עכ"ד וק"ל על פי' דאי לשון עולה עלי משמעותו ללבישה ולא לטעינה אם כן היכי קאמר ר"י עלה טען והזיע אמר קונם עולה עלי מותר להתכסות ואסור להפשיל לאחוריו נהי דההוכחה מהני למשרי ללבוש אבל להפשיל לאחוריו אמאי אסור משום הוכחה כיון דאין במשמעות הלשון שאמר עולה עלי אלא ללבישה בלחוד ולא לטעינה וגבי היה מסרב בחבירו שיאכל אצלו ואמר קונם לביתך שאיני נכנס טיפת צונן שאני טועם לך מותר ליכנס לביתו ולשתות ממנו טיפת צונן שלא נתכוון זה אלא לשם אכילה ושתייה מרובה וכתבו הר"ן והרא"ש ז"ל דגם באכילה ושתייה מרובה מותר כיון שלא הוציאם מפיו ובנדר בעינן שיוציא בשפתיו ול"ד להיה מסרב שישא בת אחותו ואמר קונם שהיא נהנית לי הרי אלו מותרות ליהנות שלא נתכוין זה אלא לשם אישות דהתם אישות בכלל הנאות איתיה עכ"ד:

איברא דבכרפ"ג תנן קונם שאני פוחת לך מן הסלע והלה אומר קונם שאני מוסיף לך על השקל שניהן רוצים בג' דינרים וכתב הר"ן ז"ל ומיהו אין המוכר רשאי ליתנו בשקל ולא הלוקח רשאי ליתן בו סלע שהרי עיקר משמעות נדרים אינו אלא לכך יע"ש והשתא צריך להבין מ"ש מהאומר טיפת צונן שאני טועם לך דעיקר משמעות נדרים אינו אלא לשתייה מרובה ואפי' הכי מותר בשתי' מרובה אלמא דאע"ג דהאומר טיפת צונן שאני טועם איתיה בכלל שתיה מרובה ודמי לאומר שאיני אוכל אחד דאסור לאכול שנים דכיון דאחד אינו אוכל שנים נמי אינו אוכל ואפ"ה כיון דאמר לשון פרטי שאיני אוכל אחד ובאחד שרי שאין כוונתו אלא לשנים לשנים נמי שרי וה"ט דכיון דבא' דקאמ' שרי אין סברא לאוסרו בב' במה שלא הוציא מפיו. האמנם ראיתי להרמב"ם ז"ל דבאכילה ושתיה מרובה אסור וכן פי' רש"י והכי איתא בתוספתא ולפי דבריהם אתו שפיר דברי הר"ן. ומ"מ אין ראיה מכאן לסברת הר"ן ז"ל דהכא היינו טעמא משום דדרך לשון בני אדם לקרות לאכילה מרובה מועטת:

ועוד קשה לפי' הרא"ש והר"ן דסתמא לבישה משמע אם כן אמאי קאמר ומותר לכסות בגיזי צמר אפילו בבגדי צמר יהא מותר דאין זה דרך לבישה ונראה דהיינו טעמ' דמתני' דלשון עולה עלי משמעותו הוי אפי' עולה למשא והכי אמרו גבי כלאים לא טלה יכול אפי' למשא וכו' אלא דכשאומרים אותו בני אדם משמעותו הוי ללבישה ומ"ה כל היכא דאיכא הוכחה דלטעינה קאמר אסור בטעינה דטעינה איתיה בכלל עליה ומ"ש הטור היה לבוש וכו' נראה דלאו דוקא תדע דהא מתני' לא איירי בלבוש והב"ח כתב דאם אינו לבוש אסור בשניהם ללבוש ולמטען עד שיפרש דלבישה דווקא קאמר ע"כ. וזה אינו דכל לשון שמשמעותו כלל אפי' אם לא היה בלבו כן אסור בכל כמ"ש הר"ן והרא"ש בפרק ג' דשבועות גבי היה בלבו להוציא פת חטים ודלא כמ"ש הש"ך ריש סימן רל"ו ס"ק א':

וראיתי שכתב הרשב"ץ על מי שנשבע שלא יעשה יין למכור מפני שהעלילו עליו שמכר לישמעאלים דאסור למכור יין העשוי כבר משום דאזלינן בתר דעת הנודר וכו' עכ"ד. אינם נראים לי דלא אזלינן בתר אומדנא לאסור מה שלא הוציא מפיו וכמו שכתבתי לעיל ובפ' ואלו נדרים תנן קונם שאני נהנה לבריות אינו יכול להפר ויכולה ליהנות בלקט שכחה ופיאה ודייק עלה בגמרא מכלל דבעל לאו בכלל בריות הוא מיתיבי ונטולה אני מן היהודים יפר חלקו ואי אמרת בעל לאו בכלל בריות הוי ל"ל הפרה כך גריס הרא"ש והר"ן ומשני שאני הכא דמוכחא מילתא דעל התירא קאסרה נפשה אלמא דאע"ג דבעל אינו בכלל משמעות הלשון היהודים מ"מ היכא דאיכא הוכחה אסור ובפ"ק דנדרים גבי מתני' דקונם שאיני אוכל לך כתבו התוס' יש גורסין שאיני ביו"ד וקשה דהא אין נדרים חלים על דבר שאין בו ממש ושמא מיירי במסרבין בו לאכול ואומר שאיני והוי כמי שאמר שאני ובפ"ב דנדרים גבי מתני' דשבועה שלא אוכל לך פריך עלה מכלל דהשבועה שאוכל לך דלא אכילנא משמע ורמינהי וכו' ואמר אביי מתני' במסרבין בו לאכול ואמר לא אכילנא לא אכילנא ואמר שבועה דאכילנא דלא אכילנא משמע (א"ה ע"כ מצאתי ונראה שיש חסרון לשון חבל על דאבדין):

סימן יט

תנן בפ"ב דנזיר הריני נזיר כשיהיה לי בן ונזיר מאה יום והתחיל למנות נזירות דנפשיה ונולד לו בן עד שבעים לא הפסיד כלום כיון דשלשים דבנו מובלעים בתוך המאה יום שלו עולים לשל בנו ולשלו ומכאן למד הרב בעל המפה בסי' רל"ט דאם אסר עצמו בשבועה שלא לאכול בשר ך' ימים וחזר ואמר שבועה שלא אוכל בשר כ' וה' ימים אז אינו אסור אלא עשרים וה' ימים אבל אם לא הוסיף בנדר שני אז אסור בבשר ארבעים

יום ואפי' במוסיף על נדרו יש אומרים דאינם עולים לו ימים הראשונים רק אם נדר שני הנדרים ביום אחד אבל אם כבר התחיל למנות הימים הראשונים ואח"כ נדר כ' וה' ימים אין מנין הראשון עולה ואסור בבשר מ"ה יום וכתב בד"מ שלמד כן מדברי התוס' יע"ש. ולע"ד אינם נראים לי במ"ש דאם לא נדר ביום א' אלא אחד שהתחיל הנדר הא' עולה דברים אלו לא יש בהם שום רמז לא בתוס' ולא במרדכי דודאי אם אנו אומרים דבנדר השני לא כיון אלא להוסיף ה' ימים יותר על מנין הראשון א"כ מה לי אם נדר) ב' הנדרים ביום אחד או ביום אחר וכ"ת כיון שאין הנדר השני מובלע בראשון אין מנין הראשון עולה כמ"ש התוס' בנזיר זה אינו דאם כן כי נדר ביום אחד נמי אמאי עולה לו המנין הראשון כיון שאינן מובלעים וע"כ היינו טעמא דדוקא בנזירות בעינן שיהו מובלעים זה בזה משום דאם אינם מובלעים הא ודאי אינם עולים כיון דלא מצי לגלח ביום השלמת נדרו ודלא כמ"ש ה"ל שלטי הגבורים בפ"ג דשבועות:

סימן כ

תנן בפ"ב דנדרים המודר הנאה מחתנו ורוצה לתת לבתו מעות אומר הרי המעות הללו נתונים לך ע"מ שאין לבעליך רשות בהם ואוקמה רב למתניתין באומר לה מה שאת נותנת לתוך פיך דהיא גופה לא קניא אלא בשעה שנותנת לתוך פיה משום דס"ל כר"מ דאין קנין לאשה בלא בעלה ולפי זה גם בשהתנה אין הבעל יכול ליהנות דאין המתנה חלה אלא לכשנותנה לפיה ונמצא זה נהנה מחמיו ואפי' בלא נדר כל שנותן לבתו בתנאי זה אין הבעל יכול ליהנות מאלו המעות דהיא גופא אין בידו לשנות' לד"א דא"כ הוי גזל בידה ואע"ג דלא קי"ל כר"מ דאמר כל המעביר ע"ד בע"ה נקרא גזלן היינו כשלא התנה אבל כל שהתנה עם העני ע"מ שתקח בהם חלוק כל ששינה גזל הוא בידו וכ"ש הכא שלא קנאתם היא קודם שתתן היא לתוך פיה ועדיין ברשות אביה קיימי ולפי זה יצא לנו דאם מתה הבת אין הבעל יורשה וכ"כ הרב בעה"ת אבל לדברי הפוסקים כשמואל דיש קנין לאשה בלא בעלה כל שהתנה ע"מ שאין לבעליך רשות בהם קנאתם היא בלא רשות בעל דיש קנין לאשה בלא בעל' יכול הוא ליהנות ממנה אחר כך דמשל אשתו הוא נהנה וכמו כן אם מתה ירשנה דלדיד' קא ירית וזהו דעת הרמב"ן ורשב"ם ז"ל. ולפי זה יש לתמוה על הרא"ש ז"ל דהוא פסק כרב דאין קנין לאשה בלא בעלה ובפרק חזקת כתב דאם מתה ירשנה בעלה ועיין מ"ש בה' זכיה:

סימן כא

ועל האשה שאסרה תשמישה על כל העולם אי חל האיסור דמדברי הטור בסי' רל"ד נראה דחייל ומ"ש הב"י דקשה עליו דכיון שהיא משועבדת לו היכי חל האיסור על

בעלה יע"ש נראה דהטור בשיטת התוס' קאי שכתבו בפרק אע"פ דמדינא קונמות מפקיעין מידי שיעבוד אלא דאלמוה רבנן לשעבודו וכי אלמוה היינו דוקא בקונם פרטי אבל בקונם כללי כיון דלא שכיח לא אלמוה. אבל מדברי הר"מ ז"ל בפי"ב מהלכות נדרים נראה דמדינא לא חייל האיסור על בעלה שכן כתב האשה שאמרה לבעלה הנאת תשמישי אסורה עליך א"צ להפר הא למה זה דומה לאוסר פירות חברו על חברו בעל הפירות ואח"כ כתב אמרה יקדשו ידי לעושיהן או שנדרה שלא יהנה ממעשה ידיה אינו נאסר במעשה ידיה מפני שידיה משועבדין לו שאע"פ שאמרו ההקדש מפקיע מידי שיעבוד חכמים עשו חיזוק לשיעבוד הבעל מפני שהוא מדבריהם עכ"ל. משמע מדבריו אלו דקונמות מפקיעין מידי שיעבוד זולת במידי דדבריהם מפני שצריכים חיזוק. והא דכתב ברישא באסרה תשמישה על בעלה דאין צריך להפר ואע"פ דלא הוי מדבריהם ה"ט כמ"ש דדמי לאוסר פירות חברו וכו' דגופה קנוי לו לכך ולא דמי למעשה ידיה דאין ידיה קנויות לו' וכמ"ש התוס' בר"פ הזורק ונמצא לפי דעת הרמב"ם ז"ל דאסרה הנאת תשמיש על בעלה מדינא לא חייל האיסור וא"ש לפי זה מ"ש אין צריך להפר דאלו לדעת שאר המפרשים דס"ל דמדינא חייל אלא דאלמוה רבנן וכו' קשה עדיין דניפר לה שמא יגרשנה ואסורה לחזור לו:

סימן כב

כתבו התוס' בר"פ המדיר גבי מתני' דהמדיר את אשתו מליהנות לו דאינו אסור בתשמיש דליהנות לו לא משמע אלא הנאת ממונו שהיא נהנה והוא אינו נהנה אבל תשמיש ששניהם נהנים אין זה בכלל וכ"כ הרא"ש בחי' כ"י אבל הרשב"א והריטב"א חולקים יע"ש בחי' וצ"ע מ"ש מהמדיר את חברו מנכסיו דאסור למכור להם זבינא מציעא ואע"ג דהוי הנאת שניהם. ואיברא דבפרק אין בין המודר גבי מתני' דמרפאו רפואת נפש עומד אבל לא יושב פריך בגמרא היכי דמי אי בנכסי חולה אסורין על המבקר אפי' עומד ליתסר ומשני סתמא דמלתא מן חיותי' לא אדרי' וכתב הר"ן שם דלשמואל דקי"ל כותיה אפילו מיושב מותר מטעם זה ובפרק בתרא דנדרים גבי מתני' שאיני נהנה לבריות וכו' משמע כסברת התוס'. עוד ראיתי להר"ן ז"ל בפ"ב דנדרים גבי הנאת תשמישך עלי ה"ז אסור שכתב דנדר זה אינו אסור אלא מדרבנן דהא הנאת תשמיש הוי דבר שאין בו ממש יע"ש וצריך להבין דהר"ן ז"ל גופיה כתב בפ"ג דנדרים גבי מתני' דקונם שאיני נהנה לישראל לוקח בפחות וכו' דאפי' בנכסים שיקנו אח"כ אסור ואפי' בדשלב"ל ואע"ג דקי"ל דאין אדם אוסר דבר שלא בא לעולם על חבירו ה"מ באומר נכסי וכו' אבל באוסר הנאתו על

חברו כיון דאיסורא בהנאה דידיה תליא ואיהו הא איתיה בעולם אסור עכ"ד וא"כ הכא נמי באומר הנאת תשמישך עלי הרי הוא כאלו אמר הנאת גופך עלי:

סימן כג

בפרק אין בין המודר הנאה מחברו נכנס לבקרו עומד אבל לא יושב ומרפאו רפוא' נפש אבל לא רפוא' ממון ומוקי לה כשאסר הרופא נכסיו על החולה וכתב בש"ך א"כ למדנו שאוסר נכסיו שאמר הנאת ממוני עליך אסור ליהנות מגופו דכיון שנותנים שכר מאות' הנא' מיקרי נכסיו דהוי כאילו קבל השכר וחזר ונתנו לו עכ"ד. ולא ידעתי מה יענה למאי דמשני אבל לא רפוא' ממון דאיירי כשאין נותני' שכר והסם הוי של חולה ואפ"ה אסור ואע"ג דמוקי לה כשאסר נכסיו ועוד קשה דאי איירי כשאמר הנאת ממוני עליך אם כן מה שמרויח אח"כ הוי דבר שלא בא לעולם ואין אדם יכול לאסור לחבירו דבר שלא בא לעולם אם לא כשאומר הנאתי עליך כיון דאיסור הנאה בדידיה תליא ואיהו איתי' בעולם כמ"ש הש"ך בסי' רכ"ז ואין לומר דמתניתין איירי כשאסר החולה נכסיו של רופא דהא כתב הר"ן דאם אסר החולה נכסיו של רופא בכל גונא שרי ובירושלמי אמרו דמתני' במדירו מגופו. וראיתי להר"ן ז"ל שם בסוגיין גבי מתני' דמרפאו רפואת נפש שכת' דאפי' לשים הסם בידו שרי אבל משל מדיר אמר דאפי' אין לו למודר אסור כי ההיא דהמודר מחבירו ואין לו מה יאכל אסור עד שיניח ע"ג הסלע ומיהו היכא דחולה אסר על עצמו נכסיו של רופא אפשר דאפילו הסם של רופא שרי דמן חיותיה לא אדרי' עכ"ד וצריך להבין דע"כ לא אמרו דמן חיותיה לא אדריה אלא כשהדיר החולה נכסיו למבקר אז שייך לומר דלא אסר עליו אלא מידי שהוא הנאה למבקר לבד אבל במידי דאיכא הנאה לחולה ג"כ לא היה בדעתו שלא יהנה ממנו בדבר שחיותו תלויה בו כי החולה ג"כ נהנה ועיין מש"ל בסימן כ"א אבל כל שהחולה אסר עצמו מנכסי המבקר ודאי דכל הנאה במשמע ואפי' בדבר דאיכא חיי נפש הגע עצמך שאין לו מה יאכל יהיה מותר ליהנות ממנו דאדעתא דהכי לא אסר עצמו זה לא שמענו וראיה לדברי מההיא דאמרו בגמרא גבי מתני' דלעיל דף ט"ל דקאמר תלמודא במאי עסקינן אי בשנכסי מבקר אסורין על החולה אפילו יושב נמי ואמר שמואל בשנכסי מבקר אסורין על החולה ובמקום שנוטלים שכר על הישיבה ואין נוטלים שכר. על העמידה ואם איתא מאי דוחקיה לאוקמה הכי עד דמקשה ליה מאי פסקא לימא דאיירי כשהחולה אסר עצמו מנכסי המבקר ואיירי כשנוטלים שכר בין על הישיבה בין אעמידה וסתמא מחיותיה לא אדריה וישיבה אסור כיון דאפשר בעמידה ואף שיש לדחות זה מ"מ נראה מ"ש:

סימן כד

ראיתי לעמוד על מ"ש הר"ן בפ' ראוהו ב"ד גבי המודר הנאה משופר דמותר לתקוע לו תקיעה של מצוה משום דמצות לאו ליהנות נתנו שכתב הר"ז הלוי ז"ל אבל אסור בתקיעות של תעניות והוא ז"ל הקשה עליו דא"כ אפילו בתקיעות דרבנן יהא אסור אלא כיון דמצות לאו ליהנות נתנו אפילו במצות דרבנן אמרינן הכי עכ"ל ואיברא ודאי דהכי הוא דאפי' במצות דרבנן אמרינן הכי כדמוכח בפ' בכל מערבין אבל הכא אין אנו צריכים לכל זה דגבי תקיעה כי נמי אינה מצוה לא קא מטייא ליה שום הנאה כל שאינו מכוין לשיר והא דאיצטריך הכא רבא לומר מצות לאו ליהנות נתנו לאו למידק מינה דכל היכא דליכא מצוה אסור אלא היכא דאיכא מצוה הוא דהוה ס"ד למסרי כיון דמתהני מיניה שיוצא בו י"ח ומה"ט הוה ס"ד לומר דאם תקע בשופר של עולה לא יצא משום דמעל ואע"ג דבעלמא י"ל דקול ומרא' אין בו משום מעילה משום דלא חשיבא הנאה הכא כיון דיוצא בו י"ח אין לך הנאה גדולה מזו ולזה א"ל מצות לאו ליהנות נתנו. וגבי הנודר מן המעיין אסור לטבול בימות החמה ומותר לטבול בימות הגשמים טבילה של מצוה וכו' היה קשה כיון דבימות הגשמים ליכא הנאת הגוף אפי' כי אינה של מצוה נמי. אמנם לפי מ"ש אתי שפיר דה"ק דמותר אפילו בטבילה של מצוה דסד"א מצות ליהנות ניתנו והרי נהנה מן המצוה קמ"ל. ונסתפקתי במי ששאל שופר מחברו ונאנס או נגנב בידו מה דינו מי אמרינן כיון דלא חשיב הנאתו הנאת ממון לא מתחייב כשואל דבפ' השואל משמע השואל לא מתחייב אלא כי מטיה ליה הנאת ממון שהיא שויא פרוטה כפרש"י והרא"ש ולא דמי לשואל ספרי' דמתחייב באונסין כמו שהוכחתי בהלכות שאלה סי' ג' יע"ש דספרי' עשויים להשכיר כמ"ש בפרק המקבל משום דמפסדי בלמודייהו ולהכי כי השאילו לו מטיא ליה הנאה שמחל לו שכירותו אבל גבי שופר שאינו עשוי להשכיר כי השאילו לו לא מטיא ליה שום הנאת ממון איברא דלפי דעת הרמב"ם נראה דההיא דפ' השואל לא מיירי אלא לענין שאלה בבעלים:

סימן כה

ובאומר תקיעת שופר עלי אי אסור לתקוע בשופר של מצוה כמו האומר ישיבתי סוכה עלי נסתפקו התוס' בזה בפ' ראוהו ב"ד דף כ"ח ע"א וז"ל הצ"ל ולדברי רבא היה משמע דאם אמר תקיעת שופר עלי אסור לתקוע בשופר של מצוה כמו דאמר גבי סוכה אם לא נחלק משום דגבי סוכה בלאו מצוה יש הנאה בישיבה וכו' והנה דברי התוס' הנזכר יש להקשות עליהם כמבואר לכל מעיין ויותר מהמה הוקשה לי ע"ד דא"כ הוא כמ"ש דבסוכה בלאו מצוה יש הנאה בישיבה א"כ מאי קא מותיב רבא לאביי בפ' ב' דנדרים

וא"ל וכי מצות ליהנות ניתנו והא כיון דמטי ליה הנאה לגופיה בישיבה לא שרי מטעם זה דמצות לאו ליהנות ניתנו וכדאיתא בתוס' והביאם הר"ן ז"ל שם בנדרים דף ט"ו ע"ב גבי האומר קונם תשמישך עלי וז"ל וא"ת וכי אמר הנאת תשמישך אמאי מיתסר והא מצות לאו ליהנות נתנו י"ל דכי אמרינן הכי ה"מ לומר שאין קיום המצוה חשיב הנאה אבל מ"מ אי מתהני גופיה בהדי דמקיים המצוה הנאה מיקרייא ואסור ומ"ה אמרינן דהמודר הנאה מן המעיין טובל בימות הגשמים אבל לא בימות החמה ע"כ דבריו ובפ' אין בין המודר הנאה נמי שנינו המודר הנאה מחברו וחלה נכנס לבקרו עומד אבל לא יושב וקאמר שם בגמרא במאי עסקינן אי כשנכנסו חולה אסורין על המבקר אפי' עומד נמי לא שהרי נהנה בדריסת הרגל ומשום מצוה לית ליה לאתהנויי מאיסורא יע"ש. הן אמת דמסוגיא הנזכרת יש ראיה דבישיב' איכא הנאה אף דבלאו הכי היה יושב בביתו כאשר כתבו התוס' בפ' ראוהו ב"ד כנז"ל ומן התימה על הר"ן ז"ל שנראה מדבריו בשמעתין דפ"ב דנדרים דף ט"ז ע"ב דליכא שום הנאה בישיבת הסוכה וז"ל הצ"ל וא"ת ואפי' כי אמר ישיבת סוכה עלי למה אסור בישיבה של מצוה והא כיון דמצות לאו ליהנות ניתנו הרי אינו נהנה מן הסוכה כלל תי' בתוס' דמ"מ כיון דאסר ישיבתה עליו אע"פ שאין לו בה הנאה חל ולפ"ז אם אמר קונם זריקת צרור לים עליו אסור אע"פ שאין לו בזריק' הנאה עכ"ד ולייישב דברי התוס' הנזכר בתחלת דברינו נראה לע"ד דס"ל דמסתמא אין אדם אוסר על עצמו אלא מידי דמטי ליה הנאה עד שיפרש ויאסור אפי' מידי דלית ליה הנאה כלל כתפלין שאני מניח וכלולב שאני נוטל דלא שייכא בהו הנאה ולהכי כתבו דגבי שופר דשייך ביה הנאה וכגון שהוא מכוין לשיר כל היכא דאסר, סתם ואמר קונם שופר לפקיעתו עלי מסתמא לא משמע אלא היכא דמטי ליה הנאה וכגון שיתכוין לשיר אבל לא תקיעה של מצוה דלא מטי ליה שום הנאה שהרי אינו מכוין לשיר. וגבי סוכה דאמרינן דאפי' בסתמא דאסור לישב אפי' בישיבה של מצוה היינו טעמא משום דבלאו המצוה מטי ליה הנאה בישיבתה כי יושב נמי בישיבת של מצוה ואפי' הכי כי אמר הנאת סוכה עלי מותר לישב בישיבת של מצוה והיינו טעמא משום דכל האומר סוכה עלי סתמא כאלו פורש ואמר סוכה של מצוה וכמ"ש הר"ן והביאו הב"י בסי' רל"ד ולהכי חשיב זה כאלו אמר הנאת סוכה של מצוה דמשמע שרצה לאסור עצמו הנאת המצוה וזה אינו דמצות לאו ליהנות ניתנו מה שאין כן באומר קונם סוכה דאסור משום דלא הנאת המצוה קאמר אלא אהנאת הישיבה נתכוין:

העולה מהאמור לנ"ד נראה דאף דהתוס' שם בפ' ראוהו נסתפקו מ"מ מתי' התוס' שהביא הר"ן בסוגיין דנדרים דף ט"ז ע"ב נראה דס"ל דאפי' באומר תקיעת שופר עלי אסור ואף

דלית ליה שום הנאה דהוי כאומר זריקת צרור עלי דאסור לזורקו אפי' בלא שום הנאה וכן פסק הש"ע בא"ח סי' תקפ"ח וכן כתב הר"ן ז"ל בפרק ראוהו ב"ד וז"ל הצ"ל וכי אמרי' דשרי דוקא במודר הנא' משום דמצות לאו ליהנות ניתנו אבל באומר קונם שופר לתקיעתו עלי אסור לתקוע אפי' תקיעה של מצוה לפי שהנדרים חלים על דבר מצוה כדבר הרשות אבל האומר שבועה שלא אשמע קול שופר של מצוה לוקה ושומע קול שופר של מצוה שאין השבועה חלה לבטל המצות אלא בכולל כאומר שבועה שלא אשמע קול שופר עכ"ל. ונראה מדבריו דסתם שופר הוי של מצוה דאם לא כן נימא דלא כיון לתקיעה של מצוה ואפי' באומר קונם שופר לתקיעתו עלי להוי שרי לתקוע תקיעות של מצוה. אמנם ממה שכתב אח"כ אבל אם נשבע שלא לשמוע קול שופר של מצוה לוקה וכו' ומדנקט של מצוה נראה דסתמא אין שופר של מצוה לבד אלא בין של מצוה בין של רשות. ועוד צריך לדקדק דבתקיעות דר"ה יש בהם מדרבנן ומיקרי תקיעה של מצוה כמ"ש התקיעות בין אותן שהם מן התורה בין אותן שהם מדרבנן וא"כ מיגו דחיילא שבועה באותן דרבנן כמ"ש הטור בי"ד סי' רל"ט חיילא נמי אדאורייתא:

סימן כו

כתב הטור בסי' רל"ו נשבע לבטל את המצוה בד"א שפירש שלא אוכל מצה בליל פסח ושלא ישב בסוכת מצוה אבל אם נשבע בסתם שלא יאכל מצה ולא ישב בצל סוכה חלה שבועה וצריך לקיימו כלומר דחלה השבועה בכולל וק"ל הא כיון דנשבע בסתם נימא דלא אסר על עצמו אלא בדבר הרשות אבל לא לדבר מצוה וגדולה מזו אמרו בפרק קונם יין שאני שותה עד שיהא הפסח אינו אסור אלא עד ליל פסח דאמדינן דעתיה שלא נתכוון זה לבטל המצוה ואף על גב דבעלמא בנודר עד שיהא הפסח אסור עד שיצא ועוד קשה על דברי הטור דבסי' רל"ט כתב לפיכך אם מוציאו בלשון שבועה או בלשון נדר כגון שאמר ישיב' סוכה עלי בשבועה לעולם נשבע על גופו וזה א"א ואמאי לא חלה השבועה בכולל כיון דס"ל דבסתמא לא הוי של מצוה וי"ל והרמב"ם כתב בפ"ג מהלכות נדרים כיצד חלות הנדרים על דבר מצוה האומר, הרי המצה בליל הפסח אסור' עלי ישיבת סוכה בחג וכו' נראה דבסתמא אינו אסור במצה של מצוה דבסתמא לא נתכוון זה לבטל את המצוה וכן נראה מדבריו בפ"ה מהלכות שבועות ז"ל נשבע שלא יאכל מצה שנה או שנתיים שלא ישב בצל סוכה לעולם וכו' טעמא דאמר לעולם הא לאו הכי מותר בליל פסח שלא נתכוון זה לדבר מצוה וכ"נ בפ"א מהלכות שבועות אבל הר"ן חולק וס"ל דסוכה סתם אסור בחג דאין סוכה סתם אלא סוכה של מצוה אבל מצה כל לחם שהוא קרוי מצה סתם ולפיכך כי אמר מצה סתם חיילא בכולל וכ"ת והא תנן שבועה שלא

אוכל ואכל אוכלים שאינם ראויים לאכילה כגון נבילות פטור אלמא אין דעת הנשבע לעבור על המצוה תי' הר"ן דשאני הכא שאם נאמר לא נדר אלא של רשות נמצא שהוא אוכל מצה והוא אמר שלא יאכל כלל אלו דבריו. ועדיין קשה לי דנימא שלא נתכוון זה אלא עד הפסח כי ההיא דקונם שלא אשתה יין אע"ג דבעלמא משמע עד שיצא הפסח משום אומדנא מבטלינן המשמעות הכא נמי אע"ג דנודר בסתמא משמעותו לעולם מ"מ כיון דאיכא אומדנא דאין אדם מכוין לבטל המצות לא יהא אסור אלא עד הפסח והרז"ה כתב כסבר' הרמב"ם שכתבנו וכן הוא דעת הסמ"ג איברא דבפ"ב דנדרים משמע דסתם סוכה אינה אלא של מצוה:

סימן כז

כתב הב"י בסי' רכ"א דאיתא בירושלמי דאם נדר מן הככר מהו לחמם בו ידיו ולא איפשיטא ולחומרא וכן פסק בש"ע. ואינו נראה לי כן דבפרק בכל מערבין אמר רב הונא אמר רב שבועה שלא אוכל ככר זה מערבין לו בה ככר זו עלי אין מערבין לו בה מיתיבי הנודר מן הככר מערבין לו בה וכו' עד אלא מאי, כל היכא דאמר עלי מערבין לו בה קשיא רישא חסורי מחסרא והכי קתני הנודר מן הככר מערבין לו בה ואפי' אמר עלי נעשה כאומר שלא אטעימנה ופי' רש"י ז"ל דלא מסיק, אדעתיה לאסור אלא דרך הנאתה דהיינו אכילה וכן פסק הרמב"ם ז"ל פ"א מהלכות ערובין וז"ל וכן הנודר מאוכל זה מערב בו ומשתתף בו וכתב ה"ה דפסק דלא כרב הונא ועירובי תחומין ושתופי מבואות דין אחד להם עכ"ל. וצריך להבין דהתינח בערובי תחומין דכיון דאין מערבין אלא לדבר מצוה קי"ל דמצות לאו ליהנות ניתנו אבל שתופי מבואות דהוי לדבר הרשות הרי משתתפין באיסורי הנאה וצ"ל דטעמו משום דבסתמא לא אסר עצמו אלא באכילתו שכן הוא דרך הנאתו ובפרק אין בין המודר גבי ככרי עליך ונתנו לו במתנ' וכו' א"ל פשיטא דאע"ג דיהבי' לי' במתנ' אסור אלא ככרי עליך דא"ל לאפוקי מאי וכתב הרא"ש בשם ה"ר יונה פשיטא דאסור דאי שרי לי' אם נתנו במתנה היכי משכחת לה דאסרו עליו דסתם ככר אין בו כי אם הנאת אכילה ובפרק הנודר מן הירק גבי מתני' דקונם פירות האלו עלי דאסור בחליפיהן כתב הרא"ש שם דמדרבנן אסרו דמי כל איסורי הנא' ואפי' לא אמר אלו דכיון דאמר. קונם ולא הזכיר אכיל' אסר עצמו בחליפין וכו' נראה מדבריו דהאוסר עצמו בפירות סתמא אסור בהנא'. אמנם מדברי הר"ן שם נראה דכל שלא אמר אלו לא עשאם עליו הקדש שלא נתכוון אלא מאכילת אותו המין:

סימן כח

כתב הר"ן בתשובה דבאיסורא דרבנן לא חיילא עליה שבועה וצ"ע דבסי' ל"ב כתב שכל מה שהוא מדרש חכמים שאינו מפורש בתורה שבועה חלה עליה. וכן כתב בפ"ב דשבועות שהנשבע לחבול בעצמו כיון דלא אתי אלא מדרשא חיילא עליו ומהרימ"ט בח"ב סי' מ' כתב שדבריו סותרים זה את זה יע"ש ואני אומר דאין כאן סתירה וחילוק גדול יש ביניהם והוא סברת הרמב"ם ז"ל בפ"ג מהלכות נדרים ז"ל הנודר שיצום בשבת וכן הנודר ופגע בו עי"ה או ר"ח חייב לצום פגע בו חנוכה ופורים ידחה נדרו מפני הימים אלו הואיל ואיסור הצום בהם מדברי סופרים הרי הם צריכים חיזוק וכתב הבכ"מ דאע"ג דעי"ה ור"ח אינם אסורים אלא מדרבנן כיון שיש להם קצת סמך בתורה לא אתו לזלזולי ואינם צריכים חיזוק מה שאין כן בחנוכה ופורים כיון שאין להם אסמכתא בתורה צריכים חיזוק וכ"ש בשבועות שאינם חלים על דבר מצוה דאמרינן בהו שאינם חלים על חנוכה ופורים וזו היא דעת הר"ן ג"כ. וכתב הבכ"מ עוד אבל בערב י"ה ור"ח איכא לספוקי בהו דאי ס"ל דהוו דאורייתא אין שבועה חלה עליו ואי ס"ל דהוי דרבנן שבועה חלה יע"ש ולפי מ"ש הר"ן ז"ל דכל דבר שאינו מפורש בתורה אע"פ שאיסורו מן התורה שבועה חלה עליהם וייחס סברא זו להרמב"ם וכן הכריע מהרש"ח בסי' מ"ג יע"ש אין מקום לספק זה. וכתב עוד הבכ"מ ואע"ג דאסיקנא בפ' האשה רבה דדוקא במידי דשב ואל תעשה מצי לעקור מידי דאורייתא אבל לא בקום עשה הא אמרו התם דבמגדר מלתא מצו עקרי והכא הוי מגדר מלתא עכ"ד ועיין בנ"י פ' האשה רבה:

סימן כט

כתב הטור בסי' רל"ב אמר יאסרו כל פירות שבעולם עליו אם אעשה דבר פלוני אינו נדר אבל הסמ"ג והמרדכי כתבו דכה"ג איפשר שיחול הנדר כיון שיכול להיות שלא יעבור התנאי ע"כ. וצריך להבין לסברא זו ההיא דפ"ב דנדרים דקונם עיני בשינה היום אם אישן למחר דפריך עלה ואי דלא יהיב שיעורא מי שבקינן ליה והאמר ר"י שבועה שלא אישן שלשה ימים מכין אותו וישן לאלתר וכו' ואמאי לא אוקמה באומר קונם עיני בשינה לעולם אם אישן היום דכה"ג ישנו בבל יחל. ומדברי התוס' בפ"ג דשבועות דף כ"ט ע"א נראה דלא פליגי התו' על ר"ת אלא אי לוקה על נדר שוא כמו על השבועה אבל לענין שיחול הנדר כדי לאוסרו בכל פירות שבעולם זה לא שמענו דודאי אם עבר על תנאו מותר הוא בכל פירות בלא התרה אבל הא מילתא מספקא לי מי אמרינן משעה שנדר הוי נדר שוא ויכול לעבור על תנאו או נימא דאסור לעבור על תנאו כדי דלא ליהוי נדר שוא וגבי ד' נדרים שהם מותרין אעפ"י כן אסור לנדור בהם כדי לבטלן משום לא

יחל לא יעשה דבריו חולין וכמ"ש הרמב"ם ז"ל א"כ הכא נמי אם נשבע זה שלא ישן לעולם אם ישן היום בידו הוא שלא לישן היום ולא ליהוי נדרי שוא והא דלא אוקמה תלמודא מתני' בכה"ג משום דהרי זה בבל יחל דקתני משמע דלכשישן הרי זה בבל יחל כלומר שחילל נדרו ואין כאן חלות בנדר:

סימן ל

מי שנשבע שלא להשתתף עם ראובן ושמעון ה"ז אסור בין עם ב' בין עם א' מהם דקי"ל כר"י דאמר שני' באחד ומשמע כל אחד בפני עצמו. וכן נראה מההיא דשבועה שלא אוכל תאנים וחזר ואמר שלא אוכל תאנים וענבים מיגו דחייל אענבים חייל אתאנים אלמא דבלשון בני אדם כל שאומר שלא אוכל תאנים וענבים כל אחד במשמע. ולפ"ז אם אמר שבועה שאוכל תאנים וענבים כל היכא דאיתנהו שניהם חייב לאכול שניהם ואי ליתיה גביה אלא אחד מהם חייב לאוכלו דמשמע כל אחד מהם ומשמע נמי שניהם כאחת:

סימן לא

גרסינין בפ' השותפין קונם לבית זה שאתה נכנס מכרו לאחר מהו ומייתי מ"ש האומר לבנו קונם שאתה נהנה לי בחיי' ובמותי אם מת לא יירשנו וכתב הר"ן ואע"ג דלעיל דחינן שאני התם דאמר בחיי ובמותי כלומר דאע"ג דזה לגבי נודר עצמו לעולם משמע לגבי מדיר לא משמע הכי הכא לא ניחא לן בההיא ואמסקנא דלעיל סמכי עכ"ל ובפ' אין בין המודר דף מ"ב ע"ב כתב הר"ן ז"ל דבמסקנא בנכסי אלו אסור שהולכים אחר לשון אחרון יע"ש. ולפי זה הא דאיבעיא לן דף ל"ד ככרי עליך ונתנה לו במתנה מהו ככרי א"ל כי איתיה ברשותיה א"ל או דילמא עליך א"ל שויתום כהקדש וכתב הר"ן ז"ל פשיטא ליה דאם נתן מדיר ככר זה לאדם אחר מותר המודר בו כדאמרינן בפ' השותפין ביתך שאני נכנס מכרו לאחר מותר אלמא כל היכא דאפסקיה אחר שרי עכ"ל ע"כ צריך לומר דאיירי בדלא אמר ליה זה דאי א"ל ככרי זה אפי' נתנו לאחר אסור וכן כתב הרא"ש ז"ל שם דאיירי בדלא אמר זה דאי א"ל זה אפי' נתנו לאחר אסור. איברא דבפ' השותפין דף מ"ז גבי ההיא דבעי אבימי קונם לבית זה שאתה נכנס ופשיט לאיסורא כתב הרא"ש ז"ל ומיירי דא"ל בחיי ובמותי יע"ש ונמצאו דברי הרא"ש סותרות אלו את אלו והרמב"ם בפ"ה כתב דככרי זה עליך כל שנתנו לאחר הרי זה מותר יע"ש וכ"כ הטור בסי' רי"ו יע"ש אלא שהר"מ ז"ל מחלק בין ככר זו לככר זו והטור אינו מחלק. וגבי אומר קונם לביתך שאני נכנס וכו' כתב הרשב"א דדוקא אם מכרו לאחר מותר אבל אם מכרו לו אסור כמבואר מדבריו שהביא הר"ן בר"פ השותפין דף מ"ו ע"ב שכתב וז"ל הצ"ל ואפי' לקחה השותף ממנו אסור כדאמרינן לעיל גבי ככרי עליך דאע"ג דיהבה ניהליה במתנ'

אסור ומכירה הרי היא כמתנ' וכדתנן קונם ביתך שאני נכנס מת או מכרו לאחר מותר הא מכרו לו אסור עכ"ד וכן כתב הר"ן בדף ע"ז ע"א ולע"ד לא ראיתי ראי' ברורה לזה דלא דמי לככרי עליך דהתם שאני דכיון דאמר עליך לעולם משמע אבל באומר ביתך לבד לא משמע אלא כ"ז שהוא ביתו גם מה שהביא מההיא דמכרו לאחר מותר דמשמע הא מכרו לו אסור ליתא דאיכא למימר דמשום סיפא נקטיה דקאמר שדך זו שאני לוקח דאפילו מכרו לאחר אסור וכ"כ הר"ן בפ' אין בין המודר דף ל"ד ע"ב והא דתנן המודר הנאה מחבירו ואין לו מה יאכל נותן לאחר וכו' הא לו אסור התם שאני דהדירו מהנאתו וכ"כ הר"ן שם. (א"ה ע"כ מצאתי ולע"ד אין ראיה ממתני' דקונם ביתך שאיני נכנס כו' משום דמתני' נקט קונם ביתך שאיני נכנס שדך שאני לוקח וכו' ובשדך שאני לוקח דפירש אם אקחנו ודאי דאם מכרו לו אסור משום הכי נקט דאם מכרו לאחר מותו. ולפי זה אין אנו צריכים למה שכתב הר"ן ז"ל בפרק אין בין המודר דתני רישא משום סיפא. אמנם מה שכתב אדוני אבי הרב ז"ל דמככרי עליך אין ראי' וכו' לא ידעתי לחלק בין ככרי עליך לביתך שאיני נכנס ותדע שכן הוא ממ"ש הר"ן בפרק אין בין המודר ז"ל ובודאי פשיטא לי' לר' חייא דהיכא שנתן מדיר ככר זה לאדם אחר מותר המודר בו כדתנן וכו' יע"ש וראיתי להרשב"א בחי' בפ' השותפין שפי' שראייתו הוא מדערבינהו ותנינהו לביתך שאיני נכנס יע"ש:

סימן לב

כתב הטור בי"ד סי' רי"ו וז"ל אמר קונם בשר ויין שאני טועם אסור בתבשיל שיש בו טעם בשר ויין ובמשקין היוצא מהן ע"כ ובגמרא אמרו טעמא דכיון דאמר זה שוייה עליה חתיכה דאיסורא ובשאני טועם מספקא להו אי אסור במשקין היוצא מהן ואי אסור ה"נ נתינת טעם אסור דמדמי להו אהדדי כ"כ הרא"ש ז"ל וכתב הר"ן ז"ל וכ"ת תינח. בשאני טועם כיון דלא צריך וקאמר אפושי איסורא הוא אבל שאיני אוכל ליכא שום הוכחה למיסר דלא סגי בלאו הכי איכא למימר דכיון דהוה מצי לומר קונם פירות באכילה וקאמר שאיני אוכל אף יוצא מהן משמע. ולפי זה בשבועה דלא מצי לומר באכילה עלי דהוי לשון נדר לא מיתסר ביוצא מהם אבל דעת הרמב"ם דלא שנא נדר לא שנא שבועה דלאו משום יתורא דלישנא הוא אלא דהלשון בעצמו שאיני אוכל מוכיח כן שאוסר כל אכילה הבאה מהן וק"ל דהא כתב הרמב"ם ז"ל מי שנאסר, עליו מין ממיני מאכל בין בנדר בין בשבועה ונתערב עם מינים אחרים ה"ז מותר אע"פ שיש בהן טעם המין האיסור ע"כ והא ע"כ כשנאסר בשבועה צ"ל שאמר בשבועה שאיני אוכל מין זה כמ"ש הר"ן דאי לאו הכי לא הוי לשון שבועה וא"כ כיון שאמר שאיני אוכל הא מספקא לן בגמרא אי

אסור במשקין היוצא מהן ואי אסור ה"נ אסור בנתינת טעם (ומדברי הטור נראה דע"כ לא מספקא לן שיהא אסור אלא בשאיני טועם דוקא דלשון זה משמע כל טעימה הבאה מהן וכ"נ מדכתב בסי' רי"ז דבאומר קונם כבוש עלי אינו אסור אלא בכבוש של ירק משום דסתם כבוש הוי של ירק אפי' הכי כי אמר כבוש שאיני טועם אסור בכל מיני כבושים). ולכן נ"ל דהרמב"ם לית לי' כסברת התוס' והרא"ש שכתבו דבשאני טועם דמספקא לן אי אסור היוצא מהן הכי נמי נתינת טעם אסור והא דמדמי להו בגמרא ומייתי ת"ש מעשה ואסר ר' טרפון עלי בצים שנתבשלו אמרו לו אימתי בזמן שאמר זה דמשמע דאין חילוק בין נתינת טעם למשקין היוצא מהן לאו משום דשוין הן אלא במכ"ש קא מייתי דהוה ס"ד דבאלו קא מיבעיא ליה משום הכי מייתי ליה שפיר דהא באלו אפילו נתינת טעם אסור וטעמא הוי דכיון דאמר אלו שוייה אנפשיה חתיכה דאיסורא כ"ש דהמשקה היוצא מהן אסור ולא נתערב דאסור אבל לפי מאי דמסיק דבאלו לא קא מיבעי' לי' כי קא מבעיא ליה בשאיני טועם דכיון דנחית כ"כ לדיוק' משמע דעתיה אכל מאי דנפיק מיניה או דהלשון בעצמו מוכיח הכי איכא למימר דהיינו דוקא כי איתיה בעיניה אבל שנתערב עם דבר אחר אסור וע"כ לא אמרו נתערב אלא לאלו משום דשוייה חתיכה דאיסורא ואי ק"ל מההיא דכתב הרמב"ם בשאני טועם דאם היה דבר שאין זרעו כלה אפילו גידולי גידולין אסורין וכתב הר"ן דכיון דאין זרעו כלה הרי בגידולין הללו מעורב מהאיסור ומשום הכי אסור איכא למימר דטעמא הוי כמו שכתב הרא"ש דכיון. דאין זרעו כלה הוי כמו גוף האיסור ולדברי כולם קשה אמאי לא פשיט מהכא דקתני בדבר שאין זרעו כלה ה"ז כגידולין דהוי נותן טעם. וכתב הב"ח יש להקשות אמאי לא תניא כשאמר תמרים אלו או שאני טועם דאסור היוצא מהן והבש"ך כתב אטו תנא כי רוכלא ליחשב וליזיל אבל לקושטא דמלתא דינא הכי ע"כ והיה נראה לי לומר דע"כ לא אמרו הכי דבדעתיה אכל מאי דנפיק מיניה אלא בדברים שניתנו למשקה כגון זתים וענבים אבל שאר דברים כיון שלא ניתנו למשקה לאו דעתיה דאיניש עליה אלא דטעם זה לא סגי אלא באומר שאני טועם דמשום משמעות הלשון אתינ' עליה אבל שאומר אלו דשוייה אנפשיה חתיכה דאיסורא יהי' אסור בכל גוונא. איברא דיש טעם אחר דכיון דלא ליתן למשקה זיעה בעלמא הוא וכ"כ רש"י בפרק כיצד מברכין דף ט"ל ובפרק כל שעה גבי דכל איסורין שבתורה אין לוקין עליהן אלא דרך הנאתן א"ר זעירא אף אנן נמי תנינא אין סופגין את הארבעים אלא על היוצא מן הזתים ומן הענבים ואלו מתאנים ורמונים לא מ"ט לאו משום דלא קאכיל לה דרך הנאתן ומדחי לא ה"ט משום דזיעה בעלמא הוא ומטעם זה אפילו באלו לא מיתסר בדבש תמרים דזיעה בעלמא הוי איברא דדברי

הרמב"ם עומדים לנגדנו שכתב אם היה דבר שזרעו כלה כגון בצלים ושומין אפילו גידולי גידולין אסורין ובין כך וב"כ המשקין היוצא מהן ספק ע"כ. ולכאורה נראה דקאי אמאי דסליק אשומין ובצלים דקאמר ואיכא למימר דה"ק ובין כך ובין כך כלומר בין שהוא דבר שזרעו כלה בין שאין כלה המשקין אסורים ואיירי היכא שהוא דבר שנותן למשקה ועיין בתוס' בפרק העור והרוטב דף קכ"א וגבי האומר קונם בשר ויין עלי שמותר בתבשיל שיש בו טעם בשר או יין כתב הש"ך נראה דהיינו מסתמא אבל אם היה טעם בשר או יין קשה לו כה"ג אזלינן בתר כונתו ואסור בטעמן ולא דק דכיון דהאומר בשר עלי בשר ממש קאמר לא אזלינן בתר כונתו וגבי קונם לביתך שאיני נכנס טיפה צונן שאני טועם מותר ליכנס לביתו שלא נתכוון אלא לאכילה מרובה וכתב ברא"ש דמותר גם באכילה ושתיה כיון שלא הוציאו בפיו ובנודר מן הסתוניף אע"ג דאין דרכו לאכול ודרך היוצא א לאכול קי"ל כת"ק דאינו אסור אלא בהן אבל לא ביוצא מהן:

סימן לג

כתב הטור סי' רי"ז הנודר מן היין אסור בקונדיטון פי' יין מבושל במיני בשמים והב"י הקשה ע"ז דבירושלמי אמרו מ"ט דר"י שם אביו קרוי עליו על דעתיה דר"י הנודר מהיין מותר בקונדיטון ותירץ הב"י דלפי מ"ש הרא"ש ז"ל הירושלמי הזה האי דתנן הנודר מהגריסין אסור במקפה ור"י מתיר וכתב עליו אלמא דלרבנן אסור בקונדיטון א"כ לרבנן שם אביו קרוי עליו או אינו קרוי אינו מעלה ומוריד אלו דבריו ז"ל. ותמוהים הם דגבי הנודר מהחלב דאסור בקומא דחלבא באתרא דלקומא נמי קרו ליה קומא דחלבא ואפילו לרבנן וקאמר בירושלמי דטעמא דר"ל משום דשם אביו קרוי עליו ע"ד דר"י הנודר מהיין אסור ביין מבושל וכתב הרא"ש ז"ל ע"ז דשמעינן מינה דאפילו לרבנן הנודר מהיין אסור ביין מבושל חמרא מבושל לא קרו ליה ואע"ג דתנן ר"י בן בתירא אומר כל ששם. תולדתו קרוי עליו אסור ופליגי רבנן עליה התם שם בנו הכא שם אביו ע"כ. הרי בפירוש דאפילו לרבנן אינו אסור ביין מבושל אלא מטעמא דשם אביו קרוי עליה ובין לרבנן בין לר"י מחד טעמא אסור ולא פליגי וע"כ צריכים אנו לומר דאותה גירסא דגרי' ע"ד דר"י הנודר מהיין מותר בקונדיטון הוא ט"ס אלא דנשאר לנו לבאר מאי טעמא דר"י בנודר מן הגריסין דמותר במקפה והלא שם אביו קרוי עליו כמ"ש הר"ן והרא"ש ז"ל בפירושיו. איברא דכי מעיינן שפיר בפירוש מהו שם אביו קרו' נראה דמקפה של גריסין אינו קרוי עליו שם אביו דהרב ב"י פירש דתמרים כשהם נעשים דבש לא נשאר מן התמרים דבר מה שאין כן בחלב שאע"פ שיוצא הקום מהחלב עדיין החלב שהוא אביו עודנו עומד ע"כ ולפי פירושו קשה דיין מבושל הוי כתמרים ואפילו הכי אמרו עליו שם אביו קרוי עליו וכ"ת

שאני יין מבושל דהוא גוף היין א"כ קונדיטון ומקפה גם כן הוא גוף האיסור. ולי נראה דה"פ דדבש תמרים השם העיקר הוא הדבש ומה שמכנה תמרים הוא כדי לפרש דבש של מי אם הוא של תמרים או של דבורים וכן בחומץ וכן במקפה של גריסין מה שאין כן ביין מבושל דהשם העיקר הוא היין ולפי פי' זה כהאומרים מקפה של גריסין אין שם אביו קרוי עליו דהשם העיקר הוא המקפה ומה שאומרים של גריסין אינו אלא כדי לפרש מקפה של מי ומש"ה מתיר ר"י במקפה ורבנן סברי דלמקפה נמי גריסין קרו ליה ולא מקפה של גריסין ור"י סובר דמקפה של גריסין קרו ליה כן דקדקתי מדברי הרא"ש בפירו' ודו"ק:

סימן לד

כתב הטור בסימן ר"כ דאם אמר שנה אחת או שנה סתם אסור בה ובעיבורה וכ"כ הר"מ יע"ש וצ"ע דבגמרא דף ס' איבעי' להו אמר קונם יום מהו דיניה כהיום או כיום אחד ומייתי ת"ש קונם יין שאני טועם השנה אסור בה ובעיבורה אילימא כדקתני למה לי למימר אלא לאו דאמר שנה אלמא שנה כהשנה כלומר דאי כשנה אחת דמי לא מיתסר בעיבור' וכ"פ הר"ן שם איברא דהר"ן ז"ל כתב גבי מתני' ז"ל ואני חוכך להחמיר אפילו באומר שנה א' אסור בה ובעיבורה דמסתמא שנה זו משמע ואי פשע קרוב אני לומר דאין לו תשלומין יע"ש ומלבד דדבריו תמוהים כמ"ש עוד קשה דבירושלמי והביאו הרי בתעניות גבי מתני' נדר להתענות יום אחד ושכח ואכל יש לו תשלומין ע"כ יע"ש. עוד נסתפקתי באומר לעשות דבר אחד שלשים יום אי ל' יום גמורים בעינן דבפ' קונם יין תנן אמר שנה אחת או חדש אחת ה"ז אסור מעת לעת וכ"פ הרמב"ם והסמ"ג דבעינן משעה שנדר תשלום ל' יום גמורים ולפ"ז נר' דכשאמר ל' יום ל' יום גמורים בעינן איברא דבפ"ק דנזיר גבי מחלוקת בר פדא ורב מתנא דלרב מתנא סתם נזירות הוי ל' יום והא דאם גילח יום ל' יצא משום דס"ל מקצת היום ככולו ופריך עלה ממתני' דאם גילח ביום ל' לא יצא ומשני באומר ל' שלמין כלומר באומר ל' יום לישנא יתירא הוי דאפי' סתם הוי שלשים יום. וכי אמר שלשים הוי כאילו אמר שלשים שלמים כ"כ התו' שם וכ"פ הרמב"ם בה' נזיר יע"ש אלמא משמע משום דשלשים יום הוי לישנא יתירא בנזירות הוא דאמרינן נעשה כאומר שלמים הא בעלמא כגון מי שנדר שלא לאכול בשר שלשים יום לא בעינן שלשים יום שלמים:

והיה נראה לי לחלק ולומר בין אומר יום אחד או חדש אחד דמדלא קאמר היום או חדש יום שלם וחדש שלם קאמר מה שאין כן באומר שלשים יום כיון דאי איפשר בלאו הכי לא אמרינן דשלמים קאמר. איברא דבטור א"ה סי' ק"ג כתב דאם התנה ע"מ שתתני לי

מכאן עד שלשים יום אפילו לא נתנה לו אלא בסופה מגורשת דעד שלשים יום שלמים קאמר ועוד כתב דאי א"ל בתחלה יום ראשון לחדש ונתנה לו בסוף ליל' ראשון לחדש שני ה"ז ספק אי בעינן ל' יום מעת לעת עכ"ד. ואגב אורחין נ"ל ללמוד מכאן דהא דאמרינן בנדרים עד ולא עד בכלל קאמר היינו דוקא באומר עד יום פלו' אבל אם אמר עד יום כ"ט לחדש אסור ג"כ ביום כ"ט ועיין בתשוב' מהריב"ל ח"ג סי' צ"ו ועיין בפ"ק דמגילה ועיין בתשוב' הרשב"א סי' תר"ץ. והנלע"ד ליישב דבין נדרים שאוסר עצמו לאכול שלשים יום ובין נזירות שמקבל עליו להיות קדוש ולהכי כיון שנהג מקצת יום שלשים בנזירות סגי משא"כ באומר שלא אלך לביתו של פלוני שלשים יום דכי הלך ביום שלשים ואפי' אחר חצות הא עבר על נדרו:

כתבו התוס' פ"ק דר"ה דף י' דהא דבעי בפ' יוצא דופן בן י"ג שנה ויום אחד הוי כדי להשלים מעת לעת אבל בפ' יוצא דופן דף מ"ה נראה דספוקי מספקא להו וכ"כ הש"ך בה' עדות. אבל ק"ל אדבריהם דשם בפ' יוצא דופן פריך אמתני' ולתני הני תרתי בת שתים עשרה שנה ויום אחד נדריה קיימין ובודקין כל שתים עשרה שנה בת אחת עשרה שנה ויום אחד נדריה נבדקין ל"ל ע"כ ואם איתא דבעי' יום אחד כדי להשלים מעת לעת א"כ איצטריך ודאי למיתני בת אחת עשרה שנה ויום אחד אלא מוכח מהכא דכל שיש לה שתים עשרה והתחיל שעה אחת מהי"ג סגי וכ"נ מהתוס' בפ' בא סימן דף מ"ט ע"א ד"ה ואיבעית אימא יע"ש ועיין שם בדף מ"ד ובפ' השג יד. וגבי חדש סתם הוי שלשים יום וכן מוכח מההיא דאמרי' בפ' יש בכור גבי מת ביום ל'. איברא דהש"ך כתב שם דסתם חדש הוי כ"ט יום וי"ב שעות ולפי דבריו יצטרך לומר דגבי אבילות ג"כ כל שחי כ"ט יום וי"ב שעות בר קיימא הוא ומתאבלין עליו ואין נראה כן מסתימת הפוסקים והתוס' ג"כ כתבו בפ' המדיר דסתם חדש הוי ל' יום ומ"ש רש"י בפ"ק דמגילה ימים אתה מונה לחדשים ואין אתה מונה שעות כבר פירשו ז"ל דמיירי באומר חדש זה:

סימן לה

כתב הרמב"ם בה' נדרים דהמדיר את חברו והאכילו לוקה משום לא יחל דברו והקשה הר"ן עליו בפ' אין בין המודר דף ל"ה מההיא דככרי עליך ונתנה לו במתנה מי מעל למעול נותן הא לא אסורא עליה אלמא אין האוסר עובר כלל ואינה קושי' כלל דנהי דאסור לנותן להאכילו מ"מ לא מצינו מעילה בדבר המותר לו לאדם וזהו מאי דקאמר הא לא אסירא ליה כלומר לאוכלו ומדברי הרא"ש דף ל"ד ע"ב נראה דס"ל כהרמב"ם ז"ל לענין זה חל האיסור שאסור להזמינו עליו שמיד כשהזמינו הוא נהנה במה שהוא מכבדו אע"פ שעדין לא אכיל ובר"פ המדיר פריך יפרנס לאו שליחותיה קא עביד עיין ברש"י:

סימן לו

כתב הרמב"ם בפ"א מהלכות נדרים ז"ל האומר לחברו מרוחק אני ממך שלא ישב עמו בד' אמות וכן אם אמר לו מנודה אני לך או משמתינא ממך אבל אמר מנודה אני לך שלא אוכל לך אינו אוכל לו ואם אכל אינו לוקה ע"כ. ונ"ל טעמא לרבינו משום דרב חסדא סבר דבשמתינא פליגי משמע דבמנודה אני לך לא פליגי רבנן עליה דר"ע והיכא דקאמר מנודה אני לך שאסור לישב בד' אמותיו ה"ט דכיון שעשה עצמו כמנודה ומנודה אסור לישב בד' אמותיו וכ"נ מהירושלמי דקאמר ר"ע היה חוכך להחמיר ליאסר את כל נכסיו כמה דתימא יחרם את כל רכושו מה עבדין ליה רבנן חומר הוא בנדוי ב"ד כלו' דר"ע סובר דבלישנא תליא מילתא וכל שאמר מנודה אסר כל נכסיו ואמרו ליה רבנן התם משום חומר ב"ד ומה שהקשה הר"ן דא"כ היכי אמרו בגמ' דמשמתינא כ"ע לא פליגי דשרי באכילה אבל אסור ודאי לישב בד' אמותיו כדין מנודה ומפי' רש"י ז"ל בשמעתין מוכח כהרמב"ם:

סימן לז

כתב הטור סי' רל"ד נדרה אשתו וסבור שנדרה בתו לא הוי הפרה אמרו לו נדרה אשה סתם והפר הוי הפרה אע"פ שלא כיון לזאת בפרט וטעמו מדמשני . בגמרא כאן בסתם כאן במפרש ואע"ג דרב אשי משני כאן תוך כדי דבור לאו לאיפלוגי אאידך שינוייא אתא כ"כ הב"י. וקשה לי דבהלכות קריעה סי' ש"ס כתב הב"י דס"ל לטור כסברת הרמב"ם דרב אשי לאיפלוגי אתא ולמימ' דלא שנא בין התם למפרש אלא בין תוך כדי דבור לאחר כדי דבור תלוי הדבר ואיברא דלא על הב"י תלונתי לבד אלא גם על הטור נראה דבריו סתרי זו לזו והרמב"ם כתב סתמא דאינו מופר עד שידע איזה מהם ואיזו נדר נדרה ונראה מדבריו דאפי' סתמא לא מהני. הן אמת דצריך להבין דהוא ז"ל פסק דבעל מיפר בלא שמיעה שכך כתב והבעל עד שלא תכנס לרשותו אומר כל הנדרים שנדרת משאירסתיך הרי הן מופרין אלמא דבסתמא מהני ועוד קשה לסברת הרמב"ם דבגמרא אמרו דטעמא דאותה דוקא ואילו בפרק נער' איבעי' לן בעל מפר לב' נשיו כאחת אות' דוקא וכו' ופסק הרמב"ם דאותה לאו דוקא ונראה דמכאן יצא לו דאותה לאו שלא יפר לב' נשיו כאחת אלא שיהא מכוין לה ואפילו לב' נשיו כאחת ומדברי הרי"ף ז"ל בפרק ואלו מגלחין נראה כסברת הרמב"ם שכן כתב א"ל מת אביו ואח"כ נמצא שהוא בנו יצא ידי קריעה ותניא א"ל מת אביו ואח"כ נמצא בנו לא יצא ידי קריעה א"ל מת לו מת וכסבור אביו היה ואח"כ נמצא בנו לא יצא ידי קריעה כן הוא בגירסאות וכן מוכרח מדכתב ופריק רב אשי

וכו' דמשמע דלשנויי הברייתות אתיא ואלו לפירוש הר"ן רב אשי לאו לשנויי הברייתות קא אתיא:

סימן לח

כתב הרמב"ם בפרק אחרון דהלכות נדרים אמר לה קיים ליכי ומופר ליכי בבת אחת הרי זה קיים לעולם ע"כ וצריך להבין דבגמרא אמרו דכל שאינו בזה אחר זה אפילו בבת אחת אינו וא"כ הוה ליה למיפסק דאינו קיים ואינו מופר והבכ"מ תירץ דכיון דלא חיילי לה הקמה ולא הפר' ממילא הוי קיים דשתיקה הוי ע"כ. ול"נ לי דכיון דשתיקה הוי אמאי לא יפר כל אותו היום דאין לומר כאן הא דשתק הוא כדי לקיים. והנראה לי כס' רבינו דס"ל דישנו בזה אחר זה דהא מצי לומר קיים ליכי שעה אחת ומופר ליכי לאחר שעה וכה"ג מהני כמ"ש רבינו בסמוך אמר לה קיים ליכי שעה אחת עד ואין אומרים שזה כמי שאמר לה הרי מופר ליכי לאחר שעה משמע דאי אמר לה ומופר ליכי לאחר שעה מהני וסבירא ליה לרבינו דכי אמרו בגמרא אמר מופר ליכי לאחר שעה מהו מי אמרינן כיון דקיימו קיימו היינו כשאמר כן לאחר שעברה השעה דאי באומר בדיבור אחד כן לא מצי לומר כיון דקיימו קיימו דהא לעיל קאמר גבי קיים ליכי היום ומופר ליכי למחר דלא מהני מטעם דלמחר לאו זמן הפרה וממילא משמע דאי אמר לה קיים ליכי שעה אחת ומופר ליכי לאחר שעה דמהני דהא כל אותו היום הוי זמן הפרה אמנם עדיין יש לדחות דהא דקאמר לעיל או דילמא הא לאו אמר לה לאו למימרא דאי אמר קיים ליכי היום ומופר למחר דמהני דהא כיון דאמר קיים ליכי היום כבר קיים באותו רגע והיכי מצי אחר כך להפר במה שאומר ומופר ליכי למחר אלא הכי פירושו מי אמרינן כמאן דאמר לה מופר ליכי למחר ואי הוה הכי הוה מהני דבאותו דיבור שמקיים באותו דיבור ישנו הפרה או דילמא הא לא אמר לה כלומר לא אמרינן דהוי כאלו אמר לה ומופר לך למחר והשתא א"ש דלא קאמר תלמודא אמר לה מהו ואתי שפיר ג"כ מ"ש הר"ן ודוק. ולפי זה גם דברי הרמב"ם הכי מתפרשן דהא דכתב ואין אומרים שזה כמו שאמר לה הרי מופר ליכי לאחר שעה שהרי לא הוציא. הפרה מפיו ה"פ דלא אמרינן בכלל דיבורו הוציא הפרה ומהני כיון שהכל הוי בדיבור אחד. איברא דעדיין ק"ל לסברת הטור והר"ן ז"ל דהא מספקא לן אי אמר קיים ליכי ומופר ליכי לאחר שעה אי חלו שניהם ואם כן באומר בבת אחת יהי' ספק דהא הוי ספק אי ישנו בזה אחר זה והיכי פסיק דאין כאן לא הקמ' ולא הפרה:

סימן לט

אשר שאלת על מאי דכתב מהר"ם בנבנשת ז"ל סי' ד"ן בתוך התשובה וז"ל ואל תתמה כי דמיא לחוכא במה שאנו מראים פנים בהסכמה כי פעמים שרייא כי כל תולה נדרו בדבר הכי הוא וההיא דקונם וכו' שאם מת או עשה תשובה דשרי לישא אותה אם קודם שנשה אותה וכו' חזר הדבר לסורו חוזר האיסור למקומו. ולכאורה נראה ללמוד דבר זה מההיא דקונם וכו', וכתב הריב"ש שאם אחר שמכרו חזר וקנאו חזר הדבר לאיסורו והקשית עליו מההיא דהביא הבשה"ג פרק החולץ תשו' מהר"ם וז"ל על איש ואשה שקבלו חרם הקהל והמיר האיש דתו ואחר שב בתשובה דאין צריך להתיר לה החרם אף לאחר ששב בתשובה הואיל ואישתרא בעודו מומר דאדעתא דהכי לא קבלה החרם אישתרי נמי אף כשחזר בתשובה עכ"ד. דע דלע"ד נראה דאי מהא לא איריא דהתם שאני משום דהחרם הוא על דעת ב"ד ואם כן כשהתירו לה ב"ד אז דל מהכא החרם מעיקרו וראי' לזה דכתב דהיינו דוקא כשהתירו לה ב"ד ואם כדברי כת"ר ל"ל משום דהתירו לה ב"ד והבפ"מ איירי בלתי שום היתר אלא מחמת עצמו של דבר. אבל יש לי להביא ראיה דלכאורה נראה היתר דינו של הבפ"מ מההיא דאיתא פ"ק דחולין דף י"ו הכל שוחטין וכו' מאן תנא אמר רבא ר' ישמעאל היא דתניא כי ירחיב ה' את גבולך ר' ישמעאל אומר לא בא אלא להתיר בשר תאוה שבתחלה נאסר להם משנכנסו לארץ הותר עכשיו שגלו יכול יחזור הדבר לאיסורו לכך שגילו כו' הרי דהאיסור אינו חוזר וי"ל ועיין בתשוב' מהראנ"ח ח"ב סימן ע':

סימן מ

מי שנוהג שלא לאכול בשר משבעה עשר בתמוז ואילך ה"ז נדר ומ"מ אם נזדמנה לו סעודה של מצוה שרי לאכול דאין זה נדר ממש אלא חשיב כמו קבלת תענית והוי כמו האומר אעשה מצוה זו שהוא חייב לעשותו ומש"ה כל היכא דאיכא מצוה שרי דאין הנדר של מצוה חל על דבר מצוה וכן נראה מדברי מהרא"ם בה' ט"ב:

סימן מא

נדרים חלים על דבר מצוה נדר להתענות זמן ידוע ואירע בו שבתות וי"ט פותחין לו בהם. וצ"ל מ"ש מהא דתנן נדרי שגגות דאין צריך התרה ותירץ הרא"ש דהכא הוה ליה לידע שאי אפשר לשנה בלא שבתות וי"ט והר"ן תירץ באופן אחר יע"ש בפ"ג. ולפי זה נראה דמי שקיבל עליו להתענות מ' תעניות ואירע בהם חנוכה ופורים אין צריך התרה ואמרינן נדר שהותר מקצתו הותר כולו משום דהוי טועה בעיקר הנדר ועל פי זה גם שבועה לא חיילא בכי האי גוונא אף דהוי בכולל. ועל פי האמור נתיישב מה שכתב

הב"י בא"ח סי' תי"ח סוף דף רפ"ט ראיתי מי שרצה לומר דאם נשבע שלא לצחוק ועבר לצחק דיכולים להתיר קצתו ולהניח קצתו ולע"ד אין נראה כן דהא חכם עוקר הנדר מעיקרו וע"כ לא קאמר הריב"ש אלא בנדוי וחרמות שאין מתירין לו אלא הקנס ולהכי מכאן ולהבא הוא שרי דלהכי אפילו הוא עצמו מצי להתיר כל שהוא ת"ח דטוט אסר וטוט שרי ומה"ט נמי מתירין אותו בלא פתח וחרטה ואפילו קודם שחל ועיין מהראנ"ח ח"ב סימן כ"ו:

הלכות צדקה

סימן א

בעיקר חיוב הצדקה איכא פלוגתא בין הראשונים ז"ל במי שאינו רוצה לתת צדקה דהרי"ף והרמב"ם ז"ל סברי דנחתינן לנכסי' ומוציאין מה שראוי ליתן אבל הרשב"א ז"ל חולק עליהם דאין עליו אלא חיובא דמצוה משום וח' אחיך אבל אין יורדין לנכסיו דשעבוד נכסים ליכא וכן הוא דעת ר' האיי גאון ז"ל והר"ן ז"ל הקשה ע"ד מהברייתא דקתני מי שנשתטה ב"ד יורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין אשתו ובניו וד"א ובניו דקתני איירי אפי' ביותר מבני שש שאינו מחויב לזונם אלא מדין צדקה ואפ"ה קתני ב"ד יורדין לנכסיו עכ"ל. ונראה מדבריו אלו דהא דקתני שם ב"ד יורדין לנכסיו משום חיובא דצדקה הוי. ולכאורה איכא לאתמוהי דגבי שוטה כיון דחיובא דמצוה ליכא עליה שהרי הוא פטור מכל המצות מאי שיעבוד נכסים שייך כאן דלא דמי חיוב זה לשאר חוב דעלמא שאם היה חייב מנה לראובן מוציאין מידו דאפילו לאחר שנשתטה דההיא שאני שכבר נתחייב בו בעודו בריא. אבל הכא חיוב הצדקה עדיין לא נתחייב בה אלא כל יום ויום מתחייב לפי מה שיצטרכו העניים למזונות או אם קצבו בני העיר על כל אחד ואחד שיתן סך ידוע לפרנסת העניים אע"פ שנשתטה אחר כך מוציאין מידו אותו סך שקצבו שכבר נתחייב בו משעת הקצבה אבל לחייבו לאחר שנשתטה על מזונות דלהבא כיון דעדיין לא נתחייב בהם וחיוב דמצוה ליכא עלי' עכשו מינה נמי דאין ב"ד יורדין לנכסיו ועל כרחין צריך לומר דטעמא דהכא אינו אלא משום דמינח ניחא לי' לזון את בניו ולזה פריך שם בגמרא ומ"ש ממי שהלך למ"ה דאין ב"ד יורדין לנכסיו לזון את בניו דלפי סברת הר"ן איכא לאקשויי כיון דס"ל דמאי דקתני גבי נשתטה וזנין את בניו מתורת חיובא דצדקה הוי אם כן מאי קשיא לי' ממי שהלך למ"ה דאין זנין את בניו התם שאני משום דבכל מקום שהוא הולך הרי הוא עושה הצדקה הראוי' וכמ"ש הריטב"א בחידושיו ותו לא נשאר עלי' שום חיוב דצדקה כדי להוציא מנכסיו בתורת צדקה לזון את בניו. אבל

לפי מה שפירש דהברייתא דקתני גבי נשתטה דזנין את בניו אינו אלא מטעמא דכל אדם ניחא לי' לזון את בניו ולא יאמרו עליו יארוד ילדה כו' מקשה לי' שפיר דא"כ במי שהלך למ"ה נמי נהי דמדין צדקה ליכא לחייבו שבמקום שהולך עושה צדקתו מכל מקום גבי בניו הקטנים מסתמא מינח ניחא ליה ושני ליה דשאני בין יוצא לדעת ליוצא שלא לדעת:

אבל עדיין איכא למיבעי במי שהלך למ"ה שאמרו דמשום דחיובא דצדקה לא נחתינן לנכסי' משום דבמקום שהולך עושה צדקה דזה הטעם לא סגי אלא לדעת הרשב"א ז"ל דאית ליה דלגבי צדקה ליכא שעבוד נכסים אלא כפיה בלבד אתי שפיר דכיון דליתי' קמן לא כפינן ליה אבל לדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל דאית להו דגבי צדקה נחתינן לנכסי' עדיין קשה דאמאי אין ב"ד יורדין לנכסיו כמי שהלך למ"ה לזון את בניו בתורת צדקה דאי משום שיתן צדקה במקום אחר נראה דאינו נפטר בכך דמחוייב הוא להקדים לבניו מלאחרים וכמ"ש הרשב"א בתשו' והביאה הב"י בי"ד סימן רל"א דכופין את האב לזון את בניו העניים וכופין אותו יותר משאר עשירים שבעיר וקודם להם ואינו יכול לומר שיפרנסוהו גבאי העיר עם שאר עניים שכל הנופל אינו נופל ליד הגבאי תחלה עכ"ל וכ"כ המרדכי בפ"ק דב"ב שכל עני שיש לו קרובים עשירים שיכולים לפרנסו אין גבאי העיר חייבים לפרנסו אע"ג דקרוביו נמי נותנים בכיס של צדקה. והשתא קשה במי שהלך למדינת הים היאך נפטר מחיובו שחייב לזון את בניו מתורת צדקה כיון דהם קודמין לכל אדם ואמאי לא נחתינן לנכסי' כיון דעלי' רמי לפרנסן ולא לאחרים. ונראה שמתוך זה ס"ל להרשב"א ז"ל דגבי חיוב צדקה ליכ' גביה שיעבוד נכסיו. וליישב דעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל נראה דס"ל כרב אחא שר הביר' דקאמר בפ' הכותב דמדינא אין יורדין לנכסי הלוה שלא בפניו אלא מן התקנה שלא יהא כל אחד נוטל מעותיו של חבירו והולך לו למדינת הים ואתה נועל דלת בפני לווין וגבי חיוב צדקה לא שייך לה"ט כדי לעשות תקנה:

והשתא נבא לנדון דידן באם תפס העני סך מה מקרובו העשיר כדי לפרנס אם זכה באותו ממון מי נימא כיון דקרובו העשיר חייב לפרנסו ועליה רמי יותר מאחרים וכופין אותו על כך כמו שכתב הרשב"א בתשו' הביאה הב"י בסי' רנ"א ה"ז העני זכה במה שתפס. אבל מדברי רבינו ירוחם ז"ל בנכ"ג ח"ה נראה שחולק עם הרשב"א וס"ל דאע"פ שקרובו קודם לכל אדם מ"מ אין כופין אותו על כך שכתב ז"ל דהא דכופין את האב לזון את בניו בתורת צדקה היינו בעודם קטנים אבל אם הגדילו אין כופין אותו אלא כמו שכופין אותו על שאר העניים עכ"ל ונראה מדבריו דאיירי אפילו באמיד ואפילו הכי אין כופין אותו והבכ"מ דף קנ"ב פירש דאיירי בשאינו אמיד אלא שאינו עני יע"ש. ואינו

נראה לע"ד דכיון דגבי בניו הקטנים אין יורדין לנכסיו אלא משום חיובא דצדקה אינו אלא כדי מה שראוי לתת מנכסיו לצדקה כמ"ש הב"י בי"ד סי' ר"מ גבי חיוב לזון את אביו מתורת צדקה יע"ש. וא"כ ליכא לפלוגי בין אמיד דהכא לאמיד דצדקה. אבל לע"ד נראה כמ"ש שאין כופין את העשיר לזון את קרובו יותר משאר העשירים שבעיר דכולם חייבים לפרנסו ודוקא גבי בניו הקטנים הוא דכופין אותו' לבדו משום דסתם קטנים על אביהם סמכו ועלי' רמי יותר מאחרים וכדאמרו יארוד ילדה וכו' ובפ"ק דקדושין אמרינן האומר לאשה התקדשי לי בככר זה ואמרה לי' תנהו לעני ואפי' הסמוך לה אינה מקודשת מאי טעמא מצי א"ל כי היכי דמחייבנא ביה אנא' את נמי מחוייב בי' ע"כ. ולכאורה היה נראה דעני הסמוך לה דקאמרו ר"ל שהי' העני שואל ממנה ולא ממנו ואם הדבר כן קשה א"כ היאך מצי א"ל כי היכי דמחייבנא אנא ביה את נמי מחוייב ביה ואם איהי נתחייבה משום דממנה שאלה איהו אמאי נתחייב ואפילו אם יש לו מכיון שלא ביקש מידו ואיהו מצי פטר נפשי' בעני אחר. וכמ"ש הרשב"א בחי' למסכת שבועות גבי שבועה שלא אתן לעני מושבע ועומד מהר סיני וכו' הקשה הוא ז"ל וכי כל העניים רמי עליה לפרנסם ויכול לומר איני רוצה ליתן לעני זה אלא לעניים אחרים ותירץ דהכא מיירי בשכבר העני הי' מבקש ממנו שיתן לו ע"כ. אלמא דכל היכא דלא בקש ממנו עדיין מצי לפטור עצמו מחיוב נתינתו כשיתן לעני אחר. וראיתי להטור בא"ה סי' כ"ט שפירש דעני הסמוך לה דקאמר ר"ל שמוטל עלי' לפרנסו ע"כ משמע דמיירי כשהעני הי' קרוב לה דעלי' רמי לפרנסו משום דהוא קודם לכל אדם ואפילו הכי מצית אמ"ל כי היכי דמחייבנא אנא את נמי מחוייב לפרנסו. וזה שלא כדעת המרדכי שכתב בפ"ק דב"ב דעני שיש לו קרוב עשיר אין אחרים מחוייבים לפרנסו ואפי' נותן אותו קרוב בכיס של צדקה יע"ש. וכשנדקדק בדברי הרשב"א ז"ל יראה דאיהו ג"כ לא ס"ל להא דהמרדכי אלא גבי בניו ובנותיו דוקא הוא דכתב הכי דכופין לאב לבדו ואינו יכול לומר שיפרנסוהו גבאי העיר עם שאר עניים משום דכל הנופל אינו נופל ליד גבאי תחלה אלא שואל מקרוביו ומתפרנס ועליה דידי' רמי יותר מאחרים אבל אם כבר נפל אין לחייבו לקרוב אלא ישאל מכיס של צדקה:

סימן ב

והיכא דנדר לעניים שאמר ליתן כ"כ לעניים או שאמר סלע זו לצדקה צריך לעיין אי זכו ביה העניים אי לא ולענין חזרה פשיטא, דלא מצי למהדר ביה משום בפיך זה צדקה אלא כי קא מיבעיא לן להיכא דמת הנודר אי חייבים היורשים ליתן מי נימא כיון דאמר סלע זו לצדקה כבר זכו בי' עניים זכי' גמורה וכי מת חייבים יורשים ליתנו או דילמא כי

קאמר סלע זו לעניים עדיין לא זכו ביה עניים אלא חיובא דנדרא לחוד הוא דרמי עליה שחייב לקיים דברו וכי מת יורשים פטורים כיון דהם לא נדרו. ואפי' נימא דהיורשים חייבים נדרא דאבוהון עדיין איכא למיבעי' היכא דהיורשים הם קטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו לפרוע חובת אביהם. ואי ס"ל דכל האומר סלע זו לצדקה זכו ביה עניים זכי' גמור' אפי' ביורשים קטנים מוציאין מידם. גרסינן בפ"ד וה' ההוא גברא דתקע לחברי' וחייביה רב יוסף למיהב ליה פלגא דזוזא אמר ההוא גברא הואיל ופלגא דזוזא הוא נתביה לעניים הדר אמר נתביה ניהלי אמר רב יוסף אנן יד עניים אנן וכבר זכו בו עניים מדין מעמד שלשתן ע"כ והקשו התוס' דל"ל לטעמ' דיד עניים אנן ותיפוק לי' דבלא"ה אינו יכול לחזור משום בפיך זו צדקה ותירצו דהכא שאני משום דלא בא לידו דניזק עדיין וכמו שאין אדם יכול להקדיש דבר שלא בא לידו כך אין אדם נותן לצדקה דבר שלא בא לידו ונהי שאם היה אומר חוב שיש לי על פלוני כשיבא לידי אתנהו לצדקה מתחייב משום נדר אבל זה לא אמר אתנהו אלא תנהו קאמר עכ"ד וכ"כ הרי"ף ז"ל. (ועיין בנ"י שם ז"ל הצ"ל דאם נדר לתת סלע ידוע לעניים לא זכו ביה עניים באמירה גרידתא אלא א"כ הוא ברשותו עכ"ד ויש לגמגם על דבריו דנראה דכל שהוציא דבריו בלשון חיוב ואמר הרי עלי ליתן סלע ידוע לעניים אע"פ שאינו ברשותו מחייב לקיומי דברו לכשיבאו לידו). אבל מדברי התוס' שהביאו משם ר"ח ז"ל שפירש דהא גברא לא הוה בעי למיהדר לגמרי נראה דס"ל דאפי' באומר תנהו לעניים חייב לקיומי דיבוריה ואע"פ שאינו לשון נדר הרי הוא כמו שנדר לענין שחייב לקיומי מה שאמר וזה נראה שהוא דעת הרמב"ם ז"ל שכתב בפ' כ"ב מה' מכיר' דאם אמר כל מה שתלד בהמתי יהי' הקדש או אתננה להקדש ה"ז חייב לקיים דיבורו עכ"ל מדבריו מוכח דאם אמר חוב שיש לי על פלוני יהא לעניים ה"ז מתחייב לקיים דיבורו ואע"פ שלא חייב עצמו ליתנו והראב"ד על כל היכא דלא חייב עצמו לומר אתננה דלא מיחייב משום נדרא ולפי דעתו הא דאומר סלע זו לצדקה מיחייב כל היכא דאיתיה ברשותיה ואע"פ שלא אמר בלשון נדר שהרי לא חייב עצמו היינו טעמא משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וזכו עניים בסלע אבל דעת הרמב"ם ז"ל נראה דאעפ"י שלא אמר אתננו אלא יהא לצדקה מחויב לקיים דיבוריה משום נדר ואעפ"י שעדיין לא בא לרשותו ולזה נוטה דעת ר"ח וס"ל דאע"פ דההוא גברא לא אמר חוב שיש לי על פ' אתננו לצדקה אלא שאמר נתביה לעניים מיחייב לקיים דיבוריה ולא הוה מצ' לחזור בו לגמרי וכ"נ פשט דברי הגאון ז"ל ודלא כמו שנדחק הרמב"ן לפרש דבריהם:

ולע"ד היה נראה להביא ראיה לדעת הרמב"ם והרז"ה ז"ל . מההיא דפ"ג דנדרים דאוקי מתני' דשור זה לאחר ל' יום עולה ומעכשיו שלמים דהכי קאמר אם לא אמר מעכשיו שלמים לאחר שלשים יום עולה הוא אליבא דבר פדא דס"ל קדושת הגוף לא פקעא בכדי ומקשה עליה פשיטא דלאחר ל' יום עולה הוי ומשני לא צריכא דלא מצי הדר ביה ואע"ג דבעלמא מצי הדר ביה הכא שאני משום' דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט והקשה הר"ן ז"ל וא"ת וכי נמי הוי כמסיר' אמאי לא מצי למיהדר כיון דהשתא לא חייל והוא ז"ל נדחק לפרש דהכי קאמר אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וכמ"ד מעכשיו דמי דהוי כמסיר' גמור' להדיוט אלו דבריו ז"ל. אבל לע"ד נראה ליישב דהכי קאמר אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וחייב לקיים דברו כאלו נדר דכתיב מוצא שפתיך תשמור שאע"פ שאינו נדר חייב לקיים כאלו נדר וזהו פשט הכתוב דקאמר כאשר נדרת ומשום הכי לא מצי הדר ביה וכ"נ מפי' הרא"ש שם ולמדנו מזה דאפי', דלא הוציא דבריו בלשון נדר ממש אלא שאמר סלע זו יהא לעניים לאחר שלשים יום חייב לקיים דיבורו משום מוצא שפתיך תשמור ולא מצי למהדר. ולפ"ז א"ש דברי הרמב"ם כמ"ש דאפי' כי אמר יהא לעניים מחוייב לקיים דיבוריה ולא איצטריך רב יוסף לומר אנן יד עניים אלא כדי שלא יוכל ללותו. ור' ירוחם נמי כתב בנ' י"ט שאם אמר חוב שיש לי על פ' לשיבא לידי יהי' לעניים אפי' שלא במעמד שלשתן זכו בו עניים איברא דראיתי לר' ירוחם באותו נתיב שכתב והא דאמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ה"ד בהקדש גבוה אבל לא בהקדש עניים והא דאמרינן האומר סלע זו לצדקה דחייב ליתנה היינו משום, שהקנה דבר המסויים עכ"ל. נראה דהוקשה לו אי בהקדש עניים לא אמרי' אמירתו כמסיר' א"כ כי אמר יהא זה לצדקה אמאי חייב ליתנ' כיון דלא נדר ולא חייב עצמו ולזה חילק דהוייא כמקנה דבר המסויים דהנדר חל על אותו דבר שסיים דאחייליה לצדקה אבל אי אינו דבר מסויים ולא אמר בלשון חיוב לא מיחייב וכגון דאמר אחד משורי יהא לעניים דכיון שאינו דבר מסויים ליכא למימר אחיילא לצדקה. וק"ל עליו מהירושלמי דפקיד רב לשמעיה וא"ל כי אמינא לך הב מתנ' זוזי לפ' אי עני הוא הב לי' ולא תימלך בי משום דנעשה נדר והא התם דלא א"ל דבר מסויים וג"כ לא חייב עצמו בלשון נדר שלא אמר אתן ואפ"ה משמע דחייב לקיים דבורו כאלו נדר. וכן נראה מדברי הר"ן ז"ל בתשו' סי' א'. ולדעת הרי"ף והתוס' שכתבו דהאומר יהא לעניים או תנהו לעניים שאינו מחוייב לקיים דיבוריה כל שאינו ברשותו בשעת דיבורו יש לחקור היכא דהוא ברשותו ואמר יהא זה לצדקה דמהני כמבואר בפ"ק דערכין מאיזה טעם הוא אי משום דס"ל דכל שהוא ברשותו ואמר יהא זה לעניים זכו בה עניים באמירה גרידתא משום דכתיב בפיך זו צדקה

וכי היכי דהקדש קונ' באמיר' ה"נ עניים זוכים באמיר' או דילמא ע"כ לא אמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אלא בהקדש לגבוה אבל בהקדש עניים לא והא דאומר סלע זו לצדקה חייב ליתנו לאו משום דזכו עניים ביה אלא שזה חייב לקיומי מה שהוציא בפיו משום בפיך זו צדקה ואינו יכול לחזור בו ודוקא כי איתיה הסלע ברשותיה אבל כי ליתי' ברשותיה ואמר תנהו לצדקה לא מתחייב לקיומי מה שהוציא בפיו דאין דיבורו חל על ממון שלא זכה בו ואינו שלו ודברי הרי"ף נוטים כדרך הראשון שכתב ז"ל אבל מידי דאיתיה ברשותיה ואמר הרי הוא לעניים כבר זכו בו עניים ולא מצי הדר בי' משמע דעניים נמי זוכים באמיר' גרידתא. וזה נראה ג"כ מדברי הר"ן בתשו' סי' א' שכתב על האי עובדא דלא היה מחוייב זה ליתנו לעניים אפילו לכשיבאו לידו לפי שזה היה בדעתו לקדשו מעכשו ולא היה ברשותו כדי שיהא הקדש חל עליו משמע מדבריו דכל שהוא ברשותו חל עליו הקדש עניים וכל שאמר סלע זו לעניים אמירתו כמסירתו ולפי דבריו שם באות' תשו' נראה דכל שאמר חוב שיש לי על פ' כשיבא לידי יהא לעניים הרי הוא לעניים ודוק בדבריו ותראה וכן נראה מדברי ר"י מ ודעת הרא"ש בתשו' בכלל נ"ח נראה דס"ל ג"כ דהקדש עניים אמירתו כמסירתו וכי אמר קרקע זו לעניים זכו בו בני העיר וכן נראה מדברי הטור בהלכות צדקה וכן הוא דעת הריטב"א והרא"ה ז"ל. ומדברי רש"י ז"ל בפ"ק דערכין נראה להוכיח הכי שפי'. שם ז"ל לא שנו שמותר לשנות' אלא באומר סלע זו עלי דכיון דאמר עלי וקיבלה באחריותו כדידיה דמי משמע דכל שלא אמר עלי תו לאו דידיה ואע"ג דמסיק שם דאפי' לא אמר עלי יכול לשנותה כבר פי' רש"י דטעמא שהתירו לו כדי דליחייב באחריות', והכי נמי מוכח מפרק מי שמת דאיבעיא להו ש"מ שחילק כל נכסיו לעניים מהו מי אמרינן גמר והקנה מחיים ופירשו המפרשים דמיירי כשלא מסר להם עדיין דמשום מתנת ש"מ אינו יכול להקנותו מחיים וע"כ צ"ל דמטע' אמיר' לגבוה הוא דיכול להקנות' מחיים וכן כתב הרשב"א בחידושיו למסכת גיטין דף ט'. ואי אמרת דגבי עניים אמיר' לא עביד קנין אלא נדרא לחודיה הוא דרמי עליה לקיומי בכי הא ודאי לא מצינן לי' למיכף לקיומי נדריה דאיהו נאמן על עצמו לומר שלא נדר אדעתא דהכי וכ"ש לפירוש הגאון שסובר דאפי' כפיה לא כפינן לי' ובהאי בעיא כתבו הפוסקים דכיון דסלקה בתיקו מוקמינן נכסים בחזקת מרא קמא שהוא הנותן. ובשלמא אי ס"ל דעניי' קנו באמיר' גרידתא אתי שפיר מה שאמרו דכיון דמספקא לן אי קנו עניים אי לא מוקמינן נכסים אחזקתן. אבל אי ס"ל דבאמירה בלבד לא קנו עניים אלא נדרא לחוד הוא דאיכא מה שייך לומר השתא מוקמינן נכסים אחזקתן והכי הו"ל למימ' דה"ז פטור מנדרו משום דהוי ספק בחיובא וכל ספק בחיובא פטור ואפי' גבי נדרים משום

דזה טוען בריא לא נדרתי אדעתא דהכי. ולא דמי להההיא דפ"ק דנדרים גבי יש יד לצדקה שכתב הרשב"א דאזלינן לחומרא דספק איסורא לחומרא דהתם לא מצי למיטען לא היה דעתי לצדקה דאי אמר הכי פשיטא שאינה צדקה כיון שאין פיו ולבו שוין ומשום הכי כיון דהוי ספק נדרא ואיהו לא קים לי' אזלינן לחומרא אבל בההוא דפרק מי שמת איהו קים ליה בגויה וטוען אדעתא דהכי לא נדרתי וכמ"ש הנ"י שם וראיתי להרב מהרי"ט בח"מ סי' קכ"ד שכתב דהתם נמי בפ' מי שמת איהו נמי לא קים לי' בנפשי' דהא ודאי להדיא כתב מתנת בריא מתנת עלמין אלו דבריו ולא ידעתי אנה מצא הכי דההיא מיירי בשכתב בשטר מתנת בריא ועיין בנ"י פרק מי שמת גבי ש"מ שהקדיש ותראה כדברי. והר"ן ז"ל כתב שם בנדרים שתמה על הרשב"א ז"ל שהרי כל ספק עניים ספק ממון עניים ואזלינן לקולא ונראה לע"ד דהרשב"א והר"ן בהא פליגי דהרשב"א סובר שאין עניים קונים באמירה בלחוד אלא דמספקא לן אי חל עליו נדרא אי לא וכל ספק נדרים אזלינן לחומרא אבל הר"ן ז"ל סובר דהאומר זה לעניים באמירה בלחוד זכו בו עניים וכי מספקא לן אי קנו בו עניים אי לא מוקמינן נכסים אחזקתן וכיוצא לזו כתב הרשב"א בסי' תקס"ג לענין הקדש דמספקא לן אי זכה הקדש אי לא מוקמינן נכסים אחזקת מרא קמא ודכוותא כתב הרא"ש ז"ל בתשובה במי שנתן טבלא לאומן לציירה ואחר שציירה אסרה דלא אמר כלום דספיקא הוי אי אומן קונה בשבח כלי וכל ספק בקנייה אי יצאו הנכסים מחזקת בעלי' אי לא אזלינן בתר חזקת קמייתא. והריני חוזר על עיקר הדין דכפי דברי הרא"ש בתשובה בכלל נ"ח והטור בה' צדקה נראה דס"ל דעניים קונים באמירה בלחוד א"כ היאך כתב הרא"ש בפ"ק דבתרא והטור בהלכות צדקה סי' ר"נ דהאומר סלע זו לצדקה יכולים לשנותו למצוה אחריתי מכיון דכבר זכו בו עניים. ויותר תימא שכתב הרא"ש שם דאפי' שבאו ליד גבאי דיכולים לשנותם למצוה אחריתי כו' ואמאי הלא כל שבאו ליד גבאי כבר זכו העניים דידו כידם כמ"ש איהו גופיה בפרק ד' וה' בשם ר"ח. והייתי רוצה לחלוק ולומר דנהי דאמרינן דאמירה לעניים כמסירה דמי היינו דוקא באומר סלע זו לעני פ' דזכה אותו עני באמירה כיון שמקנה זה לעני ידוע ואמירה חשיב כמסירה ובכה"ג מיירי הרא"ש בכל נ"ח שמקנה לאנשים ידועים ובכה"ג נמי מיירי הריטב"א בקדושין והר"ן שם בשמעתין דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט איירי שמקנה לעניים ידועים א"נ כשמקנה לגבאי עניים שידו כיד עניים דהזוכה הוא הגבאי והרי הוא מבורר. אבל באומר סלע זה לעניים שאינם מבוררים אינם זוכים באמירה דלא תהא אמירה גדולה ממסירה ובכה"ג בהדיוט אפילו מסר לחברו ואמ"ל זכה למי שיצא ראשון לא זכה וסברא זו סברתיה ואחר כך מצאתיה להרב מהרי"ט בח"א סי' כ"ב

ובי"ד ובח"מ. והברייתא דערכין דקתני סלע זו לצדקה דיכול לשנותה למצוה אחריתי ולא אמרינן כבר זכו בה עניים מיירי במקדיש לעניים סתם שאינם מבוררים ונהי דהוקצ' אותו סלע לעניים משום בפיך זו צדקה מכל מקום כיון דעדיין לא זכו בו עניים זכיה ממש שהרי אינם מבוררים ואין אתה יכול לחייבו אלא משום אמירתו לגבוה הרי זה יכול לשנותו למצוה אחרת דזה נמי הוה לגבוה. וראיתי לב"י סרנ"ט שהביא מהכלבו שכתב הרי"ף בהאי ברייתא דמיירי בשלא פי' הנותן למי יתן אבל אם פי' הנותן למי יתן אסור לשנותה לעולם ומהר"ר בצלאל הביא תשובה להרשב"א מכ"י ששאלו על מה שהשיב הרי"ף דהמקדיש דבר שהוא ברשותו באמירה בעלמא אף שלא במעמד עניים לא מצי הדר בי' מדין בפיך זו צדקה והא ממון דאין לו תובעים הוא דמאן תבע ליה בדינא אי תבע ליה עני זה יאמר לעני אחר אתן (א"ה עיין לעיל סוף סי' א'). והשיב ז"ל זו אינה תורה דאע"ג דמצי לאשתמוטי מכל חד וחד מיניהו בב"ד מ"מ חיובי מחייב לשמים משום בפיך זו צדקה וכו' וסיים בה ופעמים שמעשין אותו ליתן שאלו אמר סלע זו לעניי עירי והיו שם גבאי צדקה שהצדקות שבעיר נחלקות על ידם כופין אותו ליתן וכו' ע"כ. ומדבריו אלו נראה שהוא מחלק בין אומר סלע זו לעני סתם לאומר סלע זו לעני פ' דהיכא דאומר לעני סתם אין מעשין אותו לקיומי נדריה כסברת הגאון והיכא דפי' לעניים ידועים מעשין אותו ליתן:

ומעתה אתי שפיר ההיא דפרק מי שמת דהתם מיירי במחלק לעניים ידועים ואפשר דאפי' הגאון ז"ל מודה בזה דכל שמקנה לעניים ידועים באמירתו גרידתא זוכים משום בפיך ולא חילק הגאון אלא במקדיש לעניים שאינם ידועי' דבזה עניים ודאי לא זכו כיון שאינם ידועים ולא אמרי' דאע"פ שאין העניים ידועים זכו בו העניים כמו המקדיש לב"ה דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דהקדש לעניים סתם לאו נכסי גבוה נינהו אלא נכסי הדיוט ואין לו אלא חיובא בלבד שחייב לקיומי מה שהוציא בפיו אבל אין כופין בדין משום שאין לו תובעין. מה שהקשה הרמב"ן ז"ל מההיא דפרק הזרוע דגבי מתנות כהונה אפי' עני שבישראל מוציאין מידו ומוציאין מדינא הוא. לע"ד אינה קושיא דמתנות כהונה ומעשר עני ממונא דכהני ועניי נינהו דרחמנא זיכה להם ומשום הכי כופין אותו ב"ד ליתנם אבל גבי נודר לצדקה ליתי' גבי' ממונא דעניים אלא חיובא דנדרא לחוד הוא דרמי עליה ומשום הכי אי בעי למהדר מצי הדר אלא שעובר על נדרו ומה שהביא מההיא דאמרינן בקרבנות ועשיתם אזהרה לב"ד שיעשון אינה ראי' דההיא בקרבנות מיירי ואע"פ שאיתקש צדקות לקרבנות איכא למימר דהיינו דוקא לענין בל תאחר כדאמרינן בפ"ק דנדרים ומשום הכי איצטריך רב יוסף לומר אנן יד עניים כדי דלא מצי למיהדר.

אבל הרי"ף ז"ל סובר דאפילו באומר סלע זו לצדקה אע"פ שלא זיכה אותה לעניים ידועים ואין שום עני יכול לתובעה ממנו דלכל א' מצי לומר ליה לא לדידך יהיבנא אלא לחברך מכל מקום לא יכיל למהדר ואי בעי מהדר מוציאין מידו כדין מתנות כהונה שמוציאין מידו משום דממונא דכהני נינהו הכי נמי כי אמר סלע זו לעניים באמירה בעלמא זכו בה עניים ונעשה ממונא דעניים כמו פיאה שאם אמר ערוגה זו נמי יהא פיאה נעשה אותה ערוגה נמי פיאה הכי נמי כי אמר סלע זו לצדקה נעשה אותה סלע של צדקה ונהי דהוי ממון שאין לו תובעים ואין עניים יכולים לתובעו מכל מקום כל היכא דאינו רוצה ליתנם כל עיקר ב"ד כופין אותו ומוציאין מידו כדין שאר מתנות עניים. ולפי זה אם מת זה הנותן מוציאין מיורשיו. וזה מדוקדק בלשון הרי"ף שכתב כל האומר סלע זו לעניים זכו בו עניים ולא מצי למיהדר. ולפי זה נראה דהיינו דוקא באומר סלע זו לעניים שבאמירתו זכו בה עניים ונעשה אותו סלע נכסי עניים הוא דמוציאין מידו. אבל בנודר ואמר הרי עלי ליתן אפילו הרי"ף ז"ל יודה דעדיין לא זכו בו עניים וליכא גבי נותן אלא חיובא דנדרא לחוד. והשתא אין אנו צריכים למה שכתב הרשב"א ז"ל בתשובה לישובי דעת הרי"ף ונדחק לומר דהרי"ף לא קאמר אלא שחיובי מיחייב לשמים ודעת הרי"ף ברור מיללו שכתב כבר זכו עניים משמע כמ"ש. וכן נראה מדברי הרמב"ן במלחמות. וכן משמע מפי' רש"י בפ"ק דערכין שהבאתי דכל שאומר זו לצדקה באמירה בעלמא נעשה נכסי עניים ותו לאו דידי' נינהו ועדיין יש לומר דאפי' הגאון מוד' בזה באומר סלע זו לצדקה דבאמירה בלחוד נעשה ממון עניים דאחיילה לצדקה ומ"ש הגאון דאין כופין איירי באומר הרי עלי ליתן לצדקה דעדיין ליכא גביה ממון עניים אלא נדרא לחודי' וההוא גברא דאמר נתביה לעניים כיון דלא הוה אותו סלע ברשותו לא אחיילה ומיהו נדר ודאי נעשה עליו שמחוייב לקיומיה דיבוריה ואע"פ שלא חייב עצמו בלשון חיוב אפ"ה חייב לקיומיה דיבורי' כמו שהוכחתי לעיל ושכן דעת הרמב"ם ז"ל:

והב"י בה' שבת סי' ש"ו כתב ועל פסיקת צדקה לעניים בשבת תמה הר"ן דהא תנן אין מקדישין ומצאתי בשם ר"ח שלא אסרו אלא להקדיש כלי ידוע אבל לא אסרו לחייב עצמו וכ"כ הכלבו בשם גאון דדוקא הקדש מזבח או ב"ה אסור משום שיוצא מרשותו לרשות גבוה ודומה למקח וממכר אבל עכשיו שנודרין להקדשות ס"ת או עטרה מותר לפי שאין מייחדין שם דבר שיוצא מרשותן וכו' עכ"ל. ומדבריו אלו שכתב לפי שאין מיחדים שם דבר שיוצא מרשותן משמע דכל שמיחד ואומר כלי זה להקדש אפילו בהקדשות דידן אסור משום שיוצא מרשותו לרשות הקדש אבל מתחלת דבריו שכתב דדוקא הקדש מזבח או הקדש ב"ה אסור לפ"ז היה נראה לדקדק איפכא שהקדשות דידן אינם נקנים

באמירה אלא נדרא הוא שמחייב עצמו לקיימו וכדי לישב דבריו היה נראה דה"ק הא דקתני אין מקדישין ה"ד הקדש מזבח או ב"ה שע"פ דיבורו נקנה להקדש ונעשה הקדש או למזבח או לב"ה אבל האומר שאביא קרבן או תודה לב"ה שעדיין לא יצא מרשותו שום דבר מיוחד אלא שמחייב עצמו להקדש שפיר דמי ובספר המקח לר' האיי גאון שער נ"ח נראה דס"ל דבהקדש עניים נמי אמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו וזה נראה דעת הרי"ף שהביא הסוגייא פ"ק דקידו' וכ"כ המרדכי בפרק ד' וה' לדעת הרי"ף. וראיתי להב"י שכתב בסי' קכ"ה על מ"ש הטור דאם אמר הולך מנה זה לפ' דאינו יכול לחזור משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט דאשגרת לישן הוא דנקיט דלא אמרו הכי אלא בהקדש ב"ה אבל בהקדש עניים דין הדיוט יש לו. אבל מדבריו בסי' רי"ב נראה שזכו בו עניים שכתב אבל כשאמר פירות דקל זה אתן לעניים נדר הוא שנדר וחייב לקיימו מטעם נדר לא מטעם שזכו בו עניים דהא ודאי אינם זוכים בדשלב"ל משמע דבדבר שבא לעולם זכו עניים זכייה ממש וכ"כ הרב בש"ך בסי' פ"ז וכ"נ מההיא דאיבעיא לן בפ"ק דנדרים אי יש יד לצדקה ופי' המפרשים דכל שאמר וזה כזה ה"ז נתפס משמע דהסלע עצמו הוקצה לצדקה דאלת"ה אלא שאין כאן חיוב נידרא דרמי אגברא כי אומר זה כזה היכי מיתפס:

סימן ג

כתב הטור בח"מ סי' קכ"ה וז"ל האומר לחברו הולך מנה זה לפלוני שאני נותן לו יכול לחזור בו דהולך לאו כזכי ואם הי' המקבל עני אינו יכול לחזור דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט עכ"ל והקשה הב"י ע"ז דמאי אירייא הולך בלאו הכי לא מצי לחזור כל שאמר מנה זה לפ' והוא עני. ותירץ הסמ"ע ע"ז דאיצטריך להולך לענין דלא מצי למישאל על נדרו דהוי כאילו הגיע ליד העני דתו לא מהני שאלה יע"ש. ולע"ד. יכולים אנו לפרש הדברים יותר כפשטן דמ"ש הטור ואינו יכול לחזור בו היינו לומר דלא מצי ליקח זה המנה ולהוציא בהוצאתו ואח"כ יפרע אחר לעני דהכי קי"ל דעד שלא הגיע ליד גבאי יכול לשנותו וליתן אחר תחתיו אבל הכא כיון שבאו ליד השליח כבר זכה ליה לעני ולא מצי ללוותו:

איברא דלכל הפי' צריך להבין כיון דהמשלח לא א"ל זכי לפ' אלא הולך והולך לאו כזכי דמי היכי מצי השליח לזכות בשביל אותו עני וכ"ת כיון דהמשלח אסור לחזור בו נעשה כמי שא"ל זכי לפ' וכיוצא בזה חילקו התוס' בשם ר"ת בפ"ק דגיטין דאע"ג דגבי מתנה תן לא הוי כזכי אבל בשחרור הוי תן כזכי דשחרור אי לאו דעבד ליה ניחא נפשיה לא הוה יהיב ליה וכתבו עוד שם דאעפ"י דהמקבל לא נתכוון לזכות דעתו הוא לקבל כמו

שרוצה האדון ע"כ יע"ש. אבל לע"ד לא דמי דהתם גבי שחרור רוצה האדון שיזכה בו השליח כדי שלא יוכל לחזור ביה אבל הכא מנ"ל לומר דאע"פ שאמר ליה הולך זה לפ' עני שדעתו הוא שיזכה בשבילו והלא בלאו הכי לא מצי לחזור בי' משום נדר ואי משום כדי שלא ישאל עליו גם זה אינו דשאלה הוי מילתא. דלא שכיח כמ"ש התוס' בפ' מרובה דוק ותשכח. ובירושלמי פ' בני העיר אמרו שם דיהבו ליה זוזי לר' חייא כדי למפלגן ליתמי ולארמלתא אזל ופלגינהו לרבנן ובעו עלה אי הוה צריך ר"ח להפריש אחרים תחתיהן ומייתי מדתניא כל המצות עד שלא באו ליד גבאי רשאי לשנותם משבאו ליד גבאי אי אתה רשאי לשנותם כלומר דעד שלא באו ליד הגבאי עדיין לא זכו בי' עניים אבל משבאו ליד גבאי כבר זכו בי' עניים דידו כיד עניים ור' חייא לאו גבאי הוה כדי דליזכו ביה עניים ואע"פ שאמרו ליה הולך ומסרו בידו עדיין לא זכו ביה יתמי דהולך לאו כזכי ומ"ש הרשב"א בתשובה סי' תרנ"ו דכל שמסרן לאחרים זכו עניים ולא מהני שאלה התם ה"ט משום דא"ל זה טלו לעניים ולשון טול הוי לשון זכייה והכי מפורש בירושלמי פ"ק דגיטין. אבל על הטור קשה כיון דאיירי בהולך שאינו לשון זכייה היכי מצי זה לזכות בשביל העני שלא מדעת המשלח. והיה צ"ל לומר דהטור ס"ל כסברת רב אלפסי דכל האומר סלע זה לצדקה זכה באותה סלע העני דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וקי"ל דבפקדון הולך הוי כזכי א"נ כיון דחובה הוא על הנודר ליתנה שהרי נתחייב בדיבורו לתת לעני זה ה"ז זוכה לעני דהולך בחוב כזכי דמי והירושלמי איפשר לומר דההיא עובדא דר"ח יהבו ליה למפלגן ליתמי לפי ראות עיניו למי שירצה וכיון שכן לא שייך לומר דזכה ר' חייא ליתמי ולארמלתא כיון שלא היו מבוררין א"נ איפשר לתרץ דר' חייא כי נקטינהו מעיקרא בדעתו היה לת"ח:

סימן ד

והיכא דהקדיש ואמר דבר זה יהא להקדש עניים לאחר ל' יום אי מצי לחזור בו תוך ל' יום הא מילתא במחלוקת שנוייה דהר"ן ז"ל בפ"ד דנדרים גבי מאי דמוקי למתני' אליבא דבר פדא דה"ק שור זה עולה לאחר ל' יום ומעכשיו שלמים דאם לא אמר ומעכשיו שלמים לאחר ל' יום עולה הוי וקמ"ל דלא מצי הדר ביה משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט כתב הר"ן שכתב הרשב"א דאפשר דכי אמרי' הכי היינו אליבא דבר פדא דס"ל דקדושת דמים לא פקעא בכדי אבל לרבא ואביי דס"ל דקדושת דמי' פקעה בכדי אפשר לומר דנהי דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט היינו כמסיר' גרידא בלא מעכשיו אבל לא כמסירה במעכשיו דא"א שתהני יותר אמירה ממסירה הלכך לדידהו האומר שור זה עולה לאחר ל' יום יכול לחזור בו ופלוגתא היא בירושלמי עכ"ד:

אבל מדברי הרמב"ם ז"ל פכ"ב מהלכות מכירה נראה דלא מצי לחזור שכתב דאם אמר כל מה שתלד יהי' הקדש אע"פ שאינו מוקדש הרי זה חייב לקיים דיבורו משום ככל היוצא מפיו עכ"ל ולע"ד הכי נראה עיקר, ומה שכתב הרשב"א ואי אפשר שתקנה אמירה יותר ממסירה אין זו טענה דהתורה חייבתו לזה לקיים דיבורו כדכתיב מוצא שפתיך תשמור ומה שאמרו הכא אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט לאו משום קנין קאמר אלא שחייב לקיים דיבורו כאלו נדר ואמר אתן דבר זה להקדש שחייב לקיים את נדרו וכפירוש הרא"ש שם:

ומ"ש עוד דפלוגתא היא בירושלמי כמדומה שנתכוון להההיא דאיכא בירושלמי פ' האומר דקדושין באומר ה"ז עולה לאחר שלשים יום מכרה בתוך ל' יום ר' אבהו אמר ה"ז מכורה ור"י אמר אינה מכורה ואם לזו כיון אדרבה משם איכא למילף איפכא דבכל דוכתא קי"ל הלכה כר"י ועוד דאיכא למימר דאף ר' אבהו לא קאמר אלא בעבר ומכרה דנהי דאסור למוכרו שחייב לקיומי את דיבורו אבל אם עבר ומכרה ה"ז מכור כיון דעדיין לא חל עליה שם הקדש ועיין בהרמב"ם ז"ל פ"ו מהלכות ערכין. וראיתי להרב בנימוקי יוסף שכתב בפרק מי שמת גבי ש"מ שהקדיש ואמר אח"כ מנה לפ' בידי דנאמן משום דחזקה אין אדם עושה קנוניא על ההקדש בשעת מיתתו שהקשה הרמב"ן דל"ל להאי טעמא יהא נאמן במיגו דאי בעי הדר בי' מן ההקדש דהא איבעיא לן בפרק מי שמת ש"מ שהקדיש כל נכסיו ועמד אי חוזר ופסקינן לקולא דחוזר בי' וקי"ל כל שאם עמד חוזר חוזר במתנתו את"ד ולפי מ"ש דכל המקדיש לאחר זמן אינו יכול לחזור בו דחייב לקיומי לדיבוריה היה נראה דאין מקום לקושייתו דנהי דאם אמר חוזר משום דאמרי' האי גברא לא הקדיש אלא אדעתא שימות אבל כל שעמד אין דעתו להיות חוזר על הפתחים וחשבינן ליה אלו הקדיש על תנאי שימות מכל מקום כל שלא עמד אינו יכול לחזור דחייב לקיומי דיבוריה לשמים. וראיתי למרדכי שם בפרקין הביא משם מהר"ם ז"ל דגבי ש"מ שצוה לתת לאחר מיתה ליכא שום נדרא דבעידנא דהוה לי' לנדריה למיחל ולקיים נדרו כבר ואינו יכול לקיימו עכ"ד. וזו נראה שהוא דעת הרמב"ן ז"ל שום הכי הוקשה לו דליהוי נאמן במיגו דאי בעי הדר בי'. ל עדיין יראה לע"ד דההיא דש"מ שהקדיש נכסיו אינו יכול יר בו כל שלא עמד ולא דמי למתנת ש"מ להדיוט דאמרינן שאם עמד חוזר ה"ז חוזר במתנתו דמתנת ש"מ להדיוט אינו מחיים דהא ליכא קנין אלא לאחר מיתה הוא דקנה כדי תטרף דעתו והלכך יכול לחזור בו אבל מתנה להקדש או ם דבאמירה בעלמא קנה ההקדש דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט הרי הקדש ועניים זכו בה מחיים אלא דמספקא לן לא הקדיש זה אלא אדעתא שימות וכל שעמד חוזר אבל א עמד אינו

יכול לחזור דכבר זכה ההקדש מחיים באמירה וננראה שכן הוא דעת הרא"ש ז"ל שכתב בפסקיו בהני דאע"ג דסלקן בתיקו אין מבטלין ההקדש וההפקר וחילוק שהרי אנו באין לבטל מעשיו מכח ספק אומדנא עכ"ד כים ז"ל הקשו ע"ד. אבל לע"ד יראה דס"ל דהכא בהקדש המעשה מחיים אלא דמספקא לן אי הוי ההקדש ע"ת או לא אלא לגמרי גמר והקדיש והוי הקדש ודאי והאומדנא ונראה שכן הוא דעת הרמב"ם ז"ל שכתב בהלכות ערכין שהקדיש ואמר מנה לפ' בידי נאמן חזקה דאין אדם עושה על ההקדש דאין אדם חוטא ולא לו ודוקא שאמר באותה ל אי אמר בתר הכי לא וע"כ צ"ל דס"ל דלא מצי לחזור עמד דאם לא כן אמאי אינו נאמן.. ודעת הרמב"ן ז"ל "ל דאע"פ דהקדש נקנה באמירה מכל מקום בש"מ כל נכסיו מספקא לן דשמא לא הקדיש אלא לאחר מיתה ל מתנת ש"מ דעתו הוא לאחר מיתה אבל כל שפירש ומקדיש מעכשיו בהא ודאי אינו יכול לחזור בו וכ"כ "ל ודלא כש"ך שכתב דהרמב"ן מיירי כשהקנה להקדש לא ידעתי מי דחקו לפרש כן וכי תימא משום דבידו לאיתשולי ואם כן אמאי איצטריך לחזקה דאין אדם עושה קנוניא כבר תירצה הרמב"ן ז"ל דמיירי כשהקדיש ע"ד רבים. שוב ראיתי בתשוב' הריטב"א מכ"י שכתב משם הרא"ה כדברי:

סימן ה

מי שנדר לתת לעניים כך וכך ועכשיו מתחרט אם יש לו שאלה בחרטה בלבד בלא פתח ולכאורה היה נראה דסגי בחרטה בלחוד מדאמרינן בפ' שום היתומים גבי המקדיש נכסיו וגירש את אשתו ר"א אומר ידירנה הנאה ורי"א אינו צריך ואמרו שם דבהא פליגי דר"א סבר דאין שאלה בהקדש וחיישי' לקנוניא ור"י סבר יש שאלה בהקדש והלכך לא חיישינן לקנוניא דבידו הוא לאתשולי אנדרי' ואמאי יעשה קנוניא כן פירשו התו' משמע דס"ל דיש שאלה בהקדש בחרטה בלבד בלא פתח דאי אמרת דלא סגי בחרטה בלבד עד שימצא פתח לנדרו אם כן עדיין יש לחוש לשמא אינו מוצא פתח על נדרו ומ"ה עושה קנוניא. אבל מדברי הרמב"ם ז"ל בהלכות ערכין פ"ז נראה דלא סגי בחרטה בלחוד אלא בעינן פתח לנדרו שיאמר בטעות הקדשתי כלומר דאדעתא דהכי לא הקדיש שכל נדר שהותר ע"י פתח ה"ז משוה לנדרו נדר טעות כמ"ש הר"ן בנדרים שכן כתב הרמב"ם המקדיש נכסיו והודה ואמר מנה לפלוני בידי אינו נאמן חיישינן שמא עושה קנוניא ואין אומרים אלו היה רוצה היה אומר בטעות הקדשתי עכ"ל נראה שהוא מפרש דהא דאמרו ור"י סבר לא חיישינן לקנוניא משום דיש שאלה בהקדש וכו' ה"ק דין הוא שיהא נאמן במיגו דאי בעי הוה אמר בטעות הקדשתי ויש לו שאלה. והשתא אתי שפיר מאי דקאמר שם דר"י סבר כב"ה דאמר הקדש טעות אינו הקדש ומ"ה יש לו שאלה על ידי פתח דכל

נדר הניתר ע"י פתח משוי לי' לנדרו נדר בטעות הניתר בחרטה לא משוה לנדרו נדר בטעות (אבל) וכמ"ש הר"ן בפ"ד נדרי' והרמב"ן ז"ל גבי יש נדר שהותר מקצתו הותר כולו דה"ד בהותר ע"י פתח אבל לא בחרטה ומעתה ליכא למילף מדברי ב"ה שאמרו הקדש טעות אינו הקדש דמהני שאלה בחרטה בלחוד ורשב"ם ז"ל כתב בפ' יש נוחלין דיש שאלה בהקדש ע"י פתח דמשווה לנדרו הקדש בטעות וכ"ת הא דיש שאלה בהקדש ילפינן לה מנדרים כדאיתא בפרק י"ג ובפ' נערה דנדרים וא"כ מאי חזית לפלוגי בינייהו ולומר דבהקדש אין לה שאלה בחרטה בלבד כבר תירגמה הרמב"ם זכרונו לברכה בסוף הלכות נדרים שכתב נדרי הקדש אין נשאלין עליהן אלא מדוחק דמצוה לקיימן שנאמר נדרי לה' אשלם (וכ"כ הסמ"ג והטור ג"כ כתב בהלכות צדקה דנדר צדקה יש לו שאלה ע"י פתח ומשמע מדבריו דבחרטה בלחוד אין לו שאלה כדי לבטל את המצוה וכ"ת אי אין שאלה להקדשות אלא מדוחק גדול כגון ע"י פתח אבל לא בחרטה בעלמא א"כ היכי ס"ד לומר בפרק הנודר מן הירק דתרומה ליהוי כדבר שיש לו מתירין משום דבידו לאיתשולי עלי' והיאך חשוב לי' לומר דבידו הוה לאיתשולי עליה כיון דחרטה לא סגי בה דאי משום שמא ימצא פתח להפרשתה ודילמא לא ימצא ועוד דגבי תרומה לא שכיח פתח של חרטה לק"מ דהתם כיון שאינו רוצה להפקיע המצוה שדעתו הוא לחזור ולתרום אח"כ אפילו בחרטה בלבד יש לו שאלה. אבל עדיין נשאר להבין מ"ש בפ' האשה רבה דעד א' נאמן באיסורין אפילו בדאיתחזק איסור' מידי דהוה אהקדשות ופריך האי הקדש היכי דמי אילימא הקדש דידיה משום דבידו לאיתשולי משמע דבחרטה בלחוד יש לו שאלה דהתם ליכא לתרוצי כמו שתירצנו בתרומה ולכאורה יצא תשובה משם להרמב"ם שכתב דאינו נאמן אחר שהקדיש לומר מנה לפ' ואין אומרים אלו היה רוצה היה אומר בטעות התקדשתי וישאל לחכם. ולע"ד נראה לפרש דהתם מיירי באומר נשאלתי על הקדשי והותר דבגוונא אחרינא לא משכחת לה כיון דאיתחזק איסורא ובכה"ג מהימנינן ליה שנשאל במיגו דאי בעי מיתשיל עכשו שהולך אצל חכם ואומר אדעתא דהכי לא התקדשתי ומתיר לו אבל בההיא דהקדיש נכסיו אפשר דלא ידע שיש לו שאלה בהקדש ואת"ל ידע שיש שאלה בהקדש לא מצא פתח לנדרו:

סימן ו

ומי שנדר מתנה לעני ומת העני אי חייב לתתו ליורשי' המרדכי בפ' אע"פ כתב מעשה באחד שנדר מעות להשיא יתומה ונפטרה היתומה ותבעוהו יורשיה ופטרו הח"ר חיים כהן ז"ל משום שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה וראבי"ה ז"ל חייבו משום דבעני נעשה נדר וזכו בו היורשים וקי"ל מותר המת ליורשיו עכ"ד. ולכאורה נראה דאפי' ר"ח כהן

לא פטרו אלא משום שנדר להשיאה וכה"ג גבי הדיוט אפילו אם נתחייב בקנין פטור משום דאיכא אומדנא שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה אבל אם נדר סתם מתנה לעני אם מת העני הנודר צריך ליתן ליורשיו משום דכבר זכה בו העני באמירה שא"ל והשתא מייתי שפיר ראבי"ה מההיא דמותר המת ליורשיו דלכאורה הוה קשה דאיכא למימר דהתם ה"ט משום דזכה המת משעת גוביינא שבאו ליד גבאי הילכך ינתן ליורשיו שזכו מכח המת אבל בנודר ליתן לעני נהי דחייב הוא ליתן לעני כדי לקיומי נדריה מ"מ כיון דאין העני זכה באותו ממון עדיין זכיה גמורה היאך יורשיו ירתי מכח המת אלא נראה דסובר דכל הנודר מתנה לעני זכה בו העני מיד באמירה דאמירתו לעני כאמירתו לגבוה. וכן הוא ג"כ דעת הש"ך:

וראיתי שם בהגה' מרדכי משלטי הגבורים שהביא משם הר"י מווינ' ז"ל שכתב דאומדן דעת הוא שזה לא הפריש מעותיו אלא לצורך מצוה אבל לא לדבר הרשות שיאכלום היורשים ויעשו בהם צרכיהם והירושלמי שהביא ראבי"ה אבל בעני נעשה נדר אינה ראיה דודאי נדר הוא ולא מצי הדר ביה אבל אם מת העני קודם שנתן לו אין לבאים מכחו כלום עכ"ד ומדבריו אתה למד דס"ל אפילו נדר סתם מתנה לעני אם מת אינו נותן ליורשיו ונראה דס"ל דאין העני זכה בו מחיים באמירה אלא נדרא הוא דאיכא גבי נודר שחייב לקיים נדרו והילכך כל שמת העני פטור מלתת ליורשיו משום דאיכא אומדנא שלא נדר אלא לדבר מצוה אבל לא לדבר הרשות שיאכלו היורשים וישתו. אבל עדיין איכא למידק דאי ס"ל להר"י מווינה דאין העני זוכה באמירה אלא נדרא לחוד הוא דאיכא גבי נודר שחייב לקיים נדרו ולא מצי למיהדר א"כ לא היה צריך לפוטרו משום דאיכא אומדנא ובלאו האי טעמא ה"ז פטור לתת ליורשיו דכיון דלא זכה העני בו מה שייכות יש ליורשיו בו אלא נראה דס"ל ג"כ דעני זכה באמירה מיד ומ"מ אינו חייב לתת ליורשיו שאינם נצרכים לצדקה שזה לא הפריש מעותיו וזוכה לעני אלא כדי לעשות מצוה אבל לא לדבר הרשות ומספקא לי בע"ד דאם נדר לעני מתנה וקודם שהספיק ליתנה לו העשיר העני אם חייב עכשיו ליתנה לו מי אמרינן משעת אמירה כבר זכה בו העני ואותה שעה עני היה א"ד זה לא נדר אלא כדי לעשות מצוה בממונו שתהא צדקתו עומדת לעד ועכשיו כיון דהעשיר העני אין כאן צדקה:

סימן ז

במי שנדר ליתן מתנה לעני ידוע אי יכול לשנותו ליתנ' לעני אחר ראיתי חולקים ע"ז דהרב מהרר"ש יפה בתשובה כ"י השיב דיכול לשנותו לעני אחר אבל הרדב"ז ז"ל סובר דאינו יכול לשנותו. ולכאורה היה נראה כסברת מהר"ש יפה ז"ל מדכתב הטור ביו"ד

סי' רנ"ט דאם נדר ליתן סלע לצדקה יכול לשנותו למלוה אחריתי והרי דאפי' בנדר ליתן צדקה לעניים חזינן דיכול לשנותו ויוצא ידי נדרו ה"ה נמי באומר אתן סלע לעני פ' כיון דליכא עלי' אלא משום נדרא ועני ודאי אינו קונה באמיר' כל שנותנו לעני אחר יוצא ידי נדרו. אבל ראיתי למרדכי בפ' הגוזל שהביא משם מהרא"ם דאם עני תובע לעשיר נדרת לי כך וכך ה"ז נשבע אם כופר משמע דחייב לתת לאותו עני בדוק' דאל"כ היאך משביעין אותו כיון דאפי' אם יודה לו אינו יכול להוציא מידו דמצי א"ל לעני אחר אני רוצה ליתן וכן נראה מה מהירושלמי דא"ל רב לשמשי' כי אמינא לך הב מתנה אם עני הוא לא תימלך בי משום דנעשה נדר ואינו יכול לחזור בו ומ"ש הטור דהנודר לצדקה יכול לשנותו למצוה אחריתי ויוצא ידי נדרו איירי בנודר לעניים שאינם ידועים וכיון שלא זכו בה עניים עדיין שהרי אינם ידועים ליכא עלי' אלא חיובא דנדרא שנתחייב לעשות מצוה יכול לשנותו למצוה אחריתי אבל בנודר לעני ידוע ה"ז נתחייב לאותו עני באמירתו כמי שנתחייב לחבירו בקנין דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וכ"כ הש"ך בח"מ סי' פ"ז והלכך אינו יכול לשנותו אפי' ליתנו לעני אחר וכן נראה פשט דברי הטור בח"מ סי' קכ"ה שכתב דאם אמר הולך מנה זה לפ' דאם המקבל עני אינו יכול לחזור דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט משמע מדבריו שע"פ אמירתו נתחייב לאותו עני בדוקא ואינו יכול לחזור ולומר אתננו לעני אחר משום דזכה בו אותו עני זכי' גמורה דאי אמרת דלא זכה בו העני זכי' גמורה דלא אמרינן גבי עני אמירתו כמסירתו אלא נדרא לחוד הוא דאיכא גבי נותן וכמ"ש הב"י שם, א"כ יראה דעדיין יוכל זה לחזור ולומר אתננה לעני אחר או למצוה אחריתי ואקיים נדרי כמ"ש הטור ז"ל בנודר ליתן צדקה לעניים דיכול לשנותה למצוה אחרינא וכיון שכן היאך זכה זה השליח לאותו עני דאין אדם יכול לזכות לחבירו אלא בדע' הנותן וכמ"ש בהלכות זכי'. וליכא למימר דזה הזוכה נעשה גבאי לאותו עני דמי עשהו גבאי לזה ודוקא בגבאי קבוע הוא דאמרי' ידו כיד עניים ועיין במרדכי פרק אע"פ שמי שנדר להשיא יתומה ותראה כמ"ש. ואפי' באומר הרי עלי ליתן סלע צדקה שכתב הטור דיכול לשנותו למצו' אחרינא יש לדון עליו דנראה דע"כ לא אמר הרא"ש אלא באו' סלע זו לצדקה שסלע זה הוא דנקנה לצדקה וליכא עליה חיוב נדר והלכך כל כמה דלא זכו בו עדיין עניים יכול לשנותו למצוה אחרינ' דזה וזה למצוה נינהו אבל באומר הרי עלי ליתן סלע לעניים שחייב עצמו בנדר ליתן לעניים ירא' דאין זה יוצא ידי נדרו כשיתן סלע למצוה אחרינא עד שיתן סלע לעניים כמו שנדר. ונראה שאין דברי הטור אמורים אלא בנודר צדקה להביאה ליד הגבאי דאז הוא דיכול לשנותה למצוה אחרינא כמו שהגבאי יכול לשנות מעות צדקה למצוה אחרינא אבל בנודר ליתן

הוא לעני כ"כ אינו יוצא ידי נדרו, עד שיתן סלע לעניים והטעם שכשנודר להביא ליד הגבאי לא להרויח לעניים יותר מקצבתם שקבוע להם נתכוון שהרי מסתמא אינו נותן להם הגבאי יותר מקצבתן שקבוע להם וכיון שכן יכול הגבאי לשנותן כל שיש בידו לתת לעניים כדי סיפוקם אבל בנודר לתת הוא לעניים ה"ז נתכוון בנדרו כדי להרויח לעניים יותר על מה שקצוב להם ובזה אינו יכול לשנותו למצוה אחרינא דאינו יוצא ידי נדרו ואפי' כי אמר סלע זו לעניים סתם:

סימן ח

האומר סלע זו לצדקה וחזר בו תוך כ"ד מהו:

תנן התם בפ' כיצד מערימין האומר ולדה של זו עולה והיא שלמים דבריו קיימים היא שלמים וולדה עולה ה"ז ולד שלמים דברי ר"מ אמר ר"י אם לכך נתכוון מתחל' הואיל וא"א לקרות ב' שמות כא' דבריו קיימים ואם משאמר שלמים נמלך לא אמר כלום ופריך עלה בגמרא נמלך פשיטא ומשני לא נצרכה אלא שאמר תוך כדי דיבור מהו דתימא תוך כדי דיבור כדיבור והאי עיוני קא מעיין קמ"ל. לכאורה מוכח מהכא דגבי הקדש לא מהני חזרה אפילו תוך כדי דיבור וכן פסק הרמב"ם ז"ל בפרק ט"ו מהלכות מעה"ק וכ"כ התוספות פ' התודה גבי מתני' דהאומר הרי עלי תודה מן החולין ולחמה מן המעשר יביא היא ולחמה מן החולין משום דכי אמר הרי עלי תוד' מן החולין נתחייב בכל מן החולין דכל דבר שבתוב' אינ' באה אלא מן החולין וכי הדר ואמר ולחמ' מן המעשר לא מצי הדר ואפי' תוך כדי דיבור משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט עכ"ד ובפ"ב די"ט נמי אמרו משם ר"י האומר הרי עלי תודה ואצא בה ידי חגיגה נזיר ואגלח ממעות מ"ש נדור ואינו יוצא נזיר ואינו מגלח ופירש רש"י דהיינו טעמא משום דכי אמר הרי. עלי תודה ואצא בה נתחייב באמירה דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וכי הדר אמר ע"מ לאו מלתא היא וכ"כ התוס' שם משמע דאין חזר' בהקדש אפילו תוך כדי דיבור וכן מוכח בהדיא בפ"ק דזבחים דקאמר התם דר"מ ור"י בהא פליגי דר"מ סבר מדהול"ל תמורת עולה ושלמים וקאמר תמורת עולה ותמורת שלמים ש"מ מיהדר קא הדר בי' ור"י ס"ל אי הוה אמר תמורת עולה ושלמים ה"א פלגא עולה ופלגא שלמים להכי אמר תמורת עולה ותמורת שלמים משמע בהדיא דבין לר"מ בין לר"י חזרה לא מהני דהא רישא דמתני' בתוך כ"ד איירי ואפילו ר"י פליג אלא משום דס"ל דלא הוי חזרה אלא שכך נתכוון מתחל' אבל יש לנו להבין דבפרק מרובה דף ע"ג פריך וכי אית לי' לר"י תוך כ"ד כדיבור דמי שאן האומר ה"ז תמור' עולה ר"י אומר אם לכך נתכוון מתחלה דבריו קיימים ואם כנמלך לא אמר כלום והוינן בה פשיטא ומשני לא נצרכה אלא לתוך כ"ד

מהו דתימא תוך כדי דיבור כדיבור דמי קמ"ל אלמא לית ליה תוך כדי דיבור כדיבור דמי ומשני תרי תוך כ"ד הוו חד אית לי' וחד לית לי' ע"כ מוכח משום דליכא חילוק מהקדש לשאר דברים וכל תוך כדי דיבור יכול לחזור וכבר ראיתי להבש"ך שהשיג ע"ד הרמב"ם מהאי סוגיא ודחה דברי הרמב"ם בשתי ידים ואני אומר אם תלונתו תלונה לא על הרמב"ם בלבד היא כי מסוגיית זבחים שהבאתי מוכח בהדיא כדברי הרמב"ם. ומה שהקשה מסוגיית מרוב' לע"ד לק"מ כד דייקינן הסוגיא במקומה שם בתמורה דקאמר שם מ"ד תוך כדי דיבור כדיבור דמי והאי עיוני הוא דקא מעיין דלכאורה איכא למידק דאמאי איצטריך להאריך ולומר והאי עיוני וכו' ואמאי לא סגי לי' לומר מהו דתימא תוך כדי דיבור כדיבור דמי קמ"ל:

אבל לפי דעתינו ה"פ מהו דתימא תוך כדי דיבור כדיבור דמי ואע"ג דחזרה לא מהני בהקדש מיהו אי ס"ל דתוך כ"ד כדיבור דמי לא חשבינן לי' נמלך אלא אמרינן האי עיוני קא מעיין וכו' בה מעיקרא והוי כאלו אמר שני דברים ביחד וכ"פ רשב"ם ז"ל בפרק יש נוחלין דף קכ"ט יע"ש וכי האי גוונא אמרי' בפרק מי שמת דף קמ"ח גבי ש"מ שאמר לחלוק כל נכסיו אם כנמלך מת וכו' עמד אינו חוזר כלומר דשתק בנתים ופריך ודילמא האי גברא עיוני קא מעיין ולא הוי נמלך וה"נ הכי פירו' דהוה ס"ד לומר דתוך כדי דיבור כדיבור דמי ומתחלה כי אמר תמורת עולה הי' מעיין אם יאמר גם כן תמורת שלמים ועדיין לא גמר בדעתו לעונ' בלבד. וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל דוק בלישניה קמ"ל דתוך כדי דיבור לאו כדיבור דמי וחשבינן לי' נמלך והשתא פי' דשמעתין דבפ' מרובה הכי הוא דאי ר"י ס"ל גבי עדות דתוך כ"ד כחד עדות דמי כיון שהכל הוא דיבור אחד א"כ גבי הקדש נימא דהאי לאו נמלך הוא אלא עיוני קא מעיין:

אבל עדיין נשאר להבין סוגיא אחריתי דאית' פ"ב דנזיר גבי מתני' דהריני נזיר מן הגרוגרות בש"א נזיר וב"ה אומרים אינו נזיר ופריך עלה לב"ש האי נדר ופתחו עמו ומשני ב"ש סברי כר"מ דאמר אין אדם מוציא דבריו לבטלה וכי אמר הריני נזיר הרי הוא נזיר וכי אמר מן הגרוגרות לאיתשולי קא אתי וב"ש לטעמייהו דלית להו שאל' בהקדש וכיון דאין שאלה בהקדש אין שאלה בנזירות ע"כ ופירשו התוס' שם לאו שאלה ממש קאמר אלא שמתחרט תוך כדי דיבור משמע דאליבא דב"ה חרטה תוך כ"ד מהני בהקדש וראיתי שם בפירש"י שפירש וז"ל לאתשולי קא אתי דקאמר כשנזרתי לא נזרתי אלא מן הגרוגרות וב"ש סברי דאין טעות בהקדש עכ"ל והרוא' ירא' דאינו מפרש כפי' התוס' דכי אמר מן הגרוגרות להתחרט קא אתי אלא ה"פ דב"ש ס"ל דהאי גברא כשאמר הריני נזיר משמעותי' לנזירות ודאי דאין אדם מוציא דבריו לבטלה ומכי אמר הריני נזיר הרי

הוא נזיר וכי אמר אח"כ מן הגרוגרות ה"ז בא לאתשולי ולומר דטועה הי' כשנזר ואין טענת טעות בהקדש:

ועלה בידינו דהעיקר כדברי הרמב"ם והתוס' ז"ל דגבי הקדש ליכא חזרה אפי' בתוך כ"ד ולפי הטעם שכתבו התוס' שם בפרק החוד' משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט היה נראה דה"ה באומר סלע זו לצדקה לעניים שכתב הטור בהלכות צדקה דאמירתו לגבוה כמסירתו יע"ש וכ"כ הרא"ש בתשובה בכלל כ"ח והריטב"א במסכת קדושין והרא"ה ז"ל עיין מש"ל סי' ב' א"כ כי אמר נמי סלע זו לצדקה לעניים מיד זכו בי' עניים ותו לא מצי לחזור אפי' בתוך כדי דיבור והרב ב"י בח"מ סי' קכ"ה הביא משם הרא"ש וכמה מרבוותא דאפי' כשהמשיך או מסר לחבירו יכול לחזור בו תוך כ"ד.. והשתא צריך להבין דאי ס"ל להתוס' הכי א"כ היכי יהבי טעמא הכא משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט והלא גבי הדיוט אחר מסיר' נמי יכול לחזור בו תוך כדי דיבור אם לא שנאמר דגבי מסיר' להדיוט תקנה הוא שתקנו כמ"ש המפרשים שם אבל מדינא לא הוה יכיל לחזור וגבי הקדש משום חומרא דהקדש הניחו הדבר על ד"ת אי נמי דגבי הקדש וצדקה כיון דהוי מידי דלגבוה ה"ז גמר והקנה מיד. (א"ה עיין בהלכ' זכייה מהפקר סימן ח'):

סימן ט

ודע דאפי' במקום שאמרו דתוך כדי דיבור לאו כדיבור דמי היינו דוקא בבא לחזור ממה שגמר בלבו והוצי' בפיו וכמ"ש הרמב"ם בהלכות מעש' הקרבנות גבי הקדש אבל אם מעיקרא כשהוציא הדיבור בפיו דעתו היה לסיים ולומר ע"מ כך שנמצא דראש דבריו אסיפא סמך בהא ודאי שומעין לו כל שהוא תוך כ"ד וכ"כ הבכ"מ בפ"ו מהל' אישות על מה שכתב הרמב"ם ז"ל וצריך שיקדים התנאי למעש' אבל אם נתן בידה תחלה ואח"כ התנאי הרי התנאי בטל מפני שהקדים המעשה והטור כתב עליו דל"נ לי' דמלתא דפשיטא היא דאם נתן בידה סתם אין התנאי שהתנה אח"כ כלום דגבי קידושין תוך כ"ד לאו כדיבור דמי עכ"ד ומרן בכ"מ השיב דאין זו טענה דכיון דגמר דברי הקידושין הוא התנאי אע"פ שנתן בידה קודם שהתנה מ"מ ראש דבריו אסיפא סמיך והב"ח כת' דאפי' שהא בנתי' כל שהזכי' התנאי תוך כ"ד מהני כיון דלא הווי חזרה שכך נראה מדברי הרמב"ם ז"ל בהלכות ע"ז יע"ש. ולפי דברים אלו למדנו דכל היכא דהתנה בלשון ע"מ דלא בעינן למשפטי התנאים לדעת הרמב"ם וסיעתי' אפי' נתן הקידושין בידה תחלה ואח"כ התנה תנאו קיים וכן נראה שהוא דעת רש"י ז"ל שכתב בס"פ השוכר את הפועלים גבי ע"מ שאין לך שאר וכסות דהתנאי בטל משום דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה פי' רש"י ז"ל משום דכי יהיב קדושין איקדשה ותנאה דבתר הכי לאו כלום היא שכבר

היא אשתו עכ"ל ומשמע דטעמא משום דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה הא לאו הכי תנאו קיים ואע"פ שנתן ואח"כ התנה והתוס' בפרק אע"פ הקשו על פי' רש"י דהא בעינן תנאי קודם למעשה ולע"ד לק"מ דס"ל דבע"מ לא בעינן למשפטי התנאים. נמצינו למדים דאפי' בהקדש וקידושין יכול לפרש דבריו אחר שהקדיש כל שהוא תוך כדי דיבור:

איברא דהב"י בא"ה סימן ל"ז הביא משם רב סעדיא גאון ז"ל דבקידושין שנתן סתם אפי' חזר תוך כ"ד לאו כדיבור דמי היינו אפי' כשאינו חוזר אלא שמפרש אפ"ה אינו מועיל ואיכא למימר דהתם גבי בנות כל שהפסיק זה בדבורו בין הקדושין שנתן לדיבור השני שאמר לבתך פ' ה"ז דומה לנמלך משום דסתמא דמלתא מעיקרא מידק דייק אינש למי מקדש ואח"כ מקדש כדאמרינן בפרק מי שמת גבי ש"מ אבל לגבי תנאים אפי' בקידושין עצמה כל שהוא תוך כ"ד איכא למימר עיוני קא מעיין ולא הוי נמלך. וראיתי לרש"י בפ"ב די"ט דף כ' גבי הריני נזיר ואגלח ממעות מ"ש הרי עלי תודה ואצא בה ידי חגיגה דאמרינן נדור ואינו יוצא שפי' רש"י ז"ל משום דכי אמר הרי עלי נתחייב בה דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט וכי הדר אמר ע"מ לאו מלתא היא עכ"ל. ולכאורה משמע דס"ל דגבי הקדש כיון דאמירתו הוי כמסירה תפסינן לשון ראשון ודיבורו האחרון לאו כלום הוא משום דתוך כ"ד לאו כדבור דמי ואפי' כשהי' דעתו מעיקרא לכך שהרי לא הפסיד זה בדיבורו כלל ונדר ופתחו עמו וזה סותר למה שפי' בס"פ הפועלים ועוד ק' עליו דבפ' התוד' אמרי' האומר הרי עלי תודה בלא לחם נדר ופתחו עמו הוא ולא אמרינן מכי אמר הרי עלי תודה נתחייב בה וכי הדר אמר בלא לחם לאו כלום הוא. ובפ"ק דר"ה נמי אמרינן משכחת לה בנדבה כגון דאמר הרי עלי ע"מ שלא אתחייב באחריות' ולא אמרינן מכי אמר הרי עלי נתחייב באחריותה וכי הדר אמר ע"מ לאו מלתא היא ואיכא למימר דמ"ש רש"י ז"ל מכי אמר הריני נזיר נתחייב וכי הדר אמר ע"מ לאו כלום הוא ר"ל כמו שפי' בהפופלים דמכי יהיב לה קידושין איתקדשה לי' וכי מתנה אח"כ לאו כלום היא משום דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה וה"נ הכא מכי אמר הריני נזיר נתחייב וכי אמר אח"כ ע"מ הוי מתנה על מה שכתוב בתורה:

סימן י

ראובן שהתנדב סך מה כדי שילמדו עשרה ת"ח בישיב' למנוחת נפשו ונתנם ביד שמעון אפטרופו' שלו והנה ראובן הלך לבית עולמו וחנ"ש ועתה שמעון האפוטרו' שלו לשאול הגיע דבמקום אשר צוה ראובן לקבוע הישיב' ליכא אינשי דידעי בלימוד הגמרא יורנו המורה אם יש לחוש מקום שינוי דעת המתנדב או לא ושכמ"ה:

תשובה הגם כי לעת כזאת גולה אני ממקומי וספרי אינם אתי אמרתי אכתוב רובי תורתי תורה שבע"פ ממה שרשום בזכרוני ואען ואומר דהנה בענין שינוי ההקדשות יש לאסור מחדא מתלת. הא' משום דאסור לשנות מדעת הבעלים המתנדבים אותו זולת היכא דבא לשנותו לעלוייא וכמ"ש. הב' דאפי' היכא דשרי לשנותו היינו דליכא אכחושי מצוה אבל אי איכא אכחושי מצוה לא. ויבוא הג' דלפעמים אינם יכולים לשנותו כלל ואפי' למצוה דעדיפא מינה והוא היכא דהוקדש זה הממון לעניים ידועים ומטא ליד גבאי דכיון דמטא ליד גבאי כבר זכו בו אותם העניים ונעשה ממון שלהם ואפי' הסכימו שבעה טובי העיר במעמד כל אנשי העיר לאו כל כמיניהו לאפסודי לעניים וזה מבואר בדברי הרא"ש בפסקיו שכתב במתני' דמותר עניים לעניים איירי כשגבו לשמם של אותם עניים ואפי' במה שהותירו לא ישנו אותם לעניים אחרים ואם במותריהם אמרו דאיכא לאצדודי ולומר מעיקרא לא גבו אלא לכדי צורכם ולא ליות' ואפ"ה אמרו לא ישנו לעניים אחרים מכיון שגבו אותם לשמם של אלו כ"ש בעיקר הגבייה דאינם יכולים לשנות' ואפי' למצוה דעדיפא מינה ומה שסיימו שם בירושלמי ואין ממחין ביד הפרנסים שאם ראו שיש צורך בדבר ובאו לשנות אין ממחין בידם אמותריהם קאי וכ"נ מדברי הרב בנימוקי יוסף משם ר"י ז"ל אבל בעיקר הגבייה נלע"ד דאינם יכולים לשנות' ולהפסיד לאלו ואפי' ז' טובי העיר במעמד אנשי העיר מטעם דמכי מטא ליד גבאי זכו אלו שגבו בשבילם. ומאי דמשנין קופה לתמחוי ואע"ג דקופה הוי לעניים ידועים ומכי מטא ליד גבאי זכו בהו אותם העניים שהרי הם מבוררין ומיקן קיץ ולשמור קרינן בהו כדאמרינן ס"פ החובל ה"ט כמ"ש הרא"ש בפסקיו משום דהוי דבר קבוע ואם יחסר להם יגבה פעם אחרת ולא מפסדי עניים מידי הא לאו הכי אינם יכולים לשנות' ואפי' למצוה משום דכבר זהו בה אותם עניים הידועים וע"פ הדברים האלו אין צורך למה שנדחק המאור הגדול מושיע ורב בדברי הר"ן דמ"ש הר"ן דהוי כגוזל את העניים אינו אלא כשהשינוי הוא לדבר הרשות אבל כשהשינוי הוא לדבר מצוה שרי משום דעניים גופייהו ניחא להו למיעבד מצוה בממוני' אלו דבריו. ומלבד דאין בטעם זה טעם כעיקר וכמה דיות משתפכות ע"ז היכא אמרינן ניחא לי' לאינש וכו' ואני בע"ד בלומדי מסכ' נדרים דקדקתי מאותה סוגייא דהתורם משלו על של חבירו דכי אמרינן הכי היינו במצוה דרמי' עליה ובמ"א הארכתי ואעיקרא דמילתא דברי הר"ן ז"ל מיירי בעניים ידועים דשייך לומר כבר זכו בו העניים דאי אינם ידועים מי הוא שזיכה להם וכיון דמיירי בעניים ידועים בודאי אינם יכולים לשנותה למצו' אחריתי כדמוכח מדברי מוהריק"ו בשורש ה' דנמצא זה גוזל את העניים. ולפי זה צ"ל דהא דקתני בברייתא בפ"ק דערכין דהאומר סלע זו לצדקה דמשבאה ליד

גבאי אי אתה רשאי לשנות' ופי' שם הרא"ש ז"ל דה"ד לדבר הרשות אבל לדבר מצוה יכול לשנות' אפי' לא יפרענה עוד מיירי בעניים שאינם ידועים דעדיין לא זכו בה עניים כיון שאינו מבורר מי הוא שיזכה בה באות' סלע ולהכי יכול הגבאי לשנותה לגמרי למצוה אחריתי. וכי תימא אי לא זכו ביה עניים עדיין אמאי לא מצי ללוות'. איכא למימר דחיישינן לשמא יזדמנו עניים מיד וזה לא יוכל לפורע' מיד. אבל מדברי הרא"ש בפסקיו ר"פ שור שנגח ד' וה' נראה דטעמא דקתני משבאת ליד גבאי אי אתה רשאי לשנות' היינו משום דכבר זכו בה עניים יע"ש. ולפי"ז ע"כ צריך לפרש דמיירי שענין שהעניים הזוכים. בה כבר הם מבוררים וקיץ להם לכל א' חלקו וכדאמרינן גבי רב יוסף עניי דפומבדיתא מיקץ קיץ להו והדרא קושייא לדוכתא דאי כבר זכו בה עניים היאך מצי הגבאי לשנותה למצוה אחריתי ואף למצוה דעדיפא מינה שלא מדעת כל הקהל וכמ"ש מהריק"ו בשורש ז' והביאו מר"ן בש"ע סי' רנ"ב דהנודר סלע לצדקה אין פדיון שבויים בכלל ואין לפדות בסלע זו רק מדעת בני העיר אבל הגבאי לחוד לא מצי לפדות כדמוכח שם ולכן נלע"ד דמ"ש הרא"ש דמצי הגבאי לשנותו למצוה אחריתי אפי' לא יפרענה עוד מיירי בשכבר קבוע לעניים לכל א' וא' כמה יטול בשבוע ואינם מוסיפין קצבתם אפי' אם. יותיר בכיס ולהכי מצי הגבאי לשנותה שאם יחסר בכיס ישובו הגבאים ויגבו להם כדי ספוקם וכיון דליכא רווחא לעניים ע"י נדבתו של זה דבלאו הכי לא יותירו ולא ימעיטו מצי הגבאי לשנותו למצוה אחריתי ואע"פ שכבר הוקצה לצדקה אבל בזמן שאין הצבור מספיקין צרכי העניים ועמד היחיד והקדיש לעניים להוסיף על קצבתם אינם יכולים לשנות' ואף בהסכמת הצבור משום דהוו גוזלים את העניים וכ"כ הרשב"א בתשוב' והביאה הב"י בסוף ה' צדקה:

ובמה שכתבתי יתיישבו שתי תשובו' למהריק"ו ז"ל דאילו בשורש ה' כתב דמעות של צדקה יכול הגבאי לשנותם למצוה אחריתי ואפי' בלא רשות הקהל ויליף לה מדברי הרא"ש שהבאתי ואלו בשורש ז' כתב דהנודר לצדקה לא מצי לפדות שבויים בהם אם לא מדעת כל הקהל וע"כ צריכים אנחנו לפרש ולומר דבשורש ז' מיירי בענין בשכבר זכו בהם עניים מיד ולהכי בעינן הסכמת כל הקהל כדי לשנותה. וכ"ת אי מיירי בשכבר זכו בהם עניים היכי מצו הקהל לשנותה ואף למצוה. איכא למימר כמ"ש הרא"ש דכל המתנדב ע"ד הצבור הוא מתנדב שאם יצטרכו הצבור לשנותו למצוה אחריתי ישנו אותה ונמצא דמעיקרא לא זכו בי' עניים כל זה כתבתי לפי שטת הרא"ש ומהריק"ו שפי' במתני' דשקלים דמותר עניים לעניים איירי כשגבו לעניים ידועים ומכי מטא הגבייה ליד גבאי זכו עניים בה דשליחותייהו דידהו קא עביד אבל אי גבו לעניים סתם שאינם

ידועים דעדיין לא זכו בה העניים כיון שלא הוברר יכולים לשנותה למצוה אחריתי. אבל לע"ד אם שאיני כדאי לחלוק עליהם לדידי חזי לי מתוך דברי הרמב"ם בפי' דמתני' דמיירי כשגבו לעניים שאינם ידועים ומאי דקתני מותר עניים לעניים ר"ל שלא ישנו צדקת עניים ליתנה למתים דלא כמו שפי' מהריק"ו דר"ל שלא יתנו לעניים אחרים וכדברי הרמב"ם ז"ל מוכח מפ' נגמר הדין דקתני שם אמתני' דמותר המתי' למתי' מותר המת ליורשיו כיצד מותר המתים למתים גבו למתים סתם זהו מותר המתים למתים גבו למת ידוע זהו מותר המת ליורשיו ע"כ ומינה נלמוד לבבא אחריתי דכוותה וכ"ת אי מיירי בעניים שאינם ידועים כיון שאינ' מבוררי' הזוכים עדיין לא זכו בה ואמאי אינם יכולים לשנותה וי"ל דגבאי שאני דידו כיד עניים ומכי מטו לידיה זכו העניים וכל המשנה הרי זה גוזל מתנות עניים ואע"פ שהוא ממון שאין לו תובעין וכן נראה מתשובת הריב"ש סימן תס"ה דאפי' בעניים שאינם ידועים זכה הגבאי בעד עניים. ומהר"ם כתב בתשובות הארוכות דמעות מעשר שנהגו לתתם לעניים אינו יכול לשנותן למצוה אחרת שכבר זכו בהם עניים. ע"י מנהג ותנן בפ"ב דשקלים מותר עניים לעניי' יע"ש וכן מוכח מהירושלמי בפ' בני העיר דגרסינן התם ר"ח בר אבא אזל לתמן יהבו לי' זוזי למפלגן ליתמי אזל ופלגינהו לרבנן בעו עלה מהו שיהא צריך להפריש אחרים תחתיהן ר"י בר אחא בשם ר"א אמר א"צ להפריש אחרים תחתיהן ר"י בש' ר"א אמר כל המצות עד שלא באו ליד גבאי אתה רשאי לשנותן משבאו ליד גבאי אי אתה רשאי לשנותן ע"כ. ולכאורה יש להבין דא"כ מ"ט דר"א דאמר דאין צריך להפריש אחרים תחתיהן מאחר דהוא בעצמו ס"ל דמשבאו ליד גבאי אי אתה רשאי לשנותן,. וראיתי לחד מן המורי' שפירש דמאי דקאמר משבאו ליד גבאי אי אתה רשאי לשנותן היינו דוקא לדבר הרשות אבל לדבר מצוה רשאי לשנותן ולע"ד אין פירושו עולה יפה דהא בירושלמי פ"ק דמגילה עלה דמעות פורים אינם משנים דייק עלה הא שאר המעות משנין אלא כל המעות עד שלא באו ליד גבאי רשאי אתה לשנותן משבאו ליד גבאי אי אתה רשאי ע"כ. מוכח מהתם דאפילו לדבר מצוה אינו רשאי לשנותן דומיא דמעות פורים דאינן משנין אפילו לדבר מצוה:

וראיתי להרב מהריט"ץ שפירש דר' חייא בר אבא לא הוה גבאי של יתומים כדי שנאמר שיזכה בעד היתומים ומה שאמרו משבאו ליד גבאי אי אתה רשאי לשנותן היינו דוקא במי שהוא גבאי קבוע עכ"ד. ואני אומר איברא דפשט לשון הירושלמי הכי מוכח דר"ח בר אבא לאו גבאי של יתמי הוה אבל עדיין צריכים אנו לומר עוד דהני יתמי וארמלאן לא הוו ידועים מי הם שיזכה בהם דאי הוו ידועים כי נמי נימא דרחב"א לא הוה גבאי

מכי מטא לידיה על שמייהו זכה הוא בעדם זכי' גמורה ואע"ג דלא אמרו ליה זכי כמ"ש הטור בח"מ סי' קכ"ה וסי' רמ"ה דהולך לעני כזכי דמי אלא ע"כ צ"ל דמיירי בשאינם ידועים. ואפ"ה משמע בירושלמי דטעמא משום דרחב"א לא הוה גבאי דאי הוה גבאי לא הוה רשאי לשנות וכן נראה מתוך דברי מהר"ם שהביא המרדכי פ"ק דבתרא על ראובן שנתן ממונו כדי לשכור רב וכו' דכי אמרינן משבאו ליד גבאי אי אתה רשאי לשנותן מיירי אפי' בשאין הזוכים ידועים ואפ"ה לא מצי לשנותן למצוה אחריתי משום פסידא דעניים וחשיב כגוזל את העניים אפילו בכה"ג כדמוכח מדברי הרשב"א שהביא הב"י סי' רנ"ח וכל זה כתבתי כדי ללמוד במקום אחר דבנ"ד יראה דליכא למיחש להכי כיון שאין הזוכים בישיבה היו מבוררים יכול האפטרופוס לשנותם למקום אחר ומשום שינוי מצוה ליכא שהרי אינו משנה ממצוה למצוה. אבל עדיין יש מקום לבעל דין לחלוק שלא יוכל האפטרופוס לשנות ואפילו ממקום למקום משום דאסור לשנות מדעת המקדיש ומה"ט יראה שכתב הרא"ש ז"ל בחשיבת דהצדקות שהתנדבו לצורך ת"ת לא ישנו אותם לצורך ב"ה דהוי מצוה דפחיתא מינה וע"כ צריך לומר דה"ט משום דאסור לשנות מדעת המתנדבין דמשום הזמנה ליכא למימר דהוי כטוי' לארוג ואף על פי כן כתב דאם גבו לצורך ב"ה אינם יכולים לשנות כי אם ע"י עילוי והכי מוכח מההיא דאמרינן בפרק בני העיר אמתני' דקתני וכן במותריהן אמר רבא לא שנו אלא שמכרו והותיר אבל גבו והותירו לא ע"כ משמע דאם גבו לצורך בית הכנסת אינם יכולים לשנות עיקר הגבייה בלא עילוי וכן כתב הרמב"ם זכרונו לברכה ומרן בש"ע בא"ח סימן קנ"ב ואף על פי דעדיין לא חלה הקדושה על המעות בעי עילוי משום דאסור לשנות מדעת הבעלים. ועל פי הדברים האלו היה נראה לאקשויי על דברי מהר"ם שהביא המרדכי פרק קמא דבתרא שפיר' דהברייתא דקתני ישראל שהתנדב מנורה עד שלא נשתקע שם בעלים ממנה יכולים לשנותה לדבר מצוה דמיירי אפילו לשנותה למצוה דפחיתא מינה דכי בעינן עילוי היינו דוקא בתשמישי קדושה אבל לא בתשמישי מצוה ע"כ ולפי מ"ש נראה דליכא לפלוגי בהו ואיברא דאם תלונותינו תלונה גם על הרא"ש גופי' איכא לאקשויי גם כן שנראה מדבריו דסבירא ליה כמהר"ם רבו שכתב בפסקיו בההוא דמשבאת ליד גבאי אי את רשאי לשנותה דהיינו דוקא לדבר הרשות אבל לדבר מצוה יכול לשנותה אפילו לא יפרענה עוד ומדסתם דבריו ולא פירש משמע דאיירי אפילו בלא עילוי וראיתי להרב מהריק"ו ז"ל שכתב דהא דמצי לשנותה אפילו למצוה דפחיתא מינה מיירי בשכבר יש ספק לקהל במנורה אחריתי וליכא משום אכחושי מצוה וכי בעינן עילוי היינו בדאין ספק לקהל ממקום אחר ואם יתנו המעות לבית הכנסת יתבטל ת"ת אלו דבריו ז"ל

ונכונים הם וכיוצא לזה מחלק תלמודא לענין המצות בין מצוה שאפשר להתקיים על ידי אחר ובין מצוה שאי אפשר להתקיים ע"י אחר. ועפ"ז צ"ל ולומר דמ"ש הרא"ש גבי נודר סלע לצדקה דאפילו מכי בא ליד גבאי מצי לשנותו לדבר מצוה דמיירי בשכבר יש לספוקי לעניים ממקום אחר וכמש"ל דליכא פסידא לעניים וכל כי האי גוונא דליכא פסידא לעניים וצריכים לקיומי מצוה אחריתי מינח ניחא להו לבעלים בכך ולית ביה משום שינוי דעת המתנדבים. ולפי מה שכתוב יראה דבנ"ד נמי ליכא למיחש משום שינוי דעת המתנדב כיון דבמקום שצוה הוא לקבוע הישיבה ליכא אינשי דבקיאי בלימוד הגמרא וזה האפטרופוס רוצה לקובעה במקום דבקיאי בלימוד הגמרא דטבא ליה קא עביד לי' וכדאמרי' גמרא אין לך מדה גדולה הימנו ואנן סהדי דאלו הוה ידע המצוה כל כי האי גוונא לא הוה אמר הכי. וכן נראה מתשובה שהביא בהגהת מרדכי דכתובות על ראובן שנדר בעת צרה וכו' יע"ש שנראה כמ"ש ומה גם אם קובע אותם בארץ ישראל דאיכא אומדנא רבה דמינח ניחא ליה דהכי רגילי רובא דאינשי לקבוע בארץ ישראל למנוחת נפשם וכבר ראיתי להמורה שיחי' מושיע ורב שכתב כ"כ וכדבריו נראה לי נאום הצעיר אפרים נבון:

(**וראיתי** בתשובת למהר"ם ז"ל הארוכות סימן שמ"ג שכתב דהא דאמרינן בערכין דהאומר סלע זו לצדקה דיכול לשנותה היינו דוקא ללוותה אבל אינו יכול לשנותה למצוה אחריתי משום דנעשה עליו נדר לתת לעניים. ולפי זה צריך לומר דמה שכתב הרי"ף בפרק ד' וה' דיכול לשנותה למצוה וכן כתב הרא"ש פרק קמא דבתרא היינו בדקיץ להו לעניים וליכא רווחא לעניים בנדרו של זה וכל הנודר נותן ביד הגבאי. ועל פירוש זה יתיישבו שתי תשובות של מהר"ם דאיהו גופי' כתב בסימן תתקמ"ב דכל כמה דלא אתא ליד גבאי יכול לשנותה למצוה אחרת ועיין בתשובת להרשב"א סי' תר"ד ותרי"ז):

סימן יא

ראובן התנדב סך מעות להקדש ת"ת באופן זה דהיינו שמהפירות יספיקו לעשרה ת"ח שילמדו בישיבה בקבע ועוד בנה ראובן הלז בית אחד לקבוע הישיבה באותו הבית וזיכה הממון הנזכר על ידי אחר שיזכה לשם העשרה ת"ח ואחר כך נטל הוא הממון להתעסק בו ולהוציא ממנו פירות להספיקן להת"ח וכשבקש העשרה ת"ח לקובעם בישיבתו לא מצא בכפר עשרה ת"ח שילמדו בקבע ועתה רוצה לחזור בו מהעשרה ת"ח ורוצה שמהפירות יסתפק מלמד אחד שילמוד תינוקות של בית רבן יורנו מורינו אם יכול לחזור בו ראובן הלז ואין בו עון אשר חטא ושכמ"ה:

תשובה עיקרא דהאי מלתא איתא בפרק קמא דערכין דגרסינן שם תנו רבנן האומר סלע זו לצדקה עד שלא באתה ליד גבאי מותר לשנותה ע"כ ובפירושה דהאי מלתא נחלקו בה המפר' ז"ל דרבינו ברוך פירש דלשנותה דקאמר היינו לשנותה ממש למצוה אחריתי אבל ה"ר משה מאיברא נחלק עליו ואמר דלישנא דלשנותה לא משמע הכי מדקאמר עלה והא ר' ינאי מוזיף ופרע אלא ללוותה קאמר אבל לשנותה ממש אסור ע"כ בתוספות וטעם מחלקותם נראה לעניית דעתי דבהא פליגי דה"ר משה סבירא ליה דמכי אמר סלע זו לצדקה נעשה עליו נדר לתתו לעניים דוקא ורבינו ברוך סובר דכיון דאפרשיה ואמר סלע זו לצדקה תו לא נשאר גבי נודר מידי אלא שהסלע עצמו נתפס לגבוה וכל דלא זכו ביה עניים עדיין מצי לשנותו בכל מידי דלגבוה. ולכאורה נראה דיש קצת סעד לפירוש זה מדלעיל בשמעתין שקיל וטרי באומר סלע זו לצדקה אי מצי ללוותה ולא קא פשיט לה מהאי ברייתא דקתני בהדיא דמותר לשנותה אם לא שנאמר משום דהוה מצי למדחי ולומר דהברייתא לשנותה לדבר מצוה קאמר וכדאמרן וכיון שכן הוא לפום קושטא דמלתא נמי הברייתא קיימא בכל גוונא דעד שלא באתה ליד גבאי מותר לשנותה בין לעצמו על מנת שיפרענה ובין לדבר מצוה אפי' אם לא יפרענה וכמו כן באיסורא דקתני בכל גוונא מיירי דאסור לשנותה כל עיקר וכלהו מחד טעמא כיון שזכו בי' עניים ולהכי הוה מותיב מדר' ינאי דמוזיף ופרע באופן דעדיין לא מכרעא מלתא איזה מהפירוש עיקר ולא עוד אלא דאפילו נימא דלישנא דלשנותה ללוותה משמע עדיין ליכא ראיה לומר דיהא אסור לשנותה ממש לדבר מצוה דהא איכא למימר דהברייתא לדבר הרשות קא מיירי אבל לדבר מצוה מותר לשנותה לגמרי ואפילו לא יפרענה עוד וכמ"ש הרא"ש בפ"ק דבתרא ולזה הסכים מהר"ם ז"ל כמו שכתב המרדכי שם דכל לדבר מצוה שרי לשנות וראיה מהירוש' דמגילה דקאמר התם דרחב"א יהבי לי' זוזי למיפלגן ליתמי ולארמלתאן אזל ופלגינהו לרבנן ובעו עלה מהו שיהא צריך להפריש אחרים תחתיהם עד ר' ייסא אמר א"צ להפריש אחרים תחתיהן דאמר ר' חנינא כל המצות עד שלא באו ליד הגזבר רשאי אתה לשנותן וכ"כ בפשיטות בהגה' מרדכי דכתובות וכיון שכן נראה דלענין הלכה נקטינן כסברת ר' ברוך מכיון דמהר"ם והרא"ש והגהת מרדכי דבתראי נינהו הכי סברי וסוגית הירושלמי ג"כ אזלא כותייהו ולפי זה בנ"ד ג"כ הגם דמעיקרא כשהקדיש היה ע"ד שיתנו הריוח לעשרה ת"ח שילמדו בישיבה מ"מ כיון דבתר הכי נמלך ורצה שיתנו לת"ח אחד כדי שילמוד לתלמידים מה שעשה עשוי וכמ"ש. ואם לחשך אדם לומר דבנ"ד הרי הוא כאלו מטו ליד גבאי מעיקרא כיון דזיכה את הדמים לעשרה ת"ח שילמדו בישיבה וכל היכא דמטו ליד גבאי תו לא הוה מצי לשנותם ואפילו

לדבר מצוה כדמוכח מהירוש' שם אינו כן דלע"ד נרא' דלא הוה בזכי' זו ממש שהרי לא היו הת"ח שילמד בישיבה מבוררים מי הם כדי שיזכו בהם דאין אדם מצי לזכות למי שאינו מבורר וידוע שיזכה בהם וכמ"ש מהרימ"ט ז"ל בתשובה ואע"ג דמכי אתו ליד הגבאי זכו בו עניים ומשמע אפילו בשאין העניים מבוררים כמו שהוכחתי במקום אחר גבאי שאני משום דידו כיד כל העניים אבל אדם אחר לא כדמוכח מהירושלמי דלא קא חשיב לר"ח בר אבא גבאי ואע"ג דיהבו לי' בידי' למפלגן ליתמי הואיל ולא היה גבאי קבוע ומיוחד מעיקרא וכמ"ש הרב מהריט"ץ בסי' ע"ט. ואף אם ת"ל דכל שזיכה אותם לעניים ע"י אחר זכו ביה עניים דהשתא נעשה זה גבאי לעניים במעות אלו וכדמשמע לכאורה מדברי הרשב"א בסי' תרנ"ו ומדברי הרמב"ן ז"ל במלחמות ג"כ גבי ההוא עובדא דתקע לחבריה. וקצת איכא למידק הכי מתלמודא דידן פ"ק דקדושין בשמעתין דאגב דבעי לאוכחא דשדה לאחד ומטלטלין לאחד דקני ממעשה דר"ג שאמר ועישור אחר שאני עתיד למוד נתון לר"ע כדי שיזכה בו לעניים ומקומו מושכר לו ודאי לי' דשאני ר"ע דיד עניים היא ופירש רש"י ז"ל הואיל וגבאי הוה ע"כ הרי דלא איצטריך להאי טעמא דגבאי הוה אלא משום דלא תהוי כשדה לאחד, ומטלטלין לאחד הא לאו הכי בלאו טעמא דגבאי הוה אמינא דמכי מטו ליד ר"ע כאלו אתו ליד עניים ממש. והא דבירושלמי לא קא חשיב ליה גבאי לרחב"א איכא למימר דכי יהבו ליה מעיקרא לאו לחלקם הוא עצמו הוה אלא כדי לאמטויינהו ליד הגבאים הוה דנמצא שלא נתכוין מעולם רחב"א לזכות ליתמי ולארמלתן ולהכי אזל ופלגינהו לרבנן אבל בעלמא כל שאמר לאחד זכי בסלע זו לעניים מהשתא נעשה זה ידו כיד העניים ואפילו אי לא היה גבאי מעיקרא מ"מ נידון דידן לא הוי הכי משום דאע"פ שזיכה אותם מעיקרא ע"י אחר עדיין נשארו המעות בידו שהוא עצמו היה המפקח בהקדש והכל לפי ראות עיניו דנמצא שהוא עצמו היה הגבאי ולא אותם אחרים שזיכה על ידם שהרי לא השאיר בידם שום דבר כדי שיקראו גבאי' וכיון שכן הוא נסתלקה ג"כ הזכי' ממילא וכמ"ש:

ובר מן דין נראה לע"ד דע"כ לא קאמר הרמב"ן ז"ל דנעשה זה השתא גבאי לעניים בסלע זה אלא בדיהיב ליה בידים שיזכה לעניים סתם דנעשה ידו של זה כיד כל העניים אבל אי יהיב ליה בידים שיזכה לעניים שנים או שלשה שאינם מבוררים לא שייך לומר הכי כיון דהוא עצמו לא ידע לאיזה מהם נעשה גבאי ואין כאן זכיה ומה גם בנ"ד שנראה דמה שעשה המקדיש מעיקרא לתת הריוח לעשר' ת"ח היה בטעות דסבור היה שימצאו שם עשרה ת"ח שישבו בישיבה והרי ביקש ולא מצא כאשר העיד ובא חד מגדולי הכפר עד שמחמת זה נמלך המקדיש לשנות את ההקדש דאין לומר כיון דמעיקרא כשהקדיש

סתם דבריו ואמר שיהי' לעשרה ת"ח שישבו בישיבה כונתו היה שילמדו שם בישיבת עראי כמו שלומדים בשאר הישיבות שעה אחת ביום או פחות ולהכי בלבד אפשר שהיו נמצאים שם עשרה אנשים. ומה שאמר אח"כ שבדעתו היה שילמדו שם בישיבת קבע הויין דברים שבלב ודברים שבלב אינם דברים לאו הכי דכל כה"ג דנ"ד דאיכא הוכחה למלתא לאו דברים שבלב בלבד הוו שהרי הענין מוכח מתוכו כמו שאמר מדבנה להם בית המדרש וכל תשמישיו כאשר נדר ובא מעיקרא לבנות להן בית המדרש דזה מוכיח שלא היתה כונתו מעיקרא לישיבת עראי דא"כ לא היה צריך להוציא הוצאות לבנות להם ב"ה. ואפילו אי עדיין אין זו הוכחה גמורה והדבר שקול מ"מ כל שפירש דבריו אזלינן בתר כוונתו כיון דאינו סותר דבריו דמעיקרא ואינו אלא כמפרש ועוד דאיכא למימר דגם מעיקרא פירש דבריו בהדי' כמו שאמר אח"כ אלא שלא הוצרך להעלותם בכתב מכיון דהוא עצמו היה פקיד וגבאי בהקדש וראיה לזה מדזה כמה שנים בתר הכי היה המקדיש נותן הריוח לת"ח אחד ולא ערער שום אדם על זה לא אנשי הכפר ולא הת"ח שבתוכה דמדשתקו אודויי אודו לדברי המקדיש כאשר אמר. עלה לנו מהאמור דמה שנמלך המקדיש לשנות את ההקדש כדי ליתן הריוח לת"ח אחד שילמוד לתלמידים הרי הוא קיים בפרט שיש יותר מעליותא בזה שילמוד תלמידים כל היום אשר בהבל פיהם העולם מתקיים ממה שילמדו עשרה ת"ח שעה אחת או חצי היום הנלע"ד כתבתי:

סימן יב

על מה שנוהגים שמשימים רמונים על גבי ס"ת ואח"כ כשיורדים מנכסיהם מוכרים אותם לחולין הרב מוהריק"ו שורש קס"א קרא תגר ע"ז המנהג דמדינא דגמרא כיון שנתנם על הס"ת חלה קדושה עלייהו כדאמרינן פרק נגמר הדין כיפה שהוא טמא מדרס ונתנתו לספר טהור:

ולכאורה היה נראה לקיים המנהג ע"פ מ"ש הרא"ש ז"ל בפ' בני העיר דס"ת של יחיד יכול למוכרו ואפילו למשתי ביה שיכרא ולא בעינן עילוייא הדין יחיד הוי כמו ז' טובי העיר דיכולים להפקיע קדושתייהו ה"נ בהני רמונים יכולים הבעלים כל אימת שירצו להפקיעם מקדושתם משום דעל דעתם הוקדש איברא דלפי דעת הר"מ ז"ל דס"ל דאפילו זט"ה במעמד אנשי העיר אינם יכולים להפקיע קדושתייהו בכדי אלא הדמים נתפסים בקדושה וכי אמרו שם אבל מכרו זט"ה בא"ה אפילו למשתי בי' שיכרא היינו לומר שיכולים להפקיע קדושת המקום שישתו שם שיכרא בב"ה אבל הדמים נתפסים בקדושה א"כ ה"ה ביחיד המוכר את שלו שאינו יכול להוציאם לחולין וליהנות מן הדמים וכ"נ מדבריו בהלכ' ס"ת שכתב הרימונים תשמישי קדושה הם ואסור להוציאם

לחולין אלא א"כ מכר אותם לקנות בדמיהם ס"ת עכ"ל משמע מדבריו דאיירי אפילו ביחיד המוכר את שלו וכך הבין מדבריו הטור בי"ד וע"כ צריך אתה לפרש כן דלא עדיף יחיד המוכר את שלו ממכרו זט"ה בא"ה דכתב הרמב"ם דהדמים נתפסים בקדושה. ולכאורה סוגייא דשמעתין הכי אזלא דקא' האי בי כנשתא חלופי וזבוני שרי מתנה אסור דבמאי תיפקע קדושת' ופי' לה הרי"ף דמיירי במכרו זט"ה בא"ה ואפ"ה קאמר במאי תיפקע קדושתי' משמע דאין יכולים להפקיע קדושה לגמרי אפילו במעמד א"ה אלא ע"י מכירה משום דהדמים נתפסים בקדושה וחלה קדושת החפץ על הדמים. הן אמת דלפי זה יש להקשות ע"ד הרא"ש דגם הוא פי' דהא דאמרה מתנה במאי תיפקע קדושתי' איירי אפילו כי מכרו זט"ה בא"ה ואיהו ז"ל פי' דכל שמכרו זט"ה בא"ה המקום והדמים יצא לחולין וא"כ מאי קאמר מתנה במאי תיפקע קדושתי' והלא ז' טובי העיר יכולים להפקיע הקדושה בכדי:

וראיתי להר"ן ז"ל דאזיל בשיטת הרא"ש וכתב דאע"פ שכחם של בני העיר במעמד כולם יפה דהמקום והמעות יצאו לחולין מ"מ אינם יכולים להפקיע קדושה בכדי אלא צריך שיחול תחילה קדושת ב"ה על הדמים ואח"כ יתנו על הדמים להוציאם לחולין כיון דהוו קדושה שניה ולע"ד הם דברים רחוקים ויותר נראה כמ"ש דהרי"ף בשיטת הרמב"ם ז"ל קאי ומה גם כיון דהר"מ ז"ל היה תלמידו איהו קים ליה בשיטת רבי' יותר מהן. והרמב"ן ג"כ כתב דדוקא קדושת ב"ה הוא דיכולין להפקיע קדושתו לגמרי משום דב"ה אין בו אלא קדושת תשמישי מצוה אבל שאר תשמישי קדוש' כגון רמונים שמניחים ע"ג ס"ת או כיס של תפלין אינם יכולים להפקיע קדושתייהו אלא שיש חילוק בין דעת הר"מ ז"ל לדעת הרמב"ן ז"ל דלפי דעת הרמב"ם נראה דתשמישי קדושה יוצא לחולין ע"י דמים והדמים יעלו לקדושה ולדעת הרמב"ן אינם יוצאים לחולין אפי' ע"י דמים ולפי זה יש לחוש למ"ש מהריק"ו. אבל עדיין נראה לקיים המנהג משום דכיון שנהגו כך ה"ז כמי שהתנה מעיקרא ופירש שמקדיש אותם בתנאי שכל זמן שיצטרך וירד מנכסיו שיצא לחולין וכיוצא בזו אמרי' בפ' המקבל גבי ר"מ היה דורש לשון הדיוט כלומר שכל דבר שנהגו ההדיוטות לעשות אע"פ שזה עשה בסתם ע"ד המנהג קא עביד וכמי שפירש דמי:

איברא דהיא גופא צריכ' לן רבה אי כשפירש זה בהדיא שמקדיש אותם בתנאי שיהא קדוש ולזמן שיצטרך להם שיצאו לחולין אי מועיל התנאי דמי אמרינן כיון שחלה עלייהו קדושה שעה אחת תו אין הקדושה פקעה בכדי כדאמרינן בפ"ד דנדרים דאינה קדושה יוצא' בכדי ואפילו הקדיש לזמן ואע"ג דרבא מחלק שם בין קדושת הגוף לקדושת דמים דקדושת הגוף אינה יוצאה בכדי אבל קדושת דמים יוצאה בכדי. ולכאורה נראה שכן

הוא דעת הרמב"ם ז"ל מ"מ הא הראב"ד ז"ל פליג ע"ז בהלכה מ"ה וכתב דאפילו בקדושת דמים אזלינן לחומרא אי משום דר"פ פליג עליה דרבא אי משום דקם רבא בתיובתא דפריך ליה אביי ושתיק וזה נראה שהוא דעת רש"י ז"ל בפ' בכל מערבין עלה דההיא דבעי רבא אמר ככר זה היום יהא קודש ולמחר חול פי' רש"י ז"ל תהא חול על מעות שיש לי בביתי משמע דס"ל דאפילו קדושת דמים לא פקעה בכדי. ועוד דהכא גבי תשמישי קדושה כיון דאינהו גופייהו חזו לקדושה לאו קדושת דמים קא חשיב אלא קדושת הגוף וראיתי להתוס' בפר' בני העיר גבי בתי כנסיות שבבבל ע"ת הם עשויים שכתבו דאין התנאי מועיל אלא לאחר חרבנן אבל לא בישובן ודוקא בב"כ שבבבל הוא דמועיל התנאי משום שאין קדושתן קדושת עולם שהרי לעת בא גואל מפקע קדושתן אבל ב"כ שבא"י לא מהני בהו התנאי שקדושתן קדושת עולם ע"כ הרי נראה מדבריהם דאפילו ב"כ שבבבל שאין קדושתן קדושת עולם אין התנאי מועיל אלא לאחר חורבנן אבל לא בזמן דחזו לקדושה וה"ה בהני רמונים או שאר תשמישי קדושה לא יהא מועיל התנאי שפעמים יהיו קודש ופעמי' יהיו חול וכ"ש בהני רמוני' שקדושתן קדושת עולם:

איברא דיש לדחות ולומר דלא דמי תשמישי קדושה להההיא דנדרים דאמרו דאין התנאי מועיל משום דהתם בדיבור בעלמא שאמר שיהא קדש חל עלייהו קדושה ותו אינה קדושה יוצאה בכדי אבל הכא בתשמישי קדושה כל שמתנה ואומר שפעמים יהא קדש ופעמים יהי' חול אין קדושה חלה בהם דאנן בעינן בתשמישי קדושה הזמנה ומעשה כדי שתחול עליהם קדושה ואי בציר חד מינייהו לא חלה עלייהו קדושה והכא כל שאינו מזמינם לעולם לקדושה לא מיקרי הזמנה וכ"כ הרשב"א ז"ל בתשובה המיוחסת סימן ר"ס וז"ל אבל אם היה דעתם מתחלה שפעמים יהיו קדש ופעמים חול לא מיקרי הזמנה וה"ל כצר בי' ולא אזמני' וכן כתב המרדכי בריש פרק בני העיר שהזמנה לא מיקרי אלא בהזמינם לעולם אבל אם לפי שעה הקדישו הכל לפי תנאו כדאמרינן ב"כ שבבבל ע"ת הם עשויים. וכתב הר' ב"י בסי' קנ"ג דהדין דין אמת ולכאורה היה נלע"ד להביא ראיה לזה מההיא דאמרינן בפרק הקומץ דתפילין של ראש יכול לעשותן של יד ומוקי לה בחדתי ופריך ולמ"ד הזמנה מילתא היא מאי איכא למימר ומשני בדאתני עלייהו אלמא דתנאי מועיל להורידן מקדושתן משום דכיון שהתנה לא חשיבא הזמנה וה"ה לדידן דבעינן הזמנה ומעשה דכל שהתנה בציר הזמנה ולא חיילא עליהו קדושה וכ"כ הב"י בסי' מ"ב משם הגאון מהרי"א ז"ל. ואין להקשות לפי זה א"כ אמאי לא היו נכנסים האמוראים בבתי כנסיות שבבבל בחמה מפני החמה אלמלא דשמעתתא בעייא צילותא והלא כיון שהתנה עלייהו מעיקרא לא חלה עלייהו קדושת ב"ה איכא למימר דמחמרי אנפשייהו

הוי ולישנא דגמרא הכי דייקא דקאמר ואעפ"י כן אין נוהגין בהן קלות משום שאין זה דרך ארץ שמקום שמתפללים שם ינהגו בהם קלות ראש א"נ הוה קים לאמוראים שלא היו מתנים אלא בלאחר חרבנן אבל בישובן היו רוצים שתחול עליו קדושה לגמרי ככל דיני ב"ה וראיתי בהגה' אשירי שפי' כתירוץ קמא שכתבתי אבל קשה עליו דאי בכי האי גוונא לא חלה עליו קדושה משום דלא מיקרי הזמנה א"כ אמאי צריך במכרן לעלויי הדמים כיון דליכא בהו קדושה. ויש ליישב ולומר דמאי דבעינן עילוייא לאו משום דחלה קדושה על ב"ה אלא משום דאסור לשנותו שלא מדעת בני העיר וכה"ג צריך אתה לפרש בההיא דגבו מעות לב"ה כדמוכח מדברי הרא"ש בתשובה:

ודאתן עלה לידן מכל מ"ש דלדעת התו' והרא"ש לא מהני תנאי בתשמישי קדושה שפעמים יהיו קדושים ופעמים יהיו חולין ולזה נוטה פשט דברי הגאון רב האיי ז"ל שהביא הר"ן ולדעת ראבי"ה שהביא המרדכי והרשב"א ז"ל בתשו' התנאי מהני משום דכל שהתנה להשתמש בה חולין לפעמים לא חלה עליה קדושה לגמרי משום דליכא הזמנה והוי כצר בי' ולא אזמני' ולדעת התוס'. נראה דאפילו הכי מיקרי הזמנה וחלה עליה קדושה ותו אין התנאי מועיל להשתמש בו חולין כיון דחלה עליה קדושה שעה אחת ול"ד להההיא דירושלמי שהביא ראבי"ה שמתנים על התיב' להשען בה או להניח שאר ספרים דהתם כל שהתנה כך דמי לאומר איני בודל מהם כל בין השמשות מהיות כחי וזכותי בהם דמהני גבי נויי סוכה דנמצא דלא בטלינהו לגבי סוכה מעולם אבל באומר ששעה אחת יהי' קדוש ואחר כך לכשירצה ישתמש בו חול כמו ב"ה דע"כ הם צריכים שתחול עליו קדושת ב"ה בשעת תפלה לא מהני כמ"ש הר"ן שם בפ' המביא דכיון דפעם אחת בטלו לגבי סוכה לא מהני בי' תנאה. ואפילו לסברת הטור שם דפליג אהר"ן וסובר דתנאי לכשארצה מועיל היינו משום דבשעת ביאת היום שהיתה קדוש' צריכ' לחול עלייהו לא הוציא כחו וזכותו מהם שגם היא בכלל כל זמן שארצ' אטול מהם. אבל הכא בתשמישי קדושה שאומר שפעם א' יהי' קדש כיון שחלה עליו קדושה שעה א' אינו יכול אח"כ להשתמש בו חול אפילו התנה מעיקרא והשתא בהני רמונים שנוהגים למוכרם כשירדו מנכסיהם אפילו תימא דדעתם היה מעיקרא הכי ואפילו לא פירש כאלו פירש דמי שע"ד המנהג הוא עושה מ"מ לדעת התוס' והרא"ש הזמנה כה"ג שאינה לעולם אלא לפי שעה מיקרי הזמנה ומכי נתנו על הספר אפי' פעם א' חלה עלייהו קדושה ולדעת הרשב"א וראבי"ה לא חלה עלייהו קדוש' משום דכל שאינו מזמין לעולם אלא לזמן לא מיקרי הזמנה ופשטא דסוגיא דפ' הקומץ הכי משמע וההיא דנויי סוכ' דלא מהני בהו תנאי התם שאני משום דלא בעי הזמנה ותדע דגבי עצי סוכ' אפילו

באומר איני בודל מהם כל בין השמשות חלה עלייהו קדושה וטעמא משום דגילה לנו הכתוב דאע"ג דסוכה אינה אלא לפי שעה קדושה חלה עליה ואפילו תימא כסברת התוס' והרא"ש דהני רמונים אפילו לא הקדישם לעולם אלא לזמן קדושה חלה עלייהו מכי נתנם ע"ג הספר ואין יכולים למשכנם מ"מ כל שמכרם פקע מינייהו קדושה כמו מכרו זט"ה במעמד כל אנשי העיר דיצאו לחולין החפץ והדמים ה"ה ביחיד כמ"ש הרא"ש ז"ל. ואע"פ שלדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל אפילו כי מכרו זט"ה במעמד א"ה הדמים מיהא נתפסים בקדושה ולא יצאו לחולין עדין אפשר לומר דכל היכא דהתנה עלייהו מעיקרא מודה הוא ז"ל דמועיל התנאי. וה"ה בהני כיסי של תפילין שהם מזוהבות מועיל התנאי להוציאם לחולין לכשישנה ואפי' לדעת התוס' כיון דתו לא חזו לקדושה ואפילו בלא התנה לדעת הרא"ש והטור היחיד יכול להוציאן לחולין ולדעת הרמב"ם ז"ל צריך עילוייא ואם התנה על תשמישי קדושה ואמר לכשארצה הרשות בידי לעשות כרצוני אפשר דמועיל אפילו לדעת התוס' ול"ד לב"ה דלא היה מועיל משום דגבי ב"ה ע"כ הם צריכים שתחול עליו קדושה בשעת התפלה. וראיתי עכשו שנתפשט המנהג שהיחיד והצבור ממשכנים רמוני ב"ה. ולכאורה נראה דטעות הוא בידם דאפילו זט"ה במא"ה אינם יכולים להפקיע קדושתייהו אלא ע"י מכירה אבל אגורי ומשכוני אסור אבל מדברי הר"מ ז"ל שכתב תשמישי קדושה הם ואסור להוציאן לחולין נראה דכל שאינו מוציאן לחולין אלא שמוכר אותן לנהוג בהם קדושה שרי לאשתמושי בדמייהו ה"נ יכול למשכנם שהרי בקדושתן הם עומדים וכי אמרו בגמ' אגורי ומשכוני אסור היינו שממשכנם כדי שיהא הלוה משתמש בהם אבל לכ"ע נראה דאסור למשכנם לעובדי כוכבים מפני שנוהג בהם דרך בזיון:

ואם מכרו הרמונים כדי ליהנות מן הדמים ולהוציאן לחולין הלוקח אסור להוציא הרמונים לחולין כך נראה מדברי הרמז"ל שכתב אסור להוציאן לחולין אלא אם כן מכר אותן כדי לקנות בדמיהן ס"ת. דלכאורה נראה דהכי הו"ל למיכתב אא"כ מוכר אותם ומדכתב אא"כ מכר אותם נראה דכל שאין המוכר מעלה את הדמים הלוקח אסור להשתמש ברמונים לחולין אם יכולים למכור רמונים שהניחו ע"ג ס"ת כדי להספיק לת"ת לכאורה היה נראה דכיון דת"ת עדיף אפילו מס"ת דאמרינן בגמרא דמוכרין ס"ת לת"ת דאין לך עילוי גדול מזה יכולים הם לשנותם כדי להספיק לת"ת. אבל עדיין יראה דה"ט לא סגי לאפקועי קדושת הרמונים שיש בהם קדושה להוציאן לחולין דבמאי תיפקע הקדוש'. ול"ד להההיא דמוכרין ס"ת לת"ת דהתם אין אנו מפקיעין קדושת הס"ת וכל היכא דאיתי' בקדושתיה קאי אבל הכא להוציאן לחולין במאי תיפקע קדושתייהו.

ונראה דמש"ה איצטריך הרא"ש בכלל י"ג והרמב"ן בתשו' לומר דבמעות שהתנדבו לצורך ב"ה לא חלה עלייהו קדושה ואין לאסור משום הזמנה ואע"ג דהשינוי לא היה אלא לצורך ת"ת דהוי עילוייא כמ"ש הם ז"ל:

מ"ש מהריק"ו שרש ה' דכשנוחי נפש מניחי' איזה מעות לנדבה צדקה לעניים לכפרת נפשם וממנים גבאים ע"ז כדי לפקח בנכסים אותם הגבאים יש להם כח כמו בני העיר ויכולים הגזברים לשנות ובפרט לדבר מצוה ואע"ג דפסידי עניים פסידא דלא הדרא ותדע מדאמרינן ישראל שהתנדב מנור' לב"ה דיכולים לשנות' למצוה אחריתי ואע"ג דאין חוזרין ופורעין נר אחר ע"כ. ואינה ראי' דהתם מיירי בשיש להם ספק מנורות בב"ה וכמ"ש מהריק"ו בשרש קכ"ח ונמצא דאין כאן שום פסידא אבל בעלמא דאיכא פסידא דעניים אע"ג שאינם ידועים (א"ה עד כאן מצאתי):

הלכות נזקי ממון

סימן א

מי שהזיק שום חפץ מחברו והיה שוה באותה שעה חמשה ואח"כ בשעת הפרעון הוזל ואינו שוה אלא ארבע כמה חייב לשלומי דאיברא לענין גזילה קי"ל דחייב לשלם חמשה כמו שהיה שוה בשעת הגזילה ואינו יכול לפטור עצמו אפילו להחזיר כלי אחר כמות שגזל כדמוכח בפ' כל שעה דף ל"ב וכדפירש רש"י שם משום דכתיב אשר גזל כעין שגזל. ואיכא למימר דדוקא גבי גזלן הוא דהוי הכי משום דגלי קרא כעין שגזל אבל בשאר מזיק אפשר דסגי כשיחזיר כלי אחר כמו שהזיק ואע"ג דהשתא אינו שוה כ"כ כדמעיקרא. ואשכחן דנשתנה דינו של מזיק מגזלן כדרשא דהאי קרא גופא כדאיתא בירושלמי שהביאו התוס' בפ"ק דקמא דף י"א דדריש מהאי קרא דכעין שגזל לומר דאין שמין לגזלן משום דכתיב אשר גזל כאשר גזל אבל לנזקין שמין:

וראיתי להרמב"ם ז"ל בפ"ג מהלכות שכירות שכתב הסבל ששבר חבית של יין לחנוני ונתחייב לשלם והרי היא שוה ביום השוק ארבעה ובשאר הימים ג' אם החזירו ביום השוק חייבים להחזיר חבית של יין או ישלמו ד' החזירו לו בשאר הימים מחזירין שלשה ע"כ. וכתב ה"ה דהטעם שהם יש להם לשלם חבית של יין לפיכך כל שמשלמים דמים רואין כמה היא שוה בשעת החזרה וכו' עכ"ל. נראה מדבריו אלו כמ"ש דאפילו שהיה שוה בשעת שהזיקה ארבעה והשתא אינה שוה אלא ג' יכול לפטור עצמו בחבית של יין או בדמי שלשה כמו שהיא שוה עכשיו והטעם כמו שכתבתי משום דאין חיובו של זה אלא להחזיר חבית יין או דמי החבית. וכן נראה שהבין הטור בכונתו. ואפילו החולקין

על הרמב"ם ז"ל שכתבו דכיון שהיה שוה בשעת שבירה ד' אינו נפטר במה שיתן לו עכשיו חבית ששוה שלשה ה"ט משום דאיירי בחנוני העשוי למכור ומצי אמר ליה אלו לא שברת אותה הייתי מוכרה באותו יום בד' אבל בעל הבית שאינו רוצה למכור חפציו דלא מצי למטען האי טענה יראה דכל שהחזיר לו כלי אחר כמו שהזיק סגי וכ"כ יכול ליתן דמי הכלי כמו ששוה עכשיו. ואפילו למ"ש הטור בסי' ש"ד דאפילו לא היה יכול למכרה ביום השוק שהרי היה לו יין אחר ולא נמכר דאפ"ה אינו נפטר בשלשה כיון שהי' שוה ד' ביום ששברה. התם שאני משום דיכול לומר אמכרנו ביום שוק אחר ששוה ד' והאי טעמא לא שייך אלא היכא דידוע דאיכא יומא דשוקא ונמכר בארבעה אבל היכא דליכא יומא דשוקא שימכר ביותר אף הטור מודה דנפטר בשלשה וטעמא כמ"ש שאין לו עליו לשלם אלא חבית כמו שהזיק או דמי חבית השוה בשעת חזרה. ועל פי הדברים הללו נראה דמשום הכי לא חילק הרמב"ם ז"ל בפ"ה מהלכות טוען גבי מ"ש שם ז"ל וכן החופר בשדה חברו בורו' שיחין ומערות והפסידוה וטענו שחפר שתים והוא אומר לא חפרתי אלא אחד דה"ז נשבע היסת עכ"ל והשיג עליו הראב"ד ז"ל דאם זה תבעו לשלם לו פחתו הרי הוא כשאר תביעת ממון עכ"ל דכיון דאין זה חייב לשלם לו דמים ואינו חייב אלא למלאות החפירות כמו שהזיק אלא שאם רוצה משלם לו דמי מה שהפסיד נמצא דעיקר התביעה הוא קרקע. וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל בריש פ"ט מהלכות גזלה. ולפי זה נראה דהראב"ד ס"ל דמשעה שהזיק נתחייב דמי הזיקו והלכך אם הוזל אח"כ משלם כשעת הזיקו ועפ"ז ירד לחלק כן. ובעומדי בנדון דידן לראות היכי נדיינו דייני מצאתי בחי' מכ"י המכוני' לה"ר יונה זלה"ה שנסתפק בזה אי דינו של מזיק כגזלן לענין יוקרא וזולא והכא היינו טעמא דמשלם כשעת חזרה משום דאיכא מנהג קבוע בעיר שביום השוק שוה חמשה וכיון שכן בשאר ימים אינו משלם אלא ארבעה שהרי יכול ליקח באותו יום חבית בארבעה ולמכרה ביום השוק כמו שהיה שוה בשעת שביר' עכת"ד. עוד ראיתי בתשו' למהר"ם ז"ל שכתב דמזיק דינו כגזלן:

ולע"ד נראה קצת דדבר זה במחלוקת שנוי ואמינא לה מההיא דאמרינן בפרק מרובה דף ס"ה על מאי דאמר רב התם קרן כעין שגנב דמוקי תלמודא מלתא דרב דאיירי כגון דמעיקרא שויא ארבע ולבסוף שויא זוזא קרן כעין שגנב תשלומי כפל ותשלומי ד' וה' כשעת העמדה בדין וכתב על זה הרא"ש ז"ל וז"ל אלא כי קאמר רב כגון דמעיקרא שויא ארבע והשתא שויא זוזא קרן כעין שגנב מלתא דפשיטא היא דאלו איתבר ממילא על כרחיך משלם ארבע דבשעת שבירתה לאו מידי קא עביד ואפילו איתבר בפשיעה דגזלן לא מקבל עליו שמירתה ואשעת גזלה קמחייבת ליה וההיא שעתא הויא שויא ארבע

וכ"ש אי תברה או שתייה דאם לא כן מצינו חוטא נשכר ומגניבה וחיים דריש דוקא אחייה לקרן כעין שגנב הא כפל ארבע וה' כשעת העמדה בדין דלגופי' לא אצטריך כדפירשנו עכ"ל. ולפום פשטן של דברים כל הישר אומר דמסברא ס"ל להרא"ש ז"ל דאם מעיקרא שוה ארבע ולבסוף זוזא שישלם כעין שגנב ואם איתא דגבי נזקין דינא הוי דנותן לו לפי מדה ולא לפי הדמים שהיה שוה בשעה שהזיק מנ"ל האי סברא. אבל מדברי התוס' ז"ל שם בסוגיין דמרובה וכן מדברי רש"י ז"ל שהבאתי מפרק כל שעה נראה דאי לאו קרא דכאשר גזל כעין שגזל הוה אמינא דכל שמחזיר לו זה השתא כלי אחר כמותו הוה סגי, ואע"פ דהשתא הוזל ושוי' שלשה ולפי זה נראה דבנזקין נותן לו כלי כמותו או דמיו וסגי:

סימן ב

והנאה הבאה לו לאדם שלא מדעתו אי חייב לשלומי כל מה שנהנה. ראיתי להתוס' ז"ל שכתבו בפ' הגוזל דף ק"א גבי מאי דבעי תלמודא יש שבח סמנין ע"ג צמר דאי אין שבח סמנין ע"ג צמר מצי אמר ליה לית לך גבאי ולא מידי וז"ל תימה הרי נהנה שצמרו מעולה בדמים יותר וישלם מה שנהנה כמו אכלה מצדי רחבה ובפרק אלו נערות אמרי' תחב לו חברו משקין של אחרים בבית הבליעה דמשלם מה שנהנה' ותירצו דדוקא כשגופו נהנה ע"י אחר או ממונו נהנה ע"י מעשה בהמתו חייב לשלם אבל כשממונו נהנה ע"י אחר פטור עכ"ד מוכח מהכא דכל שנהנה גופו אפילו הוה שלא מדעתו משלם כל מה שנהנה. אבל הדבר קשה לי דאמאי לא יוכל זה לומר לא הייתי רוצה בהאי הנאה וגדולה מזאת כתבו התו' בפרק הזרוע דף קל"א גבי מאי דאמר תלמודא התם המזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור מלשלם ופריך תלמודא על זה מההוא דאנסו בית המלך גרנו אי בחובו חייב לעשר ומשני שאני התם דקא משתריש ליה. והקשו התוספות על זה וא"ת מתנות כהונה כשאכלן משתרשי ליה דבמקום זה לא אכל דבר אחר ותירצו דאכלן לא משתרש שהי' אפשר להתענות עכ"ד וא"כ הכא נמי כשהאכיל חברו בע"כ נימא נמי הכי לא הוה ניחא לי בהאי אכילה ולא קא משתרש לי. ומה שהביאו התוס' מתחב לו חברו בבית הבליעה דמשלם מה שנהנה איכא למדחי דהתם איירי דמצי לאהדורה ולכך כי לא הדרה מרצונו נהנה ומשלם והא דקאמר שם ואי לא מצי לאהדורה אמאי חייב לא כמו שפירש רש"י ז"ל דמחיוב מיתה בלבד קא פריך אלא כמו שפירש ר"י ז"ל דמחיוב ממון קא פריך דבשעה שהוא נהנה ממנו כבר הוא אבוד מן העולם ואין זה מזיקו שהוא במקום דאי אפשר לאהדורה ואין לו על השני כלום. ומשמע מדבריו אלו דאפילו במניח לו מרצונו כל שהוא לא עשה מעשה אלא ממילא מטייא לי' הנאה פטור וה"ה נמי בצבע

צמרו של זה בסמנין דחברי' דבשעה שנהנה צמרו כבר הסמנין אבודים מן העולם ולא הזיקו זה בכלום וממילא קא מטי לי' הנאה לבעל הצמר ואפילו תימא דהכא גבי סמנים אינם אבודים שהרי הצמר מעולה בדמים מ"מ נראה דכיון דממילא מטי ליה הנאה לבעל הצמר פטור מלשלם כאמור וכי תימא דבפרק המפקיד דף מ"ב גבי ההוא מעשה דההוא גברא דאפקיד כשותא גבי חברי' ואזל סרסיה ורמא ליה לתוך שיכרא דמפקיד פריך תלמו' והא קא משתרשי לי' כלומר וישלם המפקיד וכו' משמע דאפילו כשנהנה ממנו על ידי אחר וממילא מטי ליה הנאה חייב לשלם התם שאני משום דכשות שלו היה עומד להטילו בשכר וכן פירש רש"י וז"ל והא קא משתרשי ליה והלא הוא נשכר הכשות ושלו עומד ע"כ הא לאו הכי פטור ואע"ג דמטי לי' הנאה מכשות דחברי' ולפי האמור הי' נראה דאין חלוק בין מטי הנאה לגופו למטי הנאה לממונו דבשניהן כל היכא דהוי הנאה דלא אפשר בלאו הכי אי נמי שהי' עומד לכך אפילו בהנאת ממונו חייב לשלם מה שנהנה שהרי לכך הי' עומד וניחא לי' בהאי הנאה ואין להקשות מנתן לצבע לצבוע לו אדום וצבעו שחור שכתבו רש"י והרמב"ם ז"ל דנותן לו דמי הוצאתו ואע"פ שזה לא הי' רוצה בשחור משום דסוף סוף נהנה שהרי השביח הצמר דהתם שאני דכבר גילה דעתו בעל הצמר שרוצה להוציא ולהשביח אבל כל זמן שלא גילה דעתו מצי אמר ליה לא הייתי רוצה בהאי הנאה א"נ דהתם שאני משום דלא גרע מיורד לתוך שדה חברו שלא ברשות דאם השבח יתר על ההוצאה נותן לו כל ההוצאה כיון דמתכוין להשביח לחברו בממונו משא"כ בתחב אוכלין של אחרים לתוך פיו של בהמת חברו וכה"ג חילק הש"ך סי' שצ"ב. ולכאורה למילף הכי משמעתין דיש שבח סמנים ע"ג הצמר מדלא אוקמוה בשצבעם זה בסמנים שלו וקא תבע ליה לבעל הצמר שיתן לו דמי צבעו אלא נראה דכל כה"ג לא מיבעיא לי' דאפילו אין שבח סמנין על גבי הצמר מ"מ הא קא משביח לי' וכיון להשביחו. וכן נראה ממ"ש הפוסקים דף ק"ב ע"ב ד"ה מי הודיעו לצבע שיקנה צבע לאשה יע"ש. אבל במ"ש הש"ך שם דאם האכיל מדיליה לבהמתו של חברו דמשלם לו משום דכיון להשביח הא לאו מלתא פסיקתא דזה שייך היכא דפיטמה הבהמה דהשבח בעין אבל היכא דלא פיטמה דליכא שבחא בעיניה דמי למבריח ארי. וכן נראה מדברי התוס' בפרק המניח דף ל"ד גבי פיטמה מזיק וכן נראה ממ"ש התוס' פ"ב דכתובות גבי מתני' דחנן אומר איבד את מעותיו יע"ש. וכן נראה גם כן ממ"ש הר"ן ז"ל בפרק אין בין המודר דף ל"ח גבי מתני' דזן את אשתו ואת בנו לפי מ"ש דהרשב"א פי' בהפך יע"ש:

סימן ג

הזן את חברו סתם ומת בע"ה אם היתומים יכולים להוציא מידו. לכאורה נראה דהלכה רווחת היא בדברי הפוסקים דהזן את חברו סתם לאו לשם מתנה איכוון אלא בתורת הלואה וכן כתבו משם רבי' אפרים ז"ל שאם אחד אמר לחברו בא ואכול עמי ואכל עמו ואח"כ תבעו לחברו שישלם לו דחייב לשלם לו דמי מזונו. ונראה דאפילו באומר זה שאכל הייתי סבור שהיה לשם מתנה אפילו הכי כיון שנהנה חייב לשלם כל מה שנהנה ולפי דברי התוס' שהבאתי דאכלן לא משתרש שהיה אפשר להתענות אם כן יראה דבכה"ג אפילו אם אין דרכו של זה להתענות מ"מ מצי טעין לא הייתי מוציא כל כך בסעודתי ולא יתן אלא כפי מה שדרכו לאכול ולא יותר ואע"פ שנהנה הרבה וראיה לדברינו מיתומים שהניח להם אביהם פרה שאולה טבחוה ואכלוה משלמין דמי בשר בזול משום דאי הוו ידעי שאינה שלהם לא הוו אכלי אותה:

עוד ראיתי להרשב"א ז"ל הביא דבריו הר"ן ז"ל פ' אין בין המודר דהזן את חברו סתם לאו לשם מתנה הוי אלא לשם הלואה והביא ראי' לדבריו מהירושלמי דפרק איזהו נשך דקאמר שם חד גברא אושאיל לחבריה דינרין אשריתיה גו ביתיה לבתר אמר לי' הב לי דינרי אמר ליה הב לי' אגר ביתי אתא עובדא קמי ר' אבא בר ביזנא וחייבי' למיהב ליה אגר ביתא אלמא המרשה את חברו סתם לאו למתנה כיון אלא לשכירות דליכא למימר דמשום רבית חייביה דאם כן הוה ליה למימר נכי לי אגר ביתי עכ"ד. ודע דזאת אינה ראיה לפי מ"ש המפרשים בפרק איזהו נשך דגרסי נכי לי ומשום רבית מטי בה כמ"ש הרא"ש ז"ל שם בפסקיו בסוגיא דהמלוה את חברו לא ידור בחצרו חנם איך שיהיה לפי כל האמור היה נראה דהיתומים דינא קא בעו אבל ראיתי למרן הב"י ז"ל בי"ד סי' רנ"ג שכתב משם ר' ירוחם ז"ל דהרי"ף ג"כ לא אמר אלא ביתום עני אבל באדם אחר שפירנסו אם היו לו קרקעות או נכסים אפילו ביד אחר חייב לשלם אם חברו תובעו עכ"ד. נראה דאם לא תבעו או שמת הבע"ה אין היתומים יכולין להוציא מידו דשמא לשם מתנה כיון:

סימן ד

מי ששף כלי כסף של חברו ונפחת מדמיו ולא נפחת ממשקלו יר' דהא מלתא תליא בפלוגתא דלמאן דס"ל כרבה דהשף מטבע פטור ה"ה בשף כלי כסף ולדעת הרי"ף והרמב"ם דמחייבו משום דינא דגרמי ה"ה הכא. ודע דאין להקשות לסברת הרמב"ם ז"ל דחשיב ליה נזק מההיא דאמרינן גזל זוזי ועשהו נסכא דהוי שנוי משום דאי הדר ועביד ליה מטבע פנים חדשות באו לכאן דמשמע דאי לאו האי טעמא דפנים חדשות וכנון נ"ד דכל שנותן שכר לאומן מחזירו לכמות שהיה לא חשיב שנוי ואי חשיב נזק ניכר ומחייבו

משום דינא דגרמי אם כן לא מיקרי כעין שגזל וכה"ג אמרינן בהנזקין וא"א היזק שאינו ניכר שמיה היזק א"כ תרומה ונטמאה אמאי אומר הרי שלך לפניך דאיכא למימר נהי דחשבינן ליה נזק ומחייב מ"מ גבי גזלן לא מיקרי שנוי משום דבעינן שנוי שאינו חוזר כדי שיקנה אותו אבל שינוי החוזר לא מיקרי שינוי וקרוב לזה כתבו התוס' בפ' הנזקין: **ונראה** לע"ד דאפילו לדעת התוס' והרא"ש שפסקו גבי השף מטבע דפטור הכא יודו דחייב. וטעמא דגבי השף מטבע לא מינכר היזקא דבשביל דלית ביה צורה לא מיקרי דבר הנזוק דראוי הוא לעשות לו צורה ועוד דהרואה אותו עכשו אינו מכיר בהיזקו ותדע דרבא ס"ל דבכה"ג לא מיקרי היזק ניכר דאם איתא דהוי היזק ניכר אמאי פטור אף דלא חסריה ולא פיחתו ממשקלו והא אמרינן בהנזקין דהמטמא והמדמע דפטור משום דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק ומשמע הא אי הוה מינכר הוה חייב ואע"ג דלא פיחתו משיעורו אלא נראה דס"ל לרבה דשף מטבע נמי לא הוי היזק ניכר מפני הפסד צורתו דצורה הוי דבר שאין בו ממש דלא חשיב כ"כ אבל בשכר כלי כסף שהיו ראויים למלאכה ועכשיו אינם ראויים אפשר דכ"ע יודו דחשיב נזק גמור ואף על פי שלא נפחת ממשקלו דכלים שבורים דבר הנזוק הוא שהרי אינם ראויי' למלאכה אבל ראיתי להמרדכי שמחלק במידי דיכול לתקנו לכמות שהיה על ידי שכר שיתן לצורף דזה לא מיקרי נזק אלא גרמא בנזקין שעל ידי זה מפסיד ממון שצריך לתת לצורף אבל מידי דאי אפשר לתקנו כגון מטבע שנפסל אין לך חסרון גדול מזה. ולפי דברים אלו נראה דאפילו בשבר כלי כסף אם לא נפחת ממשקלו ואפשר לתקנו כמו שהיה ע"י שיתן שכר לצורף פטור אבל מדברי התוס' והרא"ש ז"ל אין נראה כן שכתבו דלרבה דפטור השף מטבע ס"ל דפסלתו מלכו' לא הוי כנסדק דאי הוי כנסדק א"כ כ"ש שף כו'. ולפי סברת המרדכי אינו כן דשף עדיף מנפסל דשף אפשר לתקנו על ידי שכר שיתן לצורף ונפסל אי אפשר לתקנו. ולפי סברת התוס' נראה דצ"ל כמו שכתבתי דהא דלא חשיב נזק ניכר ה"ד במטבע אבל בשבר כלי כסף הוי נזק גמור ועיין בש"ך סי' שפ"ו ס"ק ז':

ועל מה שכתבתי לעיל משם התוס' דהיכא דנהנה ממונו על ידי חברו אין צריך לשלם דמי מה שנהנה ראיתי בירושלמי פ"ב דמ"ש גבי מתני' דזה הכלל כל ששבחו ניכר השבח לפי חשבון אר"י והוא שהותיר מדה אבל לא הותיר מדה השבח לשני וקאמר עוד מתני' פליגא על ר' יוחנן האשה ששאלה מים ומלח לעיסתה הרי הוא כרגלי שתיהן א"ר בא תחומין עשו למדת הדין ע"כ. ונראה לי דמה שאמרו תחומין עשו למדת הדין כיונו למה שאמרו בפ' בתרא דביצה אפירכא דליבטיל מים ומלח לגבי עיסה א"ר אבא הרי שנתערב לו קב חטים בעשרה קבין של חברו יאכל הלה וחדי דמידי דטעמיה משום

חיובא דממונא לא בטיל ומדמדמי מים ומלח בעיסה דליכא הותיר מדה לחטין בחטין דאיכא הותיר מדה משמע דאם נתערב מים ומלח של ראובן בעיסתו של שמעון השבח לפי חשבון ולא מצי למימר שמעון לית לך גבאי ולא מידי כיון דטעמו ניכר והשביח וג"כ הקמח שלו היה עומד לכך והרי זה נהנה בודאי ומקום יש לומר דכל כה"ג כ"ע יודו והא דאצטריכו בפ' המפקיד גבי עובדא דכשותא הנז"ל לחייבו משום דקא משתרשי ליה הכשות שלו היינו משום דהתם בשיכרא אינו עומד לתת בו כשות ומצי לעשות שיכרא בלא כשות אבל מידי דאי אפשר לעשותו בלאו הכי כגון עיסה בלא מים ומלח דעל כרחך צריך לתת מים ומלח הרי זה דומה לאותו נדון דכשות:

סימן ה

בדין אדם המזיק שחייב בין באונס בין בשוגג. כתבו התוס' בפ' המניח דף כ"ז ובפ' האומנין דהיינו דוקא באונס שהוא דומה לאבידה אבל נתקל הוי כעין גנבה ופטור ביה אדם המזיק והוכיחו כן מההיא דפ' הגוזל גבי טבח אומן שקלקל דפטור בחנם פריך עלה תלמודא מהברייתא דקתני נתן בהמה לטבח ונבלה חייב מפני שהוא כנושא שכר אלמא דס"ד דמקשה דאפילו בחנם חייב מפני שהוא דומה לאבידה ומשני לה אימא מפני שהוא נושא שכר אבל בחנם פטור מפני שהוא דומה לגנבה ואדם המזיק פטור באונס שהוא כעין גנבה עכ"ד. אבל מפי' רש"י שם בפ' הגוזל נראה דס"ד דמקשה דהיה רוצה לחייבו אפילו בחנם לאו משום אדם המזיק הוי אלא משום דס"ל דטבח אומן שקלקל פושע הוא והכי קאמר הרי זה חייב כמו נושא שכר אבל דין אדם המזיק לא שייך בזה כיון שעליו מוטל להתעסק בדבר וכ"כ בתוס' רבי' פרץ ז"ל שם בשם ריב"א ז"ל אשר נראה מזה דכל דעושה ברשות אף דבעלמא ראוי לחייבו משום מזיק כה"ג אין ראוי לחייבו אם לא היכא דפשע ופשטא דשמעתין התם מוכח הכי דאמרינן התם לעיל מינה אמר שמואל טבח אומן שקלקל חייב לשלם מזיק הוא פושע הוא ופריך למה לי למימר מזיק הוא פושע הוא ומשני אי אמר מזיק הוא הוה אמינא ה"מ בשכר אבל בחנם לא קמ"ל פושע הוא. ופירש רש"י ז"ל ה"מ דקא עביד בשכר דמזיק חייב באונסין דאדם מועד לעולם ומדקרי ליה מזיק לחייבו הוה אמינא דבעושה בשכר קאמר קמ"ל פושע הוא ואפילו בחנם חייב דחשיב פשיעה אלמא דמדין אדם המזיק לא הוה חייב כל שעושה בחנם ומש"ה איצטריך לומר פושע הוא דאל"כ אמאי לא אמר שמואל טבח אומן שקלקל אפילו בחנם חייב מ"ט מזיק הוא אלא נראה דבכה"ג שעושה ברשות אין לחייבו מדין מזיק אא"כ פשע דאז נקרא מזיק ומש"ה הוצרך לומר פושע הוא (א"ה ועיין מ"ש הרמב"ן באו דבריו בשיטה מקובצת בפ' האומנין בסוגיין דהמעביר חבית

ממקום למקום ובמלחמות ריש פר' המניח אשר נראה דאפילו באונסין גמורין ס"ל דחייב והרמב"ם בפ"ו מהלכות חובל ס"ל כהתו' אלא שמחלק דהיינו כשהזיק שלא ברשות אבל ברשות או שניהן ברשות או שלא ברשות כל שלא כיון להזיק פטור וזה נראה הפך סברת התוס' וגם צ"ל דמה יענה להההיא דשנים שישנו כאחד שאם הזיקו זה את זה חייב כמ"ש בפ"א וגם לפי' צריך לומר דההיא דנפל מן הגג ברוח שאינה מצויה דאיירי בגג שאינו שלו וק"ל):

וראיתי בנ"י בסוגיין דנשברה כדו דנחלקו בנתקל אם הוא פושע או לא שכתב ז"ל ור' יהודה סבר נתקל לאו פושע הוא ואע"ג דלא אניס ממש אונס גמור כיון דלא פשע פטור ומדנקט האי לישנא דמשמע ולא אונס גמור שמעינן דכי פליגי בדאזיק בשעת נפילה לאו בדאזיק מכחו פליגי דא"כ לכ"ע ליכא מאן דפטר דהא בהדיא רבי רחמנא אונס כרצון לחבירו אלא מיירי דהכא דקא אזיל ניזק פגע בהו והוחלק במים דרך נפילתן דלאו מכח הליכתן איתזק אלא מכח הלוכו על גביהם עכ"ל. ולכאורה קשה לי על דבריו דא"כ מה יענה לסוגיין דס"פ האומנין דהמעביר חבית ממקום למקום ונתקל ושיברה שכתב. הנ"י עצמו שם דלר' יהודה ש"ח פטור מדינא וכן קשה מההיא דאמרינן בפ' הגוזל דף צ"ט דטבח אומן שקלקל דבחנם פטור ואין לומר דהוי אונס גמור דא"כ קשה אמאי בשכר חייב וע"כ נראה דס"ל דכל שהוא מתעסק ברשות אפילו היזק מכחו פטור כל שלא פשע כמ"ש לעיל משם ריב"א ז"ל הן אמת דצריך להבין דמסוגיין דפ' המניח דף ל"ב גבי מאי דבעי תלמודא התם המזיק את אשתו בתשמיש המטה מהו כיון דברשות קעביד פטור או דילמא איבעי ליה לעיוני ואמר תלמודא דחייב כיון דאיהו עביד מעשה ע"כ משמע מזה דאף במתעסק ברשות כיון דע"י נעשה המעשה בלבד חייב ולההוא דטבח אומן שקלקל היה אפשר לומר דאיירי דע"י שפירכס הבהמה נעשה ג"כ ההיזק אבל ליישב ג"כ ההיא דהמעביר חבית ממקום למקום דסוף האומנין צ"ל דגבי מזיק את אשתו כיון דיש לו הנאה חשוב כנושא שכר ומשום הכי חייב דמתעסק ברשות:

סימן ו

המעיד שקר מחמת אונס אי מחייב לשלם. ראיתי מ"ש מר לחייב למעידים שקר מחמת אונס משום דעקימת שפתיו הויא מעשה עכ"ד. ולע"ד זה אינו דמראה דינר לשולחני יוכיח דאם הוא אומן פטור משום דאנוס הוא וכ"כ בהראה ממון חברו לאנס ע"י שאנסוהו שכתב הרמב"ם ז"ל בהלכות חובל פ' ח' וז"ל אבל אם אנסוהו כותים או ישראל אנס. להראות והראה הרי זה פטור מן התשלומין אלא אם כן נשא ונתן ביד עכ"ל ולא אמרינן על פי דבורו קלייה. וכן כתב הרמב"ן ז"ל במלחמות בפ' הגוזל בתרא דכל הגורם

להפסיד ממון חברו אם הוא באונס ה"ז פטור דכל גרמא על ידי אונס פטור ומשום הכי כתב הרי"ף ז"ל דאנסוהו להראות והראה הרי זה פטור ומטעם זה חכם שדן את הדין וטעה כתב הרי"ף ז"ל דכל שלא עשה מעשה פטור. איברא דלכאורה היה קשה לי ע"ז מההיא דאמרינן בפ' הנשרפין דף ע"ו מצמצם בנזקין חייב מק"ו ומה רוצח שלא עשה בו שוגג ואונס כרצון חייב בו את המצמצם נזקין שעשה בהן שוגג כמזיד ואונס כרצון אינו דין שחייב בהן את המצמצם והשתא קשה דהא מצמצם גרמא חשיב כמו שכתבו המפרשים יע"ש ואם איתא דכל גרמא על ידי אונס פטור א"כ מאי ק"ו איכא דהא דאתרבי אונס כרצון היינו דוקא באדם המזיק אבל בדינא דגרמי לא הוי אונס כרצון. אח"כ ראיתי להרמב"ן ז"ל בקונטרי' לדינא דגרמי שמחלק בין גרמא שנעשה על ידי מעשה כגון שורף שטרותיו של חברו דהתם אין חילוק בין אונס לרצון אבל גורם שאין בו מעשה כגון מוחל חובו או אנסוהו להראות ממון אז יש חילוקי בין אונס לרצון וז"ל שם בדף קי"ב א"נ אע"ג דדינא דגרמי דינא הוא פטרו האנוס ממש כל זמן שלא עשה מעשה וכן בדן את הדין הורה רבינו ז"ל שאינו משלם אלא כשנשא ונתן ביד דאנוס מיקרי וכו' ומיהו ליתיה להאי דינא אלא בהאי גרמא אבל השורף שטרות באונס חייב דהא לאו מחילה הוא עכ"ל:

איברא דעדיין מקום יש לבעל דין לחלוק ולומר דעקימת שפתיו הויא מעשה וחשיב כאלו מזיק בידים שכן מוכח מדברי הרא"ש בפ' אחד דיני ממונות שכתב דכל היכא דקם דינא אפילו דבור כמעשה חשיב ולא כגרמא וחייב אפי' לרבנן דלית להו דינא דגרמי והא דהאומר בפרק עד כמה לימא סתמא כר"מ משום טיהר את הטמא וחייב את הזכאי דמחייב במה שעירבו בע"ה על פיו עם פירותיו ובמה דשילם הזכאי אחר כך אבל טימא את הטהור וזיכה. את החייב דיבורו של חכם חשיב כמעשה ע"כ וכ"כ התוס' בפרק הגוזל דף ק' לחד תירוצא יע"ש ונ"מ מזה שאם העידו באונס בנ"ד לזכות את החייב שיהיו, חייבים לשלם. דע דאין תירוץ זה עולה קצת אלא לדברי התוס' ז"ל דס"ל דמראה דינר לשולחני דחייב איירי אע"ג דאלו הוה קמן הוה מהדר ליה אבל לפי פירוש, המפרשים דס"ל דהא דמראה דינר לשולחני איירי שאם אומן אומר טוב צריך לקבלו בעל כרחו ואינו יכול לשמוט והנותנו פטור וכנ"ק מדברי הרא"ש ז"ל דכשבא לחלק בין דינא דגרמי לגרמא בנזיקין כתב ז"ל ומראה דינר לשולחני ואמר שהוא טוב מיד סומך עליו ונעשה לו ההיזק כי פטר אותו שנתנו לו ע"כ. לכאורה נראה דאין תירוץ זה עולה דאם כן אמאי אוקמיה הא דמראה דינר לשולחני כר"מ דדאין דינא דגרמי אבל לרבנן פטור ואמאי לא חשיב דבורו כמעשה עיין בש"ג ובפרק לא יחפור כתב הרא"ש

ז"ל דזיכה את החייב חייב משום דינא דגרמי יע"ש. וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל בפ"ו מה' סנהדרין שאם טמא או שהאכיל דבר המותר לכלבים ישלם כדין כל גורם להזיק וכ"כ רבינו ירוחם ז"ל בנ"ב ח"ב הביאו הב"י סי' ל"ח דאם אמרו העדים שקר העדנו משלמין ע"פ עצמם למאן דדאין דינא דגרמי וכ"כ הרא"ש בתשו' יע"ש:

והיה נראה לענ"ד לומר דאפילו נימא כסברת התוס' והרא"ש ז"ל דדיבוריה חשיב מעשה כאלו עשה ההיזק בידים וגם בעדים זוממים נמי אמרו בפ"ק דנזיקין דאף על גב דדיבורא דלית ביה מעשה היא רחמנא קרייה מעשה. מ"מ הכא בנדון דידן כיון דהוי אנוס באונס גמור הרי זה פטור ותדע דהא גבי אדם המזיק דחייב באונס כרצון אפי' הכי כתבו התוס' בפרק המניח דבאונס גמור הרי זה פטור ואע"פ שהזיקו בידים והביאו ראיה לזה מהיא דהניח להם אביהם פרה שאולה כסבורים של אביהם וטבחוה ואכלוה דאינם משלמים אלא כפי מה שנהנו ולא מה שהזיקו. איברא דהיה נראה לכאורה דהרשב"א חולק על זה שכתב בח"ה דף קל"ח גבי עובד כוכבים דנסכיה לחמרא דישראל שרי למשקל מיני' דמי חמרא שכתבו המפרשים דוקא בדנסכיה בכונה הא אם היה סבור שהוא של עצמו ונסכיה אסור דהא בישראל בכענין זה פטור וכדאמרינן המטמא והמדמע והמנסך פטור עכ"ל אלמא דאפי' כסבור שהוא שלו ונסכו אינו פטור אלא משום דהוי היזק שאינו ניכר דהכי קי"ל ודלא כהרב בכ"מ בפרק י"ג מהלכות מאכלות אסורות יע"ש שאין מקום למ"ש שם ומה שהביאו התוס' ראיה מההיא דטבחוה ואכלוה דאינם משלמים כל מה שהזיקו איכא לפלוגי ונרדף ששבר את הכלים יוכיח דהוי אנוס ואין לך אונס גדול מזה ואפ"ה חייב לשלם. (א"ה עיין מ"ש לעיל דהרמב"ן ז"ל כתב בפירוש דאדם המזיק אפילו אם הוא אונס גמור חייב ועיין בש"ך סימן שע"ח ס"א שישב ההיא דנרדף ששבר את הכלים שהביא מורנו):

ומצאתי למהרש"ל ז"ל בחדושיו לפרק הגוזל בתרא שכתב בהדיא דעדים שחתמו בשקר מחמת אונס נפשות אע"פ שנשתפקו המרדכי והגהמי"י אי חייב לשלם דהוי מציל עצמו בממון חברו לא מסתב' לי כלל אלא כל דינא דגרמי פטור כל שהוא אנוס והיינו הטעם דאנוס רחמנא פטריה ולא מחייבינן אלא נשא ונתן ביד משום דזכה ביה בהגבהתו והוי שלו לענין אחריות עכ"ל ומההיא תשוב' מהר"ם ז"ל נראה דאפילו זיכה את החייב פטור כמ"ש. איברא דעדיין קשה ע"ד מהרש"ל דיהיב טעמא משום דאנוס רחמנא פטריה ונשא ונתן ביד דחייב משום דזכה בהגבהתו וכו' והא נרדף ששבר את. הכלים דלא זכה בהגבהתו ואפי' הכי חייב לשלם ולא מיפטר משום דאנוס רחמנא פטריה וע"כ צ"ל דכל גורם שאינו מזיק בידים מיפטר היכא דהוי אנוס כמו שאר נזקי ממונו שאם הניח

קנקנים על גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו שהוא פטור ואע"פ שאינו אונס גמור וכמ"ש הנ"י בסוף פרק האומנין ודלא כמ"ש בפרק המניח ואע"פ שגרם להפסיד ממון חברו מ"מ כל שלא עשה ההיזק ממש בידים פטור כיון דהו' אנוס אבל היכא דעשה המזיק ההיזק בידים ממש בהא הוא דאיתרבי אונס כרצון. וגדולה מזאת נראה מדברי הרמב"ם ז"ל דכל דינא דגרמי כל היכא דלא מתכוין להזיקו פטור שכתב בפ"ד מהלכות נזקי ממון דפירץ גדר, לפני בהמת חברו כיון דמתכוין להזיק הרי זה חייב אם יצאתה והזיקה אבל פרצוה לסטים המתכוונין לגנוב פטורים וכ"כ הראב"ד ז"ל הביאו הרב בעל התרומות בדף ש"י יע"ש וכן כתב הטור. ואל תיקשי לך מדין מראה דינר לשולחני דחייב מדינא דגרמי ואע"פ שלא כיון להזיק דהתם כיון שאינו בקי חשיב כאלו כיון להזיק שלא היה לו לראותם. וכ"ת והא כהנים שפיגלו במקדש דפריך בפ' הניזקין למ"ד היזק שאינו ניכר שמי' היזק אמאי אינם חייבים. ולפי דברינו מאי ק"ל דהא ודאי כהנים שפיגלו אינו אלא גרמא וכיון שהם שוגגין שלא כיונו להזיק מדינא הם פטורים ולא דמי לכל הני דמתני' שעוש' מעש' בידים איכא למימר דהתם נמי גבי כהנים שפיגלו חשיב מזיק בידים דהוי כאלו הרג את הבהמה. (א"ה עיין בדברי התוס' בפרק הגוזל קמא דף ק' ד"ה וטהר את הטמא וכו' ועוד היכא דקם דינא אמאי לא יתחייב אפי' לרבנן דלא דייני דינא דגרמי מ"ש מכהנים שפיגלו במקדש דמדין חייבין וכו' יע"ש ולפי דברי מורי הרב זלה"ה נראה דלא ק"מ). וגבי עבד שקדם וטבל לשם בן חורין כתבו הפוסקים דחייב לכתוב לרבו שטר על דמיו משום דקא משתרשי משמע דטעמא משום דמשתרשי ליה אבל מדינא דגרמי לא מיחייב משום דלהנאתו כיון וכיוצא לזו כתב הטור במוחל שטר חוב לעצמו שהוא פטור משום דלהנאתו כיון:

סימן ז

ומי שאמר לחברו לשבור כלים של ראובן ושברם מחמת שהיה סבור שהם משל לוי שאמר לו לשברם מי משניהם חייב לשלם נר' דשמעון ודאי פטור כיון שלא היה יודע שהיו של ראובן וכמש"ל משם התוס' דהיינו טעמא דאם הניח להם פרה שאולה וטבחוה ואכלוה דאינם משלמין אלא כפי מה שנהנו ולא מה שהזיקו דאנוסין הם:

אבל לוי שאמ"ל לשברם אי חייב נראה דבמחלוקת שנוי דלפי מ"ש התוס' בפ' מרובה דף ע"ט ע"א ד"ה נתנו לבכורות בנו או לב"ח דכל היכא דהשליח לא ידע דאיסורא קא עביד יש שליח לדבר עבירה ה"ה בנ"ד דלוי חייב. אבל לפי סברת האחרונים שהביא הנ"י, שם דאפילו היכא דלא ידע שליח אין שליח לדבר עבירה. אם כן בנ"ד לוי המשלח נמי שא"ל לשברם פטור מהאי טעמא. אבל כד דייקינן בה אפשר דהכא כ"ע מודו שלוי חייב ולא

משום שליחות ולומר דשמעון ששברם שלוחו הוי אלא טעמא הוי משום דחשיב לוי כאלו שברם הוא שכיון דשמעון לא הוה ידע כי אמר לו לוי לשברם הרי זה ברי היזקא וכמ"ש הריטב"א בחי' פ"ק דמציעא דההיא דהשולח את הבעירה ביד חש"ו דפטור איירי בלא א"ל להזיק אבל אי א"ל להזיק הרי זה חייב עכ"ל. אלמא דאע"פ שחש"ו לאו בני שליחות נינהו אפילו הכי כיון דברי היזקא חייב המשלח וכמו כן כתב מהר"ש בר צמח ז"ל הביאו הב"י סוף סי' שפ"ח, דאי א"ל ראובן לשמעון שהוא מוחזק במסור שימסור את לוי כיון דשמעון מוחזק בכך אע"פ שאין שלד"ע דל מהכא דין שליחות מ"מ ראובן חייב משום דבריא היזקא כיון דשמעון מוחזק הוא לעשות וכ"כ בנדון דידן דלוי חייב כשא"ל לשברם מכיון דשמעון הוא סבור שהם משל לוי שאמר לו לשברם מפני שהיה צריך השברים לדבר אחר ודאי שמעון קא עביד והוי בריא היזקא ולא דמי להההיא דנתנו לבכורות בנו או לשומר דאע"פ דלא ידע השומר והיה סבור שהוא שלו ובודאי קא עביד וכמ"ש התוס' שם ואפילו הכי כתבו האחרונים דפטור הנותן משום דאין שליח לדבר עבירה דהתם אי לאו משום שליחות אי אתה יכול לחייבו לנותן משום גנב דמשום מזיק לא שייך לומר שם כדי לחייבו לנותן בחיובי הגנב אי לא משום דשלוחו הוי וקי"ל אין שליח לדבר עבירה. איברא דעדיין יש לפקפק על מה שחילקנו מדברי הנ"י ז"ל עצמו שהביא ראיה לומר. דאפילו כי לא ידע השליח פטור המשלח מעובדא דאוריה והתם כי נמי ליכא משום שליחות הרי זה בריא היזקא וכמ"ש מהר"ם ז"ל בתשו' סי' רי"ד וז"ל קרוב בעיני שיש להחמיר עליו יותר משל ישראל האומר לשליחו צא והרוג את הנפש דהתם קרוב לודאי שלא יעשה דדברי הרב וכו' אבל ע"י עובדי כוכבים נראה לי דבריא היזקא וחייב אפי' בדיני אדם עכ"ל וכ"ש בעובדא דאוריה דהוה בריא היזקא דמחוייב היה יואב לקיים מאמר דוד ואפ"ה כתב הנ"י ז"ל דדוד הוה פטור משום דאין שליח לדבר עבירה אבל עם כל זה נראה לקיים מ"ש דבנ"ד חייב לוי משום דגרס להפסיד ממון חברו והוי בריא היזקא ובעובדא דאוריה ליכא לחייבו מהאי טעמא דגרמא דגרמא בנזקין לחייבו ממון מצינו אבל לא לחייבו מיתה עד שיהרוג הוא או שלוחו דשלוחו של אדם כמותו וכיון דאין שליח לדבר עבירה אי אתה יכול לחייבו והריני חוזר על דברי הריטב"א ז"ל שכתב בהדיא דהשולח את הבערה ביד חש"ו דפטור איירי בשלא אמר לו להזיק וקשה לזה דבפרק האיש מקדש דף מ"ב ע"ב דפריך שם אמתני' דשלח ביד פקח פקח חייב ואמאי נימא שלוחו של אדם כמותו ואי מתני' לא איירי בדאמר ליה להזיק אלא שמסר בידו מאי שליחות שייך כדי לחייבו למשלח וכי מי צוה לו להזיק אלא על כרחין צריך לומר דמתני' איירי בשאמר לו להזיק ואפילו הכי פטור כי שלח ביד חש"ו

משום דלאו בני שליחות נינהו וכמ"ש התוס' שם בפ"ק דמציעא בד"ה אשה ועבד בני חיובא נינהו יע"ש:

והשתא תיקשי לן על מ"ש דכל היכא דבריא היזקא דודאי קא עביד אע"פ דליכא לחייבו למשלח משום שלוחו של אדם כמותו דאין שליח לדבר עבירה ואפילו אם השליח שוגג מכל מקום מדינא דגרמי חייב כיון דבריא היזקא ואפילו אם השליח עובד כוכבים וכמ"ש מהר"ם ז"ל. ונראה לע"ד ליישב דמתני' איירי בקטן שיש לו דעת וכדמוקי לה חזקיה במסר לו גחלת וליבה משום דלא בריא היזקא דאפשר דהקטן לא ילבה אותה אבל אם אמר לקטן שאין לו דעת שישבור כלים של חברו דהוי בריא היזקא דכיון שאין לו דעת ודאי ישבור והוי בריא היזקא חייב המשלח וכן נראה מדברי הנמוקי יוסף בסוגיין דמציעא יע"ש:

סימן ח

ועובד כוכבים דנסכיה לחמרא דישראל כתב הרמב"ם בפרק י"ג מהלכות מאכלות אסורות דמותר למכור היין לאותו עובד כוכבים שכיון שנתכווין להזיקו ולאסור יינו הרי זה כמי ששברו ונמצא הדמים שלקח ממנו דמי ההיזק. ונראה מדבריו דאם העובד כוכבים לא כיון לאוסרו אלא להנאתו וכגון ששתה ממנו אינו יכול ליקח הדמים ממנו דלאו דמי היזקא הם כיון שלא נתכוון לאוסרו אלא להנאתו. ולכאורה קשה עליו ממ"ש הוא עצמו בפ"ז מהלכות חובל דהעושה מלאכה בפרת חטאת ודמי חטאת במזיד חייב לשלם אלמא דאע"פ דאין זה מתכוין להזיק אלא להנאתו אפילו הכי חייב במזיד לשלם והראב"ד ז"ל כתב עליו שם שהוא פטור משום דלא להזיק קא מכוין אלא להנאתו וכתב ה"ה דטעמו של הרמב"ם ז"ל משום דס"ל דה"ה דהוי מצי לומר ולטעמיך אמאי לא קנר בהו רבנן כי היכי דקנסו מטמא וחבריו ולא ס"ל כחילוק הראב"ד משום דהכא להנאתו קא מכוין. ולע"ד היה נראה להביא ראיה לזה מההיא דפרק הגוזל דף צ"ח דקאמר רבה שם הצורם אזן פרתו של חברו פטור מדיני אדם ופריך ליה הא מהאי ברייתא דהעושה מלאכה בפרת חטאת וכו' מלאכה הוא דלא מינכר היזקא הא צורם דמינכר היזקא חייב ומשני ה"ה דצורם פטור וכו' והשתא מאי מדמה צורם לעושה מלאכה בפרת חטאת דפטור התם שאני משום דלאו לאזוקי קא מתכוין אלא להנאתו:

סימן ט

אם מכרו בשר ואחר שאכלוה נמצאת הבהמה טריפה אי חייבים לשלם הדמים. ואיברא דהנימוקי יוסף ז"ל כתב עליו בפרק המוכר פירות דמתני' דקתני מה שאכלו אכלו ומחזיר להם דמים אינו אלא משום קנסא שמכרו במזיד אבל אם היו חוגגין משלמין

דמי בשר טריפה בזול וכן כתב הש"ך י"ד סי' קי"ט ודקדק כן מפי' רש"י שם במתני' דבכורות שפירש ויחזרו את הדמים משום קנסא. ולע"ד ק"ל עד מאד דבגמרא שם מייתי פלוגתא דרבנן ורשב"א דרשב"א חולק עם חכמים ומחלק בין דברים שהנפש קצה בהם לדברים שאין הנפש קצה בהם דדברים שהנפש קצה בהם ינכה להם את הדמים ודברים שאין הנפש קצה בהם כגון נבילות וטריפות יחזיר את הדמים משום דנפשו של אדם קצה בהם ולא קא מטיא ליה הנאה באכילתו ומשמע דלא פליגי חכמים עם רשב"א בזה מדלא נקטו חכמים בברייתא נבלות וטריפות משמע דבאלו ליכא פלוגתא ביניהון דלכ"ע יחזיר את הדמים כיון שלא נהנה וכי פליגי היינו במידי שאין נפשו של אדם קצה בהם דאע"ג שנהנה מ"מ משום קנסא ס"ל לחכמים יחזיר את הדמים ורשב"א ל"ל קנסא אבל במאי דס"ל לרשב"א דדברים שנפשו של אדם קצה בהם לא מטי לי' הנאה מנ"ל לאפישי פלוגתא ולומר דחכמים פליגי על זה דא"כ נמצא דרשב"א מיקל בחדא ומחמיר בחדא דדברים שאין נפשו של אדם קץ בהם ס"ל דאפי' במזיד לא יחזיר את הדמים אלא מנכה ודברים שנפשו קצה בהם ס"ל דאפי' מכרן בשוגג אין לו דמים ופליג אחכמים.. וראיתי בירושלמי דתרומות פ"ו אמתניתין דהמאכיל את פועליו תרומה ר"מ אומר הוא משלם את הקרן והן ישלמו את החומש וחכמים אומרים הם משלמים את הקרן והוא ישלם להם, דמי סעודתן ופריך עלה בירושלמי לרבנן דקא אמרי והוא משלם להם דמי סעודתן והלא כבר אכלו, ומשני כמ"ד נפשו של אדם חותה מהם ופי' רש"י ז"ל שם דאינה נחשבת להם אכילה. ולכאורה נראה דמ"ד נפשו של אדם חותה מהם בטבלי' הוא רבנן דפליגי ארשב"א שם בפרק כל פסולי המוקדשים וכן פירש מהרש"ם בפירוש להירושלמי ואם הדבר כן נראה דכל הני דקתני יחזיר את הדמים לאו משום קנסא הוי כמ"ש הנ"י אלא מדינא אין לו דמים אפי' בשוגג כיון שלא נהנה ואע"פ שהמוכר נחסר בזה ואיכא מ"ד בעלמא דכה"ג חייב כמבואר לעיל בה' גזילה מ"מ הכא פטור דאנוס הוא הלוקח וליכא לחייבינהו משום מזיק כיון דהוי אנוסים וכמ"ש התוס' בפרק המניח ולמדו הכי מההיא דהניח להם פרה כסבורים של אביהם היא טבחוה ואכלו' משלמין דמי בשר בזול יע"ש. ומה שפירש רש"י ז"ל במתני' משום קנסא לא איצטריך לזה אלא באיסור ספק דמדינא המע"ה אלא דמשום קנסא אמרו דיחזיר את הדמים ומה שפירש עוד רש"י ז"ל שם גבי מכרוה לגוים דמחשבין להם דמי בשר בזול כיון דלא גרם להם איסורא לאו למימרא דרישא דקתני ויחזיר את הדמים הוי משום קנסא בלבד דגרם להם איסורא אלא ה"ק דהשתא דלא גרם להם איסורא אשמועינן תנא דיחשב את הדמים אפי' מכרו במזיד דהוה ס"ד לומר דמשעה שמכרוה קנסו אותו ולא יחשב עמו הדמים כמו

מוכר בשר בכור דאע"ג דהני איסור ספק אפי' הכי משום קנסא יחזירו את הדמים קמ"ל דכל כמה דלא גרם להם איסורא לא קנסו ולכאורה היה נראה דדבר זה במחלוקת שנוי בין הרמב"ם והראב"ד ז"ל והוא דבפ"א מהל' ברכות כתב הרמב"ם ז"ל וז"ל כל האוכל דבר האסור בין בזדון בין בשגגה אינו מברך כיצד הרי שאכל טבל או שאכל מעשר ראשון ואין צריך לומר אם אכל נבלות וטריפות ע"כ והראב"ד ז"ל השיג עליו דלמה לא יברכו הואיל ונהנו עכ"ל ובהא פליגי דהרמב"ם ז"ל ס"ל דכיון שהוא דבר איסור לית ליה הנאה ואין אכילתו נחשבת אכילה כלל והראב"ד ס"ל דאית ליה הנאה. וראיתי להסמ"ע בח"מ והרב בעל ט"ז בא"ח סי' קצ"ו שכתבו כמ"ש דהאוכל איסור בשוגג לא חשיבא לי' הנאה כלל יע"ש:

אבל מדברי הרמב"ם פ"י מהלכות תרומות אינו נראה כן שכתב גבי מאכיל לפועליו תרומה דישלם להם דמי סעודתן שדמי החולין יתירין על דמי התרומה שאכלו שדבר האיסור נפשו של אדם חותה מהם עכ"ל. לכאורה נראה שממה שאכלו נהנו בו אלא שאינה נחשבת הנאה גמורה כאכילת חולין ומ"מ עדיין איכא למימר דה"ד בטבלים ותרומה שאין נפשו של אדם קצה בהם הוא דס"ל דיש לו הנאה קצת ואכילה קא חשיב אבל במידי דקץ בי' כגון טריפות אפשר דאליבא דכ"ע ליכא הנאה ואפי' לפי סברת הנמוקי יוסף דבנמצאת טריפה כל שהוא בשח מנכה את הדמים נראה לי דאינו מנכה לו אלא בשר טריפה בזול ואפי' אם היה שוה הטריפה באותו יום כדמי הכשרה שלא היה נמצא בשר לעובדי כוכבים כדמי הכשרה מכיון דהלוקח לא נהנה באכילתה כמו שהיה נהנה בכשרה:

סימן י

כתב הטור סי' קע"ה מכרה לעובדי כוכבים וכו' עד דמקבל עלי' כל אונסא דאתי וכתב הב"י כתב הרא"ש והא דאין כו' עד שיבא וינדוהו עד שיפרע לו משום שהחמירו חכמים לקונסו שיכתוב לו שטר שעבוד ומשמע שאם לא קבל עליו כל אונסא דאתי לי' ובא לו נזק מהעובדי כוכבים שחייב לשלם עכ"ד. ותמהני עליו דבפי' כתב הנ"י בפ' הגוזל בתרא בשם הרא"ש דאם אירע שלא קיבל ונמשך נזק לישראל דפטור דהוי לי' גרמא בנזיקין דלאו ברי היזקא והא דכתב הרא"ש למה כו' הכי פירושו כיון דמן הדין אינו חייב לשלם אלא דמנדין אותו דיקבל, עלי' כל אונסא דאתי לי' למה מנדין אותו עכשיו ימתינו עד שיבא צימק ואח"כ ינדו אותו לשלם ואה"נ דאם אירע שנדו אותו ולא קבל עליו האונס שפטור דמן הדין פטור ולא מחייבינן לשלם דגרמא בנזיקין הוא אלא דמנדין אותו בין בתחילה בין בסוף והא דכתב הר"ן ז"ל דכל היכא דלא קביל וכו' ה"פ דאם נידו אותו

לקבל האונס או לשלם ולא קיבל לא מחייבינן אותו לשלם דמן הדין פטור ואינם יורדים לנכסיו אבל אם קיבל עליו אז יורדים לנכסיו כשאר חוב. וראיתי בשלטי הגבורים בפ' המקבל הביא תשובת מהר"ם ז"ל הביאה המרדכי פרק הגוזל בתרא במי שמעמיד את חברו ערב לעובד כוכבים והעובד כוכבים מעליל עליו אחרי שמחמתו שהעמיד לו ערב בא לו הצרה הזאת עלי' דידי' רמי לסלוק' מדינא דגרמא דהאי בר ישראל דזבין ארעא לעובדי כוכבים עד שיקבל עלי' וכו' ואין לחלק בין הכא להתם דלא נתרצה שכנגדו שהרביץ לו הארי להיכא דנתרצה דאטו משום דמצוה עשה וכיון להציל מגרע גרע דנהי דנתרצה לו להרביץ עליו הארי לא נתרצה לסלק הארי משלו ע"ש. וכתב הבש"ה דמכאן יש ללמוד דס"ל למהר"ם דאפי' לא קבל האונס חייב לשלם וחולק עם כל הני רבוותא איברא דקשה לי איך סתם המרדכי דבריו בלא חולק מאחר שהוא בעצמו כתב בפ' הגוזל קמא גבי הזורק מטבע של חבירו דאם לא קבל פטור דגרמא הוי:

עוד כתב הבש"ה דיש ללמוד מדבריו דאפי' נתרצה הישראל שירביץ לו הארי למצריו חייב לשלם וכו' ודבריו תמוהים אצלי דמדברי מוהר"ם נראה איפכא דאם איתא אמאי איצטריך מהר"ם לכל הני טעמי משום דמצוה עשה וכו' דמשמע דהחילוק שחילק הוא אמת אלא דהכא לא נתרצה אלא להרביץ ולא לסלק מה שא"כ בההיא דזבין לכותי דלא שייך לומר כל זה דאם נתחייב לו לשלם היזק אם כן לא הרביץ עליו כלום ועיין בתשובת מהר"ם סי' קצ"ח והרא"ש כלל י"ח סי' ט' הסכים לסברת מהר"ם זלה"ה כהלכתיה וכטעמיה ועיין מהריב"ל ח"ב סי' ס"ו ובספר כלי משה ח"ב סי' ל"ו:

הלכות גזילה

סימן א

כתבו רבותינו הראשונים ז"ל דאסור לגזול אפילו כל שהוא דין תורה ומ"מ אינו מחוייב להשיבו ולכאורה היה נראה דהיינו טעמא משום דמסתמא כל פחות משוה פרוטה ישראל מחלי בתר הכי כדאמרינן בסנהדרין דף נ"ז אמר רב פפא לא נצרכה אלא לפחות משוה פרוטה והקשה תלמודא אי הכי עובדי כוכבים בישראל אסור הא בר מחילה הוא ותי' נהי דבתר הכי מחיל לי' צערא בשעתי' מי לית לי' ופי' רש"י ז"ל הלכך גזל הוא אלא שאין ב"ד נזקקין להשיבו דבתר הכי מחיל לי' ע"כ והכי נמי איתא התם בדף נ"ט גבי מאי דקאמר תלמודא ליכא מידי דלישראל שרי ולעובדי כוכבים אסור דהקשה תלמודא ולא והר' פחות משוה פרוטה ותירצו משום דלאו בני מחילה נינהו ע"כ. ולפ' זה מספקא לן באם גנב פחות משוה פרוטה ולא נודע לבעלי' שגנב מהם מי נימא דחייב להחזיר

דהא כיון דלא ידע עדיין לא מחל ואע"ג דלכי ידע בי' מחל מ"מ השתא מיהא לא ידע ולא מחיל ודמי קצת לאותה שאמרו יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ואף ע"ג דלכי ידע ודאי מתייאש מ"מ כל כמה דלא ידע באיסורא אתא לידי':

ולכאורה היה נראה דאינו חייב להחזיר וראי' לדבר מהא דגרסינין בפ' אלו מציאות דף כ"ו גבי מאי דאמר רב נחמן התם ראה סלע שנפל משנים חייב להחזיר משלשה אינו חייב להחזיר ואמר רבא האי דאמרת משלשה אינו חייב להחזיר לא אמרן אלא דלית בי' שוה פרוטה לכל חד וחד ופרש"י והתוס' ז"ל דאפילו אי שותפי נינהו ולא מתייאש מ"מ כיון דאין לכל חד אלא פחות משוה פרוטה אין כאן משום השבת אבידה ע"כ שמעינן הכא דכל פחות משוה פרוטה אפילו שהבעלים לא ידעו ולא נתייאשו או שלא מחלו אינו חייב להחזיר:

הן אמת דבפ' הגוזל קמא דף ק"ג אמתני' דמחל לו חוץ מפחות משוה פרוטה בקרן אין צריך להוליכו אחריו פירש רש"י ז"ל אלא יניחנו שם ויבאו הבעלים ויטלו את שלו. וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ז יע"ש. משמע מהכא דאפילו פחות משוה פרוטה כל שלא מחלו הבעלים הרי הוא של בעלים במקום שהוא. והטור בסי' שס"ז כתב דאם נתייקרה אח"כ צריך להחזיר לו ובודאי דה"ט דכיון דהוו של בעלים כי נתייקר אח"כ דידי' אייקור ומ"ש בשם ר"י דאין צריך להחזירה אפילו נתייקר לאו למימרא דגזלן זכה בם אלא דאין צריך להחזיר אחריו קאמר. (וכל זה הוא שגזל הרבה אלא דאח"כ מו הבעלים חוץ מפחות משוה פרוטה דהרמ"ה ז"ל ס"ל דכל שנתייקר חייב להחזירה כיון דמעיקרא כשבא לידו תורת גזל הוה עליה אבל אם מתחלה לא היה אלא פחות משוה פרוטה אע"פ שהוקר' אח"כ אינו בתורת השבה ואע"פ שלא מחלו הבעלים משום דפחות מש"פ מעיקרא לא הוי ממון) וכן נראה ג"כ ממ"ש הרמב"ם ז"ל בפ' ה' מה' אישות דין ח' וי"י היכנש חברו ולקח לו כלי או אוכל וכיוצא בהן קדש בו את האשה ובא בע"ה וכו' עד ואם קידשה שה בדבר שאין בע"ה הקפיד עליו היוו תמרה או אגוז ה"ז מקודשת מספק עכ"ל. ונראה דאיירי בשאינו שוה פרוטה ומ"ה כתב דהוי ספק מקודשת דחיישינן שמא ש"פ במדי וכ"כ הר"ש בר צמח ז"ל בתשוב' סימן כ"ג ע"ש ומשמע לי דדוקא בדבר מועט כאגוז או תמרה דכה"ג לר' קפדי אינשי וליכא בי' אפילו איסור כמ"ש הב"י בריש הלכות גזילה יע"ש הא אי הוי מידי דקפדי אינשי אפילו אי הוי פחות משוה פרוטה אינה מקודשת משום שבשעה שקידשה עדיין לא היה שלו כיון דלא ידע בי' בע"ה ומחיל לי'. שמעינן מהכא דכל פחות משוה פרוטה כי לא מחלי בעלים לא קנאו גזלן וברשותי' דבעלים קיימא. וההיא דפ' אלו מציאות דקאמר משלשה אינו חייב להחזיר כיון דליכא שוה

פרוטה לכל חד וחד ואע"פ שעדיין לא נתייאשו הבעלים בשעה שמצאה ה"ט משום דכל פחות משוה פרוטה לא חייבו הכתוב להשיבה כדאמרינן שם בדף כ"ז ע"א כיון דלא נתחייב בהשבה חשבינן לה כאלו עדיין מונחת בקרקע ויאוש דבתר הכי מהני לזכותה לזה שמצאה ועיין במלחמות להרמב"ן פ' אלו מציאות גבי נטלה ע"מ לגוזלה ועיין בסמ"ע בסימן שס"ז סק"ז:

(**אמר** יהודה ראיתי אחרי רואי מה שהעתיק אדוני אבי הרב הגדול זלה"ה והנראה מדבריו הוא דס"ל דכל שגזל פחות משוה פרוטה אף שלא ידעו הבעלים או שידעו ולא מחלו מ"מ אינו חייב להחזיר דלא חייבו רחמנא להשיב אלא דבר דמיקרי ממון ופחות משוה פרוטה לאו ממון מיקרי ולע"ד נראה שכן הוא האמת דכן מורה לשון הרמב"ם ז"ל שכתב בפ"ק מהלכות גזילה דהגוזל פחות משוה פרוטה אע"פ שעבר אינו בתורת השבה. וכן נראה ג"כ מדסתם הרמב"ם ז"ל ואומר אינו בתורת השבה וכו' ואם איתא דאינו חייב להשיב מטעמא דמסתמא ישראל מחלי תינח בשגזל מישראל כשגזל מעובדי כוכבי' דלאו בני מחיל' נינהו מאי איכא למימר ופשטן של דברי' משמע דאף כשגוזל מעובדי כוכבי' הוי דינא הכי תדע דלגבי איסורא כתב בראש הפ' אסור לגזול כל שהוא בין מעובדי כוכבים בין מישראל וא"כ אם איתא דלענין השבה יש חילוק לא היה ראוי לסתום הדברים וכן נראה ג"כ ממה שראינו להרב ב"י ז"ל בסי' ש"ס שהוצרך להביא ראיה לזה ולא מצא כי אם דברי הרמב"ם ודברי הרשב"א ז"ל יע"ש ועיין מ"ש התוס' בפרק אלו נערות דף ל' ע"ב ד"ה לא צריכא ודו"ק):

סימן ב

הנכנס לבית חברו ולא היה בעל הבית שם ולקח כלי או כל דבר הידוע לזה שנטלם דאין דרך הבעלים להקפיד בכך או מחמת קירוב דעתם או משום שמה שלקח הוא דבר מועט שאין דרך כל אדם להקפיד בכך אם יש בזה חשש גזל משום, שנטל שלא מדעתה או דילמא כיון שידוע הוא שאין הבעלים מקפידים אין בזה גזל:

לכאורה נראה דדבר זה במחלוקת שנוי דלפי מה שכתבו התוס' בסוגיין דפרק אלו מציאות דף כ"ב גבי מאי דמייתי תלמודא שם ההיא דאמימר ומר זוטרא ורב אשי איקלעו לבוסתנא דמרי בר איסק וכו' וז"ל בסוף ד"ה מר זוטרא לא אכל וכו' עד דאין לומר שהי' סומך שיתרצה מרי בר איסק כשידע דהלכה כאביי ואע"ג דהשתא ניחא לי' מעיקרא לא הוה ניחא לי' עכ"ל נרא' דסבירא להו דכל כי האי גוונא יש בו משום גזל וא"כ מוהרי"ט ז"ל בח"א סימן ק"ן וז"ל הרמב"ם כתב בפ"ה מהלכות אישות קדשה בדבר שאין ב"ה מקפיד עליו כגון תמרה או אגוז הרי זו מקודשת מספק ע"כ הרי שאף שאין

בע"ה מקפיד עליו עשאו ספק קדושין לפי שנטל שלא ברשות בעה"ב ע"כ ובסוף דבריו כתב שלמד הרמב"ם ז"ל כן מסוגיא הנז' ומדברי התוס' וסיים משמע מדבריהם דאפילו במידי דידעינן שבע"ה יתרצה ולא יקפיד צריך שיתרצה בהדיא שלא יהא בו משום גזל עכ"ל. ולע"ד נראה דהרמב"ם ז"ל לא ס"ל הכי דבהדיא כתב בפ"י מהלכות עדות וז"ל אריס שלקח דבר מועט מן הפירות ביומי ניסן אע"פ שלוקח שלא מדעת בע"ה אינו גנב וכשר לעדות שאין בעל השדה מקפיד עליו עכ"ל. והא דכתב הכא מקודשת מספק איירי בדבר שאינו שוה פרוטה אלא דחיישינן שמא שוה פרוטה במדי וכ"כ הגאון הר"ש בר צמח זלה"ה סי' כ"ב כנזכר לעיל וע"כ צריכין אנו לומר דלפי מ"ש לקמן לא שייך הכא לומר יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש דע"כ לא אמרו הכי אלא גבי אבידה שאינו מתייאש אלא משום שאינו יודע היכן היא ואלו היה יודע שהוא אצל זה לא היה מתייאש מה שאין כן הכא דכיון שידוע הוא שיתרצה בע"ה כשידע דסתמא אינו מקפיד על זה א"כ השתא נמי בהתיר' אתא לידי' וכן יש להוכיח ממ"ש הרמב"ם ז"ל בריש דין הנזכר וז"ל הנכנס לבית חברו ולקח לו כלי או אוכל וקדש בו את האשה ובא בע"ה אע"פ שאמר לו למה לא נתת לה דבר זה אלא כדי שלא יתבייש עמו עכ"ל וכ"כ הטור בסי' כ"ח יע"ש, דמשמע מזה דאי הוה ידעינן דלאו משום כיסופא קאמר אלא גמר בכל לבו והיכי דמי כגון שלא ידע בע"ה במה שלקח מעיקרא והשתא אתי וא"ל טול מאלו היפות דתו ליכא למימר משום כיסופא הוא דקא"ל שהרי לא ידע במה שלקח מעיקרא הוה אמרינן דמקודשת דכיון דהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה והשתא לפי זה קשה אמאי והא קי"ל דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש אלא ודאי יראה דס"ל להרמב"ם והטור דכל היכא דגילה דעתו השתא מהני כל דליכא למיחש לכיסופא ויאוש שאני משום דמה שמתייאש אח"כ אינו מרצונו דאלו הוה ידע לא הוה מתייאש אבל מידי שאין בע"ה מקפיד עליו כיון דלכי ידע ניחא ליה השתא נמי בהיתרא בא לידי' כדכתי'. וכן נראה מדבריהם בהלכות תרומות שכתבו שאם תרם שלא ברשות בע"ה ובא בע"ה וא"ל כלך אצל יפות ה"ז תרומה אלמא כל היכא דגלי השתא דניחא ליה דיינינן דהכי הוה דעתיה מעיקרא ופשטא דסוגיין דקדושין גבי ההוא גברא דקדיש בפרוזמ' דשכרא וכו' מוכח הכי יע"ש. והתוס' ז"ל נדחקו שם בפי' וראיתי להב"י זלה"ה שהקשה על דבריהם דהא קי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ולא אמרינן כיון דלכי ידע מתייאש מעיקרא נמי הוי יאוש ותירץ ז"ל דלפי מאי דמסיק שם בשמעתין דתרומה שאני משום דמצוה הוא כיון דגלי דעתי' השתא דיינינן דהכי הוה דעתי' מעיקרא אלו דבריו אבל לפי מ"ש בקדושין נראה דאפילו במקום דליכא מצוה אי הוה ידעינן דניחא לי' השתא ולאו משום כסופא

קא"ל הוה מקודש' וע"כ ה"ט משום דדיינין לי' דמעיקרא נמי הוה ניחא לי'. וראיתי להתוס' בספ"ק דקדושין גבי האוכל בשוק פסול לעדות שפי' משם ר"ח דאיירי בחוטף משל אחרים ואוכל והקשו ע"ז אם כן תיפוק לי' משום גזלן ותירצו דאיירי במידי שאין בע"ה מקפיד עליו אלמא כל מידי דאין דרכו להקפיד עליו לא מיקרי גזל ואפשר דאפילו למ"ש התוס' בפ' אלו מציאות לא אמרינן אלא במידי דדרכו. של בע"ה להקפיד אצל אחרים בכי הא הוא דאמרו דאע"ג דלגבי אלו יתרצה מ"מ אמרינן יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש אבל במידי שאין דרכם להקפיד אצל כל אדם בכי הא לא מיקרי גזל כלל כנז"ל: **אבל** עדיין יש להבין במה שפי' בכונת הרמב"ם ז"ל דאיירי בקדשה בפחות משוה פרוטה ומקודשת מספק משום דשמא שוה פרוטה במדי דא"כ מאי איריא משום דאין בע"ה מקפיד עליו אפילו מקפיד עליו נמי דהאוכל פחות משוה פרוטה אינו בתורת גזילה ואינו בתורת השבה. וי"ל ע"פ מ"ש לעיל דהא דפחות משוה פרוטה אינו בתורת השבה היינו היכא דידע בע"ה דכיון דידע סתמא קא מחיל אבל כל זמן דלא ידע אינה מחילה דמי ידע דקא מחיל ויאוש שלא מדעת לא הוי יאוש מ"ה נקיט לה הרמב"ם ז"ל במידי דאין בע"ה מקפיד עליו ומתוך דברי הר"ש בר צמח ז"ל נראה שפיר דברי הרמב"ם ז"ל דמה שאמר במידי שאין בע"ה מקפיד עליו היינו לומר דסתם תמרא או אגוז כיון דאינו שוה פרוטה אין בעל הבית מקפיד עליו דאין בה. משום גזל אבל צריך להבין דהא כתב הרמב"ם ז"ל דאסור לגנוב כל שהוא דין תורה וה"ט דאע"ג דלא ניתנ' להשבה מ"מ צערא אית לי' בשעתא:

סימן ג

וגזל הגוי אסור מן התורה כ"כ הרמב"ם ז"ל ומה שהקשה מהרש"ל דהתורה בכללה ובפרטה לישראל ניתנה ואינו אסור אלא מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא, זה אינו דבפ"ב דבכורות מוכח דמאן דס"ל לאיסורא הוי מן התורה, וכיון דקי"ל דמעות קונות בגוי כמו בישראל וקרא אתא למישרי אונאה בגוי ע"כ ס"ל גזל הגוי אסור מדינא וכ"כ התוס' בפרק הזהב ועיין מ"ש הרמב"ם ז"ל בהלכו' בכורות. ומ"ש בכ"מ פ"א מהלכות גזילה דהרמב"ם ז"ל לא אמר אלא אסור מדרבנן יע"ש ליתא כמבואר בפ"א מהלכות גניבה ובריש פ"ב, ובפ"ז ז"ל אחד הנושא והנותן עם ישראל או עם ע"ז אם מדד או שקל בחסר עובר על לא תעשה ע"כ. וכתב הרב המגיד וז"ל דין הכותי כבר בארתיו פ"א וכבר נתבאר שהמשקל הוא כגזל ע"כ:

סימן ד

וטעות הגוי מותר. ופרש"י דהיינו שלקח מהגוי חפץ בארבע ונתן לו ג' בד', וכתב מהרש"ל ודוקא בכה"ג שכבר משך הכלי מיד הגוי וקנאו נעשו הדמים עליו חוב ודמי להפקעת הלואתו דשרי, אבל היכא שמטעה את הגוי בחשבון שאינו הפקעת הלואה כגון שקונה ממנו כלים או דבר אחר ומטעה את הגוי עד שמוסיף לו במנין או שמוסיף לו דמים הרי זה גזל ממש ואסור ואפילו היכא דליכא חלול השם עכ"ל. ולע"ד אין נראה כן בפי' רש"י דמ"ש דהא דשרי ה"ט משום שכיון שמשך הכלי מיד הגוי נעשו הדמים עליו והפקעת הלואתו שרי זה אינו דהא רש"י ס"ל דאין משיכה קונה בגוי אלא דמים כמ"ש התוס' בפ"ב דע"ז, אלא טעמו של רש"י ז"ל דכל שאינו מוציא מידו של גוי שלא מדעתו כענין גזל וגניבה אלא שהגוי נותן לו בטעות לא חשיב גזל, אבל מדברי הרמב"ם ז"ל בפ"ז מהלכו' גניבה שכתב אסור להטעות את הגוי בחשבון נראה דאפי' כי יהיב ליה הגוי מדעתו כיון דבטעות קא יהיב ליה אסור, וזה נוטה לפירוש התוס' בההיא דיכול יגלום דהיינו לומר שלא יטעו בחשבון, אלא שהתוס' כתבו דאינו אסור כה"ג אלא מפני חלול השם במקום שהגוי יודע הא לאו הכי שרי דטעות הגוי מותר, אבל מדברי הרמב"ם נראה דמדינא אסור להטעותו שכ"כ בפי"א מהלכו' גזילה אסור להטעותו לגוי ואם טעה מעצמו שרי והוא שיאמר לו על חשבונך אני סומך ואם לא אמר לו הכי אסור מפני חלול השם. משמע דלהטעותו דאסור לאו מפני חלול השם הוא. ומ"מ נראה לע"ד דמה שאסור להטעותו לאו משום גזל הוי עד שיתחייב להחזיר לו, אלא ה"ט משום דאסור להטעות לבריות ואפילו למכור לגוי נבלה בכלל שחוטה או לתת לו במתנה אסור כדשמואל בפרק גיד הנשה דף צ"ד, אבל אי עבר והטעהו לגוי בחשבון כיון דהגוי מדעתיה קא יהיב ליה אף על פי שהוא בטעות ואסור מ"מ לא הוי גזל, וכ"נ מלישנא דהרמב"ם ז"ל פ"ז מה' גניבה שכתב דאם שקל לו בחסר עובר על לא תעשה וחייב להחזיר ואם הטעה לו בחשבון כתב דאסור. נמצינו למדין דאע"פ שאסור להטעות לגוי מ"מ לא קא חשיב גזל כדי לחייבו להחזיר וכמ"ש התוס', ואף על פי שהתוס' ס"ל דטעמא דאיסורא מפני חלול השם ואלו מדברי הרמב"ם ז"ל נראה דאפילו היכא דליכא חלול ה' אסור וכן מוכח בפ' גיד הנשה מ"מ מדבריהם למדנו דטעות הגוי לא הוי גזל וכמש"ל. ומה שהקשה מהרש"ל ע"ד התוס' שכתבו בההי' דיכול יגלום דאינו אסור אלא מפני חלול ה' אבל משום גזל לא דאם כן מאי מייתי תלמודא משם ראיה דגזל הגוי אסור אינ' קושיא דלא מייתי אלא מרישא דברייתא דקתני שלא ימשכנו ויצא דהיינו שמוציא את עצמו מידו של גוי וזה ודאי הוי גזל שמוציא ממונו של גוי מידו בע"כ, ואף שמפשט דברי התוס' שם בד"ה הכי

קאמינא אי דגוי נינהו וכו' היה נרא' לכאורה דאף בגניבה ובגזל הגוי איסורו הוא מפני חילול השם מ"מ אפשר ליישבם על דרך הנכון:

סימן ה

פירות וכל דבר העומד לימכר יכול ליקח שלא מדעת הבעלים ע"מ לשלם. כן משמע מדברי הראב"ד ז"ל הביא דבריו הר"ן ז"ל בפרק אלו מגלחין גבי ההוא עובדא דר"ל דשמתיה להההוא גברא וז"ל הצ"ל ובשם הראב"ד ז"ל תי' ר"ל טעם מפני שלא התר' בו תחלה שלא יאכל כי שמא היה סבור האוכל דלמכיר' עומד ודעתו לפרוע משלם שבזה לא היה איסור עכ"ל וכן הוכחתי בהלכות שלוחין מדברי הר"ן יע"ש ומ"ש הרא"ש ז"ל הביא דבריו הטור סי' שנ"ט ז"ל וכתב א"א דוקא שאין התשלומין בעין כההיא דמייתי עלה שרצו אנשי דוד ליקח גדיש של שעורים ולתת במקומו של עדשים ועדיין לא היו בידם אבל אם היו מזומנין העדשים מותר לזכות להם ע"י אחר דעדשים עדיפי וזכין לאדם שלא בפניו ע"כ ומשמע דאיירי בדבר דעומד לימכר ואפ"ה לא התיר אלא כשזיכה לו ע"י אחר איכא למימר דאיירי בשאינו רוצה לשלם דמים אלא סחורה אחרת ובכי הא אין דעתו של מוכר למכור כי אם בדמים אם לא דאיכא זכיה דעדיפי הני (א"ה עיין בתשו' מהרד"ך בית כ"ו שהביא ההיא שכתבו התוס' בפ' הגוזל גבי ההיא מעשה דרב אשי הוה קא אזיל באורחא חזא שיבשי דגופנא וכו' יע"ש ועיין עוד לקמן מ"ש מורי הרב זצ"ל סי' ט"ו):

סימן ו

הגוזל והאכיל לאחרים קודם יאוש אי בכה"ג אמרי' רצה מזה גובה רצה מזה גובה נחלקו בו רבותינו הראשונים ז"ל דהרז"ה והרא"ה ס"ל דהאוכל פטור דהוצאה דידיה הוא כמבואר בדבריהם ריש פרק הגוזל ומאכיל אבל התוספות בד"ה אין גזילה קיימת פטורים לימא תהוי תיובתא דרב חסדא וכו' נראה דס"ל שאפילו האכילו הגזלן חייב האוכל ואם רצה הנגזל גובה מזה שאכל והרב המגיד בפ"ה כתב שכן כתבו קצת מפרשים וסיים גם רבינו לא חילק עכ"ל. וכן נראה לי מדברי הרמב"ם ז"ל בהדיא שכתב ז"ל הגוזל ומת בין שהאכיל את הגזילה לבנים אחר יאוש וכו' דהוצרך לפטור את הבנים כשהאכילם מטעם דהוי לאחר יאוש. וכן נראה לי עיקר מדאמרינן בפרק אלו נערות דף ל' דתחב לו חבירו תרומה לתוך פיו דפטור מלשלם דקים ליה בדרבה מיניה הא לאו הכי חייב זה האוכל לשלם ולא אמרינן הוצאה דמאכיל הוי. וסבור הייתי ליישב זה לדעת הרז"ה והרא"ה דע"כ לא אמרו הם ז"ל דאם האכילו הגזלן דהשני פטור אלא כשלא ידע השני שהוא גזול וההיא דפרק אלו נערות איירי בשידע השני שהוא גזול ומשום הכי הוה

מתחייב משום גזל כל כמה דמצי להדורה. אבל עדיין יראה להביא ראיה ממתני' דפ"ז דתרומות דקתני שם המאכיל את בניו קטנים ואת עבדיו בין קטנים בין גדולים משלם את הקרן והם פטורים משום דאין להם לשלם כמו שפי' ר"ע ז"ל והכי אמרו בירוש' שם לא הספיק לשלם עד שנשתחרר העבד העבד חייב לשלם ולא אמרי' הוצאה דרבו המאכיל הוי. (אמר הבן לע"ד לא הבנתי זה דנראה דלא על הרז"ה והרא"ה חלונתינו כי אם על רמי בר חמא. ועל צד הדוחק נראה דאפשר לומר דע"כ לא אמרינן דהאוכל פטור אלא כשידע הגזלן שגזל והא דתרומות אפשר דאיירי דהמאכיל היה סבור שהוא שלו ולא כיון לגזול ועיין בתשו' מהרי"ט ח"א סי' ל"ג דף ל' ע"ד שכתב בפשיטות דאע"ג דגזלן יהיב ליה מדעתיה לפני יאוש גובה מאחר וכ"כ הרדב"ז סי' רכ"ט יע"ש):

סימן ז

ואחר אשר הוכחנו דאפילו בגוזל ומאכיל אמרי' רצה מזה גובה רצה מזה גובה ראוי לבאר אם הוא אפילו שלא היה סבור זה שאכלה שהיה גזול כי לכאורה נראה דאפילו בכה"ג אמרינן רצה מזה גובה וכו' וזה השני גם כן חשיב גזלן כמו הראשון דהא אותביה ליה תלמודא לרב חסדא ממתני' דהגוזל ומאכיל את בניו פטורים מלשלם לפי מה שהבינו התוס' ז"ל והוצרך לאוקמוה דמתניתין איירי לאחר יאוש אבל קודם יאוש חייבים ומשמע אפילו לא ידעו הבנים שאביהם גזלה. הן אמת דהריטב"א ז"ל בפרק אלו נערות נראה דלא ס"ל הכי שכתב גבי מאי דאמרי' התם הניח להם פרה שאולה כסבורים של אביהם היא וטבחוה וכו' וז"ל וא"ת מ"ש מגזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלה דאמרינן רצה מזה גובה רצה מזה גובה והכא נמי אמאי אינם משלמין כל דמי הגזילה דהכא בשאלה ליכא יאוש תירצו התוספות דהתם לפי שיודע השני דגזולה היא בידו ואפילו לא ידע נמי הרי גזלה מהראשון משא"כ בזו דכיון דהיו סבורים שהיא של אביהם אין כונתם לגזול אלא לאכול משלהם וכיון שכן אין להם לשלם אלא דמי בשר בזול עכ"ל. הרי מבואר מדבריו דכל דזה השני לא כיון לגזלם לית ליה דין גזלן. וגם מתשובת הרא"ש ז"ל הביאה הטור בח"מ סי' ע"ב נראה דכל דלא ידע זה שהוא גזול לא אמרינן רצה מזה גובה וז"ל ראובן שתובע ללוי ספרים שמשכן לשמעון ואמר ששמעון הניחהו אצל לוי לתת אותם כשיתן לו המעות וכשהוציא לוי הספרים לתתם לראובן ראה שנפחתו ונפסדו ותבעו ללוי לשלם לו המעות ולוי אומר לאו בעל דברים דידי את כי ממי שקבלתי הספרים הוא הרשני ללמוד בהם אם לוי היה סבור שהספרים של שמעון שהרשה אותו ללמוד בהם הרי הוא פטור אבל אם היה יודע שהספרים היו של ראובן ה"ז חייב לשלם ולא מצי לומר לאו בעל דברים דידי את אין לך דין כי אם עם

שמעון דהוה ליה כגוזל ומאכיל לאחר רצה מזה גובה רצה מזה גובה עכ"ל. וכן כתב בתשובה אחרת הביאה הטור בסי' שמ"ח סעיף י"א וז"ל והא דאמרינן רצה מזה גובה וכו' היינו דוקא כשהשני גזלם מהראשון דכיון שלא נתייאשו הבעלים הוי כאלו גזלם מהבעלים ע"כ אשר נראה דסבירא ליה דכל היכא דלא ידע שהוא גזול וברשות ירד אין לחייבו מדין רצה מזה גובה רצה מזה גובה:

אבל לע"ד נראה דאפילו לא ידע השני דגזולה היא בידו אפי' הכי ס"ל לרב חסד' רצה מזה גובה רצה מזה גובה ואין חילוק בין ידע ללא ידע דאפילו לא ידע גזלן הוי. ואף שאיני כדאי להשיב מ"מ תורה היא וללמוד אני צריך וראיה לדבר מסוגיא דשמעתין לקמן בפרקין דף קט"ו דאמרינן התם גנב ומכר ואח"כ הוכר הגנב רב אמר הדין עם הראשון ור"י אמר הדין עם השני ולא פליגי כאן קודם יאוש כאן לאחר יאוש ותרווייהו אית להו דרב חסדא דאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה וכו' והאי נמי אע"ג דיהיב דמי לגנב לגבי האי מיהא גזלן הוא כפרש"י. הרי דאע"ג דזה השני לא גזלם שבדמים באו לידו וג"כ לא ידע שהיו גזולים ביד המוכר מדעבדו ליה תקנת השוק כמו שפירש רש"י ואפילו הכי חשוב גזלן וכאלו גזלם הוא מבית הבעלים ואם איתא דרב חסדא לא איירי אלא בדידע זה השני שהוא גזול אבל כל דלא ידע לאו גזלן מיקרי ולא מחייב גבי יתומים אלא דמי הנאתם איך למד זה מדרב חסדא ואף על גב דסוגיין איירי כשהגזילה קיימת כמו שפירש רש"י ז"ל יע"ש מיהו כיון דזה הלוקח נתן דמים לגנב חשוב כאלו אינן בעין ולפי דרכי אפרש הסוגיא והוא דלכאורה קשה במאי פליגי אבי' ורב יוסף אי רב ור' יוחנן אית להו דרב חסדא אי לא הלא כל היכא דאיתיה הגזילה בעיניה לכ"ע חייב להחזירה לבעלים כדקתני בברייתא דר' אושעיא ובאידך ברייתא דמייתי בסוף סוגיין דדריש והשיב את הגזילה אשר גזל אם כעין שגזל יחזיר מכאן אמרו הגוזל ומאכיל את בניו פטור מלשלם הניח לפניהם חייבין לשלם וכבר ראיתי להתו' בפ' הזרוע דף קל"ד שהקשו כל זה והניחו לה בצ"ע אבל מקום הניחו לנו להתגדר והכי הוא פי' דהכא כיון דיהיב דמי אפילו כי איתיה הגזילה בעינים הוי כאלו אכלה ואי לא ס"ל כרב חסדא דזה השני חשוב גזלן כאלו הוא גזלה מבית הבעלים ממש אלא ס"ל כרמי בר חמא דפליג אדרב חסדא דאפי' קודם יאוש לאו גזלן קא חשיב ומטעם זה ס"ל דאם אכלה אפי' קודם יאוש פטור דיכול לומר אני לא גזלתיך ולאו בעל דברים דידי את להוציא ממני או לאפסודי לי. נהי דהכא צריך להחזיר הגזיל' כיון דאיתיה בעיניה ועדיין לא קנאה מ"מ הנגזל צריך לתת לזה שלקחה כל הדמים שנתן מכיון דלא חשיב גזלן כל דאית לי' טענה דמפסיד ליה. אבל אליבא דרב חסדא דאית ליה דזה שלקחה חשיב גזלן וכאלו גזלה

מבית הבעלים אפילו דמים לית ליה כיון דגזלן הוא למדנו מהכא שאפילו היכא דזה השני לא ידע שהם גזולים ולא נחית אדעתא דגזלה חשיב כאלו גזלן הוא מיד הבעלים וכן מוכח ג"כ מההיא דאמרינן בפרק כל שעה דף ל"ב. באוכל תרומה בשוגג דכל היכא דמעיקרא שויא ד' זוזי ולבסוף שויא זוזי דודאי כדמעיקרא משלם דלא גרע מגזלן ע"כ אלמא דאע"ג דבשוגג איירי דלא ידע שהם תרומה אפ"ה גזלן חשיב כמו שנראה מפי' רש"י ז"ל שם. איברא דיש לדחות ולומר דהתם מיירי כשידע זה שהם תרומה וחשוב שוגג משום דלא ידע במיתה שבה וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בפרק י' מהלכות תרומות:

אבל ראיתי להרב בעל כ"מ שם בסוף פרק זה על מ"ש הרמב"ם ז"ל ולעולם אינו משלם אלא לפי דמים שהיתה שוה בשעת אכילה בין שהוזלה בשעת תשלומין בין שהוקרה. והשיג עליו הראב"ד ז"ל וז"ל ואם הוזלה בשעת אכילה למה לא יתן כשעת גזילה והרב בעל כ"מ ז"ל הליץ בעד הרמב"ם ז"ל וכתב דהכא לאו בגזלן עסקי' דהא בשוגג אכלה לתרומה ושעת אכילה הויא כשעת גזילי' ובתר ההיא שעתא אזלי' ולא בתר תשלומין עכ"ל. נראה מדבריו דמיירי כשזה שאכלה לא נחית בתורת גזילי' אלא שהיה סבור שהוא שלו ואפ"ה חשיב גזלן בשעת אכילתה שהוציאה מן העולם ודברים אלו הם שלא כדעת הריטב"א ז"ל ושלא כדעתינו דלדעת הריטב"א ז"ל כי לא ידע שהיא תרומה אלא שסבור שהיא שלו אפילו בשעת אכילת' לא חשיב גזלן ונראה דאם בשעת אכילתה היתה ביוקר ובשעת תשלומין הוזלה נותן לו כשעת הזול דהא לא חשיב גזלן ולפי דעתינו אפי' מקודם שאכלה חשיב גזלן:

אבל נראה כמ"ש הבכ"מ דכל היכא דלא ידע וסבור שהוא שלו לא חשיב גזלן משעת הגבהה כיון דאינו מכוין לקנותו שהרי הוא סבור שהוא שלו משא"כ בההיא דלוקח מן הגנב שאע"פ שאינו יודע שהם גזולים מ"מ הרי נתכוון לקנותם ולהוציאם מרשות הבעלים. וכן נראה ללמוד ממ"ש הרמז"ל בפ"ב מה' גניב' הגביהו או שהוציאו מרשות בעלים ומת חייב השומר משום גנב עכ"ל. ולכאורה נראה דאיירי אפילו כשלא ידע השומר שהוא גזול ועיין בסמ"ע בסי' שמ"ח ועל כרחין הכי צריך לפרש דאי לא תימא הכי אלא דאיירי דוקא כשידע השומר שהם גנובים א"כ היכי שמעינין מינה דתיקנו משיכה בשומרים ודילמא היינו טעמא דמחייב השומר משום גנב משום דקי"ל דהאומר לשלוחו צא וגנוב לי דהשליח הוי גזלן דאין שליח לדבר עבירה אלא מיירי אפי' דלא ידע השומר שהם גנובים כפשטא דמתני' והשתא, פשיט מינה דמדחזינן שהשומר מתחייב משום גנב על כרחין צריך לומר דתיקנו משיכה בשומרים וכיון שמשך השומר יצא הדבר מרשות בעלים ונכנס ברשות שומר לענין שאינו יכול לחזור בו ולומר איני שומר

עליה שהרי אינו מתחייב משום גנב אלא במתכוין להוציא מרשות לרשות לאפוקי אם אינו מכוין להוציא מרשות בעלים אלא שסבור שהם שלו דאע"פ שהגביהו לא נעשה גזלן כיון שאינו מכוין לקנותו ולהוציאו מרשות לרשות וכה"ג מחלקין התוספות בפרק השואל דף צ"ו בד"ה אמר רבא מאן נמעול נמעול בעל יע"ש ובפ' האיש מקדש דף נ"ה ד"ה אין מועל אחר מועל יע"ש ובפ' הבית והעלי' דף קי"ז יע"ש אבל אי אמרינן דתיקנו משיכה בשומרים וחשיב כאלו יצאו מרשות בעלי' לרשות שומר שעל דעת כן משכ' לענין בעלי' נמי חשיב גנב שהרי נתכוין להוציא מרשות בעלי' ולקנותו ועל פי זה נתיישב מה שהקשה הריטב"א ז"ל מההיא דיתומים דמשלמין דמי בשר בזול:

ומכל מה שכתבתי עלה לנו דכל היכא דסבור בפקדון שהוא שלו אף על פי ששלח ידו במקצתו לא מתחייב בכולו מדין שולח יד בפקדון או משום שואל שלא מדעת דהוי גזלן כדמוכח מדברי התוס' שהבאתי ואפי' בשחטה ואכלה משום דהיה סבור שהוא של אביו לא מתחייב משום גזלן כמ"ש הריטב"א ז"ל כיון דלא נתכוון לגזול והתוס' בפרק האיש מקדש סוף ד"ה אין מועל אחר מועל יע"ש ודלא כהכ"מ בפ"י דתרומות דאפילו אכלה בשוגג שסבור שהוא שלו בשעת אכילתה חשיב גזלן:

ולדעת הר"מ ז"ל שהבאתי וכ"נ שהוא דעת הנמוקי יוסף בפר' מרובה אפי' כי לא כיון לגזול אלא שלקחו מראובן בתורת שאלה והיה סבור שהיתה של ראובן ונמצא שלא היתה שלו הרי זה השואל חשיב שואל שלא מדעת בעלים והוי גזלן כיון שנתכוון לקנותה וקצת נראה כן מדברי התוס' דפ' האיש מקדש הנז"ל ולדעת הרא"ש בתשובה שהבאתי לא חשיב גזלן כיון דהיה סבור שהם של ראובן המרשה אותו ולא נחית אדעתא דגזלה. ולע"ד אין דבריו נוחים אצלי חדא דכבר הוכחתי לעיל דהלוקח מן הגנב אפי' כי לא ידע שהם גזולין גזלן קא חשיב ואע"פ שלא כיון לגוזלם ואפי' אם נחלק ונאמר דכל זמן שעדיין לא ידע שהם גזולים כיון דאנוס הוא לא חשיב גזלן מ"מ עדיין קשה עליו דאמאי לא מחייב לשלם דמי מה שנפחתו הספרים ע"י מה שנשתמש בהם דאפילו למ"ד שואל שלא מדעת שואל הוי ולא גזלן חייב לשלם מה שנפחתה הבהמה ע"י מלאכתו כיון דליכא דעת בעלים וכמ"ש הריטב"א בחי' בפ' המפקיד וז"ל הצריך לנו ולא בעי ר' ישמעאל שיחזיר למקום שגנב אלא בשומר שנעשה גנב או גזלן ולהכי אוקמוה הכא דסבר גזלן הוי דאלו לענין אונסין אפילו למ"ד שואל הוי חייב בכל אונסין ואפילו במתה מחמת מלאכה דלא שייך לומר בהא לאו לאוקומה בכילתא שייליה וזה ברור עכ"ל:

סימן ח

כתב בהגהת אשירי ריש פרק הגוזל דהא דאמרי' דהגוזל ובא אחר ואכלו דפטור מלשלם הא דפטור היינו מדין גזלן אבל גובה ממנו מדר' נתן ונ"מ שאם מחל לו גזלן ראשון לב' או שפרע השני לראשון פטור השני מן הנגזל וכ"כ הנ"י והמרדכי. ויש לדקדק על דעת הטור שסתם וכתב דאם נתייאשו ובא אחר ואכלו פטור ולא פירש דהיינו דוקא בשכבר פרע השני לראשון דאלו הצד האחר שמחל הגזלן לב' שכתב הגהת אשירי וסייעתו לא ס"ל להטור דאיהו כת' בסי' פ"ו דכל היכא דמשועבד מדר' נתן לא מהני מחילה וראיתי להב"ח שכתב דכל היכא דנתייאשו ובא אחר ולקחו אינו גובה מהשני מטעם גזילה אלא מדר' נתן הלכך דוקא כשהוא בעין אבל אינו בעין פטור עכ"ל ולפום פשטן של דברים נראה דס"ל דאפילו בדאיתיה בעין אינו חייב אלא מדר' נתן ובשאינו בעין פטור לגמרי. ולע"ד אינו כן דכל דאיתא בעיניה אפילו כי ליתא לדר' נתן חייב להחזיר דדרשינן אם כעין שגזל יחזיר והאי קרא מיירי ביורשין או בגזלן שני ואיירי לאחר יאוש אליבא דרב חסדא ומ"ש בהגהת אשירי דאינו גובה מהשני אלא מדר' נתן היינו דוקא בשכבר אכלו כנראה בפירוש מהנמוקי יוסף ולדעת הטור ז"ל יש ליישב דמ"ש פטור היינו היכא דאית ליה לגזלן ראשון נכסים דאז אינו גובה מהשני מדר' נתן ובמקום אחר הוכחתי כן:

סימן ט

גזל כלי ומכרו והלוקח נשתמש בו אם לא ידע הלוקח שהוא גנוב נראה דחייב הלוקח להעלו' שכר לנגזל ואע"פ שהגזלן אם נשתמש בגזלה אינו חייב להעלות שכר מה שנשתמש בה גזלן שאני משום דאדעתא דגזילה נחית אבל זה הלוקח דלא נחית אדעתא דגזילה לאו גזלן קא חשיב כך היה נראה לכאורה וקצת ראיה ממ"ש הטור בסי' ת"ז ז"ל ואם מכרו מזיק אינו מכור והניזק נוטלו מן הלוקח ואפילו אם נשתמש בו הלוקח קודם שנוטלו צריך לשלם לו וכן פי' רש"י והראב"ד אבל הרשב"א ז"ל כתב דמכרו מזיק גזלן הוא וגזלן אינו מעלה שכר לבעלים וז"ל הרשב"א בחידושיו ואני מסתפק דדין זה דמזיק לר"ע כשמכרו לגזול הוא דהניזק שותף הוא וגוזל שור וחורש בו אינו מעלה שכר לניזק דלאו אדעתא דשכירות נחת ביה וכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה ולוקח מגזלן כגזלן דאתי מיניה דאיהו נמי לאו אדעתא דשכירות נחית עכ"ל. אשר נראה מדבריו דס"ל דהלוקח מאן אף דלא ידע שהוא גזול אינו חייב לשלם לנגזל מה שנשתמש במה שכתבו הראשונים ז"ל בדין חצר דלא קיימא לאגרא שאם גילה בדעתו שהיה רצונו ליתן שכר דצריך ליתן לו שכרו נראה לי דאם גילה דעתו עכשו שרוצה ליתן שכר חייב להעלות לו שכר אף על מה שדר בו קודם גלוי דעתו כנראה מתוך דברי הטור בסי' שס"ג וז"ל

אבל אם גילה בדעתו שאם לא הניחו לדור בחנם היה נותן לו שכר קודם שהיה יוצא ממנו צריך ליתן לו שכרו. וכן נראה מדברי התוספות ז"ל בסוגיין דפרק כיצד דף כ' ד"ה טעמא דניקף הא מקיף פטור יע"ש אשר משם למדו כן. וכן נראה גם כן מתוך מ"ש בהגה' אשירי בסוגיין הנז' ועיין בפרק ב' דמציעא דף כ"ב ד"ה אם יש יפות מהם תרומתו תרומה יע"ש ובד"ה מר זוטרא לא אכל:

סימן י

ראובן היה לו חצר והיה משכירו ועתה קודם שהלך ממקומו בקש להשכירה כדרכו ולא השכירה מחמת שהוצרך לילך לדרכו שעה אחת קודם ובא שמעון אחר כך ודר בה שנה אחר שנה ועתה בא ראובן ותובע ממנו השכירות ושמעון משיב לו דאינו חייב ליתן לו מידי דהוי כחצר דלא קיימא לאגרא דקי"ל זה נהנה וזה אינו חסר פטור מלהעלות לו שכר. דע דראבי"ה ז"ל כתב דכל דאין הבעלים בעיר שיוכלו להשכירה אע"פ שאם היו כאן היו משתדלין להשכירה השתא דליתנהו פטור דהוי כחצר דלא קיימא לאגרא דמצי א"ל מאי חסרתיך וכן פסק מור"ם יע"ש אבל מהרש"ל ז"ל כתב משם אור זרוע דרבים חלקו על זה וכתב הוא ז"ל דנראה כהחולקין מאחר שאם היו הבעלים בכאן היו משכירים אותה הוי כבית דקיימא לאגרא ודייק לה מדקאמר אילימא בבית דקיימא לאגרא ולא קאמר אילימא בבית דעביד למיגר וכו' ולע"ד אין זה ראיה כ"כ. ולע"ד בנ"ד אם נאמר דאף בכי האי גוונא פליגי נראה דיש לי ראיה להחולקים ממ"ש התוס' בשמעתין גבי מאי דמשני תלמודא הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי כלומר דדעת שכינה איכא שלא יהנה אדם בלא מעילה עכ"ד ומהם יש ללמוד דה"ה בהדיוט היכא דדעתו הוא שלא ידור אדם בחנם. ועוד היה נראה להביא ראיה מדאמרנן בפרק המפקיד גבי עובדא דמרי בר איסק דאתא לקמיה דר' אמי וא"ל זיל שבי ליה כאריסא וכן פסק הטור סוף סי' רפ"ז דהריוח לאמצע ויטול כאריס כיון שלא היה יודע שהיה לו אח ולא אמרינן כיון שלא היה האח כאן להשכיר השדות ולהרויח הרי זה חשיב זה נהנה וזה לא חסר וכמ"ש הרא"ש בפרק מי שמת גבי אחד מן האחים שהשביח ואפ"ה אמרי' דהשבח לאמצע כל שלא מחלו הקטנים וה"ט משום דכל מידי דעביד להשכירם ולהרויח בהם אין הבעלים מוחלין למי שנהנה בהם. וראיתי בהג"א שם בפרק מי שמת דמייתי משם ריב"א ז"ל שפי' דהשביחו הנכסים מחמת עצמו דהוי לעצמו היינו שהיה להם בתים ולא היו נמצאין שוכרים והם טרחו אחר השוכרים והקטנים לא היו יכולים לעשות דבר זה ע"כ וזה נראה קצת כדברי ראבי"ה ז"ל:

סימן יא

ראובן שהביא יורה שלו בבית שמעון כדי להוציא לו מים צרופים ואחר שגמר מלאכתו רצה ראובן להוליך היורה עמו כדי לעשות מלאכה במקום אחר ולא הניחו שמעון וסגר הדלת בעדו וע"י זה הפסיד ראובן מלהרויח:

לכאורה נראה דאם לא נשתמש בה שמעון פטור מלשלם דמצינו שנחלקו רבותינו הראשו' ז"ל בדר בחצר חברו דקיימא לאגרא ואין זה הדר בה עביד למיגר דהרי"ף והרמב"ם ז"ל ס"ל דחייב להעלות לו שכר דהא חסריה ממונא ור"י ס"ל דפטור ואפילו אם גירש את חברו מביתו ודר בו זה דאין זה אלא גרמא בעלמא כההיא דהמבטל כיסו של חברו וכו' וכתב הרא"ש ז"ל דנראה לו כסברת הרי"ף ז"ל ולא מטעמא דחסריה לבד אלא מטעם דאכל חסרונו של זה אע"פ שלא נהנה ע"כ. ולכאורה נראה דלא דמי להההיא דהמבטל כיסו דהתם לאו ברי היזקא דאפשר שלא ירויח ועוד דבאותה שעה עדיין לא היה שם מי שהיה לוקח בריוח לא כן בדר בחצר חברו דע"י שזה נכנס ודר בה אינה נשכרת לאחרים נמצא שע"י מפסיד לחברו וברי היזקא ונראה דכל כה"ג חייב מדינא דגרעי ודמי למ"ש התוס' בהאומנין דף ע"ו גבי מאי דקאמר תלמודא התם השוכר את האומנין והטעו את בע"ה או בע"ה הטעה אותם אין להם זה על זה אלא תרעומת. והקשו התוספות על זה דהא קי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי א"כ אמאי לא יתן להם כפועל בטל כיון שע"י נתבטלו אותו היום ותירצו בכשחוזר בו עוד ימצאו להשתכר ע"כ וכ"כ הרא"ש שם. אלמא די"ל היכא שזה היה מוצא להשכיר עצמו ובא חברו ומנעו ולא הניחו להשכיר הרי זה חייב מדינא דגרמי ואפשר לחלק דהתם גבי פועלים היינו טעמא דמשלם מה שנתבטלו ע"י משום דאשכחן שבת באדם שמחוייב לשלם מה שהי' מרויח באותן הימים שנתבטל ודוקא גבי אדם הוא דמחויב בשבת אבל אם בטל ממונו או בהמתו מלהרויח בזה לא אשכחן שבת ואדרבה אמרינן המבטל כיסו של חבירו פטור מדיני אדם עיין בטור סי' ש"ז ס"ו. וכ"ת הלא התם בפרק האומנין קתני דחמרין שנתבטלו ע"י בע"ה דמשלם להו בע"ה מדינא דגרמי דמי מה שנתבטלו הבהמות ג"כ ע"י ואע"ג דאינו אלא שבת איכא למימר דהתם שבת אדם קא חשיב כולו כיון שזהו אומנותו של זה ודמי לאומן שע"י כלי' מתקן מלאכתו וה"נ מי זה הפועל על ידי הבהמה מתקן מלאכתו והכל שכר אדם קא חשיב. ולפ"ז נראה לפשוט מכאן דמי שנשכר עם סוסו למלאכתו של חברו דאין להם אונאה כלל דהכל שכר אדם קא חשיב ועיין בת"ה סי' שי"ח. הן אמת דעדיין יש להבין דנראה דס"ל דאפילו גירש את חברו מביתו ומחמת זה הפסיד שהוצרך לשכור בית לדור בה דאפ"ה פטור והביאו ראיה מהמקבל שדה והובירה דאינו

חייב אלא משום דדרשינן לשון הדיוט משום דלא הוי אלא גרמא בנזיקין ויש להבין בדבריהם דהיכי קרו ליה בכה"ג גרמא בעלמא כיון שהוציאו בידים וגרם לו לאפסודי ממון שהוצרך לשכור בית אחר ואי משום דבשעה שהוציאו עדיין לא בא ההפסד אלא אחר כך מכל מקום כיון דבריא היזקא דינא דגרמא מיקרי ואשכחן כה"ג דמיקרי דינא דגרמי דבפרק החובל קאמר תלמודא שבת בלא נזק היכי משכחת לה כגון דהדיקיה בהנדורנא וכתב הרא"ש ז"ל ומסתברא דאיירי שהכניסו לחדר וסגרו בתוכו אבל אם היה כבר בחדר וסגר הפתח לפניו גרמא בנזקין הוי עכ"ל. הרי מבואר דכל שעיכב את חברו בידים וע"י כן הפסיד חברו דינא דגרמי מיקרי ולא גרמא בנזקין ואע"ג דבשעה שסגרו עדיין לא בא ההפסד אפ"ה כיון שע"י מעשיו מפסיד חברו ובריא היזקא חייב לשלומי וה"נ נמי שמוציא את חברו מביתו והוצרך לשכור בית דירה חייב לשלם, ורואה אני דהתוס' והרא"ש ז"ל לשיטתייהו אזלי דפסקי כרבא דאמר השף מטבע חברו והצורם אוזן פרתו פטור אע"ג דנחסר חברו מ"מ כיון שגוף הדבר שהזיק לא נחסר גרמא בנזיקין מיקרי עי' מ"ש המרדכי משם רבינו יקיר בריש פ' הגוזל קמא. אבל הרי"ף והרמב"ם ז"ל פסקו דלא כרבא וס"ל דכל שנחסר חברו ע"י מעשיו הרי זה חייב מדינא דגרמי. ולפ"ז ה"ה כשנועל את ביתו של חברו ואינו מניחו להשכיר או שגירש את חבירו מביתו דבריא היזקא דודאי חייב לשלם כיון דנחסר חברו ע"י והוי מידי דמינכר היזקא שאינו יכול להשכירה או שצריך בית אחר (א"ה ע"כ מצאתי ונראה דס"ל למורינו הרב דנדון דידן במחלוקת שנוי ופטור שמעון מלשלם מטעם הנ"ל. ואפשר לצדד דבנ"ד אף הרמב"ם ז"ל מודה דפטור דשמעון הוי גזלן כיון שסגר הדלת ולא הניח לראובן להוציא כליו ולמדתי כן מתוך מה שיתבאר לקמן בעהי"ת):

סימן יב

ואם נשתמש בה שמעון ולא על מנת לגזול אלא להשתמש בחנם לכאורה היה נראה דפטור דהא קי"ל דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה אבל לא שכר מה שנשתמשו ואף ששמעון לא רצה לגזול גזלן מיקרי ופטור כמ"ש הטור ז"ל בסי' שס"ג ס"ה וז"ל לא נטלה על דעת ליתן שכר דינו כגזלן ומשלם מה שקלקלה וכן הדין אם נטלו על דעת שאלה דשואל שלא מדעת הוי גזלן עכ"ל. הן אמת דהתוספו' לא ס"ל הכי כמבואר בדבריהם בפרק איזהו נשך דף ס"ה גבי עובדא דר' יוסף תקיף עבדא דאינשי וכו' שכתבו ז"ל וא"ת בלאו הכי פטור דהא תנן גזל עבדים והזקינו משלם כשעת הגזלה וכו' וי"ל דיש לחלק בין נחית אדעתא דגזלנותא לנחית אדעתא דמלאכה עכ"ל. מדבריהם אלו מוכח דלא ס"ל כסברת הטור ואף שדברי התוס' בקושייתם נראין תמוהים דר' הוא דקאמר לה

ורב ס"ל עבדא כמקרקעי דמי ומש"ה איצטריך לטעמא דלא ניסתריה עבדיה כמבואר בסוגיין דפרק הגוזל דף צ"ז יע"ש מ"מ למדנו מדבריהם דכל דלא נחית אדעתא דגזלנותא אלא אדעתא דמלאכה חייב לשלם לבעלים וכן כתב בשה"ג בסוגיין דהגוזל יע"ש. וכד דייקינין עוד בנ"ד אפשר דאף הטור ז"ל מודה דחייב שמעון לשלם אף שלא היה רוצה להשתמש אלא בחנם דגזלן ושואל שלא מדעת שאני משום דברשותיה קיימא הגזילה ובדידיה קא משתמש דרחמנא אוקמיה ברשותיה לאונסין משום דכל הנאתו שלנו כמבואר בסנהדרין דף ע"ב אבל מידי דלא מיגזלא כגון קרקע ועבדים אפילו ירד בהו בתורת גזילה צריך להעלות שכר לבעלים על מה שנשתמש בה כמבואר בפרק הגוזל דאמרינן התם ואי עבדא כמקרקעי אמאי אין צריך להעלות לו שכר. וה"ה בנדון דידן דלא מיקרי גזלן כיון דלא משך הכלי אלא עודנו במקומו נשתמש בה עדיין לא קנה הגזילה כדאמרינן בפרק המפקיד גבי שולח יד בפקדון והא לא משך ופירש רש"י ז"ל הא לא משכה בשליחות יד כדי לקנותה ומטלטלין אינן נקנים אלא במשיכ' לא במקח ולא לענין גזל וכדתנן במתני' דהטה את החבית דאינו משלם אלא רביעית אלמא בעינן דלקנייה וכפי' גם כן במתני' דהטה את החבית. וכ"ת דעדיין יש לומר דרשותו של גזלן קונה לו כמו שקונה לענין מקח וכדאמרינן בכופר בפקדון דנעשה גזלן ומוקי לה תלמודא בפ"ק דמציעא כגון דאתו סהדי ואסהידו ביה דההיא שעתא איתיה לפקדון בביתיה ומשמע אף על פי שלא שלח בה יד וההיא דהטה את החבית דמשמע דרשותו לא מהני אפשר דהתם שאני משום דגילה לן הכתוב דבעינן שישלח בו יד ממקום למקום ואין ללמוד משם דשליחות יד חידוש הוא. ועדיין מספקא לי אי נדמייה נ"ד לגזלן או נימא כיון שאין רוצה לגזול הגוף אלא להשתמש בה דמי לשולח יד בפקדון ועיין בפרק האיש מקדש דף נ"ה ד"ה אין מועל אחר מועל ועיין במהרי"ט בח"מ סי' פ"ח דף צ"ט ע"א:

סימן יג

כתב המרדכי בפרק כיצד הרגל דאם ברח היהודי מן העיר ולקח השר ביתו והשאילה ליהודי אחר ודר שם בחנם שאין הבעלים יכולים לתבוע שכר ממנו דהאי ביתא לא קיימא לאגרא שאם יצא היהודי מהבית ישכירנו השר לעובדי כוכבים ומזלות ונמצא זה נהנה וזה אינו חסר עכ"ד הר"ש. ולכאורה נראה שאין כן דעת התוס' ז"ל בשמעתין שכתבו בדף ך' ע"ב ד"ה הא איתהנית וכו' וא"ת ההוא דתחב לו חבירו בבית הבליעה דריש אלו נערות אמאי חייב האוכל זה נהנה וזה לא חסר הוא דאם הי' מחזיר הית' נמאסת ואין שוה כלום ותירצו דהתם שאני הואיל ונהנה מחמת חסרון שהי' מתחלה עכ"ל אלמא דאע"פ שזה נהנה לא חיסרו כשנהנ' שכבר הי' אבוד אפילו הכי הואיל

ומחמת שנאסר ע"י חבירו תחלה נהנה חייב לשלם וכן נראה ג"כ ממה שכתב הרמב"ם פרק ה' מהלכות גזילה ז"ל גזל בית או שדה אסור לעבור בתוכה וכו' ואם דר בתוכה חייב להעלות לו שכר לבעלים עכ"ל. שנראה שאע"פ שמהגזלן אינו יכול להוציא מידו אפי' הכי אם דר בתוכ' אחר חייב להעלות שכר לבעלים ואפילו למה שכתבו התוס' בפרק אלו נערות דההיא דתחב לו חברו איירי כשהי' שוה כל שהוא אפי' בעודה נמאסת דמשמע דאע"פ שמחמת שנחסרו הבעלים תחלה נהנה זה אפי' הכי פטור כל כמה דהשתא לא חזי מידי וה"ט משום דא"ל מאי חסרתיך אין ללמוד משם לנדון דידן דהתם בשעה שזה נהנה אינו שוה כלום לבעלים ונמצא שזה נהנה מההפקר אבל הכא שזה דר בביתו של חבירו והבעלים נחסרים נמצא זה אוכל חסרונו של זה למה הדבר דומה למלך שגזל ממון ראובן ונתנו לשמעון היאמר לו מאי חסרתיך אם לא הייתי מקבל ממנו נותנה לאחר ואין אתה יכול להוציא מידו אלא אמרינן זה השני שאכל חשיב כאלו גזלו מהבעלים:

סימן יד

אם גזל מטלטלין שאינם עומדין להשכיר והשכירם הגזלן לאחר בהא אין השוכר מתחייב שכירות לבעלים כנראה מתוך דברי הרמ"ה הביאם הטור בסי' שס"ג ס"ה יע"ש ולגזלן גם כן לא מתחייב ליתן דשכירות בטעות הי' ואם נתנו לגזלן נר' דאפשר דיכול להוציא ממנו וע' מ"ש הב"י בסי' שס"ג משם הרשב"א והרמ"ה ז"ל גבי דין חצר דלא קיימא לאגרא שהשכירו הגזלן לאחרים יע"ש:

סימן טו

ושוכר שלא מדעת איכא לספוקי אי חשיב גזלן דאיכא למימר דדוקא אמרו שואל שלא מדעת דהוי גזלן משום דרוצה להשתמש בה בחנם אבל שוכר דרוצה לתת שכר לא יחשב גזלן ושורש דין זה נראה דאיכא למילף מהא דאמרינן בפ' הגוזל קמא דף צ"ז התוקף ספינתו של חבירו ועשה בה מלאכה רצה שכר' נוטל רצה פחתה נוטל ואוקמוה בספינה דקיימא לאגרא וזה נחית אדעתא דאגרא ופירש רש"י ז"ל נחית אדעתא דאגרא רצה שכרה נוטל ואם פחתה יתר על שכרה נוטל דמי פחתה דהא על כרחיה שקלה וגזלן הוא עכ"ל משמע מפי' דטעמא משום דע"כ שקלה הוא דחשיב גזלן הא בסתמא אע"ג דנחית שלא מדעת בעלים לא חשיב גזלן כיון דקיימא לאגרא ונחית אדעתא דאגרא ודאי ניחא להו לבעלים בכך וכדאמרינן בפרק השואל דף ק"א לא מבעיא בחצר דלא קיימא לאגרא אלא אפילו, בחצר דקיימא לאגרא דאמר ליה דמית עלי כאריה ארבא הא לאו הכי כיון דקיימא לאגרא הרי זה כיורד ברשות דסתמא ניחא להו לבעלים באגרא אבל מדברי הרמב"ם ז"ל בפ"ג מהלכות גזילה נראה דהאי דינא דהתוקף ספינתו בירד שלא

ברשות שכתב ואם רצה נוטל פחתה שהרי ירד שלא ברשות משמע דאפי' בסתמא חשיב גזלן. איברא דאיכא למימר דס"ל להרב דהא דרוצה נוטל פחתה לאו משום דחשיב גזלן אלא הואיל ויורד שלא ברשות מצי לתבוע ממנו כל דמי פחתה ואע"פ שעומד להשכיר מ"מ יכול לומר אין רצוני להשכירו לך ונ"מ דאם מתה כדרכה שלא אירע זה האונס בשביל מלאכתו דהרי זה פטור ואם מתה מחמת מלאכה או נפחתה חייב. ומצאתי ראיה לזה מההיא דפ' האומנין דתנן השוכר את החמור להוליכה בהר והוליכה בבקעה ומתה חייב וכתב הריטב"א בחי' כ"י ז"ל פי' מורי מתה חייב באונסיה ופטור משכרה דכיון דשינה בטלה שכירותו והוי כתוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה דאי קיימא לאגרא ונחית אדעתא דאגרא רצה פחתה נוטל רצה שכרה עכ"ד הרי שאע"פ שבטלה שכירותו מכיון ששינה בה ועבר על תנאו אפ"ה לא חשיב גזלן כדמוכח שם בגמרא דקאמר הא מני ר"מ דאמר כל המעביר על דעת בע"ה נקרא גזלן ולא קיימא לן כותיה. אלמא דאע"פ ששינה מדעת בעלים והוי כיורד שלא ברשות אפילו הכי לא חשיב גזלן כיון דקיימא לאגרא ונחית אדעתא דאגרא ולא מחייב אלא במתה מחמת מלאכה ששינה בה כגון שהחליקה אבל מתה כדרכה פטור. נמצינו למדין דבנדון דידן דקיימא לאגרא ונחית אדעתא דאגרא דאף שירד שלא מדעת בעלים לא הוי גזלן ורצה נוטל שכר' רצה פחתה דוקא כדאמרן וכן נראה מדברי הרב בת"ה בסי' שי"ו. ונראה עוד מתוך דבריו דאפי' נאנס מחמת מלאכ' פטור משום דמסתמא ניחא להו לבעלים בכך וכבר כתבתי דאף דהכי מוכח מפי' רש"י ז"ל מכל מקום לדעת הרמב"ם ז"ל נרא' דאינו כן ונוטל כל דמי פחתה הואיל וירד שלא ברשות:.

סימן טז

הלוקח מטלטלין של חבירו מדעתו ומטלטלין אלו אינם עומדין להשכיר ונטלם ע"ד ליתן שכר אם הוא גזלן או לא. נראה לכאורה דדבר זה במחלוקת שנוי דהטור ס"ל דהוי גזלן שכתב בסי' שס"ג ס"ד ז"ל התוקף ספינתו של חבירו או בשאר מטלטלין ועשה בה מלאכה וקלקלה אם אינם עומדין להשכיר אפי' אם נטלו על דעת שיתן מהן שכר דינו כגזלן ואינו משלם לו אלא מה שקלקלה דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה ע"כ וכ"כ ה"ה בפרק ג' מהלכות גזילה. וכן כתב הריטב"א בחידו' לפרק המפקיד גבי שואל שלא מדעת הרי זה גזלן דה"ה דשוכר שלא מדעת דהוי גזלן:

אבל הנמוקי יוסף כתב משם הרמ"ה דאפילו נחית ליה בתור' אגרא לא משלם אלא פחתה כי לא קיימא לאגרא משום דזה נהנה וזה אינו חסר הוא ע"כ משמע דכל היכא דנחית אדעתא דאגרא לא חשיב גזלן ואף על פי שאינו מחוייב ליתן שכר ולא דמי לשואל

שלא מדעת דהוי גזלן דהתם רוצה ליהנות בחנם בממונו של חבירו ולכאורה נרא' דהטור וסיעתו דס"ל דהוי גזלן אף דנחית אדעתא דאגרא למדו כן מסוגיין דקאמר הא והא דעבידא לאגרא הא דנחית אדעתא דאגרא הא דנחית אדעתא דגזלנותא ולא אמר נמי הא והא דלא קיימא לאגרא הא דנחית אדעתא דאגרא ואיכא מעט פחת וכ"ת דהוי זה נהנה וזה אינו חסר ליתא דהא קי"ל דכל דאיכא מעט פחת מגלגלין עליו את הכל והא דנחית אדעתא דגזלנותא הלכך אינו נוטל אלא פחתה מהא שמעינן דאפי' נחית אדעתא דאגרא כל היכא דלא קיימא לאגרא גזלן הוי והרמ"ה ז"ל לשיטתיה קא אזיל שכתב הנ"י בשמו בפ' כיצד הרגל דאפי' איכא פחת אין מגלגלין עליו את הכל:

אמר יהודה כדברי אדוני אבי הרב הגדול זלה"ה מצאתי בשה"ג בפרק איזהו נשך גבי עובדא דר' יוסף בר חמא תקיף עבדא דאינשי שהביא סברת הטור וסברת הרמ"ה וכתב על דברי הרמ"ה ז"ל נראה בעיני שאין טעם זה מספיק וכולל דתינח היכא שלא ביטלה ממלאכת בעלים וכו' עד מ"ש ולדידיה לפי טעמו כשביטל ממלאכת בעלים לשלם אגרא עכ"ל. ולכאורה נראה בעיני דלפי סברת מורי הרב ז"ל דהרמ"ה ס"ל דלא הוי גזלן כיון דנחית אדעתא דאגרא א"כ נמצא דפליג הרמ"ה גם על מ"ש הטור ז"ל דהא דאמרינן זה נהנה וזה אינו חסר פטור דהיינו דוקא כשלא גילה הדר בדעתו שהי' רצונו ליתן שכר אבל אם גילה בדעתו שרצונו ליתן שכר צריך ליתן שכרו ואין לחלק בין גילה דעתו בפני סהדי לנחית בתורת אגרא דאין נראה כן מדברי הרמ"ה ז"ל ומדברי התוס' בפרק איזהו נשך דף ס"ד ד"ה ניחא לי' דלא ניסתריה וכו' נראה דלא כסברת הטור וה"ה דסבירא לי' דהוי גזלן ודו"ק:

סימן יז

והיכא דלא קיימא לאגרא דקי"ל דאפילו נחית אדעתא דאגרא הרי זה גזלן כ' הרב בת"ה סי' שי"ו דאם לקחה כדי להציל ממונו ה"ז כיורד ברשות ולא חשיב גזלן וה"ל שוכר ופטור מאונסין עכ"ל, ולע"ד אין נראה כן דנהי דיש לו רשות ליטלה ולהציל את שלו ולא חשיב גזלן מ"מ אם נאנסה הבהמה בדרך מחמת מלאכתו מי פטרו מאונסין ואם אתה אומר כן נמצא זה מציל ממונו בממון חבירו אלא שורת הדין נותן שיטול וישלם לחברו כל מה שמפסידו ורצה נוטל שכרה רצה נוטל פחתה:

סימן יח

ושואל שלא מדעת הוי גזלן ואיכא פלוגתא מאימת. נתחייב זה כדין גזלן דהטור ז"ל כתב דלא מתחייב בה עד שישתמש בה. ולכאורה נראה שלמד כן מההיא דאמרינן בפרק המפקיד לא תימא שליחות יד ותיתי משואל מק"ו ואמאי איצטריך הכתוב אלא לומר

לך שליחות יד אינה צריכה חסרון. והקשו התוס' והא נמי נלמוד משואל דהא שואל מתחייב באונסין משע' משיכה ותירצו דאיכא למימר שואל שאני דכיון דלדעת בעלים הוא מושך דין הוא שיתחייב באונסין משעת משיכה דחשיב כאלו נשתמש בה דלדעת כן שאלה אבל שלא לדעת לא חשיב כאלו נשתמש בה ע"כ פי' לדבריהם כיון דאיסורא קא עביד אפשר שיחזור בו ולא ישתמש וכ"כ הריטב"א שם בחידושיו ומכאן למד הטור דשואל שלא מדעת לא מתחייב עד שישתמש בה ואע"ג דלענין שליחות יד מתחייב משעת משיכה התם הוא חידוש שחידשה תורה ולא ילפינן מיני' לשואל כך היה נראה לכאורה וכ"כ בספר בני אהרן. אבל עדיין יראה לדחות דאין מכאן ראיה לזה דאיכא למימר נהי דמדין שואל מדעת לא הוה ילפינן לשואל שלא מדעת וכמ"ש התוס' ולא הוה מתחייב עד שישתמש היינו אי לא הוה גלי לן קרא דשליחות יד אינה צריכה חסרון אבל בתר דגלי לן קרא דא"צ חסרון והוי גזלן משעת משיכה ילפינן נמי לשואל שלא מדעת דמתחייב משעת משיכה. וזה נראה שהוא דעת הריטב"א בחידו' שכתב כדברי התוס' ממש ולפסק הלכה כתב דמתחייב שואל שלא מדעת משעת משיכה וכ"כ הרמב"ן והר"ן: **ולכאורה** היה נראה לי להביא ראיה על זה מההיא דאמרינן בפרק בן סורר אמתני' דהבא במחתרת ונטל כלים ויצא פטור אמר רבא מסתברא בדליתנהו אבל איתנהו בעיניה הרי זה חייב דכי אוקמיה רחמנא ברשותיה לענין אונסין אבל לענין מקנה ברשותא דמריה קיימא מידי דהוי אשואל ופירש רש"י ז"ל והא דכי נאנסה חייב משום דלא גרע משואל דמשום דכל הנאה שלו אוקמינהו רחמנא ברשותיה לשלומי אם נאנסו והאי נמי לא שנא דהא כל הנאה שלו עד כאן לשונו. ולכאורה איכא לאקשויי דהיכי יליף משואל לגזלן ולומר דמאי דמתחייב גזלן באונסין ה"ט משום דכל הנאתו שלו מידי דהוה אשואל והיכי מדמי לשואל דאיכא למימר שאני שואל משום דאדעתא דבעלים קא נחית וחשיב כאלו נשתמש בה אבל גזלן דאיסורא קא עביד אמאי חייבו רחמנא באונסין משעת משיכה וכמ"ש התוס' הכא אלא נראה כמש"ל דבתר דגלי לן קרא בשליחות יד דמתחייב משעת משיכה משום דלהנאתו קא משיך תו ליכא לפלוגי בין היכא דהוי מדעת להיכא דהוי שלא מדעת. ומדברי הרמב"ם ז"ל בפרק ג' מהלכות גזילה נראה לכאורה כסברת הטור שכתב ז"ל הי' כלי ביד בנו של בע"ה או ביד עבדו ולקחו אחד מהם ונשתמש בו. הרי זה שואל שלא מדעת ונעשה ברשותו ונתחייב באונסיו עד שיחזירנו לבעלים עכ"ל. הרי דלא מתחייב אלא עד שישתמש בו אבל עדיין איכא למדחי ולומר דכל שנכנס לרשות חבירו והוציא כלים משם כדי להשתמש בהם כיון דבעלים לא ניחא להו בההיא הוצאה שרוצה להשתמש בהם משע' משיכה הוי גזלן כסברת הרמב"ן והר"ן ולא כתב הרב ז"ל

דאינו נעשה ברשותו עד שישתמש בה אלא בלוקח כלי מיד בנו הקטן או מיד עבדו דעודנו בידם לא חשיב כאלו עומד ביד בע"ה שידם של אלו הם בחזקת אבודים והמוציא מידם זכות קא עביד לבעלים ולא קפדי בעלים על מה שנטל מידם והלכך לא מתחייב משום שואל שלא מדעת קודם שישתמש בה כיון דאיכא הנאה וזכיה לבעלים במשיכתו של זה ודומה קצ' לזה כתוב בחידושי רב בצלאל משם הרמב"ן בפ' המפקיד דף מ"א גבי מאי תלמודא התם והא לא חסרה וז"ל אבל הרמב"ן תירץ דמשום שואל א"א לחייבו שאינו נקרא שואל אלא כשהוא יוציאה בשעת שאלתה מרשות בעלים לגמרי ושאין בה הנאה לבעלים כלל אלא כל הנאה של שואל ע"כ יע"ש ומ"ה כתב הרמב"ם ז"ל דלא מתחייב קודם שישתמש בה משום גזלן על משיכתו בלבד כיון דאיכא הנאה לבעלים במשיכתו של זה ולא קפדי על מה שהוציא מידם. ולפי מ"ש אפשר לומר דמ"ש הטור דלא מתחייב משום שואל עד שישתמש בה מיירי דוקא בנפקד שמשך הכלי להשתמש בו דבהכי איירי הטור ומ"ה כתב דלא מתחייב קודם שישתמש משום דכל דעומד ביד הנפקד חשוב עדיין כאלו עומד ברשות בעלים אבל היכא דמוציא הכלי מרשות בעלים שלא מדעתם הרי זה מתחייב משעת משיכה ועיין מ"ש הסמ"ע סי' שמ"ח דאסור לגנוב ע"מ להחזיר דר"ל שרוצה לעשות מלאכתו ולהחזירו:

סימן יט

ונפקד ששלח יד בכלי להשתמש בו וקודם שנשתמש בו נגנבה ה"ז ספק אם נעשה גזלן משעה שמשכה דמדברי הנמוקי יוסף נראה דמשעת משיכה קיימא ברשותיה ולדעת הטור עדיין לא קיימא ברשותיה מיהו כיון דצריך הנפקד להשבע שלא שלח בה יד ולא מצי להשבע יש לראות אי אמרינן בכה"ג מתוך שאינו יכול להשבע משלם:

סימן כ

כתב הריטב"א בשם הרמב"ן דכי אמרו שואל שלא מדעת גזלן הוי איירי במידי דאיידי דמטלטל ליה אפשר דתשבר אי יארע בו נזק דאילו בדבר שאי אפשר לבא לידי נזק בטלטולו ליכא למאן דאמר שואל שלא מדעת גזלן הוי דהא לא עביד ליה ולא מידי. ונראה דכה"ג כיון דליכא איסורא בנטילתו משעת משיכה חשיב שואל דלא שייך הכא לטעם התוס' שהבאתי לעיל. אבל מדברי התוספות נראה קצת שחולקים על זה וס"ל דאפילו במידי דאי אפשר לבא לידי קלקול שואל שלא מדעת גזלן הוי שכתבו בפרק אלו מציאות דף ל' ע"א בד"ה לצרכו ולצרכה דהברייתא דקתני מצא כלי נחשת משתמש בהם איירי אפילו לצרכו ומותר כיון שעל ידי אותו תשמיש אינו יכול לבוא לידי קלקול ותדע

דאי דוקא לצורך הכלי א"כ מאי קא פריך עלה פקדון מאי עבידתיה גביה עכ"ל. משמע מדבריהם דאפילו במידי דא"א לבא לידי קלקול אסור להשתמש בה שלא מדעת בעלים: **הן** אמת דאיכא למידק על דברי התוספות שמה שרצו להכריח דהברייתא איירי במשתמש בה לצרכו דאי לצורך הכלי מאי פריך פקדון מאי עבירתיה גביה והלא כיון דהוא שומר עליה צריך לעיוני בה שלא יתקלקל ולע"ד אינה ראיה דכיון דהבעלים בעיר תו לא רמי עליה דשומר להטפל בה כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ז מהלכות שאלה ופקדון והטור והגאון בספר המקח יע"ש:

גם מדברי הריטב"א הביאם הנ"י בפרק המוכר את הספינה נראה דאפילו בדבר דאי אפשר לבא לידי קלקול שואל שלא מדעת גזלן הוי, שכתב ז"ל וכיון דאמרינן דגזלן הוי היה נראה שאסור לאדם להניח תפילין של חבירו או להתעטף בטליתו שלא מדעתו אבל מורי נר"ו אומר דבדבר מצוה שאני דניחא ליה לאיניש דליעבדו מצוה בממוניה עכ"ל הריטב"א ז"ל ועיין בת"ה סי' ק' דנראה דס"ל הכי ויש לדחות כ"ז וק"ל ועיין בתשו' מהר"ם סימן תשכ"ג:

סימן כא

כתב הרמב"ן בפי' באו דבריו בשיטת רב בצלאל ז"ל דלא מתחייב משום שואל שלא מדעת אלא היכא דכל הנאתו שלו וכ"כ הנ"י במתני' דהמפקיד חבית אצל חבירו אבל היכא דאיכא הנאה לבעלים ג"כ לא מתחייב ולפי זה איכא למילף דהא דאיבעיא לן בפרק אלו מציאות לצרכו ולצרכה מאי ולא איפשיטא וכתב הרמב"ם והרא"ש ז"ל דאזלינן לחומרא היינו לענין שאסור להשתמש בה לצרכו ולצרכה אבל לא שיתחייב באונסין כדין שואל מכיון דאיכא נמי הנאה לבעלים וכל שואל לא מתחייב באונסין אלא היכא דכל הנאתו שלו אבל הכא הא איכא הנאה טובא לבעלים ודלא כמו שכתב מהרש"ך בח"א סי' קמ"ה יע"ש:

סימן כב

מי שהפקיד שק מלא חפצים והנפקד שלח יד באחד מהחפצים כדי להשתמש בו ולהחזירו למקומו ואחר כך באו עליו גנבים וגנבו השק אי מחייב הנפקד משום שולח יד. והנה דעת הרמב"ם ז"ל דכי אמרינן שלח יד בפקדון נתחייב באונסין היינו היכא דכל הפקדון הוי גוף א' וכיון שהגביהו ליטול מקצתו נתחייב בכולו אבל אם הפקדון הם גופין מחולקין כעין דינרין אע"פ ששלח יד באחד מהם לא חשיב כאלו שלח יד בכולו. והביאו לזה החילוק מדבעי רב אשי בגמרא הגביה ארנקי ליטול דינר מהו דסתמא רב אשי אליבא דהלכתא קא בעי לה ואע"פ דלענין דינרין ספקא הוי אי מתחייב בכולו

ואע"פ שאינם גוף אחד היינו משום דלא דמי נטירותא דדינר שהוא דבר קטן לנטירותא דכיס וכדקאמר אבל בחפצים גדולים דלא שייך האי טעמא אפשר דלא מתחייב בכולו ועוד דאפילו לא יהא אלא ספק קי"ל קולא לנתבע. ועוד דהכא בנ"ד שלקח חפץ אחד כדי להתנאות בו והחזירו ואין תשמיש זה מחסרו לחפץ ואף על פי דהוי שואל שלא מדעת על אותו החפץ מכל מקום לא מתחייב על השאר משום שולח יד בפקדון דשליחות יד הכתוב בתורה היינו דוקא היכא דמחסר הפקדון באותה הגבהה. ולטעם הראשון שאמרתי שאינו מתחייב בכולו משום דאינם גוף אחד עדיין יש לגמגם בו ממ"ש מוהרא"ש בסי' ק"ב דהרמב"ם ז"ל לא כתב הכי אלא כשעדיין לא נשתמש בחפץ אבל אם נשתמש בחפץ בפועל הרי זה מתחייב בכולו שזהו דין שולח יד הכתוב בתורה. אבל לע"ד כל דבריו שם אינם נראים לי והוא ז"ל כתב כל זה בהנחה מונחת דס"ל להרמב"ם ז"ל דכי אמרו שליחות יד אינה צריכה חסרון מיירי כשהגביהו ע"מ לשלוח יד בכולו אבל אם הגביהו על דעת שלא ליטול אלא מקצתה לא חשיב שליחות יד להתחייב בכולו זולת בחבית מטעם דהוי בסיס. אבל אין פירוש זה נראה דהא הגביה את החבית ע"מ ליטול רביעית ופי' לה שמואל לא נטלו נטל ממש אלא כיון שהגביה ליטול רביעית וכו' אלמא דלמ"ד שליחות יד אינה צריכה חסרון אפילו לא נתכוון אלא ליטול מקצתה חייב ונר' שהרב ז"ל לא הוקשה לו כל זה משום דס"ל כמ"ש ה"ה דחי דכו ה"ק לא לעונ' דין צריכה חסרון אינו תלוי בכך ע"כ והם דברים דחוקים דלפמ"ש אני בכונת דברי הרמב"ם ז"ל יתיישב הכל אם מה שהקשה ה"ה אם מה שהקשה מוהרא"ש דחילוק יש בין חבית שהוא גוף אחד לפקדון שהם גופין מחולקין שפקדון גוף א' כיון שהגביהו ע"מ לחסר מקצתו הרי זה חייב דשליחות יד אינה צריכה חסרון אבל מידי שהם גופין מחולקין אפילו שלח יד במקצתה בפועל לא מתחייב בכולו ועיין מהרש"ך סי' קמ"ה שכתב כמו שכתבתי דגבי ארנקי אפי' נטל ממש ספק' הוי לדעת הרמב"ם ז"ל וכ"כ בחי' מכ"י המכונין לה"ר יונה וכתב ג"כ שדעת ר"ת כדעת הרמז"ל ושכן הוא עיקר:

סימן כג

המוכר לחבירו דבר מה והיה מקח טעות ראוי לראות אם המעות שנתן הלוקח למוכר אית בהו דין גזל והנה הרא"ש ז"ל ס"ל דגזלן הוי כמבואר בדבריו בפרק האיש מקדש על מתני' דקתני התם מכרן וקידש בדמיהן הרי זו מקודשת וז"ל וא"ת והא הני זוזי לאו דידיה נינהו שצריך להחזיר הדמים כיון שמכר לו איסורי הנאה וי"ל דמיירי כשמכרו לעובדי כוכבים או לישראל והכיר בהו דהוו המעות מתנה וכן כתב הטור בא"ה סי' כ"ח וז"ל ואם ידע הלוקח לא חל המכר והמעות גזל הם ביד מוכר עכ"ד. אבל הרשב"א והריטב"א

והר"ן בחידו' צידדו דלאו גזל מיקרי אלא כעין מלוה כיון דלאופיקנהו יהבינהו נינהליה ונראה מדבריהם דלא פסיקא להו מלתא והיה נראה לכאורה לפי ס' הרא"ש ז"ל דגזלן הוי דאם הוציא המוכר המעות וגם לית ליה זוזי אחריני כי אם מטלטלין דאמרינן ליה זיל טרח וזבין ואייתי זוזי דע"כ לא אמרו ממרי רשותך פארי אפרע אלא גבי ב"ח דנפקא לן מקרא דישיב כמבואר בסוגיין דקמא דף ט' אבל גזלן דלית ליה דמים אמרינן ליה זיל טרח וזבין כך היה נראה ממ"ש התוס' בקמא דף י"א גבי מאי דאמר שמואל אין שמין לא לגנב ולא לגזלן וז"ל פירש הקונטרוס אין שמין הנבלה והשברים לבעלים אלא ישלם בהמה שלימה וכלים מעולים ואע"ג דק"ל ישיב לרבות שוה כסף ככסף ואפי' סובין גנב וגזלן שאני משום דכתיב אשר גזל כעין שגזל הלכך צריך להחזיר הגזילה או דמי' ולא סובין וכן כתב הרא"ש שם:

איברא דלכאורה אין נראין דבפרק המוכר את הפירות פליגי רב ושמואל במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן דר' אמר הרי זה מקח טעות ומוקי לה תלמודא בדאייקר בשרה וקם בדמי רידייא ופריך ולימא ליה ממארי רשותך פארי אפרע ע"כ ואם איתא דבמקח טעות הם גזל ביד המוכר ובגזל אמרי' זיל טרח וזבין ואייתי זוזי היכי מצי לומר ממרי רשותך פארי אפרע (ע"כ מצאתי חבל על דאבדין):

אמר יהודה לפי מ"ש הנמוקי בסוגיין דאין שמין לגנב ולגזלן שאחר שהביא דברי הרא"ש כתב אבל הרמ"ה ז"ל כתב דהיינו דוקא כשיש לגנב או לגזלן זוזי לאשתלומי מינייהו וכו' פשטן של דברים אלו מורין דהבין דלסברת הרא"ש אפי' לית ליה זוזי לגנב או לגזלן אמרינן ליה זיל טרח וזבין כאשר כתב מורי הרב זלה"ה. וליישב ההיא דמקח טעות נראה בעיני לחלק בין מכר לו איסורי הנאה דהכיר המוכר בהם והטעה את הלוקח דודאי כה"ג הוי גזלן למכר לו שור נגחן דאפשר דלא כיון להטעות ולגזול דאפשר לשחיטה מכרו לו כיון דאוקי לה תלמודא בגברא דזבין להכי ולהכי ובכה"ג דאית ליה חזקה דממונא וחזקתו שהוא כשר כן ראוי לדון:

סימן כד

והיכא דיהיב זוזי על המקח והדר ביה מוכר וקבל מי שפרע נראה דהמעות גזל הם ביד המוכר ונ"מ שאם קדש בהם אשה או זבן בהו שדה לא קנה דכיון דאדעתא דמקח יהב להו לוקח כל היכא דהדר ביה מוכר תו אינן שלו ואע"ג דמתחלה היה יכול מוכר לאשתמושי בהו כמ"ש הגאון והרי"ף פרק הזהב מיהו כל היכא דהדר ביה מוכר אדעת' דהכי לא ניתנו לו וצריך לאהדרינהו בעינייהו וכן כתב הריטב"א באו דבריו בשיטת רב בצלאל ז"ל וז"ל הצריך לנו ויש מתרצין דבמעות שומר שכר הוא לכל הפחות דהא אית

לי' רשותא לאנפוקינהו כל כמה דלא אהדר ביה דהא מסתמא לא בעי למהדר ביה וכן כתב ג"כ משם הרמב"ן ז"ל בדף קכ"ב ע"ד ז"ל הצריך לנו עוד י"ל שאלו בא המפקיד ורצה שולחני לתת לו מעות אחרים הרשות בידו מה שא"כ בזה שלא נתנם לו אלא ע"ד מקחו וכשזה משתמש בהם מדין זכותו סבור להשתמש כמשתמש בשלו וכו' דאלו חזר בו לוקח ומצא מעותיו בעין נוטלן ואין הלה יכול ליתן מעות אחרים ע"כ. וכן נראה ממה שכתב הרב המגיד ז"ל בפרק כ"ב מה' אישות דין ז' ז"ל וכתב הרשב"א ז"ל מלשון הרב. אלפסי ז"ל שכתב דאינו יכול לומר דילמא מציאה אשכחת איכא למימר דכל דהניח זוזי מסתמא אמרינן דאינהו נינהו והוו להו כעין פקדון דאיגלאי מלתא דממכרה בטל למפרע ומעות כעין פקדון נינהו עכ"ל וכן מוכח מדברי התוספות בפרק האשה רבה גבי המקדש את האשה לאחר שלשים יום דמקודשת ואפי' נתאכלו המעות שכתבו דהיינו טעמא משום דאי הדרה בה והמעות בעינייהו צריך להחזירם כמות שהם יע"ש. וכל זה נראה שהוא הפך סברת הטור בסי' קצ"ח וז"ל ויראה שאין חילוק בין חזר בו לוקח או מוכר ובין קודם שקבל עליו מי שפרע או לאחר כן אלא לעולם הן עליו כמלוה עד שיחזירם ע"כ. ולפי האמור כל שחזר בו מוכר ונתבטל המכר המעות כל היכא דאיתנהו ברשותיה דלוקח קיימי ותו אין המוכר יכול לאשתמושי בהו דחשיב שולח יד בפקדון:

סימן כה

והמוכר באסמכתא לפי מה שפירש רש"י והרי"ף והרמב"ם ז"ל בפרק הרבית גבי ההוא דאמרי' התם אמר רב נחמן השתא דאמור רבנן אסמכתא לא קניא הדרא ארעא והדרי פירי נראה דאי לאו טעמא דלתא דרבית הוה אמינא דאי שמיט ואכיל פירי לא מפקינן מיניה ואין כאן משום גזל ונ"מ במתנ' דאי יהיב מתנה בדרך אסמכת' כיון דלא שייך לומר במתנה משום רבית לא מפקי' מיניה הפירות דאכל אבל דעת התוס' והרא"ש והראב"ד שם דמוציאין מידו משום גזל וצ"ל לפי סברת הרי"ף והרמב"ם ז"ל מתני' דפרק זה בורר דאלו הם הפסולין המשחק בקוביא ואמרו עלה דה"ט משום דמשחק בקוביא הוי אסמכתא ואסמכתא לא קניא כלומר והוי גזל בידו כך פירש רש"י ז"ל ואע"ג דאיכא מאן דפליג התם ואמר דטעמא דמתני' משום דאינם עסוקין בישובו של עולם אינו אלא משום דס"ל דמשחק בקוביא לא הוי אסמכתא כמו שפרש"י:

וראיתי להרמב"ם ז"ל בהלכות גזילה פ"ו שכתב דמשחק בקוביא אינו אלא גזל מדבריהם ממש וכן נראה עיקר שהרי כל פסולי דמתני' לא הוי אלא מדרבנן כדמוכח במס' ר"ה דף כ"ב ובפרק שבועת העדות דף נ"א וכן פירש רש"י שם וז"ל אבל משחק בקוביא מדאורייתא חזי שלא פסלה תורה אלא עד חמס שנוטל בחזקה ורבנן גזרו ביה ועשאוהו

גזלן מדבריהם ואמרו אסמכתא היא ולא קניא עכ"ל. ומ"ש התוס' במסכת ר"ה דהא דלא פסילי אלא מדרבנן משום דבעינייהו לא חשיב גזל כיון דמדעתיה קא יהיב אין זה מספיק לפי מ"ש הרמב"ם ז"ל בפי"ב מהלכות עדות והטור בסי' ל"ד שכל הפסולין אינם פסולים אם לא שהודיעם תחלה איסורא דעבדי. ואחר אשר כתבנו דלא הוי אלא גזל דדבריהם פשוט הוא דלא מפקינן מיניה כמ"ש הרמב"ם ז"ל בספ"ו מהל' גזילה וכן מוכח פשטא דשמעתין דפרק שבועת הדיינין דף מ"א דכל בדרבנן לא נחתי' לנכסי ואע"פ שמדברי התוס' שם נראה קצת דלא ס"ל הכי וכן הוא דעת ה"ר יוסף טוב עלם הביאו המרדכי בסוף סנהדרין יע"ש מ"מ מסוגיין נראה דה"ד לר"י הוא דאית ליה דבדרבנן נחתינן לנכסי אבל לרבנן לא נחתינן לנכסי ועיין בש"ך סי' ע"ר יע"ש וכאשר כתבתי כן נ"ל עיקר ומיהו משמתינן ליה ואח"כ מנגדינן ליה ועיין:

סימן כו

מי שאנס את חברו כדי שימכור לו חפץ ידוע ונתן לו הדמים וקבלם המוכר בשתיקה נראה מדברי הרמב"ם ז"ל בפ"י מהלכות מכירה דממכרו קיים ואע"פ שלא אמר בפיו רוצה אני וכן פירש ה"ה בפ"ד מהלכות אישות וז"ל ואני אומר שהרי זה כמי שמוכר באונס וכ"ש כאן שהוא קונה שאע"פ שהוא באונס קנינו קנין ולא ראיתי שהצריך הראב"ד שם שיאמר רוצה אני אלא כל זמן שהוא עושה הדבר קיים הוא עכ"ל וכ"כ הב"י בח"מ סי' ר"ה ז"ל ואפשר דלא בעינן שיאמר בפירוש רוצה אני אלא כל ששתק וקבל דמים אומר רוצה אני קרינן ביה עכ"ל. ולע"ד נראה להביא ראיה לזה מפרק האומר משקלי עלי דקאמר שם האי מאן דמסר מודעא אגיטא מודעיה מודעא ופריך פשיטא ומשני לא צריכא דעשוה ואירצי מהו דתימא בטוליה בטליה קמ"ל דאם כן ליתני עד שיתן מאי עד שיאמר עד דמבטל ביה למודעי אלמא דכל מי שכופין אותו לעשות וע"י זה עשה ה"ז כמי שאמר רוצה אני. ולפי זה הא דאמרינן בפ' הכונס דחמסן יהיב דמי ולא אמר רוצה אני ומשמע דאין קנינו קנין היינו היכא דלא עשה בעלים שום מעשה דמוכחי אדעתיה שנתרצה מחמת אונסו אבל אם מסר בידו המקח או שקבל הדמים קודם שימשוך הלוקח גילה דעתו דנתרצה להקנות ואז אינו פסול אפי' מדבריהם ואע"פ שעבר על לאו דלא תחמוד לדעת הרמב"ם משום דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו וכן נראה מדברי התוס' ז"ל בפ' הכונס שכתבו בד"ה חמסן יהיב דמי וכו' ז"ל ואפי' אם הוא יודע שנעשה חמסן בענין זה שמא לא ראו חכמים לפוסלו בכך וגם לא להכריז אלא דוקא כי שקיל וחטיף בזרוע בעל כרחייהו דבעלים כו' יע"ש ומ"ש הטור בסי' שנ"ט ז"ל ואפי' אם כופהו שמוכר לו את שלו ומקבל דמיו אם הוא שלא מרצונו אסור אבל

אין לו דין גזלן דאורייתא אלא מדרבנן עד כאן לשונו. איירי בשקבל הדמים על ידי כפיה אבל אם קבלם בשתיקה אפי' גזלן מדבריהם לא הוי:

סימן כז

והיכא דחטף חפץ מחבירו בע"כ ויהיב דמים נראה מדברי התוס' בהכונס דלא הוי גזלן דאורייתא וכן נראה מדברי הרמב"ם בפ"י מהלכות עדות שכתב החמסנים והם הלוקחים קרקע או מטלטלין שלא ברצון הבעלים אף על פי שנותנים הדמים הרי אלו פסולין מדבריהם ונפקא מינה דאע"פ שכל שלא אמר רוצה אני אין קנייתו קנין כדמוכח שם מכל מקום אין מוציאין אותו בדיינים כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ו מהלכות גזילה דכל מידי דלא הוי גזל אלא מדבריהם אין מוציאין אותו בדיינים ואם קידש בו את האשה מקודשת או אם נתנו לחבירו קנאו קנין גמור דיש כאן יאוש ושינוי רשות שהרי הבעלים מתייאשים בודאי כיון שאינם יכולים להוציאו בדיינים:

אמר יהודה בעומדי על לשון זה שכתב הרמב"ם ז"ל בפ"י מהלכות עדות ראיתי מה שנדחק בו הבל"מ יע"ש. ולע"ד כוונת הרמב"ם ז"ל כאשר הבין מורי הרב זלה"ה והיינו טעמא דפסול דרבנן משום דלא תחמוד בלא דמי משמע להו לאינשי ולפ"ז אפי' מדרבנן לא הי' ראוי לפוסלו כאשר נראה מדברי הרמב"ם ז"ל בפי"ב מהלכות עדות אלא משום דחזו דחטפי וזורקין המעות לפני הבעלים הלכך גזרו בהו רבנן מפני תיקון העולם והתוס' ז"ל משום דס"ל דאפי' במידי דלא משמע להו לאינשי איכא איסור דרבנן כאשר מבואר בדבריהם בכמה מקומות הוצרכו לבא לכלל ישוב ומה שלא הבנתי כעת בדברי מורי הרב זלה"ה הוא במה שרצה לדמות זה לגזל דדבריהם דאין מוציאין אותו בדיינים דיש מקום לומר דשאני הכא דאיכא איסור תורה אלא דלא משמע להו לאינשי:

סימן כח

במאי דקי"ל דיאוש ושינוי רשות קנה כתב המור בסי' שס"ח דלא הוי שינוי רשות אלא א"כ שמכרו או נתנו לאחר אבל אם בא אחר ונטלו מבית הגזלן שלא מרצונו כאלו נטלו מבית הבעלים עכ"ל. ונראה דאם נתנו הגזלן או הגנב בע"כ של מקבל לר"ת לא הוי שינוי רשות ולר הוי שינוי רשות כמבואר בדברי התוס' בפרק מרובה דף ס"ז סוף ד"ה אמר עולא מנין ליאוש שאינו קונה יע"ש והרשב"א ז"ל בחי'שתהה"ח כתב דהנכון כמו שתי' ר"י יע"ש ואפשר לצדד דגם ר"י מודה לר"ח בזה ונסתפקתי קצת אם לקחו מידו של גזלן בע"כ כגון חטפו מידו אי חשיב שינוי רשות כיון דידע ביה גזלן דלכאורה נראה דכה"ג חשיב שינוי רשות וכדאמרינן גבי שיירא שהיתה הולכת במדבר ועמד גייס וטרפו ועמד אחד והצל הציל עצמו דאלמא אע"פ שנטלו בע"כ של גזלן ה"ו קונה אותו ביאוש ושינוי

רשות וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ו דהמציל מיד לסטים ישראל הרי אלו שלו מפני שסתם הדבר שנתייאשו הבעלים ובהיתרא אתא לידו של זה. וגדולה מזאת נראה מדברי התוס' בפרק מרובה דף ס"ט בד"ה כל שלקטו עניים יהא הפקר דגונב מן הגנב זכה בו אלא דחייב לשלם דמים לגנב ראשון ואפי' למה שנראה מדברי הרמב"ם ז"ל בהלכות גניבה פ"א דגונב מהגנב אפי' לאחר יאוש לא זכה בו אשר נראה דס"ל כסברת הטור הנזכ' דכל שנטלו מבית גזלן שלא מרצונו לא הוי שינוי רשות וכ"כ הרשב"א בתשו' וכן נראה עיקר דהא בפרק הגוזל בתרא אמרינן דגזל ובא אחר ואכלו לאחר יאוש פטור משמע דעודנו בעין חייב להחזיר כמו שהוא כבר כתבתי דמ"מ כל שלקחו מדעתו של גזלן אע"פ שלקחו בע"כ של גזלן חשיב שינוי רשות ועלה עוד ממ"ש דסברת הטור הנז"ל במחלוקת שנוי כנראה מדברי התוס' דפרק מרובה כנזכר וכן נראה ג"כ ממ"ש התוס' בפרק הגוזל ומאכיל גבי ההיא דאמר רב חסדא גזל ולא נתייאשו הבעלים רצה מזה גובה רצה מזה גובה ז"ל בד"ה גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר וכו' אבל נתייאשו אין גובה אלא מן הראשון ואפי' היכא דאלו לא אכלו הי' חייב לחזור כגון היכא דליכא שינוי רשות שנתייאש אחר שבא ליד השני עכ"ל:

סימן כט

כתב הרמב"ם ז"ל בפ"א מה' ציצית ואין עושין אותן מצמר הגזול וכו'. והבכ"מ אחר שהביא סברת הנ"י ז"ל כתב דרבינו איירי קודם יאוש א"נ אפי' לאחר יאוש לא קני משום דהוי שינוי החוזר לברייתו עכ"ל והרב בט"ז בסי' י"א כתב עליו דצמר ועשאו חוטין הוי שינוי שאינו חוזר ע"י ליבון אלא טעמו של פיסול משום דהוי מצוה הבאה בעבירה עד כאן לשונו ולע"ד אין דבריו נראין דהלא כל שקנאו בשנוי ע"י ליבון מקודם שנעשה המצוה תו ליכא מצוה הבאה בעבירה כמ"ש התוס' ריש פרק לולב הגזול ד"ה הא קנייה ביאוש וכו' והרשב"א שם בשיטתו והר"ן ז"ל וכ"כ הרמב"ן ז"ל בפרק הגוזל בתרא סוף דף מ"ד ע"ב ז"ל או כלך לדרך זו ודאי גבוה קנה מטעם שפי' אבל קרבן פסול הוא לגמרי מ"ט דיאוש כדי לא קני וכיון דלא נקנית לו הויא לה מצוה הבאה בעבירה ומיהו אי יאוש כדי הוה קני כשר ומתכפר בו משום דכשהקדישו לאו מצוה הבאה בעבירה היא שכבר קנאו ואין לנגזל עליו אלא דמים וכן כתבו הגאונים הראשונים במסכת סוכה וכו' עכ"ל ואף שמדברי התוס' בפרק מרובה דף ס"ז ד"ה אמר עולא מנין ליאוש שאינו קונה וכו' נראה דר"ת ס"ל דאפי' כי קנאו כבר הוי מצוה הבאה בעבירה יע"ש הרואה יראה באותו דבור מה שהקשה ר"י ז"ל עליו והכריע דכל או הגזלן מקודם לא הוי מצוה הבאה בעבירה יע"ש פסק דקנמרן ז"ל בש"ע סימן ועוד יש לי לדקדק בדבריהם דאי טעמו

של המכשיר הוי משום דאירי בדאיכא שינוי שאינו חוזר א"כ אמאי איצטריך לומר משום דאיכא יאוש והלא שינוי קונה בלא יאוש כמ"ש רבינו בהלכות גזילה ריש פ"ב והתוס' ז"ל בכמה מקומות בפשיטות ומהר"ם פרק לולב הגזול ד"ה ולקנייי בשינוי השם והטור בח"מ סימן שס"א ס"ג יע"ש וע"כ צ"ל דגם הנ"י ז"ל ס"ל דמשום דהוי שינוי החוזר איצטריך לומר דאיכא יאוש וס"ל כמ"ש התוס' והרא"ש והטור בסי' שכ"ד דשינוי השם החוזר קונה כל היכא דאיכא בהדי' יאוש וכן הוא סברת הרב בעל המאור בפרק הגוזל בתרא דף מ"ג ע"א. והשתא אפשר לומר דהרמב"ם ז"ל דפסל או איירי בדליכא יאוש כמ"ש הכ"מ או אפשר דס"ל כס' הרמב"ן שם בפרק הגוזל בתרא דשינוי החוזר אפי' כי איכא יאוש בהדי' לא קנה. ולפ"ז נסתפקתי במי שגזל צמר ועשהו חוטין ואח"כ נתייאשו הבעלים ומכרו הגנב לאחר אם יוצא בהם הלוקח ידי חובת ציצית כיון דקנאו ביאוש ושינוי רשות או דילמא אפ"ה לענין ציצית ה"ז פסול שהרי בשעת הטוי' הי' גזול ובפ"ק דסוכה דף ט' ס"ל לשמואל דהלכתא כותי' דקרא דכתיב גדילים תעשה לך איירי גם על שעת הטוי' דבעינן תעשה לך לשם חובך ופריך עלה ודילמא דקרא אתא למעוטי גזול ומשני הא כתיב קרא אחרינא ועשו להם משלהם ע"כ משמע לכאורה דבשעת הטוי' בעינן שלא יהא גזול:

כאן הבן שואל ראיתי למורי הרב הגדול זלה"ה שהביא דברי הבעל ט"ז ודחאם ולכאורה דברי הבעט"ז במ"ש על ב"י ז"ל צועקים ואינם נענים ומה שנראה לע"ד הוא דרבינו זלה"ה סמך על המעיין כי עיניו יראה דלא קשה מידי והא דמה שהקש' על תי' הב"י הראשון דאי איירי בלפני יאוש פשיטא ל"ל קרא וכו' לק"מ מתרי טעמי הראשון הוא על פי מ"ש התוס' בריש פרק לולב הגזול ד"ה כי יקריב מכם אמר רחמנא וכו' עד וי"ל דהא דקאמר במרובה לפני יאוש ל"ל קרא משום דלפני יאוש אין יכול להקדיש והרי הוא חולין כדאמרינן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש דאיש כי יקדיש כתיב וכו' עכ"ל ודוק ועוד דהתם אי קרא איירי בלפני יאוש הוי פשיטא משום דליכא לא יאוש ולא שינוי מעשה לא כן הכא גבי ציצית דעשאו חוטין דאיכא שינוי מעשה ואף שחוזר לברייתו מכל מקום איצטריך קרא לאשמעינן דלא מהני דהא איכא מאן דאמר דקני כמ"ש התוס' בפרק מרובה דף ס"ה ע"ב ד"ה הן ולא שינוייהם יע"ש. גם מה שהקשה על תי' ב' דליבון הוי שינוי שאינו חוזר לק"מ מתרי טעמי חדא דאפשר דהב"י איירי בגזל צמר מלובן ועוד דרבינו ס"ל דליבון לא הוי שינוי כמ"ש בהלכות בכורים פ"י גבי ראשית הגז יע"ש ועיין בש"ך בח"מ סי' ש"ס סק"ב אך מה שעומד לנגד עיני הוא דנראה דכל דעשה חוטין הוי שינוי שאינו חוזר וראי' לדבר מדמוקי אביי למתני' דפרק

הגוזל קמא בגזל צמר טווי ויכול הי' לאוקמ' בגזל צמר מלובן וטוואו וארגו אי ס"ל דטווי הוי חוזר לברייתו ועוד מתניתין אמאי לא קתני צמר ועשהו חוטין ועוד דברייתא קתני גבי ראשית הגז טוואו וארגו וצ"ע לכאורה:

סימן ל

כתב הר"מ ז"ל בפ"ד מהלכות גזילה הי' שם לקיטו או שכירו אינן נשבעים ונוטלים וכו' וכתב ה"ה בעיא דלא אפשיטא ולפיכך אם תפס הנגזל מוציאין מידו לפי שכל זה הוא מן התקנה ובמה שלא התקינו בפירוש אפי' תפס מוציאין מידו ע"כ וק"ל דבפ"ח מה' חובל דין ז' כתב מי שיש עליו עדים שמסר ממון חבירו ולא ידעו כמה הפסידו אם תפס הנמסר אין מוציאין מידו וכו' והא התם בעיא דלא איפשטא אי עשו תקנת נגזל במסור ואפ"ה אם תפס אין מוציאין מידו וראיתי לה"ב פ"מ סי' נ"ד שהקשה על ר"י דכתב גבי בת יבמה שסלקה בתיקו אי תקינו לה מזונות ואפ"ה כתב ר"י שאם תפסו בנות שאין מוציאי' מידם ותי' דשאני התם דתלמודא מסתפק בה יע"ש ותמהני עליו דהא שכירו ולקיטו ג"כ תלמודא גופא מסתפק בה ולע"ד נראה ליישב כ"ז דהא דאמרי' דספק תקנה מוציאין מידו היינו היכא דהתקינו ופירשו התקנה כגון גבי נגזל דהתקינו דהנגזל יהי' נאמן והספק הוא אם שכירו ולקיטו היא בכלל התקנה אי לא אז ודאי אמרינן כיון שלא פי' אין לך בו אלא חידושו אבל כשהספק הוא אי אעיקרא דדינא או עשו תקנה כגון מסור ובת יבמה דהספק הוא' אי עשו תקנה או לא אז לא שייך לומר אין לך בו אלא חידושו והוי ככל ספק דעלמא ועיין במהרי"ט סי' י"ב בגנב מפורסם אי עשו בו ת"ה אי לא דלא אתי עלה מספק תקנה:

סימן לא

מהרש"ך ז"ל בח"א סי' פ"ז נסתפק בהא דהסכימו רבוותא שהגוזל את חבירו בעדים אין צריך להחזיר לו בעדים אם יכול לומר אמת שגזלתיה ממך ואחר כך החזרתיה לך ואחר כך לקחתיה ממך יע"ש. ולא ידעתי מאי מספקא ליה למר דהא בפרק חזקת הבתים גבי מעשה דנסכא דר' אבא דחייבו דהוה ליה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע הקשה שם הרמב"ן ז"ל והנ"י דאמאי לא מהימן לומר דדידיה חטף במיגו דאי בעי אמר החזרתי והעמיד השמועה כשהנסכא יוצאה מתחת ידו ע"כ ואם איתא דיכול לומר חזרתי ולקחתיה ממך עדיין לא תירץ כלום דליהוי נאמן לומר דדידיה חטף במגו דאי בעי אמר חזרתי ולקחתיה ממך אף שהנסכא יוצאה מתחת ידו וכן נראה בתוס' פ' הכותב גבי ההוא בקרא דיתמי דתפס תורא מניה ועיין שם בהר"ן:

הלכות מכירה

קנין משיכה

סימן א

ראובן שלקח מסוחר אחד מאה אמות של בגד בכל כך אריות ומשך מקצתו וקודם שהספיק למשוך השאר חזר בו המוכר או הלוקח:

גרסינן בפרק הספינה דף פ"ו כור בג' אני מוכר לך יכול לחזור בו אפילו בסאה אחרונה. ופירש רשב"ם דצריך היה לו למעות כנגד דמי הכור ולא נתכוין להקנות אלא כור בצמצום הלכך יכול לחזור בו אפי' בסאה אחרונה ואע"פ דמשך הכ"ט סאין משום דכור זה חד מקח הוא ועד דמשיך כוליה לא קני כדאמרינן בפרק הזהב דהיכא דמכר חמור בפרה וטלה ומשך את הפרה ולא משך את הטלה שניהם יכולים לחזור משום דלא הוי משיכה מעלייתא עכ"ד. ונראה מהם דכל זה מיירי בשגילה המוכר דעתו שהיה רוצה למכור כור ביחד דמש"ה אמר ליה כור בל' ולא אמר ליה כל סאה בכך וכך ואז הוא דאמר שיכול לחזור אפילו בסאה אחרונה משום דכוליה כור חד מקח ועד דמשיך כוליה לא נגמר הקנין אבל אם המוכר לא היה מקפיד על זה דזבין להאי וזבין להאי בין רב בין מועט אז אפילו שעשו המקח אחד ואמר כור בל' ראשון ראשון קנה והטעם שכל לוקח ומוכר אפילו בבת א' לאו דוקא מעמידין את דבריהם אלא לפי מנין ולפי משקל וכיוצא לזו כ' ה"ה בפרק כ"ח מהלכות מכירה בדין המוכר בית כור עפר ונמצא חסר וז"ל ואף ע"פ שאמר לו בית כור עפר והוא פחות המקח קיים ומנכה מן הדמים וכ"כ הרשב"א ז"ל ונתן טעם שכל לוקח ומוכר אפילו במקח אחד לאו דוקא מעמידין את דבריהם אלא לפי מנין ולפי משקל עכ"ל. והוא הדין הכא בנדון דידן שהמוכר והקונה הם סוחרים אשר ידוע שמוכרים וקונים באשר ימצאו וגם שהמוכר לא אמר מאה אמות אני מוכר לך עד דנימא מקפיד היה שלא למכור פחות אלא הלוקח הוא שבקש מהמוכר למכור לו כל כך בגד דאע"פ שנעשה המקח בבת אחת מה דמשך מיהא קנה ואין המוכר יכול לחזור בו. איברא דקשה לי קצת על זה דא"כ מאי מקשה תלמודא בפרק בית כור דף ק"ו לשמואל דאמר מקמצין מהאי דהכא דאמר כור בל' יכול לחזור בו אפילו בסאה אחרונה. ואיצטריך לשנויי דהכא עבדו רבנן מלתא דניחא ליה למוכר וניחא ליה ללוקח ולכאורה יראה דמעיקרא קושיא ליתא לפי מה שפי' רשב"ם והרא"ש ז"ל דהכא שאני משום שפי' כור אני מוכר לך שגילה בדעתו שאינו רוצה להקנות שיגמור המקח אלא בבת אחד שהיה צריך לדמי כור שלם ולפי מאי דמשני תלמודא בה עבדו רבנן מלתא דניחא ליה

ללוקח וכו' נראה דלאו משום קפידא דמוכר הוי וכמ"ש רשב"ם ז"ל דהוי כמי שגילה דעתו שאינו רוצה שיגמר המקח עד שימדוד סאה אחרונה משום דהיה צריך לדמי כור שלם אלא אפי' היכא דליכא קפידא על זה כל שנעשה מקח אחד יכולין לחזור משום דניחא להו למוכר וללוקח שיוכלו לחזור כדי שאם תוזיל יוכל הלוקח לחזור וג"כ ניחא ליה למוכר שאם תוקיר בתוך כך יחזיר וכמו שפירש רשב"ם שם ואף דאפשר ליישב דהתם הכי קא פריך נהי דהמוכר אינו רוצה להקנות כי אם כור ביקד מ"מ אמאי יכול לחזור בו אפילו בסאה אחרונה תינח אם רוצה המוכר לחזור מחמת שהלוקח אינו רוצה לקנות השאר דמצי המוכר לומר לא מכרתי כי אם כור ביחד אבל היכא דהלוקח רוצה לקנות כל מקחו אמאי מוכר מצי הדר ביה ממה דמשך לוקח הא כיון דהוא רוצה לקנות הכל כבר קנה מה שבא לידו ולזה משני דניחא להו למוכר וכו' מ"מ פשטא דסוגיין דפ' בית כור נראה דכל שעשו מקח אחת יכולין לחזור משום דניחא להו למוכר וללוקח וזה היה דעת' כשעשו המקח אחד שאם תוזיל יכול הלוקח לחזור בו כדאמרן וכן מצאתי להר"ן ש בחי' מכ"י בשמעתין דפ' הספינה:

עוד יש בנדון דידן דנראה דכל כה"ג שמשך מקצתו נחלקו בו הראשוני' דרשב"ם ס"ל דאף בכה"ג כל שאמר כור בל' לא קנה ראשון ואפי' אם מדד לו הכ"ט סאין ומשכם הלוקח וכן נראה מדברי הרא"ש ז"ל יע"ש וכן נראה מדברי הר"ן בפ"ב דגיטין גבי ההיא דאמרי' סתם עציץ של אחד וזרעים של אחר מכר בעל העציץ לבעל הזרעים כיון שמשך קנה יע"ש אמנם הנמוקי יוסף בסוגיין דפרק הספינה פליג על זה וס"ל דכל שמשך בפניו ושתיק ראשון ראשון קנה. ולכאורה היה נראה ליישב על פי מ"ש הרשב"א הביאו הרב המגיד בפרק ה' מהלכות מכירה בדין המחליף פרה בחמור וז"ל כתב הרשב"א ז"ל מפני שאין החמור ראוי ליחלק לא קנה כלל אבל אלו אמר ליה פרה וטלה בכור חטין ומשכה לפרה קנה חטים כנגד הפרה עכ"ל דלא תיקשי עליו דמסוגיין דהספינה ודפרק בית כור משמע דאפילו כשהוא ראוי ליחלק לא קנה דשאני הכא דמשך את הפרה כמ"ש הנ"י ז"ל. אבל ראיתי להרשב"א ז"ל בתורת הבית דף קל"ט גבי המוכר יין לעובדי כוכבים שכתב וז"ל ודאמרי רב ושמואל יכול לחזור אפי' בסאה אחרונה דוקא בשלא הקדים לו מעות הא הקדים לו מעות כל סאה וסאה שמשך מיהא קנה ותדע לך דהא אפליגו רב ור"י גבי ערבון דאפי' רב אמר כנגדו הוא קונה יע"ש הרי נראה מדבריו דאפי' משך כל שלא הקדים מעות לא קנה כסברת רשב"ם וסיעתיה:

וראיתי להרב בני אהרן סי' מ"ה שכתב ליישב זה באומרו דהיינו טעמא דבהחליף פרה וטלה בכור חטים קנה חטים כנגד הפרה שהרי כבר נתן דמי אותו מקצת דהיינו הפרה

אלו דבריו. ואינם נראים כ"כ דבהחליף פרה וטלה בכור חטים ומשך את הפרה כיון דלא קנה בעל החטים עדיין את הפרה כל זמן שלא משך את הטלה שהרי לא נגמר משיכת כל המקח א"כ אמאי יקנה בעל הפרה חטים כלל (א"ה עיין בשיטת רי"ב ז"ל למסכת מציעא בסוגיין דהחליף חמור בפרה וטלה שכתב משם הריטב"א ז"ל דכל שנתן מעות ראשון ראשון קנה כס' הרשב"א והבין דכל כה"ג דעדיין לא משך בעל הפרה את החמור הוי כאלו לא נתן דמים):

גם בעיקר דינו של הרשב"א ז"ל שכתב דמכר פרה וטלה בכור חטים דקנה חטים כנגד הפרה הם דברים קשים דנהי דגבי נתן מקצת דמים מוכח בפרק הזהב דקנה מקצתו התם שאני משום דהוי מין אחד וידוע ערך מקצתו והלכך קנה מקצתו וכ"כ בכור בל' שכתב הרשב"א דאם נתן דמים ראשון ראשון קנה שהרי יש ערך ידוע למקצתו אבל בנותן דמים על ב' דברים כגון חמור וטלה שלא פרט לו ערך לכל אחת ואחת בפני עצמו איכא למימר דלא קנה במקצת דמים אחת מהם כיון שאין ידוע ערך לכל אחת ואחת בפני עצמו וכל אחד מצי לומר לא הייתי קונה האחד בלא חברו וזה נראה שהוא דעתו של הרא"ש ז"ל דגבי נתן מקצת דמים על היין כתב הטור בשמו בסי' ק"ץ דקנה מקצתו וה"ט משום דמידי דהוי מין אחד אין המוכר והלוקח מעמידין דבריהם בדוקא אלא לפי מנין ולפי משקל זולת בשגילה המוכר דעתו שאינו רוצ' למכור אלא בבת אחת לא פחות ולא יותר כי ההיא דכור בל' אבל במוכר שני דברים בערך אחת ולא פרט ערך לכל אחד ואחד כגון מכר חמור וטלה בכור חטים חולק על הרשב"א וכתב דלא קנה החטים כלל ואע"פ שמשך את החמור כיון שאין החמור נקנה בלא טלה שיש קפידא בזה גם זה לא קנה חטים כלל:

ולענין נדון דידן יראה לפי סברת רשב"ם והרא"ש והנ"י דקנה הלוקח המקצת שמשך כיון דלא גילה דעתו המוכר שלא הי' מוכר פחות ממאה אלא הלוקח הוא ששאל לו ממנו המאה ועוד דהמוכר הוי תגרא דזבין להאי וזבין להאי לזה מעט ולזה מרובה ואם הוא דבר שיש לו שער קבוע דאין חילוק בין לוקח מעט ללוקח מרובה נראה דיכול לוקח לומר איני רוצה אלא במה שמשכתי כיון דמעיקרא לא היה מקפיד המוכר בכך אבל אם המוכר חזר ביה ורוצה לקיים המקח לחצאים יראה דהלוקח יכול לומר איני רוצה אלא בכל מקחי כמ"ש התוס' בפרק הזהב גבי דיו שיקנה כנגד ערבינו ואם הוא דבר דכשנמכר הרבה ביחד אזולי קא מוזיל מוכר גבי לוקח אין הלוקח יכול לומר איני רוצה אלא במה שמשכתי שיוכל המוכר לומר לא הוזלתי גבך אלא אדעתא שתקנה הכל אבל

אם הלוקח רוצה כל המקח והמוכר הוא דחזר ביה נראה דאף בכה"ג הדין עם הלוקח ומה דמשך מיהא קנה:

סימן ב

ומשיכה אינה קונ' אלא מדרבנן כדמוכח בפ"ב דבכורו' וכן כתב הריטב"א ז"ל בהדיא בחידושיו לפ' הזהב והלכך מספקא לי במי שלקח כלי מחבירו ומשך הכלי וקודם שנתן את הדמים קידש באותו כלי את האשה אם היא מקודשת מדאורייתא או אינה מקודשת אלא מדרבנן כיון שאינו קנוי לו הכלי אלא בקנין דרבנן דמשיכה אינו אלא דרבנן. וראיתי להרב ב"י ז"ל בא"ה סי' כ"ח גבי קידשה בחוב שיש לו על אחרים במעמד שלשתן שהביא משם רבינו ירוחם ז"ל דאינה מקודשת אלא מדרבנן כיון דמעמד שלשתן אינו אלא מדרבנן עכ"ל והרב ב"י ז"ל כתב עליו דאינו מוכרח דכיון דתיקנו רבנן שיקנה במעמד שלשתן נקנו לה המעות והויא מקודש' מדאורייתא עכ"ד. ולע"ד נראה דדעת הרמב"ם כדעת ר' ירוחם ז"ל שכתב בהלכות לולב דלא ליקניה שושנה לינוקא ביומא קמא משום דקטן מיקנא קני מן התורה ואקנוויי לא מיקני אלא מדרבנן עכ"ד הרי מוכח דאע"פ שתיקנו לו רבנן קנין לקטן שיוכל להקנות אפי' הכי לא קנה הקונה ממנו אלא מדרבנן ואנן בעינן שיוצא בו מן התורה וכן נראה ג"כ מדברי הרמב"ן ז"ל בחידושיו בפרק הספינה דף ע"ז שהקשה ז"ל למ"ד דמכיר' שטרות דרבנן מההיא דאמרינן בפ' האיש מקדש התקדשי לי בשטר חוב דאחרים ר"מ אומר מקודשת ואי ס"ד דמכירת שטרות מדרבנן לא תהא מקודשת גמורה ותירץ דאפשר לומר דמאי מקודשת דקאמר לחומרא: **איברא** דקשה לי על זה מההיא דפרק השואל דף צ"ט ע"א דאמר ר' אמי השואל קרדום מחבירו של הקדש הרי זה מעל וחברו מותר לבקע בו לכתחלה ע"כ אלמא דאע"פ דהשואל לא קנה אותו אלא מדרבנן וכדאמרינן תיקנו משיכה בשומרים ה"ז מותר לבקע בו לכתחלה משמע דהיינו טעמא משום דכיון דתיקנו רבנן משיכה ה"ז קנה אותו לגמרי וראיתי להתוס' ז"ל פ' מרובה דף ע"ט סוף ד"ה תיקנו משיכה בשומרים שהרגישו בזה ואמרו דר' אמי ס"ל דמשיכה קונה מן התורה ופליגא על ר"א דאמר דאינה אלא מדרבנן יע"ש אבל לדעת הרמב"ם ז"ל אי אפשר לומר הכי דהא כתב בהל' שכירות להה"א דר"א ואעפ"כ בהלכות מעילה פ"ו פסק כר' אמי. וראיתי להר"ן ז"ל בפרק האומר התקבל שכתב דהתוס' כתבו דקטן זוכה לאחרים מדרבנן והקשה הר"ן ז"ל על זה אמאי אצטריך תלמודא לשנויי ולומר דשאני שתופי מבואות משום דהוי דרבנן דכיון דרבנן תקינו ליה לקטן זכיה הפקר ב"ד הפקר ותירץ דקלישא זכיה דרבנן אלו ת"ד ואיברא דאלולי דברי הר"ן הייתי אומר דקושייתו אינה קושיא דטעם זה דהפקר ב"ד הפקר לא סגי אלא

להפקיע ממונא מרשותא דבעלים אבל לעשות מי שאינו זוכה כזוכה כאלו הגיע לידו ממש לא אמרינן ועיין בפ"ק דמציעא גבי מלקט בנו אחריו:

והריני חוזר לאתמוהי על דברי הרמב"ם דכיון דהוא פסק כר"א דאין השומרים קונים במשיכה אלא מדרבנן א"כ איך פסק בהלכות מעילה כר' אמי דחבירו מותר לבקע בו לכתחלה והא באיסורא לא תקינו ליה רבנן שיקנה במשיכה וכה"ג אמרינן בפרק השואל דף צ"ו ע"ב גבי בעל בנכסי מי מעל נמעלו ב"ד כלומר רבנן דעשאוהו כלוקח בנכסי אשתו כי עבדו רבנן תקנתא בהיתרא באיסורא לא עבדו ליה רבנן תקנתא. איברא דאגופא דשמעתין שם איכא לאקשויי אמאי דקאמר נמעול בעל בהיתרא ניחא ליה וכו' והשתא קשה דאמאי לא משני על זה דבאיסורא לא תקינו רבנן דליזכי בנכסי אשתו. וכבר ראיתי להתוס' ז"ל שנדחקו בזה. ולכן נראה לע"ד דהרמב"ם מפרש בשמעתין הכי דמאי דקאמר באיסורא לא עבדו רבנן תקנתא הכי קאמר דאין ראוי לב"ד שימעלו כיון דעיקר התקנה לא היתה אלא להתירא ואע"ג דהשתא הוי איסורא ואשכחן דאפילו באיסורא קונה מתקנתא דרבנן ולא אמרו בהיתרא עבדו ליה רבנן תקנתא אבל באיסורא לא דהלא כל עיקר ילפותא דתקינו רבנן משיכה בשומרים מייתי לה בפרק מרובה ממתני' דגנב יע"ש ולדברי התוס' איכא לתרוצי דשאני מעילה דהוי חומר' דאתי לידי קולא שאתה מתירו לבקע בו לכתחלה אבל עדיין קשה קצת ע"ד ממ"ש בפרק אלו נערות גבי הגונב כיס בשבת והיה מגרר ויוצא פטור דאיסור שבת ואיסור גניבה באים כא' וקאמר עלה אי דאפקיה לר"ה איסור שבת איכא איסור גניבה ליכא והקשו התוס' ז"ל ע"ז ואמאי והא הד' אמות קונות לו עכ"ד ומאי קושיא הא באיסורא לא תקינו רבנן דהוי חומרא דאתי לידי קולא שאתה פוטרו מתשלומין ולק"מ דשאני ממונא מאיסור מעילה והוי צ"ל שם בשמעתין דאלו נערות דמוקי לה בצדי ר"ה(ר"ה)ומשיכה בצדי ר"ה אינה אלא מדרבנן. וראיתי להר"ן ז"ל שכתב בתשוב' שהפעוטות שקדמו ומכרו בנכסים מועטים לא עשו כלום דכגון דא שעשה שלא כהוגן לא תקינו רבנן. וליישב מה שהקשינו על דברי הרמב"ם ז"ל בהלכות לולב מההיא דמעילה נראה דגבי מעילה כל שהוציאו מרשות לרשות אפי' בקנין דרבנן הרי יצא מרשות הקדש אבל הכא דהתורה אמרה ליקח לולב למצוה בעינן שיהא לקיחה מן התורה ועיין בתשובת הרמב"ן ז"ל סימן רכ"ה ובדברי הרא"ש ז"ל פ"ק דקדושין גבי אומר אדם לבתו צאי וקבלי קדושין שנראה כמ"ש דו"ק ותשכח. ולפי זה נראה דמה שנוהגים האידנא שקונים אתרוג למצוה והדמים פורעים לאחר החג דלאו יאות עבדין דכל כמה שלא נתן את הדמים לא קנאו זה אלא מדרבנן ואנן בעינן לכם שיהא שלכם מדאורייתא כמו שנראה מדברי הרמב"ם ז"ל. וכן כתב

המרדכי בפרק הזורק בעובדא דש"מ שאמרו לקנייה להההוא דוכתא כתב מהר"ם ז"ל דהא דאיצטריכו לקנין ולא סגי מטעם דדברי ש"מ ככתובים וכמסורים דמו היינו משום דאנן בעינן שיקנה לה מן התורה ודברי ש"מ הוי מדרבנן עכ"ל והגם כי דברי המרדכי אלו לכאור' צ"ע דהא דלא סגי מטעם שדברי ש"מ ככתובים וכמסורים דמו היינו משום דמתנת ש"מ אינה קונה אלא לאחר מיתה ועוד דהרי אשכחן בגט דאם נתנו בד' אמות שלה הרי היא מגורשת ואע"ג דד' אמות אינם קונות אלא מדרבנן ומיהו אין משם ראיה לנ"ד ללמוד דכל שקנאו בקנין דרבנן סגי אפילו למידי דאוריית' דאיכא למימר גט שאני דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש והם תיקנו הכי משום עיגונא כמ"ש התוס' בפרק אלו נערות וגבי היה עומד בגורן ואין בידו מעות נותן מ"ש שלו מתנה לחברו וחוזר ופודה אותו בלא חומש הקשו התוספות בהגוזל קמא דף ק"ד ע"ב ד"ה אגב אסיפא דביתיה וכו' ול"ל כולי האי וליקני ליה באודיתא ואח"כ יפדה חברו בלא חומש ותי' דכיון דפדיון מ"ש הוי מן התורה בעינן שיקנה אותו בקנין שהוא מן התורה אבל קנין אודיתא אינו אלא מדרבנן עכ"ד וכ"ש במצות לולב דכתיב ביה לכם דבעינן שיהא משלכם מן התורה. ולענין שאלתינו נראה דכל כה"ג הויא מקודשת מן התורה דאיכא שינוי רשות בשנתנו לאשה להתקדש בה וה"ה לענין אתרוג היכא דהוי כה"ג שלקחו לעצמו ונתנו לחברו ועיין באותה סוגיא דפרק השולח בעובדא דאקנייה לבנו קטן ובתוס' ברפ"ב דע"ז גבי התבעלי בטלה זה ובתשו' לס' פרח מטה אהרן סי' כ"ט: (א"ה עיין לקמן סי' ה'):

אמר יהודה איתי אחרי רואי דברי מורי אדוני אבי הרב הגדול זלה"ה כשהעמיק הרחיב דכל שאין קנינו אלא מדרבנן לא מהני לצאת י"ח דאורייתא. ולע"ד נראה דלאו כ"ע ס"ל הכי דמלבד דהר"ן ז"ל לא ס"ל הכי כאשר הביא דבריו מורי ז"ל גם מדברי הרשב"א בחי' לגטין נראה דעומד בשיטתו וז"ל בסוגיין דפרק התקבל דאמר שהוכיח דקטן אית ליה זכיה מדאורייתא כתב ז"ל וההיא נמי דאמרינן בסוכה לא ליקני איניש לולבא לינוקא וכו' מיירי קודם שהגיע לעונת הפעוטות וכו' ומדלא מוקי לה בשהגיע לעונת הפעוטות משמע דס"ל דכל דאית ליה קנין מדרבנן מהני לצאת י"ח דאורייתא. וכן נראה לי ג"כ ממ"ש הרשב"א בחי' למס' סוכה גבי ההיא דלא ליקני איניש שושנא לינוקא וכו' יע"ש מדכתב ז"ל מיהו ודאי ליתא לדר' זירא אלא בקטן שלא הגיע לעונת הפעוטות ע"כ ואם איתא דס"ל כסברת הרמב"ם ז"ל אמאי לא מוקי לה אף בהגיע לעונת הפעוטות ומתוך דבריו נראה דס"ל דכל דאיכא דעת אחרת מקנה יותר פשוט בעיניו דזכי מדאורייתא וכדומה לי ששמעתי ממורי ז"ל שהיה אומר שגם מדברי התוס' בפרק לולב הגזול דף ל' ע"ב ד"ה שינוי החוזר לברייתו וכו' נראה דס"ל דאע"ג דלא קנאו אלא מדרבנן יוצא י"ח

דאורייתא ואע"ג דבתחלת דבריהם לא הבינו כן מכל מקום אח"כ חזרו בהם כמבואר למעיין. ולפי דברי האומרים דאם קנאו בקנין דרבנן לא מהני לצאת י"ח דאורייי' נראה לי דאף אם נתנו לו במתנה. וקנאו במשיכה דגם בזה יש לחוש דאפשר דלא יצא י"ח דין תורה ולכאורה נראה דדבר זה במחלוקת שנוי בין רבותינו התוספות והרמב"ן ז"ל הביא דבריהם הרב בצלאל בשיטתו למציעא דף ק"ך ז"ל וק"ל לר' יוחנן מתנת מטלטלין דליכא מעות במה תקנה תירצו בתוס' דמודה ר' יוחנן במתנ' כיון דליכא מעות דקונה במשיכה והרמב"ן ז"ל אומר דאף מתנה מטלטלין אינה נקנית אלא בחליפין או בחצרו או באגב וכו' עכ"ל. ולפי סברת הרמב"ן הנז' צריך לומר דההיא דאמרינן בסוכה דף מ"א מעשה בר"ג ולא היה לולב אלא לר"ג נטלו ויצא בו ונתנו לר' יהושע ויצא בו וכו' צ"ל דאחר שהניחו ברשותו ר' יהושע חזר ונטלו ויצא בו ועיין בפ"ב דעבודת כוכבים דף ע"א ד"ה פרדשני דרונות וכו' יע"ש. ולפי דברי הרמב"ן ז"ל א"צ לידחק במה שנדחקו התוספות ז"ל שם בדף ע"ב ד"ה ומאי לא ניתן להשבון וכו' יע"ש ומלשון רש"י שפירש פרדשני דורון וכו' נראה דס"ל כהרמב"ן ז"ל):

סימן ג

האומר לחבירו קח פרה זו וקנה אותה לאחר ל' יום וביום ל"א היתה הפרה עומדת ברשות לוקח. דבר זה נראה דבמחלוקת שנוי דהרמב"ם ז"ל כתב בפ"ב מהלכות מכירה ז"ל האומר לחברו משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר ל' יום ומשך לא קנה והראב"ד השיג עליו וכתב דאם הפרה עומדת ברשות לוקח ביום ל"א שהיא קנויה לו וכו'. ולכאורה הכי נראה מסוגיין דפרק המפקיד דף ל"ד ע"א דאמר תלמודא איכא דאמרי אמר רבא נעשה כאומר לו לכשתגנוב ותרצה ותשלמני סמוך לגנבותה קנויה לך מאי בינייהו איכא בינייהו דקיימא באגם ע"כ. הרי משמע מהכא דכל דעומד ברשות לוקח קנה והוא דבר פשוט דחצרו קונה לו ומה שנראה בעיני הוא דנהי דאם היה אומר קנה בהמה זו לאחר ל' ודאי דקנה אם עומדת ביום ל"א בחצרו אבל השתא דאמר ליה משוך בהמה ולא תהא קנויה אלא לאחר ל' יום הרי גילה דעתו שאינו מקנה אותה לו אלא במשיכה זו ואין משיכה זו מהניא ועיין בנמוקי יוסף בפרק הספינה דף כ"ג שכתב וז"ל מ"מ כיון שגמרן למדוד קנאם דגלי מוכר דעתי' כשנותן בכליו של לוקח שהוא חפץ שיקנה לו כליו של לוקח ולא דמי לאומר לחברו משוך פרה זו ולא תקנה לך עד ל' יום דלאחר ל' יום לא קנה דהתם ליכא גילוי דעת דליקניה כיון שלא קנה בשעת משיכה עכ"ל. והם קרובים לדברינו ממש וממ"ש קשה על מ"ש הריטב"א ז"ל בתשוב' הביאו הב"י בסי' ע"ב וז"ל הצ"ל כתב הריטב"א שנשאל על ראובן שמשכן לשמעון חפץ בסלע

והיה שוה ה' סלעים וראובן תובע משמעון שיתן לו המשכון ויקבל הסלע שיש לו עליו טען אמת הוא אבל ע"מ שאם לא יפדה אותו לזמן קצוב יהיה המשכון מכור לי וכבר עבר הזמן והשיב צ"ל דכל שלא א"ל שיקנה בשעת משיכה אלא לאחר הוא כאומר לחברו משוך בהמה זו ותקנה לאחר ל' יום שלא קנה ע"כ (ואם הוא בחצרו לאחר ל' יום הדבר קשה אמאי לא קנה) וכל זה שכתבנו הוי כשהפרה עומדת בחצרו ביום ל"א אבל אם עומדת באגם או בצדי ר"ה הר"מ והראב"ד והרשב"א ס"ל דלא קנה אבל הר"ן ז"ל כתב בפרק הכותב דלא מחוור ליה האי פסקא דהא חזינן הכא דרמי בר חמא ורב חסדא סברי דר' נחמן בדלא אמר מעכשיו היא לית לן למיפלג עלייהו ואפי' בלא מעכשיו קנה עכ"ד. ודע דבפרק השותפין בנדרי' גבי ההיא עובדא דהוה שמיט כיפי נראה דאפילו הקנהו במשיכ' כל שהוא לאחר זמן לא קנה דכלתה משיכתו וכ"כ הר"ן ז"ל שם בשם הרשב"א ז"ל וכן משמע מסוגיין בר"פ המפקיד הנז"ל גבי איכא בינייהו דקיימא באגם ופירש רש"י ז"ל וא"ת תיקני ליה במשיכ' ראשונה שמשכ' לו ע"מ לקנותה סמוך לגנבותה הא אמרי' בפרק האשה שנפלו וכו' יע"ש. העולה ממ"ש דבנדון דידן ליכא מאן דפליג דקנה הלוקח:

שייך לקנין משיכה:

סימן ד

המגביה שום דבר ולא כיון לקנותו אם קנאו או לא. ראיתי בתוס' פ' הנזקין דף ס"א גבי אם ליקט ונתן ביד הרי זה גזל גמור כתבו נראה דאיצטריך לאשמועינן בתולש בידו ומפילם אע"פ שלא נתעכבו בידו ולא אחז להם אלא להפילם ע"כ. כלומר אע"פ שלא כיון לזכות בהם באות' אחיז' וכ"כ הרשב"א שם וז"ל ולאו נטל ונתן ביד במתכוין לזכות בהם קאמר דא"כ מאי למימרא ע"כ וכ"כ הר"ן ז"ל יע"ש. נרא' מדבריהם לפום פשטן דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו. וזה תימא דאמרינן בפ' הפרה דף מ"ט המחזיק בשטרותיו של גר מהו מאן דמחזיק בשטרא אדעתא דארעא הוא דמחזיק ובארעא לא החזיק ושטרא נמי לא קני דלאו דעתיה אשטרא ע"כ והתוס' בפ' חזקת דף ד"ן ד"ה אדעתא דציבי וכו' כתבו וז"ל ואין להקשות דאע"ג דאין דעתיה אשטרא אמאי אין ידו קונה לו שלא מדעתו ותי' דהיינו כשאינו יודע אם הוא בחצרו ואם היה יודע היה רוצה לקנות אבל אם יודע ואין מתכוין לקנות לא קני עכ"ל והטור בסי' רע"ה כתב משם הרמ"ה וז"ל והרמ"ה כתב אם הלבנים היו של גר אע"פ שהגביהם ראשון לא קנאם כיון שלא כיון לקנותם אלא ע"י בנין ובזה לא קנאם ומ"ש שם הטור בשם אביו דמשמע דקנאם בהגבהתו איכא למימר דה"ט משום דמסתמא דעתו הוא לקנותם בהגבהתו וכ"כ הריטב"א שם עיין בנ"י אבל

בפ"ק דמציעא דף י' גבי מתני' דראה את המציאה ונפל עליה ובא אחר והחזיק בה זכה בה מקשי תלמודא ולקניה ליה הד' אמות דיליה ומשני כיון דנפל לו עליה גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דנקנה בד' אמות לא ניחא ליה דנקנה ור' אשי משני דמתני' מיירי בר"ה שאין הד' אמות קונות לו ומשמע משם דלר' אשי אע"פ שלא כיון לקנות בד' אמות אלא בנפילה אפי' הכי כיון דבזכיה קא מתעסק קנה בד"א וכתב בכ"מ פי"ז מה' גזילה דהר"מ ז"ל תפס כאוקומתא דרב אשי דכ"כ הר"ן בשם הרא"ה וכתב מרן בב"י דכן הוא דעת הרי"ף והר"מ ז"ל אבל הר"ן כתב בשם איכא מ"ד דבקניות דרבנן הוי כאומר אי אפשי בתקנת חכמים דשומעין לו אבל בקניות דאורייתא אע"ג דגלי דעתיה קנה ולפי דברי כולם נראה דכל שהגביהו בידו אע"פ שלא כיון לקנותו כיון דבזכיה קא עסיק קנה זולת הרשב"א ז"ל דס"ל דאפי' בקניות דאורייתא לא קנה ועיין בחי' זקנים בסוגיין:

ולע"ד היה נראה דכל שלא כיון לזכות באותה הגבהה לא זכה וכמש"ל ור' פפא לא פליג על זה אלא דלא ס"ל דכיון דנפל גילה דעתו דבד"א לא ניחא ליה דליקניה דמאי דנפל היינו כדי שלא יבא אחר ויחזיק בה ויטעון כנגדו ולפי דעת רבוותא שהביא הר"ן והסכמת הב"י נראה שכל זה מתעסק בזכיה אע"פ שלא כיון לקנותו באותה הגבהה הרי זה קנה וההיא דמחזיק בשטר הגר לא דמי להאי דהתם אין כונתו לזכות בשטר לגופו כלל אלא לצורך הקרקע למה הדבר דומה להמחזיק בשדה זו כדי לקנות את חברתה ודברי התוס' בהנזקין נוטים לסברת הרא"ה והב"י ז"ל כתב כאן דהעיקר כסברת הרא"ה כיון דהרי"ף והר"מ ז"ל סברי הכי וכ"כ בש"ך. ומן התימה עליו דבסי' קצ"ח כתב היתה עומדת בר"ה ולא אמ"ל המוכר כלום והתחיל הלוקח למשוך לא קנה עד שימשיך כדינו מר"ה לסימטא אע"פ שנקנית במסירה בר"ה אפ"ה כיון שהתחיל למשוך גילה דעתו שאינו רוצה לקנות בחזקה זו אלא במשיכה וזהו דעת הרשב"א ז"ל ולטעמיה אזיל ועלה בידינו דכל שזה מתעסק בזכיה אע"פ שלא כיון לקנותה ה"ז קנה וזהו נראה שהוא דעת התוס' בפ' הנזקין שהבאתי והרא"ש שהביא הטור בסי' רע"ה ובחי' זקנים בפ"ק דמציעא הביא משם התוס' דאפי' למ"ד המגביה מציאה לחבירו לא קנה חברו מ"מ זה שהגביה קנאה ואף על פי שלא נתכוון לקנותה לעצמו כיון דבזכיה מיהא קא עסיק עכ"ד אבל היכא דסבור שהוא שלו שאינו מתעסק בזכיה לא קנה. (א"ה לפי דברי מורי הרב ז"ל נראה דכל שזה מתעסק בזכיה אע"פ שלא כיון עתה בעת הזאת לקנותה קנאה כיון דהא מיהא רוצה בהם וזהו לפי דברי התוס' בהנזקין והרא"ש שהביא הטור בסי' רע"ה אבל הרמ"ה חולק ע"ז. ולע"ד לפ"ז נראה שגם הראב"ד ז"ל קאי בשיטת הרמ"ה ז"ל והוא ממ"ש הטור בסי' ר' סי"ג ז"ל והראב"ד כתב דאפי' מדד הלוקח על החמורים לא קנה שלא

נתכוון למשיכ' ולקנות במדידה זאת דלמדידה דעלמא נתכוון ע"כ ואף הטור שסיים ע"ז ולא מסתברא דבריו סתומים דאפשר לפרש דהטור ס"ל דלאו למדידה בעלמא נתכוון אלא ג"כ לקנין ואפשר נמי לומר דאפי' לא נתכוון אלא למדיד' כיון דמתעסק בזכיה קנה אבל יותר נראה דכונת הטור לומר דלאו למדידה בעלמא נתכוון כי אם גם לקנין והוא כי לכאורה דברי הטור אלו נראים סותרים למ"ש בי"ד סי' קל"ב ז"ל היה העובד כוכבים מודד הגביהו תחלה לקנותו קנאו נמצא כשמערה אח"כ למדוד שלו הוא לא הגביה תחילה לקנותו אסור וכתב מרן בב"י ע"ז וז"ל פי' אע"פ שהגביהו בשעת מדידה לא קנה מפני שאותה הגבהה לא היתה לקניה אלא למדידה עכ"ל ודברים אלו נראים שהם כסברת הראב"ד והרמ"ה ז"ל וכבר ראיתי אח"כ שעמד בסתיר' זאת מהר"י רוזאנים ז"ל בפ"ד מה' מכירה והניחה בצ"ע. ולע"ד נראה לישב בדוחק דהכא שאני שהוא מודד ונותן על החמורים דבגמר המעש' אינו נותנו במקום הראוי לקנין ובכה"ג אי אמרינן דלא כיון לקנות בהגבהה נמצא דבמעשה שעשה לא קנה וצריך לעשות קנין מחדש אח"כ ובכה"ג ס"ל להטור דכיון דזה רוצה לקנות ופסק את הדמים ודאי דרוצה לקנות בהגבהתו זאת לא כן בההיא שכתב הטור בי"ד דכיון דמודד העובד כוכבים בתוך כליו התם ודאי מעיקרא למדידה נתכוון דרוצה לקנות כשמשפיכו לתוך כליו שהוא יותר מוחזק בו לא בהגבהה שהיא בכליו של מוכר ואינו מוחזק בו כ"כ ודו"ק אם תרצה ועיין במהרי"ט בח"א סי' קנ"א בסוף דבריו שהביא דברי הרמ"ה הנז"ל ותמה עליו באומרו שכל שזה מתעסק בזכיה קנה אע"פ שלא נתכוון לקנות יע"ש נראה שלא ראה כל הנז"ל.:

סימן ה

גר או גוי ששלח חפצים ביד ישראל כדי שימסרם לראובן שהוא היה מכירו של גר ופ"אטור שלו, והשליח הביא החפצים לראובן ומסרם בידו ואח"כ איגלאי מילתא שקודם שמסרם השליח לראובן מת הגר וטוען השליח שכיון שמת הגר קודם שמסרם לראובן זכה הוא בנכסי הגר כי רשותו קונה לו שלא מדעתו, על דבר זה נשאלתי מאת הרב המובהק מוהר"ר אברהם יצחק ה"י וזאת תשובתי ראיתי למהרי"ט ז"ל בח"מ סי' מ"א דס"ל דרשותו של אדם קונה לו אפילו בלא כונת קונה ואפילו כי ליכא דעת מקנה, ועפ"ז הקשה על מ"ש רש"י ז"ל במ"ש שתבעו המומר והשיב שלא היה רוצה ליתן וז"ל וקשה נימא דרשותו קונה לו שלא מדעתו, וההיא דעודר בנכסי הגר כסבור שהוא שלו דלא קנה התם שאני דהוי מעשה קנין ולא קני אלא מדעת ובכונה אבל רשותו קונה לו אפילו בלא כונה עכ"ד. אבל לכאורה אין נראה כן לע"ד והוא דהתוס' כתבו בפ' חזקת הבתים גבי החזיק בציבי אדעתא דציבי וז"ל הצ"ל דהא דחצר קונה לו שלא מדעתו

היינו שאינו יודע אם הוא בחצרו ואם היה יודע היה רוצה לקנות אבל אם יודע ואין מתכוין לקנות לא קני עכ"ד. והשתא היה נראה לכאורה דבנדון דידן ג"כ כיון שהיה יודע שהוא בחצרו ולא כיון לקנותו לא קנה. אבל יראה דבנ"ד אף על פי שידע שהוא בחצרו כיון דלא ידע שמת הגר חשיב כאילו לא ידע שהוא בחצרו שאם היה יודע שמת הגר היה מכוין לקנות, ותדע דהכי הוא דבפ' הפרה דף מ"ט ע"ב פריך לר"י בר חנינא מההיא דמשכונו של גר ביד ישראל ומת הגר ובא ישראל אחר והחזיק בו קנה את השאר, ואמאי תיקניה ליה חצרו למלוה, ומשני דליתיה בחצרו ואם איתא לוקמא דאירי אפילו באיתיה בחצרו ומיירי כשלא ידע המלוה במיתת הגר דלא כיון לזכות בה. ולא עוד אלא נראה דאפילו כי ידע בעל החצר שכתבו התוס' ז"ל דאין חצרו קונה לו והכריחו הכי מהמחזיק בנכסי הגר נראה דלאו כ"ע מודו בה דהתוס' אזלי לשיטתייהו דסברי דחצרו של אדם איתרבאי משום יד, אבל למ"ש לדעת הרי"ף והר"מ ז"ל דחצר מדין שליחות איתרבאי איכא לפלוגי ולומר דמחזיק בנכסי הגר דהוי מעשה קניין לא קני אלא מדעת ובכונה, אבל רשותו של אדם קונה לו אפילו בלא כונת קונה דזכין לאדם שלא מדעתו וכן נראה מדברי מהרי"ט:

וראיתי בירושלמי פ"ד דמסכת שביעית דקאמר מאימתי אדם זוכה בפירות שביעית ר' ירמי' סבר משיתנם לתוך כליו ר' יוסי סבר אפי' נתנם לתוך כליו לא זכה בהם דהוא סבר דאינהו דידיה ולאו אינהו דידיה ע"כ ונראה דבהא פליגי דר' ירמי' סבר שהלוקט פירותיו בשביעית נהי דאין ידו זוכה לו משום דאינו מכוין לזכות שסבור שהם שלו מ"מ כל שנתנם לתוך כליו זכה דכליו של אדם זוכה לו מדין חצר כדמוכח פ"ק דמציעא וקי"ל חצירו של אדם זוכה לו שלא מדעתו ולא דמי לידו דאינו קונ' לו שלא מדעתו דחצר מדין שליחות אתי וקי"ל זכין לאדם שלא מדעתו ור' יוסי סבר חצרו מדין יד קאתי וכשם שאם אחזם בידו וסבור שהוא שלו לא קנה כך חצרו (א"ה ע"כ מצאתי שהשיב אדוני אבי הרב זלה"ה בנדון זה ובקונטרס השייך להפקר מצאתי מה שנעתיק עוד וכתבתיו כאן והוא מפני כי נלע"ד דשייך בנדון זה) וז"ל שם הא דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו היינו דוקא במידי דמצוי ושכיח להמצא אבל מידי דאינו עשוי להמצא לא קנה כיון שלא כיון לקנותו כ"כ המרדכי בפרק אלו מציאות ויליף לה מההיא דמצא בכותל ישן הרי אלו שלו ולא אמרי' דקנה בעל החצר. ולפ"ז כתב דאם מת גר בביתו של ישראל ונמצא זהב באבנטו דלא קנה בע"ה עכ"ד אבל מדברי הר"מ ז"ל בפי"ו מהלכות גזילה אין נראה כן שכתב דההיא דמצא בכותל ישן שלא קנה בעל הכותל ה"ט מפני שהוא אבוד ממנו ומכל אדם עכ"ל משמע דס"ל דאפי' במידי דלא שכיח להמצא כל שאינו

אבוד מכל אדם ועתיד להמצא קנה לו חצרו שלא מדעתו וכדברי הרמב"ם ז"ל נראה לי שהוא דעת ר"ת שהביא שם המרדכי שכתב רבינו שמשון משם ר"ת ז"ל דהיינו טעמא דלא קנה בעל הכותל משום דדבר שאינו יכול להמצא לא קניא ליה חצרו וההיא דקנה בדיל מן העובדי כוכבים ונמצא בתוכו כסף הוי כמו הכי שהוא אבוד ממנו ומכל אדם דאין בעל הבדיל עתיד למצוא אותו והכי הוא מוכרו לאחרים בחזקת בדיל אבל במידי שעתיד למצוא אותו כשיכנס לחצירו חצרו ג"כ קנה לו ומה שהביא המרדכי ראיה מפ' הפרה במשכונו של גר ביד ישראל דמשני כל היכא דאיתיה לדידיה דאי בעי למקני קני קנייה ליה חצרו אבל היכא דליתיה לדידיה דאי בעי למקני לא קני חצרו נמי לא קנייה לי' והכא נמי אין הקונה מעלה לבו לקנות המטמונות הלכך חצרו נמי לא זכי ליה עכ"ל אינה ראיה דבמסקנא לא קאי הכי כמו שפירש רש"י ואפי' לפי' התוספות ג"כ ליכא ראי' דהתם מיירי בחצר שאינה משתמרת וכל היכא דמספקא לן אי קנה בעל החצר אם לא אם בא אחר ותפס מוציאין מידו דבעל החצר הוא מוחזק ראשון (א"ה עיין בקנין חצר סי' ג'):

סימן ו

מי שנתן צמר לצבע וצבעו ואח"כ נגנב מרשותו של צבע מה משלם הצבע. ולכאורה הי' נראה דמשלם לבעלים כמו שהי' שוה לאחר שצבעו לדידן דקי"ל דאין אומן קונה בשבח כלי והכי אמרו בשמעתין בהגוזל אבל כד דייקנא בה נראה דאינו כן דהא באותו פרק דף ק"ד אמרו מי הודיעו לצבע שיקנה צבעו לאשה משמע דכל כה"ג דיש שבח סמנים ע"ג הצמר צריך שיקנה אותו הצבע לבעל הצמר וכיון שכן ודאי כל שנגנב קודם שבא הצמר ליד בעלים עדיין לא זכה בשבחא ואינו משלם אלא דמי צמרו לבד והא דקאמר תלמודא לעיל אבל הקדיחו לאחר נפילה נותן לו דמי צמרו ושבח היינו אי ס"ל דחזותא לאו מלתא היא אבל לדידן דמספקא לן אין לחייבו לצבע מספק דדילמא יש שבח סמנים ע"ג הצמר וחשיב כאלו הוסיף לי' נופך משלו ולא קנאו בעל הצמר לאותו שבח עד שיבא לידו ומ"מ היכא דהקדים לו שכרו בהא ודאי קנה השבח בעל הצמר במעות שנתן ובכה"ג ליכא למימר דאין מעות קונות דלא שייך הכא לטעם דשמא יאמר לו נשרפו חטיך דכיון דהוי ש"ש תו לא מצי לומר הכי. וכן מצאתי בשה"ג ומתוך זה היה נראה לי דאי יהיב לעובד כוכבים לעשות לו כלי והקדים לו שכרו תו אין צריך טבילה משום דכל פרוטה ופרוטה דעביד מקנה לו העובד כוכבים במעות שלקח מידו ומכוש האחרון שהוא גמר כלי אינו שוה פרוטה כדי שתהא כאלו קנו ממנו כלי עיין פ"ק דע"ז דף י"ט:

הלכות קנין חליפין

סימן א

וקנין חליפין צריך שיהא הסודר שלו ואם הוא שאול כתב המרדכי דכיון דאינו יכול להקדישו אינו יכול ליתנו אבל הרב ב"י ז"ל כת' בסי' קצ"ה דמועיל משום דאין דרך בני אדם להקפיד אם זה נוטל קנין בסודר שלו כיון שהוא מחזירו לו ע"כ. ומצאתי בשיטת ר"ב ז"ל למציעא דף קי"ז ע"ב שתלמיד הר"ף כתב כדברי המרדכי והריטב"א ס"ל כסברת הב"י וז"ל דלית לי' סודר אינו רוצה לומר שאין לו סודר כלל אלא ה"פ דלית לי' סודר אלא שואל מכאן משמע דאין קנין בסודר שואל אבל הריטב"א ז"ל כתב וז"ל דליכא סודר פירוש סודר כלל ואפי' מושאל וש"מ שאלו הוה לי' סודר מושאל קונין בו עכ"ל:

סימן ב

החליף פירות בפירות כיון שמשך האחד קנה הב' כ"כ הרמב"ם ז"ל בפ"ה וכתב ה"ה דס"ל כדעת ר"ת שאמר דע"כ לא אמרינן דאין קנין בפירות אלא כעין קנין סודר אבל חליפין שהם בתורת שווי הדמים לכ"ע קנה ולע"ד דבגמרא דף מ"ו אוקמוה לברייתא דהוי חמריו ופועליו תובעין אותו בשוק ואמר לחנוני תן לי בדינר מעות ואפרנסם ואני אעלה לך יפה דינר וכו' דאיירי בפרוטטות ואידי ואידי פירא הוי ע"כ משמע דפירות בפירות נקנו בחליפין וכן מוכח מהתוספתא והביאה ה"ה בפ"ב מהל' שכנים דין י'. ולפ"ז יתיישב שפיר מה שהקשו התוס' בהזהב דף מ"ה ע"ב לי"א דמטבע חשוב כלי משום דיוצא בהוצאה וקונין בה כל דבר דאין נראה דלקמן משני בפרוטטות וכו' דלית בהו צורה וקונין זה את זה עכ"ד ולע"ד לק"מ דהתם לא הוי טעמא משום דמטבע שאין בו צורה חשוב כלי אלא משום דפירות בפירות מיקנו בתורת שיווי הדמים:

סימן ג

ומי שהקנה לחבירו חתיכות של כלים בקנין סודר נראה מדברי רש"י ז"ל בפ' הזהב דלא מהני משום דהוי דבר שאינו מסויים שהרי כתב דמה שאמרו דמטבע אינו נעשה חליפין משום דדעתי' אצורתא והוי כדבר שאינו שלם ועלה אמרו דכשם שאינו נעשה חליפין כך אינו נקנה בחליפין אבל הרשב"א ז"ל הביאו בחי' זקנים חולק על רש"י וס"ל דאע"פ שאינו מסויים נקנה בחליפין וכן הוא דעת הר"ן הביאו הב"י בסי' ר"ג ולכן כתבו דמאי דאמרו דעתי' אצורתא ר"ל דהוי בדבר שאין גופו ממון אבל מדברי הרשב"א בתשו' סי' אלף ק"ד נראה דכל דבר שאינו שלם אינו נקנה בחליפין וז"ל ששאלת על שטר מתנה שהקנתה מטלטלין ולא הקנתה אגב מקרקע וכתו' דקנו בשטר השטר כשר כי דבר

פשוט הוא דכל דבר מיקנו לקיים כל דבר כתו' חוץ ממטבע ודבר שאינו מסויים כגון חצי אגוז וחצי רמון והנך ודאי לא מיקנו אלא אגב קרקע עכ"ל. (א"ה עיין בתשו' מהר"ם בר ברוך סי' רנ"ו כנראה שתשו' הנז' אינו מתורתו של הרשב"א ז"ל):

הלכות קנין מעות

סימן א

כתב הרב ב"י דאם התנה בהדיא דהמעות יקנו קנה וכן פסק הרב בהגה אבל הרב בעל ש"ך כתב דלא נהירא ליה דכיון דחכמים תיקנו דמעות אינם קונים לא פלוג וראיה ממאי דקי"ל כר"י בפרק אע"פ דאפי' בדבר של ממון אם מתנה על דבר שתיקנו חכמים תנאו בטל משום דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה אלו ת"ד. ודע דהר"ן ז"ל כתב בפרק אף על פי וז"ל ואף על גב דסבר ר"י דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה ותנאו בטל הא איכא ר' יוסי דפליג עליה ור"י ור' יוסי הלכה כר' יוסי. עוד כתב הש"ך דאפי' למ"ד בדבר שבממון תנאו קיים הכא לא שייך לומר הכי דפשיטא שאינו יכול להתנות ולעשות קנין מדבר שאינו קנין והביא ראיה ממ"ש הריטב"א ז"ל בקדושין שכל מקום שאמרו חכמים שאין קנין מן הקנינים קונה אע"פ שפירש המוכר והלוקח שיקנה בו אינו קונה והרי הוא כאלו אומר שיקנה באמירה בעלמא עכ"ד. ולע"ד אין משם ראיה דע"כ לא אמר הריטב"א הכי אלא במידי דאינו קנין כגון מסירה ברה"י ומשיכ' ברשות הרבים דחכמים לא תיקנו שם אלו הקניות אבל כסף ודאי קנין גדול הוי דבר תורה אלא שחכמים הוא שאמרו שלא יקנה בדמים לטובתו של לוקח וכיון שכן כל שהתנה לומר שיקנה בדמים הרי זה קונה דכל האומר א"א בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו כדאיתא בר"פ הכותב וחזר הדין לסיני שדמים קונים. אבל מדברי התוס' והריטב"א ז"ל בפרק הזהב דף מ"ו ע"א בד"ה ש"מ מטבע נעשה חליפין וכו' וז"ל ובקנין סודר דשכיח ליכא למיחש לשמא יאמר לו נשרפו חטיך דכיון דלא קבל המוכר המעות טרח ומציל עכ"ל נראה קצת כסברת הש"ך דלפי מ"ש הב"י דמה שאין הדמים קונין היינו דוקא בסתמא שלא פי' שרוצה לקנות בדמים ואז דוקא הוא דתיקנו חכמים שלא יקנה עד שימשוך אבל אם פירש בהדיא שרוצה לקנות מהשתא קנה א"כ תו ליכא לאקשויי מקנין סודר מה שהקשו התוס' שהרי כבר פירש שרוצה לקנות מהשתא ועיין בפרק בתרא דעובד' כוכבים ס"ג ע"א גבי אתנן זונה:

וראיתי להר"ן ז"ל בפ"ק דקדושין דף תרל"א שכתב וז"ל ודאמרינן לא קנה עד שיתן את הדמים איכא מאן דאמר דדוקא כל הדמים אבל במקצ' דמים אפי' לא עייל ונפיק אשארא

לא קני דכי אמרינן דבמקצת דמים קנה הכל כל היכא דלא עייל ונפיק אזוזי ה"מ בנותן מקצת דמים לשם קנין דכיון שקבלם לשם קנין גלי אדעתיה דניחא ליה דליקני בהכי אבל הכא דמים הללו לא לשם קנין נתנם לו אלא לשם פרעון עכ"ל ומתוך דבריו אלו נראה דמה שאמרו בהזהב דף ח"ס ערבון רי"א כנגד כולו הוא קונה איירי בשנתנם לו לשם קנין כדי לקנות בהם ואפ"ה לענין מטלטלין אמרו שם דאינו קינה אלא לענין מי שפרע. וזה נראה דלא כסברת הב"י. וראיתי להב"י בריש סי' ר"ד שכתב ז"ל דאם נתן לו הערבון ואמר שיקנה לו ע"י הערבון לרש"י ז"ל לא קנה אלא כנגד מעותיו ולדברי התוס' ז"ל קנה הכל וסיים ואמר ואע"פ שכל אלו הדינים לענין קרקע הם אומרים מינה נשמע לקנין מטלטלין לענין מי שפרע עכ"ל. ולכאורה קשה דכפי מ"ש בסימן קצ"ח דכל היכא שפירש שרוצה לקנות בכסף קונה הכא נמי כיון שפירש שרוצה לקנות הכל בערבון אמאי לא יקנה קנין גמור אף במטלטלין. ואפשר לומר דאם אמר בפי' המעות יהיו שלך מעכשיו ואפי' אם נאבד או נגנב או נאנס המקח יהיה ברשותי מעכשיו דכה"ג קנה:

סימן ב

והיכא דקנה מטלטלין ואמר ליה המוכר תן הכסף לפלוני ויקנה המטלטלין לך. יראה דהא מלתא תליא בפלוגתא דלפי מ"ש התוס' בפרק הרבית ד' ע"א ד"ה מצאו ישראל וכו' דמה שנותן לאותו אחר על פיו הוי כאלו באו לידו ממש ומטעם זה כתב המרדכי שם דמפקינין מראובן מה שנתן ללוי על פיו יע"ש בנדון דידן אין זה קונה קנין גמור אלא לענין מי שפרע אבל לפי מה שכתבו הרמב"ם והריטב"א, וכן נראה שהוא דעת רש"י ז"ל ג"כ בקדושין דלא חשיב כאלו הוא קבל הדמים אלא בההיא הנאה שנהנה אותו אחר על פיו שויא ליה פרוטה ומקדש' וכמו שהארכתי בהלכות רבית הרי זה קונה דאות' הנאה חשיבא חליפין וכמ"ש הר"ן בפ"ק דקדושין גבי מאי דאתמר התם משמי' דרבא וכן לענין ממונא וז"ל וכן דעת ר"ח ז"ל שכתב והילך מנה ויהיו לך נכסי ההיא הנאה מחשבא חליפין דיהבי' הקונה למקנה ולפ"ז אף במטלטלין קנה עכ"ל וכן מוכח מההיא דפ"ב דע"ז ד' ס"ג ע"ב אמר רבא האומר תן מנה לפ' ויקנה נכסי לך קנה מדין ערב ומטלטלין הוו בכלל נכסי ואפשר דהתוס' ז"ל נמי יודו בזה דקנ' קנין גמור דכה"ג דהוי מלתא דלא שכיח לא גזרו ביה רבנן והדמים קונים וגם ממאי דאמר רב פפא התם דההיא ברייתא דאמר להם צאו ואכלו ואני פורע צאו ושתו ואני פורע חושש משום שביעית ומשום מעשר דאיירי כגון שהקדים לו דינר משמע דכל שהקדים לו דינר כדי שיתן יין וכיוצא לפועליו מיד נקנ' היין לבעל המעות ואסור משום שביעית ומשום יין נסך. וכן כתב הטור בי"ד סי' קל"ב וז"ל מי ששכר פועלים ופסק להם מזונות אם אמר

להם צאו ואכלו ושתו אם הקדים דינר לחנוני אסור שמיד נקנה לו היין שביד החנוני ומשלו משקה אותם ועיין תשובת הרא"ש ז"ל שהביא הרב ב"י בח"מ סוף סימן קכ"ו ועיין בשיטת הרשב"א לקדושין דף י"א ע"א דנראה דהרמב"ן ז"ל חולק על דברי ר"ח הנז' והרשב"א ז"ל כתב דכדברי ר"ח נקטינן יע"ש:

סימן ג

והיכא דקנה מטלטלין או קרקע במלוה איכא מאן דאמר דקנה אבל רובם הסכימו דמלוה אינה קונה ומיהו כתבו דאע"פ דמלוה אינו קונה הנאת מחילת מלוה קונה דהא קא מטיא ליה הנאה ולא גרע מארווח לה זימנא דמקודשת וכ"ש במחל המלוה דארווח לה זימנא לעולם ונר' קצת מדברי התוס' בפרק הגוזל דף צ"ט דה"ד במלוה שהגיע זמנא להתבע אבל אם לא הגיע זמנא כיון שאין יכול לתובעו בדין עדיין לא חשיב כנותן לו כלום וכן נראה לדקדק ג"כ מדברי הרא"ש ז"ל בפ"ק דקדושין גבי ההיא דארווח לה זמנא שפי' דאיירי דמטא זימנא למיגבי מינה והלכך כי ארווח לה זימנא השתא נמצא דבאות' שעה מטיא לה הנאה. וכן נראה ג"כ מדברי הראב"ד בהשגות פ"ו מהלכו' מלוה שכתב שאם הגיע הזמן וארווח לה זימנא משום ההוא דירה כשעת מתן מעות דמיא וקדושין יוכיחו עכ"ל ואע"פ שיש לדקדק בדבריו דאי מקדושין יליף לה לכאורה יראה דליכא ראיה משם לומר דכשעת מתן מעות דמיא דהתם היינו טעמא כמו שפירש רש"י ז"ל דבההיא הנאה שהיתה צריכה לתת פרוטה לאחר כדי שיפייסנו למלוה מתקדשת לו. ובהלכות אישות פ"ה ראיתי שכתב הראב"ד ז"ל שהראשונים פי' כגון שהגיע הזמן המלוה ליפרע ומעותיו מזומנים בידו והיא היתה נותנת ברצון דינר למי שמאריך לה הזמן והאריך לה בשכר הקדושין וזהו דארווח לה זימנא וכו' עכ"ל ועיין בחידושי הרשב"א לקדושין שחולק ע"ז ונראה קצת דס"ל דאפילו כשהרויח לה קודם שהגיע זמנה מקודשת:

סימן ד

עוד נראה לע"ד דאע"ג דהסכימו רוב הפוסקים דמלוה אינה קונה במטלטלין אפי' למי שפרע היינו דוקא במעות של מלוה אבל אם מכר לו חפץ בכ"כ מעות לתת לו מיד ואמר לו המוכר תן לי מעותי ואמר לו הלוקח רוצה אתה כור חטים במעותיך ונתרצה ה"ז קנה ולא דמי למלוה דהכא כיון שמכר לו ע"מ ליקח הדמים מיד ואם יתבע המוכר המעות ואמר לו הלוקח עכשיו אין לי ליתנם המקח חוזר כיון דהמוכר צריך למעות נמצא כאלו המקח הוא עומד ביד המוכר ועכשיו כשאמר לו הלוקח אתן לך כור חטים בדמי חפציך חשיב כאלו נתן לו חפצו בדמי כור חטים שלו וכיוצא לזה כתבו התוס' בפרק האשה רבה דף צ"ג ע"א ד"ה קנויה לך מעכשיו וכו' דהיינו טעמא דהמקדש לאחר ל' יום דמקודשת

ואע"פ דנתאכלו המעות דהני מעות לאו למלוה דמי דאי הדרא בה צריכה להחזיר הדמים כמו שהיא דאדעתא דהכי יהיב לה מעיקרא והוא הדין הכא ומצאתי להר"י ן' מיגאש ז"ל באו דבריו בספר עצמות יוסף דף נ"ט ע"ב שכתב כדברי. הן אמת דצריך להבין לפי זה אמאי הוצרכו התוספות והרא"ש והרשב"א ז"ל לפרש דסוגיין דפרק הזהב דף מ"ו דאיירי במחילת מלוה:

סימן ה

מי שקנה מחבירו שום חפץ ולא היה לו ללוקח דמים וכתב לו שטר חוב ומסרו ביד המוכר או שקנו מידו שהוא מתחייב כ"כ לחבירו דמי החפץ הרי זה קנה קנין גמור כ"כ הגאון רב האיי ז"ל בספר מקח וממכר בשם הגאון בשער י"ג אלא שכתב שהוא עמד על זה ולא הכריע. וראיתי להראנ"ח ז"ל בסי' קי"ד דעמד על זה ודקדק מההיא דבכורות דלא מהני כה"ג דקאמר התם ד"ת בנו פדוי לכשיתן דאלמא לא חשיב השעבוד כדמים זהו ת"ד. ולע"ד אין משם ראיה דהתם שאני דבפי' מיעטה תורה שאין פודין בשטרות וכ"כ אין פודין בשעבוד שנתחייב הוא ג"כ כמבואר שם בסוגיין. אבל בעלמא דודאי אי יהיב למוכר שטר חוב דאחרים בעד המקח דהיה קונה אלמלא טעמא דלא סמכא דעתיה דמוכר כדמוכח בפרק האיש מקדש בכה"ג שכותב לו שטר חוב על עצמו דלא שייך להאי טעמא ולמיחש דלא סמכה דעתי' הרי זה קונה כמו קנין הכסף ועדיף מן הכסף דהכסף אינו קונה אלא למי שפרע אבל בכה"ג קונה קנין גמור דלא שייך למיחש לשמא יאמר לו נשרפו חטיך דכיון דהמוכר עדיין לא קיבל הדמים טרח ומציל פן יסרב הלוקח ליתן לו הדמים וכמ"ש התוס' בפרק הזהב דף מ"ו ע"א סוף ד"ה ש"מ מטבע נעשה חליפין וז"ל ובקנין סודר דשכיח ליכא למיחש שמא יאמר לו נשרפו חטיך דכיון דלא קבל המוכר המעות טרח ומציל פן יסרב הלוקח ליתן לו המעות עכ"ל. והיה נראה לע"ד להביא ראיה דהחיוב שמחייב עצמו לחבירו בעד המקח חשיב כנתינת כסף מההיא דאמרי' בפרק קמא דקדושין דף ט"ז ע"א האי שטר ה"ד אילימא דכתב ליה שטרא אדמיה היינו כסף. וכן פירש הריטב"א ז"ל שם וז"ל אילימא דכתב שטר אדמיה פי' ודוקא מדעתו של אדון אבל בע"כ לא מיהו מלוה לאו כסף היא כלל שהרי אין קרקע נקנה בו ואינו מחוייב מ"ש במטלטלין וכיון דכן אף אינו מגרע מפדיונו במלוה עכ"ל:

הן אמת דבעומדי על זה ראיתי בתוס' רי"ד שפי' לה באופן אחר ובשיטת הרשב"א ז"ל כתב על זה ז"ל ומיהו מנאי קשיא לי מאי קאמר היינו כסף דא"כ המקדש בכסף וכתב לה שטר עליו תהא מקודשת דשטרא דכתיב עליה היינו כסף. וי"ל דהשתא הוא דקאמרינן הכי משום דאכתי לא ידעינן דגופו קנוי ואינו אלא כחוב וצ"ע עכ"ל. וכן כתב בדף ה' ע'

גבי מאי דאמרינן התם מה לכסף שכן פודין בו הקדשו' ומעשרות אבל שטר אין פודין וכן פירש בסוגיא דמנה אין כאן משכון אין כאן יע"ש. והריטב"א ז"ל פירש שם סוגיין לפי שיטתו יע"ש ודחה פירוש הרשב"א יע"ש. ומתוך דברי הר"ן ז"ל גבי מנה אין כאן משכון אין כאן נראה קצת דדוקא בקדושין הוא דאמרינן דאין האשה מתקדשת בשעבוד משום דקדושין דאגוד גבי בעל לאו קדושין הוו ואפשר דה"ט משום דמקשינן הויה ליציאה לענין זה אבל לענין מכר אפשר דמודה דיועיל. ובפרק האומנין גבי מאי דאמרינן התם מלמדין שלא יחזרו כתב הריטב"א ז"ל וז"ל פי' דכיון דזקפן במלוה הרי הוא כאלו קבלום וחזר והלווה ובדין הוא דאפי' לא נתן לו כלום אלא שזקף כל האלף זוז במלוה הי' קונה מדין כסף דאע"ג דמלוה אינה קונה בקרקעות התם הוא במלוה שעמו מקודם לכן אבל זה שזוקף עליו הכסף במלוה ואומר הריני כאלו התקבלתי זה כפרעון גמור חשוב עכ"ל. שמענו מכל האמור דרש"י והריטב"א והר"ן ז"ל ס"ל בנ"ד דקנה ואף הרשב"א נראה דרפיא בידיה שסיים וכ' וצ"ע כנז"ל וע' בהרא"ש פ' השולח גבי אקנייה לבנו קטן במה שפי' ר"ת ז"ל וע' מ"ש ה"ה בפ"ה מה' אישות דין כ"ג:

סימן ו

והיכא דנתן דמים על המקח ועדיין לא משך ואחר כך אמר לו המוכר ללוי שהיה המקח בידו החפצים שהם בידך מכרתים לשמעון תנם לו וקבל לוי ליתנם לשמעון אף ע"פ שלא היה שמעון באותו מעמד זכה שמעון ואפי' למ"ד תן לאו כזכי הכא שכבר קיבל המוכר הדמים ואסור לחזור בו תן דקאמר ליה כזכי דמי והכי מבואר בספר המקח לרב האיי גאון ז"ל וז"ל בשער י"ג ראובן זבין חפץ לשמעון ואותו חפץ אצל לוי כיון שאמר לו ראובן ללוי אותו חפץ שיש לי אצלך תנהו לשמעון במעמד שלשתן קנה שמעון אבל אם הוא פקדון ביד שליש ונתברר לשליש ידיע' ברור' שקנאה זה המומחה עליו בממון שנתן למפקיד כגון זביניה כיון שקבל עליו השליש קנה מיד עכ"ל. ודמי זה להההיא דאמרו בירושלמי כתבו הטור בסי' קכ"ה דאם המקבל היה עני דכיון שאינו יכול לחזור בו משום דנעשה נד' הולך דידי' כזכי דמי ומתוך מ"ש נראה דלא דק מרן ב"י במ"ש בסי' ר' על דברי הרמב"ן ז"ל וז"ל נראה לי דלאו למימרא שצריך שיאמר לו זכי לפלוני אלא כיון שאמר לו פירות שברשותך תנם לפ' וקבל עליו לתתם לו קנה הלוקח ע"כ עוד כתב שם הגאון דאם לא נפל עינו של לוקח על המקח נהי דמוכר לא מצי הדר ביה מ"מ לוקח יכול לחזור בו כל שלא נראה בעיניו ע"כ ומשמע דאם כבר ראה לוקח המקח ואח"כ זיכה אות' ע"י אחר אף לוקח אינו יכול לחזור בו:

סימן ז

והיכא דנתן דמים לחבירו כדי שיתן לו חטים ואח"כ אמר לו המוכר ליתן בעד הדמים יין ונתרצו ביניהם ה"ז קנה לענין מי שפרע ואפילו ליתנהו המעות בעינייהו ולא חשיב מלוה כיון דמעיקרא נתן לו הדמים אדעתא שיתן לו חטים ואם לא נתן החטים צריך להחזיר המעות כמו שהם וכמ"ש הריטב"א בחידושיו בפרק הזהב דאע"פ שיש לו רשות למוכר לאישתמושי במעות מיהו כל שחזר המוכר המעות פקדון הם אצל מוכר וכיון שכן אפי' הוציאם המוכר חשיב כאלו איתנהו בעינייהו לענין שיוכל לומר חטים אין לי קח בעדם יין ונתרצה ה"ז קנה היין דלאו למלוה דמי וכמ"ש התוס' בפרק האשה רבה שהבאתי לעיל ועיין מ"ש בהלכות רבית גבי מתני' דחטים במנה יש אצלי ושוב ראיתי בספר ע"י שהביא משם הר"י ן' מיגאש שכתב כדברי. וכן נראה שהוא דעת הטור בסי' קצ"ט ומ"ש הב"י שם דהיינו טעמא משום דהוי מלתא דלא שכיח אוקמוה אדין תורה דבריו צ"ע דהא מדין תורה מלוה אינה קונה אלא היינו טעמא משום דכה"ג לא חשיב מלוה ועיין מ"ש הרשב"א ז"ל בחדושיו לקדושין דף נ"ט ד"ה אע"פ שנתאכלו המעות יע"ש ועיין מ"ש הרא"ש ז"ל בפ"ק דקדושין גבי ההיא דאמר אביי המקדש במלוה אינה מקודשת:

סימן ח

וישראל שקנה מטלטלים מהעובדי כוכבים מכי נתן דמים קנאם כיון דנהגו העובדי כוכבים להקנות בדמים כ"כ הרמב"ן ז"ל בתשובה סי' רכ"ה וכ"כ הטור. אבל אם מכר מטלטלין לעובדי כוכבים ועדיין לא משך אע"פ שנתן הדמים עדיין לא קנה לסברת ר"ת ז"ל ודעמיה ויכול הישראל לחזור בו דבתר דינא דאורייתא דיינינן לי' ונפקא מינה להיכא דאזל העובד כוכבים ואקנינהו להנהו מטלטלי לישראל אחר ועיין במהרש"ך ז"ל בח"ב סי' קט"ז דף פ"א ע"ב כנראה שלא ראה דברי הרמב"ן הנז'. ואף שכתב הרמב"ן ז"ל בסוף דבריו ז"ל ומכל מקום אף לכשתמצא לו' דבתר דינא דאורייתא שרינן להו וכו' יע"ש נראה דפשוט ליה מ"ש מעיקרא:

סימן ט

כתבו הראשונים ז"ל דהרוצה להקנות בהמה לעובד כוכבים כדי לפוטרה מהבכורה יקח ממנו את הדמים וג"כ שימשוך אותה העובד כוכבים לרשותו עכ"ל וצ"ע דל"ל כולי האי הא בשיתנה עם העובד כוכבי' שיקנה במשיכה או בדמים סגי כדמוכח בפרק ב' דבכורות גבי הלוקח גרוטאות מהעובדי כוכבים (א"ה ואפשר ליישב לפי מ"ש הרמב"ן ז"ל בתשו' הנז' וז"ל הצריך לנו ולרבי יוחנן דאמר לעמיתך בכסף ולעובד כוכבי' במשיכה

ישראל שנותן לעובד כוכבי' מעות בבהמתו פטורה דהא לא משך ואפילו נהגו לקנות בכסף מכל מקום ברשותיה דישראל לא קאי להתחייב בבכורה שהיא דאורייתא עד דמשיך כדינא דאורייתא עכ"ל):

סימן י

בשכירות מטלטלין אם נקנה בכסף נחלקו בו הראשונים ז"ל דרש"י והרשב"א ז"ל ס"ל דהוי כמכירה ואינו נקנה אלא במשיכה והרמב"ן והר"ן ז"ל ס"ל דנקנה במעות כיון דלא שייך למימר גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטך דהא לנפשיה טרח ומציל כמבואר בשיטת רב בצלאל בפרק השואל דף צ"ט יע"ש ופי' דלא פריך תלמודא אלא דמטלטלי לאו בני שטרא נינהו וה"ט משום דכיון דמטלטלין יכול להטמינם לא שייך בהו שטרא. אבל לפ"ז קשה הא דאמרינן בפ"ב דבכורות דישראל מעובדי כוכבים קונה מטלטלים בכסף מק"ו מגופו ופריך א"כ אפי' בשטר נמי והשתא מק"ל הלא מטלטלי לאו בני שטרא נינהו. וכן קשה מה שפי' רש"י במרובה דף ע"ט ע"ב וז"ל מיהו בשטר לא מיקנו מידי דדברים בעלמא נינהו כדאמרינן בהזהב דברים אין בהם משום מחוסרי אמנה עכ"ל והיינו טעמא דהוי דברים בעלמא כיון שהם עדיין ברשות המוכר:

סימן יא

מי שלקח חפץ ונתן הדמים ולא משך ואח"כ קידש הלוקח אשה באותו חפץ קודם שמשך. לכאורה נראה דאף דרבנן עקרו קנין מעות מ"מ במקום איסורא לא העמידו את דבריהם ונראה שכן מבואר ממ"ש רש"י ז"ל בסוגיין דהזהב וז"ל ונפקא מינה לענין איסורא כגון אם קידש את האשה לר' יוחנן הוו קידושין עכ"ל ולכאור' המובן מדבריו נרא' דאיירי בשקידש המוכר באותן דמים ולזה אמר דאע"ג דמדרבנן לא קנה מיהו כיון דמן התורה קנה במקום איסורא לא העמידו דבריהם. הן אמת דנרא' לפי זה דרש"י ז"ל ס"ל הפך סברת רוב הפוסקים שכתבו דאפי' דמעות אינם קונות מ"מ קמו זוזי ברשותי' דמוכר שהרי אדעתא דהכי נתנם לו לעשות בהם כל חפצו אלמא דאפי' במקום דליכא למיחש לאיסורא קמו זוזי ברשותיה דמוכר לכל דבר. (א"ה עיין בפרישׁ' בסי' קצ"ח שכתב על דברי הטור ז"ל ואם קידש וכו' נ"ל דמש"ה כתב זה ללמדנו דאף לאחר התקנה אם קידש אשה מקודשת דקנין מעות מהתור' לא זז ממקומו לענין קדושין דאיסור' הוא ולחומרא עכ"ל והטור בפי' כתב בסוף הסימן דיכול להוציאם דלפי זה מדינא מקודשת דשלו הם לכל דבר משעה שלקחם וכונת הטור לע"ד הוא לאפוקי סברת ר"ל). ועוד אפשר להבין דכונת רש"י ז"ל הוא היכא דהלוקח קידש באותו חפץ אשה קודם שמשך דאע"פ דחכמים הפקיעו קנייתו ולאו דידיה נינהו מ"מ כיון דמדאורייתא קנה ודידיה

הוי ה"ז מקודשת דלגבי איסורא לא הפקיעו חכמים קנייתו. ונראה שרש"י ז"ל למד זה מההיא דאמרו בסמוך ואף ר' נחמן סבר ד"ת מ"ק וכדקאמר לוי במתני' דנתנ' לסיטון הרי זה מעל אלמא דאע"ג דחכמים הפקיעו קנייתו אפ"ה לענין איסורא דמעיל' לא הפקיעו וכן כתב הרשב"א בש' ר"ב ז"ל ד"ה נתנה לבלן וז"ל וא"ת כיון דתקינו רבנן משיכ' ואמרו מעות אין קונות מאי קשיא לי' לר"י דמדינא לא מעל כיון דלא קנה וי"ל דלענין מעילה דאורייתא לא תקינו עכ"ל. הן אמת דלפי דברי התוס' ז"ל אין ראיה משם כלל דטעמא דהתם הוא דנהי דהפקיעו חכמים קנינו של לוקח לענין שלא קנה החפץ מ"מ לא הפקיעו קנינו של מוכר בדמים ומ"ה מעל עיין בדבריהם סוף פרק המפקיד ומדברי הרי"ף ז"ל והגאונים שהביא הטור בסי' קצ"ח נראה דהיינו טעמא דמוכר מצי לאישתמושי במעות משום דאדעתא דהכי נתנם לו:

ונראה לע"ד דאפי' תימא דרש"י ס"ל דאם קידש לאשה באותו חפץ קודם שמשך מקודשת מ"מ לאו כ"ע מודו בה דכיון דחכמים הפקיעו קניית הדמים כי קידש אשה נמי אינה מקודשת דהאי חפצא לאו דידי' הוי דהפקר ב"ד הפקר כדמשמע בפ' האשה רבה יע"ש ולא דמי לנתנה לסיטון דמעל וכמו שחילקו התוס' בפ"ב דע"ז דף ס"ג ע"א ד"ה והא מחסרא משיכ' דהתם קודם שיהי' אתנן עקרו חכמים הקני' ולא חל עלי' אח"כ איסור אתנן כלל משא"כ במעיל' דכבר היה קודש ומיד שנתן לסיטון מעל וכה"ג אין כח ביד חכמים להפקיע וכפי' הל"מ ז"ל והכא נמי כי יהיב דמים על המקח מקודם שקידש בהם את האשה עקרו חכמים קנייתו וכי יהיב אח"כ לקידושין לאו דידי' קא יהיב וכן כתב הריטב"א ז"ל בסוגין דהזהב על דברי רש"י וז"ל ואינו מחוור דכיון דמדרבנן אינן קונית הפקר ב"ד הפקר ואף לר' יוחנן אינה מקודשת למ"ד דלית לי' רשות להנפוקינהו עכ"ל. וראיתי להר"מ ז"ל בה' מעיל' פ"ו שדחה האי סוגיא דהכא ופסק דנתנה לסיטון לא מעל נראה דס"ל דכיון דחכמים עקרו קנית הדמים אע"ג דמן התור' הי' קונ' מ"מ עכשיו שתיקנו דלא ליקנו' יש בידם לעקור אפי' לענין איסורא וכבר כתבתי לעיל דהכי מוכח מאות' שאמרו בפ' השואל בשואל קורדום של הקדש דמעל חבירו מותר לבקע בו לכתחילה אלמא דהעמידו דבריהם אפי' בדאורייתא מדשרי לבקע בו לכתחל'. איברא דבה' תרומות פ"ט פסק ז"ל דאם לקח פרה מכהן ונתן את הדמים ועדין לא משך דאסור לכהן להאכיל' כרשיני תרומ' דמן התורה מעות קונות ולא אמרינן כבר עקרו חכמים קנין מעות ולישתרי להאכילה תרומ' וי"ל:

סימן יב

ראיתי שנחלקו רז"ל בישראל שיש בידו עבודת כוכבי' ומכרה לעובד כוכבי' דה"ר אלחנן ס"ל דאם מכרה לעובד כוכבים בהקפ' שהדמים מותרין ולא הוו חליפי עבודת כוכבי' ור"י ס"ל שאפי' לא מכר' לעובד כוכבי' בהקפ' אלא כיון שמשכ' אצלו קודם שיתן את הדמים דקי"ל משיכ' בעובדי כוכבי' קונה דהוי כמו בא עלי' ואח"כ נתן לה כמבואר בתוספות פ"ב דעבודת כוכבי' דף ס"ג והרמב"ן ז"ל חולק ע"ז ואמר דלא דמי לבא עליה ואח"כ נתן לה דהתם בשע' שנתן לה הטלה ליתי' הביאה בעולם והלכך לא חייל איסורא על הטל' אבל הכא דבשעה שנתן לו הדמים העבודת כוכבי' או י"נ איתי' בעולם ונתפס האיסור בדמים אלו דבריו ז"ל. והר"ן ז"ל השיב עליו דמה בכך ואף כי איתי' העבודת כוכבי' בעולם מ"מ אין ההתפס' תלוי' אלא בשעת יציאת כל דבר מרשות חבירו ובאות' שעה ראוי לחול האיסור על חליפיו אבל כל שקנה כבר העובד כוכבים העבודת כוכבים מקודם שיתן הדמים שוב אינו נתפס האיסור על הדמים עכ"ל. ואני הדיוט אומר איברא ודאי שכך הוא שאין ההתפס' תלוי' אלא בשעת יציאת כל דבר מרשות חבירו וכמ"ש הר"ן וזה אפשר במכר בהקפ' דמשע' שמשך העובד כוכבים קנה והדמים נעשו עליו מלוה דנמצא דאין לו לישראל אלא דמים הלכך כי יהיב ליה דמים אח"כ לאו דמי איסורא נינהו ודמי הלוא' היא דקא פרע ליה אבל במכר בסתם ליקח המעות מיד אע"פ שמשך העובד כוכבי' המקח עדיין לא נגמר הקנין לגמרי כל שלא נתן לו המעות דאי מסרב העובד כוכבי' ליתן הדמים והישראל עייל ונפיק אזוזי המקח בטל דאדעתא דהכי מכר כדי ליקח הדמים מיד לעשות חפציו אישתכח דבשעת נתינת הדמים נגמר המקח ודמים אלו שנתן דמי עבודת כוכבים. וכיוצא לזו כתבו התוס' בפ' האשה רבה דה"ט דמקדש את האשה לאחר ל' יום דהויא מקודשת ואפי' נתאכלו המעות משום דלא גמר גמר הקנין עד שעת קדושין דאי הדר' בה צריכה להחזיר המעות כמות שהם בעינו דאדעתא דקדושין יהיב לה מעיקרא וחשיב כאלו נתן לה השתא ולכאורה הכי נראה למידק משמעתין דלקמן דף ע"א גבי פלוגתא דמשיכה בעובדי כוכבים אי קונה דמיתיב לה מההיא דא"ל רב להנהו סכוותיה, כי כיליתו חמרא לעובדי כוכבים שקילו זוזי מינייהו והדר כיליתו להו ואי לא שקילו זוזי בהדייהו אוזפינהו דכי לא עבדיתו הכי כי קא הוי י"נ ברשותייכו הוי וכי שקליתו דמי י"נ קא שקליתו ואי ס"ד משיכה בגוי קונה מדמשכה עובד כוכבים קניה יין נסך לא הוי עד דנגע ביה ומוקי לה בדכייל ורמי למנא דעובדי כוכבים. והשתא איכא למידק דאי ס"ל משיכה בעובדי כוכבים קונה היכי קא"ל רב אי לא עבדיתו הכי כי שקליתו דמי יין נסך קא שקליתו והלא משעה שמשכו העובד כוכבים קנו וכי שקלי

דמים לאו דמי יין נסך הוו וכל הפוסקים ז"ל נראה שהבינו דר"י איירי דלא מכר בהקפ' ונהי דאסור לעשות כן לכתחלה למיהב להו יין נסך כדי ליקח מהם הדמים מ"מ כל שעבר ועשה לאו דמי י"נ הוו לפי סברת ר"י:

וראיתי להרא"ש ז"ל שם בפסקיו שאע"פ שפסק כדברי ר"י דאם משך העובד כוכבים עבודת כוכבים ואחר כך נתן דמים דלא הוו חליפי ע"ז כוכבי' ומזלות כתב דדוקא לאחרי' מותרים הדמים אבל למחליף עצמו אסור ליהנות מהם ולפי זה לא ק"מ. אבל מדברי הר"ן ז"ל נראה דאפילו למחליף עצמו שרי. וכן נראה מפסק הב"י בש"ע בסי' קמ"ד שכתב סתם שאם מכר יין נסך ועבודת כוכבים לעובדי כוכבים ומכרה לאחר קודם שיפרע לזה הישראל הדמים מותרים בדיעבד ע"כ. ונראה דמ"ש מותרים בדיעבד ר"ל דלא שרי ליקח הדמים מיד עובדי כוכבים לכתחלה ואע"פ שאינם דמי עבוד' כוכבים. וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל בפ"י מהלכות אסורות גבי ישראל ועובדי כוכבים שהיו שותפין בנטיעה אם התנו בתחל' מותר ואם לא התנו אסור משמע מדבריו דבסתמא שאכל העובד כוכבים שני ערלה אסור לישראל לאכול אח"כ שני ההיתר משום דהוי כחליפי ערלה ואע"ג דאיהו גופיה כתב בפ"ח דאם עבר ומכר דברים האסורים בהנאה הדמים מותרים וע"כ צריך לחלק ולומר דהא דשרו הדמים היינו לאחר שבאו לידו אבל אם עדיין לא לקחם אסור ליקח אותם וכ"נ מתשובת הרשב"א ז"ל שהביא הטור בא"ח סי' ת"ן:

ואם נתן העובד כוכבי' לישראל את הדמי' ואח"כ משך העובד כוכבי' העבוד' כוכבים או היין נסך לכאור' נראה דבכה"ג הדמים אסורים ול"מ למ"ד דעובד כוכבים קונה בכסף דהא ודאי מכי שקיל ישראל הכסף קנה העובד כוכבים עבודת כוכבים וי"ל והוי חליפי העבודת כוכבים ממש אלא אפילו למ"ד משיכה בעובדי כוכבים קונה נראה דבכה"ג אסור כנראה מדברי ר"י הנז'. וכן כתב הטור בפי' בסי' קל"ב וכן נראה ממ"ש התוס' ז"ל בפ"ב דעבודת כוכבים דף ע"א בד"ה שקולו זוזי מינייהו והדר כיילו להו. איברא דמדברי הרשב"א ז"ל נראה דאף בכה"ג שרי שכתב בספר ת"ה גבי ההיא דאסור לומר לפועליו צאו ושתו י"נ ואני פורע דמוקי לה תלמודא דאיירי כשהקדים דינר לחנוני וז"ל וכי הקדים לו דינר מאי הוי מדיהביה ניהליה קנייה עובד כוכבים דסתמא דמלתא לאפוקי יהביה ניהליה ובשעת נתינת המעות ליכא איסורא דהא לא שקיל יין נסך וכי שקלי פועלים יין נסך ליתיה דינר דישראל ולאו דמי י"נ הוא וה"ל כנתן לה טלה באתננה ואחר כך בא עליה דאתננה מותר ולפיכך תירץ דכל הנותן דינר לחנוני שאינו יודע כמה יטלו פועליו לאו להוציאו הקדימו אלא דליהוי גביה עד שיתן יין לפועליו אבל הנותן על דבר קצוב מדיהביה ניהלי' קנייה עכ"ד. אבל לע"ד אנ"כ דנהי דסתמא דמלתא כל המקדים מעות

למוכר אדעתא דהכי הוי שיוכל להוציאם מעכשיו ומטעם זה חייב המוכר באחריותם כמו שכתב הרי"ף ז"ל בפר' הזהב מיהו נראה דאם לא נתקיים המקח והדר ביה מוכר מלמיהב המקח המעות חוזרין בעינייהו וגזל הוא בידם אם לא יחזירם דאדעתא דהכי יהבם לוקח כי היכי דלוקים ליה מקחו ומה"ט כתב הרי"ף ז"ל דאי הדר ביה מוכר וקביל מי שפרע תו אינם עומדים ברשותו של מוכר. ועפ"ז נתיישב לי מאי דהוה ק"ל על הרי"ף דמאחר דס"ל דכיון דמעיקרא אדעתא להוציאם קיבלם הוו הלואה גבי' אם כן כי נמי אמר ליה תא שקול זוזך אחר קבלת מי שפרע היאך נפטר מאחריותם עד שיעשה השבה גמורה כדין כל מלוה ולפי מ"ש ניחא דאף על גב דאדעתא דהכי קיבלם כדי לאפוקינהו ומטעם זה חייב באחריותם מ"מ לא נתנם הלוקח מעיקרא אלא ע"מ שישלים לו מקחו וכל שאינו רוצה להשלים לו מקחו ה"ז חייב להחזיר ללוקח מעותיו כמות שהם ולא מצי לומר ליה אפרע לך ממקום אחר וכ"כ הריטב"א בחידושיו שם. וכיון דקניית ישראל בדמים תלוי בקיומו של מקח הרי אלו דמי כוכבי' ומזלו' וכאלו נתן לו הדמים עכשיו דמי וכמ"ש התוס' בפרק האשה רבה דף צ"ג דהא דמקודשת ואפי' נתאכלו המעות משום דחשיב כל שעה כאלו הם בעין ואם לא נעשה הקנין מוטל עליו להחזירם ולפי זה נראה דלא קשה מידי ממה שהקשה דכי הקדים לו דינר מאי הוי כאמור. וכן נראה לי לדקדק משמעתין גופא דנתן לה ואחר כך בא עליה דקאמר אי דאמר לה קני מעכשיו פשיטא דשרי דהא ליתיה בשעת ביאה אלמא דאע"ג דאמר לה קני מעכשיו אפי' הכי אי איתיה בעיניה בשעת ביאה חל עלי' איסור אתנן וה"ט משום דלא נגמרה המתנ' אלא בשעה שבא עליה שהרי על תנאי ביאה נתנו לה ואם תחזור בה צריכה להחזירה בעיניה:

ומה שהביא הרב ז"ל ראיה מההיא דאקשינן לרב אשי דאמר משיכה בעובד כוכבים אינה קונה ממתני' דהמוכר יינו לעובדי כוכבים פסק עד שלא מדד דמיו מותרים ופריק בשהקדים לו דינר ג"כ אינה ראיה דהא למ"ד משיכה בעובדי כוכבים אינה קונה ע"כ אית ליה מעות קונות וכיון שקנה העובד כוכבים תו ליכא למיחש מידי ול"ד לנתן טלה ואחר כך בא עליה דבשעה שנתן את הטלה עדיין לא קנה שום דבר. ולפי דברינו נראה דבנ"ד אפילו אמר לו העובד כוכבים המעות יהיו שלך מעכשיו אפ"ה הדמים אסורים דהא אפי' בסתם לאפוקינהו יהבינהו ניהלי' ואפ"ה אסורים. וכן נראה מההיא דנתן לה ואח"כ בא עלי' דמוקי לה תלמודא בדאמר לה מעכשיו וקדמה והקריבתו ועיין מ"ש התוס' בפ"ב דעבודת כוכבי' דף ע"א בדבור הנז"ל:

סימן יג

פחות מבן עשרים שמכר קרקע מירושת אביו ונתן הקונה המעות כדי לקנות בו הקרקע לאחר שיבא לכלל עשרים ונשבע המוכר לקיים המקח. לכאורה נראה דבכה"ג קנה הלוקח מיד לאחר עשרים ואפי' שנתאכלו המעות מקודם דהרי זה דומה לאומר לאשה התקדשי לי לאחר ל' יום מקודשת ואפילו אם נתאכלו המעות וכ"ת התם שאני משום דבידו לקדשה מעכשיו מה שאין כן בנ"ד הא ליתא דבפ' ב"ש גבי קטנה שנתקדשה וגדלה דאמר רב דגדלי קדושיה עמה כתב הנ"י בשם הרשב"א דמקודשת היא במעות שקבלה בעודה קטנה דהוי כאלו אמר לה התקדשי לי לאחר שתגדלי דמקודשת ואפי' נתאכלו המעות באותה השעבוד שנשתעבדה ע"כ ועדין נראה שאין מכאן ראיה לנ"ד כמבואר. שוב ראיתי שדבר זה היא פלוגתא דרב ושמואל בפרק יש בכור והתוס' ואור זרוע פסקו כשמואל וכתב הבת"ה שכן נראה עיקר לפי הגירסא שלנו דקאמר שם והלכתא כותיה דשמואל והריטב"א ז"ל ג"כ הכי ס"ל בפ"ק דמציעא. ומיהו אפילו לדבריהם בנ"ד כל שנשתמש זה בבית לאחר כ' שנה וראה המוכר ושתק הרי זה קנאו בחזקה ואע"פ שלא אמר לו המוכר לך חזק וקני כאלו אמר ליה דניחא ליה דליקום בהימנותי' ותדע דהא במוכר מירושת אביו אמרו טעמא בפ"ק דמציעא דף ט"ז דה"ט דלא קני משום דלא סמכא דעתיה דלוקח משום שאינו בידו של מוכר דמי יימר שירש מאביו כלום שמא ימכור אביו נכסיו בחייו הא כל היכא דאיהו בידיה דמוכר ודאי סמכא דעתיה וקונה אותו בחזקה שמשתמש השתא וכמ"ש התוספות והריטב"א ז"ל שם גבי ההיא דבעי התם במאי קני ליה בהאי שטרא וכו' והרמב"ם ז"ל בפכ"ט מה' מכירה כתב שנ"ל שאפילו קטן שמכר קרקע ונעשה בן עשרים ולא מיחה אינו יכול לחזור בו שכיון שלקח המעות ונשתמש הלוקח בקרקע זו לפניו כשהוא בן עשרים נתקיימה ביד הלוקח שהרי רצה בממכרו ולע"ד נראה שאפילו החולקים על הרמב"ם ז"ל בנ"ד כ"ע יודו והוא בהקדים מ"ש המפרשים שם בשמעתין דאותיב לי' לרב מההיא דמה שירש מאבא דלא עשה כלום ומאי קושיא ירושה שאני משום דאתיא ממילא ותירצו דהכא שאני כיון דאמר ליה בשעת המכר מה שאירש מאבא מכור לך הרי הבטיחו שיזכה בה לאחר שירשנו והרי מאמינו עכ"ד וכמו כן בנ"ד הרי. הבטיחו שיזכה בה לאחר עשרים שנה והרי האמינו וכל שכן זה שנשבע:

סימן יד

מי שמכר לחברו שוה מנה קרקע או מטלטלין בדינר לכאורה נראה דכה"ג אין מעות קונות דזה הוי כעין חליפין וכן היה נראה קצת ממ"ש התוס' בפרק הזהב דף מ"ו ע"ב

ד"ה ולר' נחמן יע"ש ועיין בתשו' הרשב"א שהביא הב"י בח"מ סי' י"ב ועיין מ"ש התוס' בפ"ב דע"ז דף ע"א סוף ד"ה רב אשי אמר משיכה בעובדי כוכבים אינה קונה יע"ש. (א"ה עיין מ"ש רבינו לקמן בהלכות אונאה):

אם נתן הדמים על דבר שלא בא לעולם ונתחייב המוכר בלשון חיוב לתת לו אותו דבר ה"ז נתחייב בנטילת הדמים. כן נ"ל ממ"ש הרמב"ן בתשו' סי' רכ"ה:

סימן טו

שייך לקנין משיכה

מי שלקח מקח מחברו והגביה אותם הלוקח ע"י פועלים עובדי כוכבים והניחוה בחא"ן אי קנאה הלוקח מי אמרינן כיון דהפועלים הם עובדי כוכבים אינם יכולים לקנות לישראל ואפילו בפועלי' ישראלים איכא לספוקי מכיון דאין הפועלים מכוונים לזכות ללוקח והוי כאותם שכתב הטור סי' הע"ר דאם היה בונה ע"י פועלים הרי זה לא קנה דאין הפועלים מכוונים לזכות לבע"ה:

ואיברא דבנ"ד אם היו הפועלים ישראלים קנה הלוקח מיד שהגביהו הפועלים את השקים אע"פ שלא נתכוונו הם לקנות ללוקח מכיון דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן דעת קונה וכדכתב הרשב"א בחי' פ"ב דגיטין גבי זקן שאני דידע לאקנויי אבל היכא דהוו הפועלים עובדי כוכבים בהא איכא למיבעי' דכיון דעובדי כוכבים נינהו ואין ידם כיד ישראל הגבהה דידהו נמי לא חשיב כאלו הגביה הישראל או דלמא שאני פועלים דידם כיד בע"ה וכדאמרינן פ"ק דמציעא דף י' דאפילו למאן דאמר המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו ואפילו עשהו שליח פועל שאני משום דידו כיד בע"ה. וכיוצא לזה ראיתי להרשב"א בחי' למסכת קדושין דף י"ט בההיא דאומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קדושיך שהקשו הראשונים והיאך היא מתקדשת דזו זוכה לאחרים הוא דהא כסף קדושיה לאביה וקי"ל דאין קטן זוכה לאחרים ותירץ הרשב"א לחד תירוצא דאיכא למימר דידה כיד אביה לזכות לו היכא דאיכא דעת אחרת מקנה דלא גרע מחצרו דקונה לו שלא מדעתו:

הן אמת דהרשב"א דקדק בהא משום דהוי חצר המהלכת ולע"ד נתקשתי בדבריו אמאי איצטריך לאתויי לה מדין חצר כדי דתקשי ליה דהוי חצר המהלכת ואמאי לא מייתי לה מדין יד דידה כיד אביה כדאמרי' פ"ב דקדושין דף מ"ד ע"ב וכמו דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו ה"ה נמי בידו שיזכה לו שלא מדעתו כיון דאיכא דעת אחרת מקנה. וכ"ת הא לא הוי דומיא דידה דמה ידה בסמוכה לה בעינן כדאמרינן בריש פרק הזורק דאיכא למימר כמ"ש הר"ן והביאו הב"י פ"ק דמציעא דכל שהוא משתמר למי שהוא

זכות לו כידו הוא ויד אריכתא היא יע"ש אם לא שנאמר דלא אמרינן הכי אלא בנערה דידה כיד אביה וכידא אריכתא דמי אבל קטנה אף דיודעת לשמור לענין זה לא הוי כיד אביה לומר דידה כיד אביה וכידא אריכתא דמי:

ולענין נדון דידן עדיין נראה דאף דיד פועלים כיד בע"ה מכל מקום הוי כחצר המהלכת ועיין בפ"ב דגטין דף כ"א ע"א ובפרק הזורק דף ע"ח גבי מאי דאמר רבא התם כתב לה גט ונתנו ביד עבדה יע"ש. אבל עדיין יש לצדד דבמ"א כתבתי דכל מידי דאם עשהו שלא מדעת בעלים כגון עשיית מעקה או איזה פעולה הרי הוא עשוי בכה"ג לא אימעיט עובדי כוכבים משליחות דכי אימעיט עובדי כוכבים משליחות היינו במידי דבעינן שליחות ואם עשהו שלא מדעת בע"ה אין מעשיו כלום עד שיעשנו שלוחו או ידעינן דניחא ליה לבע"ה בכך דחשיב כאלו הוא עצמו עשהו שליח לכך אבל במידי דלא בעינן שליחות כגון מי שאמר לעובד כוכבים לעשות לו מעקה ועשהו הרי מה שעשה עשוי וכיוצא לזו כתב הרשב"א בתשו' ועיין במהרשד"ם בח"מ סי' שע"ו שכתב ז"ל ועל הספק הג' אי מיקרי חזקה מה שפרע לחופרים גם זה פשיטא לי דהוי חזקה גמורה כי מה לי חפר הוא ומה לי חפרו הם בשבילו ואפי' שהעובד כוכבים לאו בר שליחות כלל לא מתורת שליחות אני אומר וכו' יע"ש ועדיין אין ראיה גמורה לנ"ד כמבואר:

הלכות קנין חצר

סימן א

חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו צ"ל מאיזה דין הוא דבפ"ק דמציעא דף י"א מסיק דכ"ע חצר לענין גט משום יד אתרבאי וכי פליגי לענין מציאה דמר סבר ילפינן מציאה מגט דגבי מציאה נמי חצר מדין יד אתי וכי היכי דאית לה יד. אית לה נמי חצר ומר סבר לא ילפי' מציאה מגט וגבי ממונא חצר מאם המצא אתרבאי ואיכא למימר דשליחות הוא ואין שליחות לקטן כ"נ מפירוש רש"י ז"ל. ולפי פירושו נראה דמאי דמסיק בתר הכי ואמר דילפי' ממונא מאיסור' גבי ממונא נמי חצר משום יד איתרבאי וההיא דאם המצא תמצא נמי משום יד הוא ולא משום שליחות. ולפי זה לא צריכנא השתא לשינויי דלעיל דרבינא ורב סמא. איברא דלפ"ז צריך להבין אמאי לא ילפינן קטן מקטנה דכי היכי דקטנה אית לה יד ואית לה חצר ה"נ קטן כיון דאית ליה יד כשדעת אחרת מקנה אמאי לית ליה חצר כיון דחצר משום יד איתרבאי. וראיתי להרב בעל נמוקי יוסף שהרגיש בזה ופירש דמאי דקטן אית ליה יד כשדעת אחרת מקנה היינו מתקנתא דרבנן ורבנן לא תקינו ליה אלא במה שתופס בידו דוקא אבל חצר והד' אמות לא תקינו אלו דבריו ז"ל.

אבל לע"ד אינו עולה יפה דהלא בפרק התקבל מוכח בהדיא שם דכל דאיכא דעת אחרת יש לו לקטן זכיה מן התורה וכן כתבו התוס' בכמה מקומות וכן כתב הרמב"ם ז"ל פ"ח מהלכות לולב דקטן זוכה מן התורה כשדעת אחרת מקנה אותו. והראב"ד ז"ל בהשגות בפכ"ט מהלכות מכירה פירש דמאי דאמרי' דקטן אין לו חצר היינו דוקא לענין מציאה דלית בה דעת אחרת מקנה אבל לענין מתנה דאית בה דעת אחרת מקנה יש לו חצר ויש לו הד' אמות. ונראה דהכריחו לפרש כן משום דהוה ק"ל מה שהקשינו לעיל דכיון דקטן יש לו יד כשדעת אחרת מקנה אמאי לית ליה חצר כיון דחצר משום יד איתרבאי ומשום הכי פירש דמאי דאמרינן דאין לו חצר היינו דוקא כשאין דעת אחרת מקנה אבל במתנה דאית בה דעת אחרת מקנה כי היכי דאית ליה יד אית ליה נמי חצר ומתוך דבריו אלו ילפינן דס"ל דחצר דגברא נמי מדין יד קאתי (א"ה דברים אלו לא ירדתי לעומקם דהלא בקטנה ג"כ לא מצינו דאית לה יד אלא בגט דאיכא דעת אחרת מקנה ואפי' הכי ילפינן מציאה מגט וא"כ בקטן נמי ראוי הוא לומר כן) וכן נראה מדברי התוס' בפרק חזקת הבתים דף ד"ן שכתבו בד"ה ז"ל אדעתא דציבי לא קני אין להקשות אף על גב דאין דעתיה אשטרא אמאי אין ידו קונה לו שלא מדעתו כמו חצרו דחצר מדין יד איתרבאי עכ"ל. וכן נראה מדברי הטור בח"מ ס' ר' שכתב דאם היו הפירות מופקדים אצל אחרים וא"ל המוכר תנם ללוקח זכה ללוקח אפי' באמירה בעלמא דחצרו כידו והרי הוא יכול לזכות לאחרים בשל אחרים. נראה מדבריו אלו דחצר משום יד אתרבאי דאלו ס"ל דחצר משום שליחות אתרבאי א"כ היכי זכי חצרו של נפקד ללוקח דלא מצינו לומר שאם היו הפירות בידו של שליח הנפקד ואמר הנפקד תזכי לי שלוחי במה שיש בידו ללוקח שיזכה הלוקח הגע עצמך אם עשה הלוקח שליח כדי שיזכה לו מידו של מוכר והלך השליח ועשה שליח אחר כדי שיזכה ללוקח מי מהני דנראה דלא מהני דהוו מילי ומילי לא מימסרן לשליח ומשום הכי כתב הרמ"ה והביאו הטור בא"ה דשליח קבלה לא מצי לשויי שליח ואפי' למאי דפליג הטור שם וס"ל דמצי לשויי שליח היינו דוקא משום דהשליח השני נעשה שלוחו של האשה השולחת והיא צותה לשויי שליח אבל הכא גבי חצר דליכא למימר דנעשה החצר שלוחו של לוקח שהרי אין החצר שלו ואין הנפקד יכול לומר תזכי לי שלוחי ללוקח דאי אפשר לחצר להיות שלוחו של לוקח אלא שלוחו של נפקד שהוא בעליו ובכי האי גוונא ודאי הוו מילי ומילי לא מימסרן לשליח. אלא ע"כ צ"ל דס"ל לטור דחצר דגברא משום יד נמי קאתי וכן מוכח מדבריו שכתב דחצרו כידו והטור א"ה סי' ק"ס כתב דאם נתן הגט בחצר של שליח קבלה דהוי גט ולטעמיה

אזיל דחצר מדין יד קאתי אם לא שנאמר דגבי גט שאני דשלוחו הרי הוא כדידה ומה דידה חצר מדין יד אתי וצ"ע:

אבל דעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל בפ"ק דמציעא מוכח בהדיא דחצר דגברא לא אתי מדין יד אלא מדין שליחות והשתא אתי שפיר דקטן אין לו חצר כלל ואף על גב דאית ליה יד כשדעת אחרת מקנה אותו משום דחצר דגברא מדין שליחות דוקא קאתי ומ"ש שם תלמודא דף י"א חצר משום יד איתרבאי ולא גרע משליחות אחצר דאשה קאי והכי קאמר אע"ג דחצר דאשה משום יד איתרבאי ולא קני אלא בעומדת בצדה היינו דוקא גבי גט דחוב הוא לה אבל גבי מתנה דזכות הוא לה קנתה לה חצרה מדין שליחות ואע"פ שאינה עומדת בצדה. ועל פי זה ילפי' דדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל דברשות המופקדים אצלו דלא קנה הלוקח ואע"פ שקבל עליו הנפקד עד שיוציאם מרשותו וכ"כ הב"י שם. ולמדנו ג"כ דמ"ש הטור דאם קבל הנפקד דקנה הלוקח ברשות, הנפקד ה"ד כשהנפקד עומד בצד חצרו בשעת הזכיה דאז חצרו דומה לידו כיון דסמוך לו אבל אם אין הנפקד עומד אצל חצרו בשעת הזכיה לא קנה הלוקח דכל שאינו בצד חצרו א"א לחצר לזכות מדין יד וכן מבואר בסוגיא דוק שם. איברא דלפי זה קשה על הרא"ש ז"ל דהוא פסק בפ"ק דמציעא כסברת הרי"ף ז"ל דחצר דגברא משום שליחות איתרבאי ולא מדין יד א"כ היכי פסק להיא דרשות המופקדים אצלו דמהני דלכאורה נראה דההיא לא הוי אלא למאן דס"ל דחצר נמי אתי משום יד ולפי מ"ש דדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל וברשות המופקדים אצלו לא מהני שיאמר הנפקד תזכי חצרי לפ' שאין חצרו של זה נעשה שליח לאחר אתי שפיר מה שהקשו הראשונים אמאי איצטריכו למעמד שלשתן כיון דקי"ל דתן כזכי כי א"ל תנם לפ' הרי זכה הנפקד לאותו אחר. וליישב מה שהקשתי על הרא"ש ז"ל דהיאך מהני קבלת הנפקד שיזכה חצרו ללוקח והלא. חצר אינו זוכה אלא מטעם שליחות ואין חצרו של נפקד נעשה שליח של קונה ובשלמא לדעת התוס' ז"ל שכתבו דחצר קונה מדין יד אתי שפיר דהנפקד אומר תזכי חצרי ללוקח משום דחצרו כידו וכמ"ש הרמב"ן ז"ל נראה לע"ד דהכא שכבר היו מופקדים אצל נפקד לאחריותו חשיבי כאלו גם בידו של נפקד ועיין בירושלמי בפרק הזורק:

סימן ב

וחצר שאינה משתמרת כתב הרמב"ם ז"ל דלא קנה עד שיהא עומד בצדו ויאמר זכתה לי שדי. וצ"ל דהרי כל שעומד בצדו הוי חצר המשתמרת כדמשמע בגמרא ואם כן ל"ל שיאמר תזכה לי חצרי מ"ש מהיכא דהוי חצר המשתמרת דקונה אפי' שלא מדעתו. (א"ה עיין בחי' זקנים מ"ש בזה) הן אמת דשמעתין דפרק השואל דף ק"ב מוכח כדבריו דמוקי

שם ברייתא דהאומר כל מציאות שיבאו היום לחצרי תזכה לי חצרי דלא אמר כלום דאיירי בחצר שאינה משתמרת ואותביה ליה מסיפא דקתני ואם יצא לו שם מציאה בעיר דבריו קיימים ומשני כיון דיצא לו שם מציאה מיבדל בדילי אינשי מיניה והוי כחצר המשתמרת ומדקתני דבריו קיימין משמע דמאי דקנה אינו אלא משום דאמר תזכה לי חצרי הא לאו הכי לא קנה ואע"ג דמיבדל בדילי אינשי מיניה והוי חצר משתמרת אלא משמע דכל שאין החצר משתמרת מצד עצמו ממש לא קנה עד שיאמר תזכה לי חצרי ונראה דהיינו טעמא דכיון דהרי"ף והרמב"ם ז"ל ס"ל דחצר דגברא לאו מדין יד קאתי אלא מדין שליחות הלכך ס"ל דכל שאינו משתמר ממש מצד עצמו אינו נעשה שליח עד שיעשנו שליח ועיין בספר התרומות סוף שער מ"ט וכ"כ הרא"ש בסוגיין הנז' דלא קנה עד שיאמר תזכה לי חצרי משום דלא הוי חצר המשתמרת ממש. אבל דעת הרא"ש והרשב"א וקצת מן המפרשים ז"ל דכל שעומד בצדו סגי ולא בעינן שיאמר זכתה לי שדי ומשמע מדבריהם דאפילו שלא מדעתו קני ליה כל שעומד בצדו וכל זה במציאה דליכא דעת אחרת אבל בדאיכא דעת אחרת מקנה אפי' אינו עומד בצדו זכתה לו חצרו כיון שמשתמר לדעת הנותן כן כתב הטור בסי' רמ"ג:

איברא דממה שכתב הטור בסי' ר' אין נראה כן שכתב שם וחצרו קונה ללוקח אם הוא משתמר שם ובטור א"ה סי' ל' כתב זרק לה קדושיה בתוך חצרה המשתמרת. משמע דאפילו דאית ביה דעת אחרת מקנה בעינן חצר המשתמרת. ולכאור' נראה דבריו סותרים אלו את אלו. אבל כד דייקינן שפיר לא קשה מידי דע"כ לא אמרינן דלא בעינן חצר המשתמרת לדעת המקבל אלא במתנה דכיון דאתיא ליה בחנם דעת המקבל מסכמת לשמירת הנותן מה שאין כן לענין קדושין ומקח וממכר. וכן נראה מהגהת מרדכי שכתב ז"ל אם מקנה אדם פירות שהם ברשותו והקנה לו את מקומם ואין הפסק בין אותם פירות לפירות של בע"ה לא קנה דהוי חצר שאינה משתמרת ומיהו במתנה קני משום דדעת אחרת מקנה אותם ע"כ והרב בעל ש"ך לא הבין כן והנכון כמ"ש וזהו שכתב הטור בא"ה בסי' הנז"ל דאם זרק לה קדושיה לתוך חצרה והיא משתמרת לדעתה:

סימן ג

ראובן קנה חפץ משמעון והניחו לו שמעון בבית לוי שהוא ביתו של ראובן המושכרת ללוי אם קנה ראובן מדין חצרו. לכאורה נראה דדבר זה במחלוקת שנוי דהרמב"ם ז"ל בהל' שכירות פ"ו כתב הזבל שבחצר אם הבהמות של אחרים הזבל של בעל החצר שחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו אע"פ שהיא שכורה ביד אחרים והראב"ד ז"ל השיג עליו וכתב דאי אגירא ליה לשוכר כדידיה דמי וקניא ליה מידי דהוה אשוכר את

מקומן עכ"ד. ואל תקשה לך מ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ג מהלכות מכירה ז"ל לפיכך אם היה ביתו של לוקח מושכר למוכר לא תקינו חכמים משיכה שהרי המקח ברשות הלוקח ומשנתן את הדמים נקנה המקח ע"כ ולפי דעת הרמב"ם ז"ל אמאי צריך נתינת הדמים בלא דמים תקנה ליה רשותו ואע"פ שהוא מושכר ביד אחרים וכמ"ש כאן לאו קושיא היא דכל הקנאה בעינן הוצאה מרשות לרשות והכא כיון שהיא שכורה ללוקח עדיין לא יצאו מרשותו אבל כשהם ברשות מוכר והשכיר לו מקומן כבר יצאו מרשות מוכר לרשות לוקח כיון שהקרקע יצא מרשותו לחצאים לקנין פירותיו וראיתי למהרי"ט ז"ל בח"א סי' ס"ה שהבין שאפילו אם היתה ביתו של לוקח מושכר למוכר קנה הלוקח החפץ מדין חצר לדעת הרמב"ם ז"ל. ולע"ד אין נראה כן כמ"ש ומדברי המגיד ז"ל בפרק ג' מהלכות מכירה נראה דבכה"ג לא פסיקא ליה מלתא ומדברי הרב בעל כסף משנה שם נרא' דבכה"ג פשיטא ליה דאף להרמב"ם ז"ל לא קנה:

סימן ד

וכל היכא דאיהו לא מצי זכי חצרו נמי לא זכה ליה לפיכך האפרוחים שיש בשובך לא קנה אותם בעל השובך כ"ז שלא הוגבהה האם מעליהם. כך מבואר בסוף פרק השואל וכתב הריטב"א ז"ל בחידושיו די"מ דהא דלא קנה אותם בעל השובך היינו שלא מדעתו משום דסתמא איסורא לא ניחא ליה דליקני ליה חצרו אבל אם גילה דעתו דליקני ליה קנה והוא ז"ל כתב דאפילו גילה דעתו לא קנה ליה כיון דאיהו לא מצי זכי וכתב שכן עיקר ואע"ג דאשכחן דחצרו קונה לו הגניבה כמבואר פ"ק דמציעא בגניבה בלחוד הוא דרבי רחמנא לחייבו בכפל ע"י חצרו עכ"ד ולע"ד נראה כדבריו מההיא עובדא דלוי בר סיסין דפרק שילוח הקן דאקנינהו לפירות שובכו לר"י ואתא לקמיה דשמואל וא"ל זיל טרוף הקן דלגבהו ונקנינהו לוי בר סיסין והדר ניקנינהו ניהלך. אלמא דאע"ג דלוי בר סיסין גלי דעתיה שרצה לקנותם מדאקנינהו לר' יהודה ואפ"ה א"ל זיל טרוף הקן דעדין לוי גופיה לא קנינהו. איברא דצ"ל בהיכא דעבר וזכה בבצים קודם שעמד' האם מעליהם אי זכה בהם ואיסורא דעבד עבד אי נימא דזכה בהם א"כ חצרו נמי כל שגילה דעתו שרצונו שתזכה לו אמאי לא קנה דהא חצרו כידו (ולמ"ד דחצר לא אתי אלא משום שליחות דוקא אתי שפיר דאין שליח לד"ע זולת בגניבה וכמו שכתב הריטב"א) ואי נימא דאפי' נטלם בידו מחמת האם כיון דלא מצי עביד לא זכה בהם דכל מילתא דאמרו לא תעביד אי עביד לא מהני א"כ אמאי איצטריך הריטב"א לדחוקי נפשיה ולומר דשאני גניבה ובלאו הכי לא קשה מידי דשאני התם דאי עבר הוא ונטל בידו זכה בגניבה ומשום הכי חצירו נמי קנה ליה משא"כ הכא ולא עדיף חצרו ממשלחו. וראיתי להרמב"ם ז"ל

בפכ"ג מהלכות מכירה שכתב וז"ל האפרוחים לא קנה בעל השובך כל זמן שלא עמדה האם מעליהם ודבר זה גזירת חכמים הוא ומשום לא תקח האם על הבנים נגעו בה עכ"ל ויש לדקדק בדבריו דנרא' דמה שלא קנה לו חצירו הוא מגזירת חכמים שאמרו שלא תקנה לו וזה אינו דהלא חכמים לא אסרו אלא שלא יטלם בידו אבל שלא יזכה לו חצירו לא הוי משום גזירה אלא ה"ט משום דכיון דאיהו לא מצי לזכות חצירו נמי לא קנה ליה וכמו שכתב הוא ז"ל בה' שחיטה והי' אפשר לומר דמה שכתב ודבר זה משום גזירת חכמים לאו אקניית החצר קאי אלא אעיקרא דמילתא קאמר דאיהו לא מצי לזכות בהם משום גזרת חכמים:

סימן ה

מי שנפלו מעות בביתו של חבירו ומצאם חבירו אחר שנתייאשו הבעלים אי זכה בהם. ראיתי להרמב"ם ז"ל פט"ז מה' גזילה שכתב וז"ל המוצא מעות בחנות ומן התיבה ולחוץ הרי אלו של מוצאן ולמה לא תקנה החנות לבעליה לפי שאינה חצר המשתמרת ע"כ אבל הראב"ד ז"ל פי' דה"ט לא קנה לפי שבאה לו המציאה קודם יאוש וחצירו כידו וכן הוא דעת הרשב"א והר"ן ורצו לו' משום דבאיסורא אתא לידיה כמבואר בנ"י אבל הרמב"ם נרא' דס"ל דבחצר לא שייך לומר דבאיסורא אתא לידיה ולא אמרו הכי אלא כשבאו לידו דוקא דמשעה שבאו לידו נתחייב בהשבה והוי שומר שכר דבעליהם ונמצא דברשותו קיימא שהרי ידו של זה כיד הבעלים הלכך לעולם אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלים. משא"כ כשנפלה בחצר דעדיין לא נתחייב זה בהשבה ואפי' בלאו דלא תוכל להתעלם מכיון דלא ידע בה הלכך כל שנתייאשו הבעלים אח"כ שפיר קנה ליה חצירו היכא דהוי חצר המשתמרת וכן נראה מדברי הרמב"ן במלחמות פרק אלו מציאות גבי נטלה ע"מ לגוזלה וז"ל הצ"ל וזו כיון שנטלה לגוזלה ולא להשיבה הרי הוא כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש מטעם אבידה דבשלמא היכא שנטלה בתורת אבידה ולא ע"מ לגוזלה קודם יאוש א"א לקנותה ביאוש מפני שידו כיד הבעלים ושומר שכר שלהם הוא הילכך לעולם אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלים עכ"ל וכן נראה מדברי התוס' פ' מרובה דף ס"ו ד"ה ה"נ כיון דמייאש וכו' שכתבו דיאוש בתר דאתא לידיה דלא מהני ה"ט הואיל וכבר נתחייב בהשבה ונראה לע"ד דאפי' לסברת הראב"ד והרשב"א ז"ל שכתבו דבחצר נמי אמרינן דיאוש דבתר הכי לא מהני מכיון דחצירו כידו ואילו באו לידו תו לא קנה הלכך חצירו נמי לא קנה ליה לא אמרו אלא במעות לענין דחצירו לא קנה ליה דלא עדיף מידו אבל אם מצאם הוא והגביהם ובאו לידו זכה בהם ולא אמרינן באיסורא אתא לידי' מעיקרא ואפי' הגביהם עכשיו לא קנאה מכיון שבאו

לחצירו קודם יאוש. ותדע מדין הלוקח פירות ומצא בהם מעות שכתב ה"ה משם הרמב"ן והרשב"א ז"ל והנ"י בסוגיין שאם הי' הלוקח תנר אע"פ שלקחם מבע"ה הרי אלו שלו כיון שמצאם אחר ששהו בידו שיעור שנתייאשו הבעלים ולא אמרינן באיסורא אתא לידיה דכשבאו לידו קודם יאוש הוה וה"ט משום דמעות כיון דאין עתידים לימצא חצירו לא קנה ליה ולא הוי חצירו כידו כמ"ש התוס' נמצא דלא באו עדיין לידו של זה שמצאם עד דנימא באיסורא אתא לידו ומ"ה בלוקח פירות מחבירו ומצא בהם מעות אחר שנתייאשו הבעלים קנאם ולא אמרינן באיסורא אתא לידי' דכיון דאין עתיד להמצא לא חשיב כאילו בא לידו והשתא דאתינא להכי נראה דכל שמצאה בע"ה אחר יאוש ה"ז קנה לי' חצירו מכיון דמעות אין עתידים להמצא לא שייך לומר באיסורא אתא לידיה:

סימן ו

וחצר השותפין איים קונים מקח זה מזה ומיהו מוכח מדברי הר"ן וה"ה ז"ל בפ"ק דקדושין גבי סלע של שניהם שאם גילה דעתו השותף שמשאיל לו מקומו כדי שיקנה בו קנה איברא דצריך להבין בדבריהם דאפי' כי גילה דעתו במאי קנה חבירו המקום ונראה דה"ט דכיון דיש לכל אחד מהם רשות בחצר לאישתמושי ביה בדיבור בלבד יכול להקנותו לענין שאלה ובטור חה"מ סי' קע"ו כתב דאם שכרו מקום והניחו זה חביתו וזה כדו הרי אלו שותפין נראה דס"ל דמאי דאמרינן חצר השותפין אינם קונים זה מזה היינו כשהי' שם כבר החפץ וליכא הוצאה מרשות לרשות אבל כל שהביא עכשיו חפץ והניחו בחצר השותפות כדי שיקנה חבירו קנה וה"ט כל היכא דגילה דעתו שמשאיל לו מקומו:

סימן ז

ובעל הבית שנאבד לו שום דבר בתוך ביתו וכסבור שנגנב ממנו ונתייאש ואח"כ מצאו אחר בתוך הבית אי זכה בי' המוצא אותם מכיון שראינו שנתייאש בע"ה ראיתי להתוס' ז"ל בפ' אלו מציאות דף כ"ו שכתבו גבי מאי דהקשה תלמוד' אמתני' דקתני אם הי' משכירו לאחרים הרי אלו שלו ואמאי ליזיל בתר בתרא שפי' דהיינו בע"ה שהוא דר עכשיו ואין מתייאש ממנו דכיון דאין זרים אתו סבור שימצאם לאחר זמן ע"כ משמע מדבריהם דאם שמענו לבע"ה שנתייאש הוו של מוצאם ולא אמרינן כיון דברשותי' קיימי אין יאוש מועיל כמ"ש הרמב"ן ז"ל במלחמות דטעמא דאבידה שנטלה קודם יאוש שאינה נקנית ביאוש שנתייאש אח"כ מפני שידו כיד הבעלים ושומר שכר שלהם הוא הלכך לעולם אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלים ואפשר לומר דהתוס' לשיטתייהו קא אזלי דכל דבר שאין דרכו לימצא אין חצירו קונה לו ומשום הכי מהני

יאוש דהוי כאילו אינו ברשותו וכ"כ המרדכי הכא דמטעם זה אין חצירו קונה לבע"ה אחר שנתייאש מהם. אבל לפי טעם הרמב"ם ז"ל והראב"ד בפ' ט"ז מהלכות גזילה ואבידה גבי חנות ומטמון נרא' דלא ס"ל לחילוק התוס' ובכל גוונא קנה לו חצירו ואפי' במעות כל שהיא חצר המשתמרת ולפי זה בנידן דידן שנאבד לו לבע"ה מעות בתוך ביתו אפי' ראינו שנתייאש מהם אין יאוש מועיל דברשותיה קיימי ואפי' לסברת האחרונים שהסכימו לסברת התוס' דאין חצירו קונה לו בדבר שעתיד להמצא נרא' דלא אמרו אלא במטמון וכיוצא בו כגון תגר שהוא מזבין פירותיו בלא חיפוש אבל מעות בחנות או בבית זה מקרי עתיד להמצא שהרי אדם מצוי לכבד ביתו או חנותו. וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל דגבי מטמון כתב דאין חצירו קונה לו מפני שהוא אבוד מכל אדם וגבי חנות כתב מפני שאינה משמרת ומדברי הר"מ ז"ל גבי מטמון נראה דכל ששמענו שנתייאש ממנו אפי' הוא ברשותו והוא חצר המשתמרת הוי יאוש וזה פשיטא לי' להרמב"ם ועל פי זה עשה הק"ו ובזה נסתלק השגת הראב"ד. אבל עדיין נראה דגם הרמב"ם ס"ל כס' הרמב"ן דאם נתייאש במה שנאבד לו בביתו דלא מהני יאוש כל שהוא דבר שעתיד להמצא ושאני הכא גבי מטמון שהוא אבוד ממנו ומכל אדם ואין עתיד להמצא:

סימן ח

מי שהניח פקדון אצל חבירו ואחר כך שכח מזה שהי' אצל חבירו וכסבור שנאבד ממנו ונתייאש אי זכה בי' הנפקד או לא. ראיתי להרמב"ם ז"ל בפט"ז מהלכות גזילה שכתב המוצא מעות בחנות הרי הן של מוצאן ולמה לא יזכה בהן בעל החנות לפי שאינה חצר המשתמרת ע"כ והראב"ד ז"ל כתב הטעם לפי שבאה לו המציאה קודם יאוש ועוד כי אין היאוש קונה אלא באבידה אבל זו לא היתי' אבוד'. אצלו אלא פקדון ששכחו בעליו ע"כ הרי מבואר מדבריו דאין יאוש קונה בפקדון. איברא דיש לדקדק בדברי הראב"ד במ"ש דאין זו אבידה אלא פקדון ששכחו בעליו ולא הבנתי זה דמי עשאו כאן פקדון וכי בשביל ששכחו בעליו שם נעשה פקדון ונראה דס"ל דאין יאוש מועיל אלא באבידה אבל זה ששכחו לא וגם מדברי הרמב"ן במלחמות הבאתי דבריו לעיל שכתב דאביד' אינה נקנית ביאוש מפני שידו כיד הבעלים וש"ש שלהם הוא הלכך לעולם אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלים וכו' יע"ש נראה דבנ"ד לא מהני יאוש אבל לפי זה עדיין יש לדון ולומר דהיינו דוקא גבי שומר אביד' דכיון דהוי ש"ש ידו כיד הבעלים ולא מהני היאוש דברשותא דבעלים קיימי אבל בפקדון שהוא ש"ח איכא למימר דלא חשיב כאלו עומד ברשותא דבעלים דאף על גב דאמרינן בעלמא פקדון כל היכא דאיתי' ברשותא דמארי' קאי היינו הפקדון עצמו שהוא ברשותי' דמרי' להקנותו לאחרים אבל

אין הפקדון עומד ברשותו ממש כל שאין הבעלים מייחדים לו מקום ולא אמרה הרמב"ן אלא בשומר שכר שהוא כפועל דידו כיד בעלים כמו שמוכח בפ"ק דמציעא אליבא דרב נחמן דס"ל דאין אדם זוכה במציאה לחבירו ואע"פ שעשאו שליח זולת בפועל משום דידו כיד בע"ה הרי מבואר דלא אמרינן ידו כיד בעלים אלא בשומר שכר משום דכל ש"ש הרי הם כפועלים וכ"כ ת"ר ועוד דמדברי התוס' בשמעתין דף כ"ו ע"ב ד"ה אינו עובר אלא משום השב תשיבם נראה דאפי' באביד' דמשעה שנטלה נעשה בה ש"ש אפ"ה אם נתייאשו הבעלים אח"כ ליכא לאו דלא תגזול משום דבהיתרא אתא לידי' ומה שמחוייב להחזיר היינו משום השב תשיבם שכבר נתחייב בה משעה שהגביה ולפי זה בפקדון דבהיתרא אתא לידי' כמ"ש ברפ"ק דב"ק כי נתייאשו הבעלים אח"כ מועיל היאוש וזכה בי' הנפקד והשב תשיבם גבי פקדון ליכא ונ"ל דבפקדון של עובד כוכבים שהי' ביד ישראל וששכחו העובד כוכבים כיון דאין בעובדי כוכבים דין שמיר' ולא שייך לומר דמה שעומד ביד ישראל כאלו הוא בידו של עובד כוכבים לפי הטעם שכתב הרמב"ן ז"ל זכה בי' ישראל ואצ"ל לדעת התוספות ז"ל:

סימן ט

ומומר להכעיס שהפקיד אצל ישראל וקודם שנפגר המומר אמר הנפקד רוצה אני בפקדון כתב רש"י בתשובה דזכה בהם דמומר לע"ז מין הוא וגופו וממונו הפקר וכל טעמי מסור יש בו ואין היורשים יכולים להוציא מידו של נפקד. וראיתי למהרי"ט ז"ל בחה"מ ס' מ"א שכתב דאפשר דרש"י בשיטת הגאונים קאי דסברי שאין המומר יורש את אביו דבר תורה, אבל לשיטת האחרונים דסברי דמומר יורש את אביו ד"ת אלא שחכמים הפקיעו ירושתו לא חשיב נכסיו הפקר וזוכה בהם המומר אם ישוב בו או בניו יורשים אחריו אלו דבריו ז"ל. ולע"ד דבריו אלה אינם נכונים אצלי דהלא מחלוקת האחרונים עם הגאונים אינו אלא במומר אם יורש את אביו אבל הישראל יורש את אביו המומר דבר תורה, ורש"י ג"כ לא קאמר אלא אם קדם הנפקד והחזיק בפקדון לעצמו בחיי המומר דנהי דאם לא קדם וכיון להחזיק לעצמו נכסים ברשותיה דמומר קיימי ויירתו בניו אחריו, אבל כל שקדם והחזיק לעצמו כבר זכה בהם ואין כאן משום גזל דגופו שרי ממונו לא כל שכן. וכ"ת הרי אמרו ממון מסור אסור לאבדו משום דלמא נפק מיניה זרעא מעליא לק"מ דנהי דאסור לאבדו מההיא טעמא מיהו דין גזל לית בהו ואפילו אם נטל מביתו בתורת גזל זכה בהם. ותדע שהגע עצמך שלא הניח זרעא מעליא משמע דלא הוה ביה איסורא אלמא דאין בנכסי מסור דין גזל, וכיון שכן זה שקדם והחזיק בנכסיו בחיי המומר מיניה דמומר קא זכה דכ"ז שהוא חי ממונו הוא ולית בהו משום גזל כיון דהוי מומר, והמרדכי בפרק

הגוזל בתרא כתב דכי אמרינן ממון מסור אסור היינו דוקא לאבדו אבל יכול הישראל ללוקחו לעצמו, אבל מדברי ר"ת שהביא הב"י בריש הלכות רבית אין נראה כן יע"ש שכתב דליכא למיחש להלוותו ברבית משום דלמא נפיק מיניה זרעא מעליא, ומ"ש הרב מהרי"ט דהלא כיון דספקא הוי הא קי"ל ספק הינוח דאם נטל הרי זה אסור, ולק"מ דהכא ליכא חזקה דממונא והוי כי ההיא דספ"ק דכתובות דאם רוב ישראל מחזירין לו אבדתו הא מחצה למחצה לא משום דאין לו חזק' ממון וכמ"ש ה"ה ז"ל בהלכות איסורי ביאה פט"ו:

סימן י

ראובן שהניח כלי בבית שמעון שלא ברשותו של שמעון או שהפקיד ראובן הכלי בבית שמעון ואח"כ הפקיד גר או עובד כוכבים אחד מעותיו ביד שמעון ונטלם שמעון והניחם בתוך כלי של ראובן ומת הגר אחר כך ואין לו יורשים להשיב להם הפקדון מי קנה ראובן או דילמא לא קנה כי אם שמעון או לא קנה לא זה ולא זה:

תשובה כליו של אדם קונה לו כמו חצרו והיינו דוקא במקום שיש לו רשות להניח שם כגון בסימטא אבל בר"ה לא ואיבעיא לן בגמרא בפרק הספינ' דף פ"ה בכליו של לוקח ברשות מוכר אי קנה אי לא וכמו כן אי כליו של מוכר ברשות לוקח מי אמרי' הכלי בטל לגבי הרשות וכליו של מוכר ברשות לוקח קנה ומינה דכליו של לוקח ברשו' מוכר לא קנה או דילמא הרשות בטל לגבי הכלי וכליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה ומינה דכליו של לוקח ברשות מוכר קנה כפי' רשב"ם ז"ל. ולפי זה כתב הטור בסי' ר' דאם אירע שניהם בחד מוכר וחד לוקח דממה נפשך מפיק חד מינייהו הלוקח יע"ש. אבל מדברי הרמב"ם ז"ל בפ"ד שכתב כשם שאין כליו של לוקח קונה לו ברשות מוכר כך אין כליו של מוכר קונה ללוקח אף על פי שהוא ברשות לוקח ע"כ נראה דלא ס"ל הכי דא"כ מאי כשם דקאמר דאדרבה לכאורה איפכא משמע דאי כליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה משום דאזלינן בתר רשות א"כ בכליו של מוכר ברשות לוקח ראוי הוא שתקנה דהכי מוכח בגמ' דתלי הא בהא וכבר ראיתי להרב המגיד שתמה על זה והנראה מתוך דבריו ליישב דהא דהוה תלי תלמודא חדא בחברתה היינו לומר דאי הוה אשכחן בחדא מינייהו דקני ואע"פ שהוא בא להוציא מרשות אחרים הוה פשיטא לן בחברתה דלא קנה כיון דחזינן דרשו' בטל אגב הכלי וקנו ליה כליו ללוקח ואף על פי שהוא ברשות המוכר והוא היה המוחזק בהם עד עתה אם כן דין הוא דאם הכלי הוא של מוכר שלא יקנה הלוקח ואף על פי שעומד ברשותו מאחר שהם בכליו של מוכר ובחזקתו היו עומדים עד עתה אבל כל שאנו אומרים בחדא מינייהו דלא קנה אינו מוכרח לומר דקנה בחברתה

דאיכא למימר דתרתי בעינן כדי להוציא הדבר מרשות מוכר וכל היכא שהוא בכליו של מוכר או ברשותו עדיין לא יצאו מרשות מוכר לגמרי:

והשתא צריך לחקור בנדון זה שהפקיד הגר החפצים אצל ישראל והיו מונחים בתוך כלי של ראובן מי זכה בהם אם זכה שמעון שהיו ברשותו וחצירו קנה לו או דילמא אין חצרו קנה לו כיון דהיו מונחים בכלי של ראובן. ולכאורה נראה דשניהם לא זכו בהם זה מפני שלא היו ברשותו ולא עדיף מכליו של לוקח ברשות מוכר דלא קנה הכא נמי כיון שהניחם ראובן בביתו של שמעון שלא ברשות שמעון לא קנו ליה כליו דכליו של אדם אינם קונות לו אלא במקום שיש לו רשות להניחם ושמעון נמי לא קנה לו חצרו כיון דעומדים בכלים שאינם שלו ודמי לכליו של מוכר ברשות לוקח דלא קנה. איברא דמדברי הרב המגיד בפ"א מהלכות זכי' נראה דזכה בעל החצר שכתב שם בדין הפורש מצודה בשדה חבירו וצד בו חיה או עוף דאם הי' עומד בעל השדה בתוך שדהו ואמר זכתה לי שדי קנה בעל השדה כו' דה"ט דכליו של אדם ברשות חבירו לא קנה וק"ו הוא מכליו של לוקח ברשות מוכר שאע"פ שיש שם דעת אחרת מקנה לא קנה ומשום הכי בפורש מצודה שלא ברשות אפי' יש למצודה תוך קנה בעל הקרקע ואם היא חצר המשתמרת קנה לאלתר ואם אינה משתמרת העומד בתוך שדהו ואמר זכתה שדי קנה עכ"ד. ולפי מה שכתבנו לעיל לדעת הרמב"ם ז"ל לכאורה קשה אמאי קנה הכא בעל החצר כיון שאין הכלים שלו ומ"ש מכליו של מוכר ברשות לוקח דלא קנה הלוקח ואף דאיכא דעת אחרת מקנה וכ"ש הכא ואפשר לתרוצי דבריו והיינו דס"ל דהכלי בטל אגב הרשות ומשום הכי כליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה וגבי כליו של מוכר ברשות לוקח דלא קנה הלוקח ה"ט משום דהלוקח בעי לאפוקי מרשות מוכר הלכך צריך שיוציאם מרשותו לגמרי ועודנו בכליו של מוכר עדיין לא יצאו מרשותו לגמרי ומשום הכי בדבר של הפקר זכה לו רשותו ואפי' אם הוא בתוך כלי של אחרים כיון דאינו בא להוציא מרשות אחרים אבל לפי דעת שאר המפר' נראה דספיק' הוי אם הכלי בטל אגב הרשות או אם הרשות בטל אגב הכלי ולפי זה היה נראה דהכא זכה זה שהוא בעל הכלי מספיקא דשמא הרשות בטל אגב הכלי או שמא הכלי בטל אגב הרשות וזכה בעל החצר והוי ספק בין בעל הכלי עם בעל הרשות:

איברא דראיתי להתוספות בשמעתין שכתבו דהא דקא מיבעיא לן אי כליו של לוקח ברשות מוכר אי קנה וכו' ואע"ג דר"י אמר לעיל כל מקום שיש לו רשות קנה לא אתא למעוטי אלא ר"ה אבל מוכר שמא משאיל לו מקום ללוקח שיקנה מה שהוא מוכר לו עכ"ד. ולפי דבריהם בנדון דידן דלא שייך האי טעמא שהרי הניח הכלי שלא ברשות

נראה ודאי דלא קנה כלי שלו האמנם לכאורה דברי התוספות תמוהים אצלי דא"כ מאי קאמר לבתר הכי ואי בכליו דמוכר אמאי קנה לוקח ופירש רשב"ם והתוס' ג"כ דהכי קאמר ליה דכי היכי דכליו של לוקח לא מבטל אגב רשות מוכר ה"נ אית לן למימר דכליו של מוכר לא מבטל אגב רשות לוקח ולפי מ"ש לעיל דשמא המוכר משאיל לו מקום ללוקח כדי שיקנה מה שהוא מוכר לו א"כ אפילו תימא דהכלי בטל אגב הרשות שפיר איכא לומר דכליו של לוקח ברשות מוכר קנה משום דהמוכר משאיל לו מקום. ונראה לע"ד דאפשר לומר דהכי פי' דהא דקא מיבעיא ליה אי כליו של לוקח ברשות מוכר קנה היינו משום דס"ל דאין הלוקח מבטל כלי שלו ברשותו של חברו וכי תימא נהי דאינו מבטל הכלי שלו מכל מקום היאך תקנה לו הכלי כיון שאין לו רשות להניחו שם וכדר"י איכא למימר דהמוכר שמא משאיל לו מקום או דלמא הלוקח מבטל הכלי שלו וזהו כונת הבעיא ולזה א"ל אי אמרת דהכלי של לוקח קונה לו ברשות מוכר משום דס"ל דאין הלוקח מבטל כלי שלו א"כ כליו של מוכר ברשות לוקח אמאי קנה הלא אין המוכר מבטל כלי שלו. ונמצינו למדים לפי זה דבנדון דידן זה שהניח הכלי שלא ברשות פשיטא לן דלא קני ליה כלי וכ"ת מ"מ היאך יקנה בעל הקרקע כיון דאין בעל הכלי מבטל כלי שלו איכא למימר דכיון דאין בעל הכלי קונה שהרי הניחו שלא ברשות נמצא דאין הכלי חשיב כלום ובטל אגב הקרקע ולפ"ז נראה דכליו של מוכר ברשות לוקח דלא קנה לוקח משום דאין הכלי בטל אגב הרשות וכליו של לוקח ברשות מוכר נמי לא קנה דאע"ג דאין הכלי בטל מ"מ אין לו רשות להניח שם כליו:

וראיתי להטור שכתב בשם הרמ"ה ז"ל דכליו של לוקח ברשות מוכר אפילו הניחם שם ברשות המוכר לא קנה כל כמה דלא א"ל זיל קני ולפי שיטה זו יתיישב שפיר מה שהקשו התוס' מההיא דר"י דאמר כל מקום שיש לו רשות להניחו דהכא נמי איירי כשהניחו ברשות אלא דמיבעיא ליה אם הכלי בטל אגב הרשות או לא ולפ"ז למדנו ג"כ דבנדון דידן לא זכה בעל הכלי כיון שהניחו שלא ברשות. האמנם מדברי שאר הפוסקים אין נראה כן כמ"ש הטור דס"ל דכל שהניחם ברשות הוי כאלו אמר ליה זיל קני ומכללא משמע קצת דכי קמיבעיא לן אי כליו של לוקח ברשות מוכר קנה הוי אפילו כשהניחם שלא ברשות וכן מוכח בפרק הזורק דכל שהוא ברשות ואינו מקפיד על מקומו פשיטא לן. דקנה ואפילו אליבא דמאן דאמר כליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה אבל ממקום אחר משמע כסברת הרמ"ה דאמרינן התם בפרק הרבית האי משכנתא באתרא דמסלקי מסלקי לי' ואפי' מתמרי דעל בודיא ואי אגבהינהו בסנסני קנינהו ולמאן דאמר כליו של לוקח ברשות מוכר קנה אפי' לא אגבהינהו בסנסני קנינהו והא התם שהניח הלוקח

הכלים ברשות בעל השדה שהרי משכנה אצלו לאכול פירותיו ואפילו הכי משמע למאן דאמר כליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה מסלקינן ליה מתמרי דעל בודיא ומדברי הנ"י נראה דס"ל כסברת הרמ"ה. ובפ' השואל בעי והקלוט מן האויר הרי הוא שלו אמאי אויר חצרו הוא ומשני רבא אויר שסופו לנוח לאו כמונח דמי אין ללמוד משם דכליו של שוכר קונין לו ברשות המשכיר דהתם איירי שאין הכלי מונח בקרקע אלא השוכר אוחזו בידו וכן פירש הרשב"א בחי' לפ' הזורק יע"ש:

העולה מכל האמור דבנדון דידן שהניח כליו ראובן בבית שמעון שלא ברשות שמעון דלא קנה כי אם שמעון ולא מיבעיא לדעת הרמב"ם ז"ל כמבואר לעיל אלא אפילו לסברת המפרשים שפי' דמספקא לן אם הכלי בטל אגב הרשות או הרשות בטל אגב הכלי היינו דוקא בכליו של לוקח ברשות מוכר דיש לצדד דמשאיל לו מקום אבל בנדון דידן דעייל בלא רשות אפשר דכולי עלמא מודו דהכלי בטל אגב רשות וקנה בעל החצר ובחלוקה הב' כשהפקיד ראובן כליו בבית שמעון נראה לכאורה דבאנו למחלוקת הרמ"ה ושאר המפרשים דלדעת הרמ"ה ז"ל מספקא לן אם קנה בעל הכלי או בעל הרשות ולדעת שאר המפרשים קנה ודאי ראובן בעל הכלי כיון שיש לו רשות להניח שם כליו ויש לצדד דבכי האי גוונא כולי עלמא מודו לסברת הרמ"ה ז"ל דאף דנתן לו רשות להניח כליו מ"מ אינו רוצה שיהיה לו כח לקנות ושיתבטל רשותו אגב כליו של ראובן:

סימן יא

והא דכליו של אדם קונות לו היה נראה דהיינו דוקא בכלי שיש לו תוך אבל כלי שאין לו תוך לא קנה. ולכאורה היה נראה כן מההיא דפרק הנזקין גבי מתני' דמצודות חיה ועופות יש בהם גזל מפני דרכי שלום יע"ש אבל מההיא דפרק הרבית גבי משכנתא הנ"ל מוכח דאפילו כלי שאין לו תוך כגון מחצלאות קונה לו וההיא דהנזקין שאני משום דהוי כדי לקנות בהם בעלי חיים ויש לחלק באופן אחר אבל מ"מ נקטינן דלאו דוקא כלי שיש לו תוך אלא אף מחצלאות קונות לו:

סימן יב

מי שנתן מתנה לחברו כגון שהניחם בחיקו או בידו אי קנאם בעודו ישן. ראיתי במתני' דהזורק נתן לה גיטה והיא ישנה נעור' קורא' והרי היא גיטה אינו גט עד שיאמר לה הא גיטך וכתב הרא"ש ז"ל דה"ט משום דבעינן דעתה וגרעה מחרשת. והרשב"א ז"ל פירש דישנה אין לה יד כלל. וצ"ע לטעמו של הרשב"א דישנה אין לה יד כלל א"כ כי נמי אמר לה בתר הכי הא גיטך אמאי מהני והא חשיב כאלו אמר לה טלי גיטך מע"ג קרקע והכא נמי בשעת נתינה לא היתה לה יד וכ"כ קשה לטעמו של הר"ן שכתב משום דלא

הוי ידה משתמרת לדעתה א"כ לא קרינן בשעת נתינה ונתן בידה והרב ב"י בא"ה סי' ק' הביא בשם הרמ"ה בנתן לה גיטה בחצרה והיא לא היתה בצדה אע"פ שבאה אח"כ לשם ואמר לה הא גיטך לא מהני דבעי' בשעת נתינה ממש שתהא עומדת בצדה דאל"כ לא קרינן ונתן בידה וכן הוא דעת הטור ג"כ אבל הרשב"א והר"ן ז"ל חולקים ע"ז יע"ש. ולפי דעת הרמ"ה והטור ז"ל צ"ל דישנה אית לה יד וקרינן בה ונתן בידה אלא דגבי גט בעינן דעתה ולא מהני עד שיאמר לה אחר כך הא גיטך אבל גבי מתנה לא בעינן דעת המקבל כל דאיכא דעת מקנה כמ"ש הראב"ד ז"ל בפרק חזקת והביאו הנ"י והרשב"א ז"ל בחידושיו לפ"ב דגיטין גבי עובדא דזקן שאני דידע לאקנויי יע"ש ובא"ח סי' רמ"ו כתב דאם הניח בהמתו אצל העובד כוכבים בשבת יאמר הישראל בהמתי קנויה לעובד כוכבים כדי שינצל מאיסור דאוריית' ע"כ ואף על פי שהעובד כוכבים לא ידע מזה מהני כיון דאיכא דעת מקנה ודלא כס' מגן אברהם יע"ש ובריש פרק הבא על יבמתו אמרו ישן לא קנה ופירש רש"י ז"ל דלאו בר דעת הוא ולא הוי קנינו קנין ולפי זה איכא למימר דאפילו בדעת אחרת מקנה לא קנה ועדין יש לחלק וק"ל ומ"ש התוס' שם לפרש"י מקטן לאו קושיא הא דישן גרע מקטן כמ"ש הרא"ש ז"ל דישן גרע מחרשת וכן מה שהקשה הרשב"א שם דהא לא בעינן כונה אינה קושיא דישן כיון דאין בו דעת אין קנינו קנין:

סימן יג

אם קנה ראובן פירות בזול מן העובד כוכבים והניחם המוכר בכליו של לוקח והכלים היו מונחים ברשות המוכר וקודם שהוציאם משם בא שמעון ולקחם מן העובד כוכבים נראה דכיון דספיקא הוא אם כליו של לוקח קונות נמצא ראובן מוחזק הוא תחלה מספק אם תפסה אחר מוציאין אותו מידו וכה"ג כתב הרא"ש בפ"ק דמציעא גבי בעיא דאויר שאין סופו לנוח דסלקא בתיקו דבהפקר הואיל ונסתלקו הבעלים אם החזיק בה אחר מוציאין מידו דבע"ה מוחזק הוא תחלה מספק וכ"נ עובד כוכבים מכי שקיל דמי נסתלק מהפירות ואין להקשות ממ"ש הרא"ש בפרק חזקת גבי החזיק בה לקנות את חברתה דסלקא בחיקו אי קנה אי לא שכתב הרא"ש דאם בא אחר והחזיק בה כדי לקנותה ה"ז זכה וכתב המ"מ הטעם לפי שחזקת זה האחרון גדולה מחזקת הראשון דשאני קרקע ממטלטלין דשייך בהם תפיסה ותפיסת ספק הויא תפיסה כנגד אחר שאין לו בה שום טענה וכ"נ מדברי הרא"ש ז"ל שכתב בפ"ק דמציעא בבעיין דמשוך בהמה לקנות כלים שעליה דגבי הפקר זכה הראשון מפני שהוא מוחזק תחלה דתפיסת ספק הויא תפיסה והשתא אתי שפיר מ"ש הטור בי"ד סי' קע"ב דאם נתנם המלוה בכליו שוב אין הלוה נוטלן עיין במהרי"ט ח"מ ססי' מ"ח ועיין במהריב"ל ח"א סי' מ"ו:

סימן יד

כתב הש"ך סי' קצ"ח וסי' ר"ב דכי אמרינן עד שישכיר לו את מקומו ואז קונה לו מדין חצר היינו שהשכיר לו תחילה החצר ואח"כ הקנה לו המטלטלין אבל אם שניהם כאחת לא משום דאז הוי מתנתו וחצירו באים כאחת. ולע"ד אין דבריו נכונים בזה כנראה בסוגיין דריש פרק הזורק ובפרק המביא גט דף כ"א ומדברי הרמב"ם פ"ה מהלכות גירושין וכן מוכח מההיא דעישור שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לו וע"כ לא פליגי גבי גט אי גיטו וחצירו באים כאחת אי לא אלא משום דיד אשה כיד בעלה ועיין במוהרי"ט:

סימן טו

וחצרו של אדם דקונה לו שלא מדעתו צריך לברר אם היה בעל החצר ישן אי קנה לו אי לא. איברא דקיימא לן נתן לה גיטה בחצרה והיא ישנה דאינה מגורשת איכא למימר דהתם שאני משום דחצר דגיטה לא אתי אלא משום יד וכל שהוא ישן לית ליה יד אבל בעלמא דחצר משום שליחות אתי כי היכי דשלוחו מהני ואפי' היה זה המשלחו ישן ה"נ בחצרו וכ"כ המפרשים בהזורק דאם עשתה שליח לקבלה וקבלתו בעודה ישנה דהויא מגורשת. (א"ה עיין מ"ש הנ"י בפ"ק דמציעא משם הר"ן דחצר המשתמר במציאה לא אתי מדין שליחות אלא מדין יד וכ"כ בחדושי ר"ב משם התוס' שם יע"ש ועיין מ"ש מרן הב"י בא"ה ס"ס קל"ח בשם הרשב"א וז"ל הצ"ל אבל מה שכתב הראב"ד דאפי' זרקו לה בחצרה והיא ישנה דמגורשת הא ודאי צ"ע ומסתברא דאינה מגורשת דלא עדיפא חצרה מידה עכ"ל. ולפ"ז יש להסתפק אם באתה לו מציאה בחצירו המשתמר כשהוא ישן אי זכה ונראה דלא נ"מ מהאי ספיקא דמאחר דאיכא מ"ד דאף בכה"ג חצר משום שליחות אתי ודאי זכה בעל החצר דאין לנו להניח את הודאי משום האי ספיקא ועוד דכבר כתבנו לעיל משם הרא"ש ז"ל דבמציאה זוכה הראשון אף שיש ספק בזכייתו:

סימן טז

ומידי דהפקר שהיה תוך ד' אמותיו ואמר זה יזכה ד' אמותי בחפץ זה לפ' עני אי זכה או לא. לכאורה נראה דזכה ואמינא לה ממאי דגרסי' בפר' אין בין המודר דף ל"ד ע"ב אמר רבא היתה לפניו ככר של הפקר ואמר ככר זו הקדש נטלה לאוכלה מעל ופי' הר"ן והרא"ש דאירי בככר של הפקר שהיתה עומדת תוך ד' אמותיו שקונות לו בכל מקום ומ"ה כי אמר ככר זו הקדש חייל ומקדיש זה לא זכה בו מעולם. אבל מתוך הירושלמי שהביא הגהת מרדכי במציעא משם ריב"ם נראה דלא מצי לזכות לחברי' על ידי ד' אמותיו וז"ל הצ"ל פסק ריב"ם כר' יוחנן והוא שאמר זכי ואי נמי לא אמר כלום

אך שהגביה לצורך חברו דזכין לאדם שלא בפניו דהא עולא וריב"ל סבירא לי' כותיה ובירושלמי איתא במס' פיאה פ"ד אמר אבא כהן ברדלא אדם זוכה לחברו במציאה מ"ט ואני הכינותי לבית ה' ככרים אלף וכו' ר' יונה בעי מה אנן קיימי' אי בתוך ד' אמות עשיר הוה ע"כ. ומדברי הר"ן ז"ל שם בפרק אין בין המודר נראה לכאורה דד' אמות קונין לאדם אפי' שלא מדעתו שכתב דהא דלא קני ליה ד' אמותיו היינו משום דגלי דעתיה בפירוש דלא ניחא ליה דליקנו ד' אמותיו אלא להקדש דגלוי דעתא דלא ניחא ליה מהני משמע דבסתמא ד"א קונין לו אע"פ שלא נתכוון לקנות וכן נראה מדברי התוס' גבי מתני' דראה אותם רצים אחר מציאה ואמר תזכי לי חצרי יע"ש ודלא כמו שכתב הריב"ש והריטב"א ז"ל ועיין בחדושי זקנים דף ל"ח ד"ה ולעני פסק הלכה יע"ש:

הלכות אונאה

סימן א

מי שאמר לחבירו מכור לי חפץ זה במנה זו ונמצא המנה חסר אם המקח קיים וישלים זה מה שחסר מן המנה:

תשובה איתא בפ"ק דקדושין התקדשי לי במנה זו ונמצא המנה חסר דינר או דינר של נחשת אינה מקודשת מוכח מהסוגייא שיש חילוק בין מנה סתם למנה זו דבמנה זו לא חלו הקדושין כלל ואפי' לא חזרה בה אין השלמה מהניא וראיתי להרמב"ם ז"ל בפ' ט"ו מהל' מכירה שכתב מכר לו מאה אגוזים בדינר ונמצא המעות חסרים חוזר כלומר והמקח קיים אלא שצריך להשלים ע"כ והראב"ד כתב עליו פעמים שאין המקח נקנה כגון שהיה לפניו שק של אגוזים וא"ל הילך שק זה שיש בו סאה של אגוזים והלך ומדדו ונמצא חסר שאף השלמה לא מהנייא וכתב ה"ה ז"ל שדימה הוא זה לקדושין למקדש את האשה במנה זה דאם לא ידעה ונמצא חסר דאינה מקודשת וכו' וסובר הראב"ד ז"ל דע"כ לא מפלגינן בהאיש מקדש בין מכר למלוה בכה"ג אלא בשלא אמר מנה זה ומ"מ אין קידושין דומה למקח וממכר בכה"ג וכדברי המחבר ורבו ז"ל עיקר עכ"ל. ונראה מתוך דבריו דדוקא במנה זה ונמצא חסר יש לדמו' קדושין למקח וממכר אבל במנה סתם לא למדינן מקדושין והמקח קיים וזה ישלים וזה אינו מוסכם דאפי' במנה סתם נראה דלא מהנייא אלא כשאמר לו דינר החסר יהא עלי במלוה ושתק המוכר דבמכר כיון דלא כסיף למתבעיה שתיקה כהודאה דמייא וכ"כ הר"ן בפ"ק דקדושין דסוגיין דהאיש מקדש איירי שא"ל התקדשי לי במנה ונמצא חסר דינר וא"ל הרי הוא עלי מלוה מר סבר כסיפא לה מלתא למתבעא כלומר ומ"ה לא סמכא דעתא ומ"ס לא כסיפא לה מלתא

למתבעא ושוין במכר שזה קנה במכר וודאי לא כסיפא מלתא למתבעא עכ"ל ולפי זה נראה דאפילו במנה סתם שלא אמר דינר החסר יהא עלי מלוה אם חזר המוכר ולא נתרצה להשלמ' לא מהני הקנין וראיתי להרמב"ם ז"ל בפ"ח שכתב הקונה דבר מחברו ונתן לו הדמים וטעה במנין המעות ואח"ז תבעו המוכר נקנה המקח ומחזיר לו השאר וכתב ה"ה זה מבואר מהסוגייא דקדושין ושוין במכר שזה קנה ובודאי שאין מי שנותן מקצת הדמים אלא כאילו נתן כולם ע"כ יראה מתוך דבריו דבמכר קנה ואפי' חזר המוכר ולא נתרצה וה"ט דגבי מכר קי"ל דבמקצת מעות קנה כמבואר בפ' הזהב גבי ערבון ובקדושין דוקא הוא דבעינן לרצוי דידה משום דאין מקצת מעות קונות וזה נראה דלא כמ"ש הר"ן שהבאתי לעיל (א"ה אפשר לצדד דהר"ן ס"ל דכל שאמר דינר החסר יהא עלי מלוה פליגי בה דמ"ס דאפ"ה כסיפא לה מלתא למתבעא ומ"ס דלא כסיפא לה מלתא למתבעא כיון שבפי' א"ל דינר החסר יהא עלי מלוה אבל כשנתן לה מנה חסר דינר ולא א"ל מידי כ"ע מודו דאינה מקודשת מטעם דבכה"ג כסיפא לה מלתא למתבעיה ולפ"ז במכר ודאי דלא כסיפא למתבע קנה ואפי' דלא אמר לו דינר החסר יהא עלי מלוה):

ונראה דהר"ן ס"ל דכי אמרינן מקצת מעות קונות ה"ד כשלא היה טעות דאז גמר ומקני מעכשיו אבל היכא דנמצאו חסר לא גמר ומקני אפי' במכר עד שיאמר לו דינר חסר הרי עלי במלוה וקודם זה יכול לחזור בו ודעת הרא"ש בפסקיו נוטה לסברת הר"ן יע"ש. אבל דעת הרמב"ם ז"ל בה' אישות נר' דבמנה סתם ונמצא חסר דינר דמקודשת ואע"פ שלא א"ל דינר החסר הרי עלי במלוה שכת' דדוקא במנה זה הוא דנמצא חסר דאינ' מקודשת משמע הא במנה סתם מקודשת והיה אפשר לומר דבמנה זה כל שנמצא שחסר דינר לא חלו הקדושין כלל אבל במנה סתם ונמצא חסר דינר חלו הקדושין כל זמן שלא חזרו ואם א"ל דינר החסר יהא עלי במלוה ושתקה שוב אינה יכולה לחזור בה דכיון דשתקה ודאי נתרצית דלא מכספא ולפ"ז במנה זה ונמצא חסר דינר לא חלו הקדושין כלל ואפי' א"ל בתר הכי דינר החסר יהא עלי במלוה וזה נראה דלא כהטור ז"ל בא"ה סי' כ"ט שכתב וז"ל אבל אם א"ל במנה זו או אפי' במנה סתם והיה מונה והולך אינה מקודשת עד שישלים לה כל המנה ואם חסר דינר אינה מקודשת ואם א"ל דינר החסר יהא עלי במלו' מקודשת עכ"ל ולכאורה נראה דקאי למנה זה או למונה והולך ואעפ"כ כל שאמ"ל דינר החסר יהא עלי במלוה מקודשת הן אמת דזה אינו נלע"ד דבמנה זה או מונה והולך בכל המנה קדשה ומה מהני מה שא"ל דינר החסר יהא עלי במלוה:

ובמה שצדדנו בדעת הרמב"ם ז"ל היותר נראה לע"ד הוא דס"ל דלא צ"ל דינר החסר יהא עלי במלוה כיון דא"ל התקדשי לי במנה סתם דסתמא הכי הוא ותדע מדפריך תלמודא

בפרק האיש מקדש ואלא הא דא"ר אלעזר התקדשי לי במנה ונתן לה דינר מקודשת וישלים נימא כתנאי אמרה. ונראה דסתמא דתלמודא לא ס"ל כתירוצא דרב אשי בפ"ק דמונה והולך שאני דדעתה אכולי מנה אלא בכל גוונא דא"ל במנה סתם ואח"כ נמצא שהיה חסר נעשה כאלו מעיקרא א"ל על מנת וכדר"א ואף על גב דהיא לא ידעה כשקבלם שהיה חסר דנמצא לאחר כן משמע וכדכתב ה"ה ז"ל בפ"ז מהלכות אישות יע"ש ואם אתה אומר דכל היכא שלא ידעה אינה מקודשת כל שלא א"ל דינר החסר יהא עלי במלוה א"כ היכי מדמה לה לדר' אלעזר לימא דר' אלעזר שאני משום דמעיקרא אדעתא דהשלמה נחית ולכך לא כסיפא איהי למתבעיה אבל הכא לא על דעת דהשלמה נחית שהיה סבור שהוא שלם ולכך כסיפא למתבעי' אלא משמע דבין ידע' בין לא ידע' כיון דא"ל מנה סתם דעתו הוא שאם הוא חסר ישלים ואין צריך לומר דינר החסר יהא עלי במלוה. ונראה דרש"י והרא"ש ז"ל שפי' לה בדאמר לה דינר החסר יהא עלי במלו' היינו משום דס"ל דשינוייא דרב אשי הלכתא היא וכמ"ש הרא"ש ז"ל דמונה והולך שאני דדעתא אכוליה מנה והכי נמי במקדש במנה סתם ונמצא חסר דינר דדעתם היה אכוליה מנה שהרי לא ידעו מעיקרא שהיה חסר ומשום הכי יכולה היא לחזור אם לא שא"ל דינר החסר יהא עלי במלוה. ונראה שדעת הראב"ד ז"ל בפרק ט"ו מהלכות מכירה כדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל דכל במנה סתם אפילו במונה והולך או שלא ידע שהיה חסר דעתם הוא שאם ימצא חסר ישלים כיון דאפשר להשלים ולא אמרו אלא במנה זה דוקא:

ולענין מקח וממכר כשנמצא חסר אם א"ל מנה סתם פשיטא דקנה וישלים השאר לדעת הרי"ף והרמב"ם והראב"ד ז"ל אבל כי א"ל במנה זה ונמצא חסר כיון דהשלמה לא מהניא ואפילו לדידן דקי"ל כיש אומ' דלא כסיפא למתבעא מטעם דבמנה זו א"ל. והיכא דמשך זה המקח לא קא מיבעיא לי דהא ודאי כיון דמשך קנה ואי משום דחסר מה בכך ה"ז חייב להשלים דכל דבר שבמדה ושבמנין לעולם חוזר ולא דמי לקדושין דבמנה זה אינה מקודשת בנמצא חסר דינר דהתם אינו קונה אותם אלא בדמים אלו ובמנה זה קנה אותם ומנה אין כאן ונראה שזהו מ"ש ה"ה בפרק ט"ו מהלכות מכירה וז"ל ומ"מ אין קדושין דומין למקח וממכר בכה"ג ודוק. כי קא מיבעיא לי כשלא החזיק עדין במקח אלא שנתן הדמים בלבד מי אמרינן כיון דבמנה זו קונה הרי אין כאן מנה ואין כאן קנין או דילמא כיון דבמקח וממכר קא יהיב להו ה"ז חייב להשלים מה שחסר ואפי' במקצת המעות קנה וישלים כדין כל המונה את חברו ובקדושין דוקא אינה מקודשת משום דעל דעת קדושין קבלה המנה ולא קדשה עצמה אלא במנה ואין כאן מנה אבל במכר דמקצת מעות קונות ה"נ יקנו וישלים השאר כדין מכור לי באלו דקנה ויחזיר האונאה וה"ט דקדושין

משום דלא סמכא דעתה להשלמה שהרי במנה זה א"ל ומצי לדחוייא לא אמרתי לך אלא במנה זו כמו שהיא ואיני מחוייב להשלים לך ושוב מצאתי בתוספות ישן שכתבו הכי בפרק הזהב. (א"ה לע"ד דבר זה במחלוקת שנוי בין הרמב"ם והראב"ד כנראה ממ"ש בפ"ז מהלכות גניבה דין ה' דודאי איירי כשלא משך החפץ דאם משך ליכא מאן דפליג):

סימן ב

מי שלקח מקח מחברו ונתן לו בדמיו דינר זהב פסול מהו הדין. יראה לע"ד דאי האי דינר. לא נפיק אפילו בשעת הדחק ה"ז מקח טעות והמקח בטל כמי שלא נתן מעות דדברים אינם עושים קנין ואפילו למי שפרע אבל אם הדינר יוצא בשעת הדחק המקח קיים אלא שצריך להחליף הדינר ודבר זה בפ"ק דקדושין דף ח' דקאמר שם גבי מקדש את האשה ונמצא דינר רע מקודשת ויחליף דמיירי ביוצא על ידי הדחק ומשום הכי מקודשת ויחליף אבל אם אינו יוצא אפילו ע"י הדחק אינה מקודשת משום דהוי קדושי טעות וגבי סלע שנפחתה דהמקח. קיים ויחזיר האונאה כתב הרמב"ם ז"ל דמיירי ביוצאה ע"י הדחק אבל אם אינה יוצאה ע"י הדחק לעולם חוזר וכתב ה"ה דס"ל לרבינו דהמשנה איירי ביכול להוציאה ע"י הדחק. ולפי זה צריך לומר דהאי דקאמר שם בגמרא סלע כיון דלא סגי לי' לא מחיל איניש האי דלא סגי דקאמר היינו לומר דלא סגי כי אם ע"י הדחק. ולפ"ז נראה דאין חילוק בין מטבע מזוייף למטבע חסר דזה וזה כל שאינו יוצא אף ע"י הדחק ה"ז מקח טעות וחוזר לעולם וכל היכא דיוצא ע"י הדחק המקח קיים אלא דבחסר מחזיר לו האונאה ובמזוייף מחליף וזה צל"ע בנמצא מזוייף ויוצא ע"י הדחק אי חוזר לעולם או לא אלא כל ששהא בכדי שיראה מחל דלפי מה שהוכחנו מההיא דקדושין דמקודש ולא הוי טעות נראה דשוה לסלע שנחסר דהמקח קיים ויחזיר האונאה ועיין בטור ח"מ סי' כ"ז מ"ש הרב ב"י ז"ל בשם ה"ר יונה ז"ל:

סימן ג

ובלקח בהמה מחברו ונמצא בה טרפות מחמת סירכא כתבו ר' אפרים וב"ה כיון דטרפות מחמת סירכא משכח שכיח ורמי איניש אדעתי' כיון דלא אתני לוקח ודאי אחולי אחיל ולא הוי מקח טעות והרמב"ן ז"ל כתב דהוי מקח טעות שהרי מוכר שור לחברו ונמצא נגחן אי לאו דמצי א"ל לשחיט' מכרתיו לך הוי מקח טעות ואע"ג דלא אתני לוקח אע"ג דרוב שוורים בחזקת נגחנים כדאמר רוב שיורים לאו בחזקת שימור קיימי ע"כ ולא הבנתי זה דהא קי"ל בפ"ק דנזקין דפלגא ניזקא קנסא משום דסתם שוורים בחזקת שימור קיימי ועוד הביא הרמב"ן ז"ל ראי' ממוכר עבד ונמצא גנב או קובייוסטוס הגיעו משום דכולהו הכי איתנהו אבל אי לאו כולהו הכי איתנהו הוי המקח טעות ואע"ג דרובא הכי

איתנהו ואף על גב דלא אתני לוקח ע"כ ולע"ד גם זה לא הבנתי דההיא איירי כשלא נתן עדין הדמים וכיון שהלוקח מוחזק אין צריך להתנות וכה"ג מחלק תלמודא בפ"ב דבכורות גבי לוקח גרוטאות מהעובד כוכבים ומצא בהם ע"ז אם עד שלא נתן המעות הרי זה מקח טעות אם משנתן המעות אינו מקח טעות דאיבעי' למיבדק תחלה ואח"כ ליתן הדמים והתוספות בפ"ק דקדושין דף י"א כתבו בשם ר' אליהו ז"ל כמו כן:

סימן ד

מי שמכר חפץ לחברו ונמצא בו מום ושהא מלהחזירו אחר שידע המום לכאורה נראה מדברי הרמב"ם ז"ל בפט"ו מהלכות מכירה דכל שלא נשתמש במקח אחר שידע המום אפי' שהא כמה ימים ה"ז מחזירו ולא אמרינן כיון דידע ושתק ה"ז נתרצה דחזקה אין אדם מפייס במומין וז"ל המוכר לחברו ונמצא במקח מום שלא ידע בו הלוקח מחזירו אפי' לאחר כמה שנים שזה מקח טעות הוא והוא שלא ישתמש במקח אחר שידע במום ע"כ וכ"כ הטור בסי' רל"ב. אבל מדברי הגאון הביאו הרדב"ז סי' קל"ו נראה דאם אחר שידע הלוקח המום שהא ולא החזירו לבעלים ה"ז מחל יע"ש:

סימן ה

ואם נמצא מום במקח והודיעו ואח"כ נשתמש בו נראה דלא אמרינן בכה"ג דמחל ואינו יכול להחזיר כ"כ הריטב"א ז"ל בחידושיו גבי ביטול מקח וז"ל ואם נשתמש בו אחר שהכיר באונאה קודם שיודיע למוכר מחל אונאתו שאל"כ לא הוה ליה להשתמש בו כיון דהוי ביטול מקח ואם הכיר אונאתו והודיעו ואח"כ נשתמש בו לא מחל אונאתו אלא שחייב לשלם למוכר מה שנשתמש או מה שהפסיד בתשמישו עכ"ל:

סימן ו

במכר לו כסף בחזקת שהוא כסף צרוף ונמצא כסף סיגים כתב המרדכי בשם אבי אסף דאין יכולין לחזור מן המקח אלא יחזיר האונאה ומהרשד"ם ז"ל הקשה על זה דמ"ש מיפות ונמצאו רעות דהלוקח יכול לחזור בו והש"ך בסי' רל"ג כ' דראב"ן חלוק על אבי אסף והעיקר כדברי ראב"ן. ואני אומר עם שאיני כדאי דהעיקר כדברי אבי אסף ול"ד ליפות ונמצאו רעות דיכול לוקח לחזור בו דהתם יכול לומר לוקח בפירות יפות אני רוצה אבל הכא בנמצא כסף סיגים לא שייך לומר האי טענ' בכסף צרוף אני רוצה דהלא כל שמחזיר לו זה אונאתו יכול הלוקח להוליכם לצורף ויצרפם ויחזור להיות כסף צרוף וכל זה אינו אלא במוכר שברי כסף או כלים כדי לשוברם אבל במוכר לו כלי כדי לאישתמושי ביה ונמצא כסף סיגים נראה דדמי ליפות ונמצאו רעות דלא היה רוצה זה לאישתמושי בכלי כזה והוי מקח טעות מה שאין כן בלוקח כסף כדי למכרו או לעשות

ממנו כלי כל שהמוכר מחזיר לו אונאתו אין כאן מקח טעות לבטל המקח ודמי למ"ש הפוסקים דכל דבר שיש בו טעות אי שייך ביה השלמה או תקון המקח קיים כמ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' הביאה הטור סי' ר"ל במכר לו בית ונמצא בו קלקול שלא ידע בו הלוקח וכתב ז"ל רואה אני את דברי המוכר כי בית מכר לו ועדיין נקרא בית ואם אירע בו קלקול מום עובר הוא ובדמים שהוא מנכה יחזיר הבית לקדמותו:

איברא דאיכא לפלוגי ולומר דע"כ לא אמר הרא"ש הכי אלא במוכר בית סתם דאף על פי שהלוקח לא ידע באותו קלקול מ"מ כיון דע"י נכוי יחזיר הבית לקדמותו אין זה מקח טעות אבל היכא דפירש וא"ל שהבית לא יש בו שום קלקול כיון דהתנה כן אף על גב דאפשר לתקוני ע"י נכוי מקח טעות הוי ויעיד על זה סברת הראב"ד ז"ל שהביא הטור ז"ל סמוך לתשובת הרא"ש ז"ל פעמים שהמקח בטל כיצד היה תופס סאה של אגוזים וא"ל הילך שק זה בדינר ויש בו מאה אגוזים והלך ומדדו הרי זה חוזר אע"פ שזה רוצה להשלים וההיא דפרק המוכר פירות דאמרו אם בא לנפות מנפה את כולו אמרי לה דינא וכו' ופירש רשב"ם דסתמא אפירי שפירי יהיב אינש זוזי ומשמע דסגי בנכוי הוי נמי מהאי טעמא דכל שאפשר בניכוי ולא התנה המקח קיים אבל היכא דהתנה בכל גוונא המקח בטל אבל מדברי הרמב"ם ז"ל נראה דאפי' א"ל שק זה אפי' הכי המקח קיים וסגי בהשלמה וה"ט דכל שאפשר בהשלמה האי לישנא לא הוי קפידא וכן מוכח מההיא דפ"ק דיום טוב דההוא דאמר ביעי דפחייא למאן יהבו ליה ביעי דשחוטה אתא לקמיה דרבא א"ל מקח טעות ופריך פשיטא ומשני מהו דתימא האי לאכילה קא בעי והאי דא"ל לפחייא משום דמבושל' יותר ויתן לו דביני ביני אלמא כל היכא דליכא קפידא גמורה סגי בהשלמה ועיין בת"ה סי' שכ"ב ואפי' לאותה גירסא דגריס הר"ן ז"ל אותבינהו וכו' ע"כ לא קאמר הר"ן אלא משום דמצי א"ל בטובים אני רוצה ולא בכפלים רעות ודמי למכר לו פירות יפות ונמצא רעות דאיכא קפידא. (הג"ה מה"ה הרבני המופלג החריף השנון זית רענן כ"ש מוהר"ר שמואל פינחס נ"י מבוברקא בעל המביא הס' הזה לבית הדפוס וז"ל. מדברי המחבר כאן וכן מדברי הר"ן פרק הא"מ מבואר דלהגורסין אותבינהו ולא אפרוח ליכא להוכיח כלל. אמנם לי נראה דאף לגירסא זו שפיר יש להוכיח כנ"ל דהנה עמדתי בזה על שהשמיט הרמב"ם ז"ל הך סוגיא דביעי דפחי' ואמרתי אני שיפה כיון משום שהסוגיא אזלא כרב ואנן קי"ל כשמואל גבי המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן דהממע"ה וכן גבי זרעוני גינה הנאכלין קצת כמבואר בטור ח"מ סי' רל"ב וא"כ ה"נ יכול המוכר לומר דלאכילה קנה הלוקח והא דאמר ביעי דפחי' משום דצריבין ואף שהרוב קלא ביעי דפחי' היינו לגדל אפרוחים הא אנן קי"ל כשמואל דאין הולכין בממון אחר

הרוב. אולם לפ"ז יקשה על הרא"ש ז"ל שהביא הסוגיא ככתבה וכלשונה. אכן ליישב נאמר דהנה התוס' כתבו ריש המניח דבטוען המוכר ברי גם רב מודה ול"פ רק בטוען שמא יע"ש ובא"ז חי' ב"ב בביאור יותר ולפ"ז צ"ל טעמא דשמואל דאף שטוען המוכר שמא מ"מ אמרינן הממע"ה משום דהוי כא"י אם נתחייבתי ועתה נאמר דהרא"ש ז"ל שהביא בכ"מ מילתא דרבא בסתם דבדבר שבמשקל ושבמנין חוזר היינו שהמקח בטל אף שאפשר להשלים וא"כ כ"כ בסוגיא דידן אף אם לאכילה בעי להו הוי נמי מק"ט וצריך להחזיר כל דמיהן רק משום דאפסדינהו הלוקח הוי כאלו נפרע וא"כ הוי טענת המוכר כא"י אם פרעתיך דחייב לכ"ע והשתא עולה הסוגיא שפיר כהילכתא ויפה עשה הרא"ש ז"ל שהביא הסוגיא אמנם הרמב"ם ז"ל שהשמיטה סובר דאף בשק זה של אגוזים ונמצא חסר מ"מ המקח קיים היכא שאפשר להשלים ומוכיח כן מסוגיא זו דהנה בס' א"ז הקשה איך שייך להקשות פשיטא על מעשה שהי' ולכן פירש שם דפריך פשיטא על ר"א ל"ל למיהב טעמ' ולומר מק"ט הוא והדר דודאי במקום שיש תימה בדברי הדיין צריך הוא לומר מאיזה טעם דן כגון גבי מרי בר איסק ובפ' א"נ גבי הני תרי כותאי אבל הכא שאין תימה לא הי' לר"א לומר רק חייב אתה ומשני משום שיש לטעות ולומר האי לאכילה כו' וא"צ ליתן לו רק מה דבו"ב ואמר להו ר"א דמק"ט הוי יע"ש ולפ"ז אם נאמר דגם לאכילה הוי מק"ט רק הכא שאני דאפסדינהו וא"כ בין אם לאכילה ובין אם לגדל הוי מק"ט תיקום קושיות הש"ס פשיטא כנ"ל א"ו אם לאכילה לא הוי מק"ט משום דאפשר להשלים והרמב"ם ז"ל יסבור דצריבין היינו ששוקלין יותר אבל יפין הן לגוף כמו הני ולא כמ"ש הר"ן וזה נכון עכ"ס). אבל בנ"ד דלא שייך האי טעמא שע"י ניכוי יחזרו להיות טובים דמי למכר לו פירות יפות ונמצא בהם טינופת הרבה דע"י ניכוי סגי כיון שהפירות עצמן אינן רעות ובסי' רל"ב הביא תשובה להרא"ש ז"ל שמכר לו שמן טוב ונמצא עכור דישומו כמה דמיו פחותים ויחזיר לו הפחת ומשמע דהמקח קיים ע"י ניכוי וראיתי להסמ"ע שכתב דשניהם יכולים לחזור כדין מק"ט והרא"ש ז"ל איירי בשנתרצו שניהם ע"כ ולדידי אינו נראה כן דאי איירי בשנתרצו לא הי' צריך לאמרו והי' אפשר לומר דהרא"ש איירי כשהלוקח היה מוצא למכור השמן העכור תכף ומיד ואין צריך טירחא יותר משהי' רוצה למכור שמן יפה ומדברי הרמב"ם ז"ל שכתב גבי נמצא מום דהוי בטול מקח משום דזה א"ל בחפץ שלם אני רוצה נראה דכל היכא דליכא האי טעמא ה"ז משלים והא דאמרינן בפ"ק דפסחים גבי משכיר בית לחבירו בחזקת בדוק ונמצא שאינו בדוק אי הוי מקח טעות ואע"ג דאפשר בהשלמה איכא למימר דהתם איירי בשהתנה עמו:

כתב הרב המגיד ז"ל בפרק י"ג והרמב"ן ז"ל כתב בפרק זה ז"ל חליפין ומקפיד עליהן מאי אף על גב דאסקינן דחליפין נינהו נ"ל שיש לו אונאה וכי אמרי' דאין אונאה לחליפין בחליפין שאינו מקפיד עליהם אבל בחליפין ומקפיד יש לו אונאה עכ"ל. מתוך דברים אלו נראה דבלוקח בדמי אכסדרה דיש לו אונאה משום דבלשון מכר קאמר אבל בלשון חליפין כיון שאינו מקפיד עליהם לא וזה צריך עיון דהרב בעל נימוקי יוסף בסוגיין כתב ז"ל ופירש רש"י ז"ל דכיון דאמר בלשון וכו' נראה מדבריו דחליפין אין בהם אונאה אלא אם כן מקפיד עליהן אבל הרמב"ן ז"ל כתב דאפי' חליפין יש להם אונאה כמכר וכו' יע"ש וזה הפך ממאי דכתב הרב המגיד בשמו:

סימן ז

כתב הרמב"ם ז"ל בפרק י"ב מה' מכירה הרי שהיה שוה דינר של זהב בעשרים וארבעה וצרפה בעשרים דינר ה"ז מחזיר את האונאה פחות מזה מחילה ע"כ. וצ"ל דלפי מה שפירש רש"י ז"ל בפ"ב דקדושין דטעמא דפחות משתות הוי מחילה מיד משום דאין כל אדם יכול לצמצם הדמים וכונתו מבוארת בדברי הרא"ש בפ' הזהב שאפי' אם יבא המתאנה לערער לא ישומו השמאים בשוה זה יאמר יש בו אונאה וזה יאמר שאין בו הנאה ולכך דרך למחול מיד אם כן בכה"ג שהוא דבר הידוע לכל אדם ועתיד להתברר בודאי אמאי יהא מחול מיד ובהדיא אמרי' בפרק המוכר פירות דף צ"ה דפחות משתות כיון דלא ידיע מחיל אינש דמשמע דבמידי דידיע אפי' פחות משתות לא מחיל אינש. ונראה לע"ד דאפי' לדעת הרמב"ם ז"ל לא איירי אלא בכצרפה בסתם אבל אם שאל הנותן מתחלה לשולחני בכמה מצטרף מטבע זו וא"ל בעשרים ונמצא שהיא מצטרפת בארבעה ועשרים דהרי זה מקח טעות שזה אטעיה בדבורו ודמי לאותה שכתב הרשב"א והביאו הב"י בסי' של"ב שאם אמר בע"ה לפועלים תבואו עמי כמו שנשכרים חבריכם ואמרו לו בכמה ואמר להם בה' ונמצא שנשכרו בי' הרי זה מקח טעות יע"ש:

סימן ח

המוכר לחבירו ערימה של חטים בכ"כ מעות ולא עמדו על מדתה ונמצא חסר על האומד שהי' בדעתם אם יש בזה דין אונאה:

תשובה הרמב"ם ז"ל כתב בפ"א מהל' מכירה מרתף של יין אני מוכר לך בכך וכך אע"פ שאין מדת הערימה ותף ידוע ה"ז קנה אע"פ שנמצא חסר או יתר על האומד בדעתם ויש להם אונאה לפי השער שבשוק והרב מהרי"ט ז"ל בח"מ סי' י"ט הקשה ע"ז דמשמע דאע"פ שנמצא טעות במנין שאמדים אינו יכול לחזור בו ואע"פ שכל דבר שבמדה אפי' בכל שהוא חוזר הכא מאחר שלא דקדקו גמרו ומקנו בין חסר בין יתר א"כ מאי קאמר

ויש להם אונאה לפי השער שבשוק לימא ליה מוכר על שער שבשוק עשינו המקח ואלו היו הפירות מרובים לא היתה שם אונאה ומאחר שלא חששת למדוד קבלת עליך בין מרובין בין מועטין ולע"ד איני מכיר קושייתו דהיינו טעמא דיש לו אונאה משום דמצי טעין הייתי סבור באומד דעתי שהיו כך וכך דכל היכא דטעו באומדנא אונאה מיקרי וכמו שפירש רש"י ז"ל בפרק הזהב דף כ"ו ע"ב גבי מאי דבעי תלמודא שם בעי רבא חטין וזרעם בקרקע מהו וכו' וז"ל כדבעי לה כמה שצריך לקרקע דמידי דאומדנא דשכיח דטעו הוי כדין אונאה יע"ש ומכל מקום כל שלא הזכירו במקחן מנין או מדה לא הקפידו על דבר שבמדה ושבמשקל כדי להיות חוזר בכל שהוא והטור בסי' ר"ט הסכים ג"כ בכאן לדעת הרמב"ם ז"ל דיש בו דין אונאה ואע"פ דגבי מכור לי באלו כתב בסי' רכ"ז דאין לו דין אונאה היינו טעמא משום דמכור לי באלו שאין אדם יודע מה שביד חבירו אמרינן קוטרא דחייתא סבר וקביל מה שאין כן במוכר פירות ערימה דכל אחד הי' סומך על האומד שלו דסבר בדעתו שאין בו אונאה וכל זה הוא כשהזכיר לשון מכירה אבל אם לא הזכירו לשון מכירה כתב הבכ"מ בפרק י"ג מהלכות אלו בדין הלוקח בדמי אכסרה שאם לא הזכיר לו לשון מכירה אלא א"ל החלף פרתך באלו אין לו עליו אונאה ע"כ ולפי זה נראה לי דהוא הדין אם א"ל אני נותן לך ערימה זו בכך וכך או אני מחליף ערימה זו בכך וכך כיון שלא הזכיר לשון מכירה אם לא שנחלק בין דמי אכסרה דאז כל שלא הזכיר לשון מכירה קיטרא דחייתא קביל עליה שהרי אין אדם יודע מה שביד חברו מה שאין כן במוכר פירות אכסרה דכל אחד סומך על אומדנתו ולא גמר למחול דסבור בדעתו שאין בו אונאה ולא דמי למחליף פירות בפירות שכתב הבכ"מ דאם לא שמו אותם לא קודם מכירה ולא אחר מכירה אין לו אונאה דהתם שאני דהוי חליפין דפירות בפירות מיקנו בחליפין כמ"ש הרמב"ם ז"ל והכי איתא בתוספתא הביאה הרב המגיד בפ"ב מהלכות שכנים וחליפין אין להם אונאה כל שלא שמו אותם לא קודם מכירה ולא אחר כך כיון דלא קפדי אבל אי קפדי יש בהם אונאה זולת בכלים מטעם שכתב הרמב"ם ז"ל שזה רוצה במחט יותר מן השריון ומה שכתב הרב המגיד דכלים בכלים אפי' מקפיד אין לו אונאה שהרי הזכיר בפירות שומא וזהו שמקפיד עליהם ונראה שכיוצא בזה בכלים אין לו אונאה ע"כ אינו נראה לע"ד שהרי הרמב"ם ז"ל יהיב טעמא משום שזה רוצה במחט יותר מן השריון כלומר ואינם מקפידים על שיוויים ועיין בחי' מהר"ר בצלאל ז"ל בסוגיין דמכור לי באלו יע"ש והי' נראה לע"ד דמ"ש הרמב"ם ז"ל בפירות בין ששמו אח"כ לאו למימרא דשומא דאחר מכירה הוי קפידא אלא הכי קאמר אע"פ שלא שמו אותם קודם מכירה יש להם אונאה דסתמא אדעתא דשיווים נחתו מעיקרא ואפי' למה שהבין ה"ה

דבפירות כל שלא שמו אותם ולא אח"כ אין בהם אונאה נראה דהיינו דוקא כשנתאנה בשומא דאיכא למימר מדלא שמו אותם קביל עליה בכל גוונא אבל היכא דאונאה הוי בשיעור המדה כגון שלקח אכסרה של פירות איכא למימר דזה סמך אאומדן דעתי' שיש בו כדי דמיו והותר:

ודע דהא דכתב הבכ"מ דאי א"ל החלף פרתך באלו אין בו אונאה איירי בשכבר החזיק הלוקח בפרה דאי עדיין לא החזיק בפרה אין כאן קנין כלל דאין מטבע נעשה חליפין זולת כשנתנה בתורת דמי' וכמו שפירש רש"י ז"ל שם:

סימן ט

חליפין אין להם אונאה. כ"כ הרמב"ם ז"ל וכתבו ת"ר דטעמא משום דממכר אמר רחמנא אבל לא חליפין וכתב מהרדב"ז ז"ל בסי' רס"ט כי אפי' ע"י מום אין החליפין מתבטלין שהרי מחט בשריון אין לך מום גדול מזה עכ"ד. ואיני מבין דבריו דמחט בשריון שאני וכמ"ש הרמב"ם ז"ל משום דזה רוצה במחט יותר מן השריון ונתרצו בזה אבל כי נמצא מום שלא ידע בו מעיקרא לא נתרצה דחזקה אין אדם מתפייס במומין ואי איירי מהרדב"ז ז"ל במום שידע ביה מעיקרא כי נמי אינם חליפין אין לו טענה דסבר וקביל וגם הרב הנז' הסכים כן בסוף דבריו יע"ש:

סימן י

וכתב עוד הרדב"ז דאפילו הר"מ ז"ל ודעימיה לא אמרו אלא בבעלי בתים וטעמ' שזה רוצה במחט יותר מבזה אבל במחליף סחורה בסחורה כ"ע מודו דיש לו אונאה וזה אינו דבהדיא הביא הרב בצלאל בחידו' משם מהר"י מיגאש ז"ל דאפילו במחליף סחורה בסחורה אמרוה וז"ל מי שהחליף עם חבירו סחורה בסחורה מבלתי שישומו אותם בדמים כלל אין אחד מהם יכול לטעון על חבירו טענת אונאה לפי שהעיקר אצלנו חליפין אין בהם אונאה וכן נראה מתשובת הרי"ף ז"ל שהעתיק שם וז"ל והתורה ג"כ מעידה על זה באמרו וכי תמכרו ממכר בממכר הוא דאזהר רחמנא בבל תונו אבל בחליפין לא ולא איצטריך הרמב"ם לטעמא דזה רוצה בזה יותר מבזה אלא במחליף מחט בשריון:

סימן יא

ראובן לקח משמעון כ"כ יין והיה רוצה שמעון ליתן לו חביות אחרות ואמר ראובן איני רוצה כי אם חביות אלו אשר ראה וטעמם ואמר ראובן קודם גמר הקנין שיהיו מונחים שם עד שלשה חדשים ובתוך זמן זה נעשה יין זה חומץ וטוען ראובן כי היה מקח טעות:

תשובה בפרק המוכר פירות תנן המוכר יין לחברו והחמיץ אינו חייב באחריותו ואתמר עלה אמר ר"י בר חנינא לא שנו אלא בקנקנים דלוקח אבל בקנקנים דמוכר מצי א"ל הא

חמרך והא קנקנך ופריך ליה וכי קנקנים דמוכר מאי הוי לימא ליה לא איבעי לך לשהויי ומשני לא צריכא דא"ל למקפה ע"כ סוגיא ההלכה שם ומינה איכא למילף דמוכר יין בסתם דוקא הוא דאינו חייב באחריותו משום דמצי אמר ליה לא איבעי לך לשהוייתו הא כל היכא דלא מצי טעין הכי כגון דגילה דעתו לוקח שרוצה לשתותו לאט לאט אם החמיץ קודם שהספיק לשתותו הרי הוא באחריות דמוכר וה"ט כמו שפירש רשב"ם ואיתיה בפרק איזהו נשך משום דמעיקרא דחמרא חמרא דחלא חלא יע"ש ולפי זה בנ"ד נמי שגילה דעתו הלוקח שרוצה לשתותו לאט לאט הרי זה ברשותיה דמוכר קאי כך הי' נראה לכאורה:

אבל כד מעיינן בה שפיר אין נראה כן מההיא דפרק איזהו נשך דקאמר שם אמר אביי שרי ליה לאינש למימר לחבריה הילך ד' זוזי אחביתא דחמרא אי תקפא ברשותך אי יקרא או זילא ברשותי ופריך ליה האי קרוב לשכר ורחוק להפסד הוא ע"כ ולכאורה איכא לאקשויי דמאי פריך ליה משום דהוי קרוב לשכר והלא מדינא ברשותיה דמוכר קאי אם החמיץ ומקח טעות הוי כיון דלא מצי טעין ליה לא איבעי לך לשהויינהו והתוס' תי' לזה דתקפה דהתם לאו היינו החמיץ ממש אלא קלקול בעלמא יע"ש אבל מדברי הרמב"ם ז"ל בפ"ח מהלכות מלוה והטור נראה שהם מפרשים לה כפשטא דתקפא דקאמר היינו החמיץ ולפי דבריהם צריך ליישב ונראה לע"ד דס"ל דההיא דקנקנים דמוכר דמצי א"ל הא חמרך והא והוי מקח טעות ה"ט משום דאמ"ל למקפא כלומר יין טוב שיוכל לשתותו זמן מרובה והוא הדין נמי באמר לו שיתן לו יין לשתותו לאט לאט דהוי כאלו פירש לו יין טוב ומשום הכי כי החמיץ בתוך הזמן ה"ז מקח טעות דאיגלאי מלתא למפרע שלא נתן לו יין טוב שאם היה יין טוב לא הי' מחמיץ דמעיקרא דחמרא חמרא ודחלא חלא וכ"כ הרמב"ם ז"ל שם שכל הנותן דמים על היין אחמרא שפירא יהיב ואלו שהחמיצו מתחלה היו ראוים להחמיץ ולפי זה בלוקח חביות ידועה כנדון דידן שלקח חביות ידועות לא שייך לומר מקח טעות כיון דבשעה שלקחו יין הי' ואי משום דהחמיץ השתא ואגלאי מלתא דלא הוה יין טוב מעיקרא מה בכך אטו מי א"ל המוכר או הלוקח יין טוב יין זה קאמר ליה כמות שהיא בתנאי שיהא לו שם יין והכי אמרו בפרק המוכר פירות מרתף של יין אני מוכר לך נותן לו יין טוב מרתף זה של יין אני מוכר לך נותן לו יין של חנוני דהיינו שהתחיל להחמיץ קצת וה"ט משום דזה קא"ל כמות שהוא:

והשתא אתו שפיר דברי הרמב"ם ז"ל והטור ביורה דעה שכתבו מותר ליתן דמי יין לחבירו על מנת שיתן לו יין טוב בניסן ולא הוי רבית שכל הנותן דמים על היין אחמרא שפירא יהיב ואלו שהחמיצו מתחלה היה ראוי להחמיץ ואחר כך כתבו מותר ליתן דמי

חבית של יין לחבירו ולומר לו אם החמיצה ברשותך ואם הוזלה ברשותי שכיון שקיבל עליו יוקרא וזולא קרוב לזה ולזה הוא עכ"ל והרי אתה רואה שחילקו בטעמם דבדין הראשון כתבו מטעם דמעיקרא דחמרא חמרא וכו' ובדין השני כתבו מטעם דקיבל עליה זולא ובודאי שיש נפקותא בין שני הטעמים אלו דלפי הטעם דכיון דקביל עליה זולא וכו' יראה דלא שרי לפסוק אלא כפי השער שבשוק דהיינו שיוויו אבל לפסוק כשער בזול לא דלא שייך תו לומר כיון דקביל עליה זולא וכמו שהארכתי בה' ריבית אבל לפי הטעם השני דאחמרא שפירא יהיב ומעיקרא דחלא חלא והוי מקח טעות יראה דאפי' לפסוק עמו בזול פחות משוויה שרי דכיון דאית ליה אוזולי אוזיל גביה. ולפי מה שכתבנו אתי שפיר דבדין הראשון איירי בשנתן לו דמים על יין סתם ואז כיון דאחמרא שפירא יהיב דמי ואם החמיצה איגלאי מילתא למפרע דהוי מקח טעות משום הכי אפילו פסק עמו בזול שרי. משא"כ בדין השני דאיירי בנתן לו דמים על חבית ידועה וכמ"ש הטור והכי דייק ג"כ לישנא דהרמב"ם ז"ל דבחבית ידועה איירי והילכך לא שרי אלא בשנתן לו דמי החבית כמה שהיא שוה עכשיו בשער השוק וה"ט כמ"ש דכל שהיא חבית ידועה מדינא אם החמיצ' החמיצ' ללוקח אלא דמשום תנאה קא אתי עליה צריך שיהא קרוב לזה ולזה:

סימן יב

מי שמכר חפץ לחברו ואמ"ל דאם יהיה בו אונאה אם ירצה הלוקח לבטל המקח יחזור ואם ירצה לקיים המקח ושיחזיר לו אונאתו הרשות בידו והוקר בכדי שיראה לתגר ועתה רוצה הלוקח לקיים המקח ושיחזיר לו אונאתו והמוכר אינו רוצה להחזיר לו האונאה הדין עם מי:

תשובה היכא דאיכא אונאה יותר משתות כתבו הרי"ף והכ"מ ז"ל דאם המתאנה אינו תובע אונאתו אין המונה יכול לחזור בו אבל ה"ר יונה והרא"ש ז"ל ס"ל דיכול לחזור שכל זמן שהמתאנה יכול לחזור אין המקח יכול להתקיים דסתמא יחזור המתאנה שהרי אינו יכול לתבוע אונאתו והוי כנושא ונותן בדברים וצריך להבין דהא בנמצא מום במקח דהוי מקח טעות ואין הלוקח יכול לתבוע אונאתו ואפ"ה משמע מדברי הטור סי' רל"ב שאין המונה יכול לחזור בו אלא דוקא כשהמתאנ' תובע אונאתו שהרי כתב וז"ל וכן אם ירצה הלוקח לקחת פחת המום הרשות ביד המוכר לומר או קח אותו כמו שהוא או תקח מעותיך והחזר לי מקחי ע"כ משמע דדוקא כשטוען הלוקח האונאה הוא דמצי לומר הכי אבל אם אינו טוען לא ועוד קשה דהאיך יכול לחזור אם אין המתאנה תובע אונאתו הא ודאי נראה דכל שהלוקח נתרצה השתא ומחל על טעותו חל המקח מעיקרא

ותדע דהא גבי קידושין אמרי' בפ' המודר דנכנסה לרשות הבעל לא מצי טעין במום דחזקה אין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו וראה השתא ונתפייס וחלו הקדושין למפרע וכן מוכח בכמה מקומות בקידושין ואמרו שדקדק הר' יונה ז"ל מדרב חסדא שאין המקח חל מעיקרא מדאיצטריך לטעמא דאי לאו דאוניתני והול"ל דהשתא כיון דאיתרצאי במקח ברשותיה אייקר דאיגלאי מילתא למפרע שחל המקח מעיקרא ע"כ איברא שהכי הוא דהתם ליכא למימר כיון דאיתרצאי השתא חל מעיקרא דמה שנתרצה השתא היינו משום דהוקר אבל אם לא הוקר לא היה מתרצה משא"כ היכא דלא הוקר דכל היכא דנתרצה השתא איגלאי מילתא למפרע דהיה מרוצה ולפי חילוק זה יראה דאיכא למימר לענין מקדש את האשה ונמצא בה מום ונתרצה הבעל במוהר ומתן דאין הקדושין חלים מעיקרא שאין זה נתרצה אלא השתא דיהבו ליה מתנה. וה"ה אם הלוקח יהביה לאחר במתנה ואח"כ הוקר דאעפ"י שנתרצה השתא הלוקח לא אמרינן דחל המקח מעיקרא וכי יהביה לאחר במתנה או שקידש בה את האשה דידיה הוא אלא השתא הוא דנתרצה ואין המקח חל אלא מכאן ולהבא וכי יהבי' במתנה קודם שהוקר לאו דידיה הוה עדיין וכמו כן אם השתא שהוקרו אינו ברשות לוקח אלא שהניחו אחר שמשכו ברשות מוכר כיון דאמרינן דאין המקח חל למפרע נראה דלא קנאו הלוקח וכמו שכתב ה"ר יונה ז"ל ומה שכתב הרב ב"י ז"ל גבי מה שכתב הטור בסי' הנז' וז"ל והיכא שמכר לו שוה חמשה בששה ולא הספיק להראותו עד שעמד בשמונה אע"פ שחזר לדין בטול מקח אצל מוכר אפילו הכי אינו יכול לחזור בו ולא עוד אלא שחייב ליתן ללוקח האחד שהרי נקנה המקח וברשות לוקח הוקר ע"כ דזה הוא כדעת היש אומרי' ואע"ג דמשמע מדברי הרא"ש ז"ל שדעתו נוטה לדעת ה"ר יונה ז"ל סתם דבריו כדברי היש אומרי' משום דמסתבר לי' טעמייהו וכן פסק הרמב"ם ז"ל עכ"ל. ולפי דבריו נראה דאין דקדוקו של ה"ר יונה כלום אלא המקח חל מעיקרא ולע"ד אין נראה כן והרמב"ם והטור ז"ל לא פליגי עם ה"ר יונה ז"ל דהרמב"ם והטור ז"ל איירו באונאת שתות דהמקח קיים מעיקרא ומשום הכי מצי לתבוע אונאתו השתא אע"ג דהוקר וה"ר יונה ז"ל לא מיירי אלא בדינו של רב חסדא דהתם היה יכול הלוקח לבטל המקח. ואפילו החולקים על ה"ר יונה יודו בכה"ג דהוי ביטול מקח מעיקר' דלא מצי לתבוע אונאתו השתא דהוקר שהרי מתחלה ג"כ לא היה יכול לתבוע אונאתו ואין המקח חל מעיקרא אלא דס"ל דהתם בדרב חסדא דמעיקרא היה יכול לתבוע אונאתו משום דעשו ידו על העליונה השתא דהוקר ג"כ לא הופקע זכותיה. ולפי זה נראה דבנ"ד דהתנה דאם יהיה בו אונאה אם ירצה הלוקח לבטל המקח יחזור ואם ירצה לקיים המקח ושיחזיר לו אונאתו הרשות

בידו והוקר בכדי שיראה לתגר דלא מצי לתבוע אונאתו כסברת ה"ר יונה דהכי נראה עיקר. ובירושלמי דפרק הזהב אמרו מכר שוה חמש בשש והוקר ועמד בשבע אמר ר' יוחנן כשם שבטל מקח אצל זה כך בטל אצל זה ע"כ נראה דס"ל דבטול מקח שאמרו שיכול לחזור בו אינו אלא מי שנתאנה אבל לא מי שאינה והיינו טעמא משום דהוי כאלו א"ל המוכר שאם ירצה אותו כמות שהוא יהא שלו והלכך כל שנתרצה המתאנה קנאו אבל כשהוקר ואח"כ נתרצו בזה אמר ר' יוחנן דשניהם יכולים לחזור בהם משום דנראה דלא נתרצה זה אלא מפני היוקר וכיון שכן אין לומר דהשתא דנתרצה חל המקח מעיקרא ומשום הכי אף המוכר יכול לחזור בו ורב חסדא דאמר דמוכר אינו יכול לחזור בו הוצרך לומר טעם דאי לאו דאוניתני ונראה דהשתא לצ"ל דבביטול מקח דאינו חוזר המאנ' מטעם דאי לאו דאוניתני דלפי זה איכא לפלוגי כמו שחילק ה"ר יונה אבל עיקר הטעם כמו שכתבנו שהמאנ' כבר נתרצה להקנותו כל זמן שירצה זה. (א"ה עיין בחידושי הרמב"ן ז"ל בפרק הספינה שהביא הירושלמי הנז' ולפי מה שפירש הוא ז"ל דהירושלמי אייריי בשלא משך ולענין מי שפרע יע"ש אין לדקדק מזה הפך סברת ה"ר יונה ז"ל לומר דאם איתא דבביטול מקח שניהם יכולים לחזור בהם אמאי לא אשמועינן ר' יוחנן רבותא טפי דאפי' אם משכו ונתן המעות שניהם יכולים לחזור בהם דכל כי האי גוונא דאיירי ר' יוחנן שהוקר המקח הוי כאלו נתרצה הלוקח דשוב אין המוכר יכול לחזור בו כמ"ש הרא"ש ז"ל בפרק הספינה יעויין שם):

סימן יג

מי שלקח חפץ מחברו ומשך החפץ ועדין לא נתן הדמים ונמצא בו אונאת שתות או פחות משתות ושהא יותר מכדי שיראנו לתגר או לקרובו וטוען הלוקח שהוא לא מחל על אונאתו או אם נתאנ' המוכר ועדין החפץ ברשותו אלא שלקח את הדמים אם הוא במי שפרע:

והנה ראיתי להרמב"ם ז"ל בהלכות גניבה פרק ז' שכתב דסלע שנפחת' פחות משתות מותר לקיימה שכל פחות משתות רוב בני אדם מוחלים בו במשא ובמתן ע"כ. ולפי דבריו נראה דהא דפחות משתות הוי מחיל' היינו טעמא משום דסתם בני אדם מוחלין בו ואע"ג דאיכא מיעוט בני אדם דקפדי אפי' אפחות משתות לא חיישינן למיעוטא ולפי זה יראה דאם עדין לא נתן את הדמים שיכול לומר הלוקח אני לא מחלתי על זה דאני מאותו המיעוט דקפדי כיון דהוי מוחזק בדמים ועיין בריש פרק המוכר פירות ובתוספות ז"ל שם שכתבו דהיכא דהוא מוחזק יכול למימר מן המיעוט אנא. ומתוך דברי רשב"ם ז"ל בפרק המוכר פירות דף צ"ה ע"א נרא' דאפי' פחות משתות איכא אונאה אלא דאינו

חייב להחזיר וז"ל שוה בשוה אמר לי' מוכר ללוקח ובכך נתרצה לוקח ואם אינו שוה לא יתרצה והלכך בדין הוא דאפי' פחות משתות יחזיר מיהו לכך אינו מחזיר דכיון דלא ידעי כ"כ וכשו' דמי מחלי עכ"ל נראה קצת מזה דכל שעדין לא נתן לא יתן:

איברא דכל זה היה נרא' לפי טעמו של הרמב"ם ז"ל אבל הרא"ש ז"ל כתב בפסקיו דטעמא דעד שתות הוי מחיל' לפי שאין הלוקח והמוכר יכולים לכוין המקח בצמצום ודרך העולם למחול עד שתות ולפי דבריו איכא למימר דאע"פ שעדין לא נתן את הדמים לא מצי למיטען אני לא מחלתי ואפי' במיגו דהיה יכול לומר אני לא לקחתי כיון דדרך העולם למחול בזה כל הטוען כנגדו הוי טוען הפך תמורת המנהג דאפי' במיגו אינו נאמן כדמוכח במתני'. ולא דמי למ"ש בהגהת אשירי בפרק הזהב גבי שהה יותר מכדי שירא' לתגר וכו' דהיינו דוקא אם נתן המעות אבל אם לא נתן המעות מיגו דיכול לומר לו נתתי לך יכול לומר לו לא נתרציתי עכ"ל דהתם כיון דהוי שיעור אונא' דכולי עלמא קפדי בזה אלא שחכמים נתנו שיעור לחזר' בכדי שיראה משום דסתמא כיון דהיה יכול להראותו גמר ומחיל וכל ששהה יותר משיעור חכמים גמר ומחיל ומשום הכי מצי לומר זה אני לא נתרציתי למחול שהייתי סומך כיון דעדין לא נתתי הדמים ויכילנא לכפור ולומר לא לקחתי ממך כלום:

איברא שצריך לחקור בהיכא דאמרינן דאם שהה בכדי שיראה לתגר דהוי מחילה אם זה הוי אפי' כשעדין לא נתן הדמים כל כמה דלית לי' טענת מיגו מאיזה טעם הוי דאי משום דכיון דשתק גמר ומחיל סוף סוף היאך מתחייב ליתן יותר מדמי שיווי המקח הגע עצמך מי שלקח חפץ מחברו שוה אחד בתלת ועדין לא נתן הדמים אלא שמשך בלבד מי מתחייב באותה משיכה לתת לו ג' כמו שפסק ובפרק הספינה דף ע"ז ע"ב גבי מכר את הצמד לא מכר את הבקר פריך עלי' ולהוי ביטול מקח ומשני כי אמרינן אונאה או ביטול מקח היינו דוקא בכדי שהדעת טועה אבל בכדי שאין הדעת טועה אימור מתנה הוא דיהב לי' והתם גופי' איכא למיבעי' אי איירי בשכבר נתן הדמים דוקא דאמרינן מתנה הוא דקא יהיב לי' וכיון שבאו לידו זכה בה או דילמא אפי' בשלא נתן עדין הדמים אלא שבמשיכת הצמד נתחייב לתת לו אותה מתנה ומדברי הטור סי' ר"ך מוכח בהדיא דאיירי אפילו בשלא נתן הדמים עדין יע"ש. וראיתי להתוס' ז"ל בפרק בתרא דעבודת כוכבים דף ע"א בד"ה רב אשי אמר משיכה בעובד כוכבים אינה קונה וז"ל דהרוצה לחוש לסברת רש"י ור"ת יקנה הבהמה לעובד כוכבים וצריך שיתן העובד כוכבים הדמים וגם יעשה משיכ' אמנם אין צריך שיתן העובד כוכבי' שוה הראש והריאה אלא סגי שיתן פרוטה ואע"פ פשו' כפלים אין לחוש משום ביטול מקח דאנן סהדי דהישראל גמר ואקני כדי

להפטר מן הבכור' עכ"ל ולכאורה יש להקשות דהיכי ס"ד לומר בכה"ג לביטול מקח כיון דהוי בכדי שאין הדעת טוע' וכה"ג יש להקשות אדברי הרמב"ם ז"ל בפרק י"ב מהלכות מכירה ז"ל המחליף כלים בכלים אין להם אונאה אפי' אם החליף מחט בשריון שזה רוצה במחט יותר מן השריון ואיכא לאקשויי דבכה"ג מאי אפי' דקאמר והלא מחט בשריון הוי מידי שאין הדעת טועה ובכה"ג אפי' במקח וממכר אין להם אונאה ואי הוה אמרינן דההיא דפרק הספינה בשכבר באו המעות ליד הלוקח דזכה אבל כל זמן שלא באו לידו לא אפשר ליישב דברי הרמב"ם דאירי אפי' בשלא החזיק עדין בשריון שכן דרך החליפין כיון שמשך זה המחט זכה חברו בשריון אבל דברי התוס' עדין קשה דאירי אפי' בשמשך העובד כוכבים הבהמה אם כן היכי שייך לומר ביטול מקח ואפשר ליישב דנהי דמשך העובד כטכבים הבהמה מ"מ השתא ברשותא דישראל קיימא וכי אמרינן דכל היכא דאין הדעת טועה מתנה הוא דיהיב לי' היינו דוקא כשהמוכר מוחזק ויותר נראה דאין מעות קונות מקח ששוה כפלים וה"ט דלא גמר מוכר להקנות חפצו ללוקח בעד פרוטה שלקח מידו אם לא היכא דמכר בשיוויו דאז אם קיבל ממנו פרוטה תחלת פרעון קנה ועיין מ"ש לעיל גבי קנין מעות ובתשו' הרשב"א ז"ל שהביא הרב ב"י ז"ל סי' י"ב:

סימן יד

מי שמכר לחברו חפץ וא"ל ע"מ שאין לך עלי אונאה ונשבע הלוקח על זה אם יוכל מיד לתבוע אונאתו:

תשובה כתב הרמב"ם ז"ל בפרק י"ג מהלכות מכירה וז"ל אבל במפרש אין בו אונאה כיצד חפץ זה שאני מוכר לך במנה יודע אני בו שאינו שוה אלא חמשים על מנת שאין לך עלי אונאה אין לו עליו אונאה עכ"ל. וצריך להבין אמאי צריך לפרש כמה שיעור האונאה וכ"ת דכל שאינו מפרש כן אינו יודע כמה אונאה יש בו כדי שימחול וכמ"ש רבינו קשה דהא בלוקח מבעל הבית קיי"ל דאין בו אונאה ואע"ג דהתם לא ידע כמה שיעור האונאה אפ"ה כיון דסתמא הוי כאלו אמר ליה שיש בו אונאה וכמ"ש הגאון ז"ל סגי והוי מחילה וגבי המוכר ונושא ונותן באמונה נמי שאין בו אונאה כתבו דהיינו טעמא משום דלא נחית אדעתא דשיוויו והכא נמי כל שאמר לו יודע אני שאינו שוה כ"כ ויש בו אונאה הרי לא נחית אדעתא דשיוויו:

וראיתי להטור בסי' רל"ב בדין מוכר ונמצא בו מום שהביא דברי הרמב"ם שצריך לפרש שיעור האונא' כדי שימחול וכתב עליו דזה נוטה לצד דבריו שכתב שאין אדם מקנה לחברו דבר שאין בו קצבה. ונראה דסובר הטור דהא דקתני בברייתא יודע אני שאינו

שוה אלא חמשים לאו בדוקא הוא דצריך לפרש השיעור. ועיין מ"ש בסימן רכ"ז וזה הוא דעת קצת מפרשים שהביא ה"ה ז"ל שהברייתא לאו בדוקא ודלא כמו שהבין הל"מ. איברא דסוגיא דשמעתין הכי אזיל דקאמר הכא מי ידע דקא מחיל ופירש רש"י ז"ל הוא סבור שאין בו אונאה משמע דטעמא דלא מהני הוי משום דסבור שאין בו אונאה ומה שאמר לו על מנת שאין לך עלי אונאה פטומי מילי קאמר ושקר מדבר הא אי הוה מהימן ליה דיש בו אונאה מחילתו מחילה ואע"ג דלא ידע כמה הוי שיעור האונאה. איברא דבמס' סנהדרין אמרינן דפשרה צריכה קנין וכתב הרא"ש במציעא בפרק המקבל ואע"ג דמחילה אין צריך קנין הכא שאני משום דהוי מחילה בטעות דמצי לומר אלו הייתי יודע שיאמרו לי למחול כ"כ לא הייתי מתרצה ונראה דהכא נמי משיכת הכלי הוי קנין וגמר ומחיל איזה צד שיהיה ולדעת הרמב"ם ז"ל יש ליישב דס"ל דכל היכא דלא פירש לו שיעור האונאה לא גמר בדעתו למחול ובדעתו הוא לתבוע אונאתו מה שאין כן בלוקח מבעל הבית דליכא למימר דלא מחל ודעתו הוא לתבוע אונאתו שהרי אמרו הלוקח מבעל הבית אין לו אונאה וכיון דלא מצי לתבוע האונאה ע"כ גמר ומחל וכמו כן בנושא ונותן באמונה כמו שאכתוב בסמוך. ודעת הרמ"ה שהביא הנ"י בפרק השוכר את האומנין נוטה לדעת הרמב"ם ז"ל שכתב וז"ל אע"ג דקביל עליה כל מומין שבמקח אי אשכח ביה מום הוי מקח טעות כמו האומר ע"מ שאין לך עלי אונאה ולכאורה נראה דאיירי אפי' כשאמר לו המוכר שיש בה מומין וא"כ קשה מאי מייתי מאונאה דהתם לא פירש לו שיש בו אונאה אבל הכא כבר פירש לו שיש מום במקח אם לא שמפרש כפירוש הרמב"ם ז"ל דצריך שיפרש המומין או שיעור האונאה ולדעת הי"מ שהביא ה"ה ז"ל דאין צריך לפרש כמה שיעור האונאה אלא כל כמה דפירש ליה דאית ביה אונאה סגי וה"ט שאין זה נחית אשיווי הדמים וכמו שפירש הגאון גבי נושא ונותן באמונה דאין לו אונאה משום דלא נחית אשיווי הדמים ועד כאן לא אית ביה אונאה אלא בסתם לוקח ומוכר דסתמא שוה בשוה קא"ל כמבואר בפרק הספינה אלא דצריך להבין מאי שנא ממכור לי באלו דיש לו אונאה ואע"ג דלא נחית אשיווי הדמים. וראיתי להריטב"א ז"ל שפירש בההוא דנושא ונותן כפירוש הגאון ז"ל וטעמא משום דחייתא דקיטרי קביל עליה וגבי מכור לי באלו דאיכא מאן דאמר דאין לו אונאה פי' גם כן דה"ט משום דחייתא דקיטרי קביל עליה והשתא קשה אם כן בנושא ונותן באמונה אי איירי שהזכיר לו לשון מכירה אם כן אמאי אין לו אונאה ומאי שנא ממכור לי באלו דאע"ג דחייתא דקיטרי הוא יש לו אונאה משום דמכור לי קאמר ליה ואי הוה אמרינן דדין הנושא ונותן לא הזכיר לו לשון מכירה הוה אתי שפיר איך שיהי' בנדון דידן שנשבע הלוקח שלא יתבע

ממנו דין אונאה הרי זה גמר ומחיל ואע"פ שלא פירש לו שיעור האונאה ואף הרמב"ם ז"ל יודה בזה כנלע"ד:

סימן טו

ראובן שמכר חפץ לשמעון וא"ל ע"מ שתמחול לי האונאה או שא"ל ע"מ שאם יהי' בו אונאה שתמחול לי ונמצא בו אונאה ותובע ממנו אונאתו והמוכר אינו רוצה להחזיר לו האונאה ורוצה שיתבטל המקח הדין עם מי:

תשובה גרסינן בפרק הזהב על מנת שאין לך עלי אונאה רב אמר יש לו אונאה משום דלא ידע דמחיל דסבור שאין בה אונאה וצריך לחקור באומרו על מנת שאין לך עלי אונאה מה רצה לומר אם פירושו על מנת שלא תתבע ממני אונאה או רצה לומר על מנת שתמחול לי אונאה דאם רוצה לומר על מנת שלא תתבע ממני אונאה ובכה"ג דוקא הוא דיש לו עליו אונאה דכיון דלא ידע דמחיל אם כן נמצא מעמש"ב אבל אם התנה ע"מ שתמחול לי אונאה אין כאן מעמש"ב ואע"ג דלא ידע דמחיל התנאי קיים וכל שזה לא מחיל המכר בטל:

וראיתי להרב בסמ"ע שכתב בסי' רכ"ז ס"ק ל"ז שאין הטעם משום דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה אלא מתנה עמו שימחול לו האונאה שבה מבואר מדבריו דעל מנת שאין לך עלי אונאה רוצה לומר על מנת שתמחול האונאה ולפירושו קשה אם כן כיון שאינו מתנה על משכ"ב נהי דלא ידע דמחיל מ"מ אמאי התנאי בטל ויחזיר לו אונאה יכול לומר לו כיון שאין אתה מוחל הר' המכר בטל. ועוד קשה לפי' שהרי מדברי הרב בנ"י מבואר דטעמא הוי משום דהוי מעמש"ב שכתב וז"ל וכיון דלא מהני מטעם מחילה גם מטעם התנאי נמי לא מהני דהוי מעמש"ב וכן מוכח בהדיא ר"פ הכותב דקאמר התם א"ר הלכה כרשב"ג דאמר אם מתה יירשנה ולא מטעמיה דאלו רשב"ג סבר מתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל ורב סבר תנאו קיים ופריך ורב סבר תנאו קיים והא אתמר על מנת שאין לך עלי אונאה רב אמר יש לו עליו אונאה ע"כ מוכח מהכא דטעמיה דרב באונאה הוי משום מתנה על מה שכתוב בתורה דאי לא תימא הכי מאי קא פריך תלמודא ואחר שהוכחנו דטעמיה דרב משום מתנה על מה שכתוב בתורה באומר על מנת שתמחול לי האונאה כיון דלא הוי מתנה על מה שכתוב בתורה כמו שכתב הסמ"ע יראה דהתנאי קיים ולפי זה האומר על מנת שאין לך עלי אונאה רוצה לומר על מנת שלא תתבע ממני האונאה ומה שפירש רש"י ז"ל בשמעתין דבפרק הזהב באומר על מנת שאין בו אונאה אם אמר בלשון זה אין זה לשון מחילת האונאה וכו' אין ראיה לומר דע"מ שאין לך עלי אונאה רוצה לומר על מנת שתמחול האונאה ותלמוד מדבריו

דע"מ שתמחול האונאה לא יועיל אלא מחילת האונאה דקאמר רש"י ז"ל היינו לומר שלא יתבע ממנו אונאה וכן נראה מדברי התוס' ז"ל בפרק אע"פ דף נ"ו שכתבו בשם ה"ר אלחנן דלשון ע"מ שאין לך עלי אונאה ע"מ שאין לך עלי דין אונאה קאמר ומשום הכי הוי מתנה על מה שכתוב בתורה ומבואר מדבריהם שם דאם אמ"ל ע"מ שתפטור לי האונא' או שתמחול לי האונא' הרי זה יכול ולא חשיב מתנה עמש"ב והרמב"ן ז"ל ג"כ בחידושיו פרק יש נוחלין כתב דעל מנת שאין לך עלי שאר כסות כיון דאמר ע"מ כמאן דא"ל ע"מ שלא אתחייב לך בשאר כסות דמי והא חייב לה מן התורה אבל א"ל על מנת שתמחול לי שאר וכסות תנאו קיים ואפי' לר' מאיר ודמי לעל מנת שלא תשמטני בשביעית ובע"מ שאין לך עלי אונאה ר"מ סבר לאו כלום הוא אלא אם כן ימחול לו ולאו כל כמיניה שלא יתחייב לו ור' יהודא סבר בידו לומר שלא יתחייב לו שהרי מוחל הוא שלא אמרה תורה שיתחייב בעל כרחו עכ"ל למדנו מדבריו דלא מיקרי מתנה על מש"ב אלא במי שאינו רוצה מעיקרא להתחייב עצמו כדין תורה אבל במתנה ואו' שימחול אין זה חשיב מעמש"ב:

איברא דיש להבין בדבריהם במ"ש דע"מ שאין לך עלי רוצה לומר שלא אתחייב ומשום הכי חשיב מעמש"ב דהא בפ"ק דמכות משוה תלמודא ע"מ שלא תשמטני בשביעית לאומר על מנת שאין לך עלי אונאה ומשמע דע"מ שאין לך עלי אונאה רוצה לומר ע"מ שלא תתבע לי אלא תמחול לי וכ"כ התוס' שם דע"מ שלא תשמטני שביעית דמי לע"מ שאין בו אונאה דלא אמר כלום שאין בידו לומר שלא תחול איסור לאו דלא תונו דע"כ הוא חל וה"נ אין בידו לומר שלא יחול איסור שביעית אבל כי אמר ע"מ שאין לך עלי אונאה תנאו קיים שאינו אלא שמתנה עם חברו שימחול לו וכ"כ בשביעית שיתחייב לפרוע לו בתר שביעית והשתא קשה על דברי התוספות שכתבו דעל מנת שאין לך עלי אונאה רוצה לומר שאין לך עלי דין אונאה ודמי לעל מנת שלא תשמטני שביעית. ונראה לע"ד ליישב לפי דבריהם דמאי דמשוה להו תלמודא לאו לגמרי משוה להו אלא ה"ק כי היכי דיש חילוק באונאה בין היכא דמתנה עם חבירו להיכא שאינו מתנה עם חברו אלא שרוצה שלא יחול שם אונאה הכי נמי גבי שביעית כל היכא דאינו מתנה עם חברו אלא שרוצה שלא יחול שביעית לאו כל כמיניה ומיהו לא דמי לגמרי דעל מנת שאין לך עלי אונאה רוצה לומר שמתנה עם חברו שלא יתבע ממנו דין אונאה והוה חשיב מתנה על מה שכתוב בתורה אילולי דס"ל לשמואל דמי יימר דקעקר אבל על מנת שלא תשמטני בשביעית אין זה מתנה על מה שכתוב בתורה ואפי' רב מודה בזה דמהני דחשיב כאלו א"ל ע"מ שתמחול לי האונאה. ולפי זה נראה דהאומר בהדיא ע"מ שתמחול לי האונאה

דתנאו קיים אף על גב דלא ידע ומחיל מ"מ תנאו קיים לענין שאם אינו רוצה למחול לו הרי המקח בטל. אבל מדברי התוספות בפ"ק דמכות לא משמע הכי וכמש"ל שכתבו דעל מנת שאין לך עלי אונאה רוצה לומר שלא תתבע האונאה אלא תמחול לי ואפי' הכי קי"ל דלא מהני משום דלא ידע דמחיל ומכח תנאו נמי ג"כ לא מהני דחשיב מתנה על מה שכתוב בתורה ויש ליישב דברי התוס' באופן אחר ומכל מקום נראה לי דעד כאן לא אמרו אלא באומר שאין לך עלי אונאה דע"מ זה אינו כשאר ע"מ דבעלמא שהוא תנאי גמור שגוף המעשה תלוי בקיומו של תנאי או בביטולו כאומר הרי זה גיטך על מנת שתתני לי מאתים זוז שאם נתנה הרי זה גט ואם לא נתנה אינו גט אלא על מנת האמור כאן רוצה לומר דמהשתא חל המעש' בלא תביעת אונאה ומעכשיו יהא מחול לו האונאה והיינו טעמא דמפרשינן הכי דאם הי' כונתו לומר דגוף המעשה תלוי דאם ימחול לו יתקיים ואם לא יתבטל המכר הי' לו לומר ע"מ שתמחול לי האונא'. וקרוב לזה כתב הרשב"א ז"ל בתשו' החדשות סי' ק"מ. ומ"ה כיון דזה רוצה דמהשתא יחול המקח לגמרי ויהא מחול לו האונאה מעכשיו הרי זה לא אמר כלום דזה לא ידע עדיין כדי שימחול לו וכיון דאין כאן מחילה נמצא מתנה על משכ"ב אבל באומר על מנת שתמחול לי האונאה הרי זה כמי שא"ל שגוף המכר תלוי ואם יתקיים התנאי וימחול לו לכשידע שיש בו אונאה יתקיים המכר ואם לא ירצה למחול יהא המכר בטל וכ"כ הר"ש בר צמח בתשובה ואין צריך לומר היכא דפיר' לי' הכי בהדיא וא"ל ע"מ שאם יהי' בו אונאה שתמחול לי דמשמעותו הוא דלאחר שידע ויתברר שיש בו אונאה שימחול לו ועוד נראה לע"ד דאפי' היכא דא"ל אני מוכר לך חפץ זה ע"מ שלא תתבע ממני אונאה ואם תתבע ממני אונאה לא יהא מכר תנאו קיים שהרי המקח תלוי ועומד ואין זה ודאי קעקר וכדאמרינן בפרק המגרש לא תיכול ולא תתגרש הכא נמי יתבע אונאה ולא יהא מכר:

סימן טז

מי שמכר חפץ לחברו ואמ"ל הלוקח שאם יהי' לו אונאה עד כך וכך לא יתבע ממנו אונאתו אם יוכל עוד לתבוע אונאתו או לא:

תשובה באומר ע"מ שאין לך עלי אונאה דלא מהני משום דלא ידיע דסבור שאין בה אונאה צריך להבין דלפ"ז קשיא הילכתא אהילכתא דהכא קי"ל דיש בה אונאה משום דהוי מעמש"ב ואלו גבי ירושה קי"ל דלא כרשב"ג ואע"ג דהתם נמי לא ידע שתמות אשתו קודם וכמ"ש התוס' בריש פ' הכותב וגבי שביעית נמי קי"ל דאם אמר ע"מ שלא תשמטני בשביעית תנאו קיים והתם נמי לא ידע דסבר שיפרע לו קודם וכמ"ש התוס' פ"ק דמכות, וראיתי להרשב"א ז"ל בחי' שפי' דהכא גבי אונאה היינו טעמא משום דסבר פטומי מילי

קאמר ליה ולאשבוחי דעתי' קא"ל ומהר"ר בצלאל ז"ל הביא בשם הריב"ש ז"ל דטעמא דאונאה משום דסבר אנא בדיקנא בזבני' אלין ושוו כמה דיהבנא אבל הכא שיודע שיש לו זכות בנכסים אע"ג דלא ידע אם ימות קודם מחילתו מחילה ומתוך דברי הרמב"ם ז"ל נראה כן שכתב בפי"ב בדין אונאה דצריך שיאמר לו יודע אני שיש בו אונאה וכו' ואלו גבי מכר חפץ ונמצא בו מום בפט"ו כתב דכל שא"ל הלוקח כל שימצא במקח זה אני מוחל וקבלתי אותו הרי זה שפיר עכ"ד ומשמע מדבריו שם דאע"ג דלא ידע עדיין שיש לו מום הויא מחילה ולכאורה קשה דגבי אונאה כתב דצריך שיאמר לו יודע אני שיש בו אונאה אבל לפי מה שכתבתי אתי שפיר דעד כאן לא בעינן שידע ואם לאו אין מחילתו מחילה אלא כשהתנ' המוכר דאז סבר הלוקח דפטומי מילי הוא דקא"ל מוכר ולא כיון למחול דסבר שאין בהם אונאה אבל היכא שהתנ' הלוקח ואמר ליה כל אונאה שימצא במקח זה עד סך מה אני מוחל לך הרי אנו רואים שנתרצ' למחול ואע"ג דלא ידע מחילתו מחילה ומידי דהוה אירושה דמהני ואע"ג דלא ידע שמת הוא קודם וכה"ג אשכחן בפ' השוכר את הפועלים גבי מתני' דמתנ' ש"ח להיות פטור משבוע' והשואל להיות פטור מלשלם וס"ד דתלמודא דמתני' ר"י היא דוקא דס"ל בדבר שבממון תנאו קיים כלומר משום דממון ניתן למחילה ואע"ג דאיכא למימר מי ידע דקא מחיל דילמא לא תיאנס אלמא מוכח דאפי' היכא דלא ידע כל היכא דחזינן דגמר בדעתו למחול הויא מחילה וכי תימא א"כ מאי מקשה תלמודא בר"פ הכותב לר' דאמר תנאו קיים מההיא דאונאה ומאי קושיא דילמא אונאה שאני משום דסבר בדעתי' שאין בו אונאה וכמ"ש איכא למימר דלא פריך התם אלא כלפי מאי דקאמר דרשב"ג סבר כר"מ דאמר דאפי' בדבר שבממון תנאו בטל ואע"ג דנתרצה הבעל למחול משום דהוי מעמש"ב ורב נמי ס"ל הכי דחשיב מתנה עמש"ב אלא דס"ל דמתנה עמש"ב תנאו קיים ולזה פריך שפיר מאונאה דאית לי' לרב מעמש"ב תנאו בטל ואשכחן נמי דמחיל' מהנייא אפי' היכא דלא ידע מאונאה גופיה דקי"ל דאם שהה בכדי שיראי' לתגר הרי זה מחילה ואע"ג דלא ידע והרשב"א ז"ל בתשובה הביאה הרב ב"י ז"ל בסי' י"ב כתב ז"ל ועוד תדע שהנכון שלפנינו כשרה ואפי' לא נאנס כלל סבור הי' שאין בידו יותר ונמצא שיש לו ואפי' כתב הריני מוחל לך בדלא אניס לא מהני עד שיאמר לו יודע אני שיש לי בידך יותר וכדתני' גבי אונאה וכו' עכ"ד אבל לפי מ"ש לעיל לדעת הר"מ ז"ל אין נראה כן ועפ"י מ"ש יתיישב שפיר דגבי נושא ונותן דאין לו אונאה פי' הגאון ז"ל דהיינו טעמא משום דלא נחית אדעתא דשיווי הדמי' והקשה על זה מהרי"ט בח"מ סי' י"ט דנהי דלא נחית על השווי אלא על הדמים שלקח בין שלקח ביוקר בין שלקח בזול ותהוי כמו שאמר בפי' ע"מ שאין לך עלי אונאה מ"מ

אכתי לא ידע שיש בו אונאה דמחיל עכ"ד ולע"א אין כאן קושי' דע"מ שיש בו אונאה הוא סבר שאין בו אונאה ואאומדנא דידי' סמך דסבור דשוה כמה דיהיב ומה שא"ל ע"מ שאין לך עלי אונאה לאשבוחי דעתי' קא"ל ופטומי מילי הוא אבל בנושא ונותן באמונה דלא שייך לומר הכי שהרי סתם לקחו ע"מ ליתן כמו שלקחו בין רב בין מעט וחייתא דקיטרי סבר וקביל וכמ"ש הריטב"א ז"ל בחי' בכה"ג הוי מחילתו מחילה וכמ"ש לעיל איברא דכל זה ניחא לפי' הגאון ר"ח שפי' ההיא דנושא ונותן באמונה דבסתם לקחו ולא פי' בשעת המקח בכמה לקחו דהא ודאי לאו אאומדנא דידי' קא סמיך שהרי עדיין לא ידע כמה אלא חיותא דקיטרי קביל עליה בין רב בין מעט אבל לפי מ"ש הר"מ ז"ל שמתחלה אמ"ל כך וכך לקחתיו עדיין מצי לטעון סבור הייתי שכך היה שוה ודמי למכו' לי באלו דיש לו עליו אונאה אע"ג דלא נחית אדעתא דשויו וחייתא דקיטרי הוא אפ"ה כיון דאמר לו בלשון מכיר' יש לו עליו אונאה כלומר דסתם מכירה היא שוה בשוה כמבואר בפ' המוכר פירות דף צ"ה:

סימן יז

האומר לחברו חפץ זה שאני מוכר לך אין בו אונאה ונמצא שיש בו אונאה פחות משתות מהו הדין וראיתי לרש"י ז"ל בפ' הזהב דף נ"א באומר לחברו ע"מ שאין בו אונאה יש בו עליו אונאה שפי' ז"ל שלשון זה אינו מחילת אונאה אלא תביעת אונאה והרי יש בו והוי מקח טעות ואם רצה חוזר בו כדין מקח טעות. ולפי פירושו איכא לספוקי בנדון דידן בתרתי חדא דאיכא לפרושי ולומר דעד כאן לא פי' רש"י ז"ל דהוי מ"ט אלא בשהתנה ואמר בלשון תנאי דאז ודאי כל שנמצא שיש בו אונאה המקח בטל אבל בנדון דידן שלא הוציא דבריו בלשון תנאי אלא שאמר לו דע שאין בו אונאה איכא למימר דלא מפני זה יתבטל המקח אלא יחזיר האונאה כדינו ומדברי התוס' בסוגיין נראה קצת דלשון ע"מ האמור כאן לאו דוקא אלא כל שאמר לו אני מבטיחך שאין בו אונאה המקח בטל לסברת רש"י ז"ל. ועוד איכא לספוקי דדילמא מה שאמר זה שאין בו אונאה לאו על פחות משתות התנה דכיון דפחות משתות לא קפדי ביה אינשי סתמא דמלתא כי מתני איניש היינו במידי דרוב בני אדם מקפידים עליהם ואיכא למימר דמה שאמר שאין בו אונאה על שיעור אונאה קא אמר דהוי מידי דקפדי ביה אינשי וכיוצא לזה מצינו לענין קדושין בפרק האומר דף ס' ע"ב דהמקדש את האשה וא"ל ע"מ שיש לי בית כור עפר במקום פלוני ונמצא שאין לו באותו מקום דאינה מקודשת שכתב הרשב"א ז"ל דאם יש לו במקום אחר בקרוב מקום כמוהו מקודשת וטעמא דכיון שאין קפידא בדבר סתמא דמלתא אין אדם מתנה בדוקא אלא במה שדרך בני אדם להקפיד:

איברא דראיתי חולקים עליו ואמרו דאף על פי דסתם בני אדם אינם מקפידים על זה מ"מ כל שהתנ' הרי לא נתקיים התנאי והביאו ראיה לזה מההיא דעל מנת שביתי רחוק מן המרחץ ונמצא קרוב דאינ' מקודשת ואמרי עלה בירושלמי דה"ט שיכולה לומר בעינא מטרפסא אזלא ומטרפסא אתא וזו ודאי אינה קפיד' אצל רוב בני אדם ואע"פ כן כל שהתנה עלי' ונמצא הפך תנאו יכולה היא להקפיד בכל שהוא זהו דעת ה"ה והר"ן. אבל אני בע"ד נראה לי ליישב סברת הרשב"א ז"ל ולא דמי לאותה שהביאו מההיא דרחוק ונמצא קרוב דהתם הרי התנה בהדיא ע"מ שהוא רחוק ודמי לע"מ שאין עליך שום נדר דאם נמצא עליה אפי' נדרים שאין בהם קפידא אינה מקודשת שהרי לא נתקיים תנאו מה שאין כן באומר ע"מ שיש לי בית כור במקום פלוני דאיכא למימר דמעיקרא לא התנה אלא לאפוקי שלא יהא רחוק ממנו דאיכא קפידא בזה אצל סתם בני אדם אבל לא לאפוקי מקום אחר קרוב כמוהו דכיון דליכא קפידא בזה אצל סתם בני אדם דמה לי הכא מה לי התם לזה ודאי לא התנה ודמי למקדש את האשה על מנת שאין עליה מום ונמצאת לה מום חוץ מהמומים הפוסלים הרי זו מקודשת והוא הדין הכא בנדון דידן איכא למילף דמה שאמר על מנת שאין בו אונאה על שיעור אונאה קאמר דקפדי בה אינשי ועוד איכא למימר דכל פחות משתות לא מיקריא אונאה ואפשר דאפי' הר"ן וה"ה ז"ל יודו בזה האמנם ראיתי דדבר זה במחלוקת שנוי דהרב ב"ח ז"ל ס"ל דאפי' פחות משתות הוי מקח טעות אבל הסמ"ע חולק על זה והב"ח דקדק מפירוש רש"י ז"ל שכתב ואם חזר בו לגמרי דלגמרי דקאמר ר"ל אפי' הוי פחות מאונאה אבל לע"ד אינו נראה כן מפירוש רש"י אלא ה"ק לא תימא דהמקח קיים ויחזיר האונאה אלא רצה חוזר והמקח בטל והשתא אפשר לדקדק איפכא דלא קאמר אלא דאם יש בו אונאה הוי ביטול מקח אבל פחות מאונאה לא:

וראיתי להראב"ד ז"ל בפרק ז' מהלכות גניבה על מה שכתב הרמב"ם בסלע שנפחתה פחות משתות מקיימא במשא ומתן כתב על זה הראב"ד ז"ל ואף במשא ומתן אם נתנו בחזקה שלימה הרי זה מקח טעות עכ"ל. ונראה לי בע"ד דכונת הראב"ד ז"ל לומר דנהי דבסתמא הוי הכי מיהו אי א"ל הנותן שהיא שלימה דמי לא"ל שאין בו אונאה דהוי מקח טעות ואפי' בפחות מכדי אונאה כן נ"ל אע"פ שהרב המגיד לא הבין כן ומיהו אין מכאן ראיה לנ"ד דהתם א"ל בהדיא שהוא שלימה ונמצא שאין הדבר כן אבל הכא דאמר לו שאין בו אונאה שיעור כדי אונאה קאמר דפחות מזה לא קפדי ביה אינשי ולא מיקרי אונאה ובפרק המוכר פירות דף צ"ה גבי אם בא לנפות מנפה את כולו מ"ט וכו' ומייתי ראי' ממתניתין דקתני שתות קנה ומחזיר אונאה אלמא כל היכא דבעי לאהדורי

כולי מהדר ודחי לה הכי השתא התם שוה בשוה קא"ל מעיקרא ופירש רשב"ם ז"ל שוה בשוה אמ"ל מוכר ללוקח ובכך נתרצה ואם אינו שוה לא יתרצה והלכך בדין הוא דאפי' פחות משתות יחזיר אלמא דאע"ג דסתמא כל מוכר חפץ לחברו חשיב כאלו פירש וא"ל שוה בשוה אפ"ה כל שהוא פחות משתות הוי מחילה. אלא דלפ"ז לכאורה תיקשי על הראב"ד במ"ש דאם נתנו בחזקת שלימה אפילו פחות משתות הוי מקח טעות אם לא שנאמר דנהי דבסתמא הוי דינא הכי דכל פחות משתות הוי מחילה מיהו היכא דפירש כל לישנא יתירה לטפויי אתא וכיוצא לזה מצינו שכתב הטור בשם הרמ"ה בסי' רכ"ט שאם א"ל פירות יפות צריך ליתן פירות שכולם יפות ובסתם רובע בחטים ואע"ג דסתמא כל מאן דיהיב זוזי אפירי שפירי יהיב ולפ"ז בנ"ד דפריש ואמר שאין בו אונאה הוי לישנא יתירה ואפי' אפחות משתות התנה:

איברא דאיכא למימר דטעמו של הראב"ד שכתב דהוי מקח טעות היינו משום דהוי דבר שבמשקל וכל דבר שבמשקל אפילו בכל שהוא חוזר ואע"ג דהסלעים אין עוברים במשקל אלא במנין מיהו היכא דא"ל שהיא שלימה נעשה כדבר שבמשקל ולפי זה איכא למימר דבנדון דידן שלא התנה בלשון תנאי הגם דא"ל שאין בו אונאה ונמצא שיש בו לא מיקרי זה מקח טעות הא למה, זה דומה למי שהחליף דינר וא"ל המחליף שהיה נחלף במ' ונמצא שהי' נחלף במ"ה דאונאה מיקרי ולא מקח טעות ומה שפי' רש"י ז"ל דהוי מקח טעות היינו היכא דהתנה שא"ל ע"מ שאין בו אונאה דנמצא הפך תנאו וכיון דהוי מקח טעות איכא למימר דאפילו פחות משתות חוזר אבל כי לא התנה כיון דלא הוי מקח טעות אלא אונאה אע"ג דשוה בשוה אמ"ל אפ"ה כל פחות משתות הויא מחילה וגדולה מזו מצינו שכתב הרב ב"י ז"ל בסוף סי' רל"ג דאם מכר לחברו כסף סיגים בחזקת כסף צרוף דכל שהוא פחות משיעור אונאה אינו חוזר ועיין מ"ש לעיל בזה והיכא דהתנה על מנת שאין בו אונאה נראה כסברת הב"ח דאפי' נמצא בו אונאה פחות משתות המקח בטל וה"ט דאפי' בסתמא כל המוכר לחברו שום חפץ סתמא שוה בשוה קא א"ל שאין בו שום אונאה וכמו שפירש רשב"ם ז"ל בפרק המוכר פירות בסוגיין הנ"ל וז"ל שוה בשוה א"ל ואם שוה לא יתרצה והלכך בדין הוא דאפילו פחות משתות יחזיר מיהו לכך אין מחזיר דכיון דלא ידיע כל כך וכשוה דמי מחיל עכ"ל דומה זה לגוזל פחות משוה פרוטה דאע"ג דאיסורא קא עביד אינו חייב להחזיר משום דמחל ועדיין יש לדחות זה לומר דכל שהוא פחות משתות אפילו אם אמר ע"מ שאין בו אונאה ובכלל תנאו נכנס אפי' פחות משתות מ"מ אין המקח מתבטל וטעמו של דבר מבואר מכלל דברינו ולפי מה שכתבנו לעיל היה נראה דנפשט ספיקו של הרא"ש שכתב דאסור להונות אפילו פחות משתות

כמבואר בסוגיין דפרק המוכר פירות הנז' דסתם מוכר שוה בשוה א"ל ואם אינו שוה לא יתרצה לוקח אבל מדברי הרמב"ם בפ"ז מהל' גניבה שכתב שכל פחות משתות רוב בני אדם מוחלין בו במשא ומתן ויכול לקיימא לכתחלה וכו' אין נראה כן דלשון כל כללא הוי ונראה שהוא מפרש שם בפרק המוכר פירות הכי דהמוכר שוה בשוה קא א"ל אלא שהלוקח מרוצה מחמת דלא ידיע כל שהוא פחות משתות וכן נראה מדברי הר"מ ז"ל שכתב בפכ"ט מה' מכיר' דקטן שנשא ונתן דינו כדין הגדול פחות משתות מחילה והשיג עליו הראב"ד דיתמי לאו בני מחילה נינהו וה"ה כת' ע"ז דכיון דחכמים תקנו כו' הם תיקנו שיהא טעותם כגדול וגדולה מזו אמרו מתנת' מתנה עכ"ל ואיברא דאי משום תקנה הוא אתי שפיר דהפקר ב"ד הפקר אבל ממה שאמרו מתנתם מתנה ליכא ראי' דהתם מדעתו קא יהיב אבל הכא מי קא ידע ואדרבא לא נתרצה למכור אלא בשיוויו ממש ובכה"ג איכא למימר דאין מכירת הקטן מהני ועיין בדין יתומה שהשיאה אמה או אחיה מ"ש הר"ן ור' ברוך בהגהת אשירי בפ' מציאת האשה יע"ש אם לא שנאמר שכל הנושא ונותן אדעתא דהכי נחית מעיקרא ואינו מקפיד על אונאה פחות משתות, איברא מדחזינן דשליח שטעה בכל שהוא דחוזר נראה דאפילו אפחות משתות קפדי אינשי ואינם מתרצים ליקח דבר שיש בו אונאה כל שהוא וכסברת רשב"ם ז"ל ומשום הכי בשליח המקח בטל אפי' בכל שהוא ומה שאמרו ביתמי פחות משתות הוי מחילה היינו טעמא דכיון דהגיעו לעונת הפעוטות דינו כדין הגדול שהרי יש בו דעת למחול ומה שאמרו קטנים לאו בני מחילה נינהו בפרק אלו מציאות ובס"פ השוכר את הפועלים איירי בקטנים שלא הגיעו לעונת הפעוטות וכן נראה שהוא דעת הרמב"ן ז"ל בתשו' סי' ב' (א"ה עיין בתשו' הריב"ש ז"ל סוף סי' תס"ח) ועיין בתשו' המבי"ט ולפי זה יצטרך לומר דמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ז מהלכות גניבה שכל פחות משתות רוב בני אדם מוחלין בו איירי במטבע דוקא והיינו טעמא משום דסגי לי' ואינו מפסיד כלום ומ"ה מצי להוציאם ביפה ולכאורה נראה דלפי סברא זאת דאפילו פחות משתות אסור להונות אם נתן הדמים ועדין לא משך יכול הלוקח לחזור ואפילו מי שפרע ליכא גבי' כיון דהמקח נעשה באיסור ועבר על לאו וכמו שכתב הרא"ש ז"ל דאפי' בפחות משתות עובר על לאו דלא תונו איברא דלפ"ז ימצא מלקות באונאה וזה לא שמענו:

סימן יח

חד מהשותפין שמכר מידי מהשותפות ונתאנה בפחות משתות מהו מי אמרי' דהוי כשליח שנתאנה ואפי' בפחות משתות מצי א"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי ואפי' נימא דשותף עדיף משליח וחשיב כאפטרופוס הא כתב הרמב"ם ז"ל דאפוטרופוס שנתאנה

אפי' בפחות משתות חוזר. וראיתי להרב בפ"מ בח"א סי' ל"ב שהביא מדברי הר"ן בפרק בני העיר שנראה דשותף שנתאנה לא חשיב כשליח אלא כמוכר את שלו וכ"כ הרב בעל ש"ך בח"מ סי' ע"ז ס"ק ח"י וז"ל ואין לומר דכי היכי דאם בא בהרשאה אינו יכול למחול הוא הדין היכא שהשטר כתוב על שניהם דהא בלאו הכי יש חילוק בין שליח לשותף דהשליח שטעה קי"ל דאפילו בכל שהוא המקח בטל שיאמר, לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי אבל בשותפים שדרך הוא שכל אחד ואחד יש לו כח לעשות מה שירצה הוי כאלו התנה עמו בין לתקן בין לעוות דמועיל מחילתו עכ"ל. ולדעתי עדיין צריך להבין כשהתנו השותפין להשתדל לקרב התועלת ולהרחיק הנזק אם עבר ונתאנה מהו ועיין בנ"מ בשותף שמחל דאף חלקו אינו מחול שהרי הכל משועבד לחברו לזמן שקצבו ביניהם. (א"ה עיין בסמ"ע בסי' רכ"ז ס"ק מ"ב שכתב גבי סרסור שכיון שיש לו שייכות במקח טפי אין דינו כדין השליח יע"ש):

סימן יט

והיכא דידע הלוקח שיש במקח אונאה ולקחו על דעת לתבוע אונאתו אח"כ ע"ז גרסינן בפ' הזהב ההוא גברא דהוה קא מזבין ורשכי קרי שיתא ושוין חמשא אתא ההוא גברא ואמר אי יהיבנא ליה חמשא ופלגא הויא מחילה אתן ליה שיתא ואתבעיה לדינא אתא לקמיה דרבא א"ל בעל הבית אין לו עליו אונאה משמע דכל שאינו ב"ה יש לו עליו אונאה ואע"ג דידע ביה מעיקרא דלא הוה שוה כי אם חמשה ולכאורה איכא לאקשויי ע"ז מההיא דפרק הספינה שאמרו שם דכל היכא דאין הדעת טועה לא שייך ביה אונאה וביטול מקח דאימור מתנה הוא דיהיב ליה וראיתי להב"ח שכתב דהכא דאיירי כשאמר כן בפני עדים שאין דעתו למחול אבל לע"ד היה נראה דע"כ לא אמרו מתנה הוא דיהיב ליה אלא היכא דהוי יותר מכדי אונאה דליכא למימר שכוונתו היה לתבוע האונאה דיותר משתות בטל מקח אבל הכא דעתו היה לתבוע האונאה ולקיים המקח ולדברי הב"ח שפי' דאיירי הכא כשאמר כן בפני עדים א"כ מאי קא"ל רבא דלוקח מבעל הבית אין לו אונאה ופי' רש"י דחשיב כאילו א"ל יודע אני שיש בו אונאה דאין לו אונאה. התם שאני משום דגמר לוקח ומחל אבל הכא הרי פירש דבריו בפני עדים שאינו מוחל לו האונאה ועוד אי איירי שאמר כן בפני עדים מאי קאמר שם אי אתן ליה חמשא ופלגא הוו מחילה הלא כל שגילה דעתו שאינו מוחל אפי' בפחות מכדי אונאה נמי יכול לתבוע אונאתו אבל לפי מה שפירשנו דאיירי כשאמר כן בינו לבין עצמו אתי שפיר:

אבל קשה דבריש פ' הרבית מוכח דאונאה לא שייך אלא כשלא ידע הלוקח דקאמר שם מה לאונאה שכן לא ידע דמחיל תאמר ברבית דידע ומדעתו קא יהיב ליה וכו'. ויש

ליישב דה"ק דבאונאה לא מחיל אי משום דלא ידע ואפי' כי ידע לא גמר למחול שדעתו היה לתבוע אונאתו והייתי סבור לומר דהא דמצי טעין לומר לא מחלתי אע"פ שידע היינו במיגו דאי בעי הוה שתיק ולא היה אומר שידע מעיקרא שהיה בו אונאה. אבל מההיא דקאמר ר' יהודה תגר אין לו אונאה ומיירי בתגר ספסירא דלית ליה מיגו למיטען לא ידעתי ואפ"ה פליגי רבנן עליה משמע דאפי' כי לית מיגו נאמן לומר לא מחלתי וכן נראה מדברי ראב"ן ז"ל יע"ש והנכון לומר דכל היכא דהוי בכדי שאין הדעת טועה דניכר לכל דלא משום דלא ידע הוא דקא עביד אלא ידע ומחל אז ודאי מתנה הוא דיהיב ליה אבל כל היכא דהוי בכדי שהדעת טועה ליכא הוכחה דמשום מתנה הוא דיהיב ליה דשמא דעתו היה לתבוע אונאתו וכל זה אינו אלא היכא דהאונאה הוי שתות דהמקח קיים אבל אי הויא יותר מזה דהוי ביטול מקח לא מצי לומר הכי דאפוכי מטרתא למה ליה למיעבד ומ"ש הסמ"ע דהיה לו למור"ם לפרש כדי שנדע לחלק הלא דבריו מפורשים שכתב לתבוע אונאתו והיינו בשתות דוקא:

סימן כ

וב"ה אין לו עליו אונאה משום דמאני תשמישי' יקירי עלי' וכתב הרמ"ה ז"ל הביאו הטור בסי' רכ"ז לא שנא מכר ב"ה ואינה או נתאנה לא שנא לקח ואינה או נתאנה וכ"כ המרדכי בשם ר"ת ז"ל דאפי' לקח בע"ה ונתאנה אין לו אונאה דב"ה מאני יקירי עלי' ולוקחן ביוקר יע"ש ובפ"ק דקדושין דף"ח גבי עגל זה לפדיון בני כתב הר"ן ז"ל ולא אמרן אלא כגון רב כהנא שהוא אדם חשוב ופעמים שהוא נותן דמים הללו כדי להתייקר בו וכ"כ הריטב"א ז"ל ודקדק משם דשמעינן מהכא שהלוקח חפץ בשיתא ובשוק לא שוה אלא חמשה אי להאי לוקח שוה שיתא אין בו אונאה דבתר דידיה אזלינן ולדידיה שוה שיתא עכ"ל וזה נוטה קצת לסברת ר"ת אבל בר"פ איזהו נשך אמרו מה לאונאה שכן דרך מקח וממכר ופי' רש"י ז"ל ויש בני אדם שצריכים לחפץ וקונים אותו ביותר משוייו נראה דאפי' באינש דיקירי מאני עלי' יש בו דין אונאה כל כמה דלא ידע וההיא דקדושין אינה ראי' דהתם שאני דסבר וקביל אבל כשלא ידע אפי' אם הוא רגיל להתייקר בכלים כאלו בכ"כ דמים מכל מקום השתא מיהא לא ידע וסבור שבשוייו הוא לוקח וכי כל מה שלוקחים בעלי בתים לוקחים ביותר משוייו:

סימן כא

כתב הרא"ש נ"ל כיון דהוי טעמא משום דהוי כמפרש צריך שידע הקונה שהמוכר הוא ב"ה הלכך מחל על אונאתו אבל אי לא ידע שהוא ב"ה וכו' יש לו אונאה ולעד"נ דלפי האי טעמא לא סגי אלא שיכול לתבוע אונאתו אבל אם ירצה המוכר לבטל המקח אפי'

בשתות יכול משום דמאני תשמישתיה כיון דיקירי עלי' לא מזבין להו אי לאו בדמי יקירי:

סימן כב

במאי דקי"ל דאם שהה יותר מכדי שיראה לתגר או לקרובו אפי' לקח שוה מנה במאתים אינו יכול לחזור ולא לשאול אונאתו כתב הטור ז"ל בסי' רכ"ז דיש לדקדק מלשון הרא"ש ז"ל שאם מברר שאירעו אונס יכול לחזור בו עדיין עכ"ל. ולכאורה צריך להבין אמאי צריך בירור דהוי איהו ברי ואידך שמא ובכה"ג נראה דברי ושמא ברי עדיף וכ"כ הרב בעל התרומות בשער מ"ו ח"ד סי' ג' וז"ל ומסתברא דדוקא כי שתיק ולא תבע ניהליה באותו יתרת הוא דאין חייב להחזיר אבל אי אתי בתר הכי ואמר טופיינא יתירת' יהבית לך וטעיתי אע"פ שהוא בכדי שאין הדעת טועה ויש לנו לומר דילמא מעיקרא יהבינהו ניהלי' בתורת מתנה והשתא הוא דקא בעי למהדר אפ"ה מחזירין לו דאיהו ברי ואידך שמא ובכולא גמרא קי"ל ברי ושמא ברי עדיף עכ"ל. (א"ה כיון דאונס' לא שכיח לא הוי טענה טובה אפי' כי טעין ברי עד שיברר בעדים):

סימן כג

כתב הרב ב"י בסי' רל"ב בשם הר"ן ז"ל אהא דתנן מדה בחבל פחות כל שהוא ינכה יתר כל שהוא יחזיר ואע"ג דכל דבר שבמדה חוזר שאני הכא דכיון דא"ל מדה בחבל לפי מדה בחבל קא אמר הא לאו הכי כל שאי אפשר להשלים בטל מקח לגמרי וכו' עד וכן כתב הרמב"ם פט"ו מהלכות מכירה וז"ל הרמב"ם המוכר לחברו במדה וכו' וטעה בכל שהוא חוזר כיצד מכר לו מאה אגוזים ונמצא צ"ט נקנה המקח ומחזיר את הטעות וכתב הרב המגיד ז"ל שכ"כ הר"י ן' מיגאש ז"ל דהא דאמר רבא כו' פירוש שהמקח קיים ומחזיר מה שחסר כיון דלא הוי טעותא בסך הערך וכן העלה הרשב"א ז"ל וכו' ומשמע דע"כ לא אמר הרמב"ם ז"ל אלא בדבר שאפשר להשלים אבל בדבר שאי אפשר להשלים בטל מקח עכ"ד. וקשיא לי על הרב ב"י ז"ל דהשוה דברי ה"ה לדעת הרמב"ן והר"ן ז"ל דבדבר שאי אפשר להשלים בטל מקח וזה אינו דבפרק כ"ט גבי מ"ש הרמב"ם האומר לחברו בית כור עפר אני מוכר לך מדה בחבל וכו' כתב ה"ה ז"ל משנה מפורשת שם ואע"פ שאמר בית כור עפר והוא פחות המקח קיים ומנכה כמו שכתבתי פרק ט"ו דכל שאין האונאה בסך הערך המקח קיים וכ"כ הרשב"א ז"ל ונתן טעם דכל לוקח ומוכר אפי' במקח אחד לאו דוקא מעמידים דבריהם אלא לפי משקל ולפי מנין ע"כ הרי דאפי' בדבר שאי אפשר להשלים שאין האונאה בסך הערך המקח קיים והוי כמו דבר שאפשר להשלים ולפי דעת הר"ן אינו כן דכל שא"א להשלים אע"ג דאין האונאה בסך הערך המקח בטל. ועוד

צ"ע דהכא משמע דכל שאי אפשר להשלים ס"ל להר"ן ז"ל דהמקח בטל ומטעם זה כתב דהמוכר שדה לחברו ונמצא שגזלה מוכר מקצתה והרי אותה מקצת יוצא מתחת ידו מכיון דבטל מקצתו בטל כולו עכ"ל ולכאורה קשה דבטור ח"מ סי' ר"ג גבי מ"ש וי"א דוקא בכי האי גוונא משום שאין החמור ראוי ליחלק אבל אם אמר פרה וטלה בכור חטים ומשך את הפרה ולא משך טלה קנה בחטים כנגד הפרה כו' כתב הב"י וז"ל זה דעת הר"ן וז"ל משום דקשיא לי' אמאי לא קנה כנגד מעותיו כדאמרינן בפ"ק דקדושין גבי מכר לו עשר שדות ולא נתן דמי כולם כשהחזיק בא' מהם לא קנה כולם ומיהו כנגד מעותיו מיהא קנה ותירץ דשאני הכא שאינו ראוי ליחלק אבל החליף פרה וטלה בכור חטים ומשכה לפרה ולא משך לטלה קנה בחטים כנגד הפרה עכ"ל ומדברים אלו משמע דאפי' עשאם מקח אחד ואינו רוצה המוכר ליתן לו כל המקח אפי' הכי המקח קיים במקצת וזה ממש כסברת הרשב"א וכן קשה על הרשב"א ז"ל דבשני מקומות אלו גמר אומר דאפי' המקח אחד אם מחזיק במקצתו ונתן דמיו קנה אותו מקצת ולא אמרי' כיון שהמקח אחד לא קנה לחצאין, ואלו ה"ה בפ"ל מהלכות מכירה כתב בשם הרשב"א וז"ל אבל במכר גוף ופירות אפי' אמר לוקח הניחו לי ואוכל פירות כל ימי הבעל אין שומעין לו שהבעל לא מכר אלא גוף ופירות ומקח אחד הוא וכיון שמקחו בטל בגוף הכל בטל ואפי' פירות אינו אוכל עכ"ל מהכא משמע דכל שהמקח אחד אם נתבטל מקצתו בטל כולו וכדברי הרשב"א ז"ל הנז' כתב הנ"י ז"ל בפרק חזקת שלשה שדות בשם המפרשים וז"ל אבל כתבו המפרשים שאם מכר גוף ופירות אפי' אמר הלוקח הניחו לי לאכול הפירות וכו' שומעין לו יע"ש. אך קשה דבפרק יש נוחלין כתב הנ"י וז"ל המחבר מכר האב מכורין עד שימות פי' אם ירצה הלוקח שאם אינו רוצה חוזר בו ומבטל המקח וכו' משמע מדבריו אלו דדוקא לוקח הוא דמצי לחזור בו אבל מוכר לא וזה הפך דעת המפרשים שסתם וכתב דבריהם בפרק חזקת:

איברא דראיתי למהריב"ל בח"א סוף כלל י"א שהביא דברי הנ"י ז"ל דפרק יש נוחלין והבין בתחלת דבריו כאמור ואי כתב וז"ל אבל כד דייקי' שפיר בדברי הרב המחבר הנז"ל כל עצמו לא בא אלא לומר שאף שקנה בסתמא אפי' הכי יוכל לומר הלוקח אני לא כיוונתי אלא לקנות גוף ופירות ואם ירצה יכול לחזור בו אבל אין הכי נמי שגם המוכר יוכל לחזור בו עכ"ל ועיין עוד מ"ש הרב הנז' בח"ב סי' ל"ז. (א"ה לע"ד נראה דע"כ לא כתב הנ"י דדוקא לוקח הוא דאם רצה לחזור חוזר אבל מוכר לא אלא כשמכר האב סתם דאז מצי לוקח למימר איני רוצה מכירה זו לחצאין שדעתו הי' לקנות גוף ופירות אבל מוכר מסתמא ודאי יודע הוא שאין לו בהם אלא פירות ומעיקרא לא כיון להקנות אלא

פירות הלכך חל המקח לגבי דידיה ואין יכול לחזור בו ואדרבה חייב להחזיר מעות שנתן הלוקח יותר על דמי קנין הפירות ומה שכתב בפרק חזקת בשם המפרשים דגם המוכר יכול לחזור בו התם איירי כשאמר לו המוכר בפירוש שמוכר לו גוף ופירות דנראה דטעה בדעתו וסבור שיש לו כח למכור גוף ופירות הלכך גם מוכר יכול לחזור בו דיכול לומר שלא נתרצה מעיקרא אלא מחמת שהי' סבור כן כאמור ואם הי' יודע שלא הי' לו כח למכור גם הגוף לא הי' מוכר הפירות שבדמי הפירות אינו יכול לעשות חפצו: **ועוד** אפשר ליישב זה באופן אחר דבפרק יש נוחלין איירי כשהלוקח נתרצה במקחו אחר שידע שלא יכול לקנות כי אם הפירות קודם שחזר בו המוכר ובפ' חזקת איירי דכשאמר הלוקח הניחו לי לאכול הפירות כבר חזר בו הבעל וזה נוטה לסברת ה"ר יונה ז"ל שהביא הטור בסי' רכ"ז גבי אם היתה האונאה יתר על השתות ולפי סברת הרי"ף והרמב"ם ז"ל שם יע"ש נראה דאפי' אם חזר בו המוכר כל שהלוקח נתרצה השתא במקחו ואינו תובע דמי היתרון שנתן אין כח ביד המוכר לבטל המקח. ונראה לע"ד דאם הי"מ שהביא הנ"י בפרק חזקת ס"ל כן צריך לומר דהא דכתבו דאפי' אם אמר הלוקח הניחו לי לאכול פירות אין שומעין לו איירי כשיתבע הלוקח דמי היתרון שנתן על דמי הפירות מעתה חל עלי חובת ביאור ליישב מה שהקשינו לעיל דהרשב"א ס"ל דהמוכר מקח אחד אפי' בדבר שא"א להשלים המקח קיים במקצתו ואלו גבי האב שמכר ללוקח כתב דאף בפירות המקח בטל נראה לע"ד דאפשר לומר דע"כ לא קאמר הרשב"א דקנה מקצתו אלא בדבר שערכו ידוע כגון קרקע או פרה וטלה בכור חטים דכל כי האי גוונא אפשר לומר דכל לוקח ומוכר אפי' במקח אחד לאו דוקא מעמידין דבריהם אלא לפי משקל ולפי מנין כמ"ש ה"ה ז"ל בפרק כ"ח מהלכות מכירה יע"ש אבל מכירת פירות שמוכר האב או הבעל שאין ערכם ידוע דאפשר שימות היום או למחר כל כה"ג אין המקח קיים אפי' בפירות דהוי קצת למאי דקי"ל משך עד שלא פסק הדמים לא קנה:

סימן כד

דברים שאין להם שער קבוע כתב הרב ב"י בסי' ר"ט דחלב וגיזה שאין להם שער ידוע אלא כל א' קונה כמו שחפץ לית בי' אונאה עכ"ל. וקשה לי עליו דהרי ספרים דאין להם שער ידוע ואפ"ה קי"ל דיש להם אונאה ולעיקר הקושיא מההיא דמה שתעלה מצודתי מכור לך דקי"ל דאם הי' עני ממכרו קיים ומשמע דאין בו אונאה ראיתי להרא"ש ז"ל בתשובה כלל י"ג סי' ך' דף כ"ו ע"ד וז"ל אומר אני דלא שייכא אונאה אלא בחפץ שדמיו ידועים ונתאנה בשומת החפץ אבל, בחכירות אלמועאנה של הקהל לא שייכא אונאה כי אלמועאנה משתנית לפי הזמן פעמים שוחטים הרבה וכו' יע"ש:

סימן כה

כתב הרמב"ם ז"ל בפרק ט"ז מהלכות מכירה הלוקח מקח ונמצא מום ואחר כך אבד או נגנב הרי הוא ברשות לוקח עכ"ל. נראה לי דהוא אפי' כשלא הי' יכול להודיע אבל בהתליע או נפסד אם לא הי' יכול להודיעו הרי הוא ברשות מוכר ונראה דס"ל כסברת הראב"ד שהביא הרא"ש. ז"ל בפרק המפקיד גבי ההוא אפטרופא דיתמי דהלוקח נעשה ש"ש על החפץ כיון דיהיב דמי ונראה דאי לא נתן הדמים עדיין לא נעשה זה אפי' ש"ח והכי איכא למילף מההיא דאמרינן בפ"ק דקדושין דף י"ג גבי מאי דקאמר תלמודא התם מי דמי התם בתורת פקדון יהבינהו ניהלה סברא אי שדינא להו ומיתברי מיחייבנא בהו הכא בתורת קדושין יהבינהו ניהלה ואם איתא דלא ניחא לה לישדינהו ופירש רש"י ז"ל דהא לא נתחייבה בשמירתה עכ"ל ויש לחלק קצת:

איברא דמדברי התוס' בפרק המפקיד גבי עובדא הנז' נראה לכאורה דש"ח הוי. וראיתי להריטב"א שם בחידושיו דכתב כ"כ ונראה דהיינו דוק' היכ' דנתן כבר את הדמים וז"ל וי"ל דכל מקח טעות כיון שחייב הלוקח לתת סחורתו למוכר ולוקח נמי יכול לעכבו עד שיתן לו המוכר דמיו הרי נעשה לוקח שומר עליו וכאותה שאמרו כל האומנין ש"ש הם אלא הכא דיו שיהא כש"ח כיון דהוה כאן מקח טעות עכ"ל:

סימן כו

ובמוכר לחבירו דבר שאיסורו מד"ס אי כבר אכלו אינו מחזיר את הדמים וכתב הבש"ך ז"ל בי"ד סי' קי"ט ס"ק כ"ז דאין המוכר מחזיר אפי' היותר מדמי האיסור משום דאוקמוה אדין תורה. ולכאורה הי' נראה כדבריו מדברי התוס' ז"ל בפרק אלו נערות דף ל' ע"ב שכתבו בד"ה לא צריכא וכו' דכל היכא דנחסרו הבעלים כל שהוא משלם זה כל מה שנהנה יע"ש ומלבד דלאו כ"ע מודו בזה כמבואר בסוגיין דפרק כיצד הרגל יע"ש. איכא למדחי דהכא אין זה נהנה הנאה גמורה שנפשו של אדם חותה מאכילת האיסורין דהרי שנינו במסכת תרומות פרק המאכיל את פועליו תרומה רמ"א הוא משלם את הקרן והם משלמים את החומש וחכ"א הם משלמין קרן וחומש והוא משלם להם דמי סעודתן ואמרו בירושלמי מה ביניהון אמר ר"י עיקר סעודה איכא בינייהו ר"מ סבר עיקר סעודה לב"ה כלומר דב"ה חייב להכין להם סעודתן וחכמים ס"ל ב"ה יתן דמים והם יקנו להם סעודתן ופריך והלא כבר אכלו ומשני כמ"ד נפשו של אדם חותה מהן ע"כ ונראה לע"ד דכי פריך והלא כבר אכלו לרבנן קא פריך דאמאי קאמרי והוא משלם להם דמי סעודתן והלא כבר אכלו ונהנה כמו דמי היתר ומשני שנפשו של אדם חותה מאכילת האיסורין

וילפינן מהכא דמכרו בשר ואח"כ נודע שהי' טריפה דאם הי' בשוגג דמשלם את הדמים כמ"ש האחרונים ז"ל אינו משלם אלא דמי טריפה כמו שנמכר לעובדי כוכבים ולא יותר: **איברא** דאיכא לפלוגי ולומר דלא אמרינן נפשו של אדם חותה מאכילת האיסורין אלא באיסורי תורה אבל באיסור דרבנן כגון גבינה של עובד כוכבים לא אמרינן הכי ומשלם זה כל מה שנהנה כאלו הי' רוצה לקנות היתרא. אבל עדיין נ"ל דאינו משלם כמו שנהנה דכיון דזה הוי מקח טעות ה"ז לא מתחייב אלא בדמים שהי' שוה ולא יותר ולא דמי להההיא דפרק אלו נערות דמשלם כל מה שנהנה דהתם נתכוון ליהנות מאותה אכילה אבל הכא אנן סהדי דאלו הי' יודע זה לא היה קונה אותו ועוד דאעיקרא דמלתא דברי התוס' שם בפרק אלו נערות אינם מוכרחים דמה שדמו זה לההיא דאמרינן דמשום גרם לי' היקפא יתירתא קצת משלם כל מה שנהנה אין דמיון זה עולה יפה דהתם דמשלם כל מה שנהנה היינו משום דהכי שוה הבית אבל הכא היאך נחייב לשלם ביותר שוה ממה שאכל ולע"ד עיקר קושית התוס' ליתא לפי' הירוש' והביאו הרמב"ם ז"ל בה' תרומות פ"י ז"ל אכל תרומה שאינו שוה פרוטה יע"ש בכ"מ:

כתב מהר"א ששון ז"ל סימן קכ"ג תוך התשובה אבל מטעמא אחרינא היה נראה לפטור את היחיד המתחייב שהרי נתחייב בדבר שאינו קצוב אלא שבזה י"ל כיון שכל המחלוקת היתה על חזקת הבתים כיון שהבתים הם ידועים וקצובים בהא סגי ע"כ. משמע דכיון דבמה שנתחייב זה הוי דבר קצוב למעלה אע"פ שאין קצוב למטה הוי דבר קצוב שהרי בנידון דידיה לא היה קצוב למטה שזה המתחייב אינו יודע כמה יפשרו הדיינים ואעפ"כ כתב כיון שהבתים קצובים הוי דבר קצוב ולע"ד אנ"כ כנראה מדברי התוס' בפרק נערה שנתפתתה דף נ' ע"ב סד"ה ומאי עלייה מעילוייא דאב יע"ש וכ"נ מדברי הטור ח"מ סי' רל"ב ס"ז:

דיני אסמכתא

והם מימי חורפי:

סימן א

כתב הרמב"ם ז"ל בפי"א מהל' מכירה וז"ל כל האומר קנה מעכשיו אין כאן אסמכתא כלל וקנה כיצד אם באתי מכאן ועד יום פלוני קנה בית זה מעכשיו וקנו מידו על כך עכ"ל. והקשה על זה הבכ"מ מאחר דקי"ל שכל הדברים נקנים בקנין סודר א"כ אפילו לא אמר מעכשיו קנה לדעת רבינו שכתב בפ' זה המקנה בין קרקע בין מטלטלין והתנה וכו' יע"ש. ולע"ד נראה לחלק דכל שמקנה סתם וקנו מידו בתנאי שיהיה דבר פ' אז אין

צריך לומר מעכשיו אבל כשא"ל אם יהיה זה קנה בית זה משמעותו דכשיהיה אותו דבר אזי יקנה ולכך אפי' קנו מידו לא מהני אא"כ אמר מעכשיו:

סימן ב

והיכא דלא אמר מעכשיו ואיכא זמן בשטר כתב הרשב"א בשם הרמב"ן ז"ל דהוי כאלו אמר מעכשיו דקי"ל כר"י דאמר זמנו של שטר מוכיח עליו וכתב שם שאף באם מסרו ביד שליש כתב הרמב"ן כן והרשב"א מודה לו במסרו ביד חברו וחולק עליו במסרו ביד שליש דכיון שלא מסרו ביד הקונה ולא הזכיר מעכשיו אלא אם אע"פ שכתוב בו מעכשיו לא מהני והרב"י ז"ל הביא כל זה בסי' ר"ז דף רצ"ד ע"כ יע"ש, ודע דהרשב"א בתשובה סי' תתקי"ז כתב שלא אמר הרמב"ן ז"ל אלא במוסר לחברו שטר מתנה שכתוב בו מעכשיו ובשעת המסירה התנה בלשון אם אבל זה שהשליש גופו של שטר שכתוב בו מעכשיו והשלישו בלשון אם אסמכתא הוי יע"ש. ומה שכתב מרן ב"י נראה שהוא ממה שכתב הרשב"א ז"ל בתשובות החדשות סי' צ"ח וז"ל תשובה בשאלתך הראשונה לא כתבת לנו דברי הרב שאמרם לענין שלישיות אלא במכר או במתנה ועליו אמרתי שדינו אמת אבל אם על שלישיות שטרות אמרת כן בדין זה אין אני מודה לו וכו' יע"ש. והרשב"א ז"ל סי' תתקי"ז הביא ראיה לדבריו מההוא דאתא ופסקיה מברא ואמר חזו דאתאי ואמר שמואל לא שמיה מתיא ואתי למידק מינה בגיטין פרק השולח דגלויי מלתא בגיטין לאו כלום הוא ואיתא התם אטו לבטולי גיטא קא אתי הא לקיומי תנאיה קאתי וההיא ודאי בדמסריה ביד שליש קמיירי דאי בדיהביה ניהלה ובתנאי אם לא באתי אפילו כי מבטל ליה בפירוש לאו כל כמיניה ואפי' לא אמר מעכשיו אם לא באתי דהא קי"ל כר"י דאמר זמנו של שטר מוכיח עליו (ועיין בהרשב"א בחידושיו פרק מי שאחזו גבי תנו גט לאשתי ע"מ שתתן לי מאתים זוז וחזר ואמר לב' ע"מ שתעשה לי דבר פ' העמידה הא דשמואל בדיהביה ניהלה ולא אמר מעכשיו וצ"ע) והוה ליה כמעכשיו אם לא באתי אלא ע"כ בשלא מסרו לידה אלא ביד שליש ואם מבטל בהדיא משמע התם דמבוטל ואם איתא דמעכשיו דכתוב בשטר מועיל לבטל התנאי שבעל פה היכי מצי מבטל ליה דהא איכא מעכשיו וזמנו של שטר מוכיח עליו והרי זה דומה להההיא דמי שפרע מקצת חובו והשליש את שטרו דר"י בעצמו לא קאמר יחזיר אלא משום דס"ל דאסמכתא קניא ולית הלכתא כוותיה בהא אע"ג דקי"ל כוותיה בזמנו של שטר מוכיח עליו עכ"ל ולא הבנתי ראיתו דהתם בגיטין כל שמסרו ביד שליש אפי' אם אמר בפירוש בתנאו אם לא באתי מעכשיו מצי מבטל ליה כל שלא הגיע בידה דהא שלוחין שוינהו והרי זה מבטל השליחות והרשב"א בפרק מי שאחזו גבי ההיא שרמזתי לעיל בשינויא

בתרא מוקי ההיא דשמואל כשמסרו ביד שליש ובמעכשיו יע"ש אבל הכא אם אמר בפי' אם לא באתי תנו את שטרו אם אמר מעכשיו ליכא אסמכתא ה"ה נמי אי איכא בשטר מעכשיו אע"פ שלא הזכיר בתנאו אלא בלשון אם אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו והוי כאילו הזכיר בתנאו מעכשיו גם מה שהביא ראיה מההיא דמשליש את שטרו דלא קי"ל כר"י אע"ג דקי"ל כוותיה בזמנו של שטר מוכיח עליו אינה ראיה לפי מה, שכתבו המפרשים דההיא דר"י אין האסמכת' בחזרת השטר אלא באותו מקצת שפרע דהכי קאמר אם לא נתתי מכאן ועד יום פלוני יהיה מה שפרעתי מתנה ואינו כמתחייב בשטר זה עד שנאמר זמנו מוכיח שמעכשיו מקנה לו מה שכתוב בשטר זה אלא מה שפרע לו הוא שמתנה ואומר שיהיה מתנה אם לא יהיה כך ומה שייך בזה לומר זמנו של שטר מוכיח עליו:

סימן ג

כתב הנ"י בפרק הזהב דבמשכון לא שייך אסמכתא כיון דקני ליה מדר"י יע"ש. ולפי זה יראה דלא קני ליה אלא לאחר שיקיים התנאי וכן נראה מדברי הר"ן ז"ל בפרק כל שעה גבי מתני' דקתני התם עובד כוכבים שהלוה את ישראל על חמצו וכו' דהא דאצטריך לאוקומה בדא"ל מעכשיו ומשום דקבע ליה זימנא לאחר הפסח יע"ש. איברא דלפי זה קשה מה שהכריח שם דאם הגיע זמנו קודם הפסח ל"ל שיאמר מעכשיו דבמשכון ליכא דין אסמכת' וטעמ' דמלתא משום דבעל חוב קונה משכון יע"ש ואין זו הכרח דעובד כוכבים מישראל לא קנה משכון. וראיתי מי שרצה לומר דכל שמשכנו אצלו הרי הוא כאלו אמר מעכשיו אבל מדברי הר"ן ז"ל בפרק כל שעה לא משמע הכי דאם כן אפילו קבע זמן לאחר הפסח אין צ"ל מעכשיו ועיין בפרק בתרא דעבודת כוכבים ומזלות דף ס"ג גבי אתנן דמוקי כגון שהרהינו אצלה וא"ל אם לא הבאתי לך עד יום פלו' שקלי באתנניך:

סימן ד

דבר שאינו תלוי בידו והוא תלוי ביד אחרים כגון האומר קנה לי יין ממקום פ' ואם לא תתחייב בכך וכך הוי אסמכת' והיא מימרא בפרק איזהו נשך דף ע"ג האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למזבן ליה חמרא ופשע ולא זבין ליה כו' ואסיקנ' דאינו משלם כלום דהויא אסמכת' וכתב הרא"ש דמיירי בהבטיחו ואמ"ל דאם לא יקנה לו יפרע משלו דאי לאו הכי לא הוה חייב כלום דהמבטל כיסו של חברו אין לו עליו אלא תרעומת וכן כתבו ת"ר. וראיתי במרדכי בפ' המוכר את הבית בההיא דאי אית ליה תרי דיקלי יהיב ליה ואי לא כו' כתב ראבי"ה ז"ל דחייב לקנות לו אי מזבן ליה מידי דשכיח למזבן כדאמרינן בפרק הרבית האי מאן דיהיב זוזי וכו' ופשע ולא זבן משלם וכו' וכגון שבידו לקנות

וקנו מידו דלא הוי אסמכת' ע"כ. ולכאורה נראה דראייתו של ראבי"ה מההיא דפרק א"נ הכי דכיון דהתם חזינן דאי לאו משום דהוי אסמכת' הוה חייב לשלם ה"נ במזבין מידי לחבריה בחזקת שיש לו ואין לו חייב לקנות לו ואם כונתו כן נראה דאינה ראיה כלל דהתם היינו טעמא משום דהתנה הא לאו הכי לא היה חייב כלום כמ"ש הרא"ש ות"ר וכן נראה מפי' רש"י ז"ל. עוד יש לדקדק על כונת ראבי"ה במה שסיים וכתב והוא שבידו לקנות וקנו מידו דכיון דקנו מידו למה לי שיהא בידו לקנות דמההיא דחמרא משמע דאי קנו מידו אע"ג דאינו בידו לא הויא אסמכת' וכ"כ רש"י ז"ל בפירו' יע"ש. וראיתי להרב בח"ה בסי' ש"ך נשאל על מי שלקח קנין למכור מרגליות ולא היו ביד המוכר וטרח עד שמצאן ועתה רוצה לחזור בו והשיב דמצי לחזור דהויא אסמכת' דאין בידו שהרי סמך בדעתו לקנות מיד לוי וגם המרגליות לא שכיחי כולי האי הוי ממש כי ההיא דחמרא דמסיק דלא קנה מטעם אסמכת' יע"ש ולפי מ"ש דנראה מדברי רש"י. דבההיא דחמרא אי קנו מידו חייב לשלם ולא הויא אסמכת' להקשות על הבת"ה דבנ"ד איירי בקנו מידו איברא דלאו כ"ע מודו בהכי וכן נראה מדברי ראבי"ה ז"ל ולסברא זאת ההיא דחמרא איירי בשקנו מידו ואפ"ה כל שאינו בידו הויא אסמכת'. וראיתי למהראנ"ח ז"ל בח"ב סי' ל"ו כתב על הבח"ה דלא לן בעומקא של הלכה דלא קרינן אסמכת' מה שאדם מתחייב לעשות מפני שאין הדבר בידו. ובההיא דיהיב זוזי אחמרא לא אמרינן על קניית היין עצמו דודאי מחויב לקיים דבריו ולהביא היכא דעבד ולא קנה ובא זה לחייבו לפרוע לו מה שהתנה שוש לו משלו לא גמר ומקנה עכ"ד. ולע"ד אם תלונתו תלונה לא וצה"ה לבד הוא דגם ראבי"ה ז"ל כתב בנדון דידיה דהוי ממש דהבת"ה דצריך שיהא בידו לקנות וגם קנו מידו אלמא ל דקנו מידו איצטריך לשיהא בידו כי היכי דלא להוי אסמכתא. ובפ"ק דמציעא גבי ההיא דאמרינן מה שאירש מאבא מכור לך מה שתעל' מצודתי מכור לך לא אמר כלום כתוב בהגהות מרדכי יש רש"י משום דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ותימה איש מטוב' הנאה דכתובה וכו' וי"ל דאין כאן משום דבר שלא בא לעולם אלא משום דאסמכתא הוא דהוא מוכר מה שירש יטאניו ושמא לא ירש דומיא דמה שתעלה מצודתי דהויא אסמכתא עכ"ד הרי דקרי' אסמכתא מה שאדם מתחייב לעשות מפני שאין הדבר בידו ועיין בס' בני אהרן סי' צ"ז:

סימן ה

ובהאי מימרא דחמרא הנז"ל פריך בגמרא ומ"ש מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם ושבא התם בידו הכא לאו בידו וכתב הר"ן ז"ל בפרק גט פשוט ז"ל כבר כתבתי בפ' א"נ שדעת רב האי ז"ל לומר דאפי' היכא דבידו הוי אסמכתא אלא דבאם אוביר תקנת

חכמים הוא עכ"ל וכונתו לומר דדוקא בההיא דאם אוביר דאיכא הפסדא וגם בדו הוא תיקנו חכמים משא"כ היכא דליכא הפסדא אף על גב דבידו הוא או היכא דלאו בידו הוא אע"ג דאיכא הפסדא לא תיקנו חכמים וכ"כ בפרק א"נ ז"ל הא מתני' דאם אוביר אסמכת' נמי היא ולא מדינא היא אלא מתקנת' וה"ט משום דכיון דהאי גברא סמך עליה קנסו ליה רבנן לחיובי כנגד הפסדו וכי אקשינן וכו' הכי מקשינן כי היכי דהתם תקינו רבנן דלישלם כנגד הפסדו דכיוון שהיה סומך עליה ה"נ הוה להו לתקוני ומשני התם בידו וכו' הנה מדברים אלו נראה דאע"ג דהוי בידו כל היכא דליכא הפסד הוי אסמכת' דהא לא קנסו רבנן בההיא דאם אוביר אלא משום דעליה סמך והפסידו כנ"ל וכג"כ מתפרשים דברי תלמידי רשב"א והדעת מכרעת כן דכיון דלפי דעתם כל דאי אסמכת' היא ואפי' היכא דבידו הוא ואפי' לא גזים מה ראו חכמי' לתקוני דלא להוי אסמכת' בשלמא היכא דסמך עליה והפסידו אז ודאי איכא למימר חזו רבנן למקנסיה ועל הרב הב"י יש לתמוה דמעיקרא הביא לשון תלמידי הרשב"א וכתב והיותר נראה בפירוש דבריהם הוא דכל מלתא דהוי דומיא דאם אוביר וכו' דהיינו דאתני עליה והוא בידו ולא גזים חייב לשלם אלא שלדעת התוספות הוא מטעם דלא הוי אסמכת' ולדבריהם אסמכת' הוא אלא שחייב לשלם מפני התקנה וכו' עכ"ל ואח"כ כתב נמצא לפי זה כו' עד ה"ד דבר שהוא בידו קצת כו' עד וכן דעת תלמידי רשב"א אלא שהם סוברים דבמידי דבידו לעשות ולא גזים הוי אסמכת' בר מההיא דאם אוביר וכו' ודבריו סותרים זו לזו וצ"ע:

סימן ו

כתב הרמב"ם ז"ל בפי"א מהלכות מכירה דבמחילה לא הוי אסמכת' וכתב הבכ"מ בריש הפרק דלמד הרמב"ם ז"ל כן מההיא סוגיא דנדרים וכתב דרבינו מפרש שאני הכא דאמר ליבטלן זכוותיה כלומר שהוא מוחל וכו' וכיון דמחילה היא לית בה אסמכת' ולפי זה כי אמרינן בתר הכי והלכתא אסמכת' קניא והוא דקנו בב"ד חשוב לאו אהיכא דאמר ליבטל זכוותי קאי דבההיא לא צריך ב"ד ולא קנין אלא היכא דאמר אתן הוא דאסיק דבעי קנין בב"ד חשוב עכ"ד ובדין י"ד כתב אסמכת' שקנו מידו וכו' כיצד הרי שהתפיס שטרו או שוברו כו' נראה שרבינו מפרש כמו שפירש הרשב"א דבאסמכת' דנפשיה קנין מעכשיו סגי ולא הוזכר ב"ד חשוב אלא בדבר שבית דין מכריחין אותו וזהו שאמרו בנדרים שאני התם דאמר ליבטלן זכוותי כלומר שאני הכא דאמר בב"ד ליבטלן זכוותי וכו' יע"ש וזה דלא כדבריו הראשונים וראיתי למהרי"ט בח"א סי' קנ"א שכתב דבמחילה שייכא אסמכת' דכך כתב הר"מ ז"ל שאחר שחייב עצמו קונין מב"ח שכל זמן שיהיה כך הרי החוב מחול במעכשיו ומנא תימרא דבמחילה שייכא אסמכת' מדאמרינן בפ'

המקבל האי שתלא דאמר אי מפסידנא מסתלקנא בלא שבחא אסמכת' הוא וכו' עכ"ד ותמהני עליו דבפירוש כתב הר"מ ז"ל דבמחילה לא שייכא אסמכת' כמ"ש בריש הפרק וההיא דשתלא לק"מ דהתם לא מסר ביד חברו כלום אבל היכא שהוא מוחל מה שיש לו ביד חברו לא הוי אסמכת' ומה שהוצרך לומר שיהא החוב מחול מעכשיו נראה דהיינו טעמא כדי שלא יוכל לחזור בו לומר איני רוצה למחול:

סימן ז

כתב הרמב"ם ז"ל בפי"א אבל האומר אם תעשה כך אתן לך דבר פלוני הרי זו אסמכת' והרמב"ן ז"ל חלק עליו דלא אמרינן אסמכת' אלא במתנה על עצמו כגון אם אוביר ולא אעביד אבל האומר אם תעשה כך אתן כך אין אסמכת' אלא זה תנאי בני גד ובני ראובן עכ"ד. ואני אומר דלא דמי דתנאי בני גד ה"ט משום דהחזיקו במתנה מיד ומהאי טעמא בעינן תנאי כפול דכיון דהמעשה נעשה מיד אין התנאי הבא אחריו עוקר המעשה אם לא שיתנה תנאי גמור וכ"כ הרמב"ן ז"ל בפ"ב דביצה גבי ההוא דישא את בתי ויתנו לו ר' זוז יע"ש ובכה"ג ליכא אסמכתא כמ"ש הרמב"ם בדין הקודם דכל שהחזיקו בדבר ליכא אסמכת' ועיין בטור סי' רנ"ג סעיף מ"ב ובסוף סי' רמ"א ומה שכתב בסי' ר"ז היה נראה דסובר כסברת הרמב"ם ז"ל:

הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם

סימן א

המוכר לחברו עובר בהמתו שהיתה מעוברת אי חל הקנין ראיתי להרב ב"י ז"ל בח"מ סי' רי"א הביא הירושלמי דאין אדם מקנה עובר בהמתו ונסתפק אי אייר אפילו כשהיתה מעוברת דלא קנה דהוי דבר שלא בא לעולם נראה מבין ריסי עיני מרן דאע"ג דגבי קדושין חזינן דאין אדם מקדש את בתו שתלד אפי' אם היתה אשתו מעוברת משום דהוי דבר שלא בא לעולם היינו דוקא לענין קידושין דכל זמן שלא ילדה חשיב העובר ירך אמו ולא מצי להקנות אבר א' מאשתו ולא אשכחן קדושין לאברין. אבל לענין המזכה עובר בהמתו אמאי לא יהנה מידי דהוה אמקנה אבר אחד מבהמתו דהוי מכור כמ"ש הרמב"ם ז"ל וה"נ גבי עובר דהא קי"ל עובר ירך אמו וכן מוכח בתמורה דף י' דפליגי ר"י ובר פידא אי קדושה חלה על העוברין ומסיק בתר הכי דכ"ע קדושה חלה על העוברין כי פליגי בתם במעי בעלת מום דלר"י קדושה חלה עליה דעובר לאו ירך אמו ובר פידא ס"ל עובר ירך אמו וכיון דאמו לא קדשה לגופה איהו נמי לא קדיש אבל עובר במעי תמימה לכ"ע קדוש הרי מבואר דבין למ"ד עובר לאו ירך אמו דקדיש דחשיב כאלו היא בהמה אחרת

ובין למ"ד דעובר ירך אמו ג"כ קדיש דחשיב כאלו הקדיש אבר אחד מבהמתו. ובפרק שני דגיטין גבי אותה ששנינו הרי את שפחה וולדך בן חורין אם היתה עוברה זכתה לו ויצא לחירות ואוקמוה כר' דאמר המשחרר חצי עבדו קנה ונעשה כמי שהקנה לו א' מאבריו דעובר ירך אמו הוא אלמא דעובר לא חשיב דבר שלא בא לעולם לענין שלא יוכל להקנות עובר שפחתו או בהמתו לחבירו ולא תימא דההוא מתניתא רבי הוא ורבי אית ליה דאדם מקנה דשלב"ל דאפי' למאן דאית ליה אדם מקנה דשלב"ל היינו לומר שיחול הקנין אחר שיבא לעולם דהכי אמרו גבי פירות דקל דעד שלא בא לעולם אפי' ר"מ מודה דיכול לחזור בו מטעם שאמרנו ואי תקשי לך ההיא דהכותב לעבד לכשאקחך הרי עצמך קנוי לך מעכשיו דמהני למ"ד אדם מקנה דשלב"ל דמשמע דמעכשיו חייל הקנין כבר תירצה הריטב"א ז"ל דהתם שאני שהגוף הוא בעולם אלא שאינו ברשות משא"כ בדשלב"ל עדיין:

והרמב"ם ז"ל בפ"ז מהלכות עבדים כתב וז"ל הכותב לשפחתו הרי את שפחה וולדך בן חורין דאינו מועיל דהוי כמשחרר חצי עבדו וכ"כ הטור מבואר מדבריו דמה שאינו מועיל הוי משום דאין אדם משחרר חצי עבדו הא אם מכר שפחתו ושחרר את עוברה מועיל כדין מכר חציו ושחרר חציו ולא חשיב העובר דשלב"ל. איברא דהראב"ד ז"ל השיג עליו שם ז"ל קשיא רישא אסיפא סיפא קאמר דעובר ירך אמו היא א"כ רישא אמאי דבריו קיימין אלא רישא דבריו קיימין דעובר לאו ירך אמו וסיפא לא אמר כלום או משום דהוי דשלב"ל או משום דאין העבד מקבל גט לחברו מיד רבו שלו עכ"ל. והנה כוונתו מבוארת להשיג על רבינו במ"ש בסיפא הטעם שזה כמי שמשחרר חציו משמע דס"ל דעובר ירך אמו דהכי אמרו בגמ' דתמורה דף כ"ה דאי עובר לאו ירך אמו תיפוק ליה משום דאין העבד מקבל גט מרבו לחברו ואם כן ברישא אמאי דבריו קיימין דכיון דעובר ירך אמו אינו יכול לשיירו ולכאורה דברי הראב"ד והשגתו נראים עיקר אבל מה שפי' הראב"ד עוד אי משום דהוי דבר שלב"ל זה קשה דטעם זה לא הוזכר בגמרא ולכאורה נראה דלפי מאי דקי"ל כר"י דעובר לאו ירך אמו וכן פסק הרמב"ם ג"כ בהלכות פסולי המוקדשין ואם שיירו משוייר היינו טעמא משום דס"ל דהוי דבר שבא לעולם וכשפחה וכבהמה אחריתי דמי ומ"ה אמרינן דיכול לשחרר האם ולשייר העובר ומ"ד אם שיירו אינו משוייר ה"ט משום דלא חשיב ליה כגוף אחד דעובר ירך אמו וא"א לשיירו דהוי דשלב"ל ואע"ג דבעלמא יכול למכור האם ולשייר העובר התם שאני משום דמשייר לנפשיה גוף לפירות אבל הכא בגט דא"א לשייר לו גוף בגוף האם דכל גיטא דמשייר ביה לאו כלום הוא שיורו נמי לא הוי שיור וכן מוכח בפר"א דמילה דפליגי

תנאי ביליד בית ומקנת כסף וקאמר עלה בשלמא לר' חמא משכחת לה יליד בית וכו' מקנת כסף נימול לשמנה כגון שלקח שפחה מעוברת מקנת כסף נימול לא' כגון שלקח זה שפחה וזה לקח עוברה אלא לת"ק בשלמא כולהו משכחת לה אלא יליד בית נימול לאחד היכי משכחת לה ומשני בלקח שפחה לעובר' ופריך ליה הניחא למ"ד קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי אלא למ"ד קנין פירות כקנין הגוף דמי הא דומיא דלכם הוא ע"כ ואם איתי' דלא שייך קנין בעובר אלא א"כ מקנה האם לעוברה וכדעת הטור ז"ל בהלכות בכורות א"כ תיקשי ליה ולר' חמא נמי מי ניחא דלמ"ד קנין פירות כקנין הגוף דמי א"כ בלקח זה שפחה וזה עוברה ע"כ איירי דהקנה לו הגוף לפירותיו דהיינו האם לעוברה וא"כ הוי שפיר דומיא דלכם אלא מוכח דמצי להקנות העובר בלא הקנאת אמו ולא חשיב דבר שלב"ל ואין לדחות ולומר דה"ט משום דקי"ל כרב נחמן דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה והתם נמי כל ששמט זה והחזיק בעובר אחר שבא לעולם זכה בה הא לא דמי אלא למקנה דקל לאחר ופירותיו לאחר דאמרינן דקנה בעל הדקל גוף ופירות דמתוך דלא קנה חברו לפירות ממילא זכה בעל הדקל ובכי האי ודאי לא שייך לומר אי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה ועיין בתשובה להרב המבי"ט בדין מי שהקנה החתול של אלגרייא ותראה כדברי. וראיתי בירושלמי בפ"ק דקדושין במשנה ד' ז"ל אמ"ר חסדא משוך בהמה זו ותקנה לקנותה קנאה לקנות וולדותיה לא קנה לקנותה היא וולדותיה קנה אלו האומר לחברו משוך בהמה זו שתקנה לך משאוי שמא לא קנה אר"י הדא דתימא כשלא היתה הבהמה עוברה ע"כ וה"פ דאי א"ל משוך את הבהמה כדי לקנות וולדותיה לא קנה כיון שלא הקנה לו הבהמה לולדות ופריך ליה דאמאי לא קנה דתיהוי כאלו אמ"ל משוך בהמה זו לקנות משוי שבה דקנה ומשני ליה דר' חסדא דאמר לא קנה איירי בשלא היתה עדיין מעוברת ומשום הכי אין משיכת האם מהניא עד שיקנה האם לוולדותיה אבל כל שהיא מעוברת אפי' לא הקנה לו האם אלא שא"ל משוך בהמה לקנות וולדותי' קנה דחשיב כמשאוי שבה ולפ"ז התוספתא דקתני אין אדם מוכר עובר בהמתו לחברו איירי כשלא היתה עדיין מעוברת:

ומ"ש התוס' בפ"ק דבכורות דר' מרי לא היה מקנה אזן העובר לעובד כוכבים דהוי דבר שבל"ע אלא דהיה מקנה בהמה לאזני עוברה איכא למימר על צד הדוחק דהאזן דוקא קאמר דהוי דשלב"ל אבל העובר עצמו חשיב דבר שבא לעולם ובהגה' אשירי הביא בשם הרב א"ז בפרק הזהב ז"ל נראה לי שישראל שיש לו בהמה מבכרת מותר לו לישראל לקבל מעות מן העובד כוכבים ולמכור העובר ולהפקיעו מבכורה דהואיל ואין יכול למשוך העובר מעות קונות ומשיכת האם אינה מועלת לעובר עכ"ל מבואר

מדבריו בהדיא דמצי להקנות העובר בלא קניית האם ונראה דאם הקנה הבהמה לעוברה כשהיא מעוברת דאינו מועיל למאן דאית ליה עובר לאו ירך אמו ומ"ש בירושלמי אבל אם היתה עוברה קנה היינו משום דס"ל דמשוך בהמה לקנות משוי שעלי' קנה אבל גמ' דידן בפ"ק דמציעא דף ט' ע"ב לא ס"ל הכי אבל למאן דאית ליה עובר ירך אמו אי א"ל משוך בהמה זו וקנה עובר שבה ה"ז קנה ואע"פ שלא הקנה לו הבהמה ודמי לאומר משוך בהמה זו וקנה רגלה שבה ועדיין נראה לי לומר דאפי' למ"ש הראב"ד ז"ל בהשגות דעובר חשיב דשב"ל לא אמרו אלא בעובר שפחתו דעובר במעי אמו לא חזי למידי אבל המקנה עובר בהמתו איהו גופי' חזי השתא לאכילה אם שחטה הבהמה והוי כמו כבד שלה ועיין בתשו' למהר"י ויי"ל ז"ל שכתב כדברי. ומדברי הגהת אשירי שכתב דהמוכר עובר לעובד כוכבים כיון דאין לו מה למשוך מעות קונות ואע"ג דאי כפתה ומשכה היה קונה לעובר אפי' הכי הואיל וגוף העובר אין יכול למשוך מעות קונות דהא גבי בלן נמי יכול לקיים השכירות על ידי חליפין ואפ"ה הואיל ואין יכול למשוך גוף הקרקע מעות קונות עכ"ל ויש לי לדון בדבריו ולו' דבל שאני דלא מחסרא משיכה, שהרי המרחץ לפניו ויכנס וירחץ והכי אמרו שם מלתא בטעמא אבל מטלטלין דמחסרו משיכה לא קנה עד שימשוך ומדברי הרמב"ם בפ"ז מהלכות אישות נראה שגם הוא ס"ל דכל שהוכר העובר חשיב דבר שבא. לעולם ובפרק מי שמת גבי מימרא דרב נחמן במזכה לעובר דלא קנה לכשתלד קנה פירש רשב"ם ז"ל דס"ל דעובר חשיב דבר שבא לעולם ונראה מדבריו דמאי דלא מצי להקנות לו מעכשיו ה"ט משום דעובר לאו בר קניה הוא וכירך אמו קחשיב אבל מ"מ חשיב כדבר שבא לעולם לענין שיוכל להקנות העובר לאחרים ועיין בתרומת הדשן סי' ע"ר:

סימן ב

המוכר פירות שדהו אחר שחנטו הפירות נראה מפירוש רש"י ז"ל בפרק איזהו נשך דף ס"ו ע"ב דלא חשיב דבר שלב"ל וחל הקנין שכך פי' בההיא מימרא דרב נחמן דהמוכר פירות עד שלא באו לעולם לא קנה דאירי כשלא חנטו הפירות עדיין משמע דכל שחנטו הפירות שפיר חשיב דבר שבא לעולם. אבל מדברי הרב בכ"מ בפ"ח מהלכות מלוה אין נראה כן דגבי מה שכתב הרמב"ם ז"ל דאסור לקנות פירי הפרדס קודם שיגמר ויבשל כו' כתב הבכ"מ שיש תקנה לזה שיקנה אילנות הפרדס לפירות ויחזיק בהם לקנותם מיד עכ"ל מבואר מדבריו דקודם שיתבשלו הפירות לא מצי להקנותם ע"י נתינת כסף משום דחשיב דבר שלא ב"ל אם לא שיקנה האילנות לפירותיו כי אותה שאמרו שם להנהו דמשבשי שבשי העיכו בארעא כי היכי דקנו לכו גופא דארעא ואי לא הויא לכו הלואה.

אבל מדברי ה"ה נראה דה"ט דאסור לקנות פירי הפרדס ואע"ג דכל שבאו קצת הפירות לעולם שפיר מצי להקנותם מיהו כיון שהמוכר צריך לעבוד את השדה מיחזי כי אגר נטר משא"כ בזמורות כ"כ ה"ה ספ"ט יע"ש:

איברא דעדיין יש לגמגם דבפרק האומר דקדושין דף ס"ב ע"ב משמע דתבואה שלא הביאה שליש חשיב דשלב"ל דקאמר התם ראב"י אומר אפילו אמר פירות ערוגה זו מחוברת יהיה תרומה על פירות ערוגה זו דבריו קיימין ואמרו שם דלא אמר ראב"י אלא בשחת אבל באגם לא ואפ"ה אמרו שם דראב"י בשיטת ר"מ קאי דס"ל אדם מקנה דבר שלב"ל משמע לכאורה דתבואה, שלא הביאה שליש חשיב דבר שלא בא לעולם וכן כתב הריטב"א ז"ל ושמעי' מינה דהמוכר פירות דקל עד שלא הביאו שליש לא, קנה עכ"ד. אמנם לע"ד הם דברים תמוהים דמה ענין תרומה אצל קנין דתרומה שאני כיון דעכשיו אינם ראוים הפירות להפריש מהם תרומה חשיב כדבר שלב"ל ואע"ג דהגוף הוא בעולם מידי דהוה למקדש את האשה לאחר שתתגרש דאע"ג דגופה הוא בעולם מכל מקום כיון שעכשיו אינה ראויה להתפיס בה קדושין חשיב כדבר שלא בא לעולם אבל לגבי קנין למה לא יוכל להקנותו, כדי להאכיל לבהמה כיון שהגוף איתי' בעולם וכבר ראוי להאכיל לבהמה עכשיו. ועוד ק"ל מההיא דתנן במסכת שביעית מאימתי אין קוצצין את האילנות בשביעית בש"א כל האילנות משיוציאו והגפנים משיגרעו וכו' ואמרו עלה בפרק כיצד מברכין דף ל"ו מאן שמעת לה הוא בוסר הוא פול הלבן רבנן וקתני ושאר כל האילנות כלומר דמשיוציאו הוי פירי הראוי. ובפרק האיש מקדש דף נ"ד מוקי מתניתא דהפודה נטע רבעי שלו מוסיף חומש בין משלו בין שנותן לו במתנה ואפי' כר"מ והב"ע כגון דיהביה ניהליה כשהוא סמדר ודלא כר"י דאמר סמדר אסור משום פירי. אלמא מוכח דכל שניכרו הפירות אע"פ שעדיין אין נקרא פירי מצי להקנותו ולא מיקרי מקנה דבר שלא בא לעולם וכן כתב הריטב"א ז"ל וכן כתבו בתוס' רי"ד שם ודייק לה מדלא מוקי לה בדיהביה ניהליה קודם שבאו לעולם והוה אתי אפי' כר"י אלא דאצטריך לאוקומה אליבא דהלכתא דקודם שלא ב"ל אינו יכול להקנותם עד שיהיו סמדר יע"ש. איברא דעדיין יש לדחות דמיירי כשהקנה השדה לפירותיו ואי דעשה כן קודם שבאו לעולם לא הוה צריך למתנייא דפשיטא דשלו חשיב וחייב בחומש וע"כ צריך לומר דמיירי כשהקנה אותם בעודם סמדר ואצטריך לאשמועינן לאפוקי דר"י וראיתי להתוספות בפרק איזהו נשך דף ס"ד ע"א שכתבו דגבי פרדסא שמוכר בעודם בוסר אינו זוכה בשום דבר מהשתא והוי זוזי הלואה משמע דבעודם עדיין בוסר לא מצי להקנותם אבל ממה שכתבו אחר זה ועוד דמשכנתא קנו לו קרקע לכל דבר אפי' למישטח בו פירי

וכל תשמיש שירצה אבל בפרדס אינו מוכר לו אלא היין בלבד ע"כ נראה דלא פסיקא להו אם בעודם בוסר חשיב דשלב"ל ולהכי איצטריכו לומר דשאני פרדס דאינו מוכר לו אלא יין בלבד ומיחזי כאגר נטר וכן נראה לדקדק מסוף דבריהם שכתבו וז"ל ולאיכא דאמרי דשרי רבא כיון דממילא קא רבו אתיא אפילו כרב ופרדסא מיירי כשלא יצא עדיין הפירי כלל. (א"ה עיין בס' בני יעקב דף ס"ה וס"ו):

סימן ג

מי שמכר חפץ לחברו כדי שיתן לו חפץ אחר בשבילו ולא היה באותה שעה ברשות הלוקח אותו החפץ:

תשובה כתב הרמב"ם ז"ל בפ' כ"ב מהלכות מכירה ז"ל אבל הפוסק על שער שבשוק ולא היה אותו המין ברשות מוכר חייב לקנות ואם חזר מקבל מי שפרע וכתב הבכ"מ ז"ל דמנין לו לרבינו כן דמההיא דפרק איזהו נשך ליכא ראיה דההיא לענין איסור רבית איתנייא יע"ש. וראיתי מי שכתב דמפירוש רש"י ז"ל בריש פרקין שכתב ז"ל כי מוקרי ברשותיה מוקרי ולא ה"ל רבית הואיל ואם בא לחזור קאי במי שפרע וכו' נראה דס"ל כן וה"נ מוכח מההיא דאמרינן האי מאן דיהיב זוזי אתרעא צריך לאתחזויי לבי דרי וכו' ופריך למאי אי למקנא וכו' אלא לקבולי עליה מי שפרע עכ"ד. (א"ה עיין בס' בני אהרן סי' צ"ז) ואנכי לא ידעתי מכל זה ראיה דהכא איירי כשהפירות ברשותיה דמוכר ושייך בהו מי שפרע אבל היכא דליתנהו פירי ברשותיה דמוכר מנא לן דקנה לענין מי שפרע וכ"ת אי ליכא מי שפרע אמאי שרי לפסוק והא משמע מפירוש רש"י בא"נ דף ס"ג ע"א דהיכא דיש לו דבהכי מיירי ברייתא דר' אושעיא לא שרי אלא מטעם דקנה לענין מי שפרע זה אינו קושיא דע"כ לא אצטריך רש"י להאי טעמא אלא בבא לחוב בדמיהם שאין לו עכשיו מעות אבל בפוסק על המעות התם טעמא אחרינא איכא משום דא"ל שקול טובותיך ושדייא אחיזרי (א"ה עיין בשיטת ר' בצלאל ז"ל דף קמ"ג ע"ג ד"ה רבה ור"י דאמרי תרווייהו וכו' יע"ש) וכן צ"ל לפי מ"ד שהביא הרב בעל התרומות ז"ל שער מ"ו ח"ד דס"ל כמ"ש מרן ז"ל אמנם נראה לי ראיה לדעת רבינו מההיא דאיתא בפרקין דף ע"ד ע"א בעובד' דאמימר יהיב זוזי מכי מעיילי עפרא ופריך כמאן אי כר"מ הא אמר עד שיעשו אי כר"י האמר אע"פ שאין לזה יש לזה ומשני לעולם כר"י ובאתרא דאמימר עשיק עפרא אי דמעיילי סמכא דעתיה ואי לא לא סמכא דעתיה ומדקאמר סמכא דעתיה או לא סמכא דעתיה נראה דלענין מי שפרע איירי כמו שפירש רש"י משמע מהכא דכל דבר שמצוי הרבה ה"ז סומך עליו וקנאו לענין מי שפרע ואפי' כי ליתיה ברשות מוכר:

ובנדון דידן נראה לע"ד דחייב שמעון לאוקומי החטים לראובן ואע"פ שלא היה לו חטים בשעת העסקא ואע"ג דבעלמא נפסק על שער שבשוק ונתן הדמים לא נתקיים המקח אלא לענין מי שפרע ואפילו היו לו חטים למוכר התם שאני משום דמעות אינם קונות אבל בנ"ד שמכר לו חפצים כדי שיתן לו פירות הרי זה שמעון משעה שמשך החפצים נתחייב לתת לו כ"כ חטים כמו שהתנה עמו ונהי דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אבל אדם מחייב עצמו בדבר שלב"ל. ומנא תימרא דכל כה"ג אינו אלא שמתחייב עצמו ומועיל מההיא דכתבו הפוסקים והביאו הרב נ"י ז"ל בפרק הזהב גבי מאי דמפרש תלמודא התם דמאי דקתני מתני' הזהב קונה את הכסף ה"ק הזהב מחייב את הכסף דבמשיכת הזהב נתחייב זה לתת לו הכסף כמו שהתנה עמו אם ישנות ישנות ואם חדשות חדשות ולמדו הראשונים מהכא דהכא דהוא הדין אם מכר לו חפץ כדי שיתן לו כור חטים הרי זה נתחייב לתת לו חטים כמו שהתנה:

וראיתי מי שרצה לפרש ולומר דמ"ש הנ"י שחייב לתת לו חטים כמו שהתנה היינו אם רוצה לקיים המקח אבל לא שיחויב לתת לו חטים ע"כ והביאו לזה משום דהוקשה לו ממ"ש הרא"ש והר"ן ז"ל בפ"ב דעבודת כוכבים גבי אתנן והא מחסרא משיכה דמכאן יש ללמוד דהשוכר את הפועל ופסק עמו לתת לו כור חטים בשכרו שאינו חייב לתת חטים דוקא כיון שלא משך ובנתינת דמים סגי דאלמא שאין אדם מתחייב לתת חטים דוקא עד שימשוך. ולע"ד מי שפירש הכי אגב שיטפיה לא דקדק בה דשכירות פועלים אינו אלא כנותן הדמים וכמ"ש הכ"מ ז"ל בה' א"מ פ"ד ומשום הכי לא מתחייב לתת החטים כיון דאין מעות קונות כלל ואפילו לחייבו למוכר וכמ"ש הכסף אינו קונה את הזהב ופי' דהאי קונה רוצה לומר מתחייב. אבל נתינת הפירות או החפץ מחייב ליתן כל מה שהתנה בין כסף בין שוה כסף ואפילו לא היו בידו ואין לומר דהא דשרי לפסוק על שער שבשוק היינו היכא דנתן דמים משום דבדמים אלו יכול ליקח בהם חטים אבל נתן לו חפצים לא זה אינו דבהדיא כתב הנ"י ז"ל בר"פ א"נ בשם הרשב"א ז"ל דבזביני אפילו אם נתן לו יין בשביל חטים שרי לפסוק ועיין בתשו' להרמב"ן ז"ל סי' רכ"ה שנראה מדבריו שכמו שמעות קונות ד"ת כמו כן בקבלת המעות מתחייב לתת מה שפסק עמו ואף אם לא היה אז ברשותו וצ"ל לפי זה דבתר דאמרו חכמים שלא יקנו המעות זולת לענין מי שפרע כמו כן לא מהני נמי החיוב אלא לענין מי שפרע:

סימן ד

בדין האשה שאמרה לבעלה איני ניזונית ואיני עושה או שאמר לה בעלה כן ונתרצית היא ואח"כ חזרה בה אי מהנייא חזרת' מי נימא בדיבורה לחוד נמחלה שיעבודה וראיתי

למהרי"ט ז"ל בח"א סי' מ"ה שהביא מדברי התוס' פרק נערה שנתפתתה שכתבו דאין האשה יכולה לומר איני נפדית ואיני נותנת פירות לפי שמפקעת תקנת פירות לגמרי משא"כ באומרת איני ניזונת ואיני עושה דאינה מפקעת לגמרי התקנה שאם אמרה היום איני ניזונת ואיני עושה למחר תעשה ותהא ניזונת עכ"ל וממנו רצה הרב ז"ל ללמוד דאפי' אמרה איני ניזונת לעולם יכולה לחזור בה עכ"ל ומלבד שמדברי התוס' שם נראה דמספקא להו מלתא כנראה ממה שכתבו בסוף דבריהם ז"ל ואפי' את"ל דיכולה לומר איני ניזונת ואיני עושה לעולם וכו' וכן כתב הרא"ש ז"ל יע"ש עוד בה דנראה דע"כ לא רצו לומר מעיקרא דאם אמרה איני ניזונת ואיני עושה לעולם דלא מהני היינו משום דמפקעת התקנה לגמרי אבל אי לאו האי טעמא נראה דלא היתה יכולה לחזור בה ולא היינו אומרים בכה"ג אתי דיבור ומבטל דיבור. ולע"ד נראה דכל שאמרה איני ניזונת ואיני עושה לעולם אינה יכולה לחזור בה וראיה לדבר דבפרק שני דייני גזירות דף ק"ו ע"א אמרו במי שהלך בעל' למ"ה דשמואל סבר דאין פוסקין לה מזונות דחיישינן שמא אמ"ל צאי מעשה ידיך במזונותיך כלומר וקיבלה עליה ופטרה אותו ואם איתא דהיא יכולה לחזור בה כי נמי אמרה הכי הרי השתא חוזרת בה והתוס' בריש פרק הכותב ובפרק חזקת דף מ"ט כתבו דבלא רב כהנא מדרבא לא הוה שמעינן שיוכל להתנות בדבר שלא בא לעולם אע"ג דרבא קאי אמזונות שלא בא לעולם התם אינו חידוש מה שאין לה מזונות דאטו יש לה ליטול מזונו' בע"כ עכ"ד ומתוך דבריהם יש לנו ללמוד דכמו שהבעל מסתלק מירושתה ג"כ האשה יכולה להפקיע מזונותיה:

ראיתי להר"ן ז"ל בפ' אע"פ שכתב בשם הרא"ה ז"ל דכל שאמרה איני ניזונית ואיני עושה מיד נתבטלה התקנה ושוב אינה יכולה לומר הריני עושה וניזונית שאינו בדין שיהא הרשות בידה לשנות הדבר בכל פעם שתרצה שא"כ בשלא תמצא מלאכה תרצה להיות ניזונית וכשתמצא תאמר איני ניזונית ולקתה מדת הדין אלא ודאי מיד שאמר' אי אפשי בתקנת חכמים הפסיד' ושוב אין לה מזונות עכ"ל. ובחדושי הריטב"א ז"ל בפ' הנז' כתב ז"ל דעת התוס' שאע"פ שאמרה האשה בב"ד איני ניזונית ואיני עושה הרשות בידה לחזור בה כשתרצה דמזונות דכל יומא חוב הוא באנפי נפשה אבל מורי הרא"ה היה אומר דכיון שאמרה כן בב"ד פקעה תקנת מזונות מינה ונראין דבריו עכ"ל וכ"כ הריטב"א ז"ל ג"כ בפרק הכותב יע"ש ולפי הטעם שפירשו נראה דלא סגי אלא כשאמרה היא איני ניזונית ואיני עושה דכיון דהיא עקרה התקנה בע"כ של בעל אינו בדין שיהא רשות בידה לכשתרצה שאינה מספקת. אבל אם הבעל א"ל צאי מעשה ידיך במזונותיך ליכא למימר להאי טעמא דאינו בדין שהרי מדעת הבעל היה ועד עכשיו נתרצית והשתא

אינה רוצה. ולפי זה אין מקום למה שרצה הרב מהר"ר אליהו בן חיים ז"ל בח"ב סי' מ"ג ללמוד מדברי הר"ן אלו לאשה שנתנה רשות לבעלה למנוע עונתה דלא מצי חזרה בה ונראה דהר"ן לא איצטריך להאי טעמא אלא בסתמא שאמרה איני ניזונית ואיני עושה ולא נתנה קצבה לדברים שהי' יכולה לומר לא אמרתי אלא בהיה ספוקה אבל עכשיו שאינה מספקת לא מחלתי ולזה אמר דאפ"ה אינו בדין שיהא רשות בידה וכמ"ש. אבל כל היכא דפי' בהדיא שאינה ניזונית לעולם או לזמן פלוני אלא תהא עושה ואוכל' ל"ש שאמר' היא ל"ש שאמר הבעל וקבלה הרי היא כבר פטרתו מחיובא וכמש"ל. וכ"נ ממה שכתב הרמב"ם ז"ל בפי"ב מה' אישות באשה שמחלה כתובתה אין לה מזונות. ולפי מ"ש לעיל יראה דה"ה לראובן שנתחייב לפרנס לשמעון שלש שנים ובתוך הזמן פטרו שמעון לראובן מחיוב המזונות דה"ז פטור וכ"נ מהתוס' בפרק הנושא את האשה ופסק' לזון את בתה ג' שנים וכתב' לו שובר לא מהני דזכין לקטן ואין חבין לו. איברא דמדברי התוס' שכתבו בפ' הכותב ובפ' חזקת דהא דמצי להסתלק מדבר שלא בא לעולם היינו במידי דהוי תקנת חכמים דאין מזכין לאדם בע"כ ולפי דבריהם היה נראה דבנ"ד שנתחייב לו לפרנסו דמדינא חייב וכבר חל חיובא תו לא יועיל סילוק ונלע"ד דע"כ לא אצטריכו לומר דמועיל הסילוק משום דהוי' תקנתא אלא לגבי ירושה דאי הוה ס"ל דירושת הבעל מן התורה לא הוה מועיל מה שמסלק נפשיה השתא מה שא"כ לגבי חיובא דמזונות דכבר חל חיובא עליה דבעל לזונה ויכולה היא לפוטרו מחיובו. וכ"ת א"כ איך כתבו התוס' דמדרבא בלא רב כהנא לא הוה שמעינן שאדם יכול להתנות בדשלב"ל דאטו יש לה ליטול מזונות בע"כ וכשרוצה חוזרת בה משמע דאי במלתא דרבא הוה פירש בהדיא דלא מצית לחזור בה הוה שמעינן מינה שיכול אדם להתנות בדשלב"ל ולפי מה שכתבנו לא הוה שמעינן מידי ונראה לע"ד לתרץ דרבא ורב הונא שאמרו יכולה אשה שתאמר איני ניזונית וכו' בכל גוונא איירי ואפילו אמרה הכי בשעת קדושין מקמי דנמטייה זמן חיובא דמזונות והרי היא מסלקת נפשה ממזונות דעדיין לא באו לעולם ועוד יש ליישב באופן אחר:

סימן ה

גרסינן בפרק המוכר את הבית דף ס"ג בן לוי שמכר שדה לישראל ואמר לו ע"מ שהמעשר שלי מעשר ראשון שלו ופריך עלה והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ומשני כיון דאמר ע"מ שמעשר ראשון שלו שיורו שייר מקום מעשר וכו'. והקשו הראשונים דמאי מקשה הגמרא והא אין אדם מקנה דשלב"ל נהי דאין אדם מקנה דשלב"ל מ"מ אדם מתנה בדבר שלא בא לעולם ותירץ הרא"ש ז"ל דע"כ האי תנא סבר

דע"מ שיורא הוי ולא תנאה דאי ס"ל תנאה הוי הוה ליה למימר אם נתן לו מעשר קנה ואי לא לא קנה אלא מדקתני מעשר ראשון שלו שמע מינה דס"ל דשיורא הוי והטעם דהוי שיור ולא תנאי דבתנאי לא מצי לאתנויי דלא שקיל לוי חלף עבודתו אלא בשביל תנאי עכ"ל. ומתוך מ"ש הרא"ש ז"ל בפרק הזרוע גבי ע"מ שהמתנות שלי מוכח להדיא דאף בכה"ג דאיכא למימר דלשיורא איכוון לא קי"ל כי האי תנא דס"ל דשיורא הוי אלא תנאה הוי ולא מהני האי תנאה דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה שהתורה אמרה שיתנם לכל כהן שירצה ולפי מ"ש שם נראה דהיה יכול להוכיח בסוגיין דפרק המוכר דע"כ ס"ל להאי תנא דשיורא הוי ולא תנאה דאי תנאה הוי איך קאמר מעשר ראשון שלו דמאן דסבר דהוי תנאה ס"ל דהתנאי בטל. איך שיהיה למדנו מדבריו דהמוכר שדה ואמר ע"מ שכל כך מהפירות יהיו שלי בכל שנה תנאה הוי ואם לא נתן לו כמו שהתנה המכר בטל. ולפי זה צריך להבין מה שכתב הטור סי' ר"ט ז"ל אבל אם מתנה ע"מ שתתן לי מהפירות כ"כ בכל שנה אז קיום המקח תלוי בו ע"כ. ויש לדקדק דמאי איריא אומר ע"מ שתתן שזה אליבא דכ"ע הוי תנאי לישמעי' חדושא דאפי' לא אמר ע"מ שתתן אלא ע"מ שכ"כ מהפירות יהיו שלי הוי תנאי ואם לא נתן בטל המקח. ומן היותר תימ' על הרב"י שאחר שהביא דברי הרא"ש כתב ז"ל ולפי זה לדידן דקי"ל דע"מ תנאה הוי אם אמר ע"מ שתתן לי אז קיום המקח תלוי בו ודבריו אינם מובנים דבע"מ שתתן ליכא מ"ד דלא הוי תנאה ואח"כ הביא סברת הרמב"ן ז"ל לחולק ולכאורה נראה דבע"מ שתתן כ"ע מודו דהוי תנאה וצ"ע. והרמב"ן ז"ל תירץ לעיקר הקושיא דטעמא דהכא לאו משום דס"ל להאי תנא דע"מ שיורא הוי אלא הכא הוי טעמא דכיון דבמ' שמכר שייר אינו דומה לאומר ע"מ שתתן לי כ"כ מהפירות בכל שנה דהתם ודאי המכר מתבטל אם לא יתן אבל כאן שא"ל ע"מ שהמעשרות שלי ר"ל שהוא משיירו לעצמו ואינו מוכרו הלכך אף על פי שלא נתן אין המכר מתבטל בכך וכן דעת רבינו חננאל ז"ל והגאון והר"ן ז"ל ולפי דברי הגאונים הללו ברייתא דבן לוי הלכתא היא ובעלמא ג"כ האומר ע"מ שכל כך מהפירות יהיו שלי בכל שנה שיורא הוי ואף אם לא נתן אין המכר מתבטל בכך כיון שבמ' שמכר שייר:

העולה מן האמור דבע"מ שתתן לכ"ע תנאה הוי והיכא דאמר ע"מ שכל כך מהפירות שלי ולא הזכיר שתתן לי לדעת הרא"ש גם זה הוי תנאה ואם לא נתן בטל מקח ולדעת הרמב"ן ז"ל ודעמיה הוי שיורא כיון שבמה שמכר שייר והרחבתי הדברים מפני שמדברי הרב"י ז"ל לא נראה כן. ולע"ד נראה עיקר כסברת הרמב"ן ז"ל מההיא דפרק החובל דף צ' בפלוגתא אי קנין פירות כקנין הגוף דמי אי לא מייתי ברייתא דהמוכר עבדו על

מנת שישמשנו שלשים יום ר"מ אומר ראשון ישנו בדין יום או יומים קסבר קנין פירות כקנין הגוף דמי ר' יהודה אומר שני ישנו בדין יום או יומים וכו' אלמא כל המוכר בעל מנת בגוף הדבר שמוכר דשיורא הוי ומשום הכי קאמר ת"ק דסובר קנין פירות כקנין הגוף דמי דראשון ישנו בדין יום או יומים ור"י דקאמר דשני ישנו בדין יום או יומים היינו משום דס"ל קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי דאי אמרת דתנאה הוי כסברת הרא"ש ז"ל אם כן מה שייך הכא קנין פירות הלא המוכר הכל מכר גוף ופירות מכר גמור ומה שחייב לשמש לרבו ראשון שלשי' יום אינו אלא לקיומי תנאיה וחילוק זה אף שהוא ראוי לאמר בלתי ראיה מצאתי להרב מוהרימ"ט בראשונות סי' קט"ז שכתב חילוק זה והכריחו מסוגיין דר"פ המגרש יע"ש. איברא דצריך להבין לסברת הרמב"ן דאיך סוגיא דבן לוי הלכתא היא לענין דינא דכיון דבמה שמכר שייר שיורא הוי ההיא סוגיא דפרק הזרוע גבי כהן שמכר פרה לישראל וא"ל ע"מ שהמתנות שלי דקתני נותנם לכל כהן שירצה משום דס"ל דע"מ תנאה הוי וקי"ל הכי דדוקא חוץ מהמתנות הוי שיורא אבל ע"מ הוי תנאה והרי התם דבמה שמכר שייר ואפילו הכי אמרי' דהוי תנאה:

ובדעת הרמב"ם ז"ל נתחבטו בו האחרונים ז"ל שבפ"ו מהלכות מעשר כתב כהן שמכר שדה לישראל וא"ל ע"מ שהמעשר שלי לעולם המעשר שלו כיון שאמר ע"מ נעשה כמי ששייר מקום המעשר אלמא דס"ל דשיורא הוי ואלו בפ"ט מהלכות בכורים כתב התנה הכהן עמו שהוא שותף עמו חוץ מן המתנות הרי המתנות לכהן אבל אם אמ"ל ע"מ שהמתנות שלי הרי המתנות של ישראל ונותנם לכל כהן שירצה שהאומר ע"מ לא שייר לו בעצמם של מתנות כלום וכו' אלמא דס"ל איפכא דעל מנת תנאה הוי ולא שיורא והרב בפ"ח ז"ל בי"ד סי' ס"א תירץ דשאני גבי מתנות דמתנות איתנהו בעולם וקנין איכא אלא דלא מהני תנאה משום דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה אבל גבי מעשר אם אנו אומרים שהוא תנאי נתבטל המעשר לגמרי לפי שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ע"כ לומר דשיורי שייר מקום מעשר וכו' ודבריו תמוהים דבתנאי לא שייך לומר אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם דאדם שפיר מתנה בדבר שלא בא לעולם כמ"ש כל הראשונים ז"ל ועיין מ"ש הרמב"ן ז"ל בסוגיא דבן לוי בשם מוהר"י הלוי וכעת צ"ע. ועוד יש לדקדק בדעת הרמב"ם ז"ל דלמה פירש להא דחוץ מן המתנות בשותף וכל הראשונים פירשו במוכר בהמה לישראל והנה לזה נראה דהרמב"ם נימוקו עמו דאי איירי בכהן המוכר לישראל בלאו תנאי המתנות של הכהן המוכר וכ"כ בפ"ו מהלכות מעשר כהן או לוי שמכרו פירות תלושים קודם שתגמר מלאכתם ואין צ"ל אם מכרו במחובר הרי התרומה או המעשר שלהם וכו'. ונראה לע"ד בדעת הרמב"ם והרמב"ן ז"ל דס"ל דגבי

מתנות כיון דהמתנות הוי דבר נפרד ומסויים ואי שיורי שיירם ולא מכרם הוה ליה למימר חוץ מהמתנות מדקאמר ע"מ אמרינן ותנאה הוי אבל הכא גבי מעשר אפילו אי הוי שיורא שפיר קאמר על מנת כיון דבמה שמכר בעצמו שייר ולא הוי דבר מסויים דמי לתנא' ומשום הכי נקיט לישנא דע"מ ולפ"ז הא דמייתי הרמב"ן ראיה מפרק הזרוע אינו אלא ללמוד משם דאפילו למאן דאמר תנאה הוי מ"מ אין קיום המקח תלוי בכך בכי האי גוונא דאינו מתנה עם חברו שיעשה או שלא יעשה דבכה"ג בעלמא קיום המקח תלוי בקיום התנאי אבל הכא שאינו מתנה עם חברו שיתן הוא אלא הוא רוצה לזכות באותו דבר ממילא אז אין קיום המקח תלוי בו והחילוק מבואר דבמתנה ואומר ע"מ שתתן אז ודאי אם לא נתן המקח בטל אבל הכא אינו מתנה עם חבירו שיתן עד שנאמר אם לא נתן בטל המקח שהרי לא התנה עם חברו שום דבר אלא הוא מתנה לזכות ממילא ואי אפשר לזכות ממילא:

והרשב"א ז"ל כתב בתשו' החדשות סי' ק"מ וז"ל כי ע"מ הכתוב בשטר זה אינו דומה לשאר ע"מ דעלמא שהוא תנאי גמור שגוף המעשה תלוי בקיומו כגון על מנת שאתן שאם לא נתן אינה מקודשת אבל על מנת האמור כאן שלא יהא לבעלה רשות בהם נראה שאין גוף המתנה תלויה בו שאם נתכוון לכך היה לו לומר שלא תתן וכו' ובפ"ק דקדושין גבי נותן לעבד ע"מ שאין לרבו רשות בו דקנה עבד וקנה רבו הקשו הריטב"א והר"ן ז"ל וא"ת והא ע"כ איירי בדכפליה לתנאיה שאם יקנה רבו שתתבטל המתנה דהא ר"מ הוא דבעי תנאי כפול ואם כן נמצא בהתבטל התנאי נתבטלה המתנה ע"כ. הרי מוכח מדבריהם דלא הוקשה להו אלא משום דכפליה לתנאיה ופי' שאם יקנה שתהיה המתנה בטלה משמע דאי לא הוה בענין כפל התנאי לא הוה קשה מידי ואע"ג דאמר ע"מ שאין לרבו רשות דגלי דעתיה דלא בעי שיקנה רבו וה"ט כמ"ש דלא התנה עם המקבל שאם יתן לרבו שתהיה המתנה בטלה וע"מ שאין לרבו דקאמר אין במשמע שתהיה המתנה תלויה בכך וכן מבואר בדברי הריטב"א שם יע"ש. זהו הנראה ליישב הסוגיא לדעת הרמב"ן ז"ל:

נמצינו למדין מהאי פלוגתא לש"מ שנתן מתנה בלשון זה בית פ' נתון לראובן ע"מ שידור בה שמעון כל כך זמן והנה מצד הדין שמעון לא קנה דש"מ שאמר ידור פלוני בבית זה לא אמר כלום אבל אי אמרינן דעל מנת תנאה הוי כדעת הרא"ש אם רוצה ראובן לזכות במתנת הבית צריך שיקיים התנאי ויניח לדור בה את שמעון הזמן שהתנה הנותן אבל לדעת הרמב"ן שכל שאינו עם שכנגדו ממש הוי שיורא ששייר במתנתו הכא ששמעון לא קנה מן הדין קנה ראובן הבית לגמרי אף שלא ידור בה שמעון כלל והוי כמו דקל

לאחד ופירותיו לאחר דנתרוקן כל הזכות לבעל הדקל כמו שפירש הרמב"ן בפרק מי שמת על הך סוגיא דדקל לאחד יע"ש. ועוד נפקא מהאי פלוגתא למאי דגרסינן בגיטין בפרק המביא תניין הרי זה גיטך והנייר שלי אינה מגורשת ופירש רש"י דה"ט דכיון דשייר הבעל הנייר לעצמו נמצאו אותיות פורחות באויר על מנת שתחזיר לי את הנייר מגורשת דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי כדמסיק בפרק מי שאחזו. ואם א"ל ע"מ שהנייר שלי לא מצאתי מפורש מה דינו ולע"ד תליא בהאי פלוגתא דלדעת הרא"ש תנאה הוי ומגורשת ולדעת הרמב"ן הוי שיורא ואינה מגורשת:

סימן ו

מי שמכר שפחה לחברו ואמר לו שפחה מעוברת אני מוכר לך ואחר כך נמצא שבשעת מכירה כבר ילדה הולד של מי:

תשובה הרמב"ם ז"ל כתב בפכ"ז מהלכות מכירה וז"ל שפחה מעוברת אני מוכר לך והיתה מעוברת מכר לו את הולד אבל אמ"ל שפחה סתם לא מכר את הולד והכי מוכח מהתוס' יע"ש. ולכאורה נראה דע"כ לא אמרינן דאם אמ"ל שפחה מעוברת דמכר לו את הולד היינו כשהיתה מעוברת באותה שעה אבל אם באותה שעה כבר ילדה כנ"ד לא הוי הולד של לוקח דאם תאמר לא כי אלא אף בכה"ג הוי הולד של לוקח מכיון דהמוכר רצה למכור גם הולד מה לי ילדה קודם מה לי ילדה אח"כ א"כ מתני' דקתני המחליף פרה בחמור וילדה זה אומר ברשותי ילדה כלומר קודם שמכרתי ילדה וזה אומר אח"כ ילדה וכן המוכר שפחה וילדה וכו' במאי קא מיירי אי בסתם אפילו ילדה אחר כך לא מכר לו את הולד ואי במפרש ואומר שפחה מעוברת אפילו ילדה קודם מכר את הולד. איברא דאיכא לפרושי ולומר דמאי דנקט הרמב"ם ז"ל פרה מעוברת אייירי כשאין הפרה לפניהם בשעת המכירה ולפיכך אם א"ל פרה מעוברת אני מוכר לך ה"ז מכר את הולד ואפילו נמצא שילדה מקודם המכירה. אבל אי לא אמ"ל פרה מעוברת שיש לי אני מוכר לך אז יש חילוק דאם נמצא שילדה מקודם המכירה אינו מכור דפרה כמות שהיא בעת המכירה קא"ל ואם לא ילדה עדיין בעת המכירה ודאי כוליה מכר ליה כמות שהיא ובירושלמי משמע דמתני' דהמחליף פרה אייירי כשנמצאת מעוברת אבל אם היה ידוע להם שהפרה היתה מעוברת סתמא חשיב כאלו א"ל פרה מעוברת ואפילו נמצאת שילדה קודם המכירה הוי של לוקח:

הלכות טובת הנאה ממון

מימי חורפו:

סימן א

טובת הנאה אי הויא ממון אי לא נחלקו בו הראשונים ז"ל דר"ח והרא"ש והר"ן ז"ל ס"ל דהויא ממון כמבואר בסוגין דסוף האיש מקדש יע"ש והוכיחו כן מסוגיא דפרק בתרא דנדרים דף פ"ה דמשני רבא התם דמתני' היינו טעמא דיטלו כהנים ע"כ דכיון דתרומה לא חזיא אלא לכהנים מכי אסריה עלייהו שויא עפרא בעלמא ופי' שם כל המפרשים דס"ל טובת הנאה הויא ממון יע"ש. אבל הרמב"ם ודעימיה פסקו דטובת הנאה אינה ממון כמבואר בדבריו פ"ה מה' אישות ונראה דהם מפרשים סוגיא דנדרים הכי לא תימא דטעמא דשרי ברישא משום דטובת הנאה אינה ממון דאפי' טובת הנאה אינה ממון היה אסור דטובת הנאה מיהא אית ליה שהתורה נתנה לו כח ליתנם למי שירצה ואין הכהן רשאי ליטלם שלא מדעת בעל הבית כמ"ש הרמב"ם בפי"ב מה' תרומות ז"ל ולא יטלם אחר שהורמו אלא מדעת בעלים שהרי הם של בעלים וכו' עכ"ל ולא עוד אלא דמצי הישראל ליקח ד' זוזי מישראל חבריה כדי ליתנם לבן בתו כהן כמבואר בדברי הרמב"ם בפרק הנז' ובנדרים אפי' ויתור אסור אלא ה"ט דשרי משום דכיון דתרומה לא חזיא אלא לכהנים מכי אסריה עלייהו שויא לטובת הנאה דידיה עפרא בעלמא (א"ה מסייע לזה מאי דאמר רבא דיטלו בע"כ דאילו הוי כפי' הראשון דהוי ממון קשה אמאי יטלו בע"כ מאחר שיכול למכרה לאחרים עיין בחי' הרשב"א) ומפשטא דשמעתין בפ"ק דמציעא גבי מתני' דראה אותם רצין אחר מציאה וכו' דאוקמה עולא בעומד בצד שדהו ואותביה ר' אבא מההיא מעשה דר"ג וזקנים וכו' ומשני ההו' מדרבנן ר"ג מטלטלי אגב מקרקעי הקנה להם ור' זירא קבלה ור' אבא לא קבלה ואמר רבא דשפיר עבד דלא קבלה וכי לא היה להם סודר לקנות ממנו בחליפין אלא טובת הנאה אינה ממון ע"כ מוכח דרבא אית ליה דטובת הנאה אינה ממון כדאמר דאלו לסברת ר"ח ז"ל ודעימיה צריך לדחוקי בסוגיין דמציעא לומר דרבא לאו אליבא דנפשיה קאמר לה אלא אליבא דר' אבא ורבא גופיה הוא דמסיים וקאמר ולא היא כלומר לעולם טובת הנאה חשיב ממון ומאי דלא אקנייה בחליפין ה"ט וכו' אבל בקנין אגב שפיר קא מקנה וה"ט דר' זירא דקבלה אבל פשטן של דברים נראה דסתמא דתלמודא הוא דקאמר ולא היא ולכאורה נראה שהרמב"ם ז"ל מפרש לה הכי דסתמא דתלמודא קאמר דר' אבא לא עביד שפיר במאי דלא קבלה דאע"פ דטובת הנאה אינה ממון מ"מ כיון דיש כח לבעלים ליתנם למי שירצו שפיר מצי להקנותם באגב ומאי דלא ניקנו בחליפין היינו טעמא משום דנתינה כתיבה בהו ולפי זה אתי שפיר דאע"ג דהרמב"ם ז"ל פסק דטובת הנאה אינה ממון אפילו הכי פסק בפרק בתרא דמעשר שני דמתנות כהונה נקנית באגב. ולפי זה אתי שפיר

ג"כ מאי דהוה קשיא לי בסוגיא דאמאי אצטריך רבא לומר דר' אבא ס"ל דטובת הנאה אינה ממון מדלא הקנה להו בחליפין ומ"ה אותביה לעולא והלא בפשיטות הוה ליה לומר דשפיר עבד דלא קבלה ר' אבא שהרי עולא גופיה ס"ל בפרק האיש מקדש דטובת הנאה אינה ממון ואותביה שם ר' אבא לעולא ושני ליה ומשמע דלבתר דשני ליה קבלה מיניה ואדרבא למאן דקבלה קשה ואיך קאמר סתמא דתלמודא ולא היא כלומר דשפיר מתוקמא ההיא דר"ג באגב דטובת הנאה הוי ממון והלא עולא גופיה ס"ל דטובת הנאה אינה ממון והדרא קושיא לדוכתא אבל לפי מה שפי' דלא תלי' הא בהא דאפשר דאע"פ דטובת הנאה אינה ממון אפשר דמקניא באגב ניחא דאצטריך רבא להוכיח דכל מידי דלא הוי ממון לא מקני בחליפין או באגב ולזה דחי ליה שפיר דשפיר עבד מאן דקבלה דלעולם מקניא וחליפין ה"ט משום דנתינה כתיב בהו נמצא עולה מהאמור דלסברת ר"ח ודעמיה טובת הנאה הוי ממון ואם נטלם כהן שלא מדעת בע"ה מוציאין אותן מידו אבל הר"מ ז"ל ודעמיה ס"ל טובת הנאה אינה ממון ואע"ג דאסור לו לכהן ליטלם שלא מדעת ב"ה מ"מ אם עבר ונטלם אין מוציאין אותם מידו כמבואר בדבריו בפי"ב מהלכות תרומות יע"ש. ולכאורה נראה דגם הראב"ד ז"ל ס"ל כן:

אמנם ראיתי להראב"ד בפ"ו מה' מעשר גבי מ"ש הר"מ ז"ל כהן או לוי שלקחו פירות מישראל אחר שנגמרה מלאכתם מוציאין את התרומות והמעשרות מידיהן קנס הוא להם כו' שהשיג עליו וז"ל אני אומר שאינו קנס אבל מפני שאמר להם מנתא דכהן לא זבני לך עכ"ל נראה מזה דס"ל דטובת הנאה הויא ממון דאי ס"ל דטובת הנאה אינה ממון הא ודאי אין מוציאין מידו של כהן וצ"ע:

ונראה דאפילו לסברת הרמב"ם ז"ל ודעמיה דס"ל דטובת הנאה אינה ממון ואם לקחם כהן שלא מדעת בעלים זכה בהם היינו דוקא אם נטלם כהן דכיון דכהן שייך בגוייהו זכה בהו ואפי' לצי"ש נראה קצת דאינו חייב להחזיר אבל אם לקחם ישראל חברו כיון דלא שייך בגוייהו גזל הוא בידו וחייב להחזירם לב"ה מדיני שמים ואינו יכול הוא ליתנם לכהן שירצה וכן מוכח קצת מההיא דאמרינן בפרק אין בין המודר דף ל"ו גבי תורם משלו על של חברו אי טובת הנאה של ב"ה ה"ז חייב לתתם לבעל הכרי שטובת הנאה שלו ומינה נשמע בתורם משל חברו על של חברו שהתורם חייב לתתם לבעלים כדי שיתנם לכהן שירצה ודוחק הוא לומר דההיא אייריי אליבא דמ"ד טובת הנאה ממון ומש"ה חייב להחזירם דסתמא לא משמע הכי ובסוף פרק החובל דרשינן לשמור ולא לחלק לעניים ופירש רש"י ז"ל דכיון שנתנם לחלקם תו לאו דמפקיד נינהו ועניים לא מצו תבעי דלכל חד מצי לומר לא לדידך יהיבנא וכו' וזו היא הלכה פסוקה ומשמע דכל

שהמפקיד לא נתן רשות לחלקם אלא לשומרם ויחזירם לבעלים והם יחלקום הבעלים תובעין אותו עדיין אם פשע בהם ונאבדו וכן כתב בפירוש הנ"י ז"ל בפרק הגוזל בתרא גבי אין לך פדיון שבוים גדול מזה ומ"ש מהר"ם ז"ל הביאו המרדכי בפרק שבועות הדיינין דאין חייב להחזיר ראובן דטובת אינו ממון יע"ש איירי בשטוען ראובן שנתן לו שמעון לחלק גם קרן גם פירות לפי ראות עיניו וסילק עצמו שמעון מטובת' הנאה דידהו ומשום הכי כתב שאר ורברי ראובן דודאי אין צריך להחזירה לשמעון ואין להשביע ומן אפילו יכפור שמעון בזה כיון דטובת הנאה אינה ממון וכיון דהוי דבר שאין מוציאין אותו בדיינים אין מחויב לישבע אבל ודאי אם היה מודה ראובן לשמעון שעדיין נשאר לו טובת הנאה לשמעון היה חייב להחזירה לו לצי"ש כמש"ל והוצרכתי להרחיב הדבור בזה מפני שמדברי מהריק"ו ז"ל בשרש קס"א אין נראה כן וז"ל הצ"ל וא"כ יש לומר דכל שכן הכא דאין הקהל צריכין להחזיר ליורש כיון דאפילו המוריש לא היה לו בה אלא טובת הנאה ועוד יש לדמותו לקנס דאין אדם מורישו לבניו וכו' יע"ש ולע"ד נראה כמ"ש ופשיטא דהקהל היו צריכים להחזיר לאביהם כיון דאית ליה טובת הנאה ליתנו למי שירצה וה"ה ג"כ לבניו חייבים להחזיר כיון דאית ליורש טובת הנאה ואפי' אי טובת הנאה אינה ממון ואין מוציאין בדיינים מכל מקום בדיני שמים חייבים להחזיר ותדע דטובת הנאה אפילו אינה ממון יורש יורשה ממ"ש רש"י ז"ל בפרק האיש מקדש גבי מאי דמשני תלמודא דכ"ע טובת הנאה אינה ממון והכא בטבלי' שנפלו לו מבית אבי אמו כהן דמר סבר לאו כמי שהורמו דמיין כו' פירש רש"י וז"ל וצריך היורש ליתנם לכהן דאין לו בהם אלא טובת הנאה הרי בהדיא דאפילו טובת הנאה אינה ממון מ"מ יורש יורשה.

נמצא עולה מהאמור דטובת הנאה אף אי לא הוי ממון לא הוי כדבר שאין בו ממש דאי הוי כדבר שאין בו ממש היכי מצי להורישו לבניו דבפרק מי שמת אמרו ידור פ' בבית זה לא אמר כלום משום דליתיה במתנת בריא ואפילו בקנין דאין קנין חייל על דבר שאין בו ממש ופריך והא הלואתו לפלוני דליתיה בבריא ואיתיה בש"מ ומשני הואיל ויורש יורשה כלומר ומתנת ש"מ כירושה שוויה רבנן משמע דדירה לבד אין היורש יורשה וכגון שמכר את הבית ושייר לעצמו האויר שלמעלה בלא גוף וכן כתבו שם הראשונים ז"ל. ועוד אי טובת הנאה הוי כדבר שאין בו ממש איך יכול להקנותו בקנין או באגב ובפי' כתב הר"מ ז"ל דטובת הנאה נקנית בקנין או באגב כנז"ל מכל זה ע"כ צ"ל דקנין כל דהו אית להו לבעלים בגוף המתנות. ומה שהביא מור"ם ז"ל בהג"ה סי' רע"ו דאין יכול להורישו וליתנו במתנה דטובת הנאה אינה ממון וכו' כבר נדחק בו הבש"ך ז"ל וכתב

דהיינו דוקא כשהיא ביד אחרים דלא עדיף ממורישו דאינו יכול להוציאו מתחת ידי אחרים כיון דאינו ממון אבל אם הוא ביד היורש פשיטא דזכה דטובת הנאה שלו יע"ש:
הן אמת דצריך להבין לפי זה דאם כן גבי קדושין כי קידש בהם את האשה אמאי אינה מקודשת באותה הנאה שיש לה לנותנם לכל כהן שירצה ובשלמא אי הוה אמרינן דטובת הנאה הוי כדבר שאין בו ממש ואינו יכול להקנות טובת הנאה זו לאשה כדי דתקדש בו ניחא דלדידיה הוא דזכי ליה רחמנא אבל לאחרים שאינן בעליו במאי תזכי באותו טובת הנאה כיון דטובת הנאה אינה ממון ונמצא לפי זה דהכהנים יכולים להוציא מידם מכיון שהבעלים נסתלקו מטובת הנאה דיליה והיא לא זכתה ביה ואלו לא היה כי אם מ"ש הר"מ ז"ל דיכול להקנותם בחליפין או באגב אפשר לדחות דלא כתב כן אלא כשמקנה גוף המתנות לכהן דאית ליה זכיה בגוף המתנות אבל להקנותם לישראל חברו כיון דאין לו זכיה בגוף כי אם לטובת הנאה לחוד אפשר לומר דהוי דבר שאין בו ממש ולא מתפסה בקנין ואפי' כי מטו המתנות גופייהו לידו כיון דאין לו שייכות וזכיה בגופייהו בטובת הנאה נמי לא זכה:
אמנם אי אפשר לומר כן מדמצינו דיורש יורשה וגם הרב בעל ש"ך כתב בפשיטות דאם הוא בידו מצי ליתנם וזכה המקבל בטובת הנאה וע"כ צ"ל דה"ט דאינה מקודשת משום דבשעת קידושין לא מטייא לה שום הנאה ולא דמי לתן מנה לפלוני ואקדש אני לך דמקודשת בטובת הנאה שיש לה באותה מתנה דהתם בשעת הקידושין יש לה טובת הנאה ונהנה כבר משא"כ הכא דבשעת קדושין לא מטייא לידה שום הנאה ובמאי תתקדש נמצא דמה שאמרנו טובת הנאה אינה ממון היינו לומר דאין לו קנין ממון כדי שיוכל לקדש בו את האשה שהרי אסור ליתנה לכהן בטובת הנאה ואפי' לומר לישראל תן לי פרוטה ואתן לה לבן בתך כהן כמ"ש הרמב"ם והטור ז"ל בה' תרומות יע"ש אבל מ"מ קנין כל דהוא אית ליה בגוף המתנות כדי ליתנה לכל כהן שירצה ושאינו יכול הכהן להוציאה מידו של בעל הבית שלא מדעתו וכ"כ מהרש"ל ז"ל בחידושיו דאסור ליקחם שלא מדעת ב"ה דלא גרע מגוזל פחות משוה פרוטה ומשום הכי אצטריך רש"י ז"ל בסוגיין דמציעא הנז' לומר דאפקורי אפקריה ר"ג לאותו טובת הנאה וכ"כ ג"כ בפ' הזרוע בלשון אחרון ואם איתא דאי אמרינן טובת הנאה אינה ממון ר"ל דלית ליה לבעל הבית שום קנין בנווייהו מה היה צריך לאפקוריה:
איברא דלפי מ"ש דאית להו לבעלים קנין בגוף המתנות ומ"ה מצי להורישם דהוי דבר שיש בו ממש וכ"כ יכול להקנותם אגב קרקע אלא דאשה אינה מתקדשת בו משום דבשעת הקידושין לא מטייא לה עדיין שום הנאה א"כ היכא דאמרה האשה תן מתנות

אלו לקרובי כהן ואקדש אני לך יש להבין אם יהיה מקודשת כיון דבעת הקדושין ממש מטיא לה הנאה שוה כסף שהרי מצינו דאומר ישראל לחברו טול זוז זה ותן המתנות לא' כהן. א"ד כיון דבקדושין בעינן שיתן כסף או שוה כסף או לדידה או לאחר ע"פ דבורה והכא אינו נותן שום כסף מאחר דאין ביד הבעלים ליקח בשבילו שום כסף כי אם ע"י דיבור אחרים אינה מקודשת ולפ"ז נראה דמאן דס"ל טובת הנאה ממון ואם קידש את האשה מקודשת היינו טעמא משום דיכול ליתנו לכהן בטובת הנאה וכן משמע מהירוש' דבפ"ו דדמאי דר' יוחנן ס"ל דאין לו בטובת הנאה אלא שנותנם לכל מי שירצה וריב"ח ס"ל דנותן אדם את מעשרותיו בטובת הנאה ע"כ. ונלע"ד דבהא פליגי דר"י ס"ל טובת הנאה אינה ממון הילכך אסור ליתן את מעשרותיו בטובת הנאה וריב"ח ס"ל טובת הנאה ממון והיינו דקאמר דנותן אותה בטובת הנאה ועפ"י האמור נראה ליישב מה שהקשה הר"ן ז"ל בנדרים דף מ"ז גבי מתני' דאסר בנו בהנייתו בחייו יבמותו אם מת לא יירשנו ויתן לבניו או לאחיו במתנה וכו' וז"ל היכי שרי ליתן לבניו והא מתהני מטובת הנאה דידהו ואסור כדאמרינן לעיל גבי תורם משלו על של חברו ומ"ה הוצרך לאוקומיה דלאו למימרא שיתנם להם ממש אלא שמראה להם מקום שיזכו מן ההפקר עכ"ד. ולע"ד נראה דלפי שיטתו דס"ל טובת הנאה הוי ממון הא ודאי משום הכי אסור למודר לתרום משלו על של חבירו שהרי יש לו לבעל הכרי טובת הנאה של ממון שיכול ליתנו בטובת הנאה דהכי ס"ל לר' יוסי בר חנינא בירושלמי דס"ל טובת הנאה ממון משא"כ התם בשהדירו אביו מנכסיו דשפיר מצי ליתנם לבניו או לאחיו כיון דלית ביה טובת הנאה של ממון שהרי אינו יכול ליתנם המודר בטובת הנאה ולדעת הר"מ ז"ל נמי דפסק דטוב' הנאה אינה ממון נ"ל דלא קשה דגבי מתנות כהונה אית בהו טובת הנאה במה שנותן לכהן זה והניח לאחר אבל כשאסר אביו נכסיו עליו נהי דאם היה נותן לאחרים הוה לי' טובת הנאה כיון שהניח את בניו ונתן לאחרים אבל כל שנותנו לבניו או לאחיו לא מחזקי ליה טובה כיון דאיהו אינו יכול ליהנות מהם ומה שנתנה להם ולא לאחרים כך הוא הדרך דלא שביק אינש לבניו או לאחיו ונותן לאחרים ולפ"ז יצטרך לומר דכל היכא דאית ליה בנים לא יתן לאחיו וכ"כ כי אית ליה תרי בני לא מצי למישבק לחד ולמיהב לאידך והבכ"מ ז"ל כתב על זה בפ"ד דנדרים ז"ל ולי נראה שאפילו יתנם בידם ממש שרי דל"ד לתורם משלו על של חבירו דקא מתהני מטובת הנאה דידהו דשאני התם שהוא מהנ' את חבירו, ממונו המות' לו ומפני כך יש בו טובת הנאה אבל הכא שהוא מודיעם שממון זה אסור עליו ומפני כך נותנו להם והם ג"כ בניו ואחיו שיש להם שייכות בממון אין לו עליהם טובת הנאה עכ"ל וקשה קצת על דבריו דהרי מתנות כהונה שע"כ צריך ליתנם

לכהן וכהני' ג"כ שייכי בגווייהו ואפ"ה אית בהו טובת הנאה והתורם משלו על של חברו אין לו לבעל הכרי אלא טובה שנותנו לכל מי שירצה דע"כ צריך ליתנה לכהנים דשייכי בגווייהו ואעפ"כ אסור כיון דאית לי' הנאה דכהנים מחזקי לי' טובה והכא נמי כי נתנם לאחד מבניו או שהניח את בניו ונתנם לאחיו הרי מחזיקין לו טובה (א"ה עיין בכנה"ג בה' תרומות סימן שנ"א שהאריך):

הלכות זכיה מהפקר

סימן א

כתב הר"מ ז"ל דבר תורה הפקר בפני אחד הוי הפקר אבל חכמים אמרו שלא יהיה בפחות משלשה עכ"ד אבל הרא"ש ז"ל כתב דד"ת אפי' בינו לבין עצמו הוי הפקר וכתב הב"י ז"ל בח"מ סי' רע"ב דאע"ג דמדברי סופרים לא הוי הפקר עד שיפקירנו בפני שלשה נפקא מינה לענין אם השאיל לעובד כוכבים בהמתו בשבת שיפקירנו בינו לבין עצמו ודיו ולע"ד נראה דכל כה"ג איפשר דאפי' הר"מ ז"ל מודה דמסתמא מפקר להו ואנן סהדי בכך וכדאמרינן בכמה דוכתי סתם גללים אפקורי מפקר להו ולא בעינן בפני אחד ד"ת ומד"ס בג' אלא במידי דסתמא לא הוי הפקר דלא הוי הפקר וטעם זה צריכים אנן לאמרו לסברת הרא"ש ג"כ כדי דלא תיקשי ליה דנהי דמן התורה סגי בינו לבין עצמו מ"מ כבר אמרו חכמים דאין הפקר בפחות משלשה אבל לפי מ"ש אתי שפיר דמ"ש חכמים בג' ה"ט משום דבלאו הכי לא גמר להקנותו והכא כיון דאיסורא הוא אי לא מפקר ליה אנן סהדי דגמר והפקיר ונראה מדברי הר"מ ז"ל עוד בה' נדרים דהא דבעי שלשה אינו אלא בקרקע אבל במטלטלין סגי באחד כדין תורה וה"ט משום דמטלטלי כל שהפקיר בפני אחד ה"ז גמר ומפקיר שהרי אותו שהפקירו בפניו יכול לזכות בהם ונאמן לומר הפקרת אותם וזכיתי בהם אני מן ההפקר במיגו דאי בעי אמר במתנה נתתה אותם לי משא"כ בקרקע דאינו נאמן לטעון הכי וכן נראה מדברי הרא"ש בפ"ד דנדרים. איברא דמדברי התוס' ז"ל בפ"ק דשבת דף ח"י ע"ב ד"ה דמפקרא להו אפקורי וכו' נראה דאף במטלטלין בעינן ג' (א"ה וכן נראה ג"כ ממ"ש התוס' בפרק אלו מציאות דף ל' ע"ב ד"ה אפקרי' יע"ש וכן נראה ממ"ש בס' ר"ב ז"ל בשם הרא"ש):

סימן ב

והיכא דהיא מושכרת או שאולה ביד אחר אי יכול להפקירה ראיתי להטור בא"ח סי' רמ"ו שכתב דיכול להפקיר בהמתו שהיא בידו של עובד כוכבים ואפי' ליום שבת בלבד וכתב הב"י ז"ל וכיון דביום השבת רשות העובד כוכבים עלי' שהיא מושכרת או שאולה

לעובד כוכבים אין אחר יכול לזכות בה עכ"ד. ויש לדקדק בדבריו דכי הוי רשות העובד כוכבים עליה אמאי אין אחר יכול לזכות בה כיון דאין לעובד כוכבים עליה אלא קנין פירות וקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי. ואפשר לפרש דה"ק דכיון שהיא תחת רשות העובד כוכבים אינו יכול למשוך בה כדינו כדי לקנותה אבל אה"נ דאי אירע דמשכה כדינה ה"ז זכה בה אבל ראיתי בסמ"ע שכתב דאפי' בשבת אינו יכול לזכות בה ומ"מ אינו עובר כיון שהפקירה אלו דבריו ולע"ד אין דין זה נראה דאם אינו יכול לזכות בה שום אדם ואפי' בשבת א"כ לא גמר זה להפקיר ועיין בירושלמי הביאו בס' בני אהרן סי' כ"ב דלא מצינו הפקר לזה ופירותיו לזה. ובעיקר הדין שכתבו דיכול להפקיר בהמתו ליום שבת בלבד כדי שלא יעבור צריך להבין דמהסוגייא דנדרים מוכח דכל הפקר לזמן לא נפיק מרשותא דבעלים עד שיזכה בו אחר ואפי' רבנן לא פליגי אר"י אלא במפקיר סתם אבל במפקיר לזמן מודו ליה דכל כמה דלא זכה בי' אחר עדיין לא יצא מרשותו ומשום הכי יכול לחזור בי' אפשר לומר דס"ל להסמ"ג כשינוייא דר"ל דברייתא דקתני יכול לחזור בו ר"י היא ולא קי"ל כותיה אבל מדברי הרמב"ם ז"ל בה' נדרים נראה דס"ל כשינוייא דעולא ולכן נראה לי דהכא כיון דהוי איסורא אפי' בהפקר לזמן גמר והפקיר:

סימן ג

וראיתי להר"ן ז"ל שכתב בפ"ק דפסחים לענין ביטול חמץ דלא מהני ביטול בלב משום דדברים שבלב לא הויין דברים ע"כ ולי נראה דכל כה"ג ביטול לב מהני דהוי דברים שבלב דמוכחי והכא אנן סהדי דביטל בלבו כדי שלא לעבור באיסורא כדאמרי' בגגית בפ"ק דשבת:

סימן ד

מי שאסר נכסיו על עצמו מי הוי כמפקיר ויכולים אחרים ליטול בע"כ או לא:

תשובה לכאורה נראה דכיון דראובן אסר הנאתם עליו הרי נכסים אלו הפקר ויכולים אחרים ליטול בע"כ וכיוצא לזו כתב הר"ן ז"ל בפ"ב דנדרים דף פ"ה גבי מתני' דהכהנים נהנים לי יטלו כהנים בע"כ וה"ט כדאמר רבא משום דתרומה לא חזיא אלא לכהנים וכיון דאסריה עלייהו שוייה עפרא בעלמא וכתב הרשב"א ז"ל דמהא שמעינן שהאוסר הנאת פירותיו על עצמו יכולים אחרים ליטול אותם בע"כ עכ"ל:

אבל לענ"ד הגם שאיני כדאי יש לי להשיב על דברי הרשב"א דנראה דאין הנדון דומה לראיה דמי שאסר על עצמו נכסיו בהנאה נהי דאינו יכול ליהנות הוא בהם מ"מ קנין אית ליה בנכסים ויכול ליתנם לבניו או לאחיו או לוה וב"ח באים ונפרעים מהם כי ההיא דתנן אסר בנו בהנאתו בחייו ובמותו אם מת לא יירשנו ויתן לבניו או לאחיו וכו' וכתב

הר"ן ז"ל בנדרים דף מ"ז דהא דקתני אם מת לא יירשנו לאו למימרא דכיון דנכסים אלו אסורים לו בהנאה לא יזכה בהם דהא קתני ויתן לבניו או לאחיו או לוה וב"ח באים ונפרעים מהם אלא ודאי נכסים דידיה נינהו אלא שאינו רשאי ליהנות מהם עכ"ל וה"ה נמי הכא באסר נכסיו על עצמו בהנאתו יכול הוא ליתנם לבניו או לאחיו ונמצא דקנין דידיה דאית ליה בנכסים עדיין לא פקע כדי שיוכלו אחרים ליטול מידו בע"כ משא"כ בההיא דכהנים נהנים לי דממון כהן הוא ואין לו אלא טובת הנאה וכיון דאסרי' עלי' תו לא נשאר לו שום זכות בתרומות והלכך נוטלים בע"כ:

וראיתי להר"ן ז"ל שם דס"ל דכל שאסרם על עצמו הרי הפקירם וכל שזכה בה אחר קנה כזוכה מן ההפקר ואפי' איתשיל עלייהו לא מהני להפקיע זכותם של אלו שאיני מוצא שאלה בהפקר עכ"ל ולפי זה יש ליישב דל"ד האי דאסר נכסיו על עצמו להההיא דאסר לו אביו נכסיו דהתם כיון דאינו הוא האוסר לא הפקיר זכותו ומש"ה אית ליה קנין בגווייהו ליתנם לאחיו או לב"ח אבל זה שאסר נכסיו על עצמו חשיב כאלו הפקירם אבל עדיין יש לגמגם בדברי הר"ן ז"ל דמאן נימא לן דמי שאסר נכסיו על עצמו חשיב כאלו הפקירם ונימא דעל עצמו דוקא אסרם בהנאתו אבל דעתו ליתנם צדקה לעניים וכיוצא ובכה"ג לא חשיב להו לאינשי הנאה דמצות לאו ליהנות ניתנו ולזה הי' אפשר לומר דדעתו של זה הנודר הוא כדי להפקירם לגמרי דאם לא כן למה לו לאוסרם יתנם לעניים ולא יהנה בהם. אבל עדיין קשה בההיא דכהנים נהנים לי שכתב הר"ן דהוי הפקר ואפילו שאלה לא מהני והתם אנן סהדי שאין דעתו של זה להפקיר טובת הנאה שלו שכל עצמו לא בא אלא לאסור לכהנים שלא יטלו תרומותיו אלא דאנן אמרי' כיון דתרומה לא חזיא אלא לכהנים כי אסרי' עלייהו הנאתו תו לא נשאר לזה טובת הנאה בהם ומש"ה כהנים נוטלים בע"כ:

נראה לע"ד דהרשב"א יודה לן דיכול זה הנאסר ליתנם לעניים דמצות לאו ליהנות ניתנו וכדאמרי' בפרק בכל מערבין דף ל' ככרי עלי מערבין לו בה אלא דס"ל דכיון דאין לזה בנכסים ליהנות בהם ואפי' טובת הנאה יכולים אחרים ליטול בע"כ דכיון דלא חזי לי' אין לו בהם קנין בגווייהו כדי שלא יוכלו אחרים להוציא מידו. וראיתי לו ז"ל בתשובה סי' תר"ב שהשיב דאשה שאסרה על עצמה כל נכסי ראובן ואח"כ קבלה קדושין ממנו דאינה מקודשת דכיון דאסורה בהנאה בהם אינה יכולה לזכות בה יע"ש נראה דלא ס"ל כמ"ש הר"ן ז"ל דאע"ג דנכסים אסורים לו בהנאה זוכה בהם לענין שנותנם לאחיו או לב"ח ולכאורה נראה להוכיח כסברת הר"ן ז"ל ממתני' דהמודר הנאה מחתנו והוא רוצה לתת לבתו מעות אומר לה הרי המעות הללו נתונים לך ע"מ שאין לבעלך רשות בהם הא

לאו הכי אסור משום דקנאם הבעל דיד אשה כיד בעלה. והשתא לפי סברת הרשב"א ז"ל שאין זה זוכה במתנה שאסורה לו ליהנות א"כ כי נמי לא א"ל ע"מ שאין לבעליך רשות בהם אין זה הבעל קונה אותם כיון שאסור בהנאתם ובפרק אין בין המודר נמי אמרי' ככרי עליך ונתנה לו במתנה מי מעל למעול מקבל יכול לומר דהיתרא ניחא לי' דליקני דאיסורא לא ניחא לי' משמע דאי הוה ניחא לי' איסורא מעל ואי לא קנה אמאי מעל וכדאמרי' בפרק השואל גבי השואל קורדום של הקדש בקע בו קנאו ופריך ואי לא קנאו אמאי מעל אלא מוכח מזה דאע"ג דאסור ליהנות ממנו מ"מ אם נתנו לו זכה בו לענין להורישו לבניו או ליתנו לאחיו או לב"ח:

וראיתי עוד תשובה להרשב"א סי' תשמ"ו שהשיב דהמודר הנאה מחברו ונתן לו לולב לצאת בו דביום א' לא יצא בו דבעינן לכם משלכם ולא של איסורי הנאה והכא אסור לו ליהנות ממנו ואינו קנוי כלל עכ"ל. ונראה דלשיטתיה קאזיל דאין אדם יכול לזכות במידי דאינו יכול ליהנות ממנו אבל לפי מ"ש היה נראה דהכא לכם מיקרי דהא קנאו ויש בו היתר הנאה לאחרים ואפילו ע"י שאלה ולא דמי לשאר איסורי הנאה דאין להם היתר הנאה כלל ולשריפה קיימי וגבי לולב של עבודת כוכבים כתבו דאינו יוצא ביום ראשון משום דבעינן לכם ואם כיון לזכות בו נעשה עבודת כוכבים של ישראל ולשריפה קאי משמע דאי לא הוה קאי לשריפה הוה יוצא בו אע"ג דהשתא אינו יכול ליהנות בו עדיין עד שיבטלנה. ומ"מ נראה כמ"ש דאינו יוצא בו דכשנתנו לו במתנה אי אמרי' דקנאו זה כבר עבד איסורא במה שקנאו ונהנה באותה מתנה והוי מצוה הבאה בעבירה אם לא שנאמר דכה"ג לא חשיב מצוה הבאה בעבירה עיין מה שכתבתי לעיל בהלכות גזילה:

וראיתי לו עוד תשובה סמוכה לחברתה שהשיב על מי שאסר נכסיו על עצמו או לולבו דאינו יוצא בו ביום ראשון ואף ע"ג דאי בעי מתשיל וראיה מתרומה טמא' דאינו יוצא בו ואע"ג דאי בעי מתשיל עליה עכ"ל. ולע"ד לא הכרתי ראייתו דתרומה טמאה שאני דאי מתשיל עליה הוי טבל וקי"ל דאינו יוצא בטבל דאינו ראוי לאכילה לשום אדם אבל הכא דראוי לאחרים אע"ג דלדידיה לא חזי אמרינן הואיל כדאמרינן בדמאי הואיל ואי בעי מפקרי נכסיה וה"ה בזה שאסר נכסיו עליה דחשיב כמו הפקר וכל שכן לפי מש"ל דממון דידיה הוי. (א"ה עיין מה שכתב מהרש"ל בפרק הגוזל קמא סי' ס"א דס"ל דאין אחרים יכולים ליטול ממנו בע"כ) ועיין גבי מפריש חלה ביום טוב דאמרינן כיון דאי בעי מתשיל עליה דידיה חשוב ועובר על לא יראה לך חמץ. והריני חוזר להקשות ע"ד הרשב"א שכתב דהמודר הנאה מחבירו ונתן לו לולב לצאת בו ביום ראשון דלא יצא משום דבעי' משלכם והכא כיון שבא מידו לידו אסור ואינו קנוי לו כלל כדאמרינן גבי

ככרי עליך ונתנה לו במתנה ע"כ ולע"ד לא דמי דהתם ודאי גבי ככרי עליך כי נתנה לו במתנה ה"ז אסור משום דקא מהני ליה באותה מתנה דיהיב ליה הנאה גמורה אבל הכא גבי לולב כי יהיב לי' ע"מ להחזיר כיון דמצות לאו ליהנות ניתנו אין כאן מהנה מאיסורי הנאה. ומתנה ע"מ להחזיר כי האי גוונא שאינו אלא לצאת בו בלבד אע"פ שחשיבא מתנה מ"מ הנאה ליכא למקבל וכדמוכח מדברי הרמב"ם ז"ל שכתב בפ"ה מהלכות אישות דאם נתן לה דינר ע"מ להחזיר אינה מקודשת דאם לא החזירם אין כאן מתנה ואם החזירתו הרי היא לא נהנית כלל עכ"ל. מבואר מדבריו שאע"פ שהנותן דינר לחבירו על מנת להחזירו חשובה נתינה וגבי קנין שדה קנה כה"ג מ"מ האשה אינה מתקדשת בזה דדינר ע"מ להחזיר לא קא מטיא לה שום הנאה ואין האשה מתקדשת בחליפין מהאי טעמא משום דחליפין לא קא מטיא לה שום הנאה:

סימן ה

גר שנתחייב בחיוב גמור לתת מנה לשמעון ואחר כך מת הגר ובזבזו נכסיו ועכשיו בא שמעון וטוען מאותם שזכו בנכסים שיפרעו לו זה שנתחייב לו הגר:

איתא בתוספתא פ' מי שהיה נשוי גר שמת תשובה ישראל נכסיו ויצאו עליו כתובה וב"ח גובין מן האחרון וכו' הרי מבואר דהזוכה בנכסי הגר הרי הוא כיורש וב"ח גובה ממנו. איברא דעדיין ליכא ראי' משום דההיא איירי בקרקעי וראי' דכתובה אינה נגבית מדינא דגמרא אלא ממקרקעי אבל אלו שבזבזו מטלטלין לא יהא אלא כיורש קי"ל דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח ואל תשיבני מההיא דפרק הפרה דקאמר משכונו של גר ביד ישראל ומת הגר ובא ישראל והחזיק בו זה נוטל כנגד מעותיו וכו'. דמשכון שאני דבתורת משכון בא לידו וכ"כ הרא"ש ז"ל בפרק חזקת עמ"ש הגאון ז"ל דישראל שלקח שדה מעובד כוכבים דלא קנה הישראל עד שיכתוב לו שטר ואם בא אחר והחזיק בה זכה מן ההפקר וכתב ר' האיי גאון ז"ל דאע"פ שזכה בו המחזיק צריך ליתן הדמים לישראל דנהי דלא קנה הלוקח לגמרי אבל חזרת משכנתא לא פקע מיניה כאותה ששנינו משכונו של גר ובא ישראל והחזיק בו זה נוטל כנגד מעותיו וכתב עליו הרא"ש ז"ל שאינו ראי' דהתם בתורת משכונא בא לידו ע"כ נראה מדבריו דכל שלא בא לידו בתורת משכון אם החזיק בו אחר אין ב"ח יכול להוציא מידו והגם דאיכא מרבותא שם דס"ל כסברת הגאון היינו כטעמא אחרינא יע"ש ועוד דאפי' הגאון לא אמרה אלא בקרקע דס"ל דאע"ג דלא קנאו בנתינת דמים מ"מ חל עליה תורת משכונא דאדעתא דהכי יהיב דמי אבל הכא במטלטלי ואם דהזוכה בהם הרי הוא כיורש ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי:

איברא דראיתי להרב בעל העיטור והרשב"א ז"ל דס"ל דאפי' החזיקו במטלטלי ב"ח גובה מהם והא דנקט משכון של גר ה"ה אפי' לא הוי משכון אלא משום דקא בעי למימר ובא אחר והחזיק בו קונה את השאר עכ"ל והביאו ה"ה ז"ל בפ"ב מה' זכיה אמנם עכ"ז עדיין לא נתיישב מ"ש דכיון דהזוכה בנכסי הגר הוי כיורש אמאי גובה מן המטלטלים וראיתי להרשב"ם בתשובות החדשות סי' רנ"ב שנתן טעם לדבריו דע"כ לא אמרי' מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח אלא משום דמשעת מיתת אביהם קמו נכסי בחזקת יתמי דירוש' ממילא קאתייא הא לאו הכי הי' גובה מהם כתובה וב"ח והראי' מההיא דפרק הכותב דקאמר התם מי שמת והניח אשה וב"ח ויורשים והי' לו פקדון ביד אחר רבי טרפון אומר ינתנו לכושל שבהן ור"ע אומר ינתנו ליורשים וכו' אלמא לר"ט כל שאין ברשות היורשים ממש בשעת מיתת אביה' כתובה וב"ח גובה מהם ואע"ג דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח וע"כ לא פליג ר"ע עליה אלא שהן יורשין וזוכים ממילא דבר תורה אבל הכא גבי זוכה בנכסי הגר דבשעת מיתה לא הי' זכות אחרים מעכבת כתובת אשה וב"ח קדמו שעבודייהו וקמו נכסי ברשותייהו עכ"ד. ולע"ד לא ידעתי מנא לי' דשעבוד כתובה וב"ח חל על המטלטלין עם גמר מיתה מאחר דקי"ל בכמ' דוכתי דמטלטלין לא חייל שעבודא דב"ח עלייהו מחיים וכ"כ רש"י ז"ל בפרק כל שעה דף ל"א יע"ש ומההיא דפרק הכותב ליכא ראי' דהתם לא אצטריך רבי עקיבא לטעמא דירושה ממילא אתייא אלא מפני שהמטלטלין עדיין לא באו ליד היורשין דאי לאו טעמא דמיד זכו בהם היורשין ב"ח הי' גובה אותו מהם דלא חשיבי מטלטלי דיתמי כל עוד שלא באו ברשותא דיתמי אבל היכא דבאו לרשותא דיתמי דל מהכא טעמא דירושה ממילא אתייא כבר נעשה מטלטלי דיתמי ואפי' ר"ט הי' מודה בהם ובפרק יש נוחלין דף קל"ח אמרינן שכיב מרע שאמר תנו מאתים זוז לפ' ות' לפ' ומת ויצא עליו שטר חוב גובה מהם כתב רשב"ם ז"ל דאיירי שעדיין לא באו הנכסים ליד מקבלי המתנה אבל לאחר שבאו לידם אין ב"ח גובה מהם דמתנת ש"מ כירושה שויוה רבנן ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח וכן נראה מדברי הרא"ש בפ' י"נ גבי אין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק יע"ש. ולפי דברי הרשב"א ז"ל דסובר דשעבוד דב"ח חייל אמטלטלי דאחר מיתה כל שאין זכות אחרים מעכבת הי' נראה דמתנת ש"מ כיון שאינו אלא מדרבנן מיד אחר שמת שעבודא דב"ח אמטלטלי שהרי אין רשות היורשים מעכבת בהם ואפילו כי באו אח"כ ליד מקבלי מתנה תגבה מהם. אבל זה לא מצינו מדינא דגמרא דמטלטלי משתעבדי לב"ח והרי"ף ז"ל כתב בפרק הכותב דאע"ג דמטלטלי לא משתעבדי לב"ח ה"ט דר' טרפון דכיון דלא אתו לרשות יורשין משתעבדי לב"ח מדר' נתן ולפי זה יראה

דבנדון דידן דמשעת מיתת הגר הוו כל נכסיו הפקר מהיכא תיתי דתיחול שעבודא דב"ח עלייהו כיון שכבר יצאו הנכסים מרשות המת לגמרי וטעמא דר"נ נמי לא שייך ואפי' לפי תקנת הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי לב"ח נראה דהכא לא שייך דע"כ לא אמרו אלא ביורשים שמכח מורישם הם באים אבל אלו הזוכים בנכסי הגר לא מכח הגר הם זוכים תדע שמטעם זה כתב הרא"ש שאין אלו הזוכים חייבים בקבורתו ול"ד לאומר אל תקברוני מנכסי דהתם היורשי' מכח המת הם זוכים אבל גר אינו קונה מכחו אלא הזוכה מן ההפקר הוא זוכה ונסתלק רשות הגר מהם וזכורני שזה ימים ראיתי במרדכי שתקנת הגאונים לא היתה כי אם לגבות מן היורשים ועיין בנתיבות משפט דף רע"ח ותראה כדברי ועוד דמלבד זה מספקא לי מילתא דע"כ לא תיקנו אלא בב"ח דאדעתא דהכי קא סמך דמטלטלי בזמן הזה הוי כגמלי דערבייא אבל בנדון דידן שנתחייב הגר לזה שלא מחמת חוב נראה דלא שייך להאי טעמא:.

סימן ו

מי שזרק כלי לשברו מתוך כעסו וקדם אחר והצילו וטוען כבר זכיתי אני מן ההפקר וזה טוען אני לא הפקרתי אותו אלא הייתי רוצה לשברו להניח דעתי:

תשובה איכא פלוגתא באבידה מדעת אי חשיב הפקר אי לא דהר"מ ז"ל והרמ"ה ס"ל דלא הוי הפקר והטור בסי' רס"א כתב דהוי הפקר ואיברא דסוגייא דשמעתין ר"פ אלו מציאות הכי ריהטא דמקשה לאביי דאית לי' יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ממתני' דמצא פירות מפוזרים הרי אלו שלו והא לא ידע דנפל מיניה ומוקי לה במכנשתא דביזרי דאבידי' מדעת היא מוכח בהדיא דאבידה מדעת הרי היא הפקר. אמנם בפרק הספינה דף פ"ז לא משמע הכי דאמתניתין דהשולח בנו אצל חנוני ומדד לו באיסר שמן ושיבר את הצלוחית חייב ור"י פוטר פריך עלה בשלמא באיסר ושמן בהא פליגי דרבנן סברי להודועי לי' שדריה וכו' אלא צלוחית אבידה מדעת היא ומוקי לה שנטלו חנוני למוד בה ונתחייב בהשבתה. אלמא אע"ג דאבידה מדעת היא לא חשיב הפקר דא"כ כי נטלה למוד בה מאי הוי. ובפרק כיצד הרגל דף כ"ו אמרי' זרק כלים מראש הגג ובא אחר ושברם ה"ז פטור ופי' רש"י ז"ל שזרקו בעל הכלי ואפ"ה לרבא אם בא אחר ושברם הרי זה חייב:

איברא דראיתי להרא"ש ז"ל שם חולק על פירוש רש"י ז"ל דאי בעל הכלי זרקו ה"ז הפקר והוי אבידה מדעת יע"ש ובפרק נגמר הדין אמרו הי' אביו ואמו זורקין כליו על מטתו מצוה על אחרים להצילם אלמא דהזמנה לאו מלתא ומשני שאני התם דמחמת מרירייהו זרקו להו הרי דאפילו לס"ד דמקשה דלא הוה ידע לטעם מרירייהו הי' מצוה על אחרים

להצילם משום השבת אבידה וכמו שפירש רש"י ז"ל. איברא דלפירוש רש"י ז"ל קשיא לי דכיון דהוי אבידה מדעת לית ביה משום השבת אבידה ואילולי פירושו הייתי מפרש דלאו משום השבת אבידה אמרו אלא משום בל תשחית מטו בה והכי משמע בתוספתא: **וליישב** דברי הרמב"ם והרמ"ה ז"ל דס"ל דאבידה מדעת לא הוי הפקר מההיא דמשני תלמודא במכנשתא דבזרי עסקינן דאבידה מדעת היא והוי הפקר נראה דהרמב"ם והרמ"ה מפרשי לה הכי דטעמא דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש משום דבאיסורא אתא לידי' כלומר הרי היא ככל אבידה שנתחייב בהשבתה ויאוש דאחר כך לא מהני דברשותא דמרי' קאי אלא שאינו יודע למי יחזיר עד שיבא אליהו זל"ט וכל שבא אליהו ואמר של פלוני היא צריך להחזירה ואפשר דה"ה אם נאמן אצלו כבי תרי דחייב להחזירה לצאת ידי שמים וכאות' שאמרו בקדושין אי מהימן לך זיל אפקא לצאת ידי שמים ובאבידה מדעת אפי' אתיא לידיה לא מתחייב בהשבתה דהרי היא כמונחת על גבי קרקע ויאוש דאחר כך מהני ועיין בהרמב"ן בספר המלחמות פרק אלו מציאות כדפי' ומש"ה יאוש דאחר כך מועיל ולא חשיב דבאיסורא אתא לידי' מכיון דלא נתחייב בהשבתה ועוד איכא למימר דהרמב"ם ז"ל איירי בדבר שיש בו סימן דכל שיש בו סימן אין זה מתייאש ממנו וכי אמרו בגמרא הרי אלו שלו היינו בדבר שאין בו סימן דודאי ה"ז מתייאש ממנו עיין בתוס' בפ' כיצד הרגל דף ך' ד"ה אפקורי קא מפקר להו יע"ש ונראה על פי דבריהם דיש חילוק באבידה מדעת בין היכא דגמר בדעתו לאפקורי כגון ההיא דפרק אלו מציאות דאנן סהדי דקב' בד' אמות דנפיש טרחייהו לא טרח איניש ולא הדר אתי ושקיל להו דבכה"ג הוי הפקר גמור ודאי אבל כל דליכא אומדנא כ"כ לא הוי הפקר לגמרי ולענין נדון דידן נראה דכ"ע יודו דלא הוי הפקר כיון שהשליכו מתוך כעסו ולא חשיב אבידה מדעת ולפי מה שפירש רש"י ז"ל יראה דבנ"ד מצוה על אחרים להצילם וכ"ש שיכול לומר אני לא הפקרתי אותם אלא רצוני הי' להניח כעסי:

סימן ז

יאוש אי הוי כהפקר. ראיתי להתוס' בפרק מרובה דף ס"ו ע"א שכתבו דיאוש לא הוי כהפקר דא"כ אפילו בתר דאתי לידי' באיסורא יוכל לקנות מן ההפקר והא דאמרינן בפרק השולח נתייאשתי מפ' עבדי דלא בעי גט אי אמרי' דהמפקיר עבדו יצא לחירות וא"צ גט שחרור לאו משום דכי מתייאש הוי הפקר אלא ה"ק כי היכי דבהפקר א"צ גט שחרור לפי שאין רשות רבו עליו ה"נ כשנתייאש אין לרבו רשות עליו עכ"ד. אבל מפירוש רש"י ז"ל שם דף ט"ל מוכח בהדיא דיאוש הוי לשון הפקר ופשטא דשמעתין מוכח הכי דמשמע דאיירי אפילו בעבד שהוא תחת ידו דכל שאמר נתייאשתי יצא

לחירו' וכן משמע מדברי הרמב"ם ז"ל ואם איתא דיאוש לא הוי לשון הפקר אמאי מהני דאין יאוש מועיל אלא בדבר האבוד אבל בדבר שאין ראוי להתייאש אי לא הוי לשון הפקר נראה ודאי דלא מהני. ומה שהקשו התוס' ז"ל דא"כ אפי' בתר דאתא לידי' באיסורא אמאי לא יקנה מן ההפקר נראה דפשיטא להו דאם הפקיר הנגזל מה שנגזל ממנו דהוי הפקר וזה תימא דהא מסיק רבא לקמן בפרקין דכמו שאין הנגזל יכול להקדיש מה שביד הגזלן לפי שאינו ברשותו כמו כן אינו יכול להפקירו יע"ש בשמעתין דצנועין דף ס"ט וכ"ת עדיין תקשי לן דאשכחן דיאוש מועיל אפי' בדבר שאינו ברשותו דהא אפילו במלוה שניתנה להוצאה אשכחן דמועיל יאוש כדאמרינן בפרק כל הגט דף ל' אמתני' דהמלוה לעני כדי להפריש עליו מחלקו דקתני עלה נתייאשו הבעלים אין מפריש עליהם שאין מפרישין על דבר האבוד איכא למימר דיאוש כי האי גוונא עדיף מהפקר שכיון שהוא קרוב לאיבוד אסח דעתיה ממנו ונתייאש והא דגבי גזלן אינו מועיל אפילו יאוש ה"ט משום דבאיסורא אתא לידיה דאי הוו ידעי בעלים בגזלן לא הוו מתייאשי ומדינא לא היה זה חשיב הפקר ואפילו באבידה כיון דבע"כ מתייאש ושלא מדעתו אלא דהתורה התירה היאוש באבידה משום דבהיתרא אתא לידיה אבל בגזילה דבאיסורא אתא לידיה לא ומתוך מה שכתבתי למדנו דאין יאוש מועיל בחוב אלא בדבר שראוי להתייאש כגון דהוי דבר האבוד וכן פירש רש"י ז"ל בפרק כל הגט שכל יאוש הוי דבר האבוד אבל בדבר שאינו ראוי להתייאש אין יאוש מועיל בו אפילו אמר נתייאשתי מחוב פ' דאין לשון זה מועיל אלא מדין הפקר דהוי כאלו מפקיר אותו וכבר כתבתי דאין הפקר מועיל בדבר שאינו ברשותו וכ"כ מהרי"ק בשורש ג' ודלא כמהרי"ט בתשו' בח"א:

סימן ח

אם אחר שהפקיר יכול לחזור בו:

תשובה לכאורה נראה דכל ששהה יותר מכדי דבור אינו יכול לחזור בו וכן נראה מדברי הר"ן ז"ל בס"פ אין בין המודר דהפקר משעה שהפקירו יצא מרשותו ואינו יכול לחזור בו והברייתא דקתני עד ג' ימים יכול לחזור בו היינו דוקא לענין מעשר ובהפקיר שדהו דמפני תקנת הרמאין אמרו חכמים דלא להוי הפקירו הפקר והא דמוכח בפרק אלו מציאות בעובדא דר' ישמעאל ב"ר יוסי דהוה מצי לחזור בו אחר שהפקירו ולומר לכ"ע אפקרינהו לדידך לא אפקרינהו איכא למימר דר' ישמעאל בשיטת אבוה קאי אבל לרבנן משע' שהפקירו אינו יכול לחזור בו ומ"ה שרי במודר הנא' להניחו על גבי הסלע וכן נראה קצת מדברי הרמב"ם בפ"ב מה' נדרים שכתב האי דינא גבי מפקיר את שדהו יע"ש. (א"ה אבל הרא"ש ז"ל בסוגיין דנדרים כתב דבכל הפקר דעלמא תקנו שיוכל לחזור

בו תוך ג' כל זמן שלא זכה בו אחר וכן נראה דס"ל להתוס' ז"ל הביא דבריהם ר"ב ז"ל בחדושיו בפרק אלו מציאות בסוגיין הנז' יע"ש ולדבריהם ע"כ צ"ל דהא דשרי גבי מודר הנאה להניחו ע"ג הסלע משום דהעמידו דבריהם על דין תורה או דהוי במלתא דלא שכיח ובכמה דוכתי אמרינן דבמלתא דלא שכיח לא תקינו ביה רבנן ועיין בפרק שנים אוחזים דף י"ב ע"א בד"ה ויצא בפתח אחר ובנ"י שם דנראה כדברי רבינו):

ומ"מ תוך כדי דבור נראה פשוט דיכול לחזור בו אמנם מהר"ר בצלאל אשכנזי ז"ל בתשובותיו סי' ט"ו כתב דהמפקיר אסור לחזור בו ואפילו תוך כדי דבור יע"ש ולע"ד לא ידעתי מנ"ל הא והלא אפילו בנדרים עצמן חזרה תוך כדי דבור מהני ועיין בדברי הרמב"ם בפ' בתרא דנדרים ושמא חשיב ליה כדבר מצוה והלכך לכתחלה אסור להתחרט ממצוה שנדר ולפי זה הנודר לעשות צדקה אסור לחזור אפילו תוך כדי דבור ועדיין צריכה תלמוד ומ"מ נראה ודאי דאם חזר בו מהני בתוך כדי דבור וכן מוכח מהירושלמי הביאו בספר בני אהרן סי' כ"ב דגרסינן התם בירושלמי גבי פלוגתא דר' ורבנן באומר זה גיטך מהיום ולאחר מיתה ואף בהפקר האומר שדי מופקרת מעכשיו ולאחר ל' יום על דעת דרבי מופקרת ועל דעתהון דרבנן אינה מופקרת אף בהקדש כן כל עמא מודו אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ע"כ והכי פי' דבהפקר דאפשר חזרה אמרי רבנן דאינה מופקרת שאי אפשר לומר שיהיה השדה מופקר לאחרים ופירותיו לבעלים וכיון שכן הרי ההפקר בטל אבל בהקדש דאי אפשר לומר חזרה הוי דחזרה לא מהני בהקדש ואפילו תוך כדי דבור דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ההקדש קיים. ועל פי האמור לעיל יבא לכלל יישוב מה שכתב הרמב"ם ז"ל בהלכות נדרים פ"ב וז"ל ההפקר אע"פ שאינו נדר הרי הוא כמו נדר שאסור לחזור בו עכ"ל ויש לדקדק מאי אסור לחזור דקאמר הכי הוה ליה לומר אינו יכול לחזור בו דמשהפקירו יצא מרשותו וראיתי להסמ"ע שפירש דה"ק דאסור לחזור ולמחות בהבא לזכות בו יע"ש. ועוד נ"ל דה"ק דאסור לחזור ולמישקליה לנפשיה שלא בתורת זכיה מההפקר אלא כלוקח את שלו א"נ לפורעו את בעל חובו דליכא אלא איסור בלבד שאין אנו יכולים להוציאו מתחת ידו דהוי ממון שאין לו תובעים:

סימן ט

גר ששכר בית מישראל לשנה אחד והקדים לו שכרו או שהיתה ממושכנת בידו לזמן מה ומת הגר באמצע הזמן ובא ישראל והחזיק בבית כדי לדור בה עד תום הזמן מי אמרינן כיון דשכירות לזמן ממכר הוא וקנוי לשוכר כמו שהוכחתי במ"א כשמת הגר כל מי שהחזיק זכה בה דנכסי דגר הוי או דלמא דכיון דאין לשוכר בבית אלא קנין פירות לבד כל שמת הגר פקע שעבודו וממילא זכה באותו זכות הבעל הבית שגוף הבית שלו

וכן מוכח מההיא דאמרינן בפרק מי שמת בש"מ שאמר דקל לאחד ופירותיו לא' דזכה בעל הדקל בפירות שיש לו קנין הגוף וכן נראה מדברי הרשב"א ז"ל בחידושיו בשמעתין דפרק השולח גבי עבד שנשבה יע"ש:

תשובה גרסינן בפרק הפרה דף מ"ט משכונו של ישראל ביד הגר ומת הגר ובא אחר והחזיק בו מוציאים אותו מידו מ"ט כיון דמית ליה גר פקע ליה שיעבודיה וכתבו התוס' והרשב"א בחידושיו שם דאיירי אפילו משכנו שלא בשעת הלואתו דקני ליה משכון דע"כ אין לו עליו אלא שעבוד בעלמא כיון שהיה יכול לפדותו עכ"ד. ולכאורה קשה דהא משמע דכל היכא דב"ח קונה משכון אינו לשעבוד בלבד כדמוכח בפרק כל שעה דף ל"א דלמ"ד ב"ח קונה משכון אפילו ישראל מעובד כוכבים ה"ז עובר עליו משום דדידיה הוא ומוכח מהסוגיא שם דטעמא דעובר לאו משום שיעבוד דאית ליה עליו בלחוד היא אלא משום דקני ליה קנין גמור מדקאמר שם אבל עובד כוכבים שהלוה לישראל על חמצו דברי הכל עובר התם ודאי עובד כוכבים מישראל לא קני משמע דאי הוה ס"ל דאפילו עובד כוכבים מישראל קני ליה משכון לא היה עובר ואי קנין משכון אינו אלא לשעבוד בלחוד כי נמי קני ליה עובד כוכבים למשכון לשעבוד אמאי הישראל אינו עובר עליו הא ודאי דידיה הוא וע"כ צ"ל כמו שפירש רש"י ז"ל שם דכל היכא דב"ח קונה משכון שלו הוא ממש כל ימי ההלואה:

וראיתי בתשובות למהר"ם ז"ל סי' ע"ד שכתב משם ר"ת ז"ל דשמעתין דפרק הפרה איירי במשכנו בשעת הלואתו דלא קני ליה לגר ומ"ה מוציאין מיד המחזיק בו אבל משכנו שלא בשעת הלואתו דקני ליה לגר אין מוציאין מיד המחזיק עכ"ל וזה סיוע למ"ש דב"ח קונה במשכון קנין גמור ומטעם זה כתב הר"ן בחידושיו לפרק השולח דמלוה שיש עליה משכון לא מהניא מחילה דמחילה לא מהניא בדבר שגופו קנוי מדאמרי' בפ"ק דקדושי' גבי ע"ע שטר ל"ל לימא ליה באפי תרי זיל ומהדרינן ע"ע גופו קנוי עכ"ל כתב הריטב"א ז"ל בקדושין בסוגיא הנז' ובע' העיטור. אבל ראיתי תשובה אחרת למהר"ם ז"ל סי' ר"ך הביאה המרדכי בפ"ק דסנהדרין שכתב וז"ל ונהי דב"ח קונה משכון היינו להתחייב בה כש"ש אבל אין גופו קנוי למלוה ומהני ביה מחילה אע"ג דהמלוה מחזיק המשכון כדאמרינן פ"ק דקדושין דאי לאו דע"ע גופו קנוי הוה מהני כי א"ל באפי תרי זיל וה"ה הכא עכ"ל. ולכאורה מסתמיות דבריו נראה דזה סותר למ"ש הוא בעצמו בסי' ע"ד משמי' דר"ת דכל היכא דב"ח קונה משכון קנאו הגר קנין גמור ואין מוציאין מיד מי שהחזיק בו ולכאורה הכי נראה עיקר כמו . שהוכחתי לעיל:

הן אמת דלפי זה קשה לסברת הרי"ף והרמב"ם ז"ל ודעמי' דס"ל דב"ח קונה משכון בין משכנו שלא בשעת הלואתו בין בשעת הלואתו א"כ מה יענו להה"א דהמחזיק במשכון של ישראל שהיה ביד הגר דמוציאין מידו ואי קנאו הגר למשכון קנין גמור אמאי מוציאין מידו של זה והרי אין זה מחזיק אלא בנכסיו של גר דכל זמן שלא נפדה נכסי הגר נינהו וקני ליה קנין גמור ומשום הכי האשה מתקדשת בו וכמ"ש התוס' ז"ל בפרק האומנין. ומתוך פירוש רש"י ז"ל בפרק כל שעה למדתי ישוב לזה שכתב ב"ח קונה משכון כל ימי הלואה קנוי לו וכו' עכ"ל. ולפי זה אתי שפיר ההיא דמוציאין מיד המחזיק דנהי דגר קני ליה משכון מ"מ כיון שמת הגר ופקע ההלואה פקע נמי קנין המשכון שאינו קנוי לו אלא בזמן דאיכא הלואה אזלא לה מלוה אזלא ליה משכון. ועל פי זה יש ליישב מ"ש התוספות בפ"ק דקדושין דף י"ט גבי מקדש במלוה שיש עליה משכון מקודשת במחילת המלוה ואע"פ שאינו מחזיר לה המשכון יע"ש ולכאורה הוה קשה דאינהו גופייהו כתבו לעיל בדף ח' דב"ח קונה משכון קנין גמור לגמרי וא"כ איך כתבו הכא דמהני מחילת המלוה ואע"פ שאינו מחזיר לה המשכון וכן כתב הטור בא"ה סי' כ"ח ונראה מדבריהם דמפרשי לה בין בשעת הלואתו ובין שלא בשעת הלואתו דאף על פי שאינו מחזיר לה המשכון מקודשת ואם היינו אומרים דאפי' היכא דב"ח קנה למשכון קנין גמור מהני מחילת המלוה בלא חזרת המשכון משום דקנינו של בע"ח במשכון אינו אלא בזמן דאיכא מלוה וכל היכא דליכא מלוה כגון שמחל לה המלוה פקע קנינו של משכון ניחא ולא דמי לעבד עברי דמחילה לא מהני ביה משום דגופו קנוי דהתם גבי עבד עברי ליכא מלוה אבל מלוה שיש עליה משכון אף על פי שב"ח קנה משכון המעות מלוה הוי וכל שמחל המלוה פקע שעבודיה דמשכון וכן נראה מדברי הרב בעל התרומות בשער נ"א והביאו הטור סי' ס"ו שכתב המוכר שטר חוב לחברו ויש משכון בידו ומסרו ללוקח שוב אינו יכול למחול ללוה מה שכנגד המשכון שכבר הלוקח במשכון משמע מדבריו דאפילו בלא חזרת המשכון המחיל' מהניא ולענין נדון דידן נראה דאם היתה ממושכנת ביד הגר כ"ע אפשר שיודו דכשמת הגר פקע שעבודי' וקם הבית ברשות ישראל המשכיר ואף אם הוא באתרא דלא מסלקו וכן כתב הר"ן ז"ל בחידושיו בפרק השולח אחר שכתב שהמשכון קנוי ל והמוחל מלוה שיש עליה משכון לא מהני וכו' סיים וז"ל אבל משכנתא באתרא דלא מסלקי אע"פ דאינ' משמט משמע דאם מחלה מהני דמשכון קרקע אינו קנוי עכ"ל ועיין מה שכתב הבש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ה שדברי הב"ח נראין עיקר יע"ש ולפ"ז נראה דה"ה אם היתה שכורה ביד הגר והקדים לו השכירות דאם החזיק בה אחד אחר מיתת הגר מוציאין אותו ממנה:

סימן י

מי שיש לו זכות באויר חצר חבירו ומכר אותו זכות לבעל החצר וקנו מידו אם מהני:
תשובה לכאורה נראה דאם מכרו לאחרים לא עשה ולא כלום כמבואר מדברי הרשב"א בתשו' החדשות סי' שפ"ד והביא' מרן הב"י בסי' רי"ד וכן נראה דס"ל להרמב"ן ז"ל הביא דבריו הטור בסי' הנז' ס"ח דלפ"ז יפה כתב הרמב"ן ז"ל דאם מכרו העלי' לאחר דאינו חוזר ובונה אותה הן אמת כי מדברי הרשב"א ז"ל נראה דמספקא לה מלתא יע"ש (א"ה עיין בתשו' הרשב"א שהביא הרב ב"י סי' רנ"ז סוף הסי' שנראה ממנה שיכול למוכר' לאחרים ולמורי הרב ז"ל ראיתי שרושם תשו' הרמב"ן ז"ל שהביא הב"י בסי' רי"ב ס"ד יע"ש). אמנם כשמכר או נתן אותו זכות לבעל השדה כנ"ד בהא ודאי אם קנו מידו מהני וכה"ג מצינו דמהני קנין כדכתב הרא"ש ז"ל בפרק המקבל גבי מצרן דזכות יש למצרן בשדה ואותו זכות הוא מוחל ומסתלק בקנין יע"ש והא התם דאינו מקנה לו מידי אלא שמסתלק מאותו זכות ואעפ"כ מהני וגבי בעל בנכסי אשתו שקנו מידו שסילק עצמו מנכסי' ראיתי להבפ"מ ז"ל בח"א סי' פ"ג דס"ל דכל שסילק עצמו מנכסי' ממילא זכתה היא דהרי כל הקרקע של האשה הוא אלא שתקנו חכמים שזכה הבעל וידו כידה וא"כ כי מסתלק בעל מאותו זכות ממילא נשאר לאשתו זהו ת"ד. הן אמת דלע"ד אין זה מוכרח שם דהא איכא למימר שכל האומר כן לאשתו כונתו הוא להקנות זכותיה לה באותו קנין וכל שקנו מידו בסתמא מגופא דקרקע קנו מידו ואם הקנין היה בא על הסילוק דהיינו שקנו מידו שמסתלק מנכסי' איכא למימר דלא מהני דכיון דסילוק ומחיל' לא מהני הקנין בכה"ג מה יתן ומה יוסיף וגבי שותף דלא מהני אפילו כשקנו מידו לס' התוס' ז"ל היינו משום שאינו מדבר עם חברו כנראה מדברי הרא"ש ז"ל, ומכאן נראה דסילוק לא הוי לשון הפקר דאי הוי לשון הפקר א"כ אפי' קנין לא בעי וכן יש להוכיח מסוגיא דס"פ מי שהי' נשוי והטור בסי' קי"א כתב דאם סילק שיעבודו צריך לקנות מידו יע"ש וגבי בעל בנכסי אשתו נ"ל דאפי' כי הפקיר כל נכסיו בפירוש עדיין לא נשאר לאשתו קנין שהיה לו לבעל בנכסיה ממילא וצריכה היא עכשיו להחזיק בנכסים ולזכות בהם וכי הדר זכתה היא בנכסים ממילא חוזר הבעל וזוכה בהם דיש לבעל זכות אפי' במה שזכתה מההפקר. ועוד נראה דאעיקרא אין בידו להפקיר נכסי אשתו ואפי' קנין פירות דאית ליה בגויה לא מצי יהיב לאחרים דבעינן רווח ביתא:

סימן יא

המוחל לחבירו מה שחייב לו והלוה לא רצה במחילתו מהו דינו וראיתי שדבר זה במחלוקת שנוי דלפי מ"ש התוס' פ"ק דקדושין דף י"ט ד"ה אומר אדם לבתו קטנה צאי

וקבלי קדושיך דאפי' אי לית לי' זכי' לקטן גבי ייעוד דין הוא שתזכה בשאר שאינה אלא מחילת שעבוד בעלמא ע"כ נראה דס"ל דמחילה לא הוי הקנאה אלא סילוק בעלמא וכמ"ש הרשב"א ז"ל בתשובה הביאה הב"י בח"מ סימן קצ"ה דלפ"ז יראה דזה שמחל לחברו מה שחייב לו מעת שיצא מחילתו מפיו נסתלק שיעבודו ואפי' שלא נתרצה הלוה אבל לפי מ"ש הריטב"א ז"ל משם רבו שם בקידושין דף ט"ו ד"ה אמר רבא זאת אומרת עבד עברי גופו קנוי וכו' דהמחילה הויא הקנאה יע"ש א"כ כל שלא רצה הלוה במחילתו לא זכה כיון שלא רצה לזכות ומיהו עדיין איכא למימר דכל כה"ג דהויא הקנאה דממילא אפי' בע"כ של לוה מהני והוי כאותה שאמרו גבי עבד כסף קבלת רבו גרמא לו יע"ש. ולפי סברת התוס' שכתבתי נראה דהמוחל לחברו מה שחייב לו ובתוך כדי דיבור חזר בו לא מהני דמעת שיצא מפיו המחילה זכה בה חבירו ומשום הכי אין חזרה בהקדש ואפי' תוך כדי דבור כמו שהוכחתי במקום אחר מדברי הירושלמי וטעמא משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט:

הלכות זכיה ומתנה

סימן א

השאלה וגם תשובת המורה נאבדה ומתוך תשובתו יובן מעשה שהיה איך היה

ראיתי את השאלה ואת אשר נגזר עליה מאת המורה ובא הח' הש' הדיין המצויין עליון למעלה ה"י וכלל דבריו שאין במתנה דא כל עיקר מתרי או תלת טעמי הבאים בדבריו. ואנכי אבא אחריהם לעמוד על כל אחד וא' ואם כי במקצת נטו צעדי מדרכיו אל יחר לכ"ת כי כך היא דרכה של תורה ואת והב בסופה. ואעין ואומר דמ"ש כ"ת דבטלה מתנתא דא יען כי הבית שנתן לה במתנה נמצא שלא היתה כלה שלו כי אם מקצתה בלבד וכיון שבטלה המתנה במקצת בטל בכול' דדמי לקני את וחמור דאיכא מ"ד דלא קנה כלום זהו ת"ד. ואני אומר דלע"ד אין נראה כן חדא שבנ"ד לא אמר לה שכל הבית נתן עד דנימא כיון שלא קנתה כלה מקצתה נמי לא קנתה אלא א"ל כי אם הבית נתתי לך וסתמא הזכות שיש לו בבית הוא דקא"ל שנתן לה וכיוצא לזו כ' הריטב"א ז"ל והביאו הנ"י אמתניתין דמכר האב מכורין עד שימות ז"ל פי' אם ירצה הלוקח שאם אינו רוצה חוזר בו ומבטל המקח דכיון דזבין ליה סתם גוף ופירות משמע לי' ללוקח והוי מקח טעות ומיהו אם ידע הלוקח שאין לו אלא פירות אין זה מקח טעות שהרי הכיר בה שאינו שלו ועוד דסתם מוכר זכותו הוא מוכר עכ"ל וכמו כן נאמר בנ"ד דמה שא"ל הבית נתתי לך סתמ' הזכות שיש לו הוא דקא"ל. ומה גם לפי מה שאני עתיד לכתוב לקמן

בס"ד שהשותפין כל זמן שלא חלקו כל הבית קנוי' לכל אחד מהם דלפי זה עביד איניש דקרי לי' ביתי סתם ואע"פ שאין כלה שלו. ועוד בה שאפי' אם היה אומר בהדיא כל הבית נתתי' ליך מחמת שיהי' סבור שכלה שלו כיון שהוא היה בונה אותה או שהיתה גזולה אצלו עדין אין סברא לומר שכיון שלא קנתה כלה מקצתה נמי לא קנתה שהרי קי"ל כרבא דפלגינן דיבוריה כדאיתא פ"ק דגיטין אמתני' דהכותב נכסיו לעבדו יצא ב"ח שייר קרקע כל שהוא לא יצא לחירות והוה ס"ד לומר דטעמא דלא יצא לחירות משום דלא פלגינן דיבורי' וכיון דלא, קנה כלום משום שאינו מסויים עצמו נמי לא קנה ומסיק דבעלמא פלגינן דיבוריה ומתני' הנז' משום דלא הוי כרות גיטא:

ומה שהביא כ"ת ראיה מתשו' מהריב"ל ז"ל שכתב דמי שמכר גוף ופירות ונמצא שלא הוה ליה למוכר כח להקנו' כי אם הפירות דכיון שבטלה המכירה בגוף הקרקע בטלה נמי לפירות ואפי' אם יאמר הקונה שהוא מפוייס לקנות הפירות באותן דמים שנתן ע"כ. לע"ד אין משם ראי' דלא אמרה הרב ז"ל אלא במוכר ולוקח וכטעמא דיהיב שכיון שנתבטלה המכירה לגבי קונה שהרי אם ירצה יכול לחזור בו משום מקח טעות נתבטלה גם כן לגבי המוכר שלא מצינו שהקונה אם ירצה לא יקנה והמוכר ימכור וזה הטעם לא שייך לאמרו במתנה כי ניחא לי' למקבל בכל דהו ואם לא קנה כלו יקנה מקצתו וכמו שכתב המרדכי בפרק המוכר את הבית וזכורני שכך ראיתי ג"כ בתשו' מהרימ"ט בח"מ וכעת אין ספרו בידי ואף במקח וממכר דכוותא דנ"ד עדין לא ברירא לן אם נאמר דכיון דלא קנה כלו מקצתו נמי לא קנה דלכאורה נראה דהאי מלתא במחלוק' שנוי' וכמ"ש הנ"י בפרק בית כור אמלתא דאחין שחלקו ובא להם אח ממ"ה דאמר שמואל מקמצין כתב מכאן למדו דמי שמכר שדה ונמצא מקצתו גזול דהמקח קיים בשאר והריטב"א ז"ל נחלק עליהם והר"ן ז"ל ג"כ כתב בפ"ב דקדושין שדעתו כדעת הריטב"א ושהרשב"א ס"ל דהמקח קיים בשאר ואני כתבתי במ"א דלע"ד נראה שכל מחלקותם אינו אלא כשהלוקח רוצה לקיים המקח לחצאין לפי חשבון הדמים שנתן ובהא ס"ל להריטב"א ז"ל דכיון שבטלה הקניה במקצת בטלה בכלה אבל כל שהלוקח מתרצה לקנות מקצתו בכל הדמים שנתן כ"ע יודו דקנה דלא גרע ממוכר יפות ונמצאו רעות דלוקח יכול לחזור בו ולא מוכר וכן נראה מפשט דברי הריטב"א שהביא הנ"י אמתני' דמכר האב וכמו שכתב מהריב"ל בח"ב סי' ל"א אלא שעדיין נראה לע"ד לקיים דינו של מהריב"ל ז"ל ואפשר הרשב"א מודה בו וכמ"ש ה"ה בפ"ל מהלכות מכירה שאם מכר הבעל גוף ופירות אפילו אמר לוקח הניחו לי ואוכל הפירות כל ימי הבעל אין שומעין לו דכיון שמקחו בטל בגוף ואין הפירות אלא מכח הקרקע הכל בטל עכ"ל הרשב"א ז"ל:

עוד כתב המורה שיחיה טעמא אחרינא בביטול מתנתא דנא משום שחלקו של נותן עדין לא היה מבואר מקומו שהרי הבית היה בשותפות עם אחיו וכל זמן שלא חלקו לא הוברר חלקו ואין אדם מקנה דבר שאינו מבורר וכמ"ש הרב מהרימ"ט ז"ל והוכיח לה מאותה שאמר מ"ש שיש בבית מחולל על סלע שתעלה בידי מן הכיס דהרי זה לא חלל משום דאין ברירה וה"נ בנ"ד זהו ת"ד הוא האריך ואני קצרתי. דלע"ד אין נראה כן דאם איתא להאי מלתא תיקשי לן מתני' דשור שחור שיצא מביתי יהא הקדש ויצא לבן דפליגי ב"ש וב"ה אי הקדש טעות הוי הקדש אי לא אבל משום חשש ברירה לא מטו בה ולכ"ע אם יצא שחור ה"ז הקדש ולא אמרינן אין ברירה. וע"כ צריכין אנו לומר כמ"ש הרשב"א בס' תולדות אדם סי' פ"ב דכי אמרי' לברירה ה"ד במידי דלית לי' קיום אם לא שנאמר יש ברירה והוברר הדבר למפרע דאל"כ אשתכח דאכל טבל מעיקרו אבל במוכר או מקדיש מידי מנכסיו שאינו, מסויים כל שבירר אח"כ א' מהם הרי הוא קנוי ומוקדש ואין אנו צריכין לקיום המקח לדמעיקרא וכיון דלקיום המקח אין אנו צריכים לברירה שהרי מהשתא מתקיים שוב אין אנו צריכין לברירה עכ"ל וכן דקדקתי על דבריו נקוט מיהא דרב גובריי אמר' דגבי נותן ומקדיש דבר שאינו מסויים לא שייך לבריר'. ומ"ש קצת מהראשונים ג"כ דאין אדם מקנה דבר שאינו מסויים לא משום חשש ברירה נגעו בה ותדע שהרי ש"מ שאמר תנו מנה לפ' נותנין ואע"פ שלא סיים המנה ובפרק הזהב נמי הוה בעי לאוכוחי דמטבע נקנה בחליפין מהבריי' דהרי שהיו חמריו תובעין אותו בשוק ואמר לשולחני תן לי בדינר מעות ואני אעלה לך יפה דינר וטרסית ממעות שיש לי בביתי אם יש לו מותר וקס"ד לומר דטעמא הוי משום דמטבע נקנה בחליפין ואע"פ שלא סיים לו הדינר דהא ממעות שיש לי בביתי קא"ל וגבי אם יש לו דשרי לפסוק כשער הזול כתב הריב"ש ז"ל דטעם הוי משום דד"ת מעות קונות וההיא ודאי מיירי אפי' כי לא סיים לו מקום אלא נראה לע"ד שלא אמרו המורים דאין אדם מקנה דבר שאינו מסויים אלא בשדה ובית וכיוצא בדבר שאין מינו שוה דאז אין הלוקח יכול לברר מקחו שהמוכר ידחה אותו בטענה דלא זה הוא מה שמכרתי לך כיון שאין כולם שוה וזה רוצה בזה יותר מבאחר אבל במקנה מידי מדבר שמינו שוה אין טעם למוכר כדי שיוכל לדחות ללוקח ולומר לא זה הוא מה שמכרתי לך כיון דכולם שוה ואין קפידא בזה יותר מחברו ואם לחשך אדם לומר דגבי שדות נמי מי לא משכחת לה שיהיו שניהם שוין בצביונן ובקומתן וסמוכים זה לזה אינו כן דגבי שדות לעולם ימצא בהם קפידא ברוחות שזה רוצה במזרח וזה רוצה במערב וכענין שאמרו ביתומים שחלקו הגדילו יכולים למחות ברוחות וכתב הריטב"א ז"ל דדוקא בטענה זו שיש טעם בדבר:

ודאתן עלה לידן מכל מ"ש דבנ"ד שהקנה לאשה החלק שיש לו בחצר דלא שייך הכא לומר לטעמא דזיל הכא קא מדחי לה שהרי השותפין בחצר יד שניהם שוים בו דמאי אולמי' דהאי מהאי וכשמכר אחד מהם חלקו לאחר כל זכות שבא לידו מכר לו וכל זה כתבתי כדי ללמוד במ"א דבנ"ד לקושטא דמלתא אין אנו צריכים לכל זה דנהי דקי"ל דהשותפין שחלקו לקוחות הם משום דאין ברירה ואמרינן אותו חלק שנפל בחלקו היה עד עתה של אחיו וכמ"ש הטור בסי' קנ"ד דאם טוען קניתי ממך אורה לאחר שתחלקו החצר ויפול גורלך אצלי דאינו כלום מה"ט מ"מ כל זמן שלא חלקו יד שניהם שוה בו ומשועבד וקנוי כל השדה לכל אחד מהם וכמ"ש הטור ר"ס קע"ה ושם בסעיף כ"ב כתב שאין בעל השדה שבצד אחד יכול לומר לאחד מהשותפין אני מצרן ודאי ואתה ספק דשמא יפול גורלך מצד אחר אלא חשוב ודאי כמוהו כיון שיש לו חלק בכל השדה עכ"ל וכיון שכן הוא שהשותפין כל זמן שלא חלקו יש לו חלק בכל השדה שפיר מצי להקנותו למי שירצה והרי זה מקנה לחברו כל השדה לזכות שיש לו בו וכן נראה בפשיטות מתשו' הגאון שהביא הטור בסימן תע"א ומתשוב' הרא"ש ז"ל שהביא בסי' קמ"ט והני איתא בהדיא בהגה' אשרי בפרק המוכר את הבית והוכיח לה מאותה שאמרו פלגא דאית לי בארעא פלגא ופירש רשב"ם ז"ל ראובן ושמעון שיש להם בית בשותפות ומכר ראובן חלקו לאיניש דעלמא וסתם שותפות מיירי בשעדין לא חלקו ואל יקשה לך על זה מדברי רשב"ם שכתב בפרק יש נוחלין שאין הפשוט יכול למכור חלקו דלא זכי ביה קודם חלוקה שעדיין לא הוברר חלקו כו' דשאני שותפין וכדכתיבנ' שמשעה שקנה אותו אדעתא דהכי קנה וכל א' מהם זכה בגוף החצר ומה שקנה מקנה לא' מה שאין כן בירושה דאתיא ממילא ובהא הוא דס"ל לרשב"ם דלא זכי ביה קודם חלוקה וע"כ צריך לחלק הכי דהא גבי פשוט שכתב דלא זכי ביה קודם חלוקה הוצרך לומר דהא דכי מת הפשוט בנו יורשו ה"ט משום דלא גרע היכא דמת האב ואחר כך מת הבן מהיכא דמת בן ואח"כ מת האב דבנו יורשו משום דכתיב ובן אין לו עיין עליו והאי טעמא לא שייך לאמרו גבי שותף שמת ואפי' הכי הבן יורש חלק אביו:

עוד כתב המורה שיחי' שלא יועיל המתנה יען כי היא מתנה במקצת ומתנת ש"מ במקצת בעיא קנין כל שלא פירש בה שהוא נותן מחמת מיתה ובנ"ד לא פירש שהיה נותן מחמת מיתה. ואני אומר דבנ"ד אין אנו צריכים לזה דכיון דאיכא תרי סהדי דמסהדי שהודה הש"מ שנתן לאשתו הבית במתנה כי לא צוה מחמת מיתה מאי הוי והא בהודאת ש"מ שאמרו אין אדם משט' מיתה כתב הב"י דמיירי בכל ש"מ ששוכב על מטתו והכא נמי תרי סהדי דהודאה שהודה הש"מ איך כבר מזה נתן הבית בשתו וכיון דהודאה הוי אין

אנו צריכים לבדוק אחריו כיצד נתן תלינן שנתן לה כדינו וכמ"ש הטור בשם הראב"ד בסי' ס' ז"ל אומר נתתי לפ' כך וכך הודאה היא ולא הקנאה ומי שהודה עצמו שנתן אין בודקין אחריו היאך נתן יע"ש ואחד מהגדולים השיב עלי דעדין אין מכאן ראיה דכי קאמר הראב"ד ז"ל דתלינן דכדין נתן היינו משום דאיכא כא שטרא ואם אי אתה אומר כן נמצא השטר בטל דזכיה אין כאן ושעבוד אין כאן וכל שהשטר בטל לגמרי אין אומרים יד בעל השטר על התחתונה זהו ת"ד ונסתייע לזה מדברי הטור שכתב ז"ל ומי שהודה שנתן אין בודקין אחריו היאך נתן ויש לנו להעמיד השטר בחזקתו ולומר שזיכה אותם ע"י אחר ונשארו בידו ונעשה שומר עליהם וכ' לו אחריות עליהם בקנין. ואני לע"ד נראה דפשט דברי הראב"ד נראה דבכל מודה שנתן אין אנו בודקין אחריו ומ"ש ויש לנו להחזיק את השטר וכו' לא על זה קאי דכי אמרינן דהיכא דהשטר מתבטל לגמרי לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה ה"ד כדי לפרש הלשון הכתוב בשטר באופן שלא יתבטל אבל במ"ש בשטר שהודה בפניהם היאך מכבר נתן הדינרים לפ' במתנה מה יפה כח השטר לומר שאותה זכיה שהודה היתה כדינו אטו מי שמודה בפני עדים שנתן מידי במתנה לפלו' העדים נזקקין לידע באיזה אופן זיכה אותם לו (א"ה עיין בתשו' החדשות להרשב"א ז"ל סי' קצ"ד) ומ"ש הטור ויש לנו להחזיק השטר כו' אצטריך לומר כן דלפי מ"ש דנתתי הודאה הוי שכבר הקנה אותם לחברו אם כן מהו זה שכתב לו עכשו ושעבדתי לו כל נכסי ואם כבר הקנה הזהובים לחברו כל היכא דאיתנהו ברשותי' דחברי' קיימי לזה כתב דיש לנו להחזיק השטר ולומר שזיכה אותם לו ע"י אחר ונשארו בידו ונעשה שומר עליהם וכתב לו אחריות עליהם בקנין באופן שנראה לע"ד דאפי' במי שמודה ע"פ ואמר נתתי דבר מידי לפ' אין אנו בודקין אחריו היאך נתן וה"נ יש לומר בנ"ד:

ועוד בה דנ"ד לדידי חזי לי שזה הש"מ היה מדבר מחמת מיתה שכך הוא רגילות בלשון בני אדם שרוצים שהש"מ יצוה עליהם מתחילין לדבר עמו הכי וזו היתה כונת האשה שהיתה בוכ' ואמרה לבעל' לו דיזי"ש נאדה ובאה תשובתו צודקת ואמרה לה ייא טי דיש"י קי לה קאזה איש טוייא ייא טי דוש"י קי טי לה אינפריזי נטי וצבוייטי פואידי קיטאר די אינייא. בזה הלשון מורה באצבע שהיה מדבר מחמת מיתה וכבר כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ח וז"ל ש"מ שצוה מחמת מיתה כגון שהיתה דעתו נוטה שהוא מת ודאי וניכר דבר זה מכלל דבריו עכ"ל. משמע מפשט דבריו דאין צריך שיאמר בהדיא שהוא מצוה מחמת מיתה אלא בגילוי הדעת לחוד סגי וכ"נ ג"כ מדברי הרא"ש:

איברא דעדין יש לפקפק במתנה דא והוא בעיקר העדות כאשר גם המורה שיחי' עמד בה שזה הש"מ לא היו דבריו בדרך צואה וכמוסר לעדות אלא בדרך שיחה וסיפור שהיה מספר עם אשתו פעם נמצא זה ושמע ופעם נמצא זה ושמע וכיון שכן איכא למיחש דזה הש"מ לא גמר בדעתו להקנות לה מידי כל דבריו לא היו אלא פיטומי מילי להפיס דעת האשה שהיתה בוכה ומבכה וראי' לזה שלא הזמין עדי' להעיד על דבריו וכדמות ראי' לזה הביא מאותה שאמרו בפרק זה בורר הרי שראו את אביהם שהטמין מעות בשידה תיבה ומגדל ואמר של פ' הם של מ"ש הם אם כמוסר דבריו קיימים ואם כמערים לא אמר כלום ופירש רש"י ז"ל כמוסר דבריו בלשון צואה לבניו ואם כמערים שהוא מתיירא שלא יטלום בניו בחייו או שלא יחזיקוהו כעשיר ע"כ הרי שכל שלא אמר דבריו בל' צואה אנו חוששין להערמ'. הן אמת דאיכא למדחי ולומר דהברייתא דהתם בבריא איירי ולהכי אם אינו כמוסר דבריו איכא למיחש להערמה שנתיירא שלא יטלום בניו בחייו או שלא יחזיקוהו כעשיר אבל בש"מ שהודה כה"ג ואמר מעות אלו של פ' הם נראה מדברי רשב"ם ז"ל בפרק מי שמת דף קמ"ט למדקדק שם דליכא למיחש למידי ואע"פ שלא היה כמוסר לבניו אלא בהודאה בעלמא דבריו קיימים משום דאין אדם משטה בשעת מיתה ואפי' נימא דהברייתא בכל גוונא מיירי ואפי' בש"מ איכא למימר דשנייא ההיא שהיה מטמין וכשראה את בניו שהיו מסתכלי' בו נתיירא מהם ואמר הכי הא לאו הכי כל שהודה הש"מ אינו צריך שיהא כמוסר דבריו וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל שכ' בפ"ח ז"ל אין ש"מ צריך שיאמר אתם עדי אלא כל השומע דבריו ה"ז עד שאין אדם משטה בשעת מיתה:

והשתא בנ"ד מעדותו של אברהם פייד"ו שהעיד שאמר הש"מ לדודתו ייא לו שאבין שמים וארץ קומו סי לה אינפריזנטי לה קאזה לאשתי נראה שהיתה הודאתו באמת ובלב שלם ואם היורש הי' מאמין לדבריו לצאת ידי שמים חייב לאוקומ' ביתא ברשות האשה אבל משורת הדין מוקמינין ביתא בחזקת היורשים. כל זה כתבתי אם יראה בעיני מורי אשר בית ישראל נכון עליהם ה' עליהם יחיו נאם הצעיר אפרים נבון:

עליונים למעלה הטיבו אשר דברו להחזיק הבית בחזקת יורשי הבעל אף ידינו תכון עמהם ולמכתב לחזקיהו באנו על החתום פה קושט' שנת התפ"ג: יוסף בכמה"ר ישעיא מטראני יאודה רוזאניש:

סימן ב

והיכא דהקנה לאחר ע"י בנו גדול הסמוך על שלחנו אי הוי זיכוי או לא. כתבו התוס' ז"ל בפ"ק דמציעא אמתני' דמציאת בניו הקטנים הרי הם שלו ואוקמה ר"י דגדול הסמוך

על שלחן אביו זהו קטן דפירש ר"ת ז"ל דה"ה גבי עירוב שאמרו דאינו מזכה ע"י בניו הקטנים כל שסמוך על שלחן אביו זהו קטן וידו כיד אביו. אבל הנמוקי יוסף כתב דחלקו עליו הרמב"ן והרשב"א והר"ן ז"ל דלא אמר ר"י כי אם לגבי מציאה דוקא ומשום איבה אבל מתנה שנתן לו אביו או שזיכה לאחרים על ידו דליכא איבה אין ידו כיד אביו וכן נראה שהוא דעת הרמב"ם ז"ל בהל' עירובין וצריך להבין לסברת ר"ת ההיא דתנן במס' מ"ש מערימין על מ"ש כיצד אומר אדם לבנו ובתו הגדולים הא לכם מעות הללו ופדו בהם מ"ש בלא חומש אבל לא לבנו ובתו הקטנים מפני שידם כידו והתם לכאורה נראה דליכא לפרושי כפי' ר"ת דלא גדול גדול ממש וכו' וכן פירש רש"י ז"ל במס' גיטין פרק התקבל דהיינו מערימין שהם סמוכים על שלחנו ושלהם שלו שהם חוזרים ונותנים לו משמע מדבריו דמתני' בסמוכים על שלחנו איירי וראיתי להרשב"א שם בחידושיו דפי' למתני' כפירוש ר"ת ומערימין דקאמר היינו משום שכונתם לזכות אביהם (וכן ראיתי בחי' זקנים בסוגיין). אבל עדיין קשה עליו ממתני' דפרק השואל את הפרה ושלחה לו על י' בנו ע"י עבדו או שא"ל שלח ע"י בנך מתה ה"ז חייב ופריך עלה בגמרא יד עבד כיד רבו דמי ואלו אבנו לא פריך מידי ואע"ג דסתמא מתנייא ומשמע אפי' בסמוכים על שלחנו וכן כתב הרשב"א בתשובה הביאה הב"י בח"מ סי' ש"מ יע"ש:

ולדעת החולקים על ר"ת דס"ל דלא אמרה ר"י אלא במציאה דוקא דשייך ביה איבה צריך להבין אם כן כי נתן לו אביו מתנה לבנו הקטן הסמוך על שולחנו אמאי לא יזכה בה דהא אית ליה לקטן זכיה כשדעת אחרת מקנה מכיון דלא שייך בה משום איבה וכ"ת ה"נ דיזכה בה וכמ"ש הריטב"א בחידושיו המודפסות לפ"ק דמציעא הא ליתא דתיקשי ע"ז ממתני' דמ"ש דמשמע בהדיא דאינו זוכה במתנה שנתן לו אביו כל שסמוך על שלחנו וכן כתב הנ"י בשמעתין בשם הרנב"ר יע"ש וראיתי להנ"י שם דיהיב טעמא משום דקטן כל שיש לו אב אין לו יד לזכות לעצמו כלל ואם נתנו לו אחרים מתנה הרי הוא של אב פי' לפי' דאע"ג דבמתנה שנתן לו אביו לא שייך איבה קטן שאני משום דאין לו יד לזכות לעצמו אבל עדיין צריך להבין במאי זכה האב במתנה שנתנו לו אחרים לקטן והלא אין קטן זוכה לאחרים ובשלמא במציאה אתי שפיר דאינו אלא מפני דרכי שלום. וכ"ת הקטן זוכה לנפשיה ואבוה מיני' קא זכי וכמ"ש הר"ן בפ"ק דקדושין גבי אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קידושיך דהיא זכתה לעצמה ואבוה זכי מינה זה אינו דא"כ הוא דיש לו יד לזכות לעצמו אם כן אמאי אבוה יזכה באותה מתנה כיון דלא שייך בה איבה. ובירושלמי פ"ד דפאה אמרו שם ר"י אית ליה אדם זוכה במציאה לחבירו דתנינן תמן מציאת בניו הקטנים הרי הם שלו ואמר ר"י לא קטן קטן ממש אלא אפי'

גדול כל שטיפולן על שלחן אביהם הרי הן שלו. ולכאורה איכא לאקשויי בי' דהיכי דייק מינה דר"י ס"ל דמגביה מציאה לחבירו זכה חבירו דלמא שאני הכא דהבן זכה לנפשיה ואבוה מיניה קא זכי משום איבה אלא מוכח מהכא דהאי טעמא דאיבה לא סגי שיזכה במציאתו האב כל כמה דלא מטא לידי' דאב אילולי דס"ל דאדם זוכה במציאה לחברו ולמדנו מזה דכל שהבן גדול אפי' סמוך על שולחן אביו אין ידו כיד אביו דאי ידו כיד אביו איך למד מדר"י דס"ל דאדם זוכה במציאה לחבירו ולפי זה הא דאמרינן בשמעתין פ"ק דמציעא אי אמרת בשלמא קטן אית לי' זכיה לנפשיה מדאורייתא כי קא מלקט לנפשיה קא מלקט ואבוה מיניה קא זכי ופי' התוס' דמודה ר"י דמציאת קטן לאביו אלא דס"ל דהבן יזכה לנפשיה מדאורייתא ואבוה זכי מיניה משום איבה והא דלא אוקמ' שמואל למתני' בטעמא דידי' משום דקטן דקתני במתני' משמע לי' בקטן ממש אע"פ שאינו סמוך על שלחנו ואלו הי' זוכה לנפשי' מן התורה אין סברא לתקן שיזכה אביו כיון דליכא איבה יע"ש אין אנו צריכים לכל זה דאי ס"ל דקטן יש לו זכי' לנפשי' אפי' תימא דאיכא כא איבה מ"מ לא זכה אבוה בהגבהתו של קטן ותדע שכן הוא שהרי גדול הסמוך על שלחן אביו דאיכא איבה ואפילו הכי משמע מהירושלמי דלא מפני זה בלבד היינו אומרים שיזכה אבוה בהגבהתו כי אם משום דס"ל לר"י ג"כ דהמגביה מציאה לחברו קנה חברו וכו' אבל אי לאו הכי היינו אומרים דמשום איבה יזכה לנפשיה ואח"כ יזכה אבוה מיניה וא"כ בקטן דקי"ל דאין קטן זוכה לאחרים לא זכי אבוה בהגבהתו. ומתני' דקתני הרי אלו שלו משמע דמשעה שהגביהו הקטן זכה בה אביו ולדברי ר"י אינו כן אלא הקטן זכה לנפשיה ואבוה זכי מיניה כי קא מטיא לידיה דאבוה וע"כ מתני' לא מיתוקמא כר"י אלא ס"ל לתנא דמתני' כדשמואל וליכא לאקשויי היאך זכה. בה אביו בהגבהתו דהא סבירא לן דאין קטן זוכה לאחרים דהכא אינו אלא מפני דרכי שלום. ומתוך פירוש רש"י נראה דהשתא ס"ל דר"י לית ליה דמציאת קטן לאביו וכן כתב הריטב"א בחידושיו ומה שהקשו התוס' ע"ז דא"כ מנ"ל דלר"י קטן זוכה לנפשיה מן התורה דלמא אינו אלא מדרבנן ואביו לא זכי מיניה כלל כבר נתיישב זה מתוך פרש"י שפירש דאי לית ליה זכיה מדאורייתא נמצא אביו גוזל את העניים ולפי זה שמענו דאפילו אית ליה זכיה מדרבנן כיון דמן התורה לית ליה זכיה גזלן קא חשיב:

והשתא דאתינן להכי הא דקתני יד בן כיד אביו אינו אלא בקטן ממש הסמוך על שולחן אביו מטעם דאין זכיה לקטן לזכות לנפשיה וכי הגיע לידו כאלו הגיע ליד אביו דמי והחוטף' מידו כאלו חוטפה מיד אביו וחייב להחזיר וכ"כ ראב"ן בספרו וכ"כ מוהר"ם ז"ל בתשו' הארוכות דהנותן לקטן כאלו נתן ביד אביו דמי. אבל הגדול אפילו סמוך

על שלחנו אין ידו כיד אביו שיזכה אביו בהגבהתו אלא משום דס"ל דהמגביה מציאה לחברו קנה חברו (א"ה כבר נתיישב לפי האמור דלא הוי הקטן כזוכה לאחרים וכ"ת תינח במציאה במתנה שנתנו לו אחרים דליכא איבה ואיכא דעת אחרת מקנה דכה"ג ס"ל למקצת גדולי הראשונים דזכי קטן מן התורה מאיזה טעם יזכה בה אביו איכא למימר דכיון דלענין מציאה עשו חכמים ידו כיד של אביו משום איבה אי אפשר לעשות שבהיותו הקטן סמוך על שלחן אביו שיהי' ידו יד אביו לענין מציאה וידו שלו לענין מתנה והא דגבי מציאה הוצרכו שיהיה ידו כיד אביו הוא משום דאין קטן יכול להיות זוכה לאחרים ושיתקנו שיהי' הקטן זוכה לנפשיה ואבוה זכי מיניה אין זה סברא כמ"ש התוס' ז"ל):

וראיתי להמרדכי בפ"ק דמציעא שהביא תשובה למהר"ם ז"ל דאין יכול ליתן מעשר עני לבני שמעון הסמוכים על שלחנו ואפילו הם גדולים כיון דאביהם הוא עשיר וידם כידו כמ"ש ר"ת ואע"פ שר' שמשון חולק על ר"ת ומחלק בין דעת אחרת מקנה להיכא דאין דעת אחרת מקנה אנן עבדינן כר"ת לחומרא ע"כ וצריך להבין דבריו דנראה דכל כה"ג אפילו ר"ת ז"ל יודה דמצי עבד והכי אמרו בשמעתין אי אמרת בשלמא קטן אית ליה זכיה לנפשיה כי קא מלקט לנפשי' קא מלקט ואבוה מניה קא זכי ופי' התוס' דר"י ס"ל ג"כ דמציאתו לאביו ואפי' הכי שרי משום דקטן זכי לנפשיה ואח"כ אבוה זכי מיניה משום איבה וא"כ כשהבן הוא גדול דאית ליה זכיה לנפשי' מן התורה שפיר מצי יהיב ליה מעשר עני דאיהו לנפשיה קא זכי ואבוה מיניה קא זכי ולפי זה נראה דלא מיבעיא בבנו גדול דשרי אלא אפילו בבנו קטן היה נראה דשרי דכיון דאיכא דעת אחרת מקנה אית ליה לקטן זכיה מן התורה. א"ה לא הבנתי זה דר"ת בפי' קאמר דיד בנו הגדול הסמוך על שלחנו הוא כיד אביו ממש ומטעם זה אמר דאין לזכות העירוב ע"י):

איברא דלפי סברת הרמב"ם ודעמיה דקטן לית ליה זכיה לנפשיה כלל כל שיש לו אב אין נראה להתיר בקטן זולת היכא דהקנה לקטן ע"י אחרים. ומדברי הטור בי"ד סי' ק"ס נראה דס"ל כמוהר"ם ז"ל שכתב ז"ל וכן מותר לאדם לומר הילך זוז ואמור לאביך שילוה לי ברבית והוא שיהא גדול ואינו סמוך על שלחנו אבל אם הוא סמוך אסור דכאלו נותנו ליד אביו דמי וקשה עליו ג"כ דאמאי לא אמרינן הבן זוכה לנפשיה ואבוה מיניה קא זכי ולא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלוה למלוה וראיתי להרא"ש ז"ל שם בפסקיו שכתב דה"ט דאסור בבנו גדול משום דחיישינן להערמה. וכן ראיתי להרב בנימוקי יוסף דה"ט דאסור בבנו הסמוך על שלחנו משום דכגופו דמי וחיישינן להערמה ולפי זה אפשר לומר דאי עבר ועשה הכי אפי' אבק רבית לא הוי כדי. לחייבו לצאת ידי שמים שהרי לא

בא לידו של מלוה מיד הלוה אלא הבן זכה לעצמו ואבוה מיניה קא זכי ועיין בתשובת הר"ן ז"ל סי' כ"ט. אבל אם הבן הוי קטן נראה דלפי דעת הרמב"ם ז"ל חשיב כאלו יהיב ליד אבוה ממש דיד בן כיד אביו:

ודאתן עלה לידן מכל מ"ש דמתנה שנתנו אחרים לקטן הסמוך הרי הוא של אביו לכ"ע אלא שלדעת ר"ת אינה אלא משום איבה. ומש"ה אי נתנו לקטן ע"מ שאין לאביו רשות בה הרי היא של בן דהשתא ליכא איבה כיון דע"מ כן יהבה ליה וכ"כ המרדכי בפ"ק דמציעא וכ"כ הטור גבי קבל מן הקטן דיעשה לו סגולה דחיישי' שמא יהבו ליה ע"מ שאין לאביו כלום. אבל לפי דעת הרמב"ם ודעימיה שכתבו דאין יד לקטן לזכות לנפשיה בלא אביו הרי המתנה היא של אב ואפילו התנה ע"מ שאין לאביו רשות בה אם לא שזיכה הנותן לקטן ע"י אחר דאז זכה הקטן בה. ואף שנתן מתנה לבנו אפי' אם הוא קטן הסמוך על שלחנו אם זיכה אותה לו ע"י אחר זכה הבן ואפילו כשעשה כן לעבדו קנה העבד כ"כ המרדכי פ"ק דקדושין ואף לריטב"א שחולק על זה כמ"ש שם בחידושיו ה"ד גבי עבדו:

והיכא דהבן הוא גדול וסמוך על שלחנו לדעת ר' תם מתנה שנתנו לו אחרים הרי היא של אביו כמו מציאתו. וה"ה אם נתן לו אביו ג"כ מתנה לא זכה בה דידו כיד אביו חשיב ונמצא דעדיין לא יצאתה מיד אביו אם לא שיקנה לו ע"י אחרים כדאמרן ולדעת הר"מ ודעמיה שכן נראה עיקר אין צריך לכל זה אלא כל מתנה שנתן לו אביו זכה בה אלא שנראה מדברי רשב"ם בפרק י"נ גבי עובד' דאקנייה לבנו קטן דכל שסמוך על שלחנו הפירות הרי הן של אביו וכ"נ מדברי הראב"ד בהשגות בפ"ד מהלכות חובל דין י"ט. ואע"פ שאמרנו שמציאת הבן היא של אב וכמו כן מתנה שנתנו לו אחרים מסתברא דאם האב מחל גבייהו ונתרצה שיהא של בן הרי אלו זכה בהם ותו לא מצי להוציאה מידם ואפילו הם קטנים דידם כיד אביהם ואין להם יד לזכות לעצמם ואף במתנה שנתן להם אביהם לא זכו בה וכמ"ש לעיל וראיה ממ"ש התוס' בפרק החובל דף פ"ו בד"ה הכא דלאו איניש קפדנא הוא וכו' וא"ת וכיון דמן הדין הוא של אב א"כ מה ראו חכמים לומר דבגברא דלאו קפדנא להוו של אב ותירצו דאמדו חכמים דעתו של אב ויודעים שמוחל להם משום צערא דגופייהו וכי תימא מ"ש מנתן לו אביו מתנה דלא זכה בה. התם שאני משום דהקניית מתנה בעינן הוצאה מרשות לרשות וכיון שידם כיד אביו לא יצא עדיין מרשותו. אבל מציאת הבן ומתנה שנתנו לו אחרים שאין לאב זכות בה אלא מכח הבן כל שסילק עצמו ממנו ומחל להם הרי אלי זכה בה אם לא שנחלק ונאמר דכל מידי שבא לקטן ע"י זכייתו לעולם הוא של אב דאין לו יד לזכות לעצמו וכאלו עמד ביד אביו דמי

ואפי' אם מחל לו האב עדיין ברשותיה קיימא משא"כ בההיא דחבלה דממילא זכה בה הבן וא"צ יד לקנותו ומ"ה מחילה מהני בה שוב ראיתי למהר"ר בצלאל ז"ל בתשו' שכתב כמ"ש תחילה וכ"נ מדברי הרא"ש ז"ל בפסקיו פ"ק דקידושין דף פ"ט שכתב דהקטנה זוכה לעצמה בשליחות אביה וכ"נ מדברי הרב בעל נתיבות משפט בדף צ':

חזרתי על המקרא דמתנה שנתנו לו אחרים לבן נראה מדברי הפוסקים דהוי של אב משום איבה זולת אם התנה הנותן וא"ל ע"מ שאין לאביו רשות בה כנראה מדברי המרדכי והטור כנז"ל ואע"ג דגבי אשה איכא מ"ד דלא מהני האי תנאה עד שיאמר לה ע"מ שתהא נושאת ונותנת לתוך פיך גבי בן מהני דע שאני לע"ד הייתי רוצה לומר דגבי בן לא חששו לאיבה ומה שאמרו שמציאתו לאביו לאו משום איבה הוא. אלא כמו שאמרו בירושלמי בר"פ מציאת האשה בשם ר"י דהואיל ויכול לשנותו לאיזה מלאכה שירצה כלומר ודומה לעבד כנעני שיכול לשנותו לאיזה מלאכה שירצה ובעי שם והרי אשתו שאינו יכול לשנותה ואפ"ה אמרו מציאת האשה לבעלה ואמר ר' יוחנן התם טעמא אחרינא איכא משום איבה מוכח מהתם דלא שייכא איבה בבנים ואפי' סמוכים על שלחנו דהכי איירי התם. איברא שמתוך גמרא דידן בפרק החובל דף פ"ז נראה דטעם דמציאת בנו דהויא של אביו הוי ג"כ, משום איבה מדתלי לה שם בקפידא דאב. אבל מ"מ עדיין נראה לחלק דבמתנה שנתנו לו אחרים לא שייך איבה כי היכי דחזינן גבי אשה דמתנה שנתנו לה אחרים הוי שלה ואפילו למאן דס"ל דמציאתה לבעל הויא משום איבה דלא מצינו דאית ליה לבעל גבי מתנה כי אם אכילת פירות. ועוד דאפשר לשוויי גמרא דידן עם הירושלמי כיון דשניהם בשם ר' יוחנן נאמרו ואיכא למימר דטעמא דמציאה הוי כמו שאמרו בירושלמי משום דיכול לשנותו לאיזה מלאכה שירצה ומה שאמרו בגמרא דידן משום דקפיד אין ר"ל דמשום האי טעמא הוי מציאתו של אביו אלא ה"ק דלא מחיל גבייהו ולא דמי לחבלה דכיון דאית להו צערא הרי הוא מחיל גבייהו ולפי זה איכא למימר דמתנה שנתנו לו אחרים הרי היא של בן דלא שייך בהא לטעם הירושלמי אבל מ"מ הפירות הרי הם של אב וכמש"ל ובחי' הריטב"א ז"ל הביא בשם הרמב"ן ז"ל כמ"ש דמתנה שנתנו אחרים לבן אפי' הוא סמוך על שלחנו הוייא של בן יע"ש וכן נראה עיקר וגבי בנו קטן הסמוך על שולחנו נראה דכ"ע ס"ל דהוי של אב בין מתנה שנתן לו האב בין שנתנו לו אחרים זולת ר' שמשון ז"ל ולכאורה צריך להבין דבמסכת ערכין שנינו המקדיש נכסיו אין לו בכסות אשתו ובניו ולא בכלים שצבען לשמן משום דהוו שלהם ואפי' לא לבשום עדין אלמא קטן זוכה במתנת אבוה ואם היינו אומרים דההיא איירי כשהבנים הם גדולי' הוה מתיישב אבל אין נראה כן מדברי הפוסקים וראיתי לרש"י ז"ל

שפירש בפרק לולב וערב' דף מ"ו גבי לא ליקני איניש הושענא לינוקא דמיירי שהאב לא ליקני לבנו קטן וז"ל מקנא קני דרבנן תקינו לי' זכייה לנפשיה אקנויי לא מקני אינו יכול לחזור ולהקנותו לאביו עכ"ל אבל בפסקי תוספות בפ"ק דערכין נראה שאם הקנה אותו לבנו קטן דלא קנאו ולפי דבריהם צ"ל דההיא דלא ליקני מיירי כשאינו סמוך על שלחנו או כשאחרים מקני' לו למ"ד דמתנתו הויא של בן דאלו למ"ד דהוייא של אביו יכול להחזירה אביו או משום דלא הוי של אביו אלא מדרבנן:

סימן ג

ולענין שכירותו של קטן אם הוא לאב איפליגו ביה הראשונים ז"ל דרש"י בפ' הפועלים ס"ל דהוי של אב אבל הריטב"א שם בחי' תמה עליו ואמר דלא אמרו אלא בעבדו דאגרייהו דידיה שהרי מעשה ידיהם שלו אבל בנו קטן אפי' סמוך על שולחנו אין מעשה ידיו של אביו דלא תקינו לי' אלא מציאה דאתי מעלמא וכתב שכן הוא דעת רבו וכן הוא דעת הראב"ד ז"ל הביאו מהר"ר בצלאל ז"ל בתשו' שכתב דמעשה ידיהם דבטורח קא אתי להו לא תקינו לי' רבנן דומיא דחבלה דאמרו בפרק החובל דצערא דידהו לא תקינו לי' רבנן יע"ש. ולע"ד ק"ל על דבריהם במה שאמרו דאין מעשה ידי הבן לאב דהא בהדיא אמרו בירושלמי פ' מציאת האשה מה טעם מציאת בנו הרי היא של אביו מפני שהוא יכול לשנותו לאיזה מלאכה שירצה ומשמע שם דאפי' בגדולים הסמוכים על שולחן אביהם הוי הכי וכן בדין דכיון דמתזני מיני' דעתו הוא על מעשה ידיהם והכי אמרו בפ"ק דקידושין דף ד' ואי אשמועינן מעשה ידי' משום דקא מתזנא מיניה. ומה שהביא הראב"ד ז"ל ראי' מחבלה דאמרו דצערא דידהו לא תקינו לי' רבנן לא דמי דצערא דחבל' שאני ועוד דחבל' כיון דהוי מידי דלא שכיח ואית ביה צערא אין דעתי' של אב עלה ולא קא מקפיד משא"כ במעשה ידיהם דשכיחי דעתי' של אב עלי' וכן מצאתי להרמב"ן ז"ל שכתב בתשובה סימן ק"ה ז"ל דבר תורה אין לאב לזכות על הבן לא בשכירות ולא במעשה ידיו ולא במציאתו אלא מיהו כל שסמוך על שולחן אביו שאב מעלה לו מזונות אע"ג דלאו גברא קפדנא הוא אפ"ה מדרבנן זוכה במציאתו ובמעשה ידיו ובשכירותו וה"ה אם הוא גדול וסמוך על שולחן אביו ע"כ וכן יש לדקדק מדברי הרמב"ם ז"ל שכתב בפי"א מה' שכירות דאינו קוצץ על ידי בניו הקטנים משום דמשל שמים קאכלי עכ"ד וזה נוטה לסברת רש"י והרמב"ן וכן הוא דעת התוס' (א"ה עיין בחי' רב בצלאל בסוגיין דהפועלים דף צ"ב שכתב בשם הראב"ד ז"ל צערייהו לא זכי לי' כשתקנו חכמים מעשה ידיהם ושכרן תחת מזונות הצער לא תקנו ואלו רואים ואינם אוכלים ומצטערים פ"א לא

תקנו חכמים תחת מזונות אלא מציאתו דלא מצטער עליו אבל טרחם שיטול הוא שכרם לא תקינו לו דהוה ליה כעין חבלה עכ"ל נראה דלא פסיקא לי' מלתא):

סימן ד

כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' זכיה קטן שנותנין לו צרור וזורקו וכו' זוכה לעצמו וכתב ה"ה דאיירי כשיש דעת אחרת מקנה לו הא לאו הכי אין לו זכיה אלא מפני דרכי שלום כמ"ש בה' גזילה עכ"ל נראה מדבריו אלו דמציאת קטן שאמרו מפני ד"ש איירי אפי' בקטן שלא הגיע לעונת הפעוטות אבל רבינו בפי' המשנה פ"ק דמציעא כתב דקטן שאמרו מפני ד"ש איירי שהוא בן שש שנים. אבל בירושלמי פ"ד דמ"ש אמרו שם קטן שנותן לו צרור ונוטלו אגוז וזורקו המוצא בידו כמוצא באשפה אגוז ונוטלו גזילו גזל מפני דרכי שלום. ואע"ג דבגמרא דידן אמרו דצרור וזורקו זוכה לעצמו מן הדין ה"ד בדאיכא דעת אחרת מקני וכ"כ התוס' בקידושין ודלא כש"ך ז"ל סי' רמ"ג שהביא מהירושלמי להוכיח דצרור וזורקו זוכה אף במציאה יע"ש נראה דאגב שיטפי' לא דקדק שפיר בדברי הירוש' וצריך לחקור כשיש דעת אחרת מקנה דזוכה לעצמו אי היו מן התורה או מדרבנן:

וראיתי לה"ה ז"ל ריש פ' כ"ט מה' מכירה שכתב עמ"ש הרמב"ם ז"ל ג' אין מקחן מקח ד"ת דעת רבינו דבמתנה אם זכה לו קנה ד"ת כיון שיש שם דעת אחרת מקנה וכ"נ ממ"ש בפ"ח מה' לולב ובפ"ד מה' זכיה וכו' נראה מדבריו אלו דקטן שנותנין לו צרור וזורקו זוכה לעצמו ד"ת כל שיש שם דעת אחרת מקנ' שהרי בפ"ד מה' זכי' לא הזכיר הרמב"ם אלא קטן שנותנין לו צרור וזורק ובה' לולב ג"כ כתב הרב כ"מ דבקטן שלא הגיע לעונת הפעוטות איירי דמקנה קני ד"ת אבל הגיע לעונת הפעוטות אקנויי נמי מקרי יע"ש. אבל קשה ע"ז דה"ה בפ' כ"ט מה' מכירה גבי מ"ש הרמב"ם קטן עד שש שנים אין הקנייתו לאחרים כלום וכו' פי' ה"ה וז"ל זה פשוט דזוכה לעצמו מדבריהם עכ"ל משמע בהדיא דכל שלא הגיע לעונת הפעוטות אינו זוכה לעצמו ד"ת אבל לע"ד א"ז עיקר שהרי אמרו בגיטין קטן שנותנין לו צרור וזורקו זוכה לעצמו וכנגדן בקטנה מתגרשת בקידושי אבי' כך גריס הרי"ף והרמב"ם ומדחזינן דמתגרשת בקידושי אביה ע"כ צ"ל דאית לה מן התורה יד ואין לומר דמדרבנן הוא ומתגרשת שהרי תיקנו לה יד אינו כן דהלא כתב הרמב"ם גבי לולב דלא ליקני לקטן דמיקנא קני מן התורה אקנויי לא מקני אלא מדרבנן ומ"ש הרבכ"מ ז"ל שם דאיירי בשלא הגיע לעונת הפעוטות דאי בהגיע לעונת הפעוטות אקנויי נמי מיקני זה אינו דההיא אינו אלא מדרבנן אבל מן התורה אינו מקנה וכמ"ש הרמב"ם הקטן מיקנא קני מן התורה ואינו מקנה מן התורה. ושוב ראיתי להרשב"א בתשו' תתצ"ז שכתב כדברי:

סימן ה

ולענין מכירה כתב הרמב"ם ז"ל ברישׁ פכ"ט מהל' מכירה ג' אין מקחן מקח ד"ת חש"ו וכו' וכתב ה"ה דעת רבינו דבמקח הואיל ואין נתינתו של קטן בדמים נתינה אף אין מעשיו כלום מן התורה עכ"ל ונראה דר"ל שכיון שאין הקטן מקנה את הדמים למוכר משום הכי לא זכה הקטן במקח שאין המוכר הקנה לו מקחו אלא א"כ יזכה לו בדמים ואם כוונתו כן קשה דהלא לקמן בפירקין כתב רבינו דיראה לו שהקטן שקנה קרקע תעמוד הקרקע בידו משום דזכין לאדם שלא בפניו וכתב ה"ה דאין המוכר יכול לחזור בו אבל הקטן יכול לחזור בו ע"כ. אלמא דאע"ג דמקח הוא זכה הקטן ולא אמרינן כיון שאין נתינתו בדמים נתינה גם הוא לא יזכה בקרקע. ולע"ד נראה דטעמו של דבר דמטלט' לא חשיב זכות לקונה כיון שאינם קיימים לעולם כמו שהוכחתי במ"א ומ"ה לא זכה בהם הקטן דאין הקטן זוכה כשיש דעת אחרת מקנה לו אלא במידי דהוי זכות כגון במתנה ומטעם דזכין לאדם שלא בפניו. וליישב דברי ה"ה נראה דר"ל דכיון דד"ת אין מקח נקנה אלא בדמים אם כן הקטן דאין נתינתו בדמים נתינה א"א לו לקנות משא"כ בקנין קרקע דקנה הקטן ע"י חזקה:

אבל עדין קשה ממ"ש לקמן דין י' דקטנה שקנתה מטלטלין ע"י קנין חליפין קנתה אותם ולא אמרינן כיון דאין נתינת החליפין נתינה שאין נתינת קטן כלום אף היא לא זכתה וראיתי להרב מהרי"ט בח"מ סימן כ"ב שנראה מתוך דבריו דמ"ש הרמב"ם בדין י' דאם קנה מיד המוכר זכתה הקטנה איירי בשקנה לה ע"י אחר בן דעת ואף ע"ג דכל כה"ג שקנו לו אחרים אפי' הקטן זוכה וכמ"ש בהלכות זכיה הכא שאני דהוי מקח וממכר שלא תיקנו בה לפעוטות אלא משום כדי חייו ובהא קאמר שאינו זוכה בדרכים שהגדולים זוכים בהם אבל במתנה זוכה בכל ענין אלו ת"ד ולפי זה יתיישבו דברי ה"ה. אבל דברי הרב מהרי"ט אלו תמוהים הם במה שחילק ואמר דדוקא במקח וממכר הוא דקאמר הרמב"ם ז"ל שאין הקטן זוכה בדרכים שזוכים בהם הגדולים אבל במתנה זוכה בהם בכל ענין וזה אינו דהא לא יליף הרמב"ם ז"ל לה אלא מדין החצר וד"א שאינם זוכים לקטן ובהדיא כתב בהלכות זכי' שאין חצר וד"א זוכים לו לקטן אפי' במתנה ולפי זה ע"כ צ"ל דמ"ש הרמב"ם ז"ל דאם קנה הקטן בקנין דלא קנה איירי כשהקטן בעצמו קנה ממנו והדרא קושיא לדוכתא על דברי ה"ה ז"ל ולע"ד נראה דאפי' אי ס"ל להרמב"ם דאפי' בקנין מטלטלין זכין לקטן שלא מדעתו הא דכתב ז"ל ד"ת אין מקחו מקח לאו למימרא שלא יזכה הקטן במקח אלא שהיה הקטן יכול לחזור מן המקח אם ירצה כמ"ש בקנה קרקע ואתו חכמים ותיקנו שלא יוכל לחזור בו משום כדי חייו:

נשאר לנו לחקור הא דקי"ל דזכין לקטן ע"י אחר אם הוא מדאורייתא וראיתי להרמב"ם ז"ל שכתב בפרק כ"ט מהלכות מכירה דקטן שקנה מטלטלין ושכר את מקומם לא קנה והשיג עליו הראב"ד ז"ל דאמאי לא קנה והלא זכין לאדם שלא בפניו ה"ה השיב דטעמו של רבינו לפי שחצרו מדין שליחות אתי ואין שליחות לקטן עכ"ל ולע"ד עדין קשה דהא קי"ל דזכין לקטן ע"י אחר דאע"ג דלית לי' שליחות זכיה מיהא אית ליה וחצר מדין זכיה קאתי וכדאמרינן בפ"ק דמציעא ולפי מ"ש לעיל דקניית מטלטלין לא חשיב זכות אתי שפיר הכא דאין חצרו זוכה לו מדין זכיה אבל עדין צריך להבין דבפ"ג מהלכות זכיה כתב רבינו ז"ל דאפי' במתנה דהוי זכות אין חצרו קונה לקטן ולכאורה נראה דכיון דמתנה זכות הוא לקטן יזכה לו חצרו וכמ"ש הראב"ד שם. אם לא שנאמר דרבינו סובר דמה שזכין לקטן ע"י אחר אינו אלא תקנה מדרבנן ובמאי דתקינו בהדיא הין ובמאי דלא תקינו בהדיא לא:

סימן ו

ראיתי לכתוב ולבאר במאי דקי"ל בכמה מקומות זכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לאדם שלא בפניו וכתב הרב המגיד בפרק ד' מהלכות זכיה גבי דין המזכה במתנה על ידי אחר וז"ל כתב הרמב"ן ז"ל מהא שמעינן דכי אמרינן זכין לו לאדם דוקא כשנתרצה כששמע אבל אם לא נתרצה לא ומכללא אתה למד שכל דבר שבחובה אין חבין לו לאדם שלא בפניו אע"פ שנתרצה לו שלעולם אין חבין לאדם אלא מדעתו ובשליחותו והא דאמר בקידושין חוששין שמא נתרצה הבן משום דלאו חוב גמור הוא דרוצה הוא לישא אשה זו וליאסר בקרובותיה וכו' עכ"ד וצ"ל כל היכא דהכריעו חכמים דעתו של אדם לומר שהוא זכות גמור לאדם ואחר כך כששמע ציוח וטוען שחוב הוא לו מהו אם נאמן אם לאו ומשמעתין ליכא ראיה דשאני הכא דאיכא צד חובה כמ"ש רשב"ם ז"ל משום דשונא מנות יחיה. אבל כל היכא דהוי זכות גמור וזה צווח בלי שום טענה דאיכא למימר דמתחלה היה רוצה ועכשיו חזר בו וכן נראה מדברי הר"ן ז"ל בפרק האיש מקדש גבי קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה צריכה גט שמא נתרצה אביה וכתב הר"ן וז"ל וכ"ת ריצוי דבתר קדושין מאי מהני איכא למימר דה"ט לפי שכל אדם רוצה להשיא את בתו וזכין לו לאדם שלא בפניו ומיהו טעמא דנתרצה כששמע הא לא נתרצה לא הוו קדושין לפי שאינו זכות גמור עכ"ד משמע מדבריו בהדיא דכל היכא דהוי זכות גמור אף כשצווח כששמע לא משגיחין ביה ואמרינן מעיקרא היה רוצה ועכשו חזר בו וכ"נ לי ראיה מההיא דפרק ארוסה דף כ"ה איבעיא להו ארוסה ועוברת על דת ורוצה בעל לקיימה אי מצי אי לא ומייתי ת"ש ואלו שב"ד מקנין להן או שהיה חבוש בבית האסורין

ואי אמרת רצה הבעל לקיימה מקיימה עבדינן מידי דדילמא לא ניחא ליה והיאך אנו נעשים שלוחים והא קי"ל אין חבין לאדם שלא בפניו כך פירש רש"י ז"ל ומשני סתמא דמלתא כיון דעוברת על דת היא מינח ניחא ליה והדר אבעיא לן בעל שמחל על קינוייו קינוייו מחול או לא ת"ש ואלו שב"ד מקנין להם כו' וא"א רצה בעל למחול מחול מי עבדינן מידי דאתי בעל ומחיל ואיכא זילותא דב"ד כלומר אי אמרת בשלמ' אינו מחול א"ש דעכשו ליכא זילותא דב"ד מכיון דלא מצי למיהדר ואם איתא דכל מידי דהוי זכות גמור ואמדינן דעתיה דמינח ניחא ליה אף שזכו לו אחרים כששמע אחר כך מצי לומר לא הוה ניחא לי אם כן אפי' תימא דבעל שמחל על קינוייו אינו מחול ה"ד היכא דקנה הוא בעצמו אבל היכא דקנו לו אחרים כששמע מצי לומר לא הוה ניחא לי בקינוי זה אלא מוכח מכאן דכל היכא דהכריעו חכמים דעתו של אדם לומר שזכות גמור הוא כששמע לא מצי לו' לא כי אלא חוב' היה אצלי והרמב"ם ז"ל כתב בהלכות סוטה וז"ל ואלו שב"ד מקנין להם כו' כיצד שמעו ב"ד שהעם מרננים אחריה קוראים אותה ואומר לה אל תסתרי עם איש פ' באו עדים אחר כך שנסתרה ב"ד אוסרין אותה על בעלה לעולם וקורעין כתובתה וכשיבא בעלה נותן לה גט עכ"ל. הרי משמע בפירוש דאסורה ועומדת היא על בעלה ולא מצי טעין לומר לא ניחא לי בקנוייהם ובפרק חלון דף פ"א מוקי מתני' דבארבעה פרקים בשנה משחיטין את הטבח בע"כ ואם מת מת ללוקח דאיירי כשזיכה לו על ידי אחר ומשמע דלא מצי טעין לומר לא רציתי באותו זכוי דאנן סהדי דניחא ליה בכך ושמא התם שאני דגילה דעתו מתחלה שהיה רוצה במקח:

איברא דבפ"ק דכתובות דף י"א אמר רב הונא גר קטן היה בימים קדמונים מטבילין אותו על דעת ב"ד מאי טעמא משום דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו תנינא זכין לאדם שלא בפניו והקשו התוספות והא זכיה אתי מדין שליחות וקי"ל אין שליחות לקטן וכיון דאין לו שליחות אין לו זכיה ותירצו דהיכא דהוי זכות גמור יש לו שליחות עכ"ד ואעפ"כ אמרו עלה הגדילו יכולים למחות ואפשר לומר דשאני התם דאף דהוי זכות גמור השתא לא חשיב זכות גמור לאחר זמן:

העולה מדברינו דג' חילוקי' יש הא' מידי דהוי זכות גמור וליכא שום צד חובה דנראה דכל כי האי גוונא אפי' כי אתי לקמן וצווח לומר לא ניחא לי לא משגחינן ביה והב' הוא דאיכא צד זכות וצד חובה וכה"ג אם נתרצה כששמע זכה אבל אם לא נתרצה כששמע לא זכה והג' הוא דאיכא צד חובה אצל כל אדם. ומ"ש ה"ה ז"ל וההיא דאמרינן בקדושין חוששין שמא נתרצה הבן דבריו צריכין ביאור והכי פי' דלפי מ"ש דכל דבר שהוא חובה אפי' נתרצה כששמע אינו מועיל והלא התם אמרי' דאין חוששין לשמא

נתרצה הבן משום דחוב הוא ומדקאמר אין חוששין משמע דאי הוה ידיע לן בבירור דנתרצה כששמע הוו קדושין אלא דבסתמא קאמר דאין חוששין ולזה אמרו דהתם אינו חוב גמור ולמדנו מזה דכל דבר שאינו חוב גמור דיש צד לזכות וצד לחובה כל שגילה דעתו דניחא ליה בין שגילה הכי מעיקרא בין בתר מעשה סגי וכן נראה לדקדק משם דקאמר בתר הכי ודילמא ארצויי ארצי קמי אביו כלומר שגילה דעתו ואע"פ שלא. עשהו שליח ובפ' אין בין המודר דף ל"ו מוקי מתני' דתורם את תרומותיו באומר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום ופירש הר"ן ז"ל דלשון זה הוי ל' שליחות אבל אם אמר כל התורם אינו מפסיד לא דלא הוי לשון שליחות עכ"ד משמע מדבריו דאע"ג דתרומה לא הוי חוב גמור דהא לתרום עומד אפ"ה בעינן לשון שליחות אבל גילוי הדעת לא מהני אבל מדברי הרמב"ן ז"ל שהביא הר"ן ז"ל בפרק מי שאחזו אמתני' דמי שהי' מושלך בבור מוכח בהדיא דס"ל דתרומה כיון דלא הוי חוב גמור גילוי הדעת לחודי' מהני בלא שום לשון שליחות וכן נראה מדברי התוס' שם במס' גיטין לתירוץ בתרא וכן הוא דעת הרמב"ם ז"ל והטור שכתבו דאם תרם שלא ברשות ובא בע"ה וא"ל כלך אצל יפות תרומתו תרומה ועיין מש"ל בהלכות גזילה סי' ב':

וראיתי להרא"ש ז"ל בסוגיין דפרק האיש מקדש דקאמר תלמודא בההיא עובדא ודלמא ארצויי ארצי קמי אביו דפירש הרמב"ן ז"ל דה"ק דארצויי האב לקדשה לו והבן שתק דנעשה שלוחו וכפירוש הרמ"ה ז"ל. אבל הרא"ש ז"ל כתב דפשטא משמע דאין אנו צריכים לשליחות אלא בגילוי דעת לבד שגילה הבן קמי אביו שהי' ניחא ליה סגי ונראה דהרא"ש ז"ל לשיטתיה קא אזיל שכתב בנדרים שכל הרוצה לתרום לא הוי לשון שליחות ומעתה מקשה שפיר על הרמב"ן ז"ל דלא הי' צריך כאן לשליחו' כיון דלא הוי חוב גמור אלא בגילוי הדעת שגילה דעתו דניחא ליה סגי ואגב אורחין אמינא דאין מקום למ"ש הב"י בא"ה סי' ל"ה דאמאי לא כתב הטור דהרא"ש ז"ל חולק עם הרמ"ה ולע"ד לא הבנתי כונתו דהא ודאי הרא"ש ל מודה לדברי הרמ"ה ז"ל אלא דס"ל יותר חידושא דאפי' לא עשהו שליח אלא בגילוי דעת לחוד סגי כיון דלא הוי חוב גמור דרוצה הוא לישא וליאסר בקרובותיה:

ובפרק חלון תנן נותן אדם מעה לחנוני ולנחתום כדי שיזכה לו עירוב דברי ר' אליעזר וחכמים או' לא זכו לו מעותיו ומודים וכו' אמר ר"י בד"א בעירובי תחומין אבל בעירובי חצרות מערבין לדעתו ושלא לדעתו לפי שזכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לאדם שלא בפניו ע"כ וכתבו התוס' שם דאפי' אם זיכה לזה במתנה או קנה לו לחם מן השוק אינו עירוב דכל הזכיות שעושה הנחתום שלא מדעת בע"ה קא עביד וכתב הרא"ש ז"ל על

דבריהם דז"א דהא דאמרינן אין מערבין שלא מדעת היינו היכא דיש לו' אולי יש קצת חובה לזה ואינה רוצה לערב אבל זה שגילה דעתו שחפץ בעירוב אם זיכה לו החנוני אמאי לא יועיל והא דקתני שאין מערבין לאדם אלא מדעתו מלתא באנפי נפשה היא משמע מדבריו דכל מידי דמסתמא לא הוי חוב גמור אם גילה דעתו שהוא רוצה להרא"ש זכין לו שלא מדעתו ולהתוס' וכ"נ דעת רש"י ז"ל לא מהני אלא בעינן שליחות דוקא:

וראיתי להרמב"ם ז"ל בפרק ל' מהלכות מכירה שכ' וז"ל המוכר שמכר קרקע או מטלטלין וזיכה בהם ללוקח שלא מדעתו יד הלוקח על העליונה אם רצה לוקח אין המוכר יכול לחזור בו ואם לא רצה תחזור לבעליה עכ"ל. ולכאורה נראה דאפי' אם הקנה לאחרים בקנין ע"י אחר שלא בפניו כן הוא הדין וקשה לי קצת ע"ד דבפרק חלון מוקי מתני' דבד' פרקים בשנה משחיטין את הטבח בע"כ לפי' אם מת מת ללוקח דאיירי כשיזכה לו ע"י אחר ובד' פרקים אלו דזכות הוא לו זכין לאדם שלא בפניו בשאר ימות השנה דחוב הוא לו אין חבין לאדם שלא בפניו וכו' והא התם דאיירי כשנתן הדמים מאתמול ואפילו הכי קתני דבשאר ימות השנה חובה הוא לו ואין חבין לאדם שלא בפניו:

וראיתי למור"ם בסי' קצ"ה שכתב דהא דנקנה המקח שלא בפני הקונה היינו במתנה וכיוצא בזה דודאי ניחא ליה אבל במקח שאפשר שאינו חפץ הלוקח לקנות לא קנה ושניהם חוזרים עכ"ל ונראה דמור"ם ז"ל איירי כשלא גילה דעתו הלוקח שהיה רוצה באותו מקח ולכך במקח שאפשר שאינו חפץ הלוקח אין כאן זיכוי כלל והרמב"ם ז"ל איירי במקח שגילה דעתו הלוקח שהיה חפץ בה ובזה קאמר דזכין לו שלא מדעתו וההיא דפרק חלון דחשיב ליה חוב איירי במידי דאכילה שאין אדם רוצה להרבות בהוצאה וכדברי הרמב"ם ז"ל כת' הגאון בספר המקח. (א"ה ע' לעיל בהלכות קנין מעות) ודלא כמהר"י וייל בסי' ד' אבל מדברי הרשב"א שהביא הב"י בח"מ סי' שע"ה אין נראה כן ולכן נראה דדוקא במידי דאכילה הוא דחשיב חובה בסתמא אבל בשאר דבר אם קנה מידי לחבירו שלא מדעתו אי בעי חבירו שקיל לי' ולא צריך קנין אחר וכ"כ הרא"ש ז"ל גבי מצרן בפרק המקבל ומיהו נראה מדברי הנ"י שם בפרק השואל דה"ד היכא דנתרצה מיד למעשה חבירו כשידע שקנה לו אבל אם לא נתרצה מיד לא וע' בטור סי' רל"ח גבי אין כותבין שטר ללוקח שכתב בשם הרמב"ן ז"ל דמיירי כשהקנה לו המוכר ע"י קנין שלא בפני הלוקח דה"ז קנאו וע' במהראנ"ח בח"א סי' ק"ג תוך התשובה וז"ל וכי תימא כיון דמתחלה היה העדות לחובה אע"פ שעתה נהפך לזכות וכו' יע"ש ודבריו צ"ע שנראים הפך דברי הרמב"ן ז"ל הנז"ל בריש דברי:

סימן ז

הפודה בנו של חבירו אם הוא פדוי. ראיתי להאחרונים נוחי נפש שכתבו דכל שפדאו זה משלו זכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו כמו שאמרו בנדרים בתורם משלו על של חבירו דזכות הוא והוי כשלוחו אלו דבריהם ז"ל. והרב בט"ז כתב ע"ז דכן הוא הדין כשאביו חי דכיון דיש צד זכות יותר מצד חוב לגבי גדול מהניא זכיה אפילו כה"ג אבל גבי קטן לא מהני זכיה כי האי כיון דיש בו קצת חוב עד שיהא מידי דהוי זכיה גמורה והביא ראיה מדברי התוס' בפ"ק דכתובות גבי גר קטן מטבילין אותו ע"ד ב"ד משום דזכות הוא לו שכתבו ז"ל ואע"ג דזכיה הוי מטעם שליחות דכיון דזכות הוא לו אנן סהדי דעביד לי' שליח וא"כ האיך זכין לקטן והלא קטן לית ליה שליחות ותירצו דהא דאין שליחות לקטן ה"מ בדבר שיש בו קצת חובה כגון תרומה דשמא היה רוצה לפחות או להוסיף אבל הכא שזכות גמור הוא לו יש לו שליחות עכ"ד ומכאן למד הט"ז דבנ"ד דלא הוי זכות גמור דשמא הקטן היה רוצה לקיים המצוה בגופו ובממונו לא מהני אם יפדה אותו אחר עכ"ד ואני שמעתי ולא אבין דמנ"ל לחלק במידי דהוי זכות בין גדול לקטן דממה נפשך אי תורם משלו על של חבירו זכות חשיב משום דקא מרויח לי' א"כ אפי' קטן נמי דהא כיון דאמדי' דעתיה של אדם דניח' ליה בזה ומש"ה תורם שלא מדעתו א"כ ה"ז זכיה גמורה ומה שאמרו התוס' דתרומה הוי בי' קצת חובה היינו בתורם משל בעל הכרי דאיכא צד לומר דלא ניחא ליה לבעל הכרי שיתרום אחר עד שיתרום מדעתו שעשהו שליח ובקטן לא מהני דקטן הוי שלא מדעת. אבל בתורם משלו על של בעל הכרי אנן סהדי דניחא לבעלים בכך והוי זכות גמור ומהני אפי' בקטן. ואע"ג דלכאורה נראה דהאי בעיא דתורם משלו על של חבירו לא נפשטה אי חשוב זכות אי לא וכדדחי שם דמתני' איירי בתורם משל בעל הכרי ובאומר כל הרוצה לתרום. יראה דכל זה אינו אלא דחויא בעלמא דהא לבתר הכי בעינן התורם משלו על של חבירו טובת הנאה של מי ומייתי מתני' דתורם את טבלו דאי אמרת טובת הנאה של בעל הכרי הא קא מהני ליה וכו' אלמא דפשיטא ליה דתורם משלו על של חבירו אין צריך דעת דאל"כ כי נמי טובת הנאה דיליה תיקשי ליה והא קא מהני לי' דקא עביד שליחותיה ואין לומר דההיא באת"ל קא בעי לה דהא הכא ובפ"ק דתמורה מסיק דתורם משלו על של חבירו טובת הנאה דילי' ואי צריך דעת בע"ה אין סברא שיהא טובת הנאה דיליה וכמ"ש התוספות במרובה דף ס"ח ע"ב יע"ש (א"ה נראה שהבין כן ממ"ש התוס' שם סוף ד"ה הוא דאמר כצנועין וז"ל ומיהו קשה דבפ"ק דבכורות משמע דהפודה פטר חמור של חבירו פדיונו פדוי ואפי' שלא מדעתו מדבעי ליה פדיונו פדוי לפודה או דילמ' פדיונו פדוי לבעלי'

ואי מדעת בעלי' דומה היה דפדיונו פדוי לבעלי' עכ"ל ואם מזאת הוא שהביא רבינו ז"ל לע"ד לא הבנתיו דע"כ לא כתבו התוס' דאי צריך דעת ב"ה פדיונו פדוי לב"ה היינו דוקא גבי פטר חמור דבעי תלמודא אם פטר החמור אשר הוא של בעלים אם הוא לפודה או לבעלים דכה"ג אם היה מדעת בעלים הסברא נותנת שהוא לבעלים אבל גבי תורם משלו על של חבירו אף אם הוא מדעת בעלים אפשר שיהי' של תורם כיון דאין לוקח מידי מהבעלים ותדע שכן הוא האמת דהלא התוס' הקשו בבכורות דף י"א ז"ל ואע"ג דבנדרים איבעיא לן בתורם משלו על של חברו אי צריך דעת וכו' יע"ש ואם איתא דכבר נפשט דהתורם משלו על של חברו א"צ דעת מדאמרינן טובת הנאה דילי' אין מקום לקושית התוספות בבכורות אבל מדברי הר"מ ז"ל בה' תרומות פ"ד נראה דנפשטא אבעיא דתורם משלו וכו' אין צריך דעת ועיין מ"ש שם הבכ"מ ז"ל ואין דבריו מובנים וכן ראיתי שרישם רבינו עליו ולעד"נ דהר"מ ז"ל נתקשה כקושית התוס' בבכורות ומשם הוא דלמד דנפשט' אבעיא דתורם משלו על של חברו א"צ דעת) וכיון שכן יראה דיכול אחר לפדות בנו של חברו ואפי' יתום קטן דזכות הוא לו כיון דקא מרויח ליה ממון. ובר מן דין יראה דאין אנו צריכים לכל זה ואפי' אם האב גילה דעתו דלא ניחא ליה הרי זה פדוי ואין צורך לא לשליחות ולא לזכיה ודומה לפורע חובו של חברו דמה שעשה עשוי. וה"נ הרי זה פורע לכהן מה שחייב לו חברו בשביל פדיון בנו. ובפ"ק דבכורות אמרו הפודה פטר חמור של חברו פדיונו פדוי ומשמע דאירי אפי' שלא מדעת וכ"כ התוס' שם ז"ל ואע"ג דבנדרים איבעיא לן בתורם משלו על של חברו אי צריך דעת תרומה שאני משום דכתיב אתם גם אתם מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם אבל הכא לא כתיב בעלים עכ"ד. והשתא איכא לספוקי בפדיון הבן אי ס"ל ג"כ דלא בעינן שליחות דאיתקשו זו לזו בכור אדם לבכור בהמה או דילמא בבכור אדם חשיב כאילו כתיב בעלים דבכור בניך כתיב. ובפ"ק דקדושין אוקמיה רבא למתני' דבכסף ע"י אחרים אפי' אליבא דר"מ דס"ל חוב הוא לעבד שיצא לחירות וכסף שאני משום דכסף קבלת רבו גרמה לו ופירש רש"י ז"ל קבלת רבו שמקבל הכסף ומקנהו מאליו והכא נמי קבלת הכהן שמקבל הכסף הרי הוא מקנהו מאליו ואין צורך לשליחות. והר"ן ז"ל כתב בפ"ק דפסחים דמילה ופדיון הבן מברכין עליה בעל כיון שיכול לפטור ממנה ע"י אחר וחזר ז"ל והקשה על עצמו מדין תרומה שאפשר לעשותה ע"י שליח ואפ"ה לא מברכין בעל ותירץ ז"ל דיש לומר דתרומה שאני שהשליח אינו נכנס לתרום אלא מדעת בעלים דהא קי"ל אתם גם אתם מה אתם לדעתכם וכו' ולא דמי למילה ופדיון שאחר יכול לפוטרו שלא מדעתו עכ"ל הנה מדבריו אלו יש ללמוד כמ"ש דפדיון הבן יכול אחר לפדותו שלא מדעתו ולא בעינן שליחות איברא דלפי

זה נראה דה"ד בדיעבד מה שעשה עשוי אבל לכתחלה צריך דעת האב ואע"פ שפודהו מממונו ולא דמיא להההיא דתורם משלו על של חברו דתורם דכיון דקא מרויח ליה מינח ניחא ליה דהתם לא מפקיע לבעלים ממצוה דגם זה התורם שליחותי' דב"ה קא עביד וחשוב כאלו בעלים עצמם קיימו המצוה אלא דהוה ס"ד לומר דניחא לי' לאינש לקיים מצותו בממונו ולזה אמרינן דיותר ניחא לי' בהרווחת ממונא כיון דסוף סוף לא פקע ממנו גוף המצוה אבל הכא בפודה את בן חברו בממון דידיה מכיון דלא בעינן שליחות נהי דפדוי מ"מ ה"ז פקע מאבי הבן המצוה שהיא מוטלת עליו:

סימן ח

ואם תפס הכהן חמש סלעים בע"כ של אב בשביל פדיון בנו אי זכה בהם הכהן ובפ"ק דמציעא נשאו ונתנו בה אי תקפו הכהן אי מוציאין מידו ודעת הרמב"ם ז"ל דאין מוציאין מידו ונראה דלשיטתיה קא אזיל דס"ל דטובת הנאה אינה ממון והכי כתב בהלכות תרומות שאם לקח הכהן שלא מדעת בע"ה זוכה בהם. אבל קשה דבפרק יש בכור אמרינן בעובדא דר"ח דחזייא להההוא גברא דהוה קא אזיל ואתי א"ל ר"ח לא גמרת ויהבת הלכך אין בנך פדוי ופרש"י ז"ל אין בנך פדוי אם החזירם לך ולשון שני פירש אין בנך פדוי ואפי' אם לא החזירם לך. והנה לפי לשון השני נראה דכל דלא גמר ויהיב אין בנו פדוי וללשון ראשון אף ע"ג דלא גמר ויהיב הוי פדוי כל שלא החזירם ומדברי הרמב"ם ז"ל פרק י"א מהלכות בכורים נראה דס"ל כלשון ראשון שכתב ז"ל ולא יתן הוא ודעתו להחזיר ואם עשה כן והחזיר לו אין בנו פדוי אבל דעת הרשב"א ז"ל בתשוב' סימן קצ"ח כלשון שני וז"ל הצ"ל אבל באומר הילך ה' סלעים בפדיון בני ואתה תחזירם לי וכיוצא בזה ואפי' לא אמר מידי אלא שדעתו שיחזירם לו הכהן כלן או מקצתן ולולי זה לא היה נותנן לכהן אפי' לא החזיר לו הכהן כלום אין בנו פדוי וכו' יע"ש וכ"כ ג"כ בתשו' תשצ"ח יע"ש:

והשתא קשה דאי תקפו כהן אין מוציאין מידו וה"ט משום דחוב הוא שחייב ליתן לכהן אם כן כי לא גמר אבי הבן ליתן מאי הוי הלא כל שבאו ליד כהן כבר זכה בהם ר"ח וכי מחזירם אח"כ אינו אלא מתנה שרוצה הוא ליתן ויותר קשה ע"ד הרשב"א ז"ל דס"ל דאפילו לא החזירם ר"ח אין בנו פדוי וכי גרע מתקפו כהן דאע"ג דהוי ספק אין מוציאין מידו וכ"ש הכא דהוי ודאי דאי תפס אין מוציאין מידו וזכה בהם הכהן ואפילו למ"ד טובת הנאה ממון אלא דצריך ליתן לבעלים דמי טובת הנאה כמ"ש התוס' שם. ויראה לע"ד דדוקא בתרומות ומתנות כהנים הוא דכתב הרמב"ם ז"ל דאם תפסם הכהן זכה בהם משום דמשעה שהפרישם נעשה ממונא דכהנים ואין לבעלים בהם אלא טובת הנאה וטובת הנאה אינה ממון והלכך אם תפסם הכהן זכה בהם מה שא"כ בחמש סלעים

דפדיון הבן דכל כמה שלא באו ליד הכהן ממונא דבעלים הוי ואין לכהן זכיה בנכסיו של זה אלא שהנכסים משועבדים מדין ערב וכיון שכן כי תפס הכהן בחמש סלעים לא זכה בהם שיכול לומר לכהן אחר אני רוצה ליתן מה שאני חייב ונמצאו אלו שביד כהן גזל הם בידו ומשום הכי אמר לי' ר"ח להההוא גברא לא גמרת ויהבית הלכך אין בנך פדוי וההיא דתקפו כהן דאין מוציאין מידו לא איירי אלא בבכור בהמה דאי תפס כהן בע"ה המוציא מידו עליו להביא ראי' דדלמא בכור הוא וכבר זכה בו הכהן משבא לידו כיון דממונא דכהנים הוי והוי כחפץ המונח דזה אומר שלי הוא וזה טוען שלי הוא דכל התופס על שכנגדו להביא ראי', אבל בחמש סלעים לא שייך לומר הכי ולענין צדקה דקי"ל דאם אינו רוצה ליתן כופין אותו וגם כן יורדין לנכסיו משום דנכסיו משועבדין לתת צדקה איכא למיבעי דאם בא עני ותפס מזה שאינו רוצה ליתן אי זכה בהם והיכא דבע"ה רוצה ליתן לעני אחר יראה דלא זכה העני במה שתפס כמש"ל בפדיון הבן. אבל היכא דאינו רוצה ליתן לשום עני איכא למימר דמהני תפיסת העני והוא הדין נמי אם זה העני שתפס הוא קרובו שהוא קודם לכל אדם ולא יכול לומר לעני אחר אני רוצה ליתן ור"י כתב דאם אסר הנאתו על כל העניים עניים נוטלים ממנו בע"כ. וראיתי בירושלמי דמסכת דמאי פרק המקבל דקאמר שם ר"י בר חנינא אמר נותן מעשרות בטובת הנאה מתני' פליגא על ריב"ח דתנן קונם כהנים ולוים נהנים לי עניים וכהנים יטלו בע"כ פתר לה. באומר איני רוצה ליתן כל עיקר ע"כ מוכח משם דאפי' בדאיכא טובת הנאה כל שאינו רוצה ליתן כל עיקר כהנים נוטלים ממנו בע"כ ולפי זה מתורץ מה שהקשו התוס' בפ"ק דמציעא למ"ד ספק בכור תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו דאמאי אין מוציאין והא איכא טובת הנאה וכו' אבל לפי הירושלמי אתי שפיר דהתם גם כן מיירי בשאינו רוצה ליתן כל עיקר מפני שהוא ספק. ומ"מ נראה דספק בכור אדם אי תפס הכהן מוציאין מידו דה"ז האב י ספק בחיובא ואין נכסיו משתעבדים אלא מדין ערב:

סימן ט

במה שנוהגים שמי שיש לו מתנות ליתן לכהן שאומר לכהן הילך זוז בשביל המתנות שיש לך אצלי ולפעמים הכהן מוחלם לישראל בלא דמים וכל זה קודם שבאו ליד הכהן לע"ד נראה דלא עבדי שפיר שכל זמן שלא באו ליד הכהן עדיין לא זכה בהם כהן כדי שיוכל למחול לישראל או למוכרם ותדע דהא שנינו במסכת פיאה פ"ה משנה ב' שבלת של לקט שנתערבה בגדיש מעשר שבלת אחת ונותן לו אמר ר"א וכי האיך העני הזה מחליף דבר שלא בא ברשותו וכו' ואמרו לה בירושלמי דהיינו טעמא דרבנן משום דעשו את שאינו זוכה כזוכה בכי האי גוונא כלומר וחשבינן להאי שבלת של לקט כאלו כבר

באה לידו של עני לענין שיכול להחליפו באחרת ואתיא כר"י דאמר כל ממייפיו ביד כהן פטור מן המתנות ואלו בפרק כל הגט דף ל' אמרו דר"י יחידאי היא ומש"ה אוקמוה למתני' דהמלוה מעות לכהן במכירי כהונה אי במזכה להם ע"י אחר ולא ס"ל דעולא דאמר עשו את שאינו זוכה כזוכה וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל בפ"ז מהלכות מעשר איברא דראיתי לו ז"ל בהלכות מתנות שפסק ותינו דשבולת וכ"כ בפ"ט מהלכות בכורים פסקא לדר"י ומתוך דברי התוס' בפ"ב דבכורות נראה דלית הלכתא כר"י וההיא דפ"ק דמציעא התם טעמא אחרינא הוי יע"ש אבל לדברי הרמב"ם ז"ל צריך ליישב ונראה דהוא ז"ל מחלק, דע"כ לא קי"ל כר"י אלא כשהחליפין בעין בשעת החילוף מה שאין כן בההיא דהמלוה לעני שעדיין אינה לתבואה בעולם לא קרינן ביה כל שחליפיו ביד כהן וכן ראיתי שאמרו בירושלמי שם אמתני' דפרק כל הגט ולפי זה היה נראה דבנ"ד נמי כל שנותן לו הדמים עכשיו ה"ז מועיל:

איברא דאיכא למימר דכיון דאין זו מן הדין אלא חכמים הוא שעשו אותו כזוכה ומשום תקנה מטו בה אפשר דלא אמרו אלא כי ההיא דספק בכורות וכיוצא בה אבל בנ"ד דליכא ספיקא לא תקינו וההיא דפרק כל הגט נמי איכא למימר דמשום תקנת העניים תיקנו מה שאין כן הכא דליכא שום צד כדי לתקוני וראיתי בפרק כל הגט אברייתא דישראל שאמר ללוי כור מעשר יש לך בידי והילך דמיו חוששין שמא עשהו תרומה מעשר על מקום אחר ופירש רש"י ז"ל דכיון דלא משיך יכול לחזור בו ואע"פ שהוא ברשותו של ישראל דאימת קנייה לוי דליקנייה לישראל ע"כ אלמא דאפילו היכא דיהיב ליה הדמים עכשיו בשעה שהמעשר בעולם עדיין לא קנאם הלוי כי היכי דיחזור להקנותם לישראל ולא אמרינן עשו שאינו זוכה כזוכה וכ"ת אי לא קנאם הלוי עדיין היאך יכול לעשותם תרומת מעשר על מקום אחר כבר תירץ הרשב"א ז"ל דהיינו טעמא דכיון דאין לו לישראל אלא טובת הנאה חשיב מתנה מועטת ויש בחזרתו מחוסרי אמנה ויכול הוא לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר וכן מוכח בפרק הזהב איברא דהתוס' הקשו שם על פי' רש"י ז"ל דהיאך יכול לחזור בו אחר שמכרו שהרי ברשותיה דישראל קאי וחצרו קנה לו וכו' ולכאורה נראה דאין מקום לקושייתם שהרי רש"י ז"ל נשמר מזה ופי' דה"ט משום דהלוי גופיה לא קנאו כדי שיוכל לזכותם לאחר ואפשר דהתוס' מפרשים לה במכירי כהונה דחשיב כאלו כבר באה ליד הכהן ולעולא נמי משום דעשו את שאינו זוכה כזוכה וכיון דנפק בה ידי נתינה יכול לוי למכרן לישראל וכ"כ הרשב"א ז"ל. ולפ"ז איכא למימר דבנ"ד נמי שא"ל מתנות יש לך אצלי כל שנתן לו דמיו דקנה דעשו את שאינו זוכה כזוכה כיון דהחליפין קיימים אבל למוחלם הכהן לישראל נראה דלא מהני דלא קרינן

ביה כל שחליפיו ביד כהן ואע"ג דכהן לא הוה מחיל לישראל אי לאו דלא מטיא ליה הנאה מקודם מ"מ השתא מיהא אין חליפין ביד הכהן איברא דעדיין איכא למימר דליהני מחילה ואע"פ שעדיין לא באו ליד כהן שהרי במכירי כהונה מוכח בגמרא דכ"ע מודו בה דיצא ידי נתינה ופירש בהגה' אשירי ובמרדכי דה"ט דמכירי כהונה דיצא ידי נתינה ויכול להקנותם לאחר משום דמתנות כהונה חשיב כמו מתנה מועטת ואסור לחזור בו וא"כ בנ"ד נמי כל שאמר לו הישראל לכהן מתנות יש לך בידי הרי אסור לחזור בו ונמצא כאלו באו ליד כהן ויצא ידי נתינה ואם חזר הכהן ומחלם לישראל שפיר עבד:

אבל לע"ד מדברי שאר פוסקים אין נראה כן ומכירי כהונה ה"ט משום דכיון שרגיל הוא לתת מתנותיו לכהן זה כל שאר הכהנים מתייאשים מיניה וכן נראה עיקר שהרי האי אוקמתא דמכירי כהונה ר"י אמרה ור"י גופי' לית ליה להאי מלתא דאמר ליתן לחברו מתנה מועטת אסור בה כדמוכח בפרק הזהב. ועדיין צ"ל לסברת רש"י במ"ש דאימת קנייה האי לוי כי היכי דליקנייה לישראל א"כ תיקשי לן מעיקרא היכי נפק ידי נתינה ואי ס"ל דאיירי במכירין א"כ כבר יצא ידי נתינה ושפיר מצי לאקנויי להו לישראל והיכי מצי למהדר כיון דלא מחסרא משיכה והיה נראה לע"ד ליישב דס"ל דכל שנתן את דמיו יצא ידי נתינה דמה לי הן מ"ל דמיהן והכי אמרו בפ' הזרוע אם אין שם כהן מעלה אותה בדמים וכ"כ הר"ן ז"ל בר"פ הזרוע ומיהו אעפ"כ עדיין מצוי לוי למיהדר ביה כיון דלא קנינהו ישראל כיון דלוי גופיה לא קנינהו לא מצי להקנותם ול"ד למתניתי' דפאה דא"ל ר"א היאך העני הזה מחליף דבר שלא בא לרשותו דפאה שאני דעזיבה כתובה בה משא"כ במתנות דנתינה כתובה בהו וכל שנתן את דמיה יצא י"ח ואפי' הכי יראה דבנ"ד לא עבדי שפיר שהרי אין נותנים לכהן כל שיווי המתנות ובע"כ קא מתרצה כהן ביה ועוד דאיכא משום שחתם את ברית הלוי וכמ"ש תוס' רי"ד בפ"ק דקדושין דאסור לכהן ליטול ע"מ להחזיר מה"ט. (א"ה עיין בפ"ח בי"ד סי' ס"א סוף ס"ק מ"ג ולפי דבריו שם בדיעבד יצא ידי נתינה בין כשמחלם הכהן לבעלים או למוכרם בפחות אבל מדברי מורי הרב ז"ל נראה דלא יצא ידי נתינה):

ואם הכהן א"ל לישראל שיתנם לשלוחו כתב בס' פ"ח ס"ק י"ג דשפיר הוא והא דאמר במכילתא ונתן לכהן ולא לשלוחו של כהן היינו בסתמא דשמא לא ניחא ליה לכהן אבל אי מדעתיה שלא ליטלם שפיר דמי דשלוחו של אדם כמותו ובודאי דאיירי אפי' אם אין השליח מטי להו לכהן כדמוכח מדבריו ולע"ד אנ"כ דכל כמה שלא באו ליד כהן ולא זכה בהם ה"ז לא קיים מצות נתינה ושליחות לא שייך הכא כיון דכהן עצמו עדיין לית להו ביה זכיה וכמש"ל בעי"ת ומה שהביא ראיה מההיא דכתב סעיף י"ד דיכול הכהן

לזכותם לישראל ת"ח ומכ"ש הכא אינה ראיה דהתם איירי במכירי כהונה דחשיב כאלו זכה בהם כהן וקיים זה מצות נתינה כמבואר בפרק כל הגט:

סימן י

אשה שהתנית עם בעלה קודם שנתארסה לו תנאי גמור שע"מ כן תנשא לו שלא יהיה לו שום זכות בנכסיה לא בחייה ולא אחרי מותה מהני תנאי זה או לא:

תשובה בר"פ הכותב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסיך וכו' ואם מתה אינו יורשה רשב"ג אומר אם מתה יירשנה מפני שמתנה על מה שכתוב בתורה וכו' ובהא מלתא איפליגו בה רבנן קמאי דהנה ר"ח ור"י ובעל ההלכות פסקו כרשב"ג דאמר אם מתה יירשנה שאין תנאי מועיל לבטל ירושה של תורה והביא ראי' מהירושלמי דקאמר הלכה כרשב"ג אבל לענין דבריו שאמר מפני שמתנה עמש"ב דהתם בתנאי גוף והכא בתנאי ממון קיימין ולמה אמרו תנאו בטל מפני שבסוף זוכה בהם כלומר דלאחר מיתתה הוא יורש' ואין אדם מסתלק ממידי שאין לו בה זכות עכשיו והרמב"ן ז"ל דחה זאת הראי' של הירוש' דודאי אם היה כותב לאחר הנשואין אז דמי לבן שסלק עצמו מירושת אביו אבל גמרא דידן מוקי למתני' בכותב לה ועודה ארוסה וטעמא כדר' כהנא דאמר נחלה הבאה לאדם ממקום אחר אדם מתנה עליה שלא יירשנה עכ"ד. והי' נלע"ד לומר דר"ח ור"י ובעל ההלכות סברי דירושת הבעל הויא מן התורה ולפיכך לא מצי לסלק ממנה ועד כאן לא קאמר גמרא דידן אלא למאן דס"ל ירושת הבעל מדרבנן וטעמא משום דרבא דאמר כל האומר אי אפשי בתקנת חכמים שומעין לו שחכמים לא תיקנו אלא לטובתו וכיון שכן לא שייך לומר אין מסתלק מדבר שלא בא לידו אבל למאן דס"ל ירושת הבעל ד"ת ליכא לפלוגי בין אחר נישואין לקודם נישואין אמנם הרי"ף והרמב"ם סברי דירושת הבעל הויא דרבנן ואתי שפיר כדרב כהנא וזה היה נראה לכאורה אבל מה אעשה שהרא"ש והרשב"א והראב"ד פסקו שירושת הבעל הויא מן התורה והכא פסקו דלא כרשב"ג דבארוסה מהני תנאה לסלק הבעל מירושתה:

ואיברא דעדיין איכא למימר דבכי האי גוונא דהתנה תנאי גמור מודו כ"ע דמהני תנאה דכיון דקי"ל כר' יהודה דאמר בדבר שבממון תנאו קיים כל שהתנה קודם הנשואין שפיר דמי שהרי ע"מ זה חלו הנשואין ותדע מהמקדש את האשה ע"מ שאין לה עליו שאר וכסות שתנאו קיים לר"י מטעמא דדבר שבממון ניתן למחילה ואע"ג דחיובא דמזונות הוא דבר שלא בא לעולם עדיין מ"מ כיון שנתרצו שניהם בכך נמצא שלא חלו הנשואין אלא ע"מ כן וכ"כ הראב"ד בהשגות בפכ"ג מה' אישות. וע"כ לא אמרו ר"י ור"ח ובעל ההלכות דאין תנאי מועיל לבטל הירושה אלא בגוונא דמתני' דלא איירי בתנאי גמור

אלא בלשון סילוק בעלמא וכן כתבו התוס' שם וז"ל בלא רב כהנא למה לא יוכל להסתלק בכותב לה ועודה ארוסה מידי דהוי אשאר וכסות דלר"י תנאו קיים ומתוך כך פיר' דהכא מיירי באומר שלא בדרך תנאי אלא אומר לה דין ודברים אין לי בנכסיך וכו' מבואר מדבריהם שכל שהתנה תנאי גמור שע"מ כן תנשא לו הרי זה שפיר וקיים והיינו דר' יהודא והכא מיירי שלא תלו הנשואין בכך. ולעד"ן שזהו כונת הירושלמי דקאמר שם הלכה כרשב"ג ולא לענין דבריו אלא שבסוף זכה בהם כלומר שאם היו מתנים תנאי גמור הא ודאי תנאו קיים וכר"י דאמר בדבר שבממון תנאו קיים ולפי הטעם שנתן רשב"ג משמע דאפי' בדרך תנאי לא מהני וזהו ולא לענין דבריו אלא דהכא היינו טעמא משום דאין מסתלק מדבר שלא בא לעולם עדיין:

והשתא יש לנו לחקור אי דעת הרמב"ן והר"ן ז"ל לפרושי מתני' כמו שפירשו התוס' דאיירי בשלא התנה בדרך תנאי ואעפ"כ חלקו על דברי הפוסקים כרשב"ג ואמרו שכל היכא שמתנה קודם הנשואין אע"פ דהוי דרך סילוק מועיל כיון דעדיין אינו ראוי ליורש' או שמא הם ז"ל מפרשים מתני' כשהתנה תנאי גמור ומשום הכי מועיל הסילוק דכיון דאינו ראוי ליורש' יכול לכונס' ע"ת כך ונפקא מינה בין שני הפירושים דלפירוש הראשון דמתני' איירי בשלא התנה בדרך תנאי אית לן למימר דמ"ש הר"ן ז"ל האוקמתא דמתניתי' בכותב לה ועודה ארוסה זה לשונו ודוקא בכותב לה ועודה ארוסה דשייך קצת אבל קודם לכן שאין לו שייכות בנכסים סילוקו לאו כלום הוא עכ"ל איירי ג"כ כשלא התנה בדרך תנאי אלא שהבעל אומר כן בדרך סילוק ומש"ה כיון שאין לו שייכות בנכסים סילוקו לאו כלום הוא אבל כל שהתנ' בדרך תנאי שע"מ כן תנשא לו אפי' התנה קודם האירוסין הרי זה מועיל שעל מנת כן חלו הנשואין או שמא ס"ל דאפי' התנה בדרך תנאי כיון שהוא קודם האירוסין שאין לו שייכות בנכסים כיון שאין סילוקו סילוק ממילא הוא זוכה בנכסים אחר כך. והרב מוהרימ"ט בח"א סימן מ"ה תפס בפשיטות דע"כ לא אמרו הרשב"א והר"ן ז"ל דקודם אירוסין אינו מועיל אלא דוקא בלשון סילוק בעלמא אבל כל שהתנה תנאי גמור מודו דמהני אף שהוא קודם אירוסין ובהכי יישב תשובת מהר"ם שהובא' במרדכי ובהגהת אשירי ז"ל וששאלת ראובן רוצה לקנות בית ודואג פן יצטרך למוכר' ותעכב אשתו עליו היוכל להתנות עם אשתו בשעת הקניה כו' והשיב דלא מציא למיהדר דאדם מסתלק בטוב מדבר שלא בא לעולם וכו'. ולכאורה האי תשובה נראה שחולק עם הרשב"א והר"ן ז"ל דאף דעדיין לא יש לה שום שייכות בנכסים מהני סילוק' אלא דמהר"ם ז"ל איירי בשהתנה בדרך תנאי ובהכי מודו רשב"א והר"ן ז"ל:

ואיברא שדברי הרשב"א בסי' תתק"ס מוכחי דאפי' התנה תנאי גמור כיון שהוא קודם אירוסין לא מהני דהרשב"א השוה מתנה קודם האירוסין למתנה אחר הנשואין וכמו שאחר הנישואין לא מהני תנאה בשום ענין נראה דהכי לא מהני קודם האירוסין אמנם מדברי התוס' הנז"ל משמע שכל שהתנה בדרך תנאי אין אנו צריכים לסילוק דה"ז דומה למקדש את האשה ע"מ שאין לה עליו שאר וכסות והא התם אין לה שום שייכות בנכסי' ואפ"ה מועיל התנאי ולדברי הרשב"א והר"ן איכא למימר דהתם שהבעל רוצה לפטור עצמו מחיוב מזונות הרי זה מועיל דכל שנתרצה האשה ולית ביה משום מעמש"ב בדין הוא שיועיל התנאי נמצא שזה לא חל חיובא דמזונות עליה אבל הכא כיון שאין הסילוק מועיל ממילא הבעל זוכה בנכסים אחר כך איברא דלפי זה צריך להבין לשון הירושלמי במאי דקאמר הלכה כרשב"ג ולא מפני שמעמש"ב דבדבר שבממון תנאו קיים אלא הכא היינו טעמא משום שעדיין לא זכה בה ואם איתא דמתני' איירי אפי' במתנה תנאי גמור עם האשה אם כן שפיר איצטריך לרשב"ג לומר משום שמתנה על משכ"ב דנהי דאית ליה לרשב"ג כר"י דבדבר שבממון תנאו קיים הכא כיון שאין סילוקו סילוק הוי מתנה על מה שכתוב בתורה דכה"ג תנן בפרק יש נוחלין האומר איש פ' בני לא ירש עם אחיו לא אמר כלום מפני שמתנה עמש"ב ופריך בגמרא לימא מתני' דלא כר"י דאי ר"י האמר בדבר שבממון תנאו קיים ומשני התם ידעה וקא מחלה הכא מי קא מחיל ופירשו המפרשים דאפילו מחל ג"כ לא מהני דאין אדם מסתלק מירושת אביו והשתא קשה למאי איצטריך לומר במתניתין מפני שמתנה עמש"ב דדל מהכא האי טעמא תיפוק ליה דאין הבן יכול להסתלק מירושת אביו ולפי מאי דקתני מתני' דהוי מטעם מתנה עמש"ב איכא למיטעי ולומר שכל שנתרצה הבן דאז לית ביה משום מתנה על מה ש"ב הרי זה דבריו קיימים ותירוץ דבר זה למדנו אותו מדברי ה"ה בפ' י"ב מהלכות אישות דאי לאו טעמא דמתנה עמש"ב יכול היה האב לומר שלא ירשנו כיון שהוא המוריש אלא מפני שמתנה עמש"ב דכתיב לחוקת משפט אין דבריו קיימין והיא גופא נימא הכא במתני' ג"כ דאפ' תימא דרשב"ג ס"ל כר"י דבממון תנאו קיים אבל הכא כיון שאין סילוקו סילוק הוי מעמש"ב אלא ע"כ צריכים אנו לפרש שהירושלמי גם כן מפרש מתני' דלא איירי כשהתנה בדרך תנאי אלא שהבעל מעצמו סילק עצמו מירושתו שלא בדרך תנאי ולזה קאמר הלכה כרשב"ג משום דאין סילוקו סילוק אבל משום מתנה עמש"ב ליכא והלכך היכא שהאשה התנית עם הבעל בשעת הקידושין ע"מ שלא ירשנה תנאו קיים ועיין מש"ל בעהי"ת:

סימן יא

האב שנתן מתנה לבתו ע"מ שלא ירשנה בעלה כתב הרד"ך ז"ל בבית כ"ח דמהני התנאי ואין הבעל יורשה דהוי כמתנה ע"מ להחזיר לזמן פלוני ומהאי טעמא אמר אביי סוף פ' מי שהי' נשוי נכסי לך ואחריך לפלוני ומכרם ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות ואחריך מיד הבעל ומשמע משם דהיכא דהתנה בהדיא ע"מ שלא ירש הבעל בין שאמר לנשואה בין לשאינה נשואה מהני התנאי ואחריך מוציא מיד הבעל ואע"ג דהתם מוקמי' דוקא בנשואה היינו משום דאיירי מסתמא וכיון דהוי נשואה הוי כאומר אחריך ליקני בעל לא ליקני אבל אי פי' בהדיא אפי' לפנויה מהני וה"ט משום מתנה ע"מ להחזיר לזמן פלו' ובהכי אתי שפיר מאי דקאמר אביי אפי' אליבא דרשב"ג דריש פ' הכותב דס"ל אם מתה ירשנה משום דהוי מתנה עמש"ב דהכא שאני משום דהוי מתנה ע"מ להחזיר ומשום הכי אחריך מוציא מיד הבעל ומה"ט אתי שפיר נמי שלא יחלוק אביי אהא דאמרינן פ"ק דקדושין דאין יד לאשה בלא בעלה ואלו נתן מתנה לאשה ע"מ שאין לבעלה רשות בה אפ"ה קנה הבעל והכא אמר דמשום דהוי כאילו אמר אחריך ליקני בעל לא ליקני מהני תנאה ואחריך מוציא מיד הבעל דהכא שאני דהוי מתנה ע"מ להחזיר לזמן פ' אלו דברי הגאון זלה"ה ולע"ד אינם נראים לי דהאומר נכסי לך ואחריך לפלו' הוו שניהם מקבלי מתנה מהנותן לראשון נתן בתחלה ואחר מותו נתן לשני ולהכי אמר אביי אחריך מוציא מיד הבעל שהנותן לא נתן לה כי אם לשני חייה ואחר מותה חלה מתנת הב' מכח הנותן ולהכי מוציא מיד הבעל אבל האומר ע"מ שלא ירש הבעל ולא פי' למי יהיו אחרי מותה שיורשי ממון זה יורשים אותו מכחה ומה שאינו יורש הבעל שהוא הראוי לירש את אשתו הוא משום שהתנה הנותן שלא ירש הבעל הוי מעמש"ב ואפשר דלא מהני ומה שהכריח לומר דהאומר אחריך הוי כמתנה ע"מ להחזיר כדי שלא יחלוק אביי אהאי דאמרינן יד אשה כיד בעלה ראיתי להריטב"א ז"ל בחי' לכתובות מכ"י שרצה להכריח מכאן דאין הלכה כמ"ד יד אשה כיד בעלה. אבל לע"ד ל"ד דכי אמרו יד עבד כיד רבו ויד אשה כיד בעלה כבר פסקו כל הראשונים ז"ל והריטב"א עצמו ג"כ דלאו בחד גוונא הוא דיד עבד כיד רבו הוא לגמרי וזוכ' הרב בין בגוף בין בפירות יד אשה כיד בעלה הוא לענין פירות דוקא אבל הגוף הוא לאשה א"כ באומר לאשה נשואה נכסי לך ואחריך לפלוני הבעל זוכה בפירות כל ימי חייה ואחר מותה אינו יורש' דכבר חלה מתנת המקבל השני מכח הנותן בחייה לא נוכל לעשותו כלוקח דהכי פי' הנותן אחריך ליקני בעל לא ליקני והוי כאומר נכסי לך ואחריך לפלוני ואם תמכור לאדם פלוני האחריך ויצא מידו דודאי אם מכר לאחרים מה שמכר מכר ואין האחריך מוציא מידו אבל אם מכר לאותו פלוני

האחריך מוציא מידו ומשום הכי הכא האחריך מוציא מיד הבעל ולא שייכא הא עם ההיא דיד אשה כיד בעלה ועוד דהא דבעל בנכסי אשתו לוקח הוי לאו מילתא פסיקתא היא דהיינו דוקא היכא דליכא פסידא לאחריני אבל היכא דאיכא פסידא לאחריני הוי כיורש כדאמרי' ס"פ יש נוחלין והכא אף אם נאמר דיד אשה כיד בעלה היינו לפירות אבל שיקנה הגוף לא קני והוי כיורש כיון דאיכא פסידא למקבל השני והכי כתב הר"ן ז"ל כם על הא דאביי דבאומר לפנוייה אמרי' דבעל לוקח הוי ואין ואחריך במקום בעל דטעמא דלא אמרי' דליהוי הבעל כיורש ויקנה האחריך כיון דאיכא פסידא דשני הוי משום כיון דאשה לאינסובי קיימא ולא קאמר הנותן אחריך ליקני ודאי דאחריך שלא במקום בעל קאמר וכו' אבל באומר לנשואה דהוי כאומר בפי' אחריך ליקני בעל לא ליקני אז הוי כיורש משום דפסיד' דמקבל השני באופן שדברי הריטב"א הללו צל"ע:

ובעיקר דין זה באומר לאשה נכסים אלו נתוני' לך ע"מ שלא ירשם הבעל אי מהני התנאי להפקיע ירושת הבעל ראיתי להרמב"ן בחי' לבתרא לדף נ"א ע"ב גבי קבל מן האשה יחזיר לאשה דמוכח מדבריו דמהני שכתב שהאשה נאמנת לומר במתנה נתנו לי והבעל אוכל פירות אבל אם אמרה אחר נתנם לי ע"מ שאין לבעלי רשות בהם אינה נאמנת והבעל אוכל פירות שכל שביד האשה בחזקת הבעל הוא לאכול פירות ותדע שאילו היתה נאמנת היאך אמרו אבל אם אמרו בשעת מיתה של פלוני הם יעשו פירוש לפירושן ויחזיר לבעל ליהמנה במיגו דאי בעי אמרה אחר נתנם לי ע"מ שאין לבעלי רשות בהם בחיי ובמותי ועוד שאם יכולה לומר כן יורשים יטענו אין הבעל יורש והואיל והללו באין לירש יחלוקו וכו' הרי דאם התנה הנותן על מנת שאין לבעליך רשות בהם בחייך ובמותיך מהני תנאה ולאו מטעמא דבטלה דא"כ היתה חוזרת אל הנותן. ומדברי הרמב"ן אלו מוכח דשאר יורשיה יורשים אותה שכן כתב ועוד יורשיה יטענו והואיל והללו באין לירש יחלוקו הרי דאם התנה כן מהני תנאה שלא ירש הבעל ושאר יורשיה יורשים אותה. וכן כתב הרב נתן בר מאיר בס' התרומות סוף שער ששי ז"ל אבל אם נאמין אותה במה שטוענת שנתנו לה ע"מ שאין לבעלה רשות בהם דלא קנה יתהון בעל דהילכת' כשמואל בפ"ב דנדרים דלא קנה לא לפירות ולא לירושה אלא יורשיה יורשים אותה באלו הנכסים ע"כ וכן הביא ג"כ בשער זה סוף ח"ג משם הרמב"ן ז"ל שאם נתן מתנה לאיש ע"מ שאין לב"ח רשות בהם או שנתן לאשה ע"מ שאין ליורשים רשות בהם תנאו קיים והכי מוכח בפרק יש נוחלין גבי איש פ' לא ירש עם אחיו וכו' ע"כ. ולכאורה צריך להבין מאי מייתי מיש נוחלין דאדרבה משם מוכח דאין תנאי בירוש' משום דהוי מתנה על מ"ש ונראה דהכי מייתי דמהתם משמע דתנאי בירוש' הוי דבר שבממון ונהי

דהתם לא מהני היינו משום שהוא בן בנכסי אביו שהוא ראוי ליורשו ואין יכול לסלק ירושתו ממנו דלא מחיל אבל בנותן מתנה ומתנה הכי ע"מ שלא ירשנה בעלה שממון זה לא היה הבעל ראוי לירש תנאו קיים דתנאי ממון היא וכמו שיכול להתנות ע"מ שאין לבעליך רשות בהם בחייה כמו כן יכול להתנות שלא ירשנה וכ"כ ר"י במשרים נכ"ג ח"ג בבעל שנתן מתנה לאשתו שאם אמר שאם מתה יהיו ליורשיה מהני תנאו. אבל לע"ד יש לדון על ראייתו מפרק יש נוחלין דהתם באיש פ' לא ירש עם אחיו אי לאו משום דהוי מתנה עמש"ב כל שהיה מסלק לזה מירושתו שאר אחיו היו יורשין אותו. אבל הכא בנותן לאשה ע"מ שלא ירשנה בעלה כי נמי אין כאן משום מתנה עמש"ב מ"מ כיון דאין אחר ראוי ליורשה כל שהיא נשואה סוף סוף ירושה קמי בעל נופלת שהרי כולם כזרים אצלה. וכיוצא לזו כתב הרשב"א בתשובה הביאה הב"י בה' נחלות סי' רפ"א וכ"כ התוס' פ' חזקת דף מ"ט ע"ב ד"ה כדרב כהנא יע"ש. ומה"ט כתבו ר"ח ור"י בפ' הכותב דהלכה כרשב"ג דאמר אם מתה ירשנה ואע"פ דלית כאן משום מתנה עמש"ב דדבר שבממון הוא מ"מ כיון דאין כאן יורש אחר הרי הירושה נפלה קמיה וכ"כ לה המרדכי שם ונראה שזה היא כוונת הירושלמי דקאמר שם הלכה כרשב"ג דאמר אם מתה ירשנה ולא לענין דבריו דאמר מפני שהוא מתנה עמש"ב דהתם בתנאי הגוף והכא תנאי ממון אלא מפני שלבסוף הוא יורשה דלכאורה איכא לאקשויי דאם כוונת הירושלמי היא כמו שהביא הר"ן דכיון דאין הדבר ברשותו אינו יכול לסלק עצמו מירושתה כשם שאין אדם יכול לסלק עצמו מירושת אביו א"כ מאי הוא דקאמר הלכה כרשב"ג ולא משום שהוא מתנה עמש"ב והא כה"ג שנינו בפ' יש נוחלין איש פ' בני לא ירשני לא אמר כלום שהוא מתנה על מה שכ"ב ופריך עלה לימא מתני' דלא כר"י דאמר בדבר שבממון תנאו קיים ומשני התם ידע וקא מחיל הכא מי קא מחיל פי' רוב המפרשים דאפי' ידע ומחיל לא מהני דאין אדם יכול לסלק עצמו מירושת אביו ואפ"ה קתני מתני' משום שהוא מתנה על מש"ב משום דאי לאו הכי כיון דהמוריש שהוא מוריש אותו התנה עמו כן שלא יירשנו הוא אלא הוא מורישם לשאר בניו היה תנאי קיים כשאר תנאי ממון וכמ"ש ה"ה בפי"ב מה' אישות יע"ש. אלא דהירושלמי ס"ל דהתם במתני' אצטריך לטעמא דמפני שהוא מתנה עמש"ב משום דאי לאו הכי כל שסילק לזה הבן הרי יש לו בנים אחרים כדי ליורשו אלא דגזירת הכתוב הוא שלא יוכל לסלקו לבן כיון שכבר הוא ראוי ליורשו אבל הכא שהתנה עם האשה שלא ירשנה היה מועיל התנאי כיון שעדין אינו ראוי ליורשה דאין כאן משום מתנה על מש"ב אלא שלבסוף הוא זוכה בה דאין לה יורש אחר זולת הבעל ואע"ג דתלמודא דידן סבר רב כהנא דמועיל תנאי של בעל שלא ירשנה היינו משום

דס"ל דירושת הבעל מדבריהם ולהכי כי מסתלק בעל מירושתה משום דכל האומר א"א בתקנת חכמים שומעין לו הרי יורשיה ממשפחת בית אביה ראויים ליורשה ד"ת זהו דעת ר"ת ור"י ואפי' לדעת שאר המפרשי' דס"ל דמילתי' דרב כהנא הלכה היא ואפי' למ"ד דירושת הבעל ד"ת משום דנחלה הבאה לאדם ממקום אחר אדם מתנה עליה שלא ירשנה איכא למימר דהיינו דוקא כה"ג שהתנה קודם הנישואין דנמצא שזה לא זכה בה באשה מעיקרא לענין ירושתה אלא נשארה הירושה למשפחת בית אביה אבל לאחר הנשואין שכבר זכה בה באשה לענין ירושתה כי נמי נתנו לה מתנה הוא או אחרים ע"מ שלא ירשנה נהי דהוי תנאי ממון מ"מ אין לאשה יורש אחר זולת הבעל והרי הירוש' נפלה קמיה דמאן לירות אמו בר קשא דמתא לירות שכולם כ"רים אצלה. וראיתי להרשב"א בתשו' המיוחסת סי' מ"ה שכתב ז"ל ובאומר ע"מ שלא ירשנה בעלה כבר ידעת שהנותן ע"מ שלא ירשנה בעלה במחלוקת שנוייה בנדרים וקידושין וכו' נראה מדבריו דתנאי שלא ירשנה בעלה שוה לתנאי דע"מ שאין לבעליך רשות בהם דלמאן דפסק שם דמועיל הכי נמי הכא ולמאן דס"ל שם דאינו מועיל משום דאין יד לאשה בלא בעלה כמו כן הכא בנותן לאשה ע"מ שלא ירשנה בעלה אין תנאו מועיל וכבר כתבתי דלע"ד לא דמי דאפי' תימא דבחייה יועיל התנאי משום דיד לאשה בלא בעלה לאחר מותה אי אפשר לומר שהרי על כל פנים בעלה יורשה מכיון שאין לה יורש אחר שירשנה וזה נראה שהוא דעת הרמ"ה שהגם שהוא פסק כשמואל דע"מ שאין לבעליך רשות בהם אין הבעל אוכל פירות עם כל זה כתב הטור בשמו בסי' פ"ה שאם נתן לה מתנה לאשתו ע"מ שלא ירשנה בעלה יורשה וליישב דעת הרמב"ן ז"ל צ"ל דכיון דתנאי שלא ירשנה תנאי ממון הוא כל שנסתלק הבעל מירושתה מצינו לה לאשה יורשים אחרים ממשפחת בית אביה שיורשים אותה כמו שיורשים אותה בנכסי ראוי ובנכסים שאינם ידועים הכי נמי הכא ולפי זה בנותן מתנה לחברו ע"מ שלא ירשנו בנו אין תנאו קיים:

סימן יב

ובנותן מתנה לאשה ע"מ שאין לבעלה רשות בה הא מילתא במחלוקת שנוייה דאיכא מאן דס"ל דתנאו קיים דהילכתא כשמואל בדיני כ"כ הנגיד בשם רב עמרם גאון ולזה הסכימו הרמ"ה והרמב"ן והריטב"א והריב"ש בסי' רט"ו כתב שכן עיקר וכן הוא סברת תוספות רי"ד שם בקידושין והמבואר מדבריהם הוא דהגם דבסתמא יד אשה כיד בעלה מיהו כל שהתנה הנותן ע"מ שאין לבעלה רשות בה תנאו קיים דתנאי ממון הוא וזכתה האשה בלא בעלה וסוגיין בעלמא הכי אזלא דבפ' בן סורר ומורה מוקי להההיא דאינו חייב עד שיגנוב מאביו ואמו דמיירי כשנתנו לה מתנה ע"מ שאין לבעלה רשות בה דלפי

סברת רב דס"ל דאין יד לאשה בלא בעלה עד שיאמר לה מה שתלבשי או מה שאת נושאת ונותנת לתוך פיך כיון דאין אשה זוכה בהם עד שתתן לתוך פיה א"כ כי גנב זה ואכל אישתכח דלאו זכתה בהם אמו מעיקרא. וראיתי להר"ן בפ"ק דקידושין שכן הוא דעת הרי"ף ז"ל ולפי' זה יראה דאפילו בנותן לבתו יורשת מתנה ע"מ שאין לבעלה רשות בה זכתה האשה בהם זכיה גמורה בלא רשות בעלה וכ"נ מדברי הריב"ש ז"ל. (א"ה לא הבנתי זה ועיין בטור ח"מ סי' קי"א ס"ה גבי ראובן שנתן קרקע לבנו והתנה כו' ולא היה לו בן אחר כו' ועיין בחי' הריטב"א לקדושין לדף כ"ג ובתשו' החדשות להרשב"א סי' ק"מ דס"ל דע"מ זה לא הוי כשאר תנאי דעלמא אלא סילוק רשות הבעל דלפ"ז אפשר שכתב רבינו ז"ל כן:

והגם דרבים חולקים על זה וסברי דהלכה כרב דאין יד לאשה בלא בעלה ואין התנאי מועיל עד שיאמר לה מה שאת נושאת ונותנת לתוך פיך שהאשה עצמה לא זכתה בהם לגמרי אלא לאותו דבר ולפי דבריהם בבת יורשה לא יועיל התנאי לאחר מיתת אבי' וכמ"ש הרשב"א בתשובות המיוחסות סי' ק"ו מ"מ כיון דהוי הדבר מחלוקת אין הבעל יכול להוציא מיד האשה מכיון דאין לבעל זכות בנכסי אשתו כי אם לפירות והגוף הוא שלה והיא גופיה מתקנתא ולא אתי ספק תקנה דפירות ומוציא מיד האשה דאיהי ודאית והוא ספק:

סימן יג

ולענין הנותן מתנה לבתו וא"ל הרי המעות נתונים ליך ע"מ שאין לבעליך רשות בהם אלא מה שאת נותנת לתוך פיך דאז מהני התנאי אליבא דכ"ע ואפי' אליבא דר"מ דאמר אין קנין לאשה בלא בעלה הכא מודה משום דהיא גופה לא קנתה לנכסים אלא בשעה שנותנת לתוך פיה ואין הבעל יכול ליהנות מאלו הנכסים וגזל הוא בידו דהיא גופה לא קנתה אותם עד שיתן לתוך פיה וכמו כן אי א"ל ע"מ שתלבשי בהם אין בידה לשנותם לדבר אחר דא"כ הוי גזל בידה והוי כאומר לעני שיקח בו חלוק ואע"ג דלא קי"ל כר"מ בההיא דכל המעביר ע"ד ב"ה נקרא גזלן היינו דוקא כשלא התנה בלשון תנאי אבל כל שא"ל ע"מ תנאי גמור הוי ואינה יכולה לשנות וכ"ש באומר לה ע"מ שתתן לתוך פיך שלא קנתה אותם קודם שיתן לתוך פיה ועדין ברשות אבי' קיימי ולפי זה יצא לנו דאם מתה הבת אין הבעל יורש' וכ"כ ה"ב התרומות וכ"ז אליבא דרב דאין התנאי מהני עד שיאמר לה מה שאת נושאת ונותנת לתוך פיך והשתא יש לתמוה על הרא"ש דהוא פסק דאין קנין לאשה בלא בעלה וצריך שיאמר לה הנותן ע"מ מה שאת נושאת ונותנת לתוך פיך ואילו בפרק חזקת כתב דאם מתה בעלה יורשה יע"ש אבל אליבא דשמואל דס"ל

דיש קניין לאשה בלא בעלה וכל שהתנה ע"מ שאין לבעליך רשות בהם קנאתם היא בלא רשות בעל יכול בעל ליהנות ממנה אח"כ מדעת אשתו דמשל אשתו הוא נהנה וכמו כן נראה דאם מתה ירשנה דלדידה קא ירית וזהו דעת רשב"ם והרמב"ן ז"ל. (א"ה כן מצאתי ונ"ל שכונת רבינו ז"ל ממ"ש רשב"ם ז"ל בפרק חזקת דף נ"א ע"ב ז"ל יחזיר לבעלה שאפי' אם נותן לה ממון ע"מ שאין לבעלה רשות בה מכיון שמתה יורשה דממה נפשך עכשיו הרי היא של בעלה עכ"ל וכן כתב הרא"ש שם יע"ש ולא הבנתי אמאי לא תמה על רשב"ם ג"כ דלפי דבריו אמאי יחזיר לבעלה דאפשר דאבי' נתנו לה ע"מ שאין לבעליך רשות בהם אלא מה שאת נותנת לתוך פיך דכה"ג ליכא מאן דפליג דלא קנתה היא גופא עד שתתן לתוך פיה ולע"ד נראה דלא קשיא דאם נאמר כן הוא הפך החזקה דחזקה כל מה שהיא תחת ידה הוא שלה ולא הרגישו ז"ל אלא דאפשר דנתנו לה ע"מ שאין לבעלה רשות בהם דאם אמרי' הכי לא הוי היפך חזקה זו וע"ז אמרו דאפ"ה כשמתה הוא לבעלה):

סימן יד

מי שנתן לחברו מתנה ע"מ שלא יעשה דבר פלו' ואח"כ נתרצו ביניהם שיעשה אותו דבר שהתנ' שלא לעשותו אה מחילתו מחילה לענין שתהא המתנה קיימת למפרע:

תשובה בהא מילתא פליגי בה הרמב"ם ז"ל עם הרשב"א דהר"מ ז"ל כתב בפ"ז מה' אישות שהמקדש ע"ת ואחר כך כנס סתם או בעל צריכה גט אע"פ דלא נתקיים התנאי דשמא ביטל התנאי ויליף לה מדאמרינן בכתובו' בפרק המדיר לא תימא טעמי' דרב כיון שכנס' סתם אחולי אחלי' לתנאי' משמע דאם מחל התנאי נתקיימו הקידושין למפרע אבל הרשב"א ז"ל חולק ואומר דדוקא בתנאים של ממון הוא שיכול למחול מטעם הריני כאילו התקבלתי וכאילו נתקיים התנאי דמי אבל בתנאים כאלו שהם בשב ואל תעשה לא שייך לומר בהם הריני כאילו התקבלתי והר"ן כתב שאין לחלק בהכי אלא כל שעיקר התנאי היה להנאתו אין דעתו שיתקיים אלא אם הוא מקפיד אבל כל שאינו מקפיד שיהא המעשה קיים וחזר הר"ן והקשה ע"ד הרמב"ם ממתני' דע"מ שאני כהן ונמצא לוי דקתני שם אע"פ שאמרה בלבי היה להתקדש לו אעפ"כ אינה מקודשת וכו' ולע"ד נראה דלא דמי דחילוק יש בין מתנה ע"מ שאין עליך נדרים או עלי למתנה ע"מ שאני כהן דהאומר ע"מ שאין עליך נדרים דעתו הוא אם יקפיד בנדרים כיון דאיכא נדרים דקפיד ואיכא דלא קפיד והרי הוא תלוי עד שידע ויקפיד וכמ"ש התוס' בדף ע"ד מה שאין כן באומר על מנת שאני כהן דליכא למימר הכי כל שהקפידו השתא ונמצא שקר נתבטלו הקדושין מיד ולסברת הרשב"א איכא לאקשויי בה לכאורה דאפי' לפי מ"ש דבתנאי

שהוא בשב ואל תעשה לא מהני מחילה משום דלא שייך לומר הריני כאלו התקבלתי מכל מקום ביטול התנאי אמאי לא יועיל דהא אפילו לגבי גט דמחיל' לא מהני משום דלצעורה מכוין ביטול התנאי מיהא מועיל וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ח מה' גירושין וכ"כ הרשב"א ג"כ בחי' בפרק מי שאחזו דאם חזר וא"ל ליהוי גיט' בלא שום תנאי מגורשת. ונראה דהתם הא דמהני הביטול היינו באומר לה ליהוי גיטא בלי שום תנאי דבל' זה מתגרשת מהשתא מכאן ולהבא דהוי כאלו נטלתו ממנה וחזר וא"ל ליהוי גיטא וכן נראה מדברי הרשב"א שם. אבל מדברי הרא"ש בתשו' כלל מ"ו יראה שהבין דברי הר"מ ז"ל כפשטן דמ"ש עד שיבטל התנאי היינו לומר שיבטל לחוד ואצ"ל השתא ליהוי גיטא אלא כיון שביטל התנאי נתקיים הגט למפרע וה"ט שיש חילוק בין אומר לה מחולין לך דלא מהני משום דלשון זה משמע שרוצה בתנאי אלא שמוחל לה ומחיל' לא מהניא בגט כיון דלצעורה קא מכוין אבל כשרוצה לבטל התנאי מעיקרא אפי' גבי גט מועיל דאתי דיבור ומבטל דיבור כמ"ש הרא"ש:

סימן טו

האומר הריני נותן לך על תנאי שתעשה לי דבר פ' אי הוי כאומר ע"מ ומעכשיו:

תשובה לכאורה היה נראה להביא כדמות ראי' דהאומר ע"ת הוי כאומר מעכשיו מדאמר בפרק מי שאחזו דף ע"ד אמתני' דהרי זה גיטך ע"מ שתתן לי ק"ק זוז רב הונא אמר והיא תתן רב יהודה אמר לכשתתן רב הונא אמר והיא תתן תנאה הוא מקיים תנאה ואזיל ע"כ והשתא אם האומר ע"ת לאו כאומר מעכשיו דמי מאי קאמר והיא תתן תנאה הוא וכו' והלא כי ממי הוי תנאה כל האומר ע"מ לאו כאומר מעכשיו דמי ואי משום דאיירי בעל מנת דקים ליה דהוי כאומר מעכשיו הכי הוה לי' לרב הונא למימר בהדיא והיא תתן משום דע"מ כמעכשיו דמי ובפ"ק דקדושין נמי אמרו אמר ר' אלעזר האומר לאשה התקדשי לי במנה ויהיב לה דינר מקודשת וישלים מ"ט כיון דאמר לה במנה ויהיב לה דינר כמאן דאמר לה ע"מ דמי ואמר רב הונא כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ע"כ והשתא איכא לאקשויי דאי באומר ע"מ דהוי כמעכשיו הוי משום דלישנא הכי קים להו א"כ היכי מייתי משם להההיא דהתקדשי לי במנה וכו' שלא הזכיר שם המקדש שוו ואי ס"ל לרבי אלעזר דכיון דאמר לה במנה ויהיב לה חי נעשה כמאן דאמר לה מעכשו א"כ תו לא היה צריך לאתויי מא' מרב הונא דהאומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ולפום פשטן של וטרא נראה דמאי דמייתי משם אינו אלא למילף דכל האומר ע"מ רכד כאומר ע"ת כאומר מעכשו דמי וה"ה נמי בזה שא"ל הרי את מקודשת לי במנה ויהיב לה דינר דכמאן דאמר לה ע"ת שאתן לך מנה דמי וקי"ל דכל האומר ע"ת כאומר מעכשו דמי.

אמנם ראיתי למהרדב"ז סי' י"א שתפס בפשיטות דהאומר ע"ת לאו כאומר מעכשיו וז"ל אבל קושטא דמלתא דע"ת לא הוי כע"מ וכו' יע"ש גם רל ב"י בח"מ סי' ר"ז סי"ד כתב ז"ל ולפ"ז האומר ע"ת אינו כאו' ע"מ יע"ש:

סימן טז

מי שנתן מתנה לחברו וא"ל קנה לאחר ל' יום ואחר ל' יום חלה הנותן והרי הוא גוסס שאינו יכול לדבר אם זכה המקבל במתנה אם לאו:

תשובה בפרק יש נוחלין דף קכ"ז אמרו דלר"מ דאית לי' אדם מקנה דשלב"ל איצטריך יכיר לנכסים שנפלו לו כשהוא לאם דאפי' דאית לי' אדם מקנה דשלב"ל היינו היכא דמצי אח כשיבאו לעולם והגוסס אינו יכול להקנות שאינו יכול לדבר ע"ל א"כ מינה נשמע למקנה לאחר צ' יום ובאותו הוא גוסס און יכול לדבר דלא חלה המתנה. וראיתי בחידושי הרשב"א בפ' מי שאחזו שהביא מהירושלמי דאם נתן לה את גיטה ואמר לה לא יהא גט אלא למחר ולמחר אחזו קורדייקוס פלוגתא דר"י וכו' נראה דחולה צריך בדיקה בשעת נתינת הגט אבל מדברי רבותינו בעלי התוס' נראה שאינם מקפידים אלא בשעת כתיבת הגט ושלא כדברי הירושלמי עכ"ל ולא ידעתי אמאי לא הוקשה לו מההיא דיש נוחלין שהבאתי דמוכח משם שכל שהוא גוסס בשעת חלות המתנה ה"ז לא זכה:

איברא דממקום אחר אין נראה כן דבפרק י"ג דף קל"ז ע"א אמרו האומר נכסי לך ואחריך לפ' ונתנה במתנת ש"מ אמר אביי דלא קנה מ"ט מש"מ אינו קונה אלא לאחר מיתה וכבר קדמו אחריך ופריך ומי אמר אביי הכי והאמר אביי מש"מ קונה עם גמר מיתה ומשני הדר אביי מההיא מנ"ל מדתנן ה"ז גיטך אם מתי ה"ז גיטך לאחר מיתה אינו גט ופירש רשב"ם ז"ל אלמא אין דעתו של ש"מ ליתן אלא לאחר מיתה לא עם גמר מיתה דאל"כ גט נמי ליהוי עם גמר מיתה ע"כ מוכח משם דאי אמר לה ק זה בגמר מיתתו ה"ז קנה ואע"ג דבאותה שעה לא מצי לאקנויי וההיא דקאמר התם דלר"מ איצטריך יכיר לנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס דלא מצי מקני ליה והרי כיון דאית לי' לר"מ אדם מקנה דבר שלא בא לעולם א"כ הוי כאומר משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום דלדידן קנה לאחר שלשים יום ואפי' הוא גוסס שאינו יכול להקנות עכשו וכל כך הוא לר"מ בדבר שלב"ל כמו לדידן בדבר שבא לעולם. מ"מ כד דייקינן בה לא דמי דהא דקאמר תלמודא דאפי' לר"מ דאית לי' אדם מקנה דבר שלב"ל לאו למימר' דמהשתא יחול הקנין אלא כשיבא לעולם הוא דחל הקנין ומשום הכי במידי דלא מצי להקנותו באותה שעה שיבא לעולם וכגון שהוא גוסס השתא נמי לא מצי מקנה לענין שיקנה כשיבא לעולם כיון דמעולם לא מצי להקנותו קנין גמור לא בתחלה ולא בסוף בשעה

שנגמר הקנין. אבל לדידן במשוך פרה זו וקנה לאחר שלשים יום אע"ג דבסוף בשעת גמר הקנין לא מצי להקנותו מיהו בתחלה בידו הי' להקנותו קנין גמור באותה שעה אם הי' רוצה וכה"ג מחלק תלמודא בפרק האומר דקאמר תיפשוט דבעי ר' אושעיא האומר לאשה טול שתי פרוטות ובאחת התקדשי לי עכשיו ובאחת התקדשי לי לאחר שאגרשיך תיפשוט מינה דלא הוו קדושין שהרי לאחר גירושין אין בידו לקדשה ומשני דילמא כי היכי דתפיס קדושין השתא תפיס נמי לאחר זמן ופירש רש"י ז"ל מיגו דאי בעיא לקדושי השתא תפסי בה קידושין תפסי נמי לאחר זמן ואע"ג דלכאורה נראה דלא נפשטה הבעיא ובדרך דילמא קאמר מ"מ כתב הרשב"א ז"ל דנהי דהכא לא נפשטה אבל ממקום אחר נפשטה מדאמרינן בפרק ב' דנדרים הא לא דמי אלא לאומר לחברו שדה זו שאני מוכר לך לכשאקנה ממך תיקדוש דקדשה וטעמא משום דכיון דבידו להקדישה עכשיו ואף על פי שלע"ד נראה דאין ראייתו של הרשב"א ז"ל מחוורת דשאני התם דבשעת חלות ההקדש הרי היא בידו ומצי לאקדושי באותה שעה משא"כ באומר לאשה שאין בידו בשעת חלות הקדושין לקדשה. מ"מ חזינן דהרמב"ם ז"ל פסק להההיא דר"י דהויא מקודשת ודאי. ועוד דהכא עדיפא מההיא דר' אושעיא וכמו שחילק הר"ן ז"ל דהכא אותו קנין שמקנה לאחר זמן יכול להקנותו מעכשיו משא"כ באשה שאותם קדושין שניים אי אפשר שתחול מעכשיו שכיון שהוא מתפייס בהם קידושין ראשונים אי אפשר לאותן קידושין שניים לחול עכשיו:

וראיתי בתשובות החדשות להרשב"א סי' שכ"ז שכתב שמי שאמר לחברו הריני מקנה לך אלף זהובים עם פטירתך קנה שכל שהוא קיים ואפי' גוסס יש לו זכיה לזכות ולזכות והא דאמרי' בפ' יש נוחלין דאצטריך קרא דיכיר לנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס ומשמע דבשעה שהוא גוסס אין לו יד לזכות ולא לזכות הא ליתא דהגוסס זוכה ודאי ומההיא גופא תשמענה שאם לא כן אף כשהכירו לאחרים ונאמן לא יטול בהם שהרי אין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק אלא דהתם ה"ק דכיון דבשעה שהכיר לא נפלו לו הנכסים עדיין אפי' ר"מ מודה שלא קנה דכי אמר ר"מ ה"מ בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן בשעה שיש לו כח לדבר וליתנם לאחרים אבל בגוסס אינו יכול לדבר ואין בו כח ליתן עכ"ל. ואיכא למידק בה טובא דהיכי פסיק מילתא פסיקתא ואמר דהמקנה לה עם פטירתה דקנתה ולא חילק דהיינו דוקא כשהיה הקונה שפוי בדעתו בשעת פטירתו אבל אם לא הי' שפוי בדעתו ה"ז אין לו יד לקנות דמה שאמרו הגוסס הרי הוא כחי לכל דבריו היינו דוקא כשהיה יכול לדבר באותה שעה כמ"ש התוספות אבל אם אינו יכול לדבר ואינו שפוי בדעתו לא ועוד דכל האומר קנה עם פטירתו היינו רגע אחת קודם שיצא נשמתו

ומסתמא באותה שעה אינו יכול לדבר ואינו בדעתו כדי לזכות ולא דמי להההיא דאמרו בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס שיש לו זכיה ואע"פ שאיירי בגוסס שאינו יכול לדבר דהתם הוי ירושה דממילא ואף שוטה זוכה בה ולפי מה שכתבו התוס' בפרק מי שאחזו דחולה שצוה לכתוב גט צריך לבודקו בין כתיבה לנתינה נראה דכל שאין החולה עומד בדעתו לשוטה מדמינן לי' וא"כ זה, שא"ל עם פטירתו יקנה הא איכא למיחש שמא בעת פטירתו אינו שפוי בדעתו ולאו בר קנייה הוא ולא דמי לאומר קנה זה עם גמר פטירתו של המקנה דההיא אף על פי שבאותה שעה אינו יכול לזכות לאחרים אין בכך כלום שהרי כבר א"ל קודם שיקנה אותם מה שאין כן לגבי קונה בעינן שבשעת חלות הקניה יהיה לו יד לקנות (א"ה ע' במרדכי ר"פ מי שאחזו):

סימן יז

אם אמר אדם לחברו אני מקנה לך נכסים אלו וכל מה שאקנה מהם גופא מהיום ופירי לאחר מיתה ומכרן הנותן ולקח מהם נכסים אחרים אם חל קניינו באותם הנכסים מי אמרינן אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם או דילמא כיון דהקנה לו אותם נכסים מעיקרא שהיו בעין ונעשו של מקבל מתנה כי חוזר הנותן ולקח בהם נכסים אחרים נמצא, שבמעותיו של מקבל מתנה לקח מה שלקח ושליחותיה קא עביד ואפי' כי לקח בסתם הוי הכי דדעת המוכר לאקנויי לבעל המעות כל שאין השליח נתכוון לגוזלם ולקנות לעצמו וכמש"ל וכ"כ הרשב"א בח"ב סי' שס"ט וכן נראה מדברי הנ"י בסוף פי"נ שכתב בשם הריטב"א ורבו שכל שנתן נכסיו מהיום ולאחר מיתה ויש שם מטלטלין או חובות צריך למכרם ולקנות בדמיהם קרקע והוא אוכל פירות ע"כ. נראה מדבריו דלוקח בהם קרקע והרי הוא של מקבל מתנה והיינו טעמא כמ"ש ברם דברי הרשב"א ז"ל בתשו' בח"ב סימן ל"ו נראה לכאורה דלא סבירא לי' הכי שכתב שם דאם נתן לחתנו חלק שיזכה בו כאחד מבניו והקנה לו בנכסים גופא מהיום ולאחר מיתה שאם מכר מהם קרקעות ולקח באותם דמים אחרים לפי שאלו נכסים שלא היו בעולם אבל החילוק מבואר דשאני נדון דהרשב"א דכיון דפי' לו במתנה שיטול כאחד מבניו הרי זה כמי שא"ל שהמתנה הוי במה שישאר אחריו וכל כה"ג הרשות ביד הנותן למכור גוף הקרקע ולאכול את הדמים וכיון שכן כי מכר קרקע לעצמו הוא דמכר. משא"כ בזה שנותן מתנה מהיום מטלטלין או מעות שלא נשאר לו בגוף המתנה כלום כי אם בפירות כי לקח בהם קרקע נמצא שבדמי מקבל המתנה לקח ואדעתא דהכי הוא דזבן ושליחותי' דמקבל מתנה הוא דעביד דאדעתא דהכי יהיב המעות במתנה או כדי ליקח בהם קרקע ולאכול את הפירות וכ"ש באומר לחבירו אני מקנה לך נכסים וכל מה שאקנה מהם מכיון שהקנה לו גוף הנכסים

כי מכרן אותם נכסים ולקח באותם דמים נכסים אחרים הרי הם של מקבל מתנה שכיון שהתנה עמו כן כי מכרם ולקח אחרים שליחותיה דמקבל מתנה קא עביד ובמעותיו קנאם ואע"ג שלא פי' וע' בס' פר"ח מ"א ח"ב סימן א' ומהרי"ט בח"א סי' קכ"ח:

סימן יח

הנותן מתנה לחבירו לשלשים יום ונאבד בפשיעה אי חייב לשלומי אי לא. וראיתי לרשב"ם ז"ל בפרק יש נוחלין דף קל"ז שכתב גבי שור זה נתון לך ע"מ שתחזירהו לי דאם נאבד ה"ז פטור דלא שואל הוי ואף לא שומר להתחייב בגניבה ואבידה ולא נתחייב אלא בפשיעה עכ"ל. ונראה דהא דחייב בפשיעה ואע"ג דלא הוי שומר עליה היינו מפני שחייב להחזירה ואם לא החזירה נמצא שלא היה המתנה מעולם וכ"כ הר"ן ז"ל בפ"ק דקדושין יע"ש. ויש לדקדק בדבריו דלפ"ז כי נגנב או נאבד נמי ליחייב מטעם זה שהרי חייב להחזירה. וכ"ת היינו טעמא דפטור בגניבה ואבידה משום דהוי אנוס זה אינו דע"כ לא סגי האי טעמא דאנוס אלא במי שמתחייב מדעתו דאמרינן אדעתא דאירע ליה אונס לא נתחייב אבל בנותן מתנה לחברו ע"ת שיתן לו ק"ק זוז או שיבא אצלו ונאנס ולא קיים תנאו הא ודאי נתבטלה המתנה דאדעתא דהכי לא נתן לו וכ"כ הר"ן בפ' האומר דקדושין גבי מקדש את האשה ואירע לו אונס יע"ש ונראה שמפני כך כתב הרא"ש בפ' לולב הגזול דמתנה ע"מ להחזיר חייב אפי' באונסין שהרי חייב להחזירה ואם לא החזירה נתבטלה המתנה ונעשה גזלן למפרע:

איברא דמ"ש שאפי' באונסין חייב כיון שקיבל להחזירו ואם לא החזירו נתבטלה המתנה זה אינו נראה לע"ד דהא ודאי לא התנה זה ע"מ להחזירו אלא היכא דבידו להחזירו אבל כל שאין בידו להחזירו כגון שנאנסה הבהמה או מתה שאין בידו של זה להציל כי הא ודאי לא מהני תנאה ואפי' התנה בפירוש שהרי אין בידו של זה לקיים וכל תנאי שאין בידו לקיימו תנאי בטל ומעשה קיים ולפי זה אפשר לומר דפטור ג"כ מגניבה ואבידה שהרי אינו בידו (א"ה נ"ל שכתב מורי הרב זצ"ל כן מפני שמדברי הרא"ש ז"ל נראה דאף אם נאנס ורוצה להחזיר דמיו לא הוי חזרה ונתבטלה המתנה לפחות גבי אתרוג וכן נראה מדברי הטור בא"ח סי' תרנ"ח יע"ש ליישב קושי' אדוני אבי הרב ז"ל נראה דכל כה"ג אפשר דאינו נכנס בסוג תנאי שאי אפשר לקיימו כיון דאם לא היה אפשר לקיימו וכן נראה לי מתוך תשוב' מהר"ם בר ברוך קובץ קטן סי' ל"א וז"ל הצ"ל אבל אין לדמות דבר זה כלל למילתה דר"י בן תימא שכל תנאי שאי אפשר לקיימו בסופו וכו' דהתם איירי בתנאי שבשעת התנאי הי' יודע שאי אפשר לקיים התנאי כגון ע"מ שתעלי לרקיע וכו' אבל הכא בשעת התנאי הי' אפשר להתקיים יע"ש ג"כ בסוף דבריו). ומ"מ למדנו שלא

נתחייב זה אפי' בפשיעה אלא מפני שקיבל להחזיר אבל בנדון דידן שלא קיבל להחזיר היה נראה דפטור אפי' מפשיעה שהרי מקבל מתנה הוא וכי לא החזיר נמי לא נתבטלה המתנה אמנם מדברי התוס' בפרק השואל דף צ"ו ע"ב לא משמע הכי גבי בעל לוקח הוי שכתבו בשם ר"י דלוקח בהמה לל' יום ה"ז חייב בפשיעה ואע"ג דלא הוי שומר שהרי בתורת מקח בא לידו וה"ט כמ"ש הרמב"ן ז"ל במלחמות פ' שור שנגח ד' וה' שאין לך תופס דבר לעצמו שאינו לא ש"ח וכו'. וכד דייקנא לה נראה דלא פליגי דלוקח בהמה לשלשים יום שאין לו בגוף הפרה אלא קנין פירות הוא דאית ליה בגויה ט"ה מתחייב על גוף הפרה לשלם אם נאבדה בפשיעתו לא כן במתנה ע"מ להחזיר שגוף הפרה הרי היא קנוייה למקבל עד תום זמנו וראי' שהרי כתבו המפרשים שצריך המקבל לחזור ולהקנותה לנותן. מ"ה הי' פטור אפי' מפשיעה שהרי גוף הפרה של מקבל היא אילולי משום שקיבל עליו להחזיר וכמ"ש הר"ן ולפ"ז בנדון דידן שנתן לו מתנה לשלשים יום שאין לו בה אלא בפירות ואין הגוף שלו לא מיבעיא דחייב בפשיעה וכמ"ש התוס' אלא אפי' בגניבה ואבידה איכא למימר דלחייב דהואיל ונהנה מהני ולא דמי ללוקח בהמה לל' יום דאינו חייב כי אם בפשיעה דהתם בדמים לקחה אבל הכא שבחנם באה לידו חייב בגניבה ואבידה מטעם דהואיל ונהנה וכדאמרן וכ"נ מדברי הרא"ש ז"ל בפ' לולב הגזול יע"ש:

ולפי מה שכתבתי עלה לנו דכל שנתן במתנה לזמן ופי' וא"ל גוף ופירות הרי זה פטור אפי' מפשיעה ברם הא מילתא מספקא לי כיון שנתן לו גוף ופירות נראה דהוייא מתנה לעולם וכ"כ הר"ן ז"ל בפרק בתרא דגיטין גבי האומר לאשה היום מגורשת ממני דכיון דפסקה פסקה יע"ש. אמנם מדברי הרמב"ם ז"ל פ' כ"ג מה' מכירה אין נראה כן שכן כתב המוכר גוף הקרקע לזמן קצוב הרי זה מכירה ובסוף תחזור לבעליה. והר"ן ז"ל בעצמו כתב בפ"ג דנדרים דף כ"ט ז"ל דוקא בהקדש הוא דאמרינן דקדושה לא פקעה בכדי אבל דיני ממונות בזכיה דממונא פקעה בכדי וכדאמרי' נכסי לך ואחריך לפלוני אין לשני אלא מה ששייר ראשון ומה ששייר ראשון פקעה בכדי וזה נוטה לדעת הרמב"ם ז"ל שהרי האומר נכסי לך גוף ופירות נתן וגבי הפקר נמי אשכחן כה"ג באומר הרי זה הפקר לשבוע כמבואר בפ"ד דנדרים. ואחר שהוכחנו זה צריכין אנו לידע בהיכא דנתן לו גוף ופירות לזמן כיון דהויא מתנה גמורה אם כן אם מכרו הנותן לאחר או שאכלו או אבדו אין לראשון כלום שהרי כתב הטור בחה"מ סי' רמ"ח גבי האומר נכסי לך ואחריך לפלוני שאם מכרו הראשון אין לב' כלום שכתב הר' יונה ז"ל לאו משום דא"ל אחריך דמשמע מה שתשאר אחריך אם לא מכר אלא משום דנכסי לך לשון מתנה גמורה משמע יע"ש

והרמב"ם ג"כ כתב גבי נור דגוף הקרקע לזמן קצוב הרי זה בונה והורס וכו' ולפי זה יראה דה"ט נמי אם מכרו לאחר שאין לראשון כלום:

אמנם מדברי רשב"ם ז"ל בשמעתין נראה דהא דמכרו ראשון מכור משום דא"ל אחריך כלומר מה שתשייר אחריך ודייק לזה מאי דמשני תלמודא אליבא דריש לקיש דאית ליה קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי דאומר אחריך שאני ולפי סברת ה"ר יונה מעיקרא לק"מ לר"ל דנכסי לך מתנה גמורה משמע, איברא דלקמן בפרקין בההיא עובדא דרב בבי דאקנייה ההיא אתתא ניהליה כל ימי חייו אזל איהו אקנייה לבנו פירש רשב"ם ז"ל דלא א"ל אחריך לפ' אלא סתם נתן לו כל ימי חייו ואפ"ה משמע דזביני זבניה אי לאו שאמרו דכל לגבי נפשיה לא יהיב ליה אלא פירות א"כ בנדון דידן שפירש ואמ"ל גוף ופירות נתון לך לזמן פ' אם מכרו ה"ז מכור ולפי ס' ר"י דאית לי' דהא דמכרן מכור לאו משום דא"ל מה שתשאר אחריך אלא כיון דקנאה קנין גמור יכול למכרו צריך להבין ההיא דהאומר לאשה נשואה נכסי לך ואחריך לפ' דלא קנה הבעל משום דא"ל אחריך ליקני בעל לא ניקני והא כיון דקנה זה קנין גמור כי אמ"ל לא ליקני בעל מאי הוי בידו של אשה להקנותו לבעל כיון דהוי קנין גמור שלה אלא מוכח דהא דמצי למכור משום שהנותן נתן לו רשות שכן אמ"ל אחריך מה שמשאר אחריך ואפשר לומר לדעת ר"י דכל שנותן קנין גמור מסתמא אדעתא דהכי יהיב שיוכל למכור. ומשמע מתוך דברי רשב"ם ז"ל דהא דפטור במתנה על מנת להחזיר מגניבה ואבידה ה"ד כשנגנב תוך זמן המתנה אבל לאחר זמן המתנה הרי זה חייב בגניבה דהואיל ונהנה מהני והכי אמרו בפרק האומנין גב' לוקח כלים מבית האומן. ובפשע בה בתוך זמנו שכתב שנתחייב בה מפני שצריך להחזיר ואם לא החזיר תבטל המתנה נראה דהא דחייב בה היינו כד' שלא תבטל המתנה ולהחזיר הפירות אבל אם הוא רוצה לבטל המתנה ולהחזיר הפירות הרשות בידו ויותר נראה כמ"ש לעיל דכיון ווזע נתבטלה המתנה וע"כ צריך לשלם דלמפרע נעשה שואל עליה:

סימן יט

מי שנתנו לו חפץ ע"מ להחזיר ונאבד בפשיעה מיד המקבל ועכשו שואל הנותן שישלם לו את ומ"ו מה שהי' שוה בשעה שנתנו לו והמקבל אומר לתת לו כפי מה שהיה שוה בשעה שנאבדה שהי' בזול:

ראיתי להרא"ש ז"ל בפרק לולב הגזול שכתב דאפי' נאנס חייב המקבל לשלם שהרי קיבל עליו להחזירו וכיון דלא החזירו נתבטלה המתנה למפרע ונעשה גזלן ע"כ. למדנו מדבריו דכל שלא קיים התנאי נעשה גזלן למפרע ואפי' לרשב"ם והר"ן ז"ל שכתבו דבאונסין וגניבה ואבידה פטור מטעם דהוי אנוס שאיהו בפשיעה נראה דמודו שנתבטלה המתנה

דחשיב כאלו ביטל התנאי בידים ונעשה גזלן למפרע ולפי זה הי' נראה לכאור' לחייבו לזה לשלם כמו שהי' שוה בשעת הגזילה ואע"ג דהשתא הוזלה דהא קי"ל כל הגזלנין משלמים כשעת הגזילה. איברא דלפי מ"ש הרא"ש והר"ן ור"י ז"ל דחזרת דמים הויא חזרה דמה לי הן מה דמיהן אם כן הכא נמי כל שהחזיר לו המקבל דמים ששוה השתא הרי קיים תנאו דמה לי הן מה לי דמיהן כמ"ש הרא"ש בפ"ק דקדושין. איברא דלפי מ"ש לעיל דע"כ לא אמרו דחזרת דמים הויא חזרה אלא היכא דנתרצה הנותן אבל כל היכא שאין הנותן מתרצה לא הוו דמים קיום התנאי א"כ הכא שאין הנותן מתרצה בדמים של עכשיו נמצא שלא קיים תנאו ונעשה גזלן למפרע וחייב לשלומי כשעת הגזילה:

איברא דמדברי הרא"ש ור"י ז"ל נראה דחזרת דמים היא חזרה ואפי' בע"כ של נותן ונראה דס"ל דע"מ שתחזירהו לי דקא"ל היינו או גופו או דמיו ומש"ה מחזיר לו דמיו ואפי' בע"כ ונתקיים תנאו וגבי אתרוג דאיכא קפידא ובדוקא התנה חייב באונסין משום גזלן דחזרת דמים באתרוג לא הוי חזרה אבל בעלמא דליכא קפידא חזרת דמים הוי חזרה. ומיהו נ"ל דאפי' לדעת הרא"ש ור"י והטור דס"ל דחזרת דמים הוי חזרה בכה"ג היינו דוקא היכא דלא סירב המקבל לתת את דמיה אלא רוצה הוא לשלומי ולקיומי תנאו אבל היכא דסירב המקבל לשלם אע"ג דהשתא כופין אותו בדין לשלם אין זה קיום התנאי כיון דלא שילם מדעתו וכיוצא לזו מצאתי בתשו' למהר"י ן' מיגאש ז"ל שהשיב דאם סירב הקבל להחזיר המתנה אע"ג דב"ד כופין אותו ומוציאין מידו אין זה קיום התנאי עד שיחזיר מדעתו וע' בתשו' הריב"ש סי' שמ"א. מכ"ז נמצינו למדים דבנ"ד שנתרצה המקבל מעצמו לתת לו דמיו משלם כדהשתא. וכ"ת דלסברת החולקים עם הרא"ש ז"ל וס"ל דכל היכא דאיתיה בעיניה חזרת דמים לא הוי חזרה זולת היכא דליתיה בעיניה אפי' היכא דליתיה בעיניה חזרת דמים לא הוי חזרה אלא היכא דנתרצה הנותן כמ"ש ז"ל בעהי"ת א"כ הכא דלא נתרצה זה בחזרת דמים נמצא שלא קיים תנאו והוי גזלן למפרע כמש"ל איכא למימר דמה שחייבו רשב"ם והר"ן ז"ל בפשיעה לאו משום דהוי גזלן דהא אין זה נחית בה מעיקרא בתורת גזילה וכמ"ש המרדכי בפ' אלו מציאות אלא ה"ט דחייב בפשיעה משום דרוצה לקיים המתנה שלא תתבטל אבל אם זה רוצה לבטל המתנה אינו חייב לשלם אבל היכא דאינו רוצה לבטל המתנה חייב לשלם וס"ל דחזרת דמים הויא חזרה ויותר נראה דמה שחייבו רשב"ם לשלם בפשיעה היינו משום שקבל עליו להחזירו וכל שפשע בה ה"ז ביטל את תנאו ונתבטלה מתנתו מעיקרא משא"כ כי נגנב או נאבד דאין זה חשיב שעבר על תנאו והכי משמע בירושלמי אמתני' דע"מ שתתן לי איצטליתי ואבדה אצטליתו דרשב"ג אומר תתן לו את דמיה בנאבד בפשיעה אנו קיימין:

סימן כ

והיכא דנתן מתנה לחברו ע"מ שיתן לו חפץ פ' ונאבד החפץ אי חזרת דמים הויא חזרה ראיתי להרא"ש ז"ל בפרק לולב הגזול שכתב דהויא חזרה וע"כ לא פליגי חכמים ארשב"ג אלא בגיטין משום דלצעור' קא מכוין ובדוקא התנה. וראיתי לרש"י בסוגיין דמי שאחזו גבי בעיין דמחולין לך מהו תיבעי לרבנן כו' פי' רש"י ז"ל תיבעי לרבנן ע"כ לא אמרי רבנן איצטלית דוקא משום דחזרת דמים לאו איצטלית נינהו אבל הכא מחיל' הויא כקבלה ואם איתא דבעלמא לרבנן נמי חזרת דמים חשיב אצטליתא וגבי גט היינו טעמא משום דלצעורה קא מכוין ובדוקא קאמר א"כ גבי מחולין נמי נהי דמחילה חשיב כקבלה מיהו הכא גבי גט כיון דלצעורה קא מכוין בדוקא קאמר:

ועוד נראה מדברי הרא"ש ז"ל בפרק מי שאחזו דחזרת דמים חשוב חזרה אפי' בע"כ של נותן שכתב דאפי' גבי גט דחזרת דמים לא הוי חזרה יראה דמדעתו הוי גט ע"כ ומינה נשמע דבעלמא חזרת דמים הוי חזרה אפי' בע"כ של נותן וכ"כ ר' ירוחם ז"ל ני"א ח"א וז"ל המקנה שדה לחברו ע"מ שיתן לו חפץ פ' יכול ליתן לו דמי החפץ. אבל לישנא דתלמודא דקאמר לרשב"ג גבי על מנת שתחזרי הנייר אימור דמפייסא ליה בדמים משמע דאפילו רשב"ג לא קאמר אלא מרצונו של נותן וכן ראיתי בפסקי תוס' ובפרק יש נוחלין גבי אתרוג זה נתון לך במתנה ע"מ להחזיר כתבו התוס' דלא הוי תנאי ומעשה בד"א וכו' רבא לטעמ' דפליג על רב אדא בר אהבה בפרק מי שאחזו וכו' וכ"כ הרא"ש ז"ל שם יע"ש ואם איתא דחזרת דמים הויא חזרה אם כן אין זה תנאי ומעשה בד"א שהרי יכול ליתן דמיו בע"כ. ויש לדחות זה דגבי אתרוג אין חזרת דמים חזרה כמו שכתב הרא"ש והי' אפשר לומר דהא דמשמע בגמרא דרשב"ג ה"ט משום דמפייסא לי' היינו היכא שהחפץ בעין ואביי מתקיף לי' דכל שהחפץ בעין אפי' פיוס לא מהני דמעיקרא אדעתא דהכי נחית שיתן לו אותו חפץ בדוקא כל היכא דאיתי' בעיני' ובעלמא היכא דליתי' החפץ בעיני' כיון דלהרוח' התנה נותן לו דמיו בעל כרחו והיכא דאיתי' החפץ בעין צריך ליתן לו אותו החפץ בעצמו זולת היכא דנתרצה הנותן בדמיו דאז ודאי מהני ואפי' מחולין לבד מהני כ"ש היכא דנתרצה בדמיו אבל מדברי הרא"ש ז"ל פ"ק דקדושין נראה דאפי' איתי' מחזיר לו דמיו בע"כ. (א"ה עיין בס' בני אהרן דף קכ"ז) ולע"ד נראה דבמתנה ע"מ שתחזירהו לי ונגנב או נאבד הוא דכתב בעל העיטור ז"ל דחזרת דמים הויא חזרה והיינו דוקא היכא דנתפייס הנותן בדמים. והבת"ה בסי' שי"א כתב דכל היכא דאיתי' בעיני' חזרת דמים לא הויא חזרה ולע"ד היה נראה להכריח כן מההיא דאמרינן בי"נ שור זה נתון לך על מנת שתחזירהו לי והקדישו דאינו קדוש וכמ"ש הטור סימן רמ"א

ואי חזרת דמים הויא חזרה אפי' כי איתיה בעיניה אמאי אינו קדוש ליהוי קדוש ויחזיר הדמים וכבר ראיתי תי להרא"ש ז"ל בפ"ק דקדושין שכתב דאם החזיר את הדמים הוי קדוש וכ"ז אפשר לומר בדברי התלמוד אבל בדברי הטור שכתב דאינו קדוש משום שאם אתה אומר שהוא קדוש נתבטלה המתנה משמע דחזרת דמים לא מהני ולפי זה יראה דהמקדש אשה במתנה שנתנו לו על מנת להחזירו הוי ספק קדושין. וראיתי בירושלמי אמתני' דאבדה איצטליתו רשב"ג אומר תתן לו את דמיה כשאבד' בפשיעה אנן קיימין דמים עשו אותם כאצטלית ומכאן יש ללמוד דמתנה ע"מ להחזיר ונאבד בפשיעה דכל שמשלם דמיה נתקיים התנאי:

סימן כא

ולעניין נותן מתנה ע"מ שתתן לי ק"ק זוז ונתנם לו בע"כ צריך למידע אי נתינה בע"כ שמה נתינה אי לא. ראיתי להר"ן ז"ל בפרק מי שאחזו שכתב וז"ל ונמצאת למד שהאומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאתן לך ק"ק זוז ונתנם לה בע"כ מקודשת וכן לענין דיני ממונות וכו' ואחרים אומרים שהדבר ספק בהני לישני הלכתא כמאן ולפיכך בגיטין וקידושין הרי היא ספק מגורשת וספק מקודשת ובדיני ממונות במטלטלין לא מפקינן מיד מקבל ובקרקעות הרי הן בחזקת בעלים הראשונים ע"כ, וצריך להבין דנראה דע"כ לא אמרו נתינה בע"כ לא שמה נתינ' אלא בגיטין דוקא ומטעמא דלצעורא קא מכוין. אבל בעלמא דלהרוחא קא מכוין כל שזה רוצה ליתן אע"פ שזה אינו רוצה לקבל ה"ז פטור והא דיליף לה מבתי ערי חומה היינו משום דהתם נתינה ודאי בעי דבלא דמים אינה נגאלת והכי קא יליף כי היכי דהתם נתינה בע"כ שמה נתינה ה"נ גבי גיטין ואי לא שמה נתינה ה"ה גבי גט משום דבעינן נתינה ממש אבל בעלמא כל המתנה ע"מ שתתני לי לא בעינן נתינה ממש אלא כל שזה רוצה ליתן ולקיים תנאו סגי וכן נראה מדברי הר"מ הנרבוני שהביא הטור בא"ה סי' ל"ח ובירושלמי פ' מי שאחזו גבי אבדה איצטליתו אוקמוה בנאבד בפשיעה אבל נאבד באונס אין העכבה ממנה וכי התנה ע"מ שתתן לי איצטלתי ר"ל ע"מ שלא תעכב ומאן דפליג שם ה"ד בגט וכטעמא דאמרן. ומנא אמינא לה מההיא דכאומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאתן לך ק"ק זוז דאיפליגי בה ר"י ורב הונא דר' הונא אמר והוא יתן מקיים תנאה ואזיל ור"י לכשיתן ואמרו עלה מאי בינייהו שפשט' ידה וקבלה קדושין מאחר לר' הונא לא הוו קידושין משום דתנאה הוי ואם איתא דבעלמא נתינה בע"כ לא שמה נתינה כי נמי הוי תנאה הא יכולה היא לחזור בה ולומר אי אפשי לקבל וכי פשטה ידה וקיבלה קדושין מאחר ה"ז חזרה בה. וכ"ת כיון דנתרצית אח"כ וקיבלה חלו הקידושין למפרע דכל תנאי שהוא תלוי במעשה

כל זמן שיתקיים הרי זו מקודשת ואע"פ שהוא צווח תחילה ואמר איני רוצה אבל אה"נ דאם היא לא תתרצה לקבל כיון דבנתינה בע"כ לא שמה נתינה לא תהיה מקודשת. זה אינו דבפ"ק דקדושין דף ח' ע"א אמרו משמיה דר"א האומר לאשה הרי את מקודשת לי במנה ונתן לה דינר הרי זו מקודשת וישלים כיון דאמר לה במנ' ויהיב לה דינר כמאן דא"ל ע"מ דמי ואמר רב הונא כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ופריך עלה מהברייתא דתניא התקדשי לי במנה והיה מונה והולך ורצה אחד מהם לחזור הרשות בידו ואם איתא מאי קושיא נהי דהרשות בידה לחזור כל כמה דלא קיבלה דנתינה בע"כ לא שמה נתינה מ"מ כל שנתרצית היא וקבלה הרי זו מקודשת למפרע:

איברא דראיתי להר"ן בפ"ג דשבועות שחילק בין היכא דהתנה המקבל להיכא שהתנה הנותן דבהתנה המקבל הוא דאמרינן דנתינה בע"כ לא שמה נתינה ולפ"ז איכא לדחויי דהכא הנותן התנה ונתינה בע"כ שמה נתינה אבל על כל זה קשה דנמצא דברי הר"ן סותרי' אלו את אלו שהוא כתב בפ' מי שאחזו דהאומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאתן לך ק"ק זוז דהוי זה ספק אי נתינה בע"כ שמה נתינה אי לא. ואין צריך לומר לאותו תירוץ שכתב בפ"ג דשבועות דלא אמרו לא שמה נתינה אלא בגטין וכמ"ש לעיל משום דלצעורה קא מכוין וכן נראה לי עיקר דבעלמא אע"פ שהתנה המקבל כל שזה רוצה ליתן הרי נתקיים התנאי ואע"פ שזה אינו רוצה לקבל וכי תימא א"כ במתני' דנדרים דהאומר קונם וכו' אם אי אתה נותן לי כור א' יכול לומר הריני כאלו התקבלתי. ואמאי בעי למימר הריני כאלו התקבלתי כיון שרוצה לתת לו סגי כבר הקשו לה בירושלמי ואמרו דמתני' איירי בדלא בעי למיתן ליה ומש"ה צריך לומר הריני כאלו התקבלתי וראיתי להתוס' אמתני' דרשב"ג אומר כל עכבה שאינ' ממנה ה"ז גט שהקשה הר"ר אלחנן ז"ל א"כ אמאי אמר רבא לעיל דנתינה בע"כ לא שמה נתינה ועוד מ"ש מת הבן ממחולין לך דבעי למימר דאפי' לרשב"ג אינה מגורשת ותירצו דכל שאין הדבר תלוי בידו כי מתני' הוא דקאמר רשב"ג דלהרוחה התנה אבל בע"מ שתתני לי שהדבר תלוי בידו לקבלה דעתו הי' מתחלה לקבלם ובדוקא התנה ולבסוף כשאינו רוצה לקבלם לא נתקיים תנאו וכ"כ הרשב"א ז"ל. ומתוך דבריו ניכר דרשב"ג ג"כ אית ליה לטעמא דלצעורה ומיהו היינו דוקא בדבר שתלוי בידו וכדאמרן אבל בדבר שאינו תלוי בידו ס"ל לרשב"ג דאפי' בגיטין לאו דוקא התנה ולפי זה יראה דבמתנה כיון דלא שייך לומר לצעורא קא מכיון כל שזה רוצה ליתן נתקיים התנאי וע' בחי' הרשב"א בפ' מי שאחזו לדף ע"ד אבל מתשובות הרשב"א שהביא מרן הבית יוסף סי' ר"ז נראה דגבי תנאים דעלמא מספקא לן אי נתינה בעל כרחו שמה נתינה וצריך לומר דלא אמרינן לרוחא התנה ולא איצטריך אלא היכא

דאין הדבר תלוי בידו אבל בעל מנת שתתני לי מתחלה דעתו היה לקבלם וכל שלא קבלם לא נתקיים התנאי ואע"ג דלא לצעורא נתכוין:

סימן כב

והיכא דמת הנותן קודם שהספיק ליקח מק"ק זוז ראיתי להרשב"א ז"ל בתשו' הביאה מרן בסימן ר"ז שכתב דנתבטלה המתנה דלא סגי כשיתן ליורשיו דלי ולא ליורשי קאמר ולפי מ"ש לעיל דבמתנה להרוחא קא מכוין כי מת נמי ולא הספיק ליקח המעות מה בכך הרי אין העכבה ממנו ואין צריך ליתן ליורשים כלום. והא דפליגי חכמים עם רשב"ג בלי ולא ליורשי ורשב"ג סבר לי וליורשי קאמר דמשמע מטעמא דרשב"ג משום דיכול ליתן ליורשיו ולא אמרינן דאפי' תימא דרשב"ג אית ליה לי ולא ליורשי מ"מ הרי זה פטור כיון שאין העכבה ממנו היינו דוקא בגטין וכמש"ל דכיון דבידו הדבר תלוי בדוקא התנה ולצעורא קא מכוין אבל במתנה דאמרינן דלהרוחא התנה כל שמת ואין העכבה ממנו ה"ז פטור מליתן כלל (א"ה ע' בס' ב"ה להב"י ז"ל דף ס"ב ע"ב ונראה דלפי מה שסיים משם הריטב"א מטעם אונס אף במתנה י"ל כן אמנם לפ"ט זה מספקא לי אם צריך ליתן ליורשים) והא דאמרו בירושלמי אף בקידושין כן הרי את מקודשת ע"מ שאתן ליך ק"ק זוז ומת רשב"ג אומר אביו ואחיו נותנים לה התם לא שייך לומר לטעמא שאין העכבה ממנו ואגב אורחין אפשר ללמוד מהירושלמי דהיכא דמת המקבל ולא הספיק ליתן דהמתנה בטלה דע"מ שיתן הוא בדוקא התנה ולא יורשיו ודלא כמ"ש הרשב"א הביאה הב"י בסי' הנז' ז"ל נחלקו רשב"ג וחכמים אלא משום דאיהו צריך להו ובדוקא אתני אבל כי מת הנותן בניו נותנים לו שלא היתה הקפיד' שיתן אלא שינתנו לו:

ונראה דהיכא דהתנו ע"מ שתתן לפ' ק"ק זוז ומת המקבל אפי' הרשב"א ז"ל יודה דלרווח' כיוון וכיון שמת הא לא איצטריך וכ"כ המרדכי בפ' מי שאחזו יע"ש. וראיתי להרשב"א ז"ל הביאם הב"י בסי' הנז' שאם התנה ע"מ שתתן לי דינר בכל שנה ושנה ומת א"צ ליתן ליורשיו אחריו אבל כל מה שנתחייב מכל השנים שעברו בחיי אביהם אם מת האב ולא קיבל בחייו נותן לבניו עכ"ל. וצריך להבין דלפי מה שכתב לעיל בשמו דאיהו בדוקא התנה משום דאיהו צריך להו א"כ הכא בנד"ז שלא נתן לאב בחייו בשנים שעברו ה"ז לא קיים תנאו דלי ולא ליורשי קאמר וי"ל בין היכא שהתנה ליתן דבר קצוב הוא דאמר דלי בדוקא קאמר משום דהוה צריך להו משא"כ במתנה שיתן בכל שנה ושנה דלא שייך לומר הכי ומאי דקאמר לי היינו לומר דלא יצטרך ליתן כי אם לו. וראיתי למהרי"ט בח"מ סי' מ' שחילק כדברי בין גטין דאיכא למימר לצעורא קא מכוין הוא דפליגי אי אמרינן לי ולא ליורשי אבל בעלמא כיון דלהרוחא התנה לו וליורשיו קאמר עכ"ד וע' במהרי"ט

בי"ד סי' ה' וכן מוכח מהירושלמי בפ' מי שאחזו דטעמא דרבנן דפליגי על רשב"ג משום תנאי גטין הוא כלומר משום דלצעורא קא מכוין וכפי' הרשב"א ז"ל בחי' יע"ש ולע"ד אינו כן דאי איכא למימר להרוחא התנו כל שמת ה"ז א"צ ליתן ליורשיו כלל דלהרוחה התנה והא לא איצטריך וכמ"ש בשם המרדכי בפרק מי שאחזו:

עוד ראיתי להרב הנז' ז"ל שם באותו סימן שרצה ללמוד דבר חדש דעד כאן לא אמרי' לו ולא ליורשיו קאמר אלא בתנאי אבל מי שנתחייב לתת כל כך לחברו בכל שנה אם מת יירשו בניו אחריו אותו זכות ולא אמרי' לו ולא ליורשיו קאמר וכן אם מת המתחייב יורשיו חייבים ליתן תדע מדפרק הנושא גבי פסק לה על מנת שאזון את בתך חמש שנים דאותו חיוב חל על יורשיו דקתני מתו בנותיהן ניזונות וכו' והיא ניזונת ממשעבדי שהיא כב"ח עד כאן. ותמהני עליו איך אישפמיטיה מה שכתב הרא"ש ז"ל שם והוא מהירושלמי ז"ל ואע"פ שהיא כב"ח מתה אינו משלם ליורשיה והריטב"א ז"ל בחידושיו לגיטין הביא דבריו בספר בני אהרן סי' צ"ד כתב וז"ל דמי שמתחייב לחברו לתת לו כל כך בכל שנה ושנה לו ולא ליורשיו קאמר:

איברא דנראה לי לחלק בין דבר שהוא קצוב כגון שנתחייב לתת לו מנה בכל שנה עד חמש שנים לו וליורשיו משמע ואף על גב דכי האי גוונא בתנאה דלו ולא ליורשיו קאמר לרבנן דפליגי ארשב"ג כמ"ש הר"ן ז"ל שהביא הב"י סי' ר"ט וכן הם דברי הרשב"א בתשובותיו בחיובא אינו כן דכיון דאמר לו ליתן לו מנה עד חמש שנים הרי זה כמי שנתחייב לחברו לתת לו חמש שנים דנעשה חוב עליו דודאי אם מת ירתו בניו אחריו אותו החוב מה שאין כן במתחייב לתת בכל שנה ושנה סתם אין כאן לומר שירשו בניו אחריו שהוא עדיין לא זכה בחוב אלא חיובא לבד הוא דאיכא ולא ליורשיו. וחילוק זה למדתיהו מדברי הריטב"א בחידושיו פרק הנושא בההיא דאזון את בתך חמש שנים וז"ל יש שהיו סבורים לומר דאם מתה חייב ליתן ליורשיה דמי מזונות עד זמן הקצוב שהרי היא כבע"ח וזה אינו שלא נתחייב לזון אלא כשראויה ליזון ואע"פ שאינה צריכה כשנשאת ואע"פ כן נותן לה דמי מזונות התם ראויה היא למזונות אבל מתה אינה ראויה למזונות עכ"ד. הרי שלא פטרו אלא מפני שאינה ראויה למזונות ולא קאמר בפשיטות הטעם דלה ולא ליורשיה קאמר כמ"ש בגטין אבל לפי מ"ש אתי שפיר:

סימן כג

כתב הרמב"ם ז"ל בפרק כ"ג מהלכות מכירה ז"ל אבל אם מכר אילן ושייר פירותיו לעצמו הרי שייר מקום פירותיו לעצמו ולא הזכיר אם יירשו בניו אחריו ומרן ב"י הניח דבריו בצ"ע. ולע"ד היה נראה לי לומר דהרמב"ם ז"ל איירי במכר לו אילן חוץ מפירותיו

ולא הוצרך לומר לי וע"כ לא אמרי' לי ולא ליורשי אלא בהתנה ואמר לי דבתנאה לי ולא ליורשי משמע (א"ה וכן נראה מתוך דברי הרמב"ן והר"ן ז"ל בשם אחרים הביא דבריהם מרן בח"מ סי' ר"ט):

איברא דלפי מה שכתב הטור בסי' הנז' דטעמא דאין ליורשיו משום דכיון דאין לו אלא משום דלגבי עצמו בעין יפה שייר לא מהני אלא לו ולא ליורשיו ואפשר דס"ל כסברת הרשב"א כמ"ש מרן דע"כ לא אמרינן דאף לבניו וליורשיו בעין יפה משייר אלא כי נחית בהדיא לשייר לבניו כגון במ"ש אבל במשייר לעצמו כיון דלא נחית בהדיא לשייר ליורשיו לא אמרי' דשייר אלא לעצמו אבל לע"ד נראה דכל שלא אמר לי אלא שא"ל אילן מכור לך חוץ מפירותיו יורשיו זוכי' בה שהרי שייר לעצמו גוף בעין יפה והשתא אתי שפיר מה שהקשה הב"י להרשב"א דס"ל דאף בשייר ליורשיו בעין יפה שייר מהברייתא דמעשר דאין לבניו כלום ולא ק"מ דהתם שאני משום דאמר לי ולי ולא ליורשי קאמר אבל לעולם כל היכא דלא אמר לי ה"ז שייר בעין יפה לו ולבניו אחריו ואין ללוקח אלא הגזע ומקום הפירות שייר לעצמו:

סימן כד

ולענין נתינה בע"כ אי שמה נתינה אי לא ראיתי להב"י בא"ה סי' קמ"ג דס"ל לרבו מהר"י בי רב דלמאן דאמר נתינה בע"כ שמה נתינה כל שזה רוצה ליתנם וזה אינו רוצה לקבלם הרי נפטר מתנאי ולמאן דאמר לא שמה נתינה כל שקיבלם בפועל הרי נתקיים תנאו. והנה בחלוקה הב' דכל שקבלם בפועל יצא ידי נתינה ואפי' בע"כ נחלק עליו חכם אחד ודחה כל ראיותיו אבל בחלוקה הראשונה דלמ"ד שמה נתינה אפילו לא קיבלם בפועל אלא כל שזה רוצה ליתנם אפי' שזה לא קבלם נפטר מידי תנאו הביא לו ראיה מדברי התוס' שהקשו מההיא דהזהב דכי אמרו ליה תא ושקול זוזך דלא הו' אפי' כש"ח וע"כ ההיא איירי אפילו בשלא רצה לקבלם יע"ש. אבל ראיתי להרשב"א ז"ל בתשובות החדשות סי' רכ"ט דאפילו למאן דאמר שמה נתינה היינו כשזרק לתוך חיקו או לתוך חצרו או בתוך הד' אמות שלו ומתוך כך פסק על יוסף שליוה ג' מאות דינרים ועשה לו שדהו מכר ע"מ שאם יתן לו הג' מאות עד זמן פ' שהמכר בטל ואם לא יתן לזמן פ' המכר קיים ובבא הזמן לא רצה לוי לקבל המעות שהמכר קיים כיון שלא נתנם ברשותו בד"א שלו וזה אפי' למ"ד נתינה בע"כ שמה נתינה וכ"ש למ"ד לא שמה נתינה הרי מבואר דאפי' למ"ד נתינה בע"כ שמה נתינה היינו דוקא היכא שנתנם ברשותו וכן מבואר מפרש"י במס' ערכין. איברא דדינו של הרשב"א צ"ע דנראה דע"כ לא אמרו נתינה בע"כ שמה נתינה אי לא אלא במתנה מקבל לסלק עצמו מרשותו כי ההיא דנותן גט לאשתו

ע"מ שיתן לו מנה שעתה בא לסלקו משלו שהרי אשה קנויה לו וכן במוכר בית בבתי ערי חומה דמכר גמור הוא אלא דזיכה לו רחמנא לגאול תוך שנה והוי כמי שלקח שדה מחברו וא"ל שדה זו שאני לקחתי ממך אם יהיו לך מעות תחזירם לי והלכך כשאתה בא לסלקו משלו בע"כ אל תסלקנו אבל זה שהתנה מעיקרא שלא מכר לו אלא אם לא יתן לו המעות לזמן פ' ואם יתן שיהיה המכר בטל ה"ז לא גמר להקנות לו אלא כשלא יהא יכולת להחזיר המעות אבל כשיחזיר המעות לא גמר והקנה והרב בעל התרומות בשער נ' כתב בשם הרמב"ן ז"ל דאפי' למ"ד לא שמה נתינה ה"מ במוכר בית בבתי ערי חומה דמכר הוא ורחמנא אמר ליתיב דמי יע"ש. מכל זה מבואר דלא דמי נדון הרשב"א לבתי ערי חומה דהתם ע"י הדמים שחוזר זוכה בבית שהדמים הן פדיונו של בית וכמ"ש בפ"ק דקדושין גבי גואל לחצאין אבל בנדון הרשב"א דחזרת דמים לאו דמי הבית הם עד דנימא כל שלא הגיעו המעות ליד הלוקח לא יזכה זה בבית אלא תנאה הוא שהתנה וכל כה"ג דמי למ"ש כל העכבה שאינה ממנה ה"ז גט וכ"כ הרשב"א ז"ל בחידושיו שם בפרק מי שאחזו יע"ש. אבל בעיקר הדין כי אמרו נתינה בע"כ שמה נתינה היינו דוקא שנתנם בפועל וכן כתב הטור בח"מ סי' ק"ך ובב"י וכן כ' מחידושי מהר"ב ז"ל בפרק הזהב משם הרמ"ה ז"ל והריטב"א ז"ל:

סימן כה

מי שנתן שדהו מתנה לחברו מעכשיו ולאחר שלשים יום מה דינו אי שיורא הוי אי תנאה הוי. ראיתי להרמב"ם ז"ל בפ"ב מהלכות מכירה שכתב ז"ל האומר משוך פרה זו וקנה מעכשו ולאחר ל' יום קנה ואפי' עומדת באגם שזה כמי שהקנה על תנאי עכ"ל. וצריך להבין אמאי כתב דהוי תנאה ולא אמר דהוי שיורא כי ההיא דהכותב נכסיו לבניו וראיתי להתוס' בפרק האשה רבה דף צ"ג שכתבו דע"כ לא אמרי' דשיורא הוי והגוף הקנה לו מהיום ופירות לאחר זמן אלא באומר מהיום ולאחר מיתה אבל באומר מהיום ולאחר ל' יום לא אמרי' הכי ואיברא דלפי סברת התוס' דס"ל דאגם דנקט ר' יוחנן בפרק הכותב דוקא היא א"ש דר' יוחנן ס"ל מעכשו ולאחר ל' יום שיורא הוי דמעכשו מתחיל הקנין וגומר לאחר שלשים יום ולכך בעינן עומדת באגם אבל לסברת הרמב"ם ז"ל דאגם לאו דוקא א"כ מנ"ל לומר דתנאה הוי דלפ"ז יראה דיכול המוכר לחזור בו תוך ל' יום ונימא דה"ק גופא מעכשו ופירי לאחר ל' יום. וראיתי בירושלמי דקדושין פ' האומר ז"ל שם ר' אבהו בשם ר"י ה"ז עולה לאחר ל' יום מכרה בתוך ל' יום אינה מכורה לאיזה מילא א"ל לאחר ל' לשייר לו גיזה ועבודה תלוש תלוש מן הקרקע הזה שיקנה לך לאחר ל' יום מכרו אינו מכור לאיזה דבר אמ"ל לאחר ל' לשייר לו פירות הילך סלע זה שתקנה לי שדך

לאחר ל' יום מכרה בתוך ל' אינה מכורה ומה בינו לאשה אלא מכרה ה"ז מכורה עכ"ל ונר' דהירושלמי איירי דלא אמר מעכשו דאי איירי במעכשו א"כ מה מדמי לקדושין והלא בקדושין איירי דלא אמר מעכשו אלא דהיה סבור שכל האומר קני לאחר ל' כאלו אמר מעכשו דמי ומה שא"ל לאחר ל' אינו אלא לשייר פירי וכ"נ מדברי הרשב"א שהביא הר"ן בפ"ד דנדרים. והיה אפשר לומר דסובר רבינו דלא שייך הכא לומר גופא מהיום ופירי לאחר ל' יום דכיון דחזינן דמסר הפרה לחברו והניחה ברשותו ע"כ לא שייר לו פירי דאל"כ לא היה לו להניח' ברשותו של חברו ומה"ט גופי' ליכא לספוקי בחזרה שלא הקנה אותה אלא לאחר ל' יום דא"כ לא היה מוציאם מרשותו ולא ישתמש בה אלא תנאה הוי:

סימן כו

מי שנותן לחברו מידי דהיה סובר שהיה של חברו ואפי' אם היה יודע שהיה שלו הוה יהיב לי' כגון הסופר שהקנה כלי הכתיבה למגרש וחזר ומסרם בידו לכתוב הגט ואחר שכתב הגט לא חזר המגרש להקנותם לסופר אלא ממילא נשארו הכלים ביד הסופר ולא ידעו שצריך לחזור ולהקנותם דאפי' במתנה ע"מ להחזיר צריך שיחזור המקבל ויקנה אותה לנותן וה"נ אע"ג דסתמא כי נתן לו הסופר כליו למגרש ע"מ להחזיר קיהיב ליה היה צריך שיחזור המגרש להקנותם לסופר מ"מ איכא למימר דהוי מחילה בטעות והויא מחילה דאנן סהדי שאף אם היה יודע שהם שלו היה מחזירה לסופר ואפי' למ"ש הבפ"מ ח"א סי' צ"ו דלא אמרי' מחילה בטעות הויא מחילה אלא היכא דתפס אח"כ אבל לא היכא שהיה תפוס מקודם. ונראה דהאי מלתא במחלוקת שנוי' דלפי מאן דס"ל דטעמא הוי משום דניחא דליקום בהמנותי' אפ' כי תפיס מעיקרא נמי ולמ"ד דטעמא דמלתא משום דכיון דקא חזי השתא שזה אוכל פירותיו וקא שתיק גלי דעתיה דניחא ליה במאי דקא עביד מעיקרא והשתא הוא דמחיל תפיס' דמעיקרא לא מהני וכמ"ש בפ"מ מ"מ בנדון זה כיון שזה מתייאש ודאי ואפי' אי הוה ידע כי מקנה הסופר אח"כ לאדם אחר הא איכא יאוש ושינוי רשות:

סימן כז

ראובן בעודו בקושט' הניח פקדונו ביד לוי ואח"כ הלך למקום אחר ולוי שלח פקדונו על ידי שמעון ונאנס בדרך וראובן בהיותו בקושט' היה רגיל להפקיד ביד שמעון אם חייב לוי או לא. ועוד בה אם לא נאנס ועדין שמעון כאן אם יכול לוי לחזור ולהחזיר הפקדון מיד שמעון או לא:

תשובה הכי קי"ל דהאומר הולך פקדון זה לפ' אם בא לחזור אינו חוזר דהולך כזכי דמי והוא שהוחזק כפרן הראשון אבל אם לא הוחזק כפרן חוזר בו דאין כאן זכיה דלא ניחא להו לבעלים שיהא פקדונו ביד אחר וכתב הרשב"א והרמ"ה והר"ן ז"ל דה"ה אם רגיל להפקיד אצל זה השני דלא מצי למיהדר ואע"פ שלא הוחזק כפרן. ויש לדקדק לפ"ז דא"כ אמאי איצטריך תלמודא לאוקומה בהוחזק כפרן ולא משני כשרגיל להפקיד אצל זה השני ולפי מ"ש ה"ה בספ"א מהלכות שכירות דכה"ג הראשון נפטר מאחריותו אתי שפיר דהכא קתני וחייב באחריותו אבל מדברי הרמ"ה והרשב"א ז"ל נרא' דאפי' ברגיל להפקיד אצל השני עדיין חייב הראשון באחריותו קשה. והרמב"ם כתב בפ"א מהלכות שכירות ז"ל הואיל והשומר הראשון חייב באחריותו אם בא לחזור חוזר וכ"כ הטור ז"ל בסי' רצ"ג. ולכאורה קשה לדבריהם דבגמרא אמרו טעמא משום דלא ניחא להו לבעלי' שיהא פקדונו ביד אחר ומשמע דכל היכא דליכא למיחש לטעם דאין רצוני כגון שהבעלים רגילים להפקיד אצלו או דשדר ליה אי בעי שדר ביד פלוני תו לא מצי למיהדר ואע"ג דעדין חייב באחריותו וכמ"ש הרמ"ה והטור בסי' קכ"ה ונראה דמ"ש הרמב"ם ז"ל הואיל והשומר הראשון חייב באחריותו כו' הוא פירוש למה שאמר בגמרא אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר דמהאי טעמא הוא דחייב באחריותו ומטעם זה מצי למיהדר הא כל היכא דליכא להאי טעמא דאין רצוני כיון דפטור מאחריות לא מצי לחזור דכבר נסתלק הוא משמירתו. ומדברי הרמ"ה והרשב"א שכתבו דעדין חייב באחריותו נראה לומר דעל אחריות הדרך קאמרי ואע"ג דנגנב באונס שלא היה לו להוליכו בדרך מדברות ומשום הכי אע"פ שהשני נאמן עדין הראשון חייב באחריותו וצריך להבין לדבריהם דאם כן מאי משני כשהוחזק כפרן נהי דהאי טעמא סגי שלא להחזירו ליד הראשון מ"מ עדין אמאי יוליכנו באחריות דרכים דאנן סהדי דלא ניחא להו לבעלים שיוליך פקדונו באחריות דרכים וקרהו אסון ואפשר דכיון דהבעלים צריכים להוליך בדרך חשיב זכות להם מה שמוליך זה באחריות השומר. והשתא אתי שפיר מאי דהוה ק"ל דגבי פקדון מאי זכות שייך הא כל היכא דאיתיה ברשותא דמאריה איתיה דבשלמא בחוב שייך זכיה דמלוה ברשות לוה קאי ומתוך קושיא זאת כתב הסמ"ע דאירי שאינו רגיל להפקיד אצל הראשון וזה דוחק אבל לפי מ"ש א"ש דזכיה דהכא היינו שיוליכנו לבעלים בדרך והוא ברשותא דשומר ראשון דעד השתא היה השומר יכול לומר לו בא וטול את שלך והיה אחריותו לבעלים ואהני ליה זכיה דהשתא שיהא באחריות השומר כן נראה לדעת הרמ"ה והרשב"א והר"ן. אבל לפי דעת הרמב"ם נראה דלא שייך זכיה אלא בהוחזק כפרן אבל בלאו הכי אין שייך זכיה והלכך כיון שחייב באחריותו יכול לחזור בו וכמש"ל וכ"ת

א"כ כי רגיל להפקיד אצל השני אמאי לא מצי למהדר נהי דאין אחריותו עליו כמ"ש ה"ה ז"ל מ"מ זכיה אין כאן דמה לי שומר ראשון מה לי שומר שני לא קשה מידי דכיון דמיפטר השומר הראשון מחיובא תו לאו בעל דברים דידיה הוא ולפי זה נראה דאם עבר השומר השני והחזיר לשומר הראשון פטור השני שהרי אומר לו כבר היה נאמן לך השומר הראשון וההיא עובדא דר' דוסתאי שאני משום שהבעלים עשהו שליח ליקח מהם ולפי דעת הרמ"ה והרשב"א והר"ן והטור נראה דאפי' אם השני היה רגיל להפקיד אצלו המפקיד כנ"ד על כל זה לענין אחריות הדרך ברשותי' דראשון קאי וכן כתבו התוס' בפרק הגוזל קמא דף ק"ד גבי שליח שעשהו בעדים ד"ה איניש מהימנא הוא יע"ש ובפ"ק דגיטין בהגה' אשירי ז"ל ראובן שלח חפץ לשמעון לשמור ואח"כ החזירו שמעון לשליח ונאבד בדרך הנפקד חייב נאבד בעיר הרי זה פטור יע"ש ומאי דלא אוקמוה בגמרא כשרגיל להפקיד אצל זה משום דברייתא דקתני חייב באחריותו משמע כל מין אחריות ואפי' נאבדבעיר:מימי**חורפו**:

סימן כח

האומר תן מנה זה לפ' במתנה כתב הרמב"ם ז"ל דתן הרי הוא כזכי ונחלקו עליו ואמרו דתן במתנה לא הוי כזכי דמתנה הרי הוא כגט והכי אמרו בפרק השולח שליח מתנה הרי הוא כשליח הגט למאי נפקא מינה להולך לאו כזכי וכיון דהילך לאו כזכי ה"ה תן. ולע"ד נראה קצת להביא ראי' לסברת הרמב"ם ז"ל ממתני' דפ"ק דגטין דקא תני שם תנו גט זה לאשתי ושטר שחרור לעבדי אם רצה לחזור יחזור וחכמים אומרים בגיטי נשים אבל לא בשחרורי עבדים דזכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לו כלומר דגט אשה חוב הוא לה ומשמע דטעמא משום דחוב הוא לה הא לאו הכי לא היה יכול לחזור משום דתן כזכי כאשר אמרו גבי שחרור ומכאן תשובה למ"ש הר"ן ז"ל בפרק האומר באשתך אמרה התקבל והוא אמר תן לה דתן בגט לאו כזכי ואני תמי' דא"כ אמאי איצטריכו חכמים לומר דיכול לחזור משום דחוב הוא לה כיון דתן לא הוי כזכי ואפי' היכא דזכות הוא לה וכגון היכא דשויתיה שליח לקבלה אלא מוכח מהכא דבגט נמי כל שאינו חוב לה וכגוונא דכתיבנא תן הרי הוא כזכי ומן התימה על ה"ה שכתב בפ"ו מהלכות גרושין גבי שויתי' שליח לקבלה וא"ל הולך דעקר שליחות הקבלה וכתב ה"ה דה"ה אם אמר ליה תן לה וכדכתב רבי' יע"ש דזה אינו דהא גבי מתנה ס"ל להרמב"ם ז"ל דתן הוי כזכי ה"ה גבי גט ומ"ש הרמב"ם ז"ל שם וה"ה אם אמר הולך ותן לה דעקר שליחות היינו משום דאמר הולך והולך ותן קאמר. ולפ"ז אתי שפיר ההיא דאמרו בהשולח שליח מתנה כשליח

הגט דהולך לאו כזכי דמי דגבי גט מאי כזכי דמי אלא איירי בשעשאתו האשה שליח קבלה וכ"נ מדברי הרי"ף בפ' האומר יע"ש:

ומ"ש ר"ח ז"ל דתן לא הוי כזכי זולת בגט שחרור משום דאי לאו דעבד ליה נייח נפשי' לא הוה יהיב ליה משא"כ במתנ' דתן לא הוי כזכי כמבואר בדברי התוס' פ"ק דגיטין דף י"ב יע"ש לע"ד, קשה דהא גבי מתנה נמי אמרינן אי לאו דעבד ליה ניח נפש לא הוה יהיב ליה. וראיתי שכבר ישב הרא"ש ז"ל זה סוף פ"ק דגיטין יע"ש. ולפי מ"ש דכל היכא דיהיב ליה משום דעבד ליה ניח נפשיה תן הרי הוא כזכי ונראה דהיינו טעמא משום דגמר בדעתיה ויהיב ליה דכה"ג ודאי אין דעתו לחזור בו יש לנו ללמוד דאם נשבע לתת מתנה לחבירו ואח"כ א"ל לשמעון שיוליכנ' לחבירו הרי זה כאילו א"ל זכי מכיון דאסור לחזור בו וכ"נ מדברי הטור בסי' קכ"ה ורמ"ג שכתב דאם המקבל עני אינו יכול לחזור בו יע"ש ואפי' נימא דאף בכה"ג הולך לאו כזכי דמי אם אמר השליח היינו זוכה בשביל המקבל זכה לו דהשתא לא הוי תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים ובירושלמי דמעשר שני אמרו וכי אדם עושה שליח לקבל מתנה ומקשה והא הין שלך צדק ומשני בשעה שא"ל צדק היה ע"כ וה"פ דמקשה לי' אמאי אין אדם עושה שליח לקבל מתנה שא"ל ליתן מכיון דאסור לחזור בו משום דהין שלך צדק אין כאן חוב לאחרים ומשני בשעה שא"ל צדק היה וס"ל כשנוייא דאביי בפ' הזהב דדריש ליה שלא יהא אחד בפה ואחד בלב אבל לדידן דס"ל דבמתנה מועטת אסור לחזור משום דסמכא דעתיה נראה דשליח קבלה מהני. וה"ה דאם אמר השליח הריני זוכה לפלו' דנעשה שליח קבלה לחבירו ואפ' שלא מדעתו של מקבל דזכין לאדם שלא בפניו כמ"ש הר"ן ז"ל בגיטין גבי תופס לב"ח וכל זה כשא"ל תחילה הנותן למקבל ליתן לו מתנה מועטת דסמכא דעתיה וע' בחידו' הרשב"א ז"ל לגיטין דף י"ד:

סימן כט

והולך במתנה לאו כזכי דמי ומיהו ה"ד בבריא אבל בש"מ נראה דהולך כזכי זאב והכי אמרו שם סוף פ"ק דגיטין גבי הולך מנה לפ' כר ומצאו שמת יתן ליורשיו ואוקמוה בש"מ ופרש"י ז"ל וש"מ הולך דידיה כזכי דמי ולפיכך יתן ליורשיו שהרי זכה אביהם בחייו. איברא דמדברי התוס' אנ"כ שכתבו ז"ל ואף על גב דמת מקבל בחיי נותן ולא קני אלא אחר מיתה אפ"ה קנו יורשים דדעת נותן דכיון שישנו למקבל בשעת מתן מעות שיזכה המקבל אחר מיתתו או הוא או יורשיו דדברי ש"מ ככתובים וכמסורים דמו משעת נתינת הש"מ או אמירתו מוכח בהדיא דלא ס"ל דהולך בש"מ כזכי דמי ולפי דבריהם נראה דש"מ שאמר תנו מנה לפ' ועדיין לא נתנו לו ומת המקבל בחיי הנותן יתנו ליורשיו. (א"ה

לפי מ"ש מרן ב"י סס"י קכ"ח אינו כן) אבל מדברי הרשב"א ז"ל בחידושיו נראה כמו שפי' רש"י וכ"כ הטור בשם הרמ"ה ז"ל אלא שהוסיף לומר דאינו יכול לחזור הנותן אבל רש"י ז"ל פירש בהדיא דאם רוצה לחזור בו חוזר וריהטא דשמעתין הכי אזלא דמוקי ברייתא דהולך מנה לפ' והלך ולא מצאו דיחזרו למשלח בש"מ וס"ל כר' אלעזר דאמר דברי ש"מ לאו ככתובין דמו ולפי דעת הרמ"ה ענין ר' אלעזר בכאן והכא אפשר דאפי' ר"א מודה והיינו טעמא משום דהולך כזכי דמי והאי דלא א"ל זכי אגב צער' לא רמי אדעתיה מידי דהוה אגיט' דאע"ג דלא אמר תנו ובההיא לא פליג ר"א ומדחזינן דתני לה בפלוגתא דר"א ורבנן ע"כ צ"ל כמו שפירש רש"י דהא בהא תליא דת"ק כיון דס"ל כר"א דדברי שכיב מרע לאו ככתובין וכמסורין דמו מש"ה ס"ל דהולך דידיה לאו כזכי דמי ולדידן דסבירא ליה דדש"מ ככתובים דמו אמרינן דהולך דידיה כזכי דמי ואע"פ שאין זו אלא מש"מ דלא נתן אלא אם לא יחזור בו כיון דדברי ש"מ כמסורין דמו וחשיב כאלו מסרן למקבל א"כ כי מסרן לשליח וא"ל הולך הרי הוא כאלו כבר באו ליד המקבל והולך דידיה זכי הוא בתנאי אם לא יחזור בו וע"כ לא אמרי' דהולך לאו כזכי דמי היינו דוקא בבריא שדעתו של נותן שלא יזכה המקבל עד שיגיעו לידו אבל בש"מ ליכא למימר הכי דכיון שדבריו ככתובין וכמסורין דמו חשיב כאלו כבר באו ליד המקבל והטור בסי' ר"ן כתב דאפי' זיכה לו המתנה על ידי אחר יכול לחזור אם לא לקח בקנין ודעת הרמב"ם ז"ל נראה כמו שפרש"י והמרדכי הביא בשם ר"י דס"ל כס' הרמ"ה והיינו משום דהוקשה לו לסברת רש"י שפירש הולך כזכי כל זמן שלא חזר המשלח דא"כ אפי' בבריא כל זמן שלא חזר בו אמאי יחזיר אלא ודאי דאיירי אפי' בחזר יע"ש ולכאורה דבריו צ"ע דהא ודאי בבריא כי לא חזר בו הרי זה לא יתן כיון שמצאו שמת וזה לא שלח ליתן כי אם לו לא ליורשיו ומה שרצה ללמוד מפרש"י דאומר זכי יכול לחזור בו זה אינו דרש"י לא קאמר אלא באומר הולך דלא הוי כזכי אלא מטעם שדברי ש"מ ככתובין וכמסורין וזה אינו אלא בזמן שלא חזר ואגב אורחין למדנו דכה"ג שזיכה לו על ידי אחר בין שא"ל הולך בין שא"ל זכי הרי זה זכה מהשתא על תנאי אם לא יחזור דכיון שנתן מחמת מיתה הוי כאלו אמר מהיום אם לא אחזור בי וכיון שכן אין מוציאין מידו לכתוב' ולמזונות ולב"ח ואצ"ל אם נתן ש"מ ומסר ליד המקבל מחיים דאין מוציאין מידם וע"כ לא אמרו דמוציאין לכתובה וכו' אלא בשלא מסר לידו דכיון דלא קני אלא באמירה לא חייל אלא לאחר מיתה אבל כל שמסר בידו הרי זה זכה מהשתא:

והולך בבריא לאו כזכי דמי ומיהו אם מת הרי זה זכה מיד בה ואפילו אם מת המקבל קודם שיגיע לידו דמשעת מיתת הנותן זכה בו המקבל משום מצוה לקיים דברי המת

והכי איתא בפ"ק דגיטין נראה מזה דמשום מצוה לקיים דברי המת זכה זה בה מיד אבל הר"ן ז"ל כתב בפ"ק דגיטין דנ"מ בין מש"מ למצוה לקיים דברי המת היכא דהיתומים קטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו נראה דמשום מצוה לקיים דברי המת אינו אלא שמחויבים לקיים דבריו וכן כתב המרדכי בפרק מי שמת בשם רבינו שמחה ז"ל דאע"ג דמצוה לקיים דברי המת מיהו המקבל מתנה לא זכה עד שתבא לידו אלא שכופין לתת למקבל בין היורשים בין השליש אבל אם מת לא יתנו ליורשיו ודבריו תמוהים לפום פשטן דסוגיא דידן מוכח בהדיא דאפי' אם מת יתנו ליורשיו ומדברי התוס' בפרק השולח דף ל"ח נראה כמו שפירש רש"י ז"ל דמשעת מיתת הנותן זכה המקבל שכתבו ההיא דהמשחרר עבדו עובר בעשה וא"ת דאמרינן לקמן מי שאמר בשעת מיתתו אל ישתעבדו בה יורשי כופין את היורשין וכותבין לה גט שחרור וכי אמרינן מצוה לקיים דברי המת כדי לעבור על המצוה ותירצו דהתם כיון שאין היורשין רשאין להשתעבד בה משום מצוה לקיים דברי המת לא קרינן בה לעולם בהם תעבודו עכ"ד משמע דמשום מצוה לקיים דברי המת יצא מיד לחירות וכי תימא לא כי אלא דעדין לא יצא לחירות אלא כיון שאינם רשאים להשתעבד בה משום מצוה לקיים דברי המת לא קרינן בה לעולם בהם תעבודו הלא התוס' באותו פרק דף מ' הקשו לסברת רש"י ז"ל דמעוכב גט שחרור אסור בבת חורין ובשפחה מהירוש' דהיכא דאמר שחררו כופין את היורשין משום מצוה לקיים דברי המת ותיפוק ליה משום דאסור בשפחה ובבת חורין יע"ש ואם איתא דמשום מלד"ה לא יצא עדין לחירות אם כן לק"מ והרשב"א ז"ל נחלק עליהם דכל האומר שחררו לא יצא לחירות בדיבור זה אלא משום דאמרי' שמצוה עליהם לשחררה ואיברא שלשון הירוש' פ"ק דגיטין מוכח כדברי התוס' דקא' היכא דאמר שחררו זכה וכופין את היורשין לקיים דברי המת מדקאמר זכה בה משמע דכבר יצתה לחירות אלא שכופין היורשין לכתוב גט שחרור והרשב"א ז"ל עצמו בדף מ' הביא מהירושלמי להוכיח נגד סברת רש"י דמעוכב גט שחרור אסור בשפחה כמ"ש התוס':

איברא דמהתוספת דבתרא שהביא הר"ן פ"ק דגטין נראה שמצוה לקיים דברי המת לא עביד זכיה דקאמר תנתן שדה פ' לפ' כופין את היורשין לקיים דברי המת ומאי כפי' שייך הכא הלא מכיון שמת זכה המקבל ולע"ד נראה לחלק דהיכא דמצוה ליורשים ותולה בהם שהם יעשו עדין לא זכה בה אלא שמצוה על היורשים להקנותה משום לקיים דברי המת. ונ"מ היכא דהיו היתומים קטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו אבל כשאינו תולה ביורשין אלא שהוא נתן לשליח להוליך משעה שמת זכה זה השליח בעד המקבל מכחו של מת ואפי' אם מת המקבל ינתן ליורשין וההיא דפלונית שפחתי יעשו לה קורת רוח

התם אין זה משחרר אלא שתולה ביורשים שהם ישחררו והכי אמרו בתוספת' דבתרא יעשוה בן חורין לא זכה וכופין את היורשים לקיים דברי המת ולפי זה אתי שפיר הא דמתנת ש"מ במקצת בעיא קנין ובלא קנין לא זכה אפי' אם מת משום דהויא מתנת בריא זולת היכא דמוציא הדבר לרשות אחרים וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל בפ"ד מהלכות זכיה והיכא דמצוה מחמת מיתה אם אמר נתתי או תנו שהוא הנותן הרי זה זכה מיד מדין מתנת ש"מ ואם הוא אינו נותן אלא שמצוה ותולה ביורשין שיתנו עדין לא זכה אלא שמצוה ליורשים לזכותו כי ההיא דיעשו לה קורת רוח וא"ש דלא תיקשי לסברת ר"ת ז"ל מההיא דפ' שפחתי דהתם מצוה מ"מ (א"ה ע"כ מצאתי ונר' שיש קצת חסרון וכעת לא מצאתיו):

סימן ל

והיכא דצוה ליורשים שידור פלו' בבית זה אף ע"ג דש"מ שאמר ידור פ' בבית זה לא אמר כלום משום דאין אדם מקנה דבר שאין בו ממש היכא דמצוה ליורשיו אמרי' מלד"ה וכן כתב מהריב"ל בח"ג סי' מ"ג והכריח כן ממה שהקשה הרשב"א בס' ר"ת מההיא דפ' שפחתי עשתה קורת רוח יעשו לו קורת רוח והא התם שלא הושלש ביד שליש ואפ"ה אמרי' מלד"ה ואם איתא דבדבר שאין בו ממש לא אמרי' מלד"ה לכל הפי' קשי' עכ"ד ולא הבנתי זה דהתם הוי דבר שיש בו ממש שהוא רוצה להקנות את גופה. אבל מדברי הרי"ף שפירש בההיא דקורת רוח שאינו רוצה לשחררה אלא שלא ישתעבדו בה במלאכה כבדה יש ראי' דאפי' בדבר שאין בו ממש אמרי' מלד"ה. אבל לפמ"ש הר"ן דלשון תנו הוי לשון צואה יש להוכיח איפכא שהרי התם אמרו עד שיאמר תנו בית לפ' לדיר' והא כל שאמר תנו בל' צואה כי לא הזכיר בית נמי מצו' על היורשין לד"ה אם לא שנדח' דאיירי באומר תנו לעדים וראיתי להמרדכי בפ' מי שמת שכ' בשם רבי' אפרים דלא אמרי' מלד"ה אלא דוקא היכא דלא שייך קנין אבל היכא דשייך קנין לא אמרי' מלד"ה יע"ש ויש להתיישב בדבר ומעשה בא לידי בש"מ שצוה שידור אלמנתו בבית פ' ופסקתי דכל כה"ג מהני כיון שכל הנכסים כבר משועבדים לה וראיה מאותה שכתב מהר"ם בתשו' בסי' קל"ו. (א"ה בעומדי על דברי מהר"ם בתשו' הנז' לא הבנתים יפה דנראה דע"כ לא אמר מהר"ם הכי אלא כשנתן כל נכסיו לה חוץ מן חוב א' שנתן הקרן לבתו ולאשתו הרבית דמדנתן לה כל נכסיו נראה דבעין יפה הוא נותן לה ושייר לה גוף בקרן לענין הריוח כנראה מתחלת דבריו שכתב וז"ל ודבר שלב"ל לא הוי האי רבית אחרי שכתבתי שנתן לה כל נכסיו לבד מן הקרן שנתן להם הרי הוא כמו ששייר לה מקום בקרן לרבית כו' אמנם בסוף דבריו סיים ז"ל ה"נ הואיל ומתחלה היה לה שעבוד

על המלוה והשתא נמי יהיב לה כל נכסיו זכתה ברבית כו' וצל"ע אם חדא ועוד קאמר או תרתי בעי ודוקא מחמת שהיה לה שעבוד וגם נתן לה כל נכסיו הוא דקאמר דשייר לה מקום בקרן לרבית דכה"ג הוא דמדמה לה להיא דפרק המוכר את הבית):

סימן לא

ומי שזיכה מעות למת על ידי חברו כדי לקנות לו מצבה אי זכה המת בהם. ראיתי להרשב"א ז"ל בסי' שע"ה שזכה המת והביא ראי' מההיא דפרק נגמר הדין מותר המת ליורשיו. ולע"ד לא הבנתי ראיתו דהתם ה"ט משום דנתבזה המת כשגבו על שמו אבל לאו משום דיש זכי' למת ונפקא מינה היכא דליכא בזיון כה"ג נראה דמצי לחזור בי' ובפ"ק דגיטין אמרו ש"מ שאמר הולך מנה לפלו' והלך ומצאו שמת אם היה קיים בשעה שנתן לו הש"מ ינתן ליורשיו ואם לא היה קיים ינתנו ליורשי משלח ופירש רש"י משום דהוי זכיה בטעות משמע דס"ל דיש זכיה למת דאי לאו הכי תיפוק לי' שאין קנין למת. איברא דהרי"ף והרמב"ם והטור ז"ל פירשו משום שאין קנין למת וכן נראה עיקר. וכן כתב הרא"ש ז"ל בפרק אלו מגלחין וכן כתב הרשב"א ז"ל סוף פרקא קמא דגיטין ומ"ש הרשב"א בתשובה הוא מדין מצוה:

סימן לב

כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ד מהלכות זכי' ז"ל המזכה לשוטה ע"י בן דעת זכה וכת' ה"ה פשוט הוא דאמר ביבמות פ' חרש פקח שנשא חרשת או שוטה אע"פ שכ' לה כתובה בק' מנה כתובתה קיימת כו' ומכאן שיש לשוטה זכיה ע"י בן דעת עכ"ל. וראיתי להרא"ש בפ"ב דכתובות גבי עובד' דבר שטיא שכתב משם הרמ"ה דהיינו דוקא במתנה והוא דהוי עתים חלים עתים שוטה דהואיל ואתי לכלל דעת וכן מוכח בפ' הרבית דזכיה דקטן אינו אלא משום דאתי לכלל שליחות יע"ש והייתי יכול לומר דהר"מ ג"כ איירי כשהוא עתים חלים וראי' מדהביא הטור דבריו בסי' רמ"ג אבל סתמא דברי הר"מ לא משמע הכי ואם היינו מחלקים לומר דמה שזכין לו במתנה ע"י אחר ה"ז זכה השוטה ואפי' היכא דלא אתי לכלל דעת מטעם דזכיה כי האי לאו מדין שליחות המקבל הוא עד דנימא הואיל והשוטה לא אתי לכלל שליחות לית לי' השתא זכי' דגבי מתנה אין זה הזוכה שלוחו של מקבל אלא שלוחו של נותן הוא א"ש:

סימן לג

קטן שזיכה לגדול ע"י אחר במתנה נראה דלא עשה כלום לפי מ"ש הר"ן בפ"ק דמציעא והביאו הנ"י גבי ראה אותן רצין אחר מציאה וז"ל שא"א לזכות לחברו אא"כ נעשה שלוחו של בעל הממון יע"ש וכ"נ מדברי התוס' בפא"נ דף ע"א ע"ב גבי אין שליחות

לעובד כוכבים בד"ה סיפא לחומרא יע"ש ומשם יש ללמוד ג"כ דעובד כוכבים שזיכה לישראל ע"י ישראל דלא זכה הישראל:

איברא דלפי זה צריך להבין מ"ש מהר"ם ז"ל והביאו המרדכי בפ"ק דמציעא דגבי מתנות ליכא דעת אחרת מקנה דאין לבעלים בהם שום שעבוד אלא טובת הנאה וטובת הנאה אינה ממון יע"ש. וקשה לזה דהא בפרק כל הגט אמתני' דהמלו' מעות את העני אוקמוה במזכה להם ע"י אחר וכ"ת דאתיא כמ"ד טובת הנאה הוי ממון אם כן כי פריך לרב אמאי לא אוקמ' במזכה על ידי אחר לימא דהוי מהאי טעמא דס"ל דטובת הנאה אינה ממון ונראה דס"ל דאפשר לזכות לחברו אע"פ שאינו שלוחו של בעל הממון ואיברא דגבי מציאה מוכח בגמרא בפ"ק דמציעא דף ט' דאי לאו טעמא משום דהוי תופס לאחרים במקום שחב לאחרים הוה זוכה לחבריה ולא הוו צריכין לטעמא דמגו דזכי לנפשיה זכי לחברי' ולפי זה יתורץ מ"ש הר"ן ז"ל דגבי חצר ליכא למימר מיגו דזכי לנפשי' זכי לחברי' יע"ש ואין זו קושיא דע"כ לא אצטריך להאי טעמא אלא במקום שחב לאחרים ובחצר כל שהיא משתמרת לדעת הבעלים שאין אדם יכול ליכנס שם תו ליכא למיחש לטעמא דחב לאחרים. ומעתה אפשר ליישב דברי המרדכי מההיא דפרק כל הגט ומ"ש התוספות בפרק הרבית דאין יכול לזכות לחברו אלא א"כ נעשה שלוחו של נותן וכו' יע"ש נראה דה"ט משום דאין אדם יכול לעשות שליח לקבל מה שאינו שלו והכי אמרו בירושלמי דמעשר שני וכי אדם עושה שליח לקבל מתנה כלומר לזכות לחברו ולפי האי סברא מספקא לי אם יכול כהן לעשות שליח לקבל חמש סלעים של פדיון הבן ונפקא מינה דאם נאבדו מידו של שליח אם נפטר האב מחיובו וראיתי למהרש"ל ז"ל שכתב דאם אין כהן בעיר שיכול לזכות לכהן החמש סלעים ע"י אחר ומתוך דבריו נלמד במכש"כ אם עשה הכהן שליח. ולע"ד אין נראה לי כן דכיון דהתורה חייבתו לזה באחריות' עד דמטו ליד כהן נראה דודאי לא מהני זכייתו אלא לענין דלא מצי למהדר ביה אבל באחריות' קיימי דלא גרע מהאומר תן מנה זה לפ' בעל חובי דאף על גב דאם רצה לחזור אינו חוזר אפ"ה באחריותיה קיימי וחמש סלעים של בן חוב הוא גם כן ולפי דעתינו נראה דאם אין כהן בעיר אין תקנה לקיים המצוה בשיזכה לו על ידי אחר דכיון דחייב באחריותם עדיין לא קיים המצוה ומרן ב"י כתב ע"ד הטור שאמר ויברך בשעה שנותן ביד כהן דר"ל דכיון דהוא חייב באחריותם עדיין לא נעשית המצוה יע"ש:

אמנם היכא דעשה הכהן שליח לקבל חמש סלעים נראה דאפשר דמהני ומ"ש בירוש' וכי אדם עושה שליח לקבל מתנה היינו משום דס"ל כשנוייא דאביי דאמר בפרק הזהב דדריש הין שלך צדק דלא יהא אחת בפה ואי בלב אבל אה"נ דיכול לחזור בו אח"כ

והכי מבואר בירוש' שם אבל לדידן דקי"ל דבמתנה מועטת אסור לחזור בו נראה דודאי מצי למעבד שליח שהרי הירוש' תלי הא בהא ובירוש' דמאי נראה שאין אדם יכול לזכות בשביל חברו אלא כשראוי הזוכה לזכות לעצמו ולפי זה צ"ל דההיא דפרק כל הגט דמזכה להם ע"י אחר איירי כשמזכה להם ע"י כהנים ובמכילתא דרשו ונתן לכהן ולא לשלוחו של כהן ונראה דאיירי בשלוחי ישראל וה"ה מי שיש בידו מעות שהקדיש לצדקה סתם ועכשיו רוצה לזכותם לעני פלו' ע"י עשיר דלא קנה כיון דאינו ראוי הזוכה ליטול לעצמו שהרי הוא עשיר ולענין מעשה יש להתיישב בדבר בסוגיין דמציעא דף ט' ע"ב:

סימן לד

ובענין מחילה בטעות ראיתי למהר"ם אלשיך ז"ל סימ' ז' שכתב דע"כ לא אמרו במחילה בטעות דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיני' כמו שאמרו פ' א"נ אלא בפירות דקל משום דאיכא למימר כיון שנתן מעות על פירותיו שמא הקנהו מקום צימוח הפירות ומשום האי ספיקא אמרינן דמהני למה ששמט ואכיל אבל במעות דלא שייך בהו האי טעמא שאין בהם מקום צימוח כי אין הריוח יוצא מגופן כמו בדקל שאדרבה אין הריוח בא אלא ע"י הסתלק מציאות המעות מן העולם ודאי דלא מהני יע"ש. ולע"ד אין נראה כן וראיה מאותה שכתב הריב"ש ז"ל בסי' של"ה הביא מרן ב"י בסי' רי"ב במי שהקנה לתת לחברו מקצת מה שירויח דאף על גב דאין אדם מקנה דשלב"ל לאחר שהשלים ונתן לחברו חלקו קנה דלא גרע ממוכר פירות דקל דמחילה בטעות הויא מחילה כדאמרי' בפרק א"נ ע"כ הרי דאף בהרוח' ג"כ דלא שייך לומר שמא הקנה מקו' צימוח אפ"ה כתב ז"ל דאם נתן לו חלקו קנה כההיא דמוכר פירות דקל ולא חילק וכ"נ מדברי התוס' ז"ל פרק השולח דף מ"ב ע"ב ד"ה עבד שמכרו רבו לקנס וע' במיוחסות להרמב"ן ז"ל סי' ב' וראיתי למהר"י קולון שורש צ"ד שהביא משום התוס' בפ' התקבל גבי דמי חמרא לא קאמר שהקשו וא"ת כי אמר נמי הכי הוו דשלב"ל כדאמרינן בפ' האומר משקלי וי"ל דהתם משום דאמר לכשיבאו אבל אמר דמי שור זה עלי לא חשיב דשלב"ל אלא הוי כמו דקל לפירותיו וה"נ כי אמר דמי חמרא בעי למימר שיהא היין קנוי לו לדמיו יע"ש ול למהרדב"ז ז"ל סי' רנ"ב ובמהרש"ח ותראה כדברי וכ"נ ג"כ מתשו' בעל תרומת הדשן סי' שי"ג שכתב דכל דתפיס אף שאינו מן הדין מהני יע"ש. אמנם ראיתי למהר"ם סי' ו' הביאה המרדכי בפ' מי שמת ז"ל מעשה שבא שמעון ושאל לראובן ט"ו ליטרין ע"מ שאם ירצה בנו לישא את בתו שאז יתן לבנו הקרן והרבית וכו' עד מ"ש ועוד כיון דפי' בהדיא הריוח והנדוני' אפי' היה מקנה להו הריוח בלא שום תנאי הוה לי' דשלב"ל ואין

אדם מקנה דשלב"ל עכ"ל ונראה שחולק על פסק ר"ת ז"ל שהביא הרב בת"ה אם לא שנחלוק כדברי מהר"ם אלשיך. (א"ה ולע"ד מדברי מהר"ם בסי' קל"ו שכתב ז"ל ודבר שלב"ל לא הוי האי רבית אחרי שכתבת שנתן לה כל נכסיו לבד מן הקרן שנתן להם הרי הוא כמו ששייר לה מקום בקרן לרבית יע"ש נראה דלא כמהר"ם אלשיך):

סימן לה

כתב הרא"ש ז"ל בתשו' כלל ע"ב שאם הרויח שמעון מראובן מעות בצחוק ונתן ראובן לשמעון משכון לפרעון חובו בשביל אותם מעות זכה בו שמעון ואפי' אם החזיר לו המשכון חייב ליתן לו המעות יע"ש ומכאן למד הריב"ש ז"ל בסי' של"ה ובסי' שמ"ב למי שמתחייב מנה לחברו באסמכתא ואחר כך פרעו או נתן לו משכון על המנה דהרי זה קנה דמחילה בטעות הוייא מחילה ואף זה אע"פ שהי' חושב שיהי' חייב מן הדין ואינו כן הוי מחילה עכ"ל. ולע"ד אין נראה כן מדברי הרא"ש עצמו שכתב בזאת התשו' דטעמו משום דקי"ל אסמכתא קנייא ואין בה משום גזילה וכוונתו מבואר כמ"ש מרן ב"י סי' ר"ז דבאסמכתא דצחוק הוא דקאמר ומשום דקי"ל כרב ששת דאמר דמשחק בקובייא לאו אסמכתא היא דהא לא סמך אמידי דהא לא יע ידע וכו' ומספיקא גמר ומקני וכל זה כשמצחקים במעות מונחים על הדף אבל כששחקו באמנ' אינו חייב לשלם דבמה יקנו דאע"פ דלא הוי אסמכתא היאך יקנה בדברים בעלמא כמו שהביא כל זה הב"י בסי' ר"ז ולזה קאמר הרא"ש דאע"פ שאינו חייב לשלם מה שהרויח לו אם פרע לו זכה בהם ואין בו משום גזל משום דגבי צחוק ליכא אסמכתא ומעיקרא אדעתא דהכי נחית וגמר בדעתו לתת לו אם ירויח ולפי זה נראה דבמקום ששייך אסמכתא אפי' אם פרע לו לא זכה בהם וגזל הוא בידו וטעמא משום דמעיקרא לא גמר בדעתו לתת לו דהיה סבור שלא יהיה כן וכי פרע לי' השתא היינו משום דטעה בדין שהיה סבור שהיה חייב לתת לו ומחילה בטעות כה"ג לא הוי מחילה וגזל הוא בידו וכדמוכח שם בפ' זה בורר דלמ"ד אסמכתא הוא גזל הוא ביד של זה מה שלקח ממנו ולא אמרינן כיון שבא לידו זכה בהם דמחילה בטעות הוייא מחילה ואין כאן גזל וכ"כ המרדכי בפ' איזהו נשך משם מהר"ם דבאסמכתא אפי' אי יהיב לי' מדעתיה לא מהני יע"ש:

איברא דהתוס' חולקים על זה שכתבו בפ' זה בורר דהמשחקים באמנה הוי אסמכתא גמורה והטור ג"כ כתב בא"ח דמנה גדולה כנגד קטנה אף בחול אסור משום קובייא ולכאורה יראה דמיירי במשחקים באמנה והיה נראה דהרא"ש ס"ל דאפי' משחקים באמנה ליכא משום אסמכתא וכמו שהביא הרב ב"י סברא זו בשם ר"ת דלא חשיב אסמכתא דמיגו דבעי למיקני גמר ומקני ומ"מ אינו חייב לשלם דהיאך יקנה בדברים

בעלמא בלא שום קנין כמ"ש הגה"ה מיימון בשם ר"י ור' אליהו ז"ל ומיהו כי פרע לי' קנייא ואין בו משום גזילה. וכ"ת תינח כי פרע לי' אבל נתינת המשכון מה מועיל דכיון שאינו מחוייב לתת לו מנה אין כאן משכון נמי אין כאן ומה שכתב הריב"ש דנתינת משכון חשיב פרעון לא הבנתי כוונתו. ולע"ד היה נראה לומר דהרא"ש מיירי כשנתן המשכון כדי שיפרע ממנו כמבואר בדבריו וכי אמרו מנה אין כאן משכון אין כאן היינו היכא דיהיב למשכון בלבד כדי שיהא בטוח מחובו אבל כי יהיב לי' כדי שיפרע ממנו הרי זה כמי שהקנהו וראיתי להרמב"ם ז"ל שכתב בה' גזילה דמצחק בקובייא הוי גזל מדבריהם והנה הוא ז"ל פסק כמ"ד דמצחק בקוביא הו' אסמכתא. ואעפ"כ לא חשיב ליה גזל גמור כיון דמדעתי' קא יהיב לי' וכי אמר רב נחמן הדרא ארעא והדרא פירי היינו משום לתא דרבי' וזה לא שייך אלא בהלואה ולכאורה הכי נראה עיקר שהרי כל הני דקתני מתני' בפ' זה בורר דפסולים לעדות משמע דלא הוי פסולייהו אלא מדרבנן כדמוכח במס' ר"ה ומ"ש התוס' שם דלא פסילי אלא מדרבנן ה"ט משום דבעינייהו לא חשיב גזל כיון דמדעתיה קא יהיב לי' אין זה מספיק לפי מ"ש הרמב"ם ז"ל והטור שכל הפסולים אינם פסולים עד שנודיעם תחל' האיסור' דעבדי ולהכי בהנהו קבוראי לא פסלינהו משום דלא ידעו דעבדו איסורא ורש"י פירש בפ"ב דיומא דאסמכתא לא הוי אלא גזל דדבריהם ולישנא דתלמודא שם הכי מוכחא דקאמר מן התורה מיחזא חזי ובפ' שבועת העדות ג"כ פירש רש"י כמו כן ולפי סברת הרמב"ם ז"ל למדנו דכל גזל מדבריהם לא מפקינן מן הגזלן וכן מוכח הסוגיא דפרק שבועת הדיינין דף מ"א דכל בדרבנן לא נחתינן לנכסיה וע' בהגהת מרדכי סוף מסכת סנהדרין שכתב בשם הר"י טוב עלם דמצחק בקובייא לא הוי אלא גזל דרבנן כדמוכח בפ"ק דר"ה אלא שכתב דאפ"ה מוציאים אותו בדיינין מדאמר ר"י במציאת חש"ו דגזל גמור הוא להוציאו בדיינים ואפי' רבנן מודו לי' כל היכא דהוי גזל גמור מדבריהם אלא דגבי מציאת חש"ו ס"ל דאפי' גזל מדבריהם לא הוי עכ"ל אבל מההיא דפרק שבועת הדיינים משמע דכל גזל דדבריהם לא מפקי':

סימן לו

קטן פחות מבן עשרים שמכר קרקע דקי"ל דהמכר בטל ומחזיר כל הפירות שאכל אם מת הלוקח קודם שהוציאו מתחת ידו אם מוציאין הפירות מיד היורשים דלפי מ"ש הרב בעל התרומות בשער מ"ז דמשום לתא דרבית הוא דצריך להחזיר הפירות וכ"כ ה"ה בפט"ז מהל' מכירה איכא למימר דכל שמת הלוקח קודם שהוציאו הפירות מתחת ידו תו לא מפקינן מיד היורשים דקי"ל דזוזי דרביתא אין היורשין חייבין להחזיר ואפילו

כי איתנהו בעיניה. אבל עדיין יראה דכל כה"ג דהמכר בטל הרי הפירות גזל הם בידו דלוקח וכ"כ הסמ"ע בחה"מ סי' רל"ב ולע"ד הכי נראה עיקר ולא דמי למוכר פירות דקל עד שלב"ל דקי"ל דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה משום דמחילה בטעות הוי מחילה דהתם שאני וכמו שפירש ר"ת דדוקא בההיא הוא דאמרינן דהויא מחילה בטעות מחילה משום דאפי' אם היה יודע שיוכל לחזור לא הי' חוזר בו כי היכי דליקום בהמנותיה שהרי מתחלה רצה למכור לו הפירות וגם עכשו רוצה הוא לקיים ממכרו מה שאין כן במוכר באסמכת' דהמכר בטל וחוזר השדה לבעלים אדעתא דהכי לא נתרצה לו שיאכל הפירות בחנם:

הן אמת שמדברי הרמב"ם ז"ל נראה שחולק עם ר"ת וס"ל כפירוש רש"י ז"ל שפיר' דגבי מוכר באסמכתא ה"ט דהדרי פירי משום דהוי הלואה ודמי לר"ק ומשום לתא דרבית הוא דמחזיר את הפירות וכמ"ש הרמב"ם בפרק ט"ז מהלכות מלוה ומשמע מדבריהם דאי לא הוה משום לתא דרבית משום לתא דגזילה לא הוה לן למיחש דמחילה בטעות הויא מחילה ואפי' במוכר באסמכת' שהמכר בטל והדרא ארעא וע' בתשו' הרמב"ן סי' ב' ולפ"ז צריכין אנו לפרש ולומר דמ"ש הרמב"ם ז"ל דכל היכא דהמכר מתבטל דצריך להחזיר הפירות לאו משום איסורא דגזל הוי אלא משום רבית וכמ"ש הרב בעל התרומות ז"ל. אבל עדיין איכא לאקשויי על זה דנראה דכל כה"ג דהתם דאדעתא דמקח נחתו אלא שאח"כ נתבטל המקח מחמת שנמצא בו מום וכיוצא לא שייך בזה ללתא דרבית וה"ז דמי למכר שדה גזולה ולא הכיר בה הלוקח דקי"ל דיש לו שבח וליכא משום רבית משום דכיון דלא הכיר בה הלוקח אדעתא דמקח קא נחית ולא דמי למוכר שדה באסמכתא דאיכא משום רבית דהתם מעיקרא לא גמר להקנותו ומשום הלואה נקיט לי' לזוזי וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ו מה' מלוה דין ז'. ואיברא דכל היכא דהמקח מתבטל מחמת שהלוקח רוצה להחזיר וכגון שנמצא בה מום הא ודאי מצי המוכר לומר לו אם הייתי יודע שהיית חוזר לא הייתי מניחר לאכול הפירות אבל היכא דהמוכר הוא דרוצה לבטל המקח בכה"ג הוא דאיכא למימר דמשום גזילה ליכא דמחילה בטעות הויא מחילה שהרי מדעתו של זה אכלם הלוקח אלמלא משום איסורא דרבית ועלה לנו ג"כ דפחות מבן עשרים שמכר בנכסי אביו כל זמן שאינו חוזר ה"ז הלוקח יכול לאכול הפירות ואין בו משום רבית עד שיחזור בו כמו שכתב הרב בעל התרומות. (א"ה ע"כ מצאתי וחבל על דאבדין):

סימן לז

מימי חורפו

בדין מתנה טמירתא. גרסינן בפרק חזקת הבתים דף מ"א ע"ב איכא דאמרי אמר רב יוסף וכו' כתבו התוספות ור"ח גריס וכו' ולפיכך מה שנהגו לכתוב בשטרות מתנה זו כתבוה בשוקא אינו אלא לשופרא דשטרי ע"כ. וק"ל דהרב הנמקי כתב הפך מזה וז"ל הלכך צריך לכתוב כתבוה בשוקא וכו' וכן אמר ר"ח דאהא סמכי רבנן ותקינו למיכתב מתנת פרהסיא ומפרשי בה והכי אמר לן מתנה דא כתבוה בשוקא וכו' וצ"ע וכתב הרמב"ם בפ"ה מה' זכיה וז"ל כל מתנה שאין כתוב בה ואמר לנא כתבוה בשוקא וכו' וכתב הרב המגיד שם אמר רב יוסף וכו' עד וכן פי' רש"י ור"ח דחיישי' ופסולה ומהרש"ח סי' מ' הביא בשם חכם אחד דקשה ע"ז שהרי מתנה סתמית דהוי כתבו דפסולה להר"מ כשרה לדעת ר"ח והרב הנז' השיב ז"ל ולדידי לק"מ דה"ה ז"ל דקדק בלשונו וכוונתו למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה. ותמהני עליו דבפירוש כתב ה"ה בסמוך ז"ל ובחי' הרשב"א וכתב ר"ח וכן המקנה מתנה בקנין צריך להזכיר כי מתנת פרהסיא מקנה ואם לא הזכיר ונתן סתמ' פסולה והא סמיכו רבנן ותקינו למיכתב מתנה פרהסיא וכו' והיינו כדברי הרב הנ"י ז"ל ולק"מ לה"ה ז"ל ואף שיש לידחק בדברים אלו כדי לזווגם עם דברי התוספות מ"מ האמת יורה דרכו:

וראיתי להרמב"ם ז"ל בפ"ט ז"ל מצוה מחמת מיתה אינו צריך לומר גלו את המתנה והם דברי ר' האיי גאון ז"ל והר"ם אלשיך סי' ס"ד כתב דדוקא במצוה מחמת מיתה הוא דאמרינן הכי אבל בש"מ בהדיא כתב הרמב"ם בפ"ה הנותן מתנה בין של בריא בין של ש"מ צריך שתהא גלויה וכו' ע"כ ונראה דחילוק זה חולקים עליו הפוסקים דלפי הטעם שכתב הרב בכ"מ דטעמא דמתנה טמירתא מפני שאינו נותן מדעתו ובש"מ ליכא למיחש להכי אי נמי שכשם שהיקל רש"י במסוכן האומר כתבו גט לאשתו שיכתבו ויתנו ה"נ לענין מתנתו ולפי טעמים אלו אין לחלק בין ש"מ למצוה מ"מ והרב בשה"ג בפרקין כתב סברת הגאון בש"מ סתם וע' בל"מ פ"ה ובמהרש"ח סי' הנז'.:

סימן לח

ש"מ שצוה ואמר תנו ק"ק זוז לפלו' ולא קנו מידו ומת ובא ראובן ותובע המאתים זוז וטוען היורש דאין המתנה מתנה כיון דלא קנו מידו וראובן אומר דאביו היה חייב לו מאתים זוז ובשביל חובו קאמר ליתן והנה ראובן תפוס והיורש אומר דלשון תנו לא משמע אלא מתנה. ראיתי להר"ן ז"ל שכ' בפרק הכותב דהתוספתא דסוף פרק גט פשוט דקתני האומר תנו מאתים זוז ליוסף בן שמעון אין דורשין לשון הדיוט וכו' דאיירי בחוב או פקדון וכ"כ ה"ה בפי"א מהלכות זכיה וראיתי להש"ך ז"ל סי' רנ"ג שתמה על זה דלשון תנו לא משמע הכי ע"כ וחפשתי בזה ומצאתי בפרק יש נוחלין ש"מ שאמר תנו

מאתים זוז לפלוני בעל חובי בראוי לו נוטלן ונוטל את חובו ופריך ודילמא בראוי לו בחובו קאמר ומשני הא מני ר"ע היא דדייק לישנא יתירה אלמא דאי לאו דאמר בראוי לו הוה אמינא דתנו לו בחובו קאמר ויש לחלק דשאני התם דאמר תנו לבעל חוב. וראיתי בחידושי הרשב"א ז"ל פ"ק דגיטין דף י"ג שכתב ש"מ שאמר תנו מנה מנכסי פירש ר"י הזקן דאי לא אמר מנכסי אין נותנין שמא לאו מתנה יהיב אלא אודויי אודי דיש לו פקדון בידו יע"ש ובירושלמי הביאו הרשב"א פ' התקבל גבי גניבא יוצא בקולר יתנון לי' משום חוב יתנון לי' משום מתנה ומכל זה נראה דבנ"ד הדין עם ראובן:

סימן לט

ראובן שנתן מתנת בריא לבניו מהיום ולאחר מיתה והתנה במתנה שאם ימו' א' מהם בלי זש"ק שיחזור המתנה של חלקו לבניו ולבנותיו וקנו מידו מעכשיו על כל האמור יודיענו אם תנאי כזה מהני ושכמ"ה:

תשובה בנדון כזה בש"מ איכא פלוגתא דרבוותא על הא דגרסי' פרק יש נוחלין כדשלח רב אחא בר עויא נכסי לך ואחריך לפ' אם היה ראשון ראוי ליורשו אין לשני במקום ראשון כלום שאין לשון מתנה אלא לשון ירושה וירושה אין לה הפסק א"ל רבא לר"נ והא אפסקי' פ"ו הוא סבר יש לה הפסק ורחמנא אמר אין לה הפסק ע"כ ומקשו בה מההיא דתנו שקל לבני דאם אמר אה מתו ירשו אחרים תחתיהם בין אמר תנו בין אמר אל תתנו אין נותנין להם אלא שקל אלמא קנו אחרים במקום יורשים וליישב קושיא זו פירש רשב"ם ז"ל בדוקא בנכסי לך סתם אמרינן דלירושה איכוין הואיל וחזי לירש כל הנכסים מן התורה אם ירצה אביו וכיון דירוש' הויא להאי ראשון אינו יכול להפסיק' אבל אם פירש לשון מתנה בהדיא אז הויא מתנה ויש לה הפסק והר"ז הלוי ז"ל ג"כ הלך בדרך זה אבל הרמב"ם ז"ל ס"ל דאפי' אמר לשון מתנה למי שראוי ליורשו הויא ירושה ואין לה הפסק אבל אם פירש דבריו ואמר שלא לשם ירושה נותן אלא לשם מתנה דבריו קיימים ומדבריהם של שלשה המה מטיבי צעד נלמוד שלא אמרו ירושה היא ואין לה הפסק אלא היכא שנוכל לומר דלירושה איכוון אבל היכא דגלי דעתיה למתנה אז יש לה הפסק ולפי זה אתי שפיר לישנא דגמרא דקאמר איהו סבר דיש לה הפסק ורחמנא אמר אין לה הפסק דמה לן במאי דאיהו סבר הוה לי' למימר רחמנא אמר ירושה אין לה הפסק לחוד. אלא דרבא אותביה ליה לרב נחמן כיון דחזינן דאפסקיה נימא דהאי גברא למתנה גמורה איכוון דיכול לאפסוקיה דאלו לירושה איכוון לא הי' יכול לאפסוקיה ועל זה תירץ לו לעולם דלשם ירושה איכוון אלא דטעי וסבר דיכול לאפסוקיה ורחמנא אמר דאין לה הפסק אבל אם גילה דעתו בפירוש לשם מתנה ודאי מהני ותימה על הריב"ש ז"ל סי'

קס"ז שכתב שדברי רב נחמן הללו מוכחי הפך ס' הרמב"ם ז"ל מדקאמר ורחמנא אמר אין לה הפסק נראה שתפס פשטן של דברים דליכא גוונא לאפסוקי' ולפי מה שכתבנו חיליה דהרמב"ם מהאי דלא קאמר ר"נ הכי אלא לפי מאי דאיהו איכוון לירושה אלא סבר דיש לה הפסק אבל רחמנא אמר דאין לה הפסק כיון דלירושה איכוון וזה ברור:

איברא דעדיין איכא למימר דכל זה הוי בנותן לאחד מבניו יותר מהמגיע לירושתו דאז איכא למימר כיון דפירש ואמר דלשם מתנה דוקא הוא דקא יהיב אמרי' מתנה היא ויש לה הפסק אבל שכיב מרע שחילק נכסיו לבניו שוה בשוה ואמר שאם ימות אחד מבניו יחזור חלקו לאחיו כי נמי פיר' ואמר לא לשם ירושה אלא לשם מתנה לאו כל כמיניה למיעקר נחלה דאורייתא שהרי ע"כ ירושה ממשמשת ובאה וכבר ראיתי להרב מהרימ"ט חה"מ סימן ן' וסי' ע"ד שכתב כמו כן דהא דכתבו הרמב"ם ורשב"ם ז"ל הוי בנותן לבן בין הבנים שמה שנותן לזה יתר על חלקו כל שפירש הוי מתנה ויש לה הפסק אבל כשאין לו אלא בן אחד בלבד אפי' שפירש ואמר שלא לשם ירושה הוא נותן אלא לשם מתנה לא מהני דירושה ממשמשת ובאה בע"כ. ולכאורה נראה שכן דעת מהר"ם בתשובה שהביא המרדכי פרק יש נוחלין על נדון כיוצא בזה וכתב דל איהו ודל מתנה דידיה וזכה הבן בירושה דאורייתא וכו' יע"ש. אבל יש לתמוה על סברא הלזו דפשטא דסוגיא דתנו שקל לבני דעלה קא אתו מוכחא איפכא דהא התם השוה לכל בניו ואמר תנו שקל לבני בשבת ואם מתו ירשו אחרים תחתיהם ופירש רשב"ם דכיון דהוי לשון מתנה יש לה הפסק ולהר"מ מיירי דפירש ואמר לא לשם ירושה אלא לשם מתנה ומשום הכי יש לה הפסק אלמא דאפי' כשהשוה את כולם לא אמרי' ירושה ממשמשת ובאה והרב מהרימ"ט עצמו בסי' ע"ד כתב דאפשר דהר"י ן' מיגאש ז"ל סובר כדעת הרמב"ם ז"ל דבעוקר הירושה בפי' מהני ומאי דלא מוקי הברייתא דתנו שקל לבני בהכי הוא משום דסובר דלכולהו בנים שהם יורשיו מיירי ולא שייך לפרושי ומעקר כיון דיורשים ודאים הם וכו' משמע מדבריו דהרמב"ם ז"ל דמוקי לה הכי לא לכל יורשיו קאמר אלא למקצת בניו ולפי זה מי דחקו לרשב"ם לפרש ירשו אחרים תחתיהם פ' ופ' וכו' ועוד פי' והא הכא דקאמר לשון מתנה לבניו ולשון ירושה לאחרי' וכו' הוה ליה לפרש דאשאר בניו קאמר ירשו האחרים תחתיהם וקא בני המקבלים וגם מדברי הרמב"ם גופיה נראה איפכא דאפי' נימא דמייר' בנותן לבן בין הבנים התינח לגבי היתרון שנתן לו על המגיע לחלקו דיכול למעקר ולומר לא לשם ירושה אלא לשם מתנה אבל למה שמגיע לחלקו לאותו השיעור נימא דל איהו ודל מתנה דידיה דירושה ממשמשת ובאה ולא תהא לשני כיון דזכה בשיעור הזה מכח ירושה. ונראה דס"ל להרמב"ם ורשב"ם ז"ל שכל שפירש ואמר שלא לשם ירושה הוא

נותן אלא לשם מתנה ואחריו הרי הם לפ' לא אמרינן ירושה ממשמשת ובאה כיון שזיכה אותם לשני ודברי ש"מ ככתובים דמו והרי זכה בהם השני וכן נראה מתשובת הריב"ש סי' קס"ז שכתב ז"ל אמנם אם א' מהבנות מתה באחרונה בזה י"ל שבחלקה שזכתה מכח מתנת האב בצוואתו ולא היתה ראיה ליורשו בזה אין ספק שבאותו שליש זוכה ההקדש במחציתו שהרי אין לומר בזה ירושה אין לה הפסק וכו' ואלו לפי דברי הרב מהרימ"ט כיון שמת הבן בלתי זרע הויא הבת יורשת וירושה ממשמשת ובאה לה הגם דיש לדוחה לדחות מ"מ האמת יורה דרכו זה הוא לדעת הרמב"ם ורשב"ם ז"ל דסוברים דגלוי דעת דלשם מתנה יהיב מהני ויש לה הפסק. אבל דעת הגאונים ז"ל דאפי' כי פירש דלשם מתנה דוקא יהיב כיון דרצה לזכותו בנכסים ה"ז זכה בהם משום ירושה וירושה אין לה הפסק ומ"מ נראה דאפי' לדידהו אם פירש ואמר אני נותן לך נכסים אלו במתנה ואם ימות בלי זרע תתבטל המתנה מעכשיו ויהיו לפ' לא אמרי' בהא ירושה אין לה הפסק וכמ"ש הרא"ש ז"ל בתשובה כלל פ"א סי' א' ז"ל דהיינו דוקא כשהמורי' הוציא המתנה מתחת ידו בלי שום תנאי ולא שייר בה לעצמו כלום אלא שצוה שאחרי מות היורש תשוב לאחר וכסבור ירושה יש לה הפסק ורחמנא אמר אין לה הפסק אבל בנדון זה שייר הנותן לעצמו דכיון שהטיל תנאי במתנתו ולא נתקיים התנאי נתבטלה המתנה מעיקרא ולא יצא המתנה מרשות אביהם מעולם עכ"ל. והא דכתב רשב"ם ז"ל גבי ורחמנא אמר אין לה הפסק דאפי' התנה ואמר אני מורישך ע"מ שיטול האי שני תחתיך הוי מתנה עמש"ב והוי המעש' קיים והתנאי בטל וכו' שאני התם דכיון שזה אומר אני מורישך הרי רוצה שירשנו זה ומה שאומר ע"מ שיטול האי שני אחריך הוי מתנה על מה שכת' בתורה דרחמנא אמר ירושה אין לה הפסק ולא מהני תנאי אבל כשאומר אני נותן לך דבר זה ע"מ שאם ימות בלי זרע שתתבטל המתנה מעיקרא ויהיו לפ' אין זה מעמש"ב כלל דכיון דמת בלא זרע נמצא המתנה בטלה מעיקרא ומכח האב זכה המקבל השני וזה ברור:

אמנם מדברי מהר"ם ז"ל שהביא המרדכי באותה תשובה משמע לכאורה הפך מזה שנדון שלו היה שנתן המתנה לבנו ע"מ שאם ימות בלא זרע שתשוב הנחלה לבנותיו וכתב דתנאו בטל משום דירושה אין לה הפסק הרי דאפי' בתולה המתנה בתנאי אפ' אמרינן ירושה היא ואין לה הפסק מ"מ כד דייקת שפיר אינו סותר לדברינו דמהר"ם לא איירי במתנה וכפל דבריו לומר שאם לא יהיה לו זרע שתתבטל המתנה מעיקרא ואע"ג דאמר ע"מ שאם לא יהי' לו זרע שתשוב המתנה לבנותיו מ"מ אין במשמעות דבריו שתתבטל המתנה מעיקרא ואף שכשנתן אמר הריני נותן ע"מ שיהיה לה זרע ומשמע

דאם לא יהיה לה זרע אינו נותן לו כלום לא אמרי' מכלל הן אתה שומע לאו כיון דהוי מתנה עמש"ב וכמ"ש הרמב"ן ז"ל בחידושיו לבתר' דף קכ"ח גבי האומר לאשה הר' את מקודשת לי ע"מ שאין ליך עלי שאר כסות ועונה דהקשה דע"כ בדכפליה לתנאיה איירי ואמאי מקודשת הרי פירש ואמר דאם יהיה לה שאר כסות לא תהיה מקודשת וכן הקשה אמתניתין דהריני נזיר על מנת שאהא שותה יין דהרי הוא נזיר ואסו' אמאי בשלמא לרבנן דסברי בעלמא דלא בעינן תנאי כפול מצינן למימר דה"נ בדלא כפליה וכיון דהוי מתנה עמש"ב לא אמרינן מכלל הן אתה שומע לאו אלא אמרינן ה"ק הריני נזיר על מנת שאהא שותה יין אם אפשר ואם לאו הריני נזיר סתם משמע דלרבנן אם היה כופל דבריו לא היה חל עליו נזירות הכא נמי כיון שזה אמר לבנו הריני נותן לך נכסי ע"מ שיהיה לו זרע ולשון מתנה ליורש הוי ירושה וכמו שביאר מהר"ם ז"ל עצמו אין במשמע לשון זה שאם לא יהיה לו זרע תתבטל המתנה ומה שאמר ואם לא יהיה לו זרע תשוב הנחלה לבנותיו לא אמר כלום בלשון זה של תשוב שירושה אין לה הפסק ואין לומר כיון דזה ראוי ליורשו כי נמי התנה ואמר מ"מ דל מתנתא מהכא ירוש' ממשמשת ובאה וכיון שזה החזיק בנכסים שוב ירושה אין לה הפסק דכיון שזה התנה ואמר ע"מ שאם ימות בלא זרע הרי הם נתונים מעכשיו לפ' מכי מת בלי זרע איגלאי מלתא למפרע שזכה השני מעיקרא וכמו שכתבנו למעלה:

ואם לחשך אדם לומר א"כ הא דכתב הרמב"ם בפרק י"ב מהלכות זכי' וז"ל אבל הבריא שנתן מתנת בריא ואמר נכסי לך ואחריך לפלוני דבריו קיימים וכו' והא ודאי מיירי באומר ואחריך לפ' מעכשיו דאל"כ היאך זכה השני ואם כן מה אירייא בריא אפי' ש"מ גם כן כל שאמר מעכשיו מהני אלא ודאי משמע דבש"מ אפי' כי אמר מעכשיו לפ' אחריך לא אמר כלום כל שהראשון ראוי ליורשו וכ"כ הרב מהרימ"ט באותה תשובה בדעת הרמב"ם ז"ל ונתן טוב טעם ודעת לסברא הלזו יע"ש וכן איכא לאוכוחי מסוגיא דאמר רב הונא ש"מ שאמר נכסי לך אם ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה ואם לאו נוטלן משום מתנה ואמרינן למאי הלכתא ומסיק לדרב אחא בר עויא דאמר נכסי לך ואחריך לפ' וראשון ראוי ליורשו אין לשני במקום ראשון כלום שירושה אין לה הפסק והרי רב הונא ס"ל דכל האומר אחריך כאומר מעכשיו דמי באותה סוגיא דנכסי לסבתא ואפילו הכי קאמר דאין לשני במקום ראשון כלום דירושה אין לה הפסק הגם דאמר אחריך מעכשיו לפ' וליכא לאקשויי כיון דאמר ואחריך מעכשיו לפלוני לא נתן לראשון כי אם פירות בלבד וכדא"ר הונא בעובדא דסבתא והגוף הוא של שני לגמרי והיאך אנו מבטלים מתנתא משום דירושה אין לה הפסק הא הגוף לא היה שלו מעולם כי אם של שני דאיכא

למימר דכיון דראוי ליורשו מסתמא גופא נמי מניח לו בירושה וכ"ת כי נמי אינו ראוי ליורשו ואחריך כאו' מעכשיו דמי נימא דגם לראשון נתן לו גוף ופירות ושניהם זכו בנכסים מהשתא לא ס"ל לרב הונא דהאומר אחריך מה שתשאר אחריך קא"ל וכיון דלא נתן לראשון אלא לזמן ימי חייו אין זה כי אם קנין פירות והיינו דקאמר כל האומר אחריך כאומר מעכשיו דמי שהרי אין לראשון בהם כי אם קנין פירות ומהשתא הואי הגוף של שני ועל זה פליג רבא וקאמר מסתבר טעמייהו דבני מערבא דכל האומר נכסי לך ואחריך לפלו' גוף נמי מקנה לראשון ומאי דקאמר ואחריך לפלו' היינו מה שתשאיר אחריך תדע מדקדמה סבתא וזבנא זביניה זבינא ולפי זה איכא למימר דע"כ לא ס"ל לרב הונא דלא נתן לראשון כי אם פירות בלבד אלא כשנתן לאחר אבל כשנתן לראוי ליורשו גוף נמי נתן לו ואחריך דקאמר מה שתשאיר אחריך קאמר וכיון דירוש' אין לה הפסק אין לב' במקום ראשון כלום. אבל הה"נ דאי אמר בפירוש למי שראוי ליורשי נכסי לך ואחריך מעכשיו לפ' או ירושה יש לה הפסק אבל מדברי הרמב"ם נראה דש"מ שאמר למי שראוי ליורשו נכסי לך הגם שאמר ואחריך מעכשיו לפ' אפי' הכי ירושה אין לה הפסק ונראה דס"ל להרמב"ם דכיון שהראשון ראוי ליורשו הגם דאמר ואחריך מעכשיו גוף נמי מניח לו ויורד ומוכר ואחריך דקאמר מה שתשאיר אחריך קאמר יהיו מעכשיו לפ' ומאי דס"ל לר' הונא באחריך לחוד בראוי ליורשו. ס"ל להרמב"ם אפי' באומר מעכשיו בפירוש דכיון דראוי ליורשו משום ירושה קאמר וגוף נמי מניח לו ואף על גב דבאומר אחריך מעכשיו אין הראשון יכול למכור וכמ"ש ה"ה בדעת הרמב"ם ז"ל היינו כשאין הראשון ראוי ליורשו דכיון דאמר אחריך מעכשיו לפ' אמרי' לא נתן לראשון כי אם פירות בלבד אבל אם הוא ראוי ליורשו מסתמא משום ירושה קא"ל וגוף נמי קא יהיב ליה ואחריך דקאמר מה שתשאיר אחריך קא' וכיון דירושה אין לה הפסק לא זכה השני כלל ומ"מ איכא למימר דכל זה הוי בסתמא שאמר נכסי לך ואחריך מעכשיו לפ' דכיון דראשון ראוי ליורשו אמרי' ירושה אין לה הפסק הגם דאמר לשני מעכשיו כמו שכתבנו דכבר חלה עליו ירושה של תורה. אבל באומר נכסי לך אם יניח זרע ואם לא יניח זרע מתנה זו תבטל והנכסים יהיו לפ' מהשתא ודאי דלא שייך הכא ירושה אין לה הפסק דכיון דמת בלא זרע איגלאי מלתא למפרע שלא זכה בנכסים כלל ומעיקרא היו של השני ואין לומר דל מתנתא מהכא הרי זה הראשון זכה בנכסים מכי מת המוריש דירושה ממשמשת ובאה לו וכמ"ש מהר"ם באותה תשובה בהתנה ע"מ שאם ימות בלא זרע שתשוב המתנה לבנותיו וכתב ז"ל דזכה היורש בנכסים בלתי תנאי דירושה ממשמשת ובאה לו דשניא ההיא דלא זיכה לבנות מהשתא כי אם לאחר שימות בנו בלי זרע דהכי התנה אם ימות

בלי זרע תשוב המתנה לבנותיו ואם כלאחר הוא ומשום הכי כתב דבשעת מיתת האב זכה הבן לגמרי אבל באומר אם ימות בלי זרע יהיו הנכסים מהשתא לפלו' אז כשמת בלא זרע איגלאי מלתא דמעיקרא היו של השני ולא זכה הבן כלל:

העולה ממה שכתבנו דבאומר נכסי לך ואחריך מעכשיו לפלו' דעת רבינו יונה והרז"ה והרשב"א ז"ל בתשו' שהראשון יכול למכור וכיון שכן הוי ראוי לגבי בעל מכיון דיכול הראשון להפקיע זכות השני וכמ"ש כל זה הרשב"א בתשו' החדשות סי' ח"י ולפי זה כתב בתשובה הישנות סי' תש"ד דאפי' באומר ואחריך מעכשיו לפלו' ירושה היא ואין לה הפסק אבל מדברי הרמב"ם נראה דבאומר אחריך מעכשיו לפלו' אין הראשון יכול למכור שכיון שאמר לשני מעכשיו לא נתן לראשון כי אם אכילת פירות בלבד ולגבי בעל לא חשיב ראוי וכ"נ מפי' רשב"ם ולפי סברא הלזו כתב הרשב"א בתשו' המיוחסות סי' מ"ה דלא שייך לומר בהא ירושה אין לה הפסק שאין ירושה זו מופסקת מן היורשים שמעכשיו נתן המתנה להם אלא שתלה מתנתו להם בדבר ולומר לכשתמו' הבת יהיו הנכסים נתונים ליורשיו והיינו דר' הונא דמשום דס"ל דכל האומר אחריך כאומר מעכשיו דמי אמר דהוי מוחזק לגבי בעל וכו' וכבר כתבתי בדעת הרמב"ם דס"ל דבאומר אחריך מעכשיו לפלו' דאין הראשון יכול למכור היינו דוקא בשאין הראשון ראוי ליורשו דאז אמרי' דלא נתן לו כי אם פירו' בלבד אבל אם הראשון ראוי ליורשו מסתמא משום ירושה קא"ל שאין אדם רוצה לבטל ירושה של תורה ומאי דקאמר ואחריך מעכשיו לפלו' היינו מה שתשאיר אחריך וכיון שקנה הראשון הגוף שוב ירושה אין לה הפסק. ומיהו כל זה הוא באומר בהאי לישנא נכסי לך ואחריך מעכשיו לפלו' דכיון שזה רוצה שיזכה בהם היורש כל ימי חייו נמצא מאי דקאמר שאחריו יהיו לפלו' הגם דאמר מעכשיו ירושה אין לה הפסק והוי מעמש"ב שרוצה להפסיק הירושה ואעפ"י שהתנה במתנתו ואמר אני נותן לך ואם ימות בלא זרע תשוב המתנה לבנותיו הוי מעמש"ב כמו האומר לאשה הרי את מקודשת ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה שזה מתנה שתהיה אשתו בלי שאר וכו' וכמו כן זה מתנה שיזכה בנו בנכסים מבלי שיוכל להורישם ליורשיו:

אבל כל שמתנה ואומר נכסי נתונים לך בתנאי שתניח זרע ואם לא יניח זרע יתבטל מתנה זו ויהיו הנכסים מעכשיו לפלו' אין זה מעמש"ב שכשמת בלא זרע איגלאי מלתא למפרע שלא זכה בהם הראשון כלל ומעיקרא היו של השני א"כ בנ"ד אם נעשה התנאי כפול כאמור תנאו קיים ולא הוי מעמש"ב שכשמת הבן בלי זרע נמצא שלא זכה מעולם בנכסים אבל אם אין כתוב בשטר המתנה רק ע"מ שיניח זרע ואם לא תשוב המתנה לבניו ולבנותיו אין במשמע לשון זה שאם לא יהיה לו זרע תתבטל המתנה מעיקרא כמו

שכתבתי בתשוב' מהר"ם ז"ל הנז"ל והוי מעמש"ב ולא אמרינן בזה מכלל הן אתה שומע לאו כמ"ש הרמב"ן ז"ל בפרק יש נוחלין הגם דאמר בלשון על מנת דהוי כמעכשיו מ"מ בענין זה דהוי מעמש"ב בעינן שיכפול התנאי בפירוש דהא הרמב"ן על מתני' דנזיר קאי דאמר הריני נזיר ע"מ שאהא שותה יין ומטמא למתים דהרי זה נזיר ואסור בכולם ועל הא קאמר הרמב"ן דלרבנן טעמא הוי משום דלא כפלי' לתנאי' ולא אמרי' בזה שהוא מעמש"ב מכלל הן אתה שומע לאו ואין לדחות דהרמב"ן ז"ל אזיל לשיטתי' דגם בע"מ בעינן משפטי התנאים כמ"ש ה"ה בשמו בפ"ו מה' אישות שהניח הדבר בצ"ע ור' ירוחם בס' חוה נכ"ד ח"א כתב בשם הרמב"ן ז"ל שאף בע"מ בעינן משפטי התנאים אבל למאן דס"ל דבע"מ לא בעינן משפטי התנאים גם בזה לענין מעמש"ב נימא דבאומר ע"מ הוי כאלו כפל בפירוש ואע"ג דאפי' נימא הכי מ"מ מידי ספקא לא נפקא שזה מחלוקת שקול בין הראשונים נוחי עדן וא"כ הבאים מכח הבן הם מוחזקים שהבן היה מוחזק בנכסים יאמרו ק"ל כמ"ד דאף בע"מ בעינן משפטי התנאים ולא אמרינן מכלל הן אתה שומע לאו וא"כ הכא דהוי מתנה על מש"ב הגם דאמר ע"מ לא הוי כאלו כפל בפירוש והתנאי בטל מ"מ נראה דלא צריכינן להאי דאפי' להרמב"ם דס"ל דהאומר ע"מ לא בעי משפטי התנאים היינו דוקא בשאר תנאים דלא הוו מעמש"ב דטעמא דמשפטי התנאים הוי לחזק הענין ובע"מ לא בעי כיון דמהשתא חייל בתנאה חייל כמ"ש הר"ן בפרק מי שאחזו בשם הראב"ד ז"ל גבי הרי זה גיטך ע"מ שהנייר שלי יע"ש אבל בדבר שמה שאנו מצריכין כפל התנאי הוא משום דהוי מעמש"ב אז בעינן כפל בפירוש ולא סגי באמרו ע"מ וראי' לזה שהרי ר' מאיר גם בע"מ מצריך כפל התנאי כדאמרינן פרק מי שאחזו דף ע"ו ת"ר הרי זה גיטך ע"מ שתשמשי את אבא שתי שנים אע"פ שלא נתקיים. התנאי הרי זה גט לפי שלא אמר לה אם תשמשי ואם לא תשמשי וכו' ומאי דס"ל לר"מ בכל תנאי' דעלמא ס"ל לרבנן לפי דברי הרמב"ן בתנאי שהוא מעמש"ב הרי מפורש דגם בעל מנת בדבר שהוא מעמש"ב בעינן כפל בפי' ופשוט הוא מן הסברא ג"כ שהרי כל מה שכתב הרמב"ן ז"ל הוא משום דכיון דהוי מעמש"ב אם לא כפל אמרינן זה רוצה להיות נזיר ולשתות יין אם אפשר ואם לא אפשר הרי הוא נזיר לגמרי אבל בשכפל ואמר ואם היה אסור ביין איני נזיר אמרי' הרי לא קבל זה נזירות אלא ע"מ שיהיה מותר ביין ולענין זה מה יושיענו מה שאמר בלשון ע"מ אם לא כפל ומה שהארכתי בזה הגם שהוא פשוט לפי שכתבתי למעלה בתשו' של מהר"ם שהביא המרדכי פי"נ דטעמא דמהר"ם שבטל תנאי המתנה הוא משום דהיה התנאי בלשון אם דכלאחר דמי והשתא לפי זה הגם דהיה

בלשון ע"מ דהוי כמעכשיו מ"מ לא סגי בהכי רק בעינן שיכפול בפירוש ויאמר ואם ימות הבן בלי זרע תתבטל המתנה ויהיו הנכסים מעכשיו לפ' ואז התנאי קיים:

סימן מ

גרסינן בפרק יש נוחלין דף קכ"ה ההוא דאמר נכסי לסבתא ובתראה לירתי הוה ליה ברתא דהות נסיבא שכיבא בחיי בעלה ובחיי סבתא בתר דשכיבא סבתא אתא בעלה קא תבע אמר רב הונא לירתאי ואפי' לירתי ירתאי ורב ענן אמר לירתאי ולא לירתי ירתאי שלחו מתם הלכתא כותי' דרב ענן דבעל לא ירית ולאו מטעמי' דאלו ר' ענן סבר אע"ג דהוה ליה ברא לברתי' לא ירית ולא היא דאלו הוה ליה ברא לברתי' ודאי ירית ובעל היינו טעמא דלא ירית משום דהוה ליה ראוי מכלל דרב הונא סבר בעל נוטל בראוי א"ר אלעזר כל האומר אחריך כאומר מעכשיו דמי ופירש רשב"ם ז"ל ורב ענן אמר לירתי וכו' ה"ק ובתראה לירתאי לאותם יורשים שיהיו לי בעולם בשעה שתמות הזקנה אני נותן את נכסי כגון אם היתה בתו קיימת או אחיו דכל אלו אני קורא בהם ירתאה שמכחו הוא בא ליורש אבל לא בן בתו שמכח בתו הוא בא ליורש עכ"ד:

וראיתי למהרי"ל ז"ל שהק' דה"ק דאחיו מכחו הוא יורש והלא אין הדבר כן דאחין ג"כ אינם יורשים מכח האח אלא מכח אביהן דהיכא שמת בלא זרע חזרה ירושה לאביו בקבר ואח"כ בני אביו דהיינו אחיו יורשין זכות אביהם וכמו שפירש הוא ז"ל גבי מתני' דאב קודם לכל יוצאי ירכו עכ"ד ולע"ד לא קשה מידי דע"כ לא איצטריכו להאי טעמא אלא היכא דאבי אביו קיים כיון דהוא קודם לכל יוצאי ירכו צריכים אנו לטעם דאחין יורשין זכות אביהן אבל אם כבר מת הרי ליכא שום יורש כי אם האחים לבד ומכחו הוא דקא ירתי. ולכאורה נראה מדברי רשב"ם ז"ל דכשאמר אחריך ליורשי ליורשיו שהיו בשעת המתנה נתכוון ובאותה שעה ברא דברתא לא היו יורשיו ומשום הכי קאמר רב ענן שאלו הוה לי' ברא לא ירית ולפי זה יש לתמוה על מהרח"ש ז"ל שכתב בסי' כ"ח שראובן שנתחייב מעכשיו שאם ימות שמעון בחייו לתת ליורשו סך מה שמעולם לא נתחייב אלא ליורשי שמעון הנמצאים אחר מותו לא לעומדים אחר מותו בקבר עכ"ד ומסוגיא דידן מוכח איפכא כמו שכתבתי וכבר ראיתי בס' נ"מ דף קצ"ב ע"ג גמגם על זה יע"ש ולע"ד נראה דנדון מהרח"ש שאני דקאמר שאם ימות שמעון בחייו לתת ליורשיו סך מה דהרי פיר' דבריו דליורש אחר מיתתו קאמר מה שאין כן בההיא עובדא דסבתא דקאמר ובתרא' לירתי ודאי דאי הוה שכיבא סבתא בחיי הנותן ובחיי הבן הוו חוזרין הנכסים לבן אע"ג דעדין אינו יורשו שהרי אביו קיים אלא ודאי ה"ק בתראה לירתאי למי שהוא ראוי ליורשו קרי ירתאי:

ומ"מ למדנו מדברי רשב"ם ז"ל דכשאמר לירתאי היינו שהיה קיים בשעת המתנה ואפי' למאי דמסקינן לירתאי ולירתי ירתאי האי ירתי ירתי היא דהוה קיים בשעת המתנה אבל אם לא היה עדין בעולם אלא שנולד אח"כ לזה לא נתכוון ליורשו וזה נלמד מדברי הר"ן ז"ל דכתב לפי גירסת רב אלפס ז"ל דגריס ובתראה לירתי דנ"מ דאי לא אמר ובתראה לירתי בן הבת היה יורש אותה והשתא דאמר ובתראה לירתי אפי' הו"ל ברא לברתא לא ירית עכ"ד. ולכאורה קשה דבגמרא מסיק דאלו הוה ליה ברא לברתא ירית. אלא ודאי דכשאמרו ברא דברתא ירית היינו שהיה הבן בעולם בשעת המתנה אבל אם עדין לא היה בעולם בשעת המתנה לזה לא כיון דלמי שהוא יורשו בשעת המתנה קאמר:

ראיתי להרשב"א ז"ל במיוחסות סימן מ"ה שלמד מסוגייא דידן דהא דאמרינן נכסי לך ואחריך לפ' דאם הראשון ראוי ליורשי ירושה אין לה הפסק אם כתב בשיור מעכשיו אין ירושה זו מופסקת אלא מעכשיו נתנה הנכסים ליורשים והיינו דרב הונא דאמר גבי סבתא דהבעל יורש משום דכל האומר אחריך כאומר מעכשו דמי עכ"ד. וק"ל מההיא דאמרינן בפרקין אמר רב הונא ש"מ שאמר נכסי לפ' אם הראשון ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה ואם לאו נוטלן משום מתנה ואמרו שם דנ"מ לדר' עויא דקאמר האומר נכסי לך ואחריך לפלוני אם הראשון ראוי ליורשו ירושה היא ואין לה הפסק ע"כ ולפי סברת הרשב"א קשה כיון דרב הונא סבר דכל האומר אחריך כאומר מעכשו דמי אין ירושה זו מופסקת שהרי מעכשיו נתנם הנכסים כמ"ש הרשב"א ז"ל ויש ליישב ולומר דכל היכא דהראשון ראוי לירש בסתמא גוף נמי הניח לו בירושה דדעתו של אדם קרוב אצל יורשיו וע"כ לא אמרה רב הונא כל האומר אחריך כאומר מעכשיו דמי אלא כשהראשון אין ראוי ליורשו דלא הקנה לו כי אם לפירות בלבד. והאי דינא דהאומר נכסי לך ואחריך לפ' דאם הראשון ראוי ליורשו ירושה היא ואין לה הפסק היינו דוקא כשהראשון הניח בן אחריו דהוא קודם לשני ליורשו אבל אם לא הניח בן אחריו אלא שנתנה במתנת ש"מ אחריך מוציא מיד מקבל מתנה וכ"כ מהרי"ל סי' ע"ב יע"ש:

איברא דראיתי להוא ז"ל עצמו שהביא חולק לדבריו לאחד מגדולי הדור ה"ה מהר"ר בצלאל ז"ל שכתב בסי' ל"ג על אחד שצוה ששני בניו איזה מהם שימות ובנים אין לו ירש אותו אחיו ואחים חלקו עזבון אביו ביניהם ואחר זמן מת האחד בלתי זרע וצוה מחמת מיתה והניח ללוי סך מה בפרעון השתדלותו דכתב הרב ז"ל דזכ' לוי בהם וכתב דמ"ש הרמב"ם ז"ל היה חוב על הראשון וכו' היינו היכא שהראשון אינו ראוי ליורשו דאית לשני זכות בנכסים אבל היכא דהראשון ראוי ליורשו דאין לשני זכות בה גביה כלל הו"ל כשאר יורשים עכ"ד. ואני עמדתי על דבריו ולא ראיתיו חולק ומהר"ר בצלאל לא

איירי אלא היכא דהניח בנים הראשון דאז ודאי אמרינן ירושה אין לה הפסק ונוטל הב"ח מכח היורשים ומה שהקשה עליו על מה שכתב דהרמב"ם ז"ל איירי היכא שהראשון אינו ראוי ליורשו דאם כן איך כתב הטור שמהר"ם חולק עליו שהרי מהר"ם איירי היכא שהראשון ראוי ליורשו עכ"ד לא הבנתיו והלא מהר"ם איירי אפי' בשלא הניח הראשון בנים כמו שמפורש בדבריו ומש"ה איצטריך הרא"ש למצוא טעם לדבריו (א"ה דברים אלו לפי קוצר עיוני אם מפי מורי הרב יצאו צל"ע דבפירוש כתב מהר"ר בצלאל בתשו' הנז' דף צ"ז ע"ג בלשון המתחיל אלא הנכון עד סוף דבריו דאפי' אם לא הניח בני הראשון אין בדברי יעקב כלום דירושה אין לה הפסק וע"ש ולמי זה כל דברי מהרי"ל באו על נכון). עוד הקשה על מ"ש מהר"ר בצלאל שם ז"ל אלא הנכון דלא דמי כלל דמ"ש הרא"ש ז"ל לא מיירי אלא בנותן מתנה ומתנה עלי' והכי נמי איירי עובדא דסבתא הלכך ודאי יש לנו לדון ולומר דלא נתן המתנה כי אם על תנאי כך כיון דאלו התנה כן בפי' הוו דבריו קיימין הכי נמי היכא דאמר לישנא יתירה אית לן למדרשה בהכי אבל בנדון דידן דהניח הירושה שתפול למקום שהוא בדין תורה וכו' אפילו תימא דכונתו היתה לכך שלא יוכל למכור ואפי' התנה כן בפירוש כגון שאמר פ' בני יירש ע"מ שלא ימכור ולא יתן אין ממש בדבריו וכו' שהרי בהדיא כתב הרא"ש בהפך כלל פ"א סי' א' דכל שהוא מתנה עליו בשעת שהוא מוריש לו התנאי קיים ולא שייך לומר ירושה אין לה הפסק ע"כ. ואני עיינתי באותה תשובה ולא ראיתי שום סתירה דודאי בנדון הרא"ש שמכח דבור האב הוא בא להחזיק כל כמיניה דאב לאתנויי בכל מה שהוא רוצה דאי שבקינן דינא אד"ת לא מצי להחזיק בנכסים אלא יורש כאחד מבניו אבל בנדון מהר"ר בצלאל דל דבוריה ומתנתי' דאב מהכא מדינא הוא יורש הנכסים ולאו כל כמיניה דאב לאתנויי בירוש' של תורה וזהו עצמו חילוקו של מהר"ר בצלאל דוק ותשכח. וההיא דאמרינן כל לשון מתנה ליורשי ירושה היא ואין לה הפסק מתוך דברי רשב"ם נראה דה"ד באומר נכסי לך אבל אם פירש לשון מתנה לא אמרינן ירושה היא ודעת הרמב"ם ז"ל דאפי' אמר לשון מתנה אמרינן ירושה היא זולת היכא דפירש לא משום ירושה אלא משום מתנה וה"ט משום דסתמא כיון דיורשו הוא לשם ירושה כיון דלא ניחא לי' למיעקר נחלה בכדי אבל במחלק נכסיו והשוה להם את הבכור כיון דלא מצי לאעבורי נחלת בנו הבכור בירושה ודאי למתנה נתכוון וכן פירש רשב"ם ז"ל בדף קכ"ט ע"ב גבי נכסי לך ואחריך לפ' לר"י בן ברוקא אם הראשון ראוי ליורשו ירושה היא ואין לה הפסק ז"ל אבל לרבנן כיון דאינו יכול להרבות לזה יותר מזה ודאי מאי דאמר נכסי לך לשון מתנה הוא

והרב מוהרי"ט ז"ל בח"מ נדחק בזה ומ"ש הוא ברור והצד השוה שבהם דכל שפירש ואמר שאינו משום ירושה אלא למתנה יש לה הפסק:

איברא דראיתי למהרי"ט ח"מ סי' ו' שכתב דע"כ לא קאמר הרמב"ם והרשב"ם ז"ל אלא בבן בין הבנים שמה שנתן לזה הבן יותר על חלקו כל שפיר' מתנה הוי אבל כשאין לו בן אחר אלא זה בלבד אפילו שפיר' שאינו משום ירושה אלא משום מתנה לאו כל כמיניה למעקר נחלה דאורייתא שהרי בע"כ ירושה ממשמשת ובאה. ואיברא שמדברי הרשב"א ז"ל בתשובה נראה שכן הוא סובר שכתב על מי שנתן מתנה לבתו ואחריה ליורשי דכל שאמר מעכשיו לא שייך לומר ירושה היא ואין לה הפסק משמע דאי לא אמר מעכשיו הבעל יורשה דירושה אין לה הפסק אע"פ שנתנה לו בלשון מתנה עכ"ד. ולע"ד אין נראה שיסבור הרמב"ם הכי דא"כ כשנתן לבן בין הבנות ופירש בלשון מתנה ולא משום ירושה נהי דבהיתר שמגיע על חלקו אמרינן דלא הוי אלא מתנה אבל במה שמגיע לחלקו בתורת ירושה באותו סך שנתן לו תיהוי ירושה ונימא ירושה אין לה הפסק. והרשב"א נראה דס"ל כמ"ש הנ"י ז"ל דאפי' פירש שמשום מתנה ולא משום ירושה אעפ"כ אמרינן ירושה אין לה הפסק דנחלה ממשמשת ובאה ומ"ה כתב בתשו' המיוחסות סי' ק"ו על מי שנתן מתנה לבתו יורשת ע"מ שאין לבעל' רשות בהם דאחר שמת האב זכתה בהם בתורת ירושה והביא ראיה מההיא דערכין מנין לקונה שדה מאביו ואחר כך מת אביו והקדיש' שתהא לפניו כשדה אחוזה ת"ל וכו' עכ"ד, ולע"ד נראה שאין ראיתו ראיה דהתם שאני משום דלא היה לפני הבן אלא לקנין פירות ועכשיו שמת אביו זכה בגוף מכח ירושה אבל הכא זה שנתן לבנו ופירש דאינו אלא משום מתנה הא זוכה בהם מכח מתנת גוף ופירות ואחריך זוכה בהם אחר מנ"ל לומר שתתבטל המתנה ויזכה בהם מכח ירושה והיאך יכול לזכות זה בתורת ירושה כיון שנתנם לאחר לאחר שימות בנו:

איברא דעדין איכא למימר כיון שזה לא זיכה לאחר אלא לאחר שימות בנו כיון דמתנת ש"מ קונה בגמר מיתה וזה האחר לא זיכה אחר סמוך למיתתו שוב לא יקנה והרי הבן זוכה בהם לאחר מיתת אביו מכח ירושה והנ"י ז"ל הביא מחלוקת הראשונים בש"מ שנותן לאחר זמן דלא מהני מתנתו דמכי מת נפלו נכסי קמי יתמי בתורת ירושה וירושה אין לה הפסק. ולע"ד נראה דכה"ג שנתנו לבתו מתנה ואחריה לפ' לא אמרינן נפלו נכסי קמי יתמי בתורת ירושה שהרי קנתה היא בתורת מתנה ולא חלה עליהם ירושה של תורה. ומ"מ נראה שכל מחלוקותם אינו אלא בש"מ שנתן מתנה ליורש דאיכא מאן דסבר דאפי' שנתן בלשון מתנה אפילו הכי ירושה הוי דגבי יורש לשון מתנה ולשון ירושה הכל חשיב ירושה וירושה אין לה הפסק וה"ט כיון דמתנת ש"מ אינו קונה אלא לאחר

מיתה ה"ז חשובה ירושה. אבל בבריא שנתן במתנת בריא ליורשו לא שייך בזה לומר דהוי ירושה מכיון שנתן לו שיזכה מחיי אביו וירושה אינה אלא לאחר מיתה. וראיתי להרב המגיד ז"ל שכתב בדין הבריא שנתן במתנת בריא דיש לו הפסק דטעמא שכיון שאין הבריא יכול להעביר נחלה בל' ירושה אלא בלשון מתנה ואם היה בלשון ירושה אפילו בראוי ליורשו אינה כלום עכ"ל. ומדבריו אלו למד הרב מוהרי"ט ז"ל דהרמב"ם איירי בבן בין הבנים אבל אם אין שם יורש אלא הוא אפי' בריא במתנת בריא אין לאחריך כלום דכיון דספיקא הוי אמרינן ביה אין לשון מתנה אלא לשון ירושה ואין אחריה הפסק עכ"ד. ולע"ד אין זה נכון וכמ"ש דכל שנתן במתנת בריא מעכשו דודאי דלא חשיב ירושה דירושה אינה אלא לאחר מיתה וכי קא מיבעיא לן אי אמר ר"י בן ברוקא אפי' בבריא היינו בנותן לאחר מיתתו אבל בבריא שנתן במתנת בריא אין זו ירושה אלא מתנה ויש לה הפסק ואפי' ליכא יורש אלא הוא בלבד וליכא למימר ביה נחלה ממשמשת ובאה כדאמרינן בשדה אחוזה דהתם מעיקרא לא זכה בה לגמרי אלא לפירות בלבד ומשום הכי כי מת אביו זוכה בהכל מכח ירושה אבל הכא כבר זכה בה זה מחיים בגוף ופירות דאין לשני אלא מה ששייר ראשון ולפי זה יראה דאם יש לראובן בת יורשת יכול ליתן לה במתנת בריא כל נכסיו גופא מהיום ופירי לאחר מיתה ואחרי' ליורשיו ועיין בתשובות להרשב"א ז"ל במיוחסות סי' מ"ה ותראה כדברי דבמתנ' הבריאים אינה ירושה ומדברי הרשב"א ז"ל שם נראה דאפי' במתנת ש"מ כל שאמר מעכשו ואחריך לפ' אין ירושה זו מופסקת והיינו דרב הונא דאמר בעל יורש משום דס"ל האומר אחריך כאומר מעכשו דמי וכבר כתבתי דזה תלוי בפלוגתא דאי האומר מעכשו לפ' יכול הראשון למכור א"כ בהא נמי אמרי' ירושה אין לה הפסק וכן מוכח מדף קל"ג וכמש"ל כדי דלא תקשי מימרי דרב הונא אהדדי וכ"כ הרשב"א ז"ל בתשובה אחריתי דדברי רב עויא אפי' באומר מעכשו הוא:

ובאומר ואחריך מעכשו לפלוני אם יכול הראשון למכור כתב הרב המגיד דדעת הרמב"ם ז"ל דאינו יכול למכור מדכתב דהיכא דאמר נכסי לסבתאי ולכשתמות הסבתא יהא לבתי הבעל יורשה וזהו כפירוש רב אלפס ז"ל דמאי דקאמר רבא מסתברא טעמייהו דבני מערבא דאי קדים סבתא וזבין זביניה זביני משום דהאומר אחריך לאו כאומר מעכשו דמי אמאי זביני זביני'. אבל ק"ל ע"ז דהרמב"ם ז"ל כתב בבריא שנתן במתנת בריא דאין לשני אלא מה ששייר ראשון ומתנת בריא לא משכחת לה אלא בדיהיב מעכשו גם לשני דאם לא כן אין השני יכול לקנות לאחר מיתת הנותן דאין שטר לאחר מיתה. ולע"ד נראה דהרמב"ם ז"ל סובר דאפי' באומר ואחריך מעכשו לפ' יכול הראשון למכור דכל האומר

ואחריך לפ' מה שתשאיר אחריך מעכשו יהיה לפלו' קאמר כדקאמר לה אליבא דר"ל דאית ליה בעלמא קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי אחריך שאני דמשמע מה שתשאיר אחריך ורב הונא דהוה ס"ל דהאומר אחריך לא נתן לראשון כי אם קנין פירות ולזה מייתי רבא דאינו כן מדקדמ' סבתא וזבנה זביניה זביני אלמא קנין הגוף אית ליה לראשון ופי' אחריך מה שתשאיר אחריך והלכך אפי' היכא דאמר ואחריך מעכשו לפ' נהי דלא מיקרי ראוי שהרי מעכשו זכתה הבת מ"מ אם מכרה הסבתא זביניה זביני דה"ק מה שתשאיר אחריך מעכשיו יהיו לבתי:

וראיתי להבנ"מ ז"ל בדף קל"ג שכתב דמדברי הר"מ ז"ל שסתם וכתב הבריא שנתן מתנת בריא ואחריך לפ' דאין לשני אלא מה ששייר ראשון משמע דאירי אפי' בהקנה לה בקנין סודר דקני מעכשו הדין כן ואפשר דס"ל כסברת הרא"ה ז"ל דדוקא בשפי' ואמ"ל מעכשו הוא דאינו יכול למכור מטעמא דלישנא יתירה לטפויי אתא עכ"ל, ואני אומר דזה מוכרח בדברי הרמב"ם ז"ל שכתב דאין לשני אלא מה ששייר ראשון בין שהיה ראוי ליורשו וכו' וע"כ מיירי כשמת הנותן כבר ואשמועי' במתנת בריא אפי' בראוי ליורשו לא אמרינן ירושה אין לה הפסק ואפי' אם מת הנותן אבל אם הנותן עדין קיים הא ודאי פשיטא דאין כאן ירושה:

סימן מא

כתב הרב מהריב"ל בח"ב סי' ל"ה על מי שנתן בהיותו בריא נכסיו למי שראוי ליורשו מהיום ולאחר מיתה ואחריו למי שאינו ראוי ליורשו אי אמרינן בזה ירושה אין לה הפסק והביא ראי' מההיא שכתב הרשב"א ז"ל דאפי' באומר אחריך מעכשו לפ' אמרינן ירושה אין לה הפסק דהא רב הונא סבר דכל האומר אחריך כאומר מעכשו וכו' וכתב הרב הא קמן דלא הורישו אלא הפירות לחוד ואפי' הכי חשבינן להו לפירות ירושה ואמרינן ירושה אין לה הפסק ה"ה נמי בנ"ד עכ"ד. וק"ל דהיאך פירש דבאומר אחריך לא הורישו אלא הפירות לחוד וז"א דבפרק יש נוחלין דף קל"ז פריך לר"ל דאמר קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי מההיא דנכסי לך ואחריך לפלו' וכו' מת ראשון קנה שני מת שני בחיי ראשון יחזרו ליורשי ראשון וא"א וכו' ליורשי נותן מבעי ליה אמ"ל כבר תרגמה ר' הושעיא בבבל אחריך שאני ופירש רשב"ם ז"ל דמשמע דגוף ופירות נתן לראשון ולפי סברת מהריב"ל ז"ל קשה לקצת הפוסקים והרשב"א בכלל דסברי דהאומר אחריך כאומר מעכשו דמי דהא הכא משמע דגם לראשון נתן גוף ופירות דהכי פירש ר' הושעיא והרב ב"י ז"ל הביא לשון הר"ן ז"ל שכתב דברי הרשב"א ז"ל וכתב ז"ל ונ"ל דהיינו דוקא למאן

דאית ליה דאם מכר הראשון הוי אפי' באומר מעכשו הוא ואם אין לראשון אלא פירות היכי מצי מכר ועיין במהר"ם אלשיך סי' נ"ח שתפס בפשיטות דכמתנת בריא דיינין ליה:

סימן מב

והיכא דאמר ואחריך ליורשי איכא פלוגתא בין הראשונים דמקצתם סברי דלא נתן לראשון כי אם פירות בלבד דכל דלגבי יורשיו בעין יפה שייר וזהו דעת הרי"ף ז"ל דגריס בעובדא דסבתא ובתראה לירתאי ולזה הסכים הר"ן והב"י ז"ל אבל רשב"ם והטור ז"ל גרסי בההיא עובדא ובתראה לירתאי נראה שהם מחלקים בין משייר לעצמו למשייר ליורשיו וכ"נ מדברי התוס' בפ' מי שמת דף קמ"ח וכתב הרב בכ"מ דף קצ"ב ע"א בשם אחד מן הגדולים דאפי' לסברא הלזו היכא דאמר ואחריך לי או ליורשי אפי' רשב"ם מודה דכי היכי דלגבי עצמו שייר בעין יפה ה"נ שייר לגבי יורשיו כיון שהכל בדבור אחד נאמרו והביא ראיה מאותה שכתב הרשב"א דאם אמר ושיירתי אני לי ולפ' דירה כיון דלגביה שייר גוף לדירה אפי' לאחר גם כן שייר והרב בנ"מ נחלק ע"ז יע"ש ואני בע"ד לא הבנתי דבריהם דכיון שאמר ואחריך לי או ליורשי לא נתן לזה המקבל כי אם פירות בלבד ושייר הגוף לעצמו וכיון שכן כי מת המקבל מדינא יחזרו ליורשי נותן כדאמרי' בפרק יש נוחלין דף קל"ו גבי פלוגתא דר"י ור"ל אי קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי כי מת ראשון יחזרו ליורשי נותן מבעי ליה:

סימן מג

גרסינן בפ' מי שמת ההוא דשדר פיסקי דשיראי לבתיה א"ר אמי הראוי לבנים לבני' הראוי לבנות וכתב הר"מ ז"ל בפ"ו מה' אלו ואם יש בו דבר הראוי לבנים ולבנות יתנו אותו לזכרים ע"כ ולכאורה נראה שהרמ"ה חולק ע"ז שהביא הטור בסי' רמ"ז בשמו דאם יש בו דברים הראוי לבנים ולבנות יתנו לשניהם ע"כ אבל לפי זה יש לתמוה על הטור שהביא דברי שניהם כאילו אינם חולקים והיה נראה ליישב דמ"ש הר"מ ז"ל דיתנו אותו לזכרים היינו דוקא באומר לבני דאין הבנות בכלל הלשון אלא דמשום אומדנא נותנין להן דברים שאינם ראוים לבנים אבל הרמ"ה איירי בשלח ואמר אלו לבני ביתי דאז בנותיו בכלל הלשון וכמ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' הביאה הטור בסמוך ולהכי כתב דאם יש דברים הראוים לאלו כמו לאלו דיתנו לשניהם וראיתי להבל"מ שדחה חילוק זה וכתב שאין לחלק בזה וכמדומה שלא ראה תשו' הרא"ש שאילו היה רואה אותה לא היה כותב דשניהם שוים ועוד נ"ל לומר דהר"מ ז"ל איירי בשיש שם דבר אחד וראוי לבן כמו לבת דאז נותנין אותו לבן משום דדעתו קרוב' יותר אצל בנו והרמ"ה איירי בשיש שם שני דברים וראוים לזה כמו לזה. ואיתא בירושלמי עלה דהאי מילתא בד"א בבריא

אבל ש"מ שאמר בשעת מיתה אין הבנות בכלל וכ' הנ"י דטעמא דמילתא משום דבחייו רוצה לכבד בנותיו כדי שיהיו חביבות על בעליהן אבל בשעת מיתה אינו רוצה לעקור נחלה דאורייתא ע"כ וכתב המרדכי בשם מהר"ם ז"ל דה"ד באומר סתמא אבל ש"מ שפי' ואמר נכסי לבני ולבנותי יתנו הראוי לבנים לבנים והראוי לבנות לבנות עכ"ד. ולכאורה איכא לאתמוהי דאמאי לא אמרינן בכה"ג דאמר לבני ולבנותי שיחלקו בשוה כי ההיא דאמרינן מחצה לאהרן ומחצה לבניו וע"כ לא אמרו הראוי לבנים לבנים הראוי לבנות לבנות אלא בשלח סתמא לבני ביתו או שאמר לבני ולא פרט לבנותיו שאין נוטלות אלא משום אומדנא וכיון דמשום אומדנא הוא דשקלי לא שקלי אלא במידי דראוי להן וכמ"ש הרא"ש בתשו' כלל פ"ה סי' ג' אבל באומר נכסי לבני ולבנותי אמאי לא יחלוקו בשוה וכה"ג כתב הרשב"א בתשו' אלף ומ"ג על ש"מ שנתן נכסיו לבניו ולבנותיו דנוטלת חלק כאחד מהם ובפ' מי שמת הביא המרדכי תשו' למהר"ם ז"ל סי' תרכ"ה ז"ל ולענין מה שאמרה לאחי' מה שבחדרי יהיה לך ולאחיותיך שקיל האח פלגא לבדו ואידך פלגא האחיות כדאמרינן מחצה לאהרן ומחצה לבניו יע"ש וראיתי להרב בעל נמוקי יוסף ז"ל שכתב גבי ההוא דאמר נכסי לבני והוה ליה ברא וברתא מי קרו אינשי לברתא בני או לא וכתבו המפרשים דהאי דינא בין בש"מ בין בבריא עכ"ל ואין אלו אלא דברי תימא דכיון דאמר כל נכסי אי אפשר שלא יהיה דבר הראוי לבנות טפי וכמ"ש הנ"י ז"ל בסמוך לעיל יע"ש ואילו בבריא אמרי' הראוי לבנות לבנות ואפי' היכא דאמר נכסי לבני וכמ"ש הרמב"ם והטור כנז"ל וכ"נ מדברי רשב"ם בסוגיין שפי' ז"ל ההוא דא"ל בשעת מיתה ע"כ:

סימן מד

וראיתי להרא"ש ז"ל שכתב בתשו' הביאה הטור בסי' הנז"ל דהיכא דאמר ליתמי אחותי אין להוציא בנות מכלל יתומים ע"כ והרשב"א ז"ל סי' תתקס"ג כ' דהאומר והנני נותן שליש ליתמי אחותי דאין בנות בכלל ע"כ ולכאורה נראה שחולק עליו וכ"כ הרב"י ז"ל יע"ש ולע"ד זה אינו דהרשב"א איירי כשהיתומים ראוים לירש ואע"ג דלשון זה משמע בין בנים בין בנות מ"מ כיון דאין אדם רוצה לעקור נחלה דאורייתא ודאי דלבנים הראוים לירש כוון:

סימן מה

כתב הרב"י בסי' רנ"ג בשם הראב"ד ז"ל אשר שאלת במחלק נכסיו לפני אשתו ואמרה לו איתתא מה תהא עליה ואמר ינתנו ליך אלף זוז ולא אמר שום לישנא יתירא אם לא אמר בכתובתה אינה נוטלת אלא מה שצוה לה ע"כ וכתב הב"י ז"ל צ"ל דכשכתובתה פחות ממה שצוה לה או שוה לו דאלו היתה כתובתה יותר ממה שצוה לה לאו כל כמיניה

להפסידה ע"כ ולכאורה דבריו צ"ע דא"כ מה זו שהשיב הראב"ד ז"ל וקאמר דאם לא אמר בכתובתה אינה נוטלת אלא מה שצוה דמשמע דאם אמר בכתובתה אז נוטלת יותר ואם מה שצוה ה"א שוה כנגד כתובתה היאך נוטלת יותר והא אמרינן בגמרא אם אמר בכתובתה לא יטול שניהם אלא רצה נוטל זה רצה נוטל זה וצ"ע ומה שהכריח הרב ב"י ז"ל כן דאלו היתה כתובתה יותר לאו כל כמיניה להפסידה אינו הכרח דכיון דחילק לפניה והיא שותקת הפסידה כתובתה. (א"ה עיין בטור א"ה סי' ק"ו וצ"ל דאיירי במחלק נכסיו לבניו או דס"ל כסברת רשב"ם ז"ל ועיין בס' כנה"ג שם אות ז'):

סימן מו

באומר מהיום ולאחר מיתה אי בעי קנין כמתנת בריא ראיתי שנחלקו בה רבותינו האחרוני' ז"ל דמוהריב"ל בח"ב סי' ל"ו תפס בפשיטות דצריך קנין כמתנת בריא והרב מוהרא"ש ז"ל בסי' קנ"א תפס בפשיטות דכיון דכתיב מהיום ולאחר מיתה עדיף מכל מתנת בריא ואין צריך קנין לא בקרקעות ולא במטלטלין יע"ש. ולע"ד נראה כדברי מהריב"ל וכ"כ הרב נמוקי יוסף בפרק מי שמת גבי פלוגתא דרב ושמואל במתנת ש"מ שכתוב בה קנין וז"ל ומיהו הא דאמרינן דדברי ש"מ ככתובין וכמסורין ולא בעי קנין היינו היכא דלא כתיב בשטר מהיום אבל אי כתב מהיום ולאחר מיתה בעי קנין דכל שמחיים מקנה לא קנה בדיבור וזה ברור בעיני המפרשים וכן כתב הרמב"ן בחידושיו יע"ש. (א"ה ולע"ד נראה להביא ראיה לסברת מהריב"ל ממאי דהקשה תלמודא בפרק יש נוחלין דף קל"ה גבי מתני' דמי שמת ונמצאת דייתיקי וכו' דהקשה תלמודא שם אלא מהיום ולאחר מיתה הוא דהויא מתנה מעכשיו לא וכו' ואם איתא לסברת מהרא"ש ז"ל לק"מ) וראיתי למהר"י אדרבי ז"ל סימן קי"ד במצוה מחמת מיתה ואמר מעכשיו דכיון שאמר מעכשיו אע"פ שיפרש ויאמר שמצוה מחמת מיתה וכונתו להקנות לאחר מיתה הרי מלת מעכשיו סותרו ואין לנו אלא מה שמוציא מפיו והביא ראיה מדברי הרב הנ"י הנז' יע"ש ולא ידעתי מי הגיד לו דההיא דהרב הנ"י ז"ל איירי במצוה מחמת מיתה דפשטן של דברים נראה דאיירי בסתם מתנת שכיב מרע ועיין בספר פ"מ בח"א סימן ל"ד שדחה סברת מהרא"ש הנז' ובסי' פ"ג:

הלכות שלוחין ושותפין

השאלה וגם תשובת הרב המורה נאבד ומתוך תשובתו יובן מעשה שהיה איך היה:

סימן א

ראיתי את השאלה ומה שנגזר עליה מאת הרב המובהק הפוסק נר"ו ואנכי היום גולה אני ממקומי וספרי אינם אתי עכ"ז הוכרחתי לגלות את דעתי קמי חד מהגדולים הוא הרב המובהק מר שמואל נר"ו אשר רצה לעמוד על דעתי כי ע"כ אמרתי לכתוב שורותים מן הרשום בזכרוני ותחלת דברי אביא מ"ש ה"ה הפוסק נר"ו ועלימו תטוף מלתי. וזה יצא ראשונה הנה הפוסק נר"ו יצא לידון בדבר חדש דע"כ לא אמרו דשליח ששינה נתבטל שליחותו היינו היכא ששינה ולא לתועלתו של המשלח אבל היכא שהשינוי היה לתועלתו של המשלח כנ"ד לא נתבטל שליחותיה וכופין למשלח לקבל המקח אלו ת"ד הפוסק נר"ו:

ואני הכותב שואל ממנו דכפי דבריו מוכח שכל שבשעה ששינה היה לתועלתו של המשלח הגם כי נפחתו אח"כ ברשותיה דמשלח נפחתו ולפי זה איכא לאקשויי מההיא דנתן מעות לקנות חטים לסחורה ואזל וזבן שעורים דמוכח מהגמרא דלא חשיב שינוי אפי' לר"מ משום דלהרווחה נתכוון ואפי' הכי אמרינן דאם פחתו פחתו לשליח כיון דזבין שלא ברשות וכמ"ש הרי"ף והרא"ש והרמב"ם ז"ל. ומ"ש הרא"ש שם בפסקיו עלה דהאי מימרא דאם הותירו הותירו לו משום דשליחותיה קעביד לאו למימרא דהוי שלוחו לגמרי עד שכופין למשלח לקבל המקח אלא לענין זה בלבד הוא דקאמר לה שאם הותירו הותירו למשלח וה"ט משום דהשליח נתכוון לזכות לבעל המעות ולהכי כל שרוצה המשלח לזכות בהם זכה בהו מעיקרא כדין כל הזוכה בשביל חברו שלא מדעתו אלא דלדידי חזי לי מתוך דברי הרמב"ם ז"ל בפרק ה' מהלכות שלוחין דמה שאמרו אם פחתו פחתו לשליח ה"ד במידי דנפחת מחמת שינוייו שאם לא הי' משנה והיה עושה כמי שא"ל המשלח לא הוה אתי פחתא. אבל בפחת דאונסין שנגנבו או נאבדו דאפי' אם לא היה משנה והי' קונה חטים היו ג"כ נגנבים כי זבן שעורים ג"כ ונאבדו נאבדו למשלח דמאיזה טעם אתה מחייבו אי משום דחשיב גזלן ליתא וכמ"ש המרדכי ואי משום שהוא שומר הא לא אתיא תקלה מחמת פשיעתו וזאת הסברא לא נפלאת היא ולא רחוקה היא דעת י"מ שהביא הר"ן ז"ל בתשו' וכבר ראיתי להרב המבי"ט בתשובה שהבין כן בדעת הרמב"ם ז"ל וזכורני שכ"כ הרב מהר"י לבית הלוי ז"ל והש"ך בסי' קפ"ג פסק שכן עיקר ולפי דברים אלו צריכים אנו לחלק ולומר דכל כה"ג לא אמרי' כיון ששינה נתבטל שליחותו ואם נגנבו החטים נגנבו לשליח דכיון דהמשלח הוי קרוב לשכר ורחוק להפסד שאם הותירו הותירו לו ואם פחתו פחתו לשליח כה"ג לא בטיל שליחותיה כיון דהשליח חייב לשלם את אשר עוותו ולהכי כי נגנבו השעורים נגנבו למשלח דפחת זה לא אתא

מחמת שינויו מעתה דון מינה ואוקי באתרין דאע"פ ששינה השליח בשליחותיה כיון דלהרווחת המשלח ולתועלתו נתכוון לא בטיל שליחותיה ולא מחייב השליח בפחת הסחורה שלקח אלא בכדי סכום הדמים שהותיר אבל בכדי סכום הבגדים שאפילו אם לא היה משנה השליח משליחותיה הוה אתי האי פחתא כי שינה נמי קיימי ברשותיה דמשלח ואע"פ שיש חולקים בזה ע' בתשו' הר"ן סי' ע"ג דף קנ"ט ע"א מ"מ מצי למימר המוחזק קי"ל כסברת הני רבוותא ז"ל:

ועוד ראיתי לה"ה הפוסק נר"ו טעמא אחרינא לזכות לשליח דאין זה חשיב שעבר על דעת המשלח אלא שליחותיה עבד והוסיף ע"ד ודימה לה לאומר לשלוחו זבין לי ליתכא ואזל וזבן כורא דקי"ל דמוסיף ע"ד וליתכא מיהא קני וה"ה בנ"ד וגם בזה לע"ד עדיין איכא לדחויי ולומר דע"כ לא אמרינן דמוסיף ע"ד וליתכא מיהא קני ה"ד בא"ל זבין לי ליתכא דאע"ג דאזל וזבן כורא לא עקר שליחותיה דמסתמא אין המשלח מקפיד על מה שהוסיף כיון דלא מטי ליה שום פסידא שהרי אין הלוקח יכול לקנות יותר מליתכא משא"כ כי פריש וא"ל הזהר שלא תזבין יותר מליתכא כי אזל וזבן יותר ה"ז מעביר על דעתו הוי כיון דהקפיד המשלח בכך שלא יעשה כן שלא היה צריך להקפיד כיון דהקפיד קפידתו קפידא ובטל שליחותיה וכיוצא לזה כתב ה"ה בפ"ט מהלכות גירושין בדין אמר ליה לשליח טול ממנה חפץ והב לה גיטה יע"ש. אלא שעדיין יראה דבנ"ד כיון דדרך הסוחרים בכך שמשתתפים דמים עם הסחורה כדי למצוא חליפיו איכא למימר דזה שא"ל המשלח שלא ישתף דמים על הסחורה לאו למימרא שאם יעשה כן שיתבטל שליחותיה לגמרי אלא אצטריך לומר לו כן דאי לאו הכי הי' השליח מוסיף דמים דאורחייהו דתגרי בכך ואי הוה מטי אח"כ שום פסידא הוה מטי למשלח ואפי' במה שלקח כנגד הדמים ולהכי גילה לו דעתו שאם יוסיף דמים עם הבגדים כל מה שהוא כנגד הדמים שיהיה לשליח אבל לא שיתבטל שליחותיה לגמרי דאין טעם להקפיד בכך. ומנא תימרא דלא דייקינן בלישניה דמשלח ממש כל היכא דאיכא למיתלי טעמא לקפידתו ולא יותר מההיא שאמרינן בפרק אלמנה פשיטא זיל זבין לאחד ולא לשנים הא קא"ל ולא לשנים ופירש רש"י ז"ל מכרו בטל אם מכרו לשנים דגלי דעתיה דקפיד באפושי שטרא עכ"ל. משמע מדבריו דאם מכרו לשנים בשטר אחד מכרו קיים ואף על פי שא"ל ולא לשנים ול"ד לאומר אל תגרשנה אלא בימין וגרשה בשמאל דאינה מגורשת כיון ששינה ואע"פ שאין טעם לקפידא דהכא שאני דאיכא למיתלי ולו' דמה שא"ל ולא ב' היינו בב' שטרות דאיכא צד לאקפודי וכל כמה דאיכא למתלי לקפידא בטעמא תלינן בה ולא יותר. ובמקום אחר הארכתי בזה והוכחתי לה מדברי הרשב"א וכעת איני יכול

להאריך. ולפי זה עלה לנו דהדין עם השליח לכפות למשלח שיקבל הסחורה שלקח בעד חליפי הבגדים והשאר יהיה לו לבדו. ועוד איכא טעמא אחרינא לזכות לשליח ממה שבא כתוב בשאלה שהשליח בראייתו שאם לא ישתף מעות עם הבגדים כדי לעשות חליפין לא ימכרו לעולם ואזלי לאיבוד ככה"ג יראה דה"ז השליח כל מה שעשה הוא כדי להשיב אבידה ואיכא למימר ג"כ שאם היו הבעלים יודעים בזה לא הוו קפדי לומר שלא ישתף מעות עם הבגדים וכיוצא לזו כתב מהרד"ך בתשו' וכעת אין ספרו בידי להעתיק את דבריו. כללא דמלתא אמינא כי דעתי נוטה לזכות לשליח וכמ"ש ה"ה הפוסק נר"ו הנלע"ד כתבתי:

סימן ב

ראובן שעשה שליח לשמעון שיקנה לו קרקע פלוני והלך השליח ולקחו ולא הודיעו השליח למוכר שהוא שליח וטעה כל שהוא ואח"כ נתברר בעדים שהוא שליח בירור גמור אם המקח בטל ואם יש חילוק בין אם המעות עדיין ביד השליח להיכא שכבר נתנם והם ביד מוכר יודיענו מורינו:

תשובה לכאורה נראה דכל שלא הודיעו המקח קיים כמבואר בדברי הרמב"ם בפ"א ובפ"ב מהלכות שלוחין אמנם כד דייקינן שפיר נראה דהיינו טעמא דכל שלא הודיעו דהמקח קיים הוא מפני דכיון דלא א"ל שקונה אותו לפ' לעצמו קנאו כמ"ש הרא"ש והטור בסי' קפ"ב יע"ש. ולפי זה נראה לי דע"כ לא אמר הרמב"ם ז"ל דכל שלא הודיעו המקח קיים אלא כששינה השליח שינוי גמור במזיד אבל אם טעה ונראה שהוא בשוגג המקח בטל ותדע שכן הוא שהרי הרמב"ם ז"ל בריש פ"א כתב דבפחות משתות המקח חוזר ומשמע דבסתם אייריי וראיה מדכתב סמוך לזה נתן מעות לשלוחו ולקח שלא באחריות כו' דאייריי בסתם שלא הודיעו שהוא שליח אלא ודאי דההיא כיון דהוי שינוי גמור שאין אדם לוקח שדה שלא באחריות המקח קיים ומפסיד השליח אבל הכא כיון דלא הוי שינוי גמור דעבידי אינשי דטעו בכל שהוא הוי שוגג והמקח בטל ואין השליח מפסיד כלום אף שלא הודיעו שהוא שליח וכן משמע מסוגיין דנדרים דף צ"ו דפריך ממתני' דהכהנים שפיגלו במקדש מזידין חייבים שוגגין פטורים אלא שפיגולן פיגול אא"ב שלוחי דשמיא הוו היינו שפיגולן פיגול אלא אי אמרת שלוחי דידן הוו אמאי פיגולן פיגול לימא ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי ע"כ ואלו אריישא דמזידין לא פריך מידי ופירש הר"ן ז"ל דה"ט דכל שמפגל במזיד אינו עושה שליחותו אלא אדעתא דנפשיה קעביד אבל בשוגג אי שלוחי דידן נינהו אמאי פיגולן פיגול הא כיון דשוגג הוא לאו אדעתא דנפשיה קא עביד שמתכוין הוא לעשות שליחותו ולימא ליה לתקוני שדרתיך

ולא לעוותי ע"כ ומדבריהם אלו יש ללמוד דכל שהשליח מכוין לעשות שליחותו וטעה בכל שהוא דהמקח בטל אירי אפי' כשלא פירש שהוא שליח אלא קנה בסתם ואפ"ה כל שידענו שהוא שליח המקח בטל ואין לו למשלח על השליח שום טענה ואפי' הלכו הבעלים או שקנה מעובד כוכבים דלא מצי תבע לעובד כוכבים לא מחייב השליח לשלם כיון דשוגג היה וכ"נ מדברי הנמוקי יוסף בפרק איזהו נשך וז"ל והיכא דלא התנה השליח כשער הגבוה לאו שינוי גמור הוא ומעשיו בטלים אבל היכא ששינה ממש בשליחותו שליח משלם והמעש' קיים עכ"ד. וגדולה מזאת כתב המרדכי בפ"ב דקדושין בשם ריב"ן דאפילו לא ידע שהוא שלוחו ואח"כ נודע בעדים שהיה שלוחו המקח בטל יע"ש. העולה מכל מ"ש דכל שטעה השליח בשוגג אף שלא הודיעו למוכר המקח בטל ואין לו לשליח להפסיד כלום וכ"כ בהגהות מרדכי פ"ק דמציעא בשם אבי"ה וז"ל וא"ת בפרק האיש מקדש האומר לשלוחו צא וכו' וכן בדיני ממונות וכו' אמאי לא משלמי השלוחים משום לתקוני שדרתיך וי"ל כיון דאיכא תרי היו סבורים להיות עדים וע"כ לא פרעי בסהדי עכ"ל. הרי מבואר דכל שטעה השליח בדעתו בשוגג אינו חייב לשלם ובפ"ד מהלכות פקדון כתב הרמב"ם ז"ל דהשמש פטור מפני שדימה שהוא מראה מקום ואינו מקפיד ועל פי זה אין צריך למ"ש התוס' שם לחלק בין מין א' לב' מינים יע"ש הן אמת כי לכאורה איכא לאקשויי מההיא דכהנים שפיגלו דקאמר בפרק הניזקין דלמאן דאמר היזק שאינו ניכר שמיה היזק הא דשוגגים פטורים הוי מפני תיקון העולם וי"ל דהתם כיון דהיה לו ללמוד ולא למד הוי קרוב למזיד אי נמי דהתם כיון שהזיק בגוף הדבר קי"ל דאדם מועד לעולם אפילו שוגג והא דאמרינן בפרק המקבל זבן בק"ק ושוה ק' סבור לומר מצי א"ל לתקוני שדרתיך ופירש הר"ן בקידושין דהיינו לומר שישלם השליח התם נמי פושע הוא דלא עביד איניש למיטעי כל כך ועל פי האמור לעיל באו בדקדוק דברי הרמב"ם ז"ל ריש פ"א מהלכות שלוחין שכתב ז"ל שליח שעבר על דברי משלחו לא עשה כלום וכן אם טעה בכל שהוא בין בקרקע בין במטלטלי חוזר עכ"ל דבשעבר השליח כתב הרמב"ם ז"ל לא עשה כלום ובטעה השליח כתב דחוזר וה"ט משום דכשעבר על דברי משלחו אם הודיע שהוא שליח המקח בטל ואם לא הודיע שהוא שליח הדין עם השליח אבל בטעה השליח אם יש עדים שהוא שליח חוזר המקח ואי ליכא עדים מה שעשה עשוי ואין השליח מפסיד כיון דלא נתכוון לעבור ע"ד משלחו:

איברא דלכאורה נראה דדבר זה במחלוקת שנוי ומדברי הכ"מ פ"א מהלכות שלוחין נראה דס"ל בדעת הרמב"ם ז"ל דאף כשטעה השליח בכל שהוא אם לא הודיעו המקח קיים והשליח מפסיד וכן הבין הראב"ד ז"ל בדעת הרמב"ם ז"ל ואף לדבריו נראה דכל

שהמשלח רוצה המקח קיים והשליח מפסיד ואף מדברי הר"ן פ"ב דקדושין משמע דס"ל דכל שלא הודיעו אף שטעה בכל שהוא המקח קיים והשליח מפסיד וכ"נ שהוא סברת הי"מ שהביא המרדכי שם ז"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי י"מ שהי' גלוי ללוקח ולמוכר בשעת המכירה שהי' שליח אבל אם אינו יודע ששלוחו הוא וטעה בכל שהוא המקח קיים והשליח שעיות יפסיד עכ"ד מדברים אלו נראה דאע"פ שידוע עתה על פי עדים בבירור שהוא שליח מ"מ כל שלא הודיעו בעת המכירה המקח קיים והשליח מפסיד אף שהשליח טעה כל שהוא בשוגג ובפרק הרבית בההיא עובדא דיהב זוזי לנדוניא דבי חמוה כתב הר"ן ז"ל וא"ת ומה בכך והלא הוא בסתם קנה ואין למוכר דין ודברים אלא עמו ולמה לא יקבל השליח מי שפרע לאו קושיא היא דמה בידו לעשות דע"כ המוכר חוזר בו וכ"ת יקנה משלו הא לא אמרי' דמעיקרא לאו אדעתא דהכי נחית עכ"ל והרב הב"י בסי' הנ"ל הקשה עליו דהרי התם בגט פשוט לאו אדעתא דהכי נחית לקבולי עלי' אחריות ואפ"ה מחייבינן ליה לקבולי יע"ש ולע"ד לא קשה מידי דהתם כיון דשינה מדעת אמרינן ע"ד דנפשיה קעביד דבודאי אין המשלח יתרצה לקנות שלא באחריות אבל הכא דלא הוי שינוי גמור לאו אדעתא דנפשיה קא עביד שמכוין הוא לעשות שליחותו:

איברא דהר"ן ז"ל בפ"ב דקדושין הקשה ההיא דקאמר רב נחמן אבל שווי' שליח המקח בטל מההיא דגט פשוט דהמקח קיים ותירץ דהתם השליח לקח סתם משמע דבההיא דקדושין איירי דוקא במפרש ולפי מה שכתבתי אינו כן וההיא דקדושין איירי בין בסתם בין במפרש וצ"ל דמ"ש הר"ן ז"ל התם השליח לקח סתם לאו למימר דרב נחמן איירי במפרש דוקא אלא דההיא דגט פשוט הוא דקאמר דאיירי דוקא בסתם אבל לא במפרש ואף שהוא דוחק. כללא דמלתא דכל היכא דהשליח לא עבר ע"ד משלחו במזיד אלא שטעה כל שהוא ולא הודיעו למוכר שהוא שליח במחלוקת שנוי בין הראשונים דאיכא מאן דאמר דהמקח בטל ולא מפסיד שליח מידי אף אם הוא באופן שאי אפשר להחזירו למוכר וההפסד הוא למשלח ואיכא מאן דסבר דהמקח קיים והשליח מפסיד. ולפי זה בנ"ד אם נתן השליח המעות למוכר המקח הוא קיים ומפסיד המשלח ואם לא נתן השליח עדיין את המעות המקח הוא בטל. והשתא נשאר לנו להבין בעבר השליח ומכר בפחות שנראה מדברי הרמב"ם בפ"ב שאם לא הודיעו שהוא שליח המקח קיים ויהיה דינו בינו ובין השליח ואמאי הא כיון שעבר על דברי בעל הבית אין כאן שליחות והוי המקח בטל ובשלמא כשעבר ולקח ביותר אמרינן דהמקח קיים משום דאדעתא דנפשיה קא עביד ולעצמו לקחם אבל במוכר כיון שהשליחות בטל נמצא זה מוכר דבר שאינו

שלו ונראה מדברי הרמב"ם ז"ל שאין השליחות מתבטל בכך כיון דהשליח צריך לשלם משלו ואין כאן שום פסידא:

סימן ג

יבאר לן רבינו הא דקיימא לן דכל ששינה השליח מדברי המשלח בטל השליחות אם הוא דוקא בדבר שסתם בני אדם מקפידים עליו או אם אפילו אין סתם ב"א מקפידין עליו:
תשובה גרסינן בפרק כל הגט אמתני' דטול לי הימנה חפץ פלו' לא ישלחנו ביד אחר אמרינן עלה אמר ר"ל כאן שנה ר' אין השואל רשאי להשאיל ור"י אמר זמנין דאפי' גיטא לא הו' נעשה כמי שא"ל אל תגרשה אלא בימין וגרשה בשמאל דכ"ע היכא דנפקא לאפיה ויהביה ליה חפץ והדר שקליה מיניה גיטא כ"ע לא פליג' דגיטא מעליא הוי כי פליגי דא"ל שקול מינה חפץ והדר הב לה גיטא ואזל איהו ויהב לה גיטא והדר שקל מינה חפץ ר"י פוסל בו וכ"ש לשלוחו ע"כ סוגיא דשמעתין ופירש רש"י ז"ל דאפילו בששלחו על ידי אחר אינו נפסל אלא בששינה השליח ולא ישלחנה ביד אחר דקתני היינו לכתחלה דשמא ישנה השליח אבל התוספות ז"ל כתבו בשם ריב"א דאם שלחו ביד אחר פסול ואפי' לא שינה דקפיד בעל שאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר. ומדברי הרמב"ם ז"ל נראה שסובר כפירש"י שכתב ואם שלחו ביד אחר ונתן הגט תחילה ואח"כ נתנו החפץ אפי' מיד שליח ראשון אינו גט שהרי עבר ע"ד המשלח בדבר שסתם בני אדם מקפידין עליו שהרי הבעל א"ל טול החפץ תחילה ותן לה הגט והוא נתן ואח"כ נטל עכ"ל. נראה דס"ל ז"ל דאין השליחות בטל אלא כשעבר ע"ד המשלח וג"כ יש קפידא בדבר כגון זה דא"ל טול תחילה ואח"כ תן הגט והוא שינה מדבריו ונתן תחילה ואח"כ נטל וג"כ סתמא יש קפידא בזה השינוי אבל אי סתמא לא הוי קפידא אע"פ ששינה מדיבורו או שיש קפידא כל שלא שינה מדיבורו שא"ל לא נתבטל השליחות ואע"פ דקפיד איניש שלא יהא פקדונו ביד אחר מ"מ כל שלא א"ל את הולך כי שלחו ע"י אחר לא חשיב שעבר ע"ד המשלח:
איברא דקשה לזה ממ"ש הרמב"ם בה' עירובין דאי א"ל ב"ה ערב לי בתמרים וערב לו בגרוגרות אין עירובו עירוב מפני שעבר ע"ד ב"ה. והא התם סתם ב"א אין מקפידין על זה וכדמשמע שם בגמ' ואפ"ה בטל שליחותו ויש לחלק דהתם שאני דשינה בגוף השליחות שא"ל בתמרים וערב בגרוגרות ואף על גב דסתם בני אדם אין מקפידין על זה זה הב"ה הקפיד מכיון דהזכיר לו תמרים שלא היה צריך להזכיר לו גילה דעתו שהוא קפיד אבל הכא שלא שינה בגוף השליחות שא"ל טול ממנה החפץ והב לה גיטה וזה נתן לה גיטה והדר שקל החפץ אי סתם בני אדם לא הוו קפדי על זה אין זה חשיב ששינה מדעת

הבעל דלא קפיד זה אם יתן הגט קודם והוי כי אותה שכתב הרמב"ם ז"ל בה' תרומות פ"ד דאי אמר ליה כנוס גורני ותרום יע"ש. ועל מה שנראה מדברי הר"מ ז"ל דכל שלא עבר על דברי המשלח כגון דא"ל תן לה הגט וטול ממנה החפץ דאפי' נתן הגט תחילה ה"ז גט ואפי' שלחו ביד אחר ואע"ג דסתם בני אדם מקפידין על זה שאינם רוצים שיהא פקדונו ביד אחר ולכאורה קשה מההוא דפ' הכותב דאמרי' התם בין א"ל הב זוזי ושקול שטרא מצי א"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי דמשמע שאעפ"י שלא עבר ע"ד המשלח אפי' הכי כיון דסתם בני אדם קפדי ע"ז ה"ז עבר על שליחותו והתוס' ז"ל תירצו דשאני התם שפרעון המעות תלוין בשטר ובהזכרת לקיחת השטר גלי דעתיה שירא שלא יאמר סיטראי נינהו יע"ש אבל עדיין קשה דהא קי"ל דשליח שטעה בכל שהוא המקח בטל משום דא"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי והא התם דלא עבר על דברי המשלח וג"כ לא שייך לומר כי ההיא דסיטראי ואפ"ה אמרינן לתקוני שדרתיך וכו' והרב המגיד נתן טעם לחלק ביניהם דהכא גבי גט כל שהבעל לא הקפיד אין לשליח להקפיד דמה יועיל לה קבלת הגט אם לא יתן החפץ והרי אינה מגורשת בקבלתו אא"כ נתנו החפץ אלו דבריו ואינם נראים כן בדעת הר"מ ז"ל וכמו שהוא הרגיש בזה בסוף דבריו ועוד קשה במ"ש דליכא קפידא בזה כיון דאינה מגורשת בקבלתו אלא א"כ נתנו החפץ ואיברא שכן נראה מדברי הר"מ ז"ל אבל קשה דאפי' לא נתנה אמאי לא יהא גט כיון דלא תלה הגט בנתינת החפץ אשר על כן נראה לי בע"ד ליישב שכל השולח שליח חשיב כמי שפי' שאם יצא עוות מתחת ידו שאינו שלוחו ולהכי כי לא שינה מדברי הב"ה ונתן הגט תחילה והדר שקיל ממנה החפץ ה"ז גט דאין כאן שום עיוות אבל אי לא שקל החפץ כלל הרי יש כאן עוות ונתבטל השליחות ומ"ה כתב דאפי' שלחה ע"י שליח לא נתבטל השליחות כל היכא דליכא עיוות כיון דלא עבר ע"ד המשלח ואע"פ שסתם בני אדם קפדי ע"ז כל כמה דלא עבר ע"ד המשלח וג"כ לא נעשה שום עוות בשליחות משום קפידא זו בלבד לא נתבטל השליחות כיון דסוף סוף לא נעשה שום עיוות לא מצי א"ל אדעתא דהכי לא שלחתיך ועיין במהר"י קולון שורש כ"ז שכתב דשומר שמסר לשומר נתבטל השליחות יע"ש וכבר הארכתי בזה במקום אחר. והרי"ף ז"ל בפ' המפקיד גבי שומר שמסר לשומר דפטור דאע"ג דלא ניחא ליה לב"ה שיהא פקדונו ביד אחר היינו לכתחילה אבל בדיעבד פטור ושמעינן מינה דלא קי"ל כר"מ דאמר כל המעביר ע"ד ב"ה נקרא גזלן עכ"ד ולכאורה נראה מדבריו אלו דהאי טעמא דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר הויא קפידא גמורה ונקרא מעביר ע"ד ב"ה דאל"כ היכי יליף מהכא למעביר ע"ד ב"ה. אבל כד דייקינן בה נראה דליכא משם ראיה דההיא דמעביר ע"ד ב"ה נקרא

גזלן דקאמר ר"מ איירי אפי' היכא דליכא קפידא גמורה ולא מצי טעין אדעתא דהכי לא יהבי לך והכי מוכח שם בפ' האומנין דדחי תלמודא דלמא טעמא דר"מ לאו משום דמעביר ע"ד ב"ה נקרא גזלן אלא משום דאדעתא דהכי לא יהיב ליה וכ"כ הריטב"א ז"ל שם בחי' כ"י:

סימן ד

ראובן שא"ל לשמעון הולך מתנה זה ללוי לירושלים וכשבא שמעון לירושלים מצאו ללוי ואמ"ל הנה לך בידי מתנה ששלח לך ראובן השיבו לוי יהא לי בידך בין כך ובין כך נפטר לוי אי זכה לוי באותה מתנה אם לא כיון שעדיין לא הגיע לידו למ"ד דהולך במתנה לאו כזכי דמי:

תשובה בפ"ק דגיטין דף י"א אמתני' דתן גט זה לעבדי רצה לחזור אינו יכול לחזור פריך עלה נימא התופס לב"ח במקום שחב לאחרים קנה והקשה ר"י ז"ל דאפילו אי תופס לב"ח במקום שחב לאחרים קנה היכי שייך הכא דהתם ה"ט משום שהוא שלוחו וקונה אפי' בע"כ משום שהוא חייב לו והוי כאלו תפס הוא בעצמו אבל הכא אפי' העבד עצמו אינו יכול לעכב לאדון מלחזור בו אלו היה נותן לו גט ע"ד שלא ישתחרר בקבלה זו שהרי אינו חייב לשחררו ותירץ ר"י דעבד נמי עבד ליה ניחא דנפשיה וחשיב כקצת חוב ואעפ"כ כיון שאין האדון חייב לו כלום חשיב ליה חב לאחרים ע"כ. והר"ן ז"ל כ' ע"ז ז"ל ול"נ הדברים כפשטן דממתני' שמעי' דכל אדם יכול להעשות שליח מדעתו לזכות לחברו ומש"ה כל שא"ל האדון תן שחרור זה לעבדי הרי השליח יכול לומר הריני עושה עצמי שליח קבלה שלו והרי הוא כאלו עשהו עבד שליח לכך ומינה בעינן למילף דתופס לב"ח במקום שחב לאחרים קנה שהתופס יכול לעשות עצמו כאלו עומד במקומו של ב"ח. ולמדנו מדבריו דמה שאינו יכול השליח לזכות לעבד ה"ט משום דחשיב חב לאחרים שאין האדון יוכל לחזור ולפ"ז אפי' א"ל העבד יהא גט זה לי בידך לא זכה לו כיון דהוי תופס לב"ח במקום שחב לאחרים ולא קנה אפילו עשהו שליח. אבל לפי זה צריך להבין דבפרק האומר התקבל דף ס"ג אמרו ההוא גברא דשדר לה גיטא לדביתהו אזל שליח אשכחה דקא יתבא וליישא א"ל הילך גיטך אמרה ליה ליהוי לי בידך ואיבעי' להו שם אי מהניא כה"ג דמי אמרינן הא לא חזרה שליחות אצל בעל ולא חשיב שליחות כה"ג. והשתא קשה דמאי מספקא להו תיפוק ליה דכה"ג לא מהני דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים ואפילו אם עשאו האשה שליח לכך לא מהני כמ"ש התוספות והר"ן שם בפ"ק דגיטין והוכיחו הכי מההיא דפרק הכותב ולכן נ"ל דכל כה"ג שהוליך לה וא"ל הילך גיטך ואמרה ליה להוי לי בידך תו לא שייך לו' דהוי תופס לב"ח במקום

שחב לאחרים כיון דבידו הוא למוסרו לה באותה שעה וכיון שכן יכול לעשותו שליח קבלה וה"ה בנ"ד כיון שהשליח כבר הוליך אצל לוי וא"ל טול זה וא"ל להוי לי פקדון בידך נעשה שליח שלו וזכה לו כיון דלא חשיב חב לאחרים:

איברא דעדיין יש לגמגם דכה"ג לא נעשה שליח דהא לא חזרה שליחות אצל הבעל ונראה לע"ד דהאי טעמא לא שייך אלא בגט אשה דבעינן שיבא הגט לידה מיד הבעל או מיד שלוחו וכל שלא חזרה שליחותו לא מיקרי שלוחו של בעל ונמצא דלא בא הגט מיד הבעל אבל בעלמא דלא בעינן שיבא המתנה מיד הנותן ממש כי נמי לא חזרה שליחות ולא הוי זה שלוחו של נותן הרי זה השליח נעשה שלוחו של מקבל וזכה לו כיון שהנותן אמר לו ליתנה לזה וכן מצאתי בחי' משם הרא"ה דמה שאמרו הא לא חזרה שליחות אצל הבעל אינו אלא גבי גט דהוי כטול גיטך מעל גבי קרקע וראיתי להרב המבי"ט בח"ב סי' קצ"ה שכתב כדברי:

ואל תשיבני מדברי הרב מהרי"ט ז"ל שכתב בח"א סי' קכ"ז דכמו שאין השליח יכול לזכות לעצמו לפי שהוא כיד הבעלים מטעם זה עצמו אינו יכול לזכות לאחרים ע"י דלא חשיב שליחות כה"ג כיון דלא חזרה שליחות אצל הבעל דההיא איירי בשעשה שליח למכור דהשליח הוא המקנה ואי פסקה שליחותיה תו מי יקנה לו אבל הכא בנ"ד שלא עשהו שליח להקנות אלא להוליך אותו לפ' כיון דנרצה הנותן לתת לפ' הרי זה השליח יכול לומר הריני שליח קבלה של אותו פ' כדי לזכות לו. ומיהו דוקא כה"ג דנ"ד דלא חשיב חב לאחרים וכדכתיבנא וכ"ז הוי לפי תירוץ של הר"ן ז"ל שם בפ"ק דגיטין. אבל משינוייא דר"י שהביא הר"ן ז"ל שם נראה דאין אדם יכול לזכות לחברו ואפי' היכא דלא שייך לומר שהוא חב לאחרים כל זמן שהנותן לא אמר לו זכי זה לפ' וכן בדין דאין זכיה אלא מדין שליחות וכמו שאין אדם יכול לעשות שליח לקבל מתנה כמו שמפורש בירושלמי פ"ד דמעשר שני כמו כן אינו יכול לזכות לאחרים במתנה שא"ל חברו ליתן וגט שאני כמו שאמרו שם בירוש' משום שהתורה זיכתה לה בגיטה ולפי זה יראה דאפי' עשה זה המקבל שליח קבלה כדי שיזכה במתנה שהביא לו השליח לא זכה בה עדיין עד שיבא לידו של מקבל וכ"כ הש"ך ז"ל סי' קפ"ה וע' בטור ח"מ סי' קכ"ו סעיף כ"ו דנראה משם קצת דיכול המקבל לעשות שליח. איך שיהי' נראה דבנ"ד כיון דשלח ללוי שהוא ת"ח בירושלים הולך דידיה כזכי דמי דומיא למ"ש הטור דאם המקבל עני דהולך כזכי דמי משום דנעשה נדר ואינו יכול לחזור בו וה"נ כיון דלוי הוא ת"ח אע"פ שאינו עני מ"מ בכה"ג שהוא כעין דורון מצוה רבה קא עביד דכל המקריב דורון לת"ח כאלו הקריב בכורים ונעשה נדר. והריני חוזר לאקשויי ע"ד הר"ן ז"ל במה שכתב דכל אדם

יכול להעשות עצמו שליח לזכות לחברו ואע"פ שבעל הממון לא עשהו שליח. והלא הוא עצמו כתב בפ"ק דמציעא והביאו הנ"י שם אמתניתין דראה אותם רצין אחר המציאה שחצר המשתמרת דלא בעי' שיהא עומד בצד שדהו צריכה טעמא דהא משום יד לא מהני כיון שאינו עומד בצדה ומשום שליחות א"א שא"א לזכות לחברו מתורת שליחות אם לא שעשהו בעל הממון שליח והכא גבי מציאה ליכא בעל הממון עכ"ל. ולכאורה נראים דבריו סותרים אלו את אלו ונראה דהר"ן כלפי מציאה דוקא הוא דאמרה שאין אדם יכול לזכות לחברו מתורת שליחות אלא א"כ עשהו שליח בעל הממון משום דהוי תופס לב"ח במקום שחב לאחרים והא דמגביה מציאה לחברו קנה חברו הוי טעמא משום דאיכא מיגו דאי בעי זכי לנפשיה זכי נמי לחבריה הא לאו הכי לא עד שיעשה אותו בעל הממון שליח וכמ"ש הרמב"ם ז"ל דהא דתופס לב"ח במקום שחב לאחרים לא קנה אם עשאו הלוה שליח לזכות לו קנה:

סימן ה

כתב הרמב"ם ז"ל בפי"ב מהלכות שלוחין האומר לחברו מנה שיש לי בידך בין מלוה בין פקדון שלחהו לי ביד פ' אפי' היה קטן אם רצה לשלחו בידו ה"ז נפטר ואינו חייב באחריותו עכ"ל. וכתב הבכ"מ זה נלמד מהמשנה דהשואל את הפרה וא"ל השואל שלחה לי ביד בני ביד בנך ושלחו ה"ז חייב השואל דהו"ל כאלו הגיע לידו ובנו דקתני משמע אפי' קטן דאלו גדול היינו שלוחו עכ"ד. ויש להקשות ע"ז דאי כפי' דבבנו קטן אירי א"כ שלחה ביד בנך אמאי חייב השואל דעדיין לא יצאתה מיד המשאיל דידו כיד אביו וכמו שהקשו שם אמאי דקתני עבדו. ואדרבה משם איכא למילף דאפי' אי א"ל שלח לי ביד פ' כל שהוא קטן דאינו בר שליחות עדיין לא יצאתה מרשות הבעלים והכי יליף לה הרמב"ן ז"ל וכתב דאינו פטור עד שיאמר לו שלח ופטור ע' בבעל התרומות שער נ"ח ג':

איברא דמההיא דפרק הספינה יש ראיה לדברי הרמב"ם ז"ל וכמ"ש הרב בכ"מ דמשמע דאי לשדורי לשדריה נפטר החנוני ואפי' ששלחו ע"י הקטן ולדעת הרמב"ן ז"ל איכא לתרוצי ולומר דהתם כיון שמסר הפונדיון בידו של קטן אי א"ל שלח לי ע"י כמי שא"ל שלח ופטור קא חשיב וקרוב לזה כתבו התוספות בפרק הגוזל קמא דף ק"ד בסוגיא דשליח שעשאו בעדים וכו' בד"ה רבא אמר לא הוי שליח יע"ש או אפשר לומר דבנו שאני דכיון דידו כיד אביו כי יהיב ליה חנוני לקטן מדעת אביו כאלו מסר ביד אביו דמי וכן ראיתי להרשב"א בחידושיו למסכת קדושין שהביא משם התוספות גבי ההיא דאומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קדושיך דמכי מסר כסף הקידושין בידה זכה אבידה

דידה כידו. ומ"מ מאי דיליף הרמב"ן דין פקדון משואל את הפרה לע"ד לא דמי כלל דהתם כיון דברשותא דמריה קיימא עדיין היכי יתחייב זה מדין שואל כיון שלא קנאה משא"כ בפקדון דכל היכא דאיתיה ברשותיהו דמריה קאי ואינו קנוי לנפקד אלא שחייב לשומרו כי שלחו בידו מדעתו של מפקיד נפטר הנפקד שהרי מדעתו של מפקיד מסרו בידו נשאר לנו להבין לדעת הרמב"ם ז"ל ההיא דפרק השואל דמשמע דאע"פ שא"ל שלח לי ביד עבדך הרי זו פטור משום דעדיין לא יצאתה מרשות המשאיל וה"נ כי א"ל שלח לי על ידי קטן עדיין לא יצא מרשות הבעלים:

ונראה לע"ד לחלק דהתם שאני דאיירי במתה מחמת אונס ואין השואל גרמא לזה דאפי' לא היה שולחה היה יארע כזה אבל במלוה שא"ל ללוה שלח לי ביד פ' אע"פ שהוא קטן או עובד כוכבים דלאו בני שליחות נינהו מ"מ כיון שעל פי דיבורו שא"ל שלח לי ע"י נאבדו ה"ז כמי שא"ל שלח ופטור ול"ד לזרוק חובי דאינו נפטר עד שיאמר לו זרוק והפטר דהתם כיון דהלוה יכול לשומרם זרוק ושמור קא"ל אבל בשלח לי ע"י קטן כיון דאין הלוה יכול לשומרם שאינו הולך עמו בדרך כמי שא"ל שלח ופטור חשיב וכיוצא לזו כתב הרא"ש בתשו' המנעלים הביאה הטור בסי' ר"ץ וע' בפרק הרבית דף ע"א ע"ב דאיצטריך לאוקומה בדא"ל הניחם ע"ג קרקע והפטר. ונראה לי עוד ללמוד מדברי הרמב"ם ז"ל דכל ששלחו ע"י בן דעת הרי זה פטור ואפי' לא א"ל שלח לי ביד פ' ולא איצטריך לכשיאמר לו ע"י פ' אלא כדי לפוטרו אפי' בהיה אותו פ' קטן מדכתב בסמוך בדין השולח בנו קטן אצל חנוני ז"ל שלא היה לו לשלח אלא על ידי בן דעת משמע דכל ששלחו ע"י בן דעת נפטר החנוני דה"ק שלח לי ע"י בן דעת וזה סותר מה שדקדק הבכ"מ בפ"א מהל' שלוחין דין ח' ראובן ששלח כתב לשמעון וא"ל מנה שיש לי בידך שלחהו לי ביד לוי דדוקא בשייחד לו שליח אבל סתמא דא"ל שלח לא יע"ש:

סימן ו

מי שמינה שליח לקדש לו אשה אי מצי השליח למנות שליח תחתיו:

לכאורה היה נראה דיכול למנות שליח וכן מוכח בפשיטות מדברי רשב"ץ בתשו' שהביא הב"י בא"ה סי' קמ"א שכתב להכריח דשליח קבלה יכול למנות שליח דלא גרע זו מאשה שאמרה התקבלי בלי קידושי מיד פלו' וכשם שהיא יכולה למנות שליח ושליח שליח מדרשא דושלח ושלחה כדאיתא בפ"ב דקדושין ה"נ יכולה למנות שליח קבלה לקבל גיטה והשליח שליח דכלהו מחד דרשא נפקי עכ"ד. ומהם איכא למילף בנ"ד דהאיש שמינה שליח לקדש לו אשה דיכול השליח למנות שליח. אבל יש לדון בדברי הרב דאי בעיקר קרא דשליחות דמיירי בגרושין ס"ל לחולקים דלא מיירי בשליח קבלה משום

דמילי לא מימסרן לשליח א"כ קדושין נמי דיליף מגירושין נימא נמי דאין שליח קבלה יכול למנות שליח מה"ט גופיה וכן מצאתי בתוס' רי"ד שם בפ"ב דקדושין ומ"ש הרשב"ץ דגדולי האחרונים חלקו על הרמ"ה ז"ל וכתבו דלא אמרי' מילי נינהו ומילי לא מימסרן לשליח אלא כגון שא"ל לחתום בגט שאינו יכול לומר לאחר לחתום אבל למנות השליח שליח אחר לא אמרינן הכי דבריו באו סתומים. ולכאורה נראה שר"ל דדוקא לו לחתום בגט הוא דחשיב מילי אבל כשאומר לו לקבל ה לא חשיב מילי. לע"ד אנ"כ דכיון דהבעל או האשה שמינו אותו שליח לא מסרו בידיה חפצא אלא מילי אין כח ביד השליח למוסרם לאחר וכמ"ש הר"ן והרמב"ן והרא"ה ז"ל שם בפרק התקבל בהדיא שאין שליח קבלה עושה שליח משום דמילי נינהו אלא באומרת אמרו ומינתו היא שליח שלא בפניו ומדבריהם אלו מוכח דס"ל כדעת הרמ"ה דאם הרשה לשליח קבלה שימנה שליח לא מהני משום דמילי קא מימסרן ליה ואינו יכול למוסרם לאחר ולא מהני אלא באומרת אמרו לפ' שאני ממנה אותו שליח דהשתא איהי קא ממנה אותו שליח וכ"נ דעת הר"מ שכתב פ"ה מה' זכיה ששליח מתנה הרי הוא כשליח הגט שאם אמר אמרו לפ' ולפ' שיכתבו שטר מתנה ויתנו לפ' אינו מועיל ואפי' הרמב"ן ז"ל שחולק עליו שם וכתב דה"ד בגט משום דבעינן לשמה לא פליג אלא באומר אמרו לפלו' ולפ' דכל כה"ג הבעלים הוא דקא משווי שליח לאלו וזה הראשון מעשה קוף הוא דקא עביד ואפי' לפי מה שנראה מדברי הטור בח"מ סי' רמ"ד דלדעת הרמב"ן אפילו סתמא שאמר אמרו לסופר ולעדים מהני היינו משום דס"ל דכל שאמר אמרו לסופר שלא מסר להם לעשות שום דבר הרי הוא כאלו אמר אמרו להם משמי שיכתבו ויתנו דנמצא שהוא ממנה אותם שלוחים אבל כשממנה שליח ואומר אני נותן לך רשות שתמנה שליח אינו מועיל דאין כח ביד השליח למנות שליח כיון דעיקר השליח אינו אלא מילי:

ואיברא דמדברי הטור בא"ה סי' קמ"א נראה דחולק ע"ז שכתב ע"ד הרמ"ה שאם הרשהו האשה לשויי שליח דלא מהני משום דמילי לא מימסרן לשליח דאין נראה לו כן דלא אמרינן הכי אלא כשמסר לו דבר לעשותו דאינו יכול למוסרו לאחר אבל בשאומר לו בהדיא לאמר לאחר לחותמו כדאמרינן באומר אמרו לפלו' ופ' שיחתמו צא הוו מילי ע"כ ור"ל דגבי גט דפסול בכה"ג לאו משום דמילי הוי אלא משום דבעינן שמיעת קולו לענין כתיבה וכמ"ש הרא"ש שם בפרק האומר, הן אמת דמדברי הרא"ש ז"ל ליכא ראיה דאפי' הרא"ש לא קאמר אלא כשממנה שליח שלא בפניו אבל באומר לשליח שהוא ימנה שליח תחתיו אפשר דמודה דלא מהני וכיוצא לזו חילק הרא"ש ז"ל שם בפ"ב גבי שולח גט ע"י עובד כוכבים יע"ש ובהכי אתי לי שפיר הא דקאמר בשמעתין דאי כתובו הוא הא

כתב הגט נעשה כמי שאמר להם אמרו ומודה ר"י באומר אמרו ופירש רש"י ז"ל נעשה כאומר אמרו מדלא קפיד אכתב הגט. ולכאורה איכא לאקשויי א"כ כי אמר לג' תנו לבד נימא גם כן הכי דנעשה כאומר אמרו ואמאי פליג ר"י דאין לומר דבסתמא קפיד הבעל אכתיבה דידהו דוקא א"כ אמאי איצטריך למינקט מטעמא דמילי לא מימסרן לשליח אלא נראה לע"ד דהאומר לג' תנו כיון דס"ל דעשאן ב"ד הרי הוא כאלו א"ל שהם ישוו שליח ולהכי אינו מועיל אבל באומר בהדיא אמרו לפ' ופ' או אפי' סתמא אמרו לסופר ולעדים איהו הוא דקא משוה שלוחם שלא בפניו. ומ"מ נראה מדברי כולם דכל שלא אמר לשליח קבלה שישוה שליח אינו יכול למנות שליח משום דהוו מילי. וה"ה באיש הממנה שליח לקדש אשה וכ"כ מרדכי בפ' האיש מקדש משם הרב מדרויש דשליח קידושין מילי קא חשיב ואפי' מסר בידו טבעת ול"ד לשליח הגט דיכול למנות שליח כיון דמסר בידו הגט דהתם השליח יכול לגרשה בע"כ ולכך לא חשיב מילי דידו כיד הבעל אבל שליח קידושין אם לא תאבה האשה אינה מתקדשת הלכך ה"ל מילי וכ"כ בתוספות רי"ד:

סימן ז

כתב מהרי"ט ז"ל בח"א סי' קכ"ז דמי שעשה שליח שיקדיש בשבילו לא עשה כלום דהוו מילי ומילי לא מימסרן לשליח ע"כ. ולא הבנתי זה דמ"ש מילי לא מימסרן היינו לומר דלא מימסרן לשליח שיחזור וימסרם לשליח אחר אבל כל שאומר לשלוחו להקדיש או לאסור או להתיר שבועה מה מסירה שייך כאן דשלוחו של אדם כמותו ומ"ש דתרומה שאני דמחשבת תרומה חשיבא מעשה כו' הלא גבי הקדש נמי מחשבה חשיבה כמעשה וכמ"ש התוס' בפ"ג דשבועות יע"ש וראיתי בהר"ן פ"ק דפסחים שכתב דאיכא מ"ד דאין יכול לעשות שליח לבטל חמצו. ונראה דטעמא משום דאין אדם יכול להפקיר מה שאינו שלו משמע דכה"ג לא אמרי' שלוחו של אדם כמותו ולע"ד נראה כסברת החולקים וראיה דבפ"ק דתמורה איבעיא לן אי מקדיש עושה תמורה או מתכפר עושה תמור' ואמרו שם אי מקדיש עושה תמור' אם כן מצינו תמורה בצבור וכגון שאמרו לאחד צא והקדיש לנו וכן נראה מדברי הרמב"ם בפ"ה מה' בכורות וגבי הפרת הבעל בעי אי בעל מצי משוי שליח ע' פ"ב דנזיר דף י"ב ע"ב. והייתי ר"ל דאף למ"ד דגבי ביטול חמץ לא מצי משוי שליח היינו משום דהפקר לא חשיב מעשה ומשום הכי שרי לעשותו בשבת משא"כ בהקדש. (א"ה אפשר ליישב סוגיין דתמורה לדעת מהרי"ט ז"ל דאיירי שאמר לשליח שיקדיש לו שורו של שליח):

סימן ח

גרסינן בפרק כל הגט מתנה הרי היא כגט דמילי לא מימסרן לשליח וצ"ל במאי עסקינן אי באומר אמרו לסופר ויכתוב ולעדים ויחתמו הא אמרי' בפ' התקבל דבאומר אמרו מודה ר"י והכי ס"ל לשמואל והרמב"ם בהלכות זכיה פירש לה באומר אמרו והרמב"ן ז"ל חולק עליו ואמר באומר אמרו דפסול לאו משום מילי נינהו ותדע דהא שמואל אית ליה באומר אמרו דכשר וה"ט דהבעל מינה אותם שלוחים שלא בפניו ואפ"ה לדידן דאומר אמרו פסול בגט טעמא אחרינא הוי בגט וכו' מ"ד וכתב לה לשמה ובעי' שישמעו מפי הבעל כמבואר בטור חה"מ סי' רמ"ד. ולע"ד נ"ל מתוך דברי הרמב"ם שיש לדקדק בדבריו שאחר שכ' דבאומר אמרו אפי' לג' המתנה בטלה מה צורך לכתוב עוד אח"כ וכן אם אמר לב' כתבו וחתמו בשטר מתנה ותנהו לפלו' אינן יכולים לומר לסופר לכתוב אלא הם עצמן כותבין והשתא אם באומר אמרו בטל כ"ש באומ' כתבו ותנו אשר על כן נ"ל דע"כ לא אמר ז"ל ברישא באומר אמרו המתנה בטלה אלא באומר אמרו לפ' ופ' שיכתבו ויחתמו ויתנו הם דנמצא הראשונים לא עבדי שום מעשה אלא מילי הוא דמימסרא להו אבל אם עשאו שליח לא' וא"ל אמרו לפלו' שיכתבו וכן אתה לפיכך כה"ג לא שייך לומר מילי לא מימסרן לשליח שהרי השליח הח' הוא שמקנה אותו דשלוחו של אדם כמותו ומשום הכי בכתבו ותנו אי לאו טעמא משום דקפיד דאמר כתבו היו יכולים לומר לאחרים שיכתבו שהרי השליח מקנ' אותו וראיה לזה ממה שכתב הרמב"ם פ"ג מהלכות אישות ואם קידש בשטר אינו כותבו אלא מדעת השליח אלמא דהשליח הוא דמקנה אותה וה"ט דידו כידה וכן נראה מההיא דפ' אלמנה גבי האומר לשלוחו מכור לי שדה ומכרה לב' דקפידא הוי משום אפושי שטרא ופירש התוספות דקפידא דאפושי שטרא לאו משום זילת נכסים אלא משום שיצטרך לחזר אחר חתימת עדים וקנין והכא איירי כשהחתים השליח השטרות דליכא תו קפידא אלמא דכתיבת השטרות ע"ד השליח סגי אבל דעת הרמב"ן ז"ל שם שאין השליח הוא המקנה אותה אלא הבעלי' ולפי זה כתב דאם קידש בשטר אינו כותבו אלא מדעתה וע' מ"ש דף צ"א ע"ב יע"ש ולעד"נ דכשא"ל לך ומכור לפ' המוכר הוא המקנה ולא השליח וכשא"ל מכור זה סתם השליח הוא המקנה ולפי' אין השליח יכול לקנות לעצמו:

סימן ט

ראובן שנשבע שלא לקדש את לאה ואחר כך עשה שליח לשמעון וקידשה אם היא מקודשת אם לאו מכיון דאיהו לא מצי לקדשה שליח נמי לא מצי משוי כדאמרינן בנזיר כל מידי דאיהו לא מצי עביד שליח נמי לא מצי עביד או דלמא התם שאני דאיהו לא

מצי עביד ואם עבד לא עשה כלום אבל הכא כיון דאיהו נמי אם עבר ועשה מה שעשה עשוי שליח נמי מה שעשה עשוי:

איברא דאיכא למימר דהכא לא מהני מטעם אחר דקי"ל אין שליח לדבר עבירה ואי אין שליחות איך חלים הקדושין האמנם נראה דהא מלתא במחלוקת שנויה דבפ"ק דמציעא איכא תרי לישני דלחד לישנא כל היכא דשליח לאו בר חיובא כלומר דאם עשה זה המעשה לעצמו כגון שקידשה לנפשיה לא עבר אלאו ומשכחת לה בכהן שאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה דאם קידשה השליח לנפשי' לא עשה שום איסור כה"ג יש שליח לדבר עבירה ולפי זה מקודשת למשלח וללישנא בתרא בכה"ג אין שליח לדבר עבירה כיון דאי בעי עביד א"כ לא עביד זולת בחצר דבע"כ קא מותיב והשתא נדון דידן נמי דשליח לאו בר חיובא הוא אם קידשה לעצמו ללישנא קמא יש שליחות וללישנא בתרא אין שליחות וראיתי להרא"ש ז"ל בשם הרמ"ה ז"ל שפסק כלישנא בתרא וכן כתב הנ"י ז"ל:

אמנם קשה לי ע"פ זה מההיא דתנן בריש פ' המדיר את אשתו עד ל' יום יעמיד לה פרנס פריך עלה ופרנס לאו שליחותיה קא עביד ע"כ אלמא דכל היכא דשליח לאו בר חיובא יש שליח לדבר עבירה והב"י בי"ד סי' ק"ס הביא תשוב' לרש"י ז"ל שמותר לומר לשלוחו לוה לי מעות מישראל ברבית ומותר לתת לשליח אח"כ הרבית להביאו למלוה דלא אסרה התורה אלא רבית הבא מיד לוה למלוה והשליח אינו עושה שום איסור שאין הרבית שלו ואי משום ששלוחו של אדם כמותו אין שליח לד"ע והקשה ע"ז מדין רבית ע"י עובד כוכבים דלא אמרינן אין שליח לד"ע ומהר"ם איסראלאש ז"ל חילק בזה דעובד כוכבים שאני כיון דלאו בר חיובא יש שליח לד"ע משמע מדבריו דלישנא קמא עיקר וכ"כ הש"ך וכ"כ בהג"ה בח"מ סי' קפ"ב איברא דהש"ך ז"ל שם דחה דברי מהרמ"א וס"ל כשנוייא בתרא יע"ש וההיא דהמדיר היה נראה לי לדחות דלא שייך שם לומר אין שליח לד"ע דאין הבעל עובר שום איסור ואפי' כי נתנם בידו וכמ"ש הר"ן ז"ל בפ"ב דנדרים דף ט"ו ע"א ז"ל הלכה אסורה בהנאתה ולוקה כלומר לוקה היא אבל הוא אינו לוקה שהרי לא עשה שום איסור אלא שהדירה ואפשר דתנא נמי הא אשמועינן אגב ארחיה דעלה רכיבא איסורא אבל לא עליו כלל אבל הר"מ ז"ל כתב לוקה הוא שהדירה אם ההנה אותה אבל היא אינה לוקה כיון דלא נדרה כלל לא שייך בה לא יחל דברו וליתא בודאי הוא אינו לוקה מדאמרינן בפרק אין בין המודר גבי יש מעילה בקונמות א"ל רב אחא לרב אשי ככרי עליך ונתנה לו במתנה מי מעל למעול נותן הא לא אסירא עליה אלמא אין האוסר עובר כלל עכ"ל וכן כתב בפ' אין בין המודר דף ל"ה ע"א יע"ש. אבל לע"ד

אין זה הכרח דנהי דאסור לנותן להאכילו לנאסר מ"מ לא מצינו מעילה בדבר המותר לו לאכלו וכן פי' הרא"ש ז"ל שם וכן הוא דעת הר"מ ז"ל שם דהנודר עובר משום בל יחל אבל לא הנאסר וכדבריו נ"ל להכריע מההיא דתנן בפ"ב המודר הנאה מחתנו והוא רוצה לתת לבתו מעות צריך להתנות ע"מ שאין לבעליך רשות בהם דאל"כ אסור ליתן ולפי סברת הר"ן ז"ל דאין האוסר עובר כלל אמאי צריך להתנות יתן לה בסתם וחתנו לא יהנה בהם אבל לדעת הרמב"ם ז"ל אם לא התנה אסור ליתן דכיון דיד אשה כיד בעלה קנאם הבעל ונמצא זה מהנה לחתנו אבל אם נדר הבעל בהנאת חמיו יכול ליתן לבתו בסתם וא"צ להתנות דאיהו לא עביד שום איסורא כיון דלא נדר ואע"ג דממילא הבעל קנאם חשיב הנאה הבאה לו לאדם בע"כ וזה אינו רוצה באותה הנאה ותהנה בתו מהם ולא עוד אלא דבכה"ג איסורא לא בעי ולא ניחא לי' דליקני כדאמרינן בפרק השואל למעול בעל התירא ניחא ליה דליקני איסורא לא ניחא ליה דליקני ולעבור משום בל יחל:

וראיתי למוהראנ"ח ז"ל בח"ב שרצה לומר בנדון זה דכיון דאיהו לא מצי עביד שליח נמי לא מצי משוי מההיא דגמ' ולע"ד לא דמיא כמש"ל ואפי' תימא דאיהו לא מצי עביד משום איסורא דרביע עליה שליח מצי משוי ודמיא לאותה שאמרו בפ"ק דקידושין דאין עבד מקבל גיטו מיד רבו שליח מצי משוי לר"ש בן אלעזר ופריך ומי איכא מידי דאיהו לא מצי עביד ומצי משוי שליח והאמר רב הונא הני כהני שלוחי דרחמנא נינהו דאס"ד שלוחי דידן מי איכא מידי דאנן לא מצי עבדי ומצי עבדי שליח ומשני הכא בר שליחות הוא וכו' וה"ה נמי בנ"ד. ובפ"ק דמציעא אמרי' הכהן שא"ל לישראל צא וקדש לי אשה מגורשת ה"ז מקודשת לרבינא ולא אמרי' כל מילתא דאיהו לא מצי עביד לא מצי משוי שליח וע"כ ה"ט כמ"ש דכיון דאי עבד הוא מה שעשה עשוי אלא שעבר עבירה שליח נמי מצי משוי ובנ"ד היה נראה כיון דראובן נשבע שלא לקדשה כי עשה שליח לקדשה כיון דהשליח לאו בר חיובא ה"ז מקודשת לסברת מהר"ם והמרדכי דפסקו כשינוייא דרבינא וכמ"ש מהר"ם בהדיא בתשו' סי' רצ"ט. אבל לדעת הרא"ש והרמ"ה דפסקו כשינוייא דרב סמא דבכה"ג אין שליח לדבר עבירה כיון דאי בעי עביד אי בעי לא עביד ה"נ בנ"ד אין שליח לדבר עבירה ואינה מקודשת וכמ"ש התוס' שם דכל היכא דאמרינן אין שליח לד"ע אשה אינה מקודשת ואיברא דפשטא דשמעתין דקאמר למ"ד אי בעי עביד אי בעי לא עביד לא מחייב שולחו משמע דלכ"ע אשה הרי היא מקודשת ולענין חיובא בלבד הוא דפליגי דלא חשיב כאילו קידשה הוא בעצמו:

ועוד יראה לע"ד דבנ"ד לא שייך לומר אין שליח לד"ע כיון דאין האשה גופה אסורא למקדש אלא איסורא הוא דרביע עלי' שלא לקדשה מחמת שנשבע אבל הקידושין עצמן

אינם עבירה וכיוצא לזה מחלק בירוש' בדין הקורע בשבת דיצא י"ח קריעה ואותיב לי' ממצה גזולה דהוייא מצוה הבאה בעבירה ואינו יוצא בה ומשני תמן גופא עבירה ברם הכא איהו הוא דקעבד ועוד דבנ"ד כיון שהשליח לא היה יודע שהמקדש מושבע הוא שלא לקדשה כה"ג לא אמרינן אין שליח לדבר עבירה וכמ"ש התוספות בקידושין דכל היכא דשליח לא ידע יש שליח לדבר עבירה דלא שייך לטעם דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין עיין מש"ל בסוף הלכות שותפין:

סימן י

במאי דקי"ל דכל מלתא דאיהו לא מצי עביד לא מצי משוי שליח מוכח מדברי התוספות בפ"ב דנזיר דף י"ב ד"ה באשה שאין לה בת וכו' דאף במפרש ואומר לשליח שיקדש לו אשה פ' אחר שיגרשנה בעלה הוי דינא הכי ואף שהרב מהרי"ט ז"ל כתב בח"מ סי' כ"ג דסוגיא לא מוכח הכי ז"ל וקשיא לי דע"כ למאי דס"ד מעיקרא דקאמר כי משוי שליח למלתא דקמא קמיה לאו בשליחות תליא אלא בדעתו של אדם מדפריך מהיהיא דאם היו פקחין וכו' וכי מסיק דודאי דעת האדם נמי אמלתא דליתי' קמי' אלא דכי משוי שליח במידי דמצי עביד מנא לן דהדר ביה לגמרי ממאי דקאמר דדיינינן בדעתו של אדם ותלינן בשליחותו של שליח דכל מידי דלא מצי עביד השתא לא מצי משוי שליח ואפי' אמר בפירוש שיקדש מה שתהא ראויה לו באותה שעה נימא דהשתא נמי מסתמא אין בדעתו לשווייה שליח אלא אמאי דמצי עביד השתא אבל אי פריש פריש ע"כ עד שמכח זה רצה הרב ז"ל לומר דדבר זה במחלוקת הוא שנוי לע"ד דברי התוספו' הם מוכרחים מתוך הסוגיא דפריך שם ולא ת"ש האומר לאפטרופוס כל נדרים שתדור אשתי מכאן עד שאבא ממקום פ' וכו' יכול יהו מופרים ת"ל וכו' ואי לאו דאמר רחמנא הוא מיפר כו' ומאי פריך שאני התם דפריש ובפריש מהני אלא ע"כ צ"ל דכי קא משני אלא אמלתא דקא מצי עביד משוי שליח במלתא דלא מצי עביד לא משוי שליח היינו דלא מצי משוי ואפי' אי פריש לא מהני (ודוחק לחלק בין מפרש אותו דבר למפרש ואומר בכולל לשליח כל נדרים שתדור אשתי מכאן עד שאבא הפר לה):

סימן יא

מי שרוצה לתקן המעקה ע"י אומן עובד כוכבים אי יברך עליו:

תשובה ברפ"ק דמציעא סבירא ליה לרב נחמן דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חברו ואותביה ליה ממתני' דהשוכר את הפועל לעשות עמו מלאכה היום מציאתו לב"ה אלמא דהמגביה מציאה לחברו קנה חברו ומשני שאני פועל דכידו של ב"ה דמי ע"כ. ואיכא למידק בה דמ"ש פועל משליח בעלמא אי משום דיד פועל כיד ב"ה שליח נמי קי"ל

שלוחו של אדם כמותו וכב"ה דמי ואפ"ה ס"ל דלא קנה חברו אבל פי' דמלתא הכי הוא דשליח שאני משום דאין אדם יכול לעשות שליח שיזכה לו במקום שחב לאחרים מה שאין כן בפועל דכיון דפועל גופו קנוי לב"ה לגמרי חשיב ידו כיד ב"ה ממש ונמצא שאין דין הפועל והשליח שוים דשליח שרוצה לזכות לחברו היינו היכא דקא מכוין לזכות לחברו אבל אי לא כיון לזכות לחברו לא קנה חברו אפי' למ"ד המגביה מציאה לחברו קנה חברו אבל פועל שנשכר לכל מלאכת בע"ה ואפי' למציאה אפי' אי בשעה שהגביה המציאה לא היה בדעתו להגביה אלא לעצמו הרי הוא של ב"ה כל כמה דלא הדר ביה בהדיא וכן ראיתי זה ימי' בתשובות החדשות להרשב"א ז"ל וה"ט משום דידו כיד ב"ה דמי דשכירות ליומיה ממכר הוא וכמ"ש הריטב"א שם בחי' ודמי לעבד כנעני דאמרינן בפרק השואל אמר לעבדו צא והשאל עם פרתי מהו תיבעי למ"ד שלוחו של אדם אינו כמותו ה"מ שליח אבל עבד יד עבד כיד רבו דמיא ומסיק מסתברא יד עבד כיד רבו דמי ואגב אורחין איכא למילף דאי א"ל לשכירו צא והשאל עם פרתי ה"ז חשיב שאלה בבעלים דיד פועל כיד ב"ה דמי ודכוותה כתב הרב מהרש"ך ז"ל דאפטרופוס של יתומים שתפס בשביל היתומים ה"ז זכה משום דידו כידם כמ"ש ר"ח ז"ל ה"ה נמי לענין שאלה בבעלים דפטור מהאי טעמא. ובפ"א מהלכות תרומות הביא הרב בכ"מ בשם א"ח שכתב בשם הראב"ד דאם קנה מהכותי שבלים לצורך מצוה ומרחן כותי בשביל ישראל חייב בתרומה דשלוחו של אדם כמותו ע"כ והרב ז"ל תמה ע"ז דהא קי"ל דאין שליחות לכותי ולכאורה היה נראה דהראב"ד ז"ל איירי כשמרחן על ידי פועלים כותים דנהי דאין כותי נעשה שליח לישראל מ"מ פועל שאני דידו כיד ב"ה וכאלו מרחן ב"ה דמי והכי משמע מהירושלמי דמסכת פאה אמתני' דקצרוה עובדי כוכבי' ה"ז פטורה משום דקצירך אמר רחמנא ולא קציר כותים אמרו עלה דאם קצרוה פועלים כותים ה"ז חייבת ולפ"ז יש לומר דאם שכר פועל לתקן המעקה ה"ז מברך עליו דחשיב כאלו הוא עצמו עשהו:

ועוד היה נראה טעם אחר לומר דיכול לברך עליו ואע"פ שהעובד כוכבים עשהו ואין שליחות לעובד כוכבים ה"ד במידי דבעי שליחות כגון תרומה וכיוצא אבל במידי דלא בעי שליחות ובלאו הכי יכול חברו לעשותו ומה שעשה עשוי כגון נ"ד דאי תיקן מעקה של חברו שלא מדעתו ה"ז שפיר כי נמי עשהו עובד כוכבים חשיב כאלו עשהו ישראל וכיוצא לזה כתב הרשב"א ז"ל דטבילת כלים כיון דאי הטבילו ישראל שלא מדעתו מה שעשה עשוי טבילת עובד כוכבים נמי מהני ואפשר לומר שזהו טעמו של הראב"ד ז"ל שכתב דשלוחו של אדם כמותו. איברא דהאי טעמא לחודי' לא סגי אלא לומר שיועיל

טבילת כלים ע"י עובדי כוכבים כיון דלא בעינן שליחות וכמו שכתב הרשב"א ז"ל אבל שיהא חשיב מה שעשה העובד כוכבים כאלו עשהו הוא בעצמו כדי שיברך עליו דהא אפילו אם עשהו חברו לא חשיב כאלו עשהו הוא בעצמו כדי שיתחייב הוא לברך עליו כמ"ש הרב בכנסת הגדולה משם רבותיו ז"ל דעשיית מעקה וכיוצא דלא בעינן שליחות אין ב"ה מברך עליו אלא האומן המתקן אותו מברך דכיון דלא בעינן שליחות בכה"ג אינו חשוב עושה המצוה אלא המתקן אותו יע"ש בה' שופר ור"ה ודלא כבפ"ח שכ' דאם הטביל ע"י עובד כוכבים שיברך עליו אבל בנ"ד נראה לי שיברך הב"ה אם עשהו ע"י אומן פועל יום מהטעם הראשון ולפי מ"ש הבפ"ח נראה דכי אימעיט עובד כוכבים משליחות ה"ד במידי דצריך שליח דא"א לעשותו שלא מדעת ב"ה אבל מידי דיכול לעשותו שלא מדעת ב"ה והרי הוא עשוי כסוכה ומעקה הרי זה נעשה שלוחו:

סימן יב

ראובן שאמר לשמעון לך ולוה לי מנה מעובד כוכבים פ' וכשהלך שמעון וא"ל לעובד כוכבים השיב לו העובד כוכבים איני מכיר כי אם אותך ובכן נתן לו המנה והביאו לראובן אחר זמן תובע שמעון מראובן המנה באומרו שכבר נתפרע העובד כוכבים ממנו וראובן טוען הבא ראי' שפרעת לעובד כוכבים ואפרע לך והעובד כוכבים מת מהו הדין: **תשובה** כתב הטור בי"ד וז"ל ישראל שאומר לחברו לוה לי מעות מהעובד כוכבים אם לא נתן לו משכון אסור שהעובד כוכבים אין לו עסק אלא עם הישראל שהלוה לו והוא חוזר ומלוה לישראל ששלחו ע"כ. וכן כתבו גדולי הראשונים ששליח זה הוי כלוה מעובד כוכבים וחוזר ומלוה לישראל עיין בס' בעל התרומות דף רל"ז וא"כ דהשליח הוי כאלו לוה מעובד כוכבים וחוזר ומלוה לישראל נראה דהשליח יכול לתבוע מראובן שהרי ממנו לוה ולא מיבעיא כשטוען שפרע לעובד כוכבים אלא אפי' כי לא פרע יכול לתובעו כי ממנו לוה. אמנם צריך להבין דהטור ז"ל בח"מ סי' קפ"ג הביא תשובה למהר"ם ז"ל בראובן ששלח לשמעון שיקנה לו בגד מעובד כוכבים בהקפ' וכשהגיע זמן הפרעון נתן ראובן המעות לשמעון כדי שיוליכם לעובד כוכבים ונמצא שהמוכר שכחם צריך שמעון להחזירם לראובן ע"כ. והשתא קשה דלפי מ"ש בי"ד דהשליח חשיב לוה והוא חוזר ומלוה לישראל א"כ כי שכחם העובד כוכבים אמאי צריך שמעון להחזירם למשלח. ואין לומר דנהי דלענין רבית חשיב השליח לוה מן העובד כוכבים כיון דלו הלוהו וכי נתנם למשלח חברו הרי הוא כאלו הלום לו מ"מ השליח כי קבלם מיד העובד כוכבים לא נתכוון לזכות לעצמו כי אם למשלח וכל כמה דלא תבעם העובד כוכבים אין לשליח על המשלח שום תביע' דהמשלח לא נשתעבד לשליח אלא כשיתבעם העובד כוכבים

ויתפרע ממנו ודמי למאי דקי"ל בדין ערב קבלן שכתב הטור בהל' ערבות דכל זמן שלא פרע הערב והקבלן למלוה אינו יכול הערב לתבוע ללוה דאין לערב והקבלן אצל הלוה שום ממון כי אם שחייב הלוה לסלק למלוה מעל הערב. הא ליתא דנראה דכל זה הוי בערב קבלן דוקא אבל בנשא ונתן ביד אי נמי בערב שלוף דוץ נראה דיכול הערב לתבוע ללוה כל עת שירצה תדע שהרי כתב הטור בח"מ סי' קכ"ט בהא דאמר דאם הקבלן נשא ונתן ביד דאין למלוה על הלוה כלום אלא על הערב ואם אין נכסי' לקבלן גובה מהלוה מדר' נתן אלמא משמע דבנשא ונתן ביד נשתעבד הלוה מיד לערב כמלוה גמורה ועיין בס' גדולי תרומה דף קנ"ד לשון המתחיל וכתב רבינו יעקב וכו' יע"ש ובערב שלוף דוץ ג"כ כתב הנ"י בשם הרשב"א והר"ן ז"ל כיון דעיקר אסמכתי' של עובד כוכבים על הערב הוא נמצא שממונו של עובד כוכבים על הערב נתרבה וממונו של ערב על הלוה נתרבה שהוא חייב לפורעו מה שא"כ בערב קבלן דכשהעובד כוכבים נפרע מן הערב הוא שחל שעבודו על הלוה הן אמת דראיתי למוהר"ם בתשובות הארוכות סי' תתי"ו שכתב דאף בנשא ונתן ביד אין לקבלן אצל הלוה כלום כל זמן שלא פרע וכי מת העובד כוכבים זכה המשלח בהם ע"כ כנראה דמהר"ם קאי בשיטת הר"ם מנרבונה שהביא בעל התרומות דשרי לישראל להיות שליח וללוות מהעובד כוכבים מעות ברבית לצורך חברו דאינו לא לוה ולא מלוה אלא שלוחו של ישראל וזכה בהם השליח מיד לצורך חברו וישראל המשלח הוא הלוה ולא השליח ושוב ראיתי למהר"ם בסי' שצ"א שכתב כן בהדיא. ועלה לנו מכל זה דבנ"ד אם לא נתן הלוה המעות עדין לשליח כי מת העובד כוכבים זכה בהם המשלח דהמוציא מחברו עליו הראיה אבל אם כבר נתנם לשליח אינו יכול להוציא' מידו מספק ואם נאבדו מיד השליח קודם שהספיק ליתנם לעובד כוכבים הרי הדבר במחלוקת שנוי דלדעת מהר"ם ההפסד הוא למשלח ולדעת החולקים הוי לשליח שהוא הלוה:

לע"ד הגם שאיני כדאי נראה דבנ"ד כיון שלא רצה העובד כוכבים להלוות כי אם לשליח א"כ אין לו לעובד כוכבים על המשלח כלום וכיון שכן חל שיעבודו של השליח על הלוה מיד דאל"כ על מי חל השעבוד וכמ"ש הרשב"א והר"ן והוא עצמו מ"ש ר"ת דערב שנשא ונתן ביד נתחייב הלוה לערב מיד ולהכי מוציאין ממנו מדר' נתן ויש ליישב מ"ש הטור בסימן קפ"ג שלא יהיה סותר לזה דיש לחלק בין שולח שליח שיקנה לו בגד בהקפה והלך וקנאו בסתם כיון דשלוחו של אדם כמותו מיד שלקח השליח תחייב המשלח לבעל הבגד בדמי הבגד ולהכי כי שכח העובד כוכבים קאמר מהר"ם דהשליח מחזיר הדמים למשלח ואין לו בהם כלום דאינו אלא שלוחו של משלח אבל בישראל שבקש

מהעובד כוכבים שום דבר והעובד כוכבים לא רצה להקיף לו עד שבא שמעון וא"ל תן לו ונתן העובד כוכבים ביד שמעון ואמר שאינו מכיר כי אם את שמעון כיון שאין לעובד כוכבים עסק עם ראובן שהרי לא רצה שיתחייב לו ראובן הרי שמעון נתחייב לעובד כוכבים וראובן נתחייב מיד לשמעון כשלקחו מידו:

איברא דאעיקרא דמלתא צריך למידע בשולח לחברו שילוה לו מעות שאמרו דיד שליח כיד משלחו וכי לקחם השליח מיד זכה בהם המשלח מיד המלוה דנראה דיש חולקים על זה שהרי הב"י הביא בסימן קפ"ג שכתב בעל העיטור בשלישות ממון לראש ישיבה ראובן דא"ל לשמעון אית זבינתא בדוך פלן זיל זבנה ביני ובינך ואזל וזבנה שמעון וא"ל ראובן פלוג לי וא"ל לא פליגנא לך אי דיהב ליה ראובן לשמעון זוזי למיזבן ליה חייב לתת לו מנתי' ואי לא שקיל שמעון זוזי והשתא קא מהדר ביה מודיעין ליה עונשא דקא עבר אמאי דכתיב הין צדק וכו' ע"כ. הנראה מדבריו דאף על גב דכי זבן היה אדעתא דראובן גם כן אלא דהשתא הוא דקא מהדר ביה לא מחייבינן ליה לשמעון כיון דלא שקיל זוזי לא אמרינן כיון דאמר לו זבנה ביני ובינך שליחא שוייה וכמו שכתב הרמ"ה ז"ל משום דאמרינן מי הודיעו לבעל החטים שיקנה חטים למשלח ואע"ג דלא קי"ל כנהרדעי בהא היינו משום דהתם בזוזי דמשלח זבן וכמ"ש ריצב"א הביאו בחידושי הר' בצלאל פ"ק דמציעא ודעת המוכר לאקנויי לבעל המעות. אלא דהרמ"ה ס"ל דכי א"ל זיל זבין לי האי זבינתא אע"ג דיהיב שמעון דמים משלו קנייה ראובן דכמאן דאוזפינהו דמי שהרי בשליחות ראובן נתנם שמעון למוכר והוי כאילו נתנם ראובן וכדאמרינן בפ' המדיר ופרנס לאו שליחותיה קא עביד וכיון שכן חשיב ראובן שהוא בעל המעות שהרי בשליחותו נתנם למוכר. אבל כי זבן שמעון בהקפה היאך קנייי' ראובן המשלח דמי הודיעו למוכר שיקנה חיטים לראובן דמ"ש הרא"ש דידו כיד המשלח נראה דכל כה"ג לא מצי עביד איניש שליח קבלה כדאמרו בירוש' דמעשר שני פ"ד וכי אדם עושה שליח לקבל מתנה כלומר בלא דעת הנותן דאם עשה שליח לקבל מראובן מה שנדר לו לתת במתנה וכשהלך השליח לראובן א"ל הילך לפניך דהאי לישנא לא הוי שהוא המזכהו לו לא זכה בהם לוי עד שיאמר לו ראובן הנותן לשמעון השליח זכי בזה בעד לוי או תנהו לו למאן דס"ל דתן כזכי דמי וכמו כן איכא למימר בא"ל לחברו זיל זבין האי מידי או לוה לי מעות והלך השליח ולקח בהקפה דלא זכה בהם המשלח ואע"ג דהשליח נתכוון לזכות בהם למשלח דאין אדם יכול לעשות שליח קבלה ללות לו מעות שיזכה לו בהם שיודיענו למלוה ויקנה אותם למשלח הא לאו הכי לא דאין זה חשיב שלוחו דהלא זכי' מדין שליחות קא אתי דאנן סהדי דחשיב כאילו עשהו שליח וכיון דאפי' כי

עשהו שליח קבלה לא מהני כמ"ש בירוש' דאין אדם יכול למנות שליח קבלה אלא בגט וכיוצא שזיכתה לה תורה בגט והיא עושה שליח לקבל דבר שהוא שלה מעתה בעשה שליח ללות לו מעות או למיזבן ליה מידי בהקפה אין שליח קבלה מועיל כל שלא נתן לו מעות ביד דלא זיכה לו תורה בכך לעשות שליח קבלה וכיון שכן אין חברו ג"כ יכול לזכות לו ממון חברו אם לא שיזכהו המוכר למשלח:

כללא דמילתא דנראה לע"ד דאין אדם יכול לזכות בעד חברו במקח שבא לידו אלא בלוקח הדבר בממון חברו וא"נ בממון שלו דכמאן דאוזפינהו דמי וחשיב קונה בממון המשלח ונמצא דזה זוכה לחברו בממון חברו דמעות קונות אבל היכא דזכה לחברו במקח שלקח בהקפה כל שלא הודיעו למוכר היאך קונה חברו דמי הודיעו למוכר שיקנה מקחו לזה ואף אם עושהו זה שליח לזה שיזכה בעדו אין אדם יכול לעשות שליח לזכות לו בממון חברו שלא מדעת בעלים וזהו היא דעת ריצב"א שהבאתי לעיל שכתב דאף כי נתכוון לזכות במקח בעד חברו לא זכה חברו דמי הודיעו למוכר ועיין בחי' ה"ר בצלאל פ"ק דמציעא דף נ"ו ע"א וכ"נ שהוא דעת הרמ"ה שכתב דהא דכי א"ל זבין לי האי מידי זכה חברו היינו משום דכי א"ל זבין לי שליח שוייה וכמאן דאוזפינהו דמי וזה נראה שהוא דעת הרמב"ם ז"ל בפ"י מה' מעשר שכתב עם הארץ שנתן מעה לחברו לקנות לו ירק והחליף את המעה חייב לעשר ואע"ג דהחבר כי לקח נתכוון לזכות לעם הארץ משום דמי הודיעו למוכר שיקנה לעם הארץ וזה נראה דעת אותה תשובה שהבאתי לעיל משם ראש ישיבה. ועיין מ"ש בסמוך:

סימן יג

ישראל שהיה נושה מנה אצל העובדי כוכבים וא"ל הישראל לעובד כוכבים מנה שאתה חייב לי תנהו לישראל פלו' ונתן לו וכן ישראל שא"ל לעובד כוכבים תן מנה לשמעון ואני אתן לך ונתן העובד כוכבים לשמעון ומת העובד כוכבים וראובן תובע משמעון שכיון שעל פי דבורו נתן לו העובד כוכבים עובדי כוכבים כי יהיב לדידיה קא יהיב והוא חזר והלום לשמעון ושמעון משיב אני לא לקחתי אלא מיד העובד כוכבים ואתה נעשית ערב בעדי וכיון שאתה לא פרעת שום דבר לעובד כוכבים אין לך עלי כלום:

תשובה אם לא היה ראובן כי אם ערב בלחוד מילתא דפשיטא היא דלית ליה על שמעון כלום. אבל בנדון זה שא"ל ראובן לעובד כוכבים תן מנה לשמעון ואני אתן לך בלא שאלת שמעון כי האי גוונא שליחות דישראל ראובן קא עביד עובד כוכבים וכן מבואר מדברי הטור בהל' ערבות דערבות וקבלנות היינו כשתבע הלוה מן המלוה שילוהו ונכנס זה ערב או קבלן אבל אם לא דבר הלוה עם המלוה שילונו אלא ראובן אמר ללוי המלוה

הלוה מעות לשמעון ואני פורע אין ללוי על שמעון כלום אלא בשליחות ראובן נתנם לו יע"ש וכיון שכן בנ"ד שראובן לא ערב בלבד היה לעובד כוכבים אלא חשיב שהוא לוה מן העובד כוכבים ויהיב אח"כ לשמעון א"כ השתא יכול ראובן לתבוע המעות משמעון ואע"פ שהוא לא פרע לעובד כוכבים כלום. וכ"ת והא כיון דאין שליחות לעובד כוכבים אפי' כי א"ל ראובן לעובד כוכבים תן לשמעון ואני אתן לך עדין לא זכה ראובן באותם דמים וליכא למימר דכי האי גוונא עובד כוכבים שליחותיה דישראל קא עביד ונהי דמתחייב ראובן לעובד כוכבים לשלם כיון שעל פי דבורו נתן לשמעון מ"מ לא חשיב שהוא הלוה לשמעון כדי שיוציא מידו של שמעון. ובפ' הרבית גבי עובד כוכבים שלוה מעות ברבית מישראל מצאו ישראל וא"ל תנם לי ואני אעלה לך מותר ואם העמידו אצל ישראל אסור פי' דא"ל ישראל לעובד כוכבים תנם לפלו' ומשמע שם דהאי דאסור אינו אלא משום חומרא דמדינא ליכא איסורא דעובד כוכבים לית ליה שליחות ולא אמרינן ישראל הלוה זכה מיד העובד כוכבים בשביל ישראל חברו וכתבו התוס' ז"ל דה"ט משום דאין העובד כוכבים מפקיר נכסיו כדי שיוכל זה לזכות בשביל ישראל חברו אלא הוא רוצה לזכות נכסיו למלוה עי"ז ואין שליחות לעובד כוכבים. אבל בדברי הרמב"ם ז"ל פ"ה מהלכות מלוה והרב בעל התרומו' שער מ"ו ח"ד שכתבו שם דכי האי גוונא הוי רבית קצוצה נראה דס"ל דהישראל זוכה לחברו מידו של עובד כוכבים. וראיתי בירושלמי פ"ו דדמאי בישראל שאמר לחנוני תן יין לפועלי' ה"ז חושש משום י"נ קאמר עלה ר' זעירא סבר החנוני מזכה להו לפועלים בשביל ב"ה ור' אילא סבר הפועלים זוכים לב"ה וחוזרים וזוכי' לעצמם. מה נפק מביניהון היה החנוני חרש ע"ד דר' זירא אינו חושש שאין שליחות לחרש ע"ד דר' אילא חושש עכ"ל. ולע"ד היה נראה דאפילו רבי זירא לא פליג אר' אילא אלא משום דס"ל דאין דעתם של פועלים לזכות לב"ה ולחזור ולזכות לעצמן ומש"ה קא' בגמ' דילן דאינו אסור אלא משום חומרא דלסברת התוס' שאינו יכול לזכות לחברו כיון דאין העובד כוכבים מפקיר נכסיו קשה עדין דמה בכך שאין העובד כוכבים מפקיר נכסיו כיון שישראל הלוה דעתו לזכות בשביל חברו לא יהא אלא שתפס בע"כ של עובד כוכבים ה"ז זכה לו דע"כ לא אמרינן דתופס לב"ח לא עשה כלום היינו היכא דהוי חב לאחרים אבל כל שאינו חב לאחרים כ"ע מודו דקנה והטור בי"ד סי' קס"ט נראה שסובר כמש"כ שכ' דאם הישראל אומר שבשליחות הראשון מקבלם ה"ז מדינא אסור וכתב הב"י דלאו דוקא שעשהו שליח אלא כיון שדעתו של שליח שני לזכות לראשון זוכה לו ותלמידי הרשב"א כתבו בשם רבם דלעולם אינו אסור אלא משום חומרא דאפי' אמר לי' ישראל המלוה שיזכה בשבילו וקבלם על דעת לזכות למלוה כיון שמיד

הכותי הוא זוכה וא"א לומר שהוא מסתלק מהם בעודם בידו הלכך ישראל זה אי אפשר לזכות לישראל חברו עכ"ל הרי אתה רואה דלדעת התוס' וסברת ת"ר שהביאו משם רבם א"א לישראל לזכות לחברו מידו של עובד כוכבים ולדעת הרמב"ם ז"ל ובה"ת והטור כל שדעתו של שליח לזכות בעד חברו זוכה לו ולפ"ז נראה דאם ישראל שלח לחברו שיקח מיד העובד כוכבים בעדו בהקפה מיד שבאו לידו של שליח זכה בהם המשלח ולסברת ת"ר שהביאו משם רבם לא זכה בהם המשלח בפ"ק דגיטין גבי תופס לב"ח במקום שחב לאחרים לא קנה כתבו הרא"ש והר"ן ז"ל דאי אינו חב לאחרים ואית ליה פסידא לב"ח וכגון דהלוה הוא גברא דמפסיד נכסי' הרי זה זכה לו דזכין לאדם שלא בפניו והוי כאלו תפס המלוה בעצמו. מוכח מהכא דכל היכא דניחא ליה למלוה יכולים אחרים לזכות למלוה שלא מדעת הלוה. והא דאמרינן בפ"ק דגיטין גבי הולך מנה לפלו' שאני חייב לו דכ"ע הולך כזכי דמי ומ"ד אם בא לחזור חוזר ה"ט דמתוך שחייב באחריותו אם בא לחזור חוזר ואפילו מאן דפליג עליה ואמר דאינו חוזר היינו משום דס"ל דהולך כזכי דמי הא לאו הכי יכול לחזור ואין השליח יכול לתופסם בשביל המלוה התם שאני משום דאיכא פסיד' ללוה שהשליח רוצה להוליכם בדרך ואיכא למיחש שמא יאבדם בדרך אבל היכא שאינו רוצה להוליכם בדרך אלא מניחם במקום השמור בהא מהני התפיסה ולפי דברים אלו צ"ל דמה שאמרו בפרק הרבית דכי א"ל ישראל לעובד כוכבים תנם לישראל זה דאינו אלא משום חומרא התם שאני משום דאין הישראל השני מכוין לזכות בעד היש' חברו וכי לקחם לעצמו לקחם אבל אם נתכוון הישראל השני לזכות בעד ישראל המלוה ה"ז אסור מן הדין וכ"כ הטור שם וכתב הב"י שם דאפי' זכה לו שלא מדעתו של מלוה:

סימן יד

במאי דקי"ל דאין שליחות לעובד כוכבי' ה"ד מה"ת אבל מדרבנן יש להו שליחות לחומרא כ"כ התוס' בפ' הרבית בשם ר"י ושר"ת חולק וס"ל דאין להם שליחו' כלל וצ"ל לסברת ר"ת הא דאיתא בפ"ב דע"ז דף ע"א אומר אדם מלטני מן העוצר אבל אל יאמר לו עול תחתי לעוצר ופירש רש"י ז"ל עול תחתי משמע היה במקומי ושליחותי' קא עביד ע"כ והא אין שליחות לעובד כוכבים איברא דראיתי להרמב"ן ז"ל דמוקי לה בשהקדים ליה דינר משום דהוקשה לו מההיא דריש פרקין דמוקי להההוא דאסור לומר לפועליו צאו ושתו דאיירי דוקא בשהקדים לו דינר הא לאו הכי שרי ולפ"ז הוה אתי שפיר דלא תיקשי לסברת ר"ת מה שהקשינו מההיא דעול תחתי דההיא לאו משום שליחות הוא אלא כיון שהקדים לו דינר קנה לו לישראל מעותיו היין אבל עדין קשה דר"ת אית ליה

דאין מעות קונות בעובדי כוכבים וכ"ת גם לחולקים על ר"ת קשה אמאי הוצרכו לאוקומי ההיא דעול תחתי בשהקדים לו דינר מאחר דס"ל דיש שליחות לעובדי כוכבים לחומרא כמבואר בה"ה פ"ה מהלכות מלוה ואמאי הוצרך תלמודא שם בע"ז דף ס"ג ע"ב לאוקומי ההיא דחנוני בשהקדים לו דינר דאפשר לומר דהוצרכו לאוקומי הכי משום דאיהו לא קאמר דליתיב להו איסורא וכ"כ התוס' בריש פרק המדיר את אשתו יעמיד לה פרנס ופריך תלמודא ופרנס לאו שליחותיה קאי עביד וכו' דהקשו התוס' מההוא דצאו ושתו ואני פורע דשרי כי לא הקדים לו דינר אפי' באומר לחנוני תן לפועלי ותירצו דהתם ליכא למיסר משום שליחות דלא קא"ל דליתוב להו איסרא הלכך לאו שליחותיה עביד אי יהיב להו יין נסך יע"ש וכן י"ל גבי ההיא דעול תחתי:

וראיתי בירושלמי דדמאי גבי צאו ושתו ואני פורע דר' אילא אמר החנוני זוכה לפועלים בשליחות ב"ה ור' זירא אמר הפועלים זוכים לב"ה ואחר כך זוכים לעצמם היה החנוני חרש ע"ד דר' אילא אינו חושש כלומר משום דאין שליחות לחרש ע"כ והשתא צריך להבין דהא קתני חנוני עובד כוכבים מדחושש לי"נ ובשלמא לסברת האומרי' דיש שליחות לעובד כוכבים לחומרא אתי שפיר אבל לסברת ר"ת קשה דנראה מהירושלמי דיש שליחות לעובד כוכבים לחומרא ואפשר לומר ע"צ הדוחק דאייריי בהקדים לו דינר כדאוקי בתלמוד דידן ומה שאיצטריך לומר החנוני זוכה לב"ה היינו בחנוני ישראל דאין מעות קונות:

אם העובד כוכבים נעשה שליח לחברו נראה מהירושלמי פ"ו דדמאי ופ"א מה' תרומות דליכא מאן דסבר דיכול העובד כוכבים לעשות שליח לחברו אבל בגמרא דילן נראה קצת דנעשה דאמרינן בע"ז פר"י דף ג"ן דכי עבדו ישראל את העגל גלו דעתייהו דניחא להו בע"ז וכי אתי עובד כוכבים שליחותי' דישראל עבדו ואין להקשות דאין שליח לד"ע דבעובד כוכבים לא אמרינן הכי כדאיתא במדרש. (א"ה עיין בת"כ סי' רצ"ט):

סימן טו

עובד כוכבים ששלח לישראל שישכיר לו בית מישראל ועשה השליח את שליחותו ונתן המעות למשכיר כדי שיקנה המשכיר ביתו לעובד כוכבים. ולכאורה היה נראה דלא קנה העובד כוכבים מאחר דקי"ל דאין שליחות וזכיה לעובדי כוכבים אבל כד דייקינן נראה דלא צריך בזה שליחות וזכי' כיון דאין ישראל זוכה במידי לעובד כוכבים אלא מעשה קוף הוא דעביד דנותן המעות למשכיר וממילא זכי העובד כוכבים. ואמינא לה מהיא דאמר רבא פ"ק דקדושין דף ז' הילך מנה והתקדשי לפ' מקודשת מדין עבד כנעני ואמר רבא בתר הכי וכן לענין ממונא ע"כ וגבי עבד כנעני קאמר רבא בפרקין לקמן דף כ"ג

דאפי' ר"מ דס"ל חוב הוא לעבד שיצא לחירות עם כל זה קונה עצמו בכסף ע"י אחרים אפי' שלא מדעתו דקבלת רבו גרמא לו. ופירש רש"י ז"ל דאין אחרים הללו חבין לו אלא קבלת רבו והרב אין נעשה שליח אלא לצורך עצמו ומקנהו מאליו ע"כ.. שמעינן מינה דכל שזה נותן הכסף למוכר כדי שיקנה לאחרים קנו אותם אחרים ולא משום שליחות וזכיה אלא כל דקביל מוכר המעות ממילא מקנהו לאחרים ע"י כסף שלקח כמו שפירש רש"י ז"ל וא"כ בנ"ד אף דאין שליחות וזכיה לעובד כוכבים קנה העובד כוכבים כדאמרן: **איברא** דצ"ל לפ"ז הא דכתבו התוס' רפ"ק דקדושין דף ג' שר"ת היה שולח הרשאה ביד עובד כוכבים והיה מקנה לו בק"ס אמנם צריך ליזהר שיהא הסודר של עובד כוכבים ולא מיד העדים דאין שליחות וזכיה לעובדי כוכבים יע"ש. ולפי מ"ש דאין אנו צריכין כאן לדין זכיה אלא בקבלת הסודר ה"ז מקנה אותו לעובד כוכבים א"כ אין צריך ליזהר בזה וראיתי להרמב"ם ז"ל בתשו' שכתב דבעינן כליו של קונה דוקא וכשהסודר הוא של אחרים ה"ט דקני משום דאלו אחרים מזכים הסודר לקונה ע"י המקנה ע"כ. ולפ"ז אתי שפיר. והא דכתב הטור בח"מ סי' ק"ץ ז"ל וכן אם אדם אחר אמר למוכר כסף השדה קח לך ממני ומכור שדך לפלו' ואותו פ' עשהו שליח אלא שהנותן נתן הכסף משלו או אפי' לא עשהו שליח ואמר הוא למוכר שדך קנויה לי בכסף שנתן לך פ' קנה ע"כ וכתב הב"י זה נלמד מדין קדושין ומשום הכי צריך שיאמר הקונה שדך קנוי' לי כשם דלגבי קדושין צריך שיאמר התקדשי לי עכ"ד. דבריו תמוהי' לע"ד דאמאי אצטריך שעשהו שליח אפי' כי לא עשהו נמי ה"ז קונה דקי"ל זכין לאדם שלא בפניו ועוד דמדין עבד כנעני שמעי' לה וגבי עבד כנעני קי"ל בכסף ע"י אחרים אפי' שלא מדעתו של עבד וצ"ע. וכל זה שכ' הוא אם הודיעו השליח למוכר שהוא לצורך העובד כוכבים דהמוכר מקצהו לאחרים בקבלת הדמים ממילא ואין אנו צריכים לשליחות וזכיה ומעות קונות לו וכן נראה מסוגיין דפרק הגוזל קמא דף ק"ב גבי ההוא דהנותן מעות לשלוחו ליקח חטים ולקח שעורים דאם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לבעל וכו' ופריך עלה מי הודיעו לבעל החטים שיקנה לבעל המעות ובשלמא כי לא שינה שליחותי' קא עביד אבל היכא דשינה דלא הוי שלוחו היאך קנה בעל המעות וכתבו המפרשים ז"ל דליתא להאי פירכא דהשליח מכוין לזכות לבעל המעות ואע"פ שלא הודיעו למוכר יע"ש ילפינן מכאן דכל שאין זה שלוחו כדי שיקנה המשלח צריך שיודיענו למוכר או שהשליח מכוין לזכות וא"כ ה"ה בנ"ד כל שהודיעו למוכר אף דאין שליחות וזכיה לעובד כוכבים קנה כדאמרן לעיל וכאשר נראה מסוגיא הנז' שהרי בני מערבא לא אחיכו עליה דר"י אלא משום שלא הודיעו למוכר הא הודיעו הוה זוכה בעל המעות אע"פ שאין זה שלוחו וה"ט

משום דמעות קונות לו וכ"ש בנ"ד שהוא קרקע ואין שייך בו זכיה וע"י שקיבל המוכר המעות מקנהו ממילא ללוקח. אמנם כשלא הודיעו השליח למוכר שהוא לצורך העובד כוכבים אתאנו לחוכא דבני מערבא דמי הודיעו למוכר שיקנה אותו לעובד כוכבי' וליכא למימר הכא השליח זוכה אותו לעובד כוכבי' שליחות וזכי' לעובד כוכבי' ונר' לע"ד דאם הישראל נתן מעותיו של עובד כוכבים מעותיו קונות לו ומוכר אע"פ שלא ידע שהוא שליח דעתו להקנות לבעל המעות וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל בהלכות מכירה בפ"ז שכתב דאם זקף השליח המעות לעצמו אפ"ה קנה המשלח אלמא דאף על גב דביטל שליחותו ואינו רוצה לזכות למשלח אפ"ה המקח של משלח וה"ט משום דדעת מוכר להקנות לבעל המעות וכן נראה מתוך דברי הר"ן ז"ל בפ"ג דקדושין גבי ההיא עובדא דרבה בר בר חנה שהקשו מהתוספתא יע"ש ומאי ק"ל התם שאני משום דסתמא קנאה למשלח אבל הכא רב לעצמו קנאה ובודאי שהיה נאמן אצל רבה בר בר חנה וכן מוכח מדברי הר"ן עצמו בפ' האיש מקדש שכתב דאם עשהו שליח לקנות לו קרקע מיוחד לאו כל כמיניה לומר לעצמי לקחתי דשארית ישראל לא יעשו עולה ולפי זה צ"ל דנאמן היה רב אצל רבה בר בר חנה אלא ודאי דכל שקנאו במעות משלח אף שלעצמו קנאה לא קנה דדעת מוכר להקנות לבעל המעות ולקמן בעהי"ת נאריך עוד. ואף לדעת הרשב"א והרא"ש ז"ל שכתבו דה"ט דקנה המשלח אף שלא הודיעו למוכר הוא מפני שהשליח מכוין לזכות לבעל המעות יודו בנ"ד וע"כ לא אמרו דלא קנה בעל המעות אלא כשזקפם השליח לעצמו דנעשה עליהם גזלן וקנאם בשינוי. אבל כל שאין דעת השליח להקנותו לעצמו אז קנה בעל המעות דדעתו של מוכר להקנות לבעל המעות כל שאין דעתו של שליח לקנות לעצמו וכן יש לדקדק מתוך דברי הרשב"א ז"ל בתשו' החדשות סי' ש שכתב ז"ל הצ"ל וי"ל דשאני אחר דבכל כי הא לא אמרי' הודיעו לבעל החטים לפי שדעתו של מוכר אינו אלא למי שקונה ממנו או למי שהמעות שלו יעויין שם:

וכל זה ניחא בעשה העובד כוכבים שליח לקנות או להשכיר לו קרקע וכמו שאמרנו שאף על פי שאין הישראל נעשה שליח של עובד כוכבים מעותיו של משלח קונות לו והמוכר ג"כ דעתו לזכות לבעל המעות וישראל מעשה קוף הוא דקעביד והוי כההיא דתנן במסכת מעילה שילח ביד חש"ו אם עשו שליחותו בע"ה מעל ופריך עלה והא לאו בני שליחות נינהו ואמר ר"י דהוי כאותה ששנינו נתנה על הקוף וכו'. אבל אם עשאו שליח הישראל לעובד כוכבים או העובד כוכבים לישראל כדי שיקנה לו מטלטלין בהא צריך למידע דידוע שיש מחלוקת בזה דלס' הרמב"ם ז"ל עובד כוכבים מישראל וישראל מעובד כוכבים קונה בין בכסף בין במשיכה ודעת רש"י ז"ל דישראל מעובד כוכבים

בכסף ולא במשיכה אבל דעת ר"ת דישראל מעובד כוכבים לא קני בכסף אלא במשיכה ולפי סברת הרמב"ם ורש"י דעובד כוכבים מישראל וישראל מעובד כוכבים קונה בכסף אם כן בנדון זה ג"כ נהי דלית ליה שליחות לעובד כוכבים מ"מ מעותיו של עובד כוכבים או של ישראל קונות לו וכמו שכתבתי לעיל אבל לדעת ר"ת וסיעתיה דאין ישראל קונה מעובד כוכבים בכסף אם כן הכא נמי כיון שאין שליחות לעובד כוכבים לא קנה המשלח ולקמן בע"ה יתבאר אם קנאם השליח או לא:

איברא דהטור ז"ל בי"ד סי' קנ"ב גבי עובד כוכבים שלקח יין מישראל נראה דאית ליה כסברת ר"ת ז"ל דעובד כוכבים לא קני בכסף אלא במשיכה דלעמיתך בכסף ולעובד כוכבים במשיכה ולפי זה ישראל מעובד כוכבים לא קני מטלטלין בכסף וכן מבואר בתוס' בפרק הזהב דלר"י ברייתא דנתנה לבלן ה"ז מעל ודוקא בלן הא שאר מטלטלין עד שימשוך אייריבעובד כוכבי' כי היכי דלא תיקשי לר"י אבל צ"ע דהטור בעצמו כתב בה' יין נסך גבי ישראל שאמר לפועליו צאו ושתו דאם הקדים לו דינר ה"ז אסור דמשעה שנתן הדינר לעובד כוכבים נקנה לו היין לישראל וכ"כ בח"מ סי' קצ"ד ונראה דס"ל להטור דאע"ג דאין העובד כוכבים קונה מישראל אלא במשיכה ישראל מעובד כוכבים קונה בכסף ובריייתא דבלן דפרק הזהב לר"י ג"כ אייריבישראל וה"ט דלא מעל מכיון שהפקיעו חכמי' קנין של כסף וכה"ג אשכחן גבי אתנן בפ"ב דע"ז דלא הוי אתנן מכיון דתיקנו חכמי' משיכה יע"ש ועוד כיון דחזינן דעובדי כוכבים קונים ומקנים בכסף אפי' לא תהוי אלא מנהגא בעלמא ישראל נמי קונה מיניה בכסף והוי כי ההיא דסיטמיתא וכ"כ בתשו' הרמב"ן ז"ל סי' רכ"ה:

סימן טז

עובד כוכבים דא"ל לישראל למיזבן ליה מידי ואזל וזבן לי' וכעת לא מצא לעובד כוכבים והפקידו ביד חברו ומת העובד כוכבים והנפקד רוצה לזכות בפקדון באומרו כי ממונו של עובד כוכבים הוא והמפקיד אומר כיון דאין שליחות לעובד כוכבים עדין לא זכה בו העובד כוכבי' והוי דידיה:

איברא דעובד כוכבים דשלחו לישראל לא זכה במקחו דאין שליחות לעובד כוכבים מיהו לא ידענא אי זכה בו השליח כיון דלא נתכוון לזכות בו כשהיה בידו אלא דעתי' היה לקנותו לעובד כוכבים וראיתי שהתוס' בפרק הגוזל דף ק"ב ע"ב ד"ה מי הודיעו לבעל החטים כו' נסתפקו בזה ומתוך דבריהם נראה שיותר נוטה לומר שלא קנה לא זה ולא זה. (א"ה לע"ד נראה מתוך דברי הרא"ש ז"ל בפרק גט פשוט גבי ההיא עובדא דמייתי תלמודא התם בההיא איתתא דיהבה זוזי להההוא גברא למזבן ארעא אזל זבן לה

שלא באחריות יע"ש דכל שלא קנאו המשלח קנאו השליח ודו"ק). אבל מתוך דברי הריב"ש ז"ל בתשו' סי' ת"א ז"ל ולקנות חמץ לצורך העובד כוכבים במעותיו של עובד כוכבים איסור גמור הוא שהרי לכל הפחות דילמא אתי למיכל מיני' ולא עוד אלא שהוא עובר עליו בבל יראה לפי שכשהוא קונה אותו בשביל העובד כוכבים אין העובד כוכבים בעל המעות קונה אותו שהרי אין ישראל זה נעשה שליח לעובד כוכבים ולא זכה בשבילו דהא קי"ל דאין שליחות לעובד כוכבים ולא זכיה כלל לא אינהו לדידן ולא אנן לדידהו כדאיתא במציעא וא"כ הרי הוא חמצו של ישראל זה ועובר עליו ומלקות נמי איכא שהרי עשה מעשה שקנה אותו ואף אם נאמר שישראל אין דעתו לזכות בו לעצמו כיון שיש איסור בדבר מ"מ גם העובד כוכבים לא קנה אותו וכו' עכ"ל. נראה דס"ל שכיון שלא קנה העובד כוכבים שאין שליחות לעובד כוכבים קנאם השליח אם לא היכא דהוי מידי דאיסור' כגון חמץ דמסתמא אמרינן איסורא לא ניחא ליה דליקני הא לאו הכי קנאם השליח אע"פ שלא נתכוון השליח ואשכחן כה"ג בשלהי משילין גבי מילא מים ונתן לחברו רב ששת אמר כרגלי הממלא ורב נחמן אמר כרגלי מי שנתמלאו לו ואמר תלמודא התם דבמגביה מציאה לחבירו קא מפלגי ופירש רש"י ז"ל וז"ל דכ"ע לא קנה חברו בהגבהתו של זה אלא אם קנה המגביה או לא קנה פליגי רב נחמן סבר לא קנה המגביה דלאו אדעתיה למקני אלא מי שנתמלאו לו קנאה במשיכה וכו' ורב ששת סבר קנה המגביה תחלה וכו' כלומר כיון דלא קנאו חברו קנאו הממלא ואף על פי שלא נתכוון לזכות לעצמו מ"מ הא נתכוון לזכות וכדבריו מוכח בסוף פרק הבית והעליה גבי אי הבטה בהפקר קני דקא' עלה תנאי היא דתנן שומרי ספיחי שביעית נוטלין מתרומ' הלשכה וריי"א הרוצה מתנדב והוא ש"ח דת"ק סבר הבטה בהפקר קנה וזכה זה בהבטה אלמא דאע"ג דזה לא נתכוון לקנות לעצמו אלא מביט בה לצורך צבור קנאו לעצמו ונראה דאפי' לר"ת ז"ל שנחלק שם על פירוש רש"י ז"ל וס"ל דזה לא קנה כיון דלא נתכוון לקנות ע"כ היינו דוקא בהפקר דליכא לא דעת מקנה ולא דעת קונה אבל במקח וממכר דאיכא דעת אחרת מקנה אע"פ שלא נתכוון זה לקנותו כמו שנראה מדברי הרשב"א ז"ל בחידושיו בפ"ב דגיטין דף ך' גבי מאי דאמר תלמודא שם זקן שאני דידע לאקנויי וז"ל וקשיא לי אשמעתין אפי' כי מקנה להו זקן ומלוה מאי הוי הא לווין לא ידעו כדעת רבא דאמר דילמא זקן שאני וכיון שכן היאך קונים ואינהו לא ידעי דזקן מקנה להו ומ"ש מההיא דאמרינן ביבמות פרק ר"ג העודר בנכסי הגר וסבור דשלו הם לא קנה וי"ל דשאני הכא דדעת אחרת מקנה עכ"ל וכן כתב הנ"י בפרק חזקת הבתים גבי ההיא דרב ענן שקל בידקא בארעא וכו' ז"ל שמעינן מהכא דאלו הוה ידע המזכה

אע"ג דלא ידע רב ענן שהוא הזוכה קנה ומשום הכי לא הוה סגי למימר ליה את ודאי לא הוה ידעת ואע"ג דאמרינן ביבמות העודר בנכסי הגר וכו' תי' הראב"ד דשאני הכא דאיכא דעת אחרת מקנה עכ"ל והכא נמי דעת המוכר שיקנה או על המעות או הקונה ממנו וכמ"ש הרשב"א ז"ל בס' תולדות אדם בסי' שס"ט:

סימן יז

ראובן שאמר לשמעון טול מעות אלו וזבין לי מקח פלוני ממקום פ' ושמעון לא נזדמנה לו ק לאותו מקום ובכן מסר המעות שמעון ללוי שיקחנו לו משם א הודיעו ללוי שלצורך ראובן היה רוצה אותו והלך לוי ולקחו מי א ראובן שהוא בעל המעות או לא דמי אמרינן מי הודיעו לבעל חטים שיקנה החטים לבעל המעות כדאמרינן בפרק הגוזל ואע"ג קי"ל שם כנהרדעי אלא כר' יוחנן התם שאני משום דדעתו שליח לזכות למשלח אבל הכא שלוי השליח לא היה יודע שהמעות של ראובן היאך יזכה בה ראובן דליכא לא דעת מקנה ולא זוכה וכ"ת כיון דשמעון שהוא שלוחו של ראובן מינה שליח תחתיו הרי לוי נעשה שלוחו של ראובן גם כן וידו כיד ראובן לשלח ומכחו קא אתי וכיון שהקנה בעל החטים ללוי קנאו וכן וכדקאמר תלמודא שם שאני חטים וחטים דשליחותיה דב"ה עביד וכיד ב"ה דמי זה אינו חדא דריהטא דשמעתין שם אה דאליבא דר"י בחטים וחטים נמי לא הוי טעמא משום דידו ב"ה אלא עיקר טעמא הוי משום דשליח דעתו הוא לזכות והיינו דקאמר שם אי הכי אפי' חטים וחטים וכן נראה מדברי הרשב"א ז"ל בתשו' בסי' שס"ט ולא עוד אלא דאפי' תימא דכל הוא שליח ידו כיד המשלח ואפי' אם בעת שמשך השליח לא כוון לזכות למשלח וכגון שהניחו המוכר ברשותו של שליח שלא מדעתו קנאו מיד המשלח דידו ורשותו של שליח כיד ורשות המשלח איכא למימר דה"ד כשידע זה שהוא שלוחו של ראובן אבל אם לוי לא הוה ידע מעיקרא בשליחותיה ששמעון שעשאו שליח הוא שלוחו של ראובן אלא שליחותיה דשמעון סבר דקא עביד לא נעשה זה שלוחו של ראובן וכ"ש הכא דמעיקרא מה שמינה שמעון ללוי תחתיו שלא כדין עשה שאין שליח יכול לעשות אחר תחתיו וכמ"ש הרמב"ם ז"ל משום שאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר ואין לומר דהיינו דוקא לכתחלה אבל אם עבר ועשה מה שעשה עשוי וכמ"ש התו' בפרק כל הגט דף כ"ט והרי"ף ז"ל בפרק המפקיד דיראה דהיינו דוקא שלא לחייבו לזה משום פושע או משום גזלן דכל המעביר על דעת ב"ה לא חשיב גזלן אבל לענין מה שמינה שליח אין מינוייו כלום כדכתב הרא"ש ז"ל בפרק כל הגט משם ריצב"א והטור ז"ל בא"ה סי' קמ"א שאם אמר טול החפץ והב לה גיטה לא ישלחנו ביד אחר שאפי' אם תתן החפץ ליד השליח השני תחלה אינו גט כיון שלא הגיע ליד הראשון

תחלה ואפי' אם אחר שקבל השני החפץ ונתן לה הגט בא ליד השליח הראשון אינו גט כיון שלא הגיע לידה בתורת גירושין אלא יקחנו הראשון מידה ויחזור ויתננו לה בתורת גרושין ע"כ משמע דלא מהני כשיחזיר השליח השני ויקח הגט מידה ויחזור ויתננו לה אחר שהגיע החפץ ליד הראשון והיינו טעמא דמשעה שעבר על דעתו שמסר פקדונו ביד אחר נתבטל שליחות השני ואפי' לסברת החולקים על ריצב"א יר' דהיינו דוקא היכא שהם שני דברים נפרדים כגון נתינת הגט ונטילת החפץ דאע"ג דאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר שליחותא דגט לא בטיל דאגט לא קפיד בעל דשליחותי' דגט אינו תלוי בחפץ הלכך אפי' שינה בחפץ אין זה שינוי בגט כמו שפירש רש"י והר"ן משא"כ בנ"ד דשינה בעיקר השליחות וכן נראה ממ"ש מהר"י קולון ז"ל בשרש ששי והא דאמרינן בפרק האיש מקדש דשליח לקדושין מצי משוי שליח ולא חיישינן להא דאין רצונו של זה שיהא פקדונו ביד אחר איירי בשנתן הבעל רשות לשליח לשוויי שליח וכ"כ הריטב"א ז"ל שם. ומ"מ עדין יש מקום לומר דבנ"ד זכה ראובן במקח כיון דלוי כי לקח במעות ראובן לקח וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ז מהלכות מכירה דאפי' אם השליח נתכוון לקנות לעצמו המקח הוי למשלח וכן הוא דעת הרי"ף ז"ל בפרק המקבל בדין העסק יע"ש. והגם דהרשב"א בתשובה חולק על זה וכתב דכל שהשליח נתכוון לקנות לעצמו הוי המקח לשליח והכריח זה מההיא דפרק הגוזל בנותן מעות לשלוחו ליקח חטים ולקח שעורים דאם הותירו הותירו למשלח ופריך עלה לר' יוחנן מי הודיעו לבעל החטים שיקנה חטים לבעל המעות דבשלמא חטים וחטים שליחותיה קא עביד אבל חטים ושעורים כיון דשינה ולא הוי שלוחו של ב"ה היאך קנה ב"ה דמי הודיעו לבעל החטים וכו' ושני לה ר"ש בר שסטרי אליבא דר"י דגם חטים ושעורים נמי קנה בעל המעות משום דדעתו של שליח לזכות לבעל המעות ושמעינן מהכא דכל היכא דשליח מתכוין לקנות לעצמו לא זכה בעל המעות דבכה"ג אמרינן מי הודיעו וכו' ע"כ דברי הרשב"א בתשובות החדשות סי' שס"ט:

ולכאורה הכי איתא למשמע מדברי הרא"ש ז"ל שם בשמעתין שכתב וליתא לחוכא דבני מערב' דאף על גב דשני שליח מכל מקום אין מתכוין לקנות לעצמו ודעתו לזכות לבעל המעות ואף על פי שבעל החטים מזכה החטים לשליח ידו כיד בעל המעות שהוא מתכוין לזכות לו עכ"ד. ומשמע דכל שהשליח אינו מכוין לקנות אלא לעצמו לא קנה המשלח דמי הודיעו וכו' אבל לע"ד נראה דסוגיא דשמעתין לא אזלא הכי דאם איתא דטעמא דר' יוחנן ור' שמואל שסטרי הוי כמ"ש דדעתו של שליח לקנות לבעל המעות א"כ ר' אבהו שבא לחלוק וס"ל דבעינן דעת המוכר דוקא כסברת בני מערבא מה ראיה

מייתי ממתני' דאין לו בכסות אשתו ובניו להכריח משום דטעמא משום דבעל שליחותיה קא עביד ודלמא טעמא הוי משום דהבעל דעתו לזכות לאשתו ובניו ור' יוחנן ור' אבא ג"כ אמאי אצטריך לומר דטעמא דמתני' משום דאין דעתו של אדם על כסות אשתו ובניו ולימא דטעמא הוי משום דדעתו של אדם לזכות לאשתו ולבניו ולא בעי דעת המוכר וכר' יוחנן דלכאורה נראה דר' אבא לתרוצי אליבא דר' יוחנן קא אתי וכמ"ש הרמב"ן ז"ל:

אשר ע"כ נראה לע"ד לפרש דטעמא דר' יוחנן משום דסתמא דעתו של מוכר הוי להקנות למי שהוא בעל המעות ור' שמואל בר שסטרי ס"ל דגם בחטים וחטים נמי דזכה בהו בעל המעות הוי ג"כ מהאי טעמא משום דדעתו של מוכר להקנות לבעל המעות. ולזה דחי ליה ר' אבהו דחטים וחטים היינו טעמא משום דשליחותי' קא עביד והשתא מייתי שפיר ממתני' דהמקדיש נכסיו דאין לו בכסות אשתו ובניו דהתם לא שייך לומר דדעתו של צבע להקנות לבעל המעות דבעל המעות הוא האיש לא האשה ואיך קנאתה האשה אם לא דבעל שליחות אשתו קעביד וכמו שסברתיה כך מצאתיה בחי' קמא לרבינו פרץ מבעלי התוס' ועלה לנו מזה דטעמא דר"י משום דדעת המוכר להקנות לבעל המעות וכך פי' ריצב"ש ז"ל הביא דבריו הרב בצלאל ז"ל בחי' למציעא דף ט"ז גבי ההיא דפריך תלמודא מכדי לוקח במאי קני ליה להאי ארעא וכו' וז"ל דאפי' שנאמר שהמוכר לוקחה עתה לצורכו מהני טעמא דאמרינן דלא ליקריוה גזלנא או דליקום בהימנותא אפי' הכי לא קני לה בהאי שטרא שהרי הנגזל לגזלן הוא מוכרה ולא ללוקח ומי הודיעו לנגזל שיקנה קרקע שלו ללוקח מן הגזלן כדאמרינן בפ' הגוזל מי הודיעו לבעל החטים שיקנה חטיו לבעל המעות ואפי' למאן דפליג עליה התם היינו כשלוקח לוקח במעות של אחר משום דאמרינן שדעת המוכר למכור למי שהמעות שלו אבל כאן הגזלן במעותיו הוא קונה שהרי מעות הלוקח בהלואה הם עליו עכ"ל וכן ראיתי בספר בני אהרן סי' צ' שכתב מחי' הרשב"א לקמא כמו כן. והגם דראיתי בירושלמי דפרקין א"ר דוסא בשקיים שליחותו נתכוון המוכר לזכות לבעל המעות לא קיים שליחותו נתכוון לזכות ללוקח ולמה חולק עמו הואיל ובאת הנאה על ידו עכ"ל תלמודא דידן לא ס"ל הכי אלא לעול' דעתו של מוכר להקנות לבעל המעות ומ"מ איכא למילף כסברת הרמב"ם ז"ל דהיכא דלא שינה שליח דהמקח הוי של משלח ואפי' נתכוון שליח לקנות לעצמו משום דדעתו של מוכר להקנות לבעל המעות ומעתה איכא למימר דהא דמשמע מדברי הרא"ש ז"ל דהיכא דשליח לא נתכוון לזכות למשלח דלא זכה משלח לא אמרה אלא היכא דשינה השליח דס"ל כסברת הירושלמי אבל היכא דלא שינה השליח הוי המקח של המשלח ואעפ"י שהשליח נתכוון לזכות לעצמו משום דדעתו של מוכר לאקנויי לבעל המעות

שהוא המשלח ובפ' מי שמת הביא המרדכי משם מהר"ם דהא דאמרו מי הודיעו היינו בששינה אבל כי לא שינה הוי לבעל המעות ואעפ"י שלא היה בדעת השליח לזכות לבעל המעות וכ"נ מדברי ר' ירוחם ז"ל שכתב שאם אמר בפני עדים לצורך עצמי אני קונה נעשה גזלן על המעות ואם הותירו הותירו לו ודוקא בשינה דקנינהו בשינוי דאם לא שינה לא מהני תנאה בפני ב"ד עכ"ל וט"ס נפל וצ"ל ואפי' התנה בפני ב"ד לא מהני דמה שהגיה הרב"י וכתב אלא א"כ התנה בפני ב"ד הם דברים תמוהים דמאי אולמיה דב"ד הכא לעשות איסורא וכ"ת נהי דדעתו של מוכר להקנות לבעל המעות שהוא המשלח מ"מ כיון שאין מעות קונות הרי מחסרא משיכה דמשיכתו של שליח לא נתכוון להקנותו כי אם לעצמו. וכה"ג איכא לאקשויי על דברי הרמ"ה שהביא הטור דאי יהיב ראובן לשמעון זוזי למזבן ליה מידי ויהבם למוכר אדעתא דראובן ומקמי משיכה חזר בו שמעון וזבניה לנפשיה דלא קנה שמעון:

ונראה דס"ל ז"ל דכיון דהמוכר דעתו הוא לזכות לבעל המעות אין השליח יכול לתופס' לו משום דהוא לא נתכוון למשוך לבעל המעות דאין אדם עושה סחורה במעותיו של זה והכי מוכח מהא דאמר רבא בפ' איזהו נשך הני בי תרי תלתא דיהבי זוזי לחד למזבן להו זבן לחד זבן לכולהו אלמא אע"ג דכשמשך זה לא נתכוון לקנות אלא לחד מנייהו אפי"ה אמרינן לאו כל כמיניה לעשות סחורה ולזכות לאחר. והגם דראיתי להטור בסי' קכ"ד שהביא משם ר' ישעיה דאם אמר בהדיא דלפ' זבן הרי הוא שלו שהרי חזר משליחותם והכי מסתברא. נראה דטעמא דידהו הוי משום דזוזי כמאן דפליגי דמי ולהכי כי אמר בפי' לפ' אני קונה נמצא דבמעותיו שלו זכה לו. משא"כ ברוצה לקנות לעצמו במעותיו של חבירו שדעת המוכר אינו כן אלא להקנות לבעל המעות. וע"כ צריך לחלק שהרי הביא הטור בסי' קפ"ג כסברת הרמב"ם דאי זבן לנפשיה במעות חבירו המקח הוי של משלח וכ"נ מדברי הב"ח. ואפילו לסברת הרשב"א דס"ל דאי זבן לנפשיה במעות חבירו דהוי המקח שלו. ה"ד בנתכוון השליח לזכות לנפשיה אבל בכה"ג דנ"ד שהשליח השני לא נתכוון לזכות לנפשי' כי אם למי ששלחו שהוא שליח ראשון הרי זה דומה דזבן לחד דזבן לכלהו אע"פ שהשליח לא נתכוון אלא לחד מינייהו וטעמא כמ"ש הרשב"א ז"ל שדעתו של מוכר אינו אלא למי שקונה ממנו או למי שהמעות שלו אבל לא לזה ולא לזה אלא לאחר דלאו בעל המעות לא וכיון שכן בנדון דידן המקח הוי של משלח ראשון שהוא בעל המעות. (א"ה עיין במהרי"ט בח"א סי' קט"ז):

סימן יח

והיכא דקנה מידי לחבירו בממון שלו אפי' אמר בפני עדים לצורך חברי אני קונה לא קנה חבירו כ"כ ר' ירוחם ז"ל הביא דבריו מרן הב"י בסי' קפ"ג יע"ש והן הם דברי הרא"ש שם בפ' הגוזל קמא שכתב ואע"ג דר' אבא משני הך משנה דערכין אליבא דבני מערבא דאי לאו דכל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו הוה אמינא ומי הודיעו לצבע שיקנה לאשה שאני התם דכיון שהצבע מזכה לבעל האשה אפי' אם ירצה הוא לזכות לאשתו בגד הצבוע אין אדם זוכה בשלו לאחר אם לא יזכה לו ע"י אחר ע"כ וכן כתב הש"ך ז"ל יע"ש:

אמנם נראה דדבר זה במחלוק' שנוי דמדברי מהרי"ח ז"ל שהביא שם בהגהת אשירי נראה שחולק על הרא"ש ור' ירוחם שכתב דשנוייא דר' אבא דחוייא בעלמא היא אלא עיקר טעמא דמתני' משום דבלקיחתו לשמן זכה בהם דשליחותייהו קא עביד יע"ש. וכן נראה דס"ל להרשב"א בס' תולדות אדם סי' רפ"ו שכתב שם דמסוגייא דפ' נערה שנתפתתה משמע דלית להו טעמא דר"י אבא אלא משום דקנויין הם לחלוטין לאשה משום דאמרי' דשליחותא דידהו קא עביד לזכות להם מיד הצבע וכדמפרש ר' אבהו יע"ש, וכן מצאתי להרמב"ן ז"ל בחי' לפ"ק דבבא בתרא גבי הא דאמרי' בהנהו בי תרי טבחי הביא דבריו מרן הב"י סי' קע"ו וז"ל דשותפין שאמרו כל מקח שיבא לידינו יהא הריוח בינינו שאלו במתנים וכו' אלא במקח שלקח במעותיו במה קנאו הלה ואם תאמר נעשה כמגביה מציאה לחברו במה קנה שלא יוכל לחזור ויקנה לעצמו ע"כ הרי דהרמב"ן ז"ל ס"ל דכל זמן שלא חזר וקנה לעצמו אע"פ שקנה במעותיו קנה המשלח דאמרינן שליחותיה קא עביד וכן נראה מדברי הרמב"ן שהביא בחידו' הרב בצלאל ז"ל פ"ק דמציעא גבי חזר ולקחה מן הנגזל דהרי הוא של לוקח דניחא ליה דליקום בהימנותיה ועכשיו שלקחה לצורכו של לוקח לקחה דלא קי"ל כנהרדעי דאמרי מי הודיעו לבעל החטים שיקנה חטיו לבעל המעות עכ"ל ע"ש דף נ"ה ע"ב וכן כתב הרשב"א ז"ל בספר תולדות אדם סימן שס"ט וז"ל הצ"ל ומיהו האי טעמא לא מודה ביה ר' יוחנן אלא ס"ל דטעמא דכסות אשתו ובניו לפי שהבעל זוכה לה יע"ש ונראה דהכי הוא פי' דשמעתין כפי סברת מהרי"ח וסיעתיה דר' יוחנן ור' שמואל בר שסטרי ס"ל דבין היכא דשינה בין היכא דלא שינה קנה המשלח ולא בעינן שיודיעו למוכר אלא כיון דדעתו של שליח לקנות למשלח קנה דשליחותיה קא עביד ובני מערבא ס"ל דלא אמרינן שליחותיה קא עביד כי אם דוקא היכא דלא שינה כגון חטים וחטים ור' שמואל היה מכריח דלא בעינן שיודיעו למוכר מחטים וחטים וזה הוא כוונת ר' שמואל בר שסטרי במאי דקאמר אי

הכי חטים וחטים נמי מי הודיעו וכו' ובני מערבא אמרו שאני חטים וחטים דשליחותיה קא עביד תדע וכו' ור' אבא דחי ליה דאין ראיה משם וכו' כלומר וכיון דאין ראיה אם איתא דבעינן הודעה אפי' בחטים וחטים בעינן שיודיענו למוכר אלא ודאי דלא בעינן הודעה וכיון דלא בעינן הודעה בחטים וחטים הוא הדין בחטים ושעורים וגם מדברי הרמב"ן שהביא הרב בעל התרומות שער א' דפ"ב ע"ב נראה דס"ל כסבר' מהרי"ח דיכול לקנו' לאחר במעותיו אמנם נראה שלא הבין שיטת התלמוד כאשר הבין מהרי"ח ז"ל ולכאורה נראה דגם בשליח בעלמא ס"ל דהשליח זוכה מיד המוכר והמשלח זוכה מידו וצ"ע:

והיה נראה לכאורה להביא ראיה לסברת מהרי"ח וסיעתיה מההיא דאמרינן בפ' האומר התקבל דף ס"ה דמייתי שם דקטן יכול לזכות לאחרים ממתניתין דמערימין על מעשר שני דאומר אדם לבנו ולבתו הגדולים לעבדו ולשפחתו העברים הא לכם מעות הללו ופדו בהם מעשר שני זה אבל לא לבנו ולבתו הקטנים מפני שידם כידו כלומר דבנו ובתו הקטנים אין להם יד לזכות בממון שנתן להם אביהם אבל עבדו ושפחתו העברים יש להם יד לזכות במה שנתן להם רבם והלכך יכולים לפדות בלא חומש ועיין ברבינו שמשון בפ"ד ממעשר שני שכתב דאיירי שמזכה להם המעות והם פודין המעשר לבעל הבית ולא לעצמן יע"ש ועיין בהרשב"א בשיטתו שנראה שם דאין פודין הם המעשר אלא לעצמן וראיית הגמרא הוא דכיון שאין זה אלא בהערמה דכונתם לפדות לצורך אביהם והמעשר חוזר הוא לאביהם אי לאו דזוכין לאחרים אין פדיונם פדיון וכן מתבאר מדברי רש"י ז"ל יע"ש ומ"מ אליבא דכ"ע נראה דס"ל דאדם יכול לזכות בממון שלו לאחר כיון שעיקר הדבר שזוכים לרבו אינו משלהם ואע"פ שאין כאן דעת אחרת מקנה אותו לאחרים כמבואר שם בדברי התוספות ז"ל יע"ש לפי זה הוי כאלו לא הודיעו:

איברא דראיתי בירושלמי בפ"ו דדמאי גבי מתני' דקתני התם עם הארץ שאמר לחבר קח לי אגודת ירק לוקח סתם ופטור דאמרו עלה דפליגי בה רבי יוסי ור' יהודא דר' יוסי ס"ל פטור ור' יהודא ס"ל דצריך לעשר והיינו טעמא דר' יהודא סבר לא נתכוון המוכר לזכות אלא ללוקח ור' יוסי סבר לא נתכוון לזכות אלא לבעל המעות עוד שם תני רשב"ג אומר אם החליף את המעה צריך לעשר אמר ר' יוסי הדא אמרה הנותן מעות לחברו להחליפם ואבדו חייב באחריותם ע"כ. ולכאורה נראה דהכי פירושו דר' יהודא סבר דלא נתכוון המוכר לזכות אלא ללוקח וכיון שכן לא הוי זה החבר כשליח בעלמא אלא כקונ' לעצמו ומוכר לעם הארץ והלכך חייב לעשר ור' יוסי סבר דלא נתכוון המוכר לזכות אלא לבעל המעות וכיון שכן לא הוי זה החבר כי אם שליח והלכך פטור מלעשר ואם

החליף החבר את המעה כ"ע מודו דהוי כאלו קנה החבר במעותיו ומכר לעם הארץ דכיון דהחליפם ונתחייב באחריותם הוי החבר לוקח ובעל המעות ולפי זה למדנו מהירושלמי דאין אדם יוכל לזכות לחברו במעות שלו כסברת הרא"ש ורבינו ירוחם ז"ל אמנם ראיתי להרמב"ן ז"ל בפ"י מהלכות מעשר שפסק כירושלמי הנזכר והבכ"מ כתב בתחלת דבריו כמ"ש ובסוף דבריו צדד כונה אחרת יע"ש ועדיין נראה להביא ראיה לס' הרא"ש ז"ל מהירושלמי דפרק הגוזל קמא דקאמר דהיכא דקיים השליח שליחותו דעתו של מוכר לאקנויי לבעל המעות ואותיב ליה ר' יסא לר"י ממתני' דערכין דאין לו בכסות אשתו ומשני לה ר"י כשנוייא דר' אבא דמשני בתלמוד דידן ע"כ למדנו מכאן דכיון דדעת מוכר הוא לאקנויי לבעל המעות א"כ כל היכא דהמעות הם של שליח אף שדעתו של שליח לקנות למשלח לא קנה המשלח ומשום הכי הוצרכו לידחק במתני' דערכין וכדי ליישב כל האמור עם ההיא דפ' התקבל שהבאתי נראה לחלק עם מ"ש לעיל דדעתו של מוכר לאקנויי לבעל המעות ולכך כי החליף השליח את המעה לא קנה המשלח משום דהמעות הם של שליח ודעתו של מוכר לאקנויי לו ולכך אינו יכול לזכות לחברו דנמצא זה זוכה משלו לחברו אבל בההיא דמעשר שני דליכא דעת אחרת מקנה יכול זה לזכותו לרבו:

וראיתי להרב בד"מ שכתב שדברי הרמ"ה הטור בסי' קפ"ג ס"ד חולק ע"ד הרא"ש שכתב ראובן שאמ"ל לשמעון זבין לי האי מידי וזבין ליה מסתמא קנייה ראובן משעת משיכה ואע"ג דיהיב שמעון דמים משלו וכ"כ הרשב"א ז"ל בתשו' שהביא הב"י שם דאי א"ל זיל וקח בגדים שבבית שמעון ויהיו בינינו בשיתוף והלך זה ולקחם הרי הם לאמצע דשליח שוייה ע"כ. אבל לע"ד נראה דכל כה"ג דא"ל זבין לי דעתם היא שיתן השליח דמי' בעד המשלח וכי נתן השליח הדמים ע"פ דבורו של משלח נמצא שדמי המשלח נתן שהרי נתחייב המשלח לשליח בדמים שנתן על פי דבורו ושליחותיה קעביד וכיוצא לזה כתבו התוס' בפרק א"נ דף ע"א ע"ב דאי א"ל תן מעות לפ' ואלוה לך הוי ר"ק דמה שנותן לאחר על פיו חשוב כאלו נתנו לידו והדר הוא ויהבינהו לאותו אחר וכ"כ הש"ך:

וראיתי להש"ך ז"ל שהקשה על דברי הרא"ש ז"ל מדאמרינן בשמעתין גבי לוקח שדה בשם ר"ג נימא פליג' אבני מערבא דהא אפילו למאן דפליג אבני מערבא בעינן שיהא בעל המעות והא התם ר"ג לא נתן המעות וא"כ דמי לצבע דאמרינן אין אדם זוכה בשלו לאחר אלו דבריו ז"ל ואני שמעתי ולא אבין דכי פריך לימא פליגא אבני מערבא דמי הודיעו כדי שיקנה היינו לומר דהיאך קנאו הלוקח כיון דהמוכר לא כיון להקנותו לו ובשלמא לר"י דאית ליה דלא בעינן דעת מקנה אתי שפיר דהלוקח קנה אותו כיון שדעתו

היה לקנותו לעצמו ודמים דידיה קא יהיב נמצא זה זוכה בשלו ול"ד למש"ל דאם השליח נתכוון לזכות לנפשיה דהמקח הוי לבעל המעות דהתם רוצה לזכות בממון שאינו שלו ולאו כל כמיניה כיון שאין דעת מוכר ג"כ להקנותו אלא לבעל המעות ולא לאחר דא"כ נמצאו המעות גזל הם ביד מוכר אבל זה שנתן דמים משלו אע"פ שא"ל למוכר לשם ר"ג מ"מ המוכר אינו מקפיד בכך ומתוך דברי הש"ך נראה שהבין דכי אמר תלמודא מכלל דמיקנא קנייא ליה היינו לו' לר"ג וע"ז פריך והיאך קנאו ר"ג דמי הודיעו למוכר שיקנה לר"ג ואנ"כ דבהדיא פירש רש"י שא"ל הלוקח למוכר שהיה קונה אותו לר"ג ושוב ראיתי להרא"ש בכלל צ"ו נראה שהוא ג"כ הבין כמו שפירש הש"ך אבל לע"ד נראה עיקר כמו שפי' וכן מצאתי בחי' ר' פרץ בעל התוס' בכ"י ולפי מה שפי' נראה דאם נתן הדמים שלו למוכר וא"ל דלצורך פלו' רוצה לקנות וקודם משיכה חזר בו ואמר שרוצה לקנות לעצמו קנאו בעל המעות דדעתו של מוכר לאקנויי לכל מי שהוא בעל המעות ומה שדקדק הסמ"ע מדברי הרמ"ה ז"ל דדוקא היכא דיהיב המעות סתמא הוא דמצי לחזור בו קודם משיכה אבל אם נתנם בהדיא בשמא דחבריה אינו יוכל לחזור לע"ד אנ"כ דסתמא דנקט הרמ"ה אתא לאשמועינן דאפי' בסתמא שליחותא דחברי' קא עביד. (א"ה לכאורה נראה שהראיה שיש לו למורי הרב ז"ל לומר דאף דכשנתן המעות פירש דרוצה לקנות לצורך פ' וקודם משיכה חזר בו דמהני חזרתו כיון שהוא בעל המעות הוא מההיא דהלוקח שדה בשם ריש גלותא דפריך תלמודא מכלל דמקנה קנייא ליה לימא פליגא אבני מערבא וכו' משמע דאליבא דר"י דלא בעי שיודיעו קנה בעל המעות ואע"פ שאמר לו למוכר שהיה קונהו לריש גלותא ולכאור' נראה דלא דמי דשאני התם גבי ההיא דר"ג דדעתו היה כשנתן המעות למוכר לקנות לעצמו ולא אמר למוכר שהוא לר"ג אלא להטיל אימה כמו שפירש רש"י הלכך אף שאמר למוכר שהוא לר"ג דעת המוכר הוא למי שרוצה בעל המעות לא כן כשאמר למוכר שהוא לצורך פ' ודעתו באמת כן באותה שעה דאף אם חוזר בו קודם משיכה לא מהני דדעת מוכר הוא לפ' שהיה רוצה מעיקרא לקנות לו ולא דמי להההיא דכתב הרמ"ה ז"ל דכל שהמעות הם שלו אף שנתנה מתחלה לצורך פלו' כל שחזר קודם משיכה מהני חזרתו דשאני התם דלא פירש בשעת נתינה שהוא לצורך פ' וכיון שכן לא נעשו המעות של אותו פ' עד שעת משיכה ובשעת משיכה כבר חזר בו ודעת מוכר להקנות לבעל המעות או למי שבעל המעות רוצה שיקנה לא כן הכא שפירש שהוא לצורך אותו פ' וכן הוא דעתו באותה שעה וכ"ת סוף סוף לא נעשה אותו פ' בעל המעות באותה שעה דלא כיון המוכר לזכות במעות לפלו' שהיה סבור שהם של אותו

פלו' די"ל דכיון דאמר לו השליח שהוא לצורך פ' וכן הוא דעתו הא איכ' דעת מקנה וכל דאיכא דעת מקנה לא בעינן דעת קונה וצ"ע):

סימן יט

והיכא דאמ"ל ראובן לשמעון למיזבן ליה מידי ואחר שקנאה טוען שלעצמו קנאה מי מהימן או לא:

הא מילתא במחלוקת שנויה דדעת הרמ"ה שהביא הטור בסי' קפ"ד נראה דכל שא"ל זבין לי כאלו א"ל זכי לי וסתמא שליחותא דמשלח קא עביד ואינו נאמן לומר לעצמי קניתיה וכ"כ הטור בסימן רס"ט לענין מציאה דאי א"ל לחבריה זכי לי בה דאינו נאמן לומר שלצורכו הגביה. אבל מדברי הרשב"א בתשובה בס' תולדות אדם סי' פ"ז אנ"כ שכתב דשנים שהתנו שכל מה שישתכרו באומנותם או אפי' מציאה שתבא לידם שתהא לאמצע נעשו שכירים זה לזה והוי כשכירו ללקט לו מציאות ואינו נאמן לומר חזרתי בי שא"כ אף פועל יאמר כן אלא ודאי פועל אף ע"פ שיכול לחזור בו כל כמה דלא חזר בפני עדים סתמא ע"ד תנאו הראשון הוא עושה כדמוכח בפרק הגוזל גבי שיירא ההולכת במדב' ועמד אחד והציל דהציל לב"ה דאיירי בפועל דיד פועל כיד ב"ה ע"כ מדבריו אלו אני דן דדוקא בפועל הוא דאינו יכול לומר שחזר בו דכיון דשכירו הוא ידו כיד בע"ה וסתמא ע"ד תנאו קא עביד הא כל שאינו שכירו הר"ז יכול לומר חזרתי בי ולעצמי לקחתיה וכן נראה גם כן מאות' תשובה של הרשב"א הביאה הרב ב"י ז"ל בסי' קפ"ג בדין מה שנהגו בעלי החנויו' והכי מוכח שהוא דעת בעל העיטור שהביא שם הב"י משם ראש ישיבה דאי אמ"ל ראובן לשמעון אית זבינתא בדוך פלן זיל זבנה ביני ובינך ובתר דזבנה טעין לעצמי קניתיה דה"ז נאמן. נמצא עולה מהאמור דהרמ"ה ס"ל דאם חזר שמעון אחר משיכה ואמר שקודם משיכה חזר בו בפירוש אינו נאמן אלא אם כן חזר בו קודם משיכה בפני עדים והרשב"א ובעל העיטור ס"ל דנאמן לומר אחר משיכה שרצה לקנות לעצמו:

ולכאור' סוגיין דשמעתין פ"ק דמציע' הכי אזלא דעולא הוה מפר' למתני' דנטלה ואמר אני זכיתי בה זכה בה דאיירי בדאמר מתחלה לעצמי הגבהתיה ואע"ג דהוא ס"ל דתנה לי כזכי דמי ור"י לא זז מהאי אוקמתא אלא משום דמשמע ליה דאני זכיתי בה עכשו קאמר וכמו שפירש רש"י משמע דלכ"ע נאמן לומר לעצמי זכיתי בה מתחלה ואפי' כי א"ל חברו זכי לי בה וכ"נ ג"כ מדברי הרמב"ם ז"ל בפי"ז מהלכות גזילה שכתב אמר לחברו זכי לי כיון שהגביה לו קנה משמע דאיירי בשמודה שהגביה לו וכ"ת אי איירי במודה שהגביה לחברו א"כ כי א"ל תנה לי אמאי לא זכה חברו כיון שמודה שהגביה

לחברו ל"ד דבאומר תנה לי לא עשאו זה שליח לזכות לו אלא שיתננה לידו ולהכי אפי' כי מודה שהגביה ליתנה לחבירו עדיין לא זכה חברו דלא כיון לזכות לו באותה הגבהה עד שיתננה לידו וכמ"ש הרב בנ"י. ונראה לומר דאפי' הרמ"ה לא אמרה דאינו נאמן אלא בשהודה לו תחלה לקנותו לחברו דכיון דהודה לו סתמא שליחותיה דחבריה עביד דשארית ישראל לא יעשו עולה וכו' אבל כי לא הודה לדבריו אלא דשתק ושתיקה בכה"ג לא הוי כהודאה וההיא דמציעא איירי בשתק וכמ"ש הרשב"א בספר תולדות אדם סי' ק"ג. וההיא דפרק הגוזל דמיירי בשהודה לו תחלה ואפי' הכי משמע דטעמא משום דהוי שכירו הא לאו הכי לא התם שאני משום דמיירי באינם יכולים להציל ולהכי כי לא הוי שכירו מצי א"ל חזרתי בי ולעצמי הצלתי שאינו מחוייב זה למסור עצמו בעד חברו ולית בהא משום שארית ישראל. ומיהו נראה מדברי הר"ן ז"ל בפרק האיש מקדש דאפי' בשהודה לו דאינו נאמן ה"ד בדהוי דבר מיוחד דאית ביה משום רמאות אבל אי א"ל למזבן סתם ה"ז יכול לומר לעצמי לקחתי זולת היכא דהוי שכירו וכמ"ש הר"ן הביאו הרב ב"י בריש הלכות שותפין. אבל מדברי הרשב"א ז"ל ובעל העיטור שהבאתי נראה דאפי' בדבר המיוחד דקאי נפשיה בחזקת רמאי עכ"ז יכול לומר חזרתי בי ולקחתיה לעצמי ואפי' כי הודה לו מתחלה אבל מאותה תשוב' דספר תולדות אדם סי' ק"ג נראה דהא דמצי לומר לעצמי אני זכיתי בה היינו משום דלא הודה לו תחלה אלא דשתק ושתיקה בכה"ג לא הוי כהודאה:

סימן כ

מי שנתן מידי לשליח כדי למכרו אי יכול לקנותו לעצמו בשום אופן או לא:

תשובה לכאורה נראה דבמחלוקת שנוי אי יכול לקנותו לעצמו דבפ' אלמנה אמרו אלמנה ששמה לעצמה לא עשתה כלום דאמרי' לה מאן שם ליך ופירש רש"י ממי קבלת מכירה זו לא מב"ד ולא מן היתומים לפיכך לא יצא הקרקע מרשות היתומים אבל היכא דשמה לאחרים נפק מרשות היורשים שהרי נתנו לה חכמים רשות למכור עכ"ל. ודקדק הרשב"א ז"ל מכאן שאין השליח יכול לקנות לעצמו אפי' באותם דמים שהרשהו למכור לפי שנעשה שליח להקנות ואין אדם מקנה לעצמו שאין המכר אלא הוצאת דבר מרשות לרשות וזה לא יצא מרשותו של בעלים שהשליח במקום בעלים עומד עכ"ל. אמנם הריטב"א ז"ל בחידו' כ"י כתב כל זה ואח"כ כתב ז"ל והגאונים פי' מאן שם ליך כי שמא לא דקדקת בשומא יפה אע"פ שבב"ד של הדיוטות לקחה חיישינן שמא כיון דלעצמה הוא לא דקדקו יפה בשומתם ולפי זה דינו של הרשב"א ז"ל ליתא עכ"ל וכן איתא בתשו' הגאונים בהדיא דהשליח יכול להחזיק לעצמו ומתוך דברי הרמב"ם ז"ל בפרק י"ז מה'

אישות נראה דמה שאמרו אלמנה ששמה לעצמה לא עשתה כלום אירי בלא שומת ב"ד הדיוטות אבל בשומת בית דין הדיוטות יכולה לשום לעצמה ואע"ג דב"ד הדיוטות לאו בני אחזוקי נינהו יכולה הוא לאחזוקה לנפשה ומאן שם לך דקאמר היינו לשון שומה שלא דקדקה יפה בשומה כפירוש הגאונים וכתבתי זה לפי שראיתי למרן הב"י דבא"ה נראה דתפס דברי הרמב"ם ז"ל והגאונים עיקר ואלו בח"מ סימן קפ"ה כתב דאין הסרסור יכול לקנות לעצמו, אפי' באותם דמים שהרשהו בעלים למכור יע"ש ולע"ד אינו כן כאמור והמרדכי בפ' האומנין הביא בשם מהר"ם על ראובן שמסר טבעת לסרסור למוכרה ונאבד דהסרסור הוי ש"ש וכו' עד כיון שאם ירגיש הסרסור שיש בה ריוח יקחנו לעצמו ע"כ משמע דהסרסור יכול לקנותו לעצמו. ולע"ד היה נראה דאין ראיה אף מפרש"י ז"ל אלא בהיכא שלא הרשהו הבעלים למכור בכך וכך דאז ודאי השליח הוא המקנה אותו ואינו יכול להקנות לעצמו אבל היכא דהרשהו הבעלים למכור בכך וכך איכא למימר דהבעלים עצמם מקנים אותו לכל מי שיתן כך וכך ובפרק הספינה כתב הר"ן בשם המפרשים שחפץ שדמיו קצובים ובא אחד ולקחו שלא מדעתו של חנוני ע"מ ליתן דמיו זכה בו דדעתו של חנוני שכל מי שיתן דמיו יזכה בו ע"כ א"כ ה"ה בא"ל לשליח מכור לי זה בכך וכך ה"ז גמר להקנותו לכל מי שיתרצה ליתן אותו סך וכי נתרצה השליח לקנותו ה"ז זוכה לעצמו וע' במ"ש בה' גזילה סימן ה' ואי משום דבעינן הוצאה מרשות לרשות הא איכא הוצאה דהמוכר הוא המקנה ועוד דיכול זה לבטל שליחותו בכה"ג שדמיו קצובים וזוכה לעצמו כההיא דפ' הספינה. ול"ד לאלמנה דשמה לעצמה דהתם אפי' אם שמו לה ב"ד הדיוטות מ"מ אין כאן מי שיקנהו לה ודעת מקנה בעינן והרא"ש ז"ל כתב בפרק אלו מציאות גבי מצא פרה וחמור מטפל בהם י"ב חדש מכאן ואילך שם דמיהן פרשו התוספות דשם דמיהן ומניחם לעצמו ואפי' בלא ב"ד ולא חשדינן ליה כיון דמשיב אבידה הוא וכו' עכ"ד וזה נוטה לפי' הר"מ והגאונים שפי' דמאן שם לך דקאמר התם היינו שומא וכ"כ התוספות בפרק אלו מציאות יע"ש. ולכאורה קשה על הרא"ש ז"ל דבפ' אלמנה פי' בהדיא מאן שם לך כפרש"י ז"ל ועם מ"ש היינו יכולים לישב דגבי אבידה דעת בעלים מסכים להקנותה לכל מי שמצאה וטרח בה:

עוד ראיתי להגאון בספר המקח שער ששי דף ט"ו שכתב ז"ל הדין הז' השליח הזה אם שלחו השולח למכור ממקרקעותיו כלום לא יקנה לעצמו מאותם קרקעות ולא כלום שאם שם אותו קרקע ונוטלו לעצמו הרי אותו מעשה בטל אם הוא קרקע כמו שפי' בדין האלמנה עכ"ל. נראה בהדיא דס"ל דבמטלטלין יכול לקנות השליח לעצמו ולכאורה נראה דה"ט דבקרקעות אינו יכול לקנותו לעצמו משום דבעינן דעת מקנה שיקנהו לו

והכא אי מבטל שליחותו כשרוצה לקנותו לעצמו א"כ מי יקנהו לו דאע"פ שנתרצו הבעלים להקנותו לכל מי שיתן הדמים מ"מ חזקה שלא בפניו צריך שיאמר לו לך חזק וקנה אבל במסר לו מטלטלין למכור בסך קצוב הרי השליח יכול להגביהם ולקנותם לעצמו כיון דהבעלים נתרצו להקנותם לכל מי שיתן אותם דמים ובהגבהה לא מצינו שצריך שיאמר לך חזק וקנה זולת במשיכה (ואפי' תימא דל"ש מ"מ כיון שמסרם ביד שליח אין צריך לומר לו לך חזק וקנה) וההיא דכיסתא דיתמי לא היה שם דעת מקנה ועוד דכיון דלא היה דבר קצוב כה"ג כי מוסר לשליח למכור השליח הוא המקנה ולא בעלים:

אבל היכא דקצבו הבעלים דמים הרי הוא כאלו אמר כל מי שירצה ליתן אותם דמים אני מקנהו לו וא"כ שליח נמי יכול לקנותם לעצמו ואצ"ל היכא דהוי מידי שיש לו שער קצוב ועומד לימכר דכמו כשלקחו אחר ע"ד לתת דמיו זכה בו ואפילו לקחו שלא מדעת בעלים כדמוכח בהספינה דף פ"ח יע"ש ה"ה שליח והא דאיצטריך הטור בסי' שנ"ט לטעם דעדשים עדיף משעורים דלא סגי ליה אפי' בכדי דמיו כיון דאיירי בדבר העומד לימכר איכא למימר דהתם שאני משום דאיירי כשאינו נותן מעות אלא שעורים וסתמא אין אדם מוכר שעורים בעדשים ולחזור ולטרוח למכור העדשים אבל אם היה רוצה ליקח במעות אפי' בכדי שוויו נמי שרי כיון דעומד לימכר. העולה מהאמור דבמחלוקת שנוי אם יכול השליח לקנות לעצמו ואף במטלטלין:

אמנם נראה לע"ד דאם נתן השליח הדמים למשלח כדי לקנותם לעצמו אע"פ שלא הודיעו למשלח שקנאה לעצמו כיון שלקח דמים ה"ז גמר והקנה למי שנתן הדמים דדעתו של מוכר לאקנויי לבעל המעות ומעותיו קונות לו בכה"ג. עוד שמעתי משם חד מרבוותא שאם השליח רוצה לקנות לעצמו יזכה בהם ע"י אחר דהיינו שיאמר לחבירו זכה בנכסים אלו לעצמי ושפיר דמי דהשתא הא איכא הוצאה מרשות לרשות ודמי לאות' שאמרו ספ"ב דגיטין דהאשה עצמה נעשית שליח להולכה היכא דאמר לה הוי שליח להולכה עד דמטית התם וכי מטית התם שוי שליח לקבלה אלמא דאע"ג דשליח קבלה כיד אשה דמייא עם כל זה חשיב בכה"ג הוצאה מרשות לרשות משום דכשהיה בידה ה"ז כאלו הי' ביד הבעל דשלוחו של אדם כמותו והשתא נפיק מיד הבעל ונכנס לרשותא דידה זהו ת"ד. ולע"ד איכא למדחי דהתם גבי גט הבעל הוא דקא מגרש לה שאין אדם מגרש אשת חבירו ואין זה נעשה שליח אלא כדי להוליכו לאשה אבל הכא גבי מקח וממכר טעמא אחרינא איכא דבעינן קונה ומקנה וכיון דזה השליח במקום בעלים עומד אינו יכול להקנות לעצמו שאין כאן קונה ומקנה אלא הוא מקנה לעצמו:

איברא דהטור בסי' קע"ד כתב דמי שעשה שליח למכור שדהו אף ע"פ שהשליח בעצמו מצרן אינו רשאי לקנותו כדאמרינן גבי אפוטרופוס שמוכר לאחרים ואינו מוכר לעצמו כלומר משום חשדא משמע דאי לאו הכי וכגון שהרשהו הבעלים למוכרו בכך וכך הרי זה מצי לקנותו לעצמו והיכי משכחת לה שיוכל לקנותו לעצמו אם לא שנאמר שיזכה בו ע"י אחר. וראיתי להסמ"ע שם שנרגש מזה וכתב דהא דאמרינן שאין השליח יכול לקנות לעצמו היינו כשבא המוכר לחזור אבל אם אין המוכר חוזר בו ה"ז זוכה בו ולזה מטין דברי הב"י בא"ה סי' צ"ד גבי אלמנה שלקחה לעצמה אינו כלום עד ואפי' לא נתייקר אם ירצו יבטלו המקח וכתב הרב דמה שאמרו אין המקח כלום היינו לומר שאם ירצו היורשים יבטלוהו אבל היא אינה יכולה לבטל אלא שעדיין יש לחלק ולומר דאלמנה שאני שאין לה על היתומים כי אם חוב בעלמא ולהכי כל היכא שנתרצי' איהי ליקח קרקע זו בעד חובה יצא זו בעד חובה משא"כ גבי שליח כיון שאין כאן מקח שהרי לא זכה בו השליח כי נמי רוצים הבעלים לקיים המקח אמאי אין השליח יכול לחזור בו ועדיין יראה דהטור בסי' קע"ד מצי מיירי בשא"ל לשליח כל מי שיתן בו כך וכך אני מקנהו לו דכי א"ל הכי נמצא שהמוכר הוא מקנהו לו לכל מי שרוצה ללוקחו ואין השליח כי אם כמו סרסור בעלמא וכל כי האי גוונא אם עבר השליח ולקחו לעצמו מה שעשה עשוי דהא איכא דעת מקנה שכך א"ל המוכר שכל מי שירצה ללוקחו בכך וכך יהיה מכור לו. וזהו עצמו טעמן של גאונים שאמרו שאם השליח לקחו לעצמו במה שהרשהו הבעלים שפיר דמי דס"ל דכל מי שאומר לשליחו מכיר זה בכך וכך דעת הבעלי' הוא להקנות לכל מי שירצה לקנותו בכך באותו סך אבל בלאו הכי לא מהני דדעת מקנה בעי' ומי הודיעו למוכר כדי שיקנה חפצו לשליח וכדכתב הרשב"א הביאה הרב בני אהרן סי' צ"ו. (א"ה עיין במהרי"ט ח"א סי' קכ"ז ובס' בני חייא סי' קפ"ה):

סימן כא

אי חזקת שליח עושה שליחותו בשל תורה דר' נחמן סבר דאין חזקת שליח עושה שליחותו ורב ששת סבר דאפי' בשל תורה חזקת שליח עושה שליחותו. והרשב"ם ור"ת ז"ל פסקו כרב נחמן מדאמרינן בפ"ק דחולין דהאומר לשלוחו צא ותרום והלך ומצאו תרום דאין חזקת שליח עושה שליחותו ורשב"א והרא"ש ז"ל כתבו דהלכה כרב ששת ומההיא דחולין ליכא ראי' דאפי' רב ששת לית ליה חזקת שליח עושה שליחותו אלא במקום שאם לא יעשה השליח שליחותו יעשה חברו איסור אם יסמוך עליו אבל בההיא דחולין אינו חושש השליח לתרום שאם לא יתרום יראה המשלח שאינו תרום ולא אסיק אדעתי' שמא אחר שמע ותרם אלו דבריהם ז"ל והארכתי בהם מפני שראיתי להטור

בהלכות תרומות שכתב לדעת אביו הרא"ש שכל שראה תרום אינו חושש שמא אחר שמע ותרם וזה אינו כמ"ש. וחוזרני לעיקר הדין דנראה דהשתא בזמן הזה אינו לתרומה אלא מדברי סופרים וכמ"ש הרמב"ם ז"ל נראה דסמכינן אחזקת שליח עוש' שליחותו ומן התימה על הרב ש"ע דאחר שפסק דתרומה בזמן הזה מדברי סופרים אמאי פסק דאין חזקתו תרום ואע"פ דאיכא רבוותא דסברי דתרומה בזמן הזה דאורייתא מ"מ יראה דבנ"ד סמכינן אחזקת שליח עושה שליחותו דאיכא למימר דע"כ לא פליג רב נחמן אלא בעוש' שליח ואומר צא ותרום לי דשמא לא תרם אבל באומר לו אני מעשר על ידי שזה הבטיחו לחברו לעשר ע"י אפשר דאפי' רב נחמן יודה דסמכינן עליה שעשאו דשארית ישראל לא יעשו עולה וכו' והכי אמרינן בפסחים בפרק האשה עלה דמתני' דקתני מי שהיה חבוש בבית האסורים והבטיחו להוציאו שוחטים עליו ועל כולם אין שוחטים עליהם בפני עצמן שמא יביאו לידי פיסול אמרינן עלה משמיה דר' יוחנן ל"ש אלא בבית האסורי' של עובדי כוכבים אבל בבית האסורים של ישראל שוחטין עליהם בפני עצמן מ"ט שארית ישראל כו' אלמא דאפי' בשל תורה סמכינן אהאי טעמא שהבטיחו והכי מפלגינן בירוש' בפר' בכל מערבין ובפרק הזהב גם כן אמרו משמיה דר' אמר ליתן מתנה מועטת לחברו אסור לחזור בו משום דשארית ישראל ומסיק שם דמהאי טעמא יכול לעשותו בן לוי תרומ' מעשר על מקום אחר דסמכא דעתיה על מה שהבטיחו. אלמא דאפי' בשל תורה ה"ז סומך על מה שהבטיח לו חברו לעשותו כל היכא דסמכא דעתיה ואלו גבי העושה שליח דלית ליה לרב נחמן חזקת שליח עושה שליחותו פירש"י ז"ל דטעמ' משום סמכא דעתי' דמשלח ומ"ה השליח אינו חושש לעשות שליחותו. אבל עדין נראה לחלק דע"כ לא סמכינן אטעמא דשארי' ישראל וכו' אלא במידי דאינו יוכל לעשותו ע"י אחר או ע"י עצמו כההיא דחבוש וכן בההיא דכור מעשר יש לי בידך דכי האי דוקא כל שהבטיחו במתנה מועטת ה"ז סמכא דעתיה והשליח ג"כ גמר בלבו דעליה דידיה סמיך ואם לא יעשה הוא לא ימצא אחר לעשות אבל במידי דשליחות דיכול לעשותו ע"י אחר או ע"י עצמו אין השליח חושש לעשותו דסבר דלא סמיך עליה המשלח ומתיאש לעשותו. אבל עדין איכא למידק דאילו הכא בפ' הזהב סמכינן אטעמא דשארית ישראל אפי' במידי דאיסור תורה ואילו בפ"ב דקידושין בעובדא דאמר לקריביה והיא לקרובה פליגי בה אביי ורבא דרבא לא סמיך אהאי טעמא דשארית ישראל ולפי מה שמחלק הירושלמי שהבאתי אתי שפיר:

סימן כב

עובד כוכבים שאמר לו לראובן מנה שאתה חייב לי תנהו לישראל חברך והפטר והעובד כוכבים היה רוצה לתתו לאותו ישראל או בהלואה או במתנה או שהיה חייב לו והיה רוצה לפרוע לו חובו ואחר שנתנם ראובן חזר בו ורוצה ליטלם ממנו באומרו כי אין שליחות לעובד כוכבים וכיון שכן זוזי ברשותיה קיימי:

תשובה ראיתי למהר"ם אלשיך בסי' א' שהבין מתוך דברי התו' דפ' הרבית דאפי' שאמר העובד כוכבים לישראל ראשון תנם לפלוני והפטר דעדין ברשות ישראל קיימי יע"ש. אמנם לע"ד נר' דע"כ לא כתבו התוס' כן אלא כשלא אמ"ל העובד כוכבי' לישראל ראשון תנם לישראל שני והפטר אבל כי א"ל והפטר מכי יהיב ליה ישראל ראשון זכה הישראל השני דכה"ג גמר ויהיב ואין לישראל הראשון על השני כלום כיון דאדעתא דעובד כוכבים יהב ליה ואין לעובד כוכבים על ישראל ראשון שום טענה וכן נראה מדברי הריטב"א הביאו מהר"ב משמעתין עיין שם בדף קנ"ח ע"א ד"ה הניחם ע"ג קרקע והפטר כו'. איברא דמדברי הרשב"א שהביא שם סוף דף קנ"ז נראה כסברת הר"ם אלשיך שכתב ז"ל אלא מסתברא דטעמא דמלתא כדאמרן לעיל דאינו בתורת זכיה כלל וכיון שכן כי א"ל תנם לישראל חברך והפטר נהי דישראל ראשון איפטר מיהו ישראל שני לא זכה ליה וזוזי דישראל נינהו ואי בעי הדר ושקיל להו מישראל שני דלדעת שיזכה לעובד כוכבים נתנם וכל שלא זכה מחמת העובד כוכבים אף הוא חוזר ונוטלם עכ"ל וכל זה שכתבנו הוא כשהעובד כוכבים היה רוצה ליתנו לישראל שני בהלואה דאז איכא למימר דאע"פ שאמר לו העובד כוכבים לישראל ראשון תנם לחברך והפטר אפ"ה יכול לחזור וליטלם ממנו משום דלא נתנם לו אלא ע"ד שיזכה לעובד כוכבים וכל שלא זכה מחמת העובד כוכבים אף הוא חוזר ונוטלם כמ"ש הרשב"א ז"ל כאמור אמנם כשהעובד כוכבים היה רוצה ליתנו לאותו ישראל במתנ' או שהיה חייב לו אף הרשב"א ז"ל מודה דזכה הישראל השני דהא לא נתנם על דעת שיזכה לעובד כוכבים אלא שיזכה לעצמו ומטעם זה נרא' עוד דכה"ג אף שלא אמר העובד כוכבים לישראל ראשון כי אם תנם לחברך סתם זכה בהם ישראל שני ואין לישראל ראשון על השני כלום וע"כ לא אמרינן דאפי' דאמר לו העובד כוכבים תנם לחברך דלא זכה בהם ישראל שני ויכול הישראל הראשון ליעלם ממנו אלא כשהעובד כוכבי' היה רוצה להלוותם לישראל שני דאז כיון דלא נתחייב השני לעובד כוכבי' דאין זכיה לעובד כוכבים אם כן גם הראשון לא נפטר מהעובד כוכבים הלכך זוזי ברשות ישראל קיימי דלא נתן לו אלא ע"ד שיפטר מהעובד כוכבים ועדין לא נפטר או אדעתא שיזכה לעובד כוכבים נתנם וכל שלא זכה לעובד כוכבים

אף הוא חוזר ונוטלם ממנו אבל כשהעובד כוכבי' אומר לישראל תנם לחברך במתנה או בעד פרעון כל שנתנם ראשון לשני נפטר כיון דעל פי העובד כוכבים נתנם וכונתו עשה והרי זה דומה לישראל שאמר לעובד כוכבי' או עובד כוכבי' שאמר לו לישראל טול מנה זה ותנהו לפלוני דאין לו לעובד כוכבים על השליח עוד שום תביעה וא"ת אף כשאמר לו העובד כוכבים לישראל ראשון תנם לחברך אף שבתורת הלואה היה רוצה ליתנם לשני ולא נתחייב דאין זכיה לעובדי כוכבים אמאי לא נפטר הראשון כיון שעל פי העובד כוכבים נתנם לחברו י"ל דהיינו טעמא משום דהישראל הביאו לעובד כוכבים ומשום הכי כל שלא נתחייב השני לא נפטר הראשון ועדין צ"ע ועיין מ"ש מהר"ב ז"ל בסוגיין דף קנ"ח ע"ב וז"ל וכל שמועתינו זאת אינה אלא בהלואה שלוה עובד כוכבי' מישראל או ישראל מעובד כוכבי' ובהא שייך לומר שליחות ואין שליחות דכיון דאיכא חיוב מלוה כל היכא דליכא למימר שליחות לא מפטר מחובו וקיימי מעות ברשותי' כדמעיקר' אבל בפקדון שהפקיד עובד כוכבי' ביד ישראל או שהפקיד ישראל ביד עובד כוכבים ואמר המפקיד ליתנו לישראל שילוה אותם לו כל שנתנו הנפקד על פיו נפטר ממנו וכו' עכ"ל ומתוך דברים אלו נראה קצת דלא כמ"ש וצריך תלמוד (א"ה כל מ"ש לעיל בענין זה סידרתיו לפי ע"ד כי לא מצאתי בדברי רבינו כי אם רמז דברים):

סימן כג

ראובן שעשה שליח לשמעון שילך ויקבל חובו מן העובד כוכבי' וכן עשה שמעון והלך ונתן לו העובד כוכבים בגדים בעד פרעון החוב ובבא שמעון עם הבגדים מצאו לוי ומכרם לו יורנו רבינו נר"ו:

תשובה הא מלתא איתיה בפרק הרבית דגרסינן שם עובד כוכבים שלוה מעות מישראל ובקש להחזירם לו מצאו ישראל אחר וא"ל תנם לי ואני אעלה לך כדרך שאתה מעלה לו כו' עד ואם העמידו אצל ישראל אסור משום חומרא ע"כ והקשו התוספות עלה דאמאי לא אסו' מדינא שהרי נעשה ישראל שני שלוחו של ראשון לקבל חובו מיד העובד כוכבים ותירצו דאין קבלה מן העובד כוכבים זוכה לישראל חברו מכיון דאין העובד כוכבים מפקיר נכסיו אלא בא לזכות מעותיו למלוה ע"י זה הלוה ואין לו כח לזכות שא"כ היה ישראל המקבל שלוחו לזכות במעותיו ואין שליחות לעובדי כוכבים ע"כ. ולכאורה נראה מדבריהם דאפי' כי עשה המלוה שליח לישראל חברו כדי שיקבל חובו מיד העובד כוכבים אין קבלתו זוכה לישראל המשלחו דהא הכא כי א"ל ישראל לעובד כוכבים תנם לזה הרי המלוה עשאו שליח לישראל שיקבלם בעדו כמ"ש התוספות בפרק הגוזל קמא גבי שליח שעשאו בעדים דכל שא"ל פה אל פה שלח לי ע"י פ' עשאו

שליח וראי' ממתניתין דהשואל את הפרה. ואפ"ה הכא גבי עובד כוכבים לא מהני דא"א לישראל לזכות לחברו בממונו של עובד כוכבים אם לא יעשנו שליח וכמ"ש נ"י פ"ק דמציעא בשם הר"ן ז"ל דא"א לזכות לחברו מתורת שליחות אלא אם כן נעשה שלוחו של בעל הממון יע"ש. וכבר ראיתי להרשב"א ז"ל בחדושיו לשמעתין שכת' בהדיא דאפי' כי עשאו שליח לישראל שיקבל חובו מיד העובד כוכבים אין קבלתו זוכה לו וכ"כ מהר"ם הביאו הב"י בח"מ משם ר' ירוחם סי' ק"ה. אבל מדברי הטור ביו"ד סי' קס"ט אנ"כ שהרי כתב דאפי' לר"ת ז"ל אם ישראל השני אומר שבשליחות הראשון מקבלם אסור דשליח של ישראל הוא ע"כ וכן מסתברא שהרי כל שהישראל עשאו שליח לקבל בעדו תו אין אנו צריכים לשליחותו של עובד כוכבים וכמ"ש התוספות פ"ק דקדושין גבי ההיא דעבד מהו שיעשה שליח לקבל גיטו וכו' דנ"מ היכא דפירש לו האדון לישראל שאינו נותנו לו בתורת זיכוי אלא בתורת שליחות העבד וכגון דהשליח אמר עבדך עשאני שליח לקבל את גיטו וא"ל האדון הילך וכ"כ הריטב"א שם ומ"ש הר"ן שהבאתי דא"א לזכות לחברו מתורת שליחות אלא אם כן נעש' שלוחו של בעל הממון ה"ד במתנה דאין אדם עושה שליח לקבל מתנה מחברו כדאיתא בירושלמי דמ"ש אבל לענין חוב אינו כן דודאי שפיר משוה שליח ושליחו כידו ובח"מ הביא הב"י משם הרא"ש והר"ן ז"ל דתופס לבע"ח במקום שאין חב לאחרים מן הדין זכה דזכין לו שלא מדעתו ומפשט דברי הטור בי"ד שהבאתי נראה דאפי' לא שוויה ישראל המלוה שליח זכה לו דזכין לאדם שלא בפניו וכ"כ הב"י שם:

איברא דאיכא למידק דהא כיון דמיירי שם בשהישר' הראשון א"ל תנם לו מכי א"ל הכי הרי עשאו שליח לישראל לקבלם בעדו וא"כ כי נמי לא אמר השליח הכי הרי הוא שלוחו של ישראל כמו שהוכחתי לעיל דכל שאמ"ל פה אל פה שלח ע"י פ' הרי עשאו שליח אלא דאפ"ה לא מצי לזכות כיון דאין העובד כוכבים עושה שליח וכמ"ש התוס'. לכן נראה לע"ד דע"כ לא אמרינן עשאו שליח אלא היכא דאמ"ל הוא מעצמו שלח לי חובי ע"י פ' אבל הכא דא"ל לעובד כוכבים תנם לו בהלואה לאו שליח שוייה ואף על גב דישראל שני כי קבלם מהעובד כוכבים ע"ד ישראל קבלם וכאלו קבלם בעדו מ"מ כל כמה דלא עשאו שליח בהדיא אין זה יכול לזכות בהם שלא מדע' העובד כוכבים שהרי אם לא ירצה העובד כוכבים לתתם הרשות בידו:

סימן כד

ראובן שאמר לעובד כוכבים אמור לישראל פלו' שילוה לי מעות ואתה תתן לו דינר ברבית בכל חדש וחדש ובסוף הזמן אני אפרע לך כל הריבית שתתן בעדי מהו מי נימא

כיון דאין שליחות לעובד כוכבים כי יהיב עובד כוכבים רבית לישראל לאו משל ישראל קא יהיב דישראל כי שקיל מעובד כוכבים קא שקיל או דילמא כיון דהישראל נתחייב לעובד כוכבי' לפרוע לו כל הרבית שנותן העובד כוכבי' בעדו אישתכח מישראל שקיל רביתא דכי יהיב עובד כוכבים כאלו יהיב הישראל דמי וכן משמע מההיא דאמרי' בפ"ב דע"ז דף ע"א דאסור לומר לעובד כוכבים עול תחתי לעצור משום דכי יהיב עובד כוכבים יין נסך כאלו יהיב הישראל דמי כמו שפירש רש"י דשליחותיה דישראל קא עביד עובד כוכבים. איברא דראיתי למקצת המפרשים ז"ל שפירשו לה בשהקדים לו דינר דמיד נקנה לו היין לישראל משום דאי לאו הכי לא חשיב כאלו הישראל יהיב יין נסך ואע"פ שהישראל ודאי נשתעבד לעובד כוכבים בדמי היין שנתן על פיו כדמוכ' שם בשמעתין בריש פרקין דאוקי לה להההיא דקתני אבל אסור לו' לפועליו צאו ושתו דאיירי בשהקדים לו דינר לחנוני הא לאו הכי שרי ואע"פ שהב"ה נשתעבד לחנוני יע"ש אבל איכא לאקשויי אשמעתין שם כיון דהבעל הבית נשתעבד לחנוני הרי החנוני כי יהיב לפועלים שליחותיה דב"ה קא עביד וכאלו יהיב ב"ה הוי כדמוכח בפרק המדיר דפריך אמתני' דקתני המדיר את אשתו מליהנות לו יעמיד לה פרנס ופרנס לאו שליחותי' קא עביד כלומר והרי הוא מהני לה ע"כ והכא נמי כי אומר לחנוני שיתן לפועלים הרי החנוני שליחותיה דב"ה קא עביד ולגבי יין נסך דמיירי בחנוני עובד כוכבים כיון דאין שליחות לעובד כוכבים אתי שפיר דלא מיתסר כי לא הקדים לו דינר אבל לענין שביעית ומ"ש דמיירי בחנוני ישראל קשה. וראיתי להתוס' ז"ל שם בפרק המדיר שהוקשה להם זה ותי' דחנוני לאו שליחותיה דב"ה קא עביד דלא קא"ל דליתיב להו איסורא עכ"ד ולכאורה קשה דהלא כל שאומר כן לחנוני עובד כוכבים סתמא עובד כוכבים כי יהיב להו למשתי יין נסך קא יהיב להו ואין לומר דהתוס' איצטריכו להאי תירוצא לגבי שביעי' ומ"ש דמיירי בחנוני ישראל אבל לענין יין נסך דאיירי בחנוני עובד כוכבים מעיקרא לא הוקשה להם דאין שליחות לעובד כוכבים כסברת ר"ת דס"ל דאין שליחות לעובד כוכבים אפי' לחומרא זה אינו דהלא התוס' בההיא דעול תחתי אוצר פי' לה ואפי' כי לא הקדים לו דינר. אשר על כן נראה דס"ל להתוס' דכל שהישראל נשתעבד לעובד כוכבים כי יהיב עובד כוכבים כאלו יהיב ב"ה דמי ואפי' לר"ת דלית ליה שליחות לעובד כוכבים ואפי' לחומרא הכא כיון שהישראל משתעבד לעובד כוכבים בדמי יין נסך דקא יהיב עובד כוכבים למלך כאלו יהיב ישראל דמי ופועלים שאני משום דאין ב"ה חייב לפועליו מזונות ממש ומצי לפטור עצמו מהם כשיתן להם דמי המזונות. חזי הוית האי מלתא בירושלמי בפרק ב' דקדושין ז"ל התקדשי בסלע זו ואמרה השליכהו לים או לנהר אינה

מקודשת תנהו לעני הרי זו מקודשת לא נכנס לתוך ידה כלום הכא את אמר מקודשת והכא את אמר אינה מקודשת אמר ר' אבהו בשם ר' יוחנן רוצה היא מקודשת ותראה עושה טובה לעני א"ר פנחס ואתיא או כר' זעירא או כר' אילא דתני אומר אדם לפועל הילך דינר זה אכול בו הילך דינר שתה בו אין חוששין על שכרו לא משום שביעית ולא משום מעשרות ולא משום יין נסך אבל אם אמר לו צא וקח לך ככר ואני נותן לך דמיו צא וקח לך רביעית של יין ואני נותן לך דמיה חוששין על שכרו משום שביעית ומשום מעשרות ומשום יין נסך א"ר זעירא נעשה החנוני שלוחו של בעל הבית לזכות לפועל אף הכא על דעתיה דר' זעירא הבעל נעשה שלוחו של אשה לזכות לעני אמר ר' אילא העני זכה לאשה משל בעלה וחוזר וזוכה לעצמו. מה נפק מן ביניהון החנוני חרש על דעתיה דר' זעירא לא חשש שאין שליחות לחרש על דעתיה דר' אילא חשש היה הפועל חרש על דעתיה דר' אילא לא חשש שאין זכיות לחרש על דעתיה דר' זעירא חשש ע"כ. והמבואר מהירושלמי דר' זעירא ס"ל דהחנוני נעשה שלוחו של ב"ה ומה דיהיב חנוני לפועלים כאלו יהיב בעל דמי וכדאמרינן בפרק המדיר דפרנס שליחות דבעל קא עביד ולהכי אם היה החנוני חרש לא חשש שאין שליחות לחרש אבל לדעת ר' אילא חשש משום דהפועלים זוכים לב"ה וחוזרים וזוכים לעצמם ובהיו הפועלים חרשים על דעתיה דר' אילא לא חשש שאין הפועלים יכולים לזכות לב"ה דאין יד לחרש לזכות לאחרים כמו הקטן אבל לדעת ר' זעירא חשש משום דהחנוני שליחותיה דבע"ה קא עביד ומוכח מהא דבין ר' זעירא בין ר' אילא לא ס"ל לטעמא דתלמודא דידן דאמר רבא תן מנה לפ' ואקדש אני לך דמקודשת מדין ערב. והגם שראיתי להרשב"א בחידו' לקדושין שכתב דר' אילא מדין ערב קא"ל אלא דכי היה הפועל חרש כיון דאין זכיה לחרש אין הבעל הבית מתחייב מדין ערב ולע"ד עם שאיני כדאי להשיב על דבריו מלבד דפשטא דתלמודא לא משמע כותיה עוד קשה עליו דלפי הירושלמי לדעת ר' אילא הברייתא דקתני חושש משום יין נסך מיירי אפי' בשלא הקדים דינר לחנוני ואלו בתלמודא דידן לא נאסר ואף על פי שנתחייב הב"ה מדין ערב וכדקאמר שם דלא ס"ל לטעם דר' אילא דהפועלים זוכים לב"ה וחוזרים וזוכים לעצמם משום דאין הפועלים דעתייהו לזכות לב"ה וכמ"ש התוס' שם גם מ"ש הרשב"א דאין החרש זוכה לעצמו מדברי הרמב"ם נראה דהחרש זוכה לעצמו בשדעת אחרת מקנה לו כמו הקטן. ואיך שיהא צריך להבין דהלא פשטא דמלתא דקאמר חושש משום יין נסך נראה דבחנוני עובד כוכבים קא מיירי ואיך קאמר ר' זעירא נעשה החנוני שלוחו כדי לזכות לפועל ועוד קשה דמדברי הירושלמי נראה דההיא דעול תחתי לאוצר דמיירי בשהקדים לו דינר כמ"ש הרמב"ן הא לאו הכי

שרי משום דאין שליחות לעובד כוכבים לכן היה נראה לומר דהירושלמי ס"ל דהאומר לפועליו צאו ושתו מיירי בחנוני ישראל שהוא חשוד למכור יין נסך אבל בחנוני עובד כוכבים לא נאסר אלא א"כ הקדים לו הדינר עיין מש"ל סי' י"ג:

סימן כה

מי שאמר לחברו שיפדה פטר חמורו וקדם אחר ופדאו:

תשובה גרסינן בפ"ק דבכורות הפודה פטר חמור של חברו פדיונו פדוי וכתבו התוס' ז"ל שם ז"ל ל"ד לתורם משלו על של חברו דאיבעיא לן בפרק אין בין המודר אי צריך דעת דהתם כתיב גם אתם ובעינן מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם אבל הכא לא כתיב בעלים ע"כ ונראה מדבריהם אלו דיכול אדם לפדות פטר חמור של חברו אפי' אין הבעלים מתרצים כיון דלא כתיב בעלים אלא כל אדם יכול לפדותו ומצוה דידיה עבד ולאו שליחותיה דחבריה איברא דלכאורה היה נראה לדקדק על דברי התוס' דנימא דהכא נמי מדין שליחות הוי ואתי כמסקנא דהתם בנדרים דס"ל דהתורם כריו של חברו משלו ה"ז תרום וכמו שפסקה הרמב"ם פ"ד מהלכות תרומות והטור ז"ל והיינו מדקא בעי בתר הכא התורם משלו על של חברו טובת הנאה של מי משמע דפשיטא ליה דלא צריך דעתו דאי הוה צריך דעתו פשיטא דטובת הנאה של בעל הכרי כיון דתורם שליחותיה קא עביד וכ"כ הרב בב"י בי"ד ועיין במ"ש בהלכות זכיה סי' ז' אמנם אי משום הא עדין יש לדחות דהלא אפי' נימא דלא בעי דעתו מ"מ שליחותיה דבעל הכרי קא עביד דזכיה מדין שליחות קאתי ואמאי טובת הנאה שלו אבל לע"ד נראה עוד הכרח אחר דהתם בעי למיפשטיה דטובת הנאה שלו ממתני' דתורם ואי אמרת טובת הנאה שלו הא קא מהני ליה והשתא קשה דאי ס"ל דבעינן דעתו כי נמי אין טובת הנאה שלו הא קא מהני ליה דעביד שליחותיה אלא משמע דס"ל דלא בעינן דעתו. אבל כד דייקינן בה פורתא דברי התוס' ז"ל נימוקם עמם דע"כ הכא בפודה פטר חמור לאו מדין זכיה הוא ונימא שליחותיה קא עביד דמה זכיה שייך הכא כיון דס"ד השתא דפדיונו לפודה ולא דמי לתורם משלו על של חברו שמרויחו דאין צריך לתת משלו כלום ונמצינו למדים מכל זה דזה שפדאו קיים המצוה:

איברא דעדין צ"ל כיון דזה השני קיים המצוה ולאו שליחותיה דחבריה קא עביד א"כ יתחייב זה לשלם לבעלים דמי המצוה שהפקיעו ממנו וכמ"ש בח"מ סי' שפ"ב, או דילמא כיון דמסקינן דפדיונו הוי לבעלים אמרי' מינח ניחא להו להבעלים בכך שהרי הרויח דמי השה שהיה צריך ליתן לכהן כי ההיא דאמרינן גבי תורם שלא מדעת דניחא להו לבעלים כיון שמרויחים או דילמא התם שאני שלא הפקיעו לבעלים ממצותו ושליחותיה

דבעל הכרי קא עבד אלא דהוה ס"ד לומר דניחא ליה לאיניש לקיים מצותו בממונו ולא בממון אחרים אבל הכא בפודה פטר חמורו של חברו דלאו משום שליחותיה דחברי' קא עבד הוא דפדוי אלא מצוה לנפשיה קא עבד כה"ג לא ניחא ליה לאיניש ואפי' דמרויח דמי השה להפקיע ממצותו. איברא דראיתי להרא"ש ורש"י שם בפי' לנדרים דמוכח מדבריהם דתורם משלו על של חברו דאותו אחר עשה המצוה ולא בעל הכרי אמנם מדברי התוס' בפרק האיש מקדש מוכח דזה התורם שליחותיה דבעל הכרי קא עביד אלא דהוה ס"ד לומר דלא ניחא ליה לבעל הכרי לקיים מצותו אלא בממונו:

איברא דעדין צריך למודעי בזה האיש בעל החמור שלא היה הוא רוצה לפדותו אלא נותנו לאחר לפדותו מי אמרינן כיון שהוא לא היה רוצה לפדותו כל ישראל שייכים במצוה זו ואם קדם אחר ופדאו הרי זה פטור וכמ"ש הרא"ש בפרק כיסוי הדם במי שנתן את בנו לא' למולו וקדם אחר ומלו דפטור מה"ט אבל ראיתי חולקין עליו ולא ס"ל הכי והוא סברת ר"ת דאית ליה דאותו זכות דהוה ליה לאב יכול ליתנו לאחר ושליחותיה דאביו קא עביד ונראה דהרא"ש ס"ל דכל כה"ג לאו שליחותיה דאב קא עביד זה השני אלא הוא מקיים מצוה ולא האב וכמ"ש הרב בעל כנסת הגדולה בהלכות שופר והראיה שאם קדם אחר ומלו שלא מדעת אביו הרי זה מהול ולא דמי לתורם על של חברו דהתם שליחות בעינן ואי לאו הכי לא עשה ולא כלום ובעל הכרי הוא דעושה המצוה ונראה דה"ט דר"ת ז"ל דכיון דאין אדם יכול למול בנו של חברו שלא מדעתו כל שנתנו למולו לאחר שליחותיה דאב קא עביד ודמי לאות' שאמרו בפרק הגוזל קמא מנין לכהן שבא ומקריב בכל עת שירצה וכו' ואם היה זקן או חולה נותנו לאחר ומשמע התם דמדין שליחות הוא אלמא דאע"ג דקי"ל דכהני לאו שלוחי דידן נינהו אלא שלוחי דרחמנא אעפ"כ כיון שזיכה לו תורה במצוה זו יכול לשוויי שליח תחתיו והוא הדין נמי במי שנתן בנו לאחר למולו שליחותיה דראשון קא עביד. איברא דעדין איכא למימר דזה השני לא זכה במצוה זו בדבור האב ולא מיבעיא כשאין האב יודע למולו דכיון דאיהו לא מצי עביד שליח נמי לא מצי משוה אלא אפי' בשיודע למולו נהי דבידו הוא לשוויי שליח למי שירצה מיהו זה השליח עדין לא זכה במצוה זו דמ"ש מהר"ם דלא גרע ממכירי כהונה דאלמא בדבור לחוד זכה הכהן וכו' לפי מה שפי' רש"י והר"ן ז"ל שם בגיטין סוף פרק כל הגט יע"ש אין דמיון עולה יפה. ומה שהביא מההיא דר"י דהין שלך צדק כבר כתבו הרי"ף והרא"ש ז"ל בפרק הזהב דר"י לא מהאי קרא קא"ל דאם כן מתנה מרובה נמי אלא האי קרא לא אתא לכדאביי שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב ור"י מן הסברא הוא דקאמר דכל מתנה מועטת כיון דסמכא דעתיה אית ביה משום מחוסרי אמנה ובירוש' אמרו

אין אדם יכול לעשות שליח לקבל מתנה שא"ל ליתן משום דאין לו זכות בה ואותיביה מהא דהין שלך צדק ומשני כדאביי אבל התו' ס"ל דההיא דאביי לא אצטריך אלא לרב אבל לר"י כל שלא נשתנה השער אינו יכול לחזור משום הין שלך והא דקאמר דבמתנה מרובה מותר לחזור בו ה"ט משום דלא סמכא דעתיה וגם הנותן לא גמר בכל לבו ליתן וכיון שכן יש לו קצת זכות לזה שנדר לו אביו במצוה זו וכ"כ הטור בשם ב' המאיר ובפ' כל הגט אוקמה רב למתני' דהמלוה מעות את הכהן במכירי כהונה ואלו רב לא ס"ל לדר"י דהין שלך צדק ויכול לחזור וכדכת' הרא"ש ז"ל שם בשם הרי"ף ז"ל:

סימן כו

ראובן שאמר לשמעון אני ממנה אותך שליח שתגבה מנה מלוי שחייב לי ותזכה בו ליהודה מהו מי אמרי' כיון שעדין לא באו המעות לידו ומחוסר גובינא הם לא מצי להקנותם לאחר דאין אדם מקנה דבר שלא בא לידו וכיוצא לזה כתב הטור בשם הרמ"ה סי' רמ"ג דאם אמר לעדים כתבו השטר וזכו לפלו' אפי' כתבו לא זכו לו דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. איברא דלפי מה שפרש"י בפ"ק דמציעא גבי עדיו בחותמיו זכין לו אין נראה כן ומיהו עדין איכא למימר דהתם שאני משום דהדבר בידם לעשותו עכשיו ע"י קניין וכל שבידו לאו כמחוסר מעשה אבל הכא דאין הדבר בידו עכשיו שליח נמי לא מצי משוי ובהכי אתי שפיר להרמ"ה ההוא דעדיו בחותמיו זכין לו דהתם בידו של זה לגמור הדבר עכשיו על ידי קניין סודר:

ואיברא דאם היו הנכסים אצל לוי פקדון מעות בעין הגם דאין דרך קנייה לדמים מ"מ כיון דהדבר איתיה בעולם מצי לעשות שליח כדמוכח מפי' רשב"ם גבי לכשתלד קנה ואף ע"ג דלא מצי עביד השתא מצי לשוויי שליח וזהו דעת הרא"ש ור"ח ז"ל שהביא הטור בסימן ר"י דנראה דכי אמרינן כל מידי דלא מצי עביד לא מצי לשויי שליח היינו היכא דאין הדבר בעולם אבל דעת הרמ"ה אינו כן כמ"ש הטור בסי' ר"י:

סימן כז

והיכא דעשה שליח לגבות מב"ח והלך השליח ותפס מהלוה ואית ליה ב"ח אחרים בהא מילתא איכא פלוגתא בין רש"י ז"ל והתוס' דרש"י ס"ל דכי אמרינן תופס לב"ח במקום שחב לאחרים לא קנה היינו בשתפס מעצמו ולא עשהו שליח דאי עשהו שליח הא קי"ל דשלוחו של אדם כמותו ומ"ש מפועל המגביה מציאה לב"ה דזכה ב"ה ואפי' לרב נחמן דאית ליה המגביה מציאה לחברו לא קנה חברו משום דיד פועל כיד ב"ה. והתוס' ז"ל הקשו ע"ז מההיא דיימר בר חשו דפ' הכותב דא"ל לשלוחו זיל ותפסיה לארבא ומסיק דהוי תופס לב"ח אלמא דאפי' בעשאו שליח לא מהני תפיסתו. ולע"ד נראה דלא קשה

מידי דהתם בפרק הכותב לא איירי בתפיס' ממון כי אם בתפיסת מטלטלין ובתפיסת מטלטלין כי תפיס מלוה גופיה לא זכה בהם זכייה גמורה כי אם למשכון בעלמא משא"כ בתפיס זוזי דזכה בהם זכייה גמורה ונפקא מינה דאי איתניסו אותם מעות איתניסו למלוה ואי תפס מטלטלין אי איתניסו איתניסו ללוה ואין לו בהם אלא תפיסה בעלמא לבטחון חובה וכיון שכן בתפס זוזי דאי עביד מלוה גופיה זכה בהם זכייה גמורה שלוחי' ג"כ יכול לזכות לו אבל בתפס מטלטלין דאי תפס מלוה גופיה לא זכה בגופן כי אם לתפיסה בעלמא להא מילתא לא מהני שליחות כיון דאין כאן זכייה אלא תפיסה בעלמא ומטעם זה ג"כ ס"ל לרב נחמן המגבי' מציאה לחבירו דלא קנה חברו ואפי' עשהו שליח דא"ל זכי לי משום דשליחות בכה"ג לא מהני כיון שלא היה למשלח שום זכות באותו ממון מקודם וכדאמרי' בירושלמי שהבאתי לעיל דאין עושה שליח לקבל מתנה כיון דלא היה לו שום זכות בה מקודם: מה':

סימן כח

שליש לא מצאתי כי אם דבר זה שכתב בימי חרפו

שליש נאמן אפי' היכא דליכא מיגו כ"כ התוס' בפ' התקבל והרשב"א והר"ן שם והטור סי' נ"ה והיינו טעמא משום דמעיקרא הוה ליה מיגו והאמינו וראיתי למהרש"ח בביאורו לטור כתב דמלשון הנמוקי יוסף ספ"ק דמציעא נראה דאע"ג דליכא מיגו כלל נאמן יע"ש ותמהני דבפירוש כתב הנ"י בפרק זה בורר ז"ל פי' דלא מיירי דאין עליו עדים כלל דא"כ אפי' מלוה מודה דאיהו עשהו שליש לאו מידי הוא דאחספא בעלמא הימניה אלא לומר שאין עדים מצויים לקיימו ואע"ג דליכא מיגו דאי נמי מהדר לי' ללוה לא מהני ליה מידי מ"מ הא הימניה מעיקרא בשעתא דאפקידו גביה דאי מהדר ליה ללוה בההיא שעתא הוה מקיים ליה והן הם דברי הר"ן והנ"י בפ"ק דמציעא שכתב ואם אין עליו עדים פי' לא שאין בו עדים כלל דא"כ וכו' אלא שאין בו עידי קיום יע"ש. והיכא דאיכא הכחשה ביניהם שאחד מהם אומר שלא השלישו בידו אלא שנתנו בידו לפקדון נראה ג"כ דנאמן השליש אפי' בלא מיגו מאותה סוגייא דפ' התקבל דהא התם איירי כשאחד מהם אומר שבפקדון אתא לידיה ולא בתורת שליש ואפ"ה כתבו שם התוס' דנאמן מיגו וכ"כ ב' התרומות שער נ"ב ח"ג סי' ח' ששאל להרמב"ן והשיב לו דנאמן אפי' היכא דליכא מיגו כגון דאיתחזק שטרא בב"ד ודלא כמהרי"ט ח"א סי' צ' אח"כ ראיתי בש"ך בסי' הנז' השיג על הרב דמסתם הטור וב' התרומות נראה דאין לחלק יע"ש ולא ראה דבפירוש כתב הרב ב' התרומות הפך מהרי"ט. (א"ה נראה דהש"ך ה"ט דלא נסתייע מדברי הרמב"ן הנז' משום דהוא ז"ל בסוף דבריו הבין דהרמב"ן איירי כשהוא טוען לא היית שליש משנינו

אלא אני לבדי הפקדתי אצלך על תנאי זה ולא נתקיים התנאי וכעין מה שפי' סוגיין דפ' התקבל):

הלכות שותפות

סימן א

בדיני השותפות אם נשתתפו זה במנה וזה בק"ק ולקחו פרקמטיא ונשאו ונתנו בה והרויחו נראה דהשכר לאמצע כך נראה מדברי הרמב"ם ז"ל והרב בעל כ"מ בפ"ד מהלכות שלוחין אבל בב"י סימן קע"ו כתב איפכא ודקדק כן מק"ו דלקחו שור לחרישה וטבחוהו יע"ש ואינה ראיה דטבחוהו שאני שהרי חלקו השותפות אבל כל זמן שהם שותפין חולקים לאמצע ואה"נ שאם כשטבחוהו לא חלקו לאבריו אלא שנתעסקו במכירת הבשר והרויחו הרי הוא לאמצע ומ"ש בב"י דאם לקחו שור לחרישה וטבחוהו שנוטל כל אחד לפי מעותיו ולא יקח בעל המנה במה שנשתבחה הבשר ומשם יש ללמוד דסחורה הראויה ליחלק חולקין לפי מעות לענ"ד מדברי הרי"ף אין נר' כן שהרי כתב הרי"ף ז"ל שנמלכו עליו לחלוק באבריו ובהא פליגי דרבא ס"ל דאף אם נזדמן להם ומכרוהו חי הואיל ואם טבחוהו וחלקוהו באבריו היה זה נוטל שליש לפי מעותיו וזה שני שלישים ע"כ הרי דהרי"ף לא כתב אלא כשהסכימו לחלוק באבריו אז הוא דאמרינן חולקין לפי מעותיו אבל אם לא הסכימו לחלוק באבריו אלא שרוצים למכור הבשר ולחלוק ודאי שהיה הריוח לאמצע ומדברי הרמב"ם ז"ל אתה למד כן שכ' ואפי' לקחו שור לטביחה שאלו טבחוהו היה כל אחד נוטל מבשרו לפי מעותיו כו' משמע דדוקא לקחו לטביחה הוא דאמרינן שאם טבחוהו חולקין הבשר לפי מעותיו אבל לקחו לחרישה וטבחוהו אין חולקין הבשר לפי מעותיו אלא א"כ הסכימו לטביחה ושבח אח"כ וטבחוהו ומעתה יש ללמוד שאם לקחו סחורה ביניהם לשאת ולתת יחד אע"פ שהיא ראויה לחלוק לא מיבעיא כשנשאו ונתנו בה והרויחו שהריוח לאמצע כיון דעדיין לא חלקו השותפות והשותפות עומדת שכל דבר של שותפות על זמן שלא חלקו הריוח לאמצע אלא אפילו אם באים לחלוק הסחורה אינם חולקים לפי מעות זולת היכא שלקחו פרקמטיא לחלקה ולא להרויח ביחד דאז דומה ללקחו שור לטביחה דחולקין לפי מעות ומתוך דברי הרי"ף והרמב"ם ז"ל נראה דאפילו אם קבעו זמן לשותפות ונמשך אח"כ כל זמן שלא חלקו הריוח לאמצע וכ"כ הרי"ף ז"ל דטעמא דרב המנונא דאע"פ שנמלכו לחלוק מיהו כל זמן שלא חלקו הריוח לאמצע דכל שלא חלקו עדיין השותפות קיימת ולפי מ"ש דלדעת הרי"ף והרמב"ם כל שלקחו דבר בשותפות להרויח בה כשבאים

לחלוק אינם חולקין לפי דמים אלא לפי הריוח אתי שפיר דלא לאפושי במחלוקת שכן הוא לפי פרש"י ז"ל דרב המנונא איירי אפילו בטבחוהו ואע"פ כן חולקים לאמצע:

והיכא שלקחו סחורה לחלקה ביניהם ונמלכו ומכרוה נראה דהריוח לפי מעות ולא דמי ללקחו שור לטביחה ומכרוהו חי דהריוח לאמצע דשור שאני שאינו ראוי ליחלק כל זמן שהוא חי מה שאין כן בסחורה שהיא ראויה ליחלק וכחלוק דמי ועוד דשור שאני דהריוח שבא בעודו חי מעותיו של זה גם כן גרמו והשתא אתי שפיר ההיא דהניח להם אביהם פרה ועבד זה משתמש שני ימים בפי' משום דאדעתא דידהו לא נשתתפו והרי שור לטביחה ג"כ דאדעתא דהכי לא נשתתפו ואפ"ה חולקים לאמצע אם מכרוהו חי אלא צריך לחלק דהיכא דנשתתפו להרויח הא ודאי אפי' ראוי לחלק הריוח לאמצע וכשלא נשתתפו להרויח כגון דשור לטביחה ומכרוהו חי חולקים לאמצע שאם לא היו מעותיו של זה לא היה זה הריוח שהרי אם טבחוהו לא היה זה הריוח משא"כ בסחורה הראויה לחלק ולקחוה ג"כ לחלקה אע"פ שמכרוה קודם שחלקו דלא שייך כל הני טעמא הריוח לפי דמים וההיא דבכור ופשוט שהניח להם אביהם פרה ועבד התם ה"ט משום דמן השמים הקנו לו ולפי זה מ"ש הטור בשם הרמ"ה דאם קבעו זמן לחלוקתו ועלה ריוח אחר זמן החלוקה נוטלין לפי המעות אייריי בסחורה הראויה לחלק אבל סחורה שאינה ראויה לחלק לעולם הריוח לאמצע וע' בירושלמי בפרק שור שנגח ד' וה':

סימן ב

השותפין שרצה אחד מהם לחלוק תוך הזמן כתב הרמב"ם דאינו יכול לחלוק ולכאורה היה נראה דהתוס' חולקים ע"ז שכתבו בפ' המקבל דהמקבל עיסקא יכול לחזור תוך הזמן דפועל יכול לחזור בו אפי' בחצי היום ע"כ וראיתי להרב בס' בני אהרן סי' ל"ט שרצה לחלק ולומר דע"כ לא אמרו התוס' הכי אלא במקבל עסקא מחברו ואין מתעסק אלא האחד ודמי לפועל אבל שני שותפין ששניהם מתעסקים בשותפות לא שייך לומר דדמי לפועלים והביא ראיה לזה ממ"ש התוס' בפרק אלו מציאות גבי זיל אייתי תלת דפלגת קמייהו דמיירי שהגיע זמן המכר וגם עבר זמן השותפות יע"ש. ולע"ד אינו כן דבהדיא הביא הב"י בריש ה' שותפין דשותפין יכולין לחזור כל זמן שירצו כמו פועל דחוזר בחצי היום ומיהו נראה לע"ד דכל זה אינו אלא שיוכל לחזור ולומר לא אטרח עוד בעדך אבל מ"מ אי נשתתפו במעות שניהם נהי דיכול לומר איני רוצה לטרוח שאינו עבד שיעשה בע"כ מ"מ ממון השותפות קנויה לשניהם להרויח בה עד זמן שגבלו ביניהם וזהו שכתב הרמב"ם דאינם יכולים לחלוק תוך הזמן משום דכל אחד זכה בממון השותפות להשתמש בה ולהרויח. ומ"ש הנ"י בפרק המקבל דאם הוא לא משתעבד נכסוהי ג"כ

לא משתעבדי דנכסוהי דאיניש לא משתעבדי אלא מדין ערבות ע"כ לע"ד אינו כן דהכא לאו מחמתיה משתעבדי כדי דנימא הכי אלא משום דכל א' הקנה ממונו לחברו כדי להשתמש בה כמי שהקנה דקל לפירות. ומשום הכי כתבו התוספות דאי פלג השותף תוך הזמן שלא מדעת חברו לא עשה כלום ואם הותיר העיסקא הרי הוא לאמצע:

ומעתה יכולים אנו לומר דליכא פלוגתא בין הרמב"ם ז"ל והתו' דלדברי כולם שותפין יכולין לחזור ולומר איני רוצה לטרוח שאינו כעבד אבל אינן יכולים לחלוק השותפות וכמ"ש. אבל מדברי הראב"ד ז"ל בהשגות נראה דשותפין ששניהם מתעסקין לא חשיבי כפועלים כדי שיוכלו לחזור בהם שכתב בפ"ד מה' שלוחין ז"ל ורבותי הורו שאדם יכול להקנות עצמו לחברו בקנין כדין העבדים ומדאיצטריך לקנין נראה דהיינו כדי שלא יוכלו לחזור בהם דאי כל זמן שלא חזרו לא הי' צריך לקנין דאפי' בדבורא בלבד לא גרע ממגביה מציאה לחברו דקנה חברו וכ"כ מהרי"ק בשורש קפ"ב והכריח כן מתשו' אחרת להראב"ד יע"ש. והשתא נראה דלא ס"ל דשותפין דמו לפועלים דאם כן קנו מידם אמאי אינם יכולים לחזור תוך הזמן כמו פועל שחוזר בחצי היום ואפי' קנו מידו וכמ"ש הריב"ש בסי' תע"ו יע"ש וכ"כ הרשב"א בספר תולדות אדם סי' ע"ב ז"ל הצ"ל ואם נתכוין בקנין זו כדי שלא תוכל לחזור בה תוך הזמן זה אינו דבין בקנין בין בשכירות יכולה היא לחזור בה וכו' יע"ש. (א"ה וכן נראה מדברי הרשב"א בספר תולדות אדם סי' פ"ז ואף בשותפין יע"ש וצ"ע מ"ש הב"י בריש הלכות שותפין שדעת הרשב"א כדעת הראב"ד וע' סי' ס' בב"י סי"א מ"ש הרמב"ן והרשב"א וצ"ע):

הן אמת דהריטב"א ז"ל כתב בחידושיו שאם קנו מידו של פועל אינו יכול לחזור בו וכ"כ הנ"י בפרק הספינה גבי השוכר את הפועל לעשות עמו בגורן יע"ש ולפי זה אפ"ל דהראב"ד ג"כ ס"ל דשותפים דמו לפועלים ומיהו כל שהקנה את עצמו ס"ל דאינו יכול לחזור בו והשתא אתי שפיר מה שהקשו על דברי הריטב"א ז"ל דהיכי כתב דכל שקנו מידו של פועל אינו יכול לחזור והלא כל פועל משעה שהתחיל במלאכתו נגמר קנין השכירות ואפ"ה חוזר בחצי היום דאיכא לפלוגי ולומר בין היכא שהקנה את עצמו דאז גופו קנוי לב"ה כמו ע"ע ומש"ה לא מצי לחזור בו בלא כסף ובלא מחיר מה שאין כן היכא דלא הקנה את עצמו דנהי דהתחלת מלאכה עביד קנין אינו אלא ששעבד עצמו למלאכת חברו אבל לא הקנה את עצמו כדי שלא יוכל לחזור בו. שוב ראיתי דברי הריטב"א בחידו' שם בפרק האומנין ונראה דלא ס"ל דהתחלת מלאכה עביד קנין בפועל ומשום הכי הוא דמצי לחזור בו בחצי היום אבל כל שקנו מידו לא מצי לחזור בו אבל עדיין צריך להבין דאפי' כי קנו מידו אמאי לא יוכל לחזור בו ומ"ש מע"ע דאע"ג דגופו קנוי מצי

לחזור בו ועוד דבהדיא מוכח בירושלמי פ' האומנין דפועל גופו קנוי והא דמצי לחזור בו משום גזרת הכתוב הוא דקאמר התם רב אמר אין ישראל קונים זה את זה משום דכתיב כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים אמר ר' יוחנן בע"ע היא מתנייא ע"ד דרב בין פועל בין ב"ה יכול לחזור בו ע"ד דר"י פועל יכול לחזור בו ולא ב"ה. ונ"ל דה"פ דר"י סבר דפועל גופו קנוי כמו ע"ע וקרא דכי לי בני ישראל בע"ע מיתנייא ואתא לומר דע"ע יכול לחזור בו ולמדנו מהכא דפועל גופו קנוי ואפ"ה מצי לחזור בו ולהראב"ד ז"ל לק"מ דאף שכתב דאם הקנה את עצמו ה"ז קנוי ואינו יכול לחזור בו אפשר דס"ל דהא דפועל יכול לחזור ואע"ג דהתחלת מלאכה עביד קנין היינו בפועל שהשכיר עצמו בשכר דה"ז מגרע משכרו וחוזר כמו ע"ע דמגרע מפדיונו ויוצא אבל אם הקנה עצמו לחברו בלא שכר דאז ליכא למימר שמגרע מפדיונו וחוזר אינו יכול לחזור בו. אבל לסברת הריטב"א דס"ל דאף בפועל אם קנו מידו אינו יכול לחזור בו ודאי צ"ע מ"ש מע"ע דמצי לחזור בו עיין במהרי"ק שורש קפ"ב סוף דף רט"ו ובמהרי"ט ז"ל בח"מ ס"ס ק"ח ובח"א סימן ק"מ ובמהרא"ש סי' קי"ג:

סימן ג

כתב מהר"ם ז"ל על יהודים שבכל מלכות שהורגלו לתת מס בשותפות ועכשיו נתן המלך קצת מהמלכות לבנו ואינו לוקח מס מהיהודים הדרים בעיירות בנו ועתה תובעין הקהל מס מאותם היהודים שיתנו עמהם כמשפט הראשון והשיב דפטורים דשותף חולק שלא מדעת חברו במקום פסידא ודבר פשוט הוא כי לא נשתתפו אלא כשהיו משועבדים למלך בעודם שלו ודרים תחתיו אבל יצאו מתחת ידו אדעתא דהכי לא נשתתפו ע"כ וראיתי להבש"ג בפרק המקבל הקשה על זה דלמאי איצטריך מהר"ם לתת טעם כי אדעתא דהכי לא נשתתפו ולמה לא סגי האי טעמא דשותף חולק שלא מדעת חברו במקום פסידא יע"ש ולא ידעתי מאי קשיא לי' דהא דשותף חולק שלא מדעת חברו במקום פסידא היינו טעמא דאמרינן דעתייהו דאדעתא דהכי לא נשתתפו מתחלה כמ"ש הוא בעצמו בריש בתרא דלאו בכל מקום אמרי' שותף חולק שלא מדעת חברו במקום פסידא כי אם היכא דאיכא אומדנא דאדעתא דהכי לא נשתתפו מתחלה יע"ש:

וראיתי להרא"ש ז"ל בסי' ק"מ שכתב דההיא דאמרינן פרק הגוזל שיירא שהיתה הולכת במדבר ועמד א' והציל כו' ואם אמר לעצמי אני מציל הציל לעצמו וכתבו הפוסקים דבשותפין אע"ג דאין יכול להציל אם לא אמר לעצמי אני מציל הציל לאמצע היינו כשהציל סחורה או חפץ שהוא בשותפות עם חברו אבל אם הציל דבר אחר פשיט' שזכה בה המציל עד וא"כ בנ"ד שלא נתן התוגר סחורות מהשותפות אלא המעות פשיטא

דהציל לעצמו אם בידו לבדו נתנו לו המעות שהרי במעות אין אנו יכולים לומר שהיו מעות השותפות עצמן ונראה מדבריו דקאי אמ"ש תחלה דאף אם נודה ונאמר שמה שנתנו לבן הנהרג היה בעבור מה שגנבו מהשותפות אפ"ה כיון דמה שנתנו לו הוי מעות כיון דבמעות אין אנו יכולים לומר שהיו מעות השותפות עצמן כלומר המעות שגנבו פטורים כ"נ מפשט דבריו וא"כ הוא קשה דהא המרדכי והבש"ג ז"ל כתבו משם מהר"ם על שנים שהיה להם חוב אחד בשותפות על עובד כוכבים אחד והחוב מקולקל ביותר וצריך ליתן הוצאה הא' רוצה והשני אינו רוצה יכול לחלק שלא מדעת חברו ויאמר לעצמי אני מציל והרי התם בחוב איירי וא"ה איצטריך לכשיאמר לעצמי אני מציל וכן כתב עוד הבש"ג שם משם מהר"ם דראובן ושמעון שהיו דרים תחת שר א' ויצא ראובן משם והי' להם חוב אחד בשותפות על עובד כוכבים וכעס השר על ראובן ואמר לשמעון את חלקך אסייע שיפרעו לך אם אמר שמעון לעצמי אני מציל הציל לעצמו דכל כה"ג במקום איבוד שותף חולק יע"ש וצ"ע ויש ליישב דבריו ודו"ק:

סימן ד

(השאלה נאבדה, ומתוך התשובה יתבאר)

תשובה אף כי אנכי היום גולה ממקומי לא מצאתי מנוח לכף רגלי גם כי ספרי אינם אתי והדיבר אין בי עכ"ז לא נתתי מעצור לרוחי לבלתי סור מן המצוה. ואען ואומר דנראה דבנ"ד אם פורש בשטר השותפות שלא נשתתפו אלא במה שירויחו בעסק הידוע תו לאו כל כמיניה דראובן לומר לשותפו שמעון מה שנתתי לך ריוח מעסק אחר שהרוחתי בטעות הי' כי הייתי סבור שמחמת השותפות שיש לי עמך חל עלי חובה להביא לאמצע גם מה שהרוחתי בעסק אחר שהרי אין הדעת טועה בכך ואמרי' מידע ידע אלא שמתנה בקש לתת לו כדאמרינן בכמה דוכתי וחד מינייהו בפ' הספינה גבי מתני' דמכר את הצמד לא מכר את הבקר ופריך עלה נהי דאין הדמים מודיעים מ"מ ביטול מקח ליהוי ומשני שם בלישנא בתרא כי אמרי' אונאה וביטול מקח הני מילי בכדי שהדעת טועה אבל בכדי שאין הדעת טועה לא אימור מתנה הוא דיהיב ליה ולא מצי טעין טעיתי במקחי. ואע"ג דכת מן הגאונים לא ס"ל הכי ופסקו שם כשינויא קמא דמאי אין הדמים ראיה כדי לקיים כל המקח אבל ביטול מקח מיהא הוי ומשמע לפי זה דאפי' בכדי שאין הדעת טועה מצי לומר טעיתי. ולכאורה היה נראה דמסתייע האי סברא מדאמרינן בפ"ק דמציעא גבי הכיר בה שאינה שלו ולקחה דמעות יש לו ולא אמרינן מידע ידע ולשום מתנה נתכוון כדאמרי' גבי מקדש אחותו אדם יודע שאין קדושין תופסין בה וגמר ונתן לשם מתנה משום דלא עבידי אינשי למיהב מתנה לנוכראה. אבל כד דייקינן בה ליכא

ראיה דהתם שאני דאיכא למיתלי ולומר דלשום פקדון נתכוון והא דלא א"ל לשום פקדון סבר לא מקבל מיניה אבל כל היכא דליכא למיתלי בפקדון אלא שטוען טעיתי בדעתי לא מהימן דאנן סהדי דשקורי משקר שאין הדעת טועה בכך וע"כ צ"ל לשום מתנה נתכוון וכן פסקו כל גדולי האחרונים נ"נ ותפסו עיקר כשינוייא בתרא דאפילו ביטול מקח לא הוי:

ולע"ד זכורני שאני הייתי מייתי ראיה לזה מסוגיין דפ' המפקיד גבי מתני' דרי"א אפי' המוכר שמן מזוקק לחברו כל השנה כולה ה"ז מקבל עליו לוג ומחצה שמרים למאה ומוכח שם בשמעתין דחכמים דפליגי אר"י לשיטתייהו אזלי שאמרו אין הדמים ראיה משום דכיון דידע אימור לשם מתנה יהיב ליה יע"ש וה"ה בנ"ד. אבל אם בנ"ד לא פורש הדבר יפה בתחלת השותפות ויש מקום לתלות ולומר שראובן טעה בדעתו וסבור היה שלכל מילי היו שותפים אלא שעיקר השותפות הקבוע להם לשאת ולתת בו הזכירו ובו נכללים כל שאר רווחים אם יזדמן להם שכן דרך כל השותפים שמייחדים להם עסק ידוע כדי לשאת ולתת בו ואף ע"פ כן מתנים ביניהם שכל מה שירויחו ואפילו מציאה בשוק יהיה לאמצע ולזה טעה ראובן דסבור היה דזה מן הדין ואפי' כי לא התנו כאלו התנו דמי ולהכי הבי' ג"כ הוא לאמצע מה שהרויח באותו עסק כל כי האי גוונא נראה לע"ד דשמעינן ליה לראובן בטענתו כיון דאפשר לאצדודי ולומר שראובן טעה בדעתו ותדע דאמרינן בפרק הרבית האי מאן דאוזיף פשיטי מחבריה ואשכח בהו טופיינא אם בכדי שאין הדעת טועה הוא אימור מתנה הוא דיהיב ליה ונראה מדברי הטור בסי' רל"ג דאפ"ה אי אתא מאריה דזוזא וטעין לא לשם מתנה נתכוונתי אלא שטעיתי בחשבוני מהימן וכ"כ ר"י ובעל התרומות בהדיא הרי דאפי' במידי דהוי בכדי שאין הדעת טועה ובסתמא הוי מתנה אפ"ה כי אתי מריה וטעין לא כי אלא שטעיתי שמעינן ליה. ואע"פ שהמרדכי חלוק שם על זה וס"ל דכיון דהוי בכדי שאין הדעת טועה לא מהימנינן ליה לומר שטעה וכתב שהתוס' הביאו ראי' לזה מההיא דמכר את הצמד לא מכר את הבקר ואפי' ביטול מקח לא מצי טעין כיון דהוי בכדי שאין הדעת טועה לא מהימנינן ליה לומר שטעה לע"ד נראה דהטור ודעמיה מפליגי בינייהו דדווקא התם גבי צמד הוא דלא מהימנינן ליה משום דאנן סהדי דשקורי משקר שאין שום אדם טועה בכך לתת כל כך דמים בשביל הצמד אבל באשכח טופיינא אף על גב דהוי בכדי שאין הדעת טועה מ"מ אפשר לאדם שיטעה בכך ואמרינן זמנין דמעיין בעסקיו הוה וטעה בחשבונו ובהכי מתיישבא לי הא דלא בעי תלמודא שם בפרק הספינה לומר ואי אינש תקיפא הוא דלא יהיב מתנה מאי כדבעי לה גבי ההיא דאשכח טופיינא דדוקא התם הוא דבעי לה משום

דאיכא צד לומר דשמא טעה ויהיב ואיכא למימר דאפי' המרדכי לא קאמר דלא שמעינן ליה לומר שטעה אלא שם דטעין טעיתי בכדי שאין הדעת טועה בו אבל היכא דטעין טעיתי במידי דאפשר לדעת לטעות בו מהימנינן ליה במה שאומר שטעה דלאו כולהו אינשי דינא גמירי וכמו שכתב מהריק"ו בשורש ך':

והנה זה ימים ראיתי בתשובה להרב מהריב"ל בח"ל שהשיב על שותף שבא לידו טעות עובד כוכבים ונתן חלק ממנו לשותפו וכתב הרב ז"ל דאע"פ שלא היה מחוייב השותף מעיקרא לחלוק עם חברו בהאי רווחא דלא קי"ל בזה כסברת ר"ת מיהו אי כבר יהב ליה לא מצי להוציא מידו דמסתמא מידע ידע וגמיר דינא אלא דמתנה הוא דרצה לתת לו אלו ת"ד ז"ל. ואני הייתי מקשה עליה מדברי התוספות שם בשמעתין דהמקדש אחותו דהוו המעות מתנה שכתבו והא דאמרי' בערכין במוכר שדהו בשנת היובל דהמעות חוזרים התם אינו פשוט כ"כ דהא איכא רב דאמר מכורה ע"כ מוכח מדבריהם דכל דבר שאינו פשוט בפי הכל תלינן לומר שטעה וכ"כ בנ"ד אם יש מקום לתלות ולומר שראובן טעה בדעתו ולהכי הביא לאמצע מה שהרויח בעסק אחר וחלקו ביניהם שוה בשוה הדבר מוכיח שמחמת שהיה סבור שהיו שותפין לכל דבר הוא דעבד הכי ויותר יש לתלות בזה ממה שנתלה במתנה דלא עבידי אינשי למיהב מתנה וכמ"ש מהריק"ו בשרש קי"א אלא דעדיין איכא למימר דהן לו יהא שראובן טעה בדעתו ולהכי הביא הריוח לאמצע מ"מ אחר שכבר נתן הדמים לשמעון לא מפקינן מיניה דהא איכא מאן דאמר דמחילה בטעות הויא מחילה כמו שפי' רש"י ז"ל בשמעתין דפרק א"נ בשינוייא דקא משני התם זביני הכא הלואה ואע"פ שהתוס' ז"ל חלקו עליו וס"ל דמחילה, בטעות לא הויא מחילה ופירות דקל ה"ט משום דאפשר דאפי' אם היה יודע שהיה יכול לחזור בו לא היה חוזר כי היכי דליקום בהימנותיה מ"מ הרואה יראה בהגהת אשיר"י שם משם מהרי"ח ז"ל שהסכים עם פרש"י ז"ל וגם הריטב"א בחידושיו כתב משם הרמב"ן שכן עיקר אבל נראה לע"ד דבנ"ד כ"ע יודו דלא הויא מחילה שהרי כתב שם בהגהת אשר"י דכי אמרינן מחילה בטעות הויא מחילה היינו דוקא היכא דידע הנותן דממון דידיה קא יהיב לחבריה ואע"פ שבטעות קא מחיל ליה מ"מ קנה חברו שהרי נתייאש אבל היכא דסבור דממונא דחבריה הוא ומ"ה קא יהיב ליה אין כאן אפי' מחילה בטעות. וכ"כ בנ"ד שראובן הי' סבור ששמעון שותפו הוא לכל דבר ומה שהרויח באותו עסק הי' לאמצע ששניהם זכו בו בבת אחת ויד שניהם שוה בו ולהכי הביאו לאמצע אין כאן מחילה כלל הנראה לע"ד כתבתי אם יראה בעיני מורי עיין בתשובת הרא"ש שהביא הטור בסימן צ"ג ומ"ש רשד"ם סימן קכ"א:

גם סימן זאת נאבדה ומתוך התשובה יתבאר:

סימן ה

תשובה עמדתי על דברי השאלה ובמה שטען לוי שמה שנתפשר עם שותפו ראובן שיקח יותר מהמגיע לו ונשבע לוי לקיים דבר זה באונס עשאוהו מחמת שראובן היה מעבי' לו את הדרך והוה קא מטי ליה פסידא ללוי כאשר בא כתוב בשאלה לכאורה נראה דדינא קא משתעי ואף כי לכל האמור היה צריך לוי שיביא ראיה לדבריו שאנוס היה במעשיו מיהו אחר שהיום לוי מוחזק בנכסים נאמן הוא לומר שהיה כן ולא יתן לראובן היות' מהמגיע לחלקו דקי"ל אנסוה ויהיב אין מתנתו מתנה וכ"ש אם לא נתן עדיין אלא שנתחייב לתת אך אמנם מצד השבועה שנשבע לוי לתת לראובן כ"כ יותר על חלקו היה נראה שחייב לוי לקיים את שבועתו ואף שהיה אנוס דאונס ממון לא קא חשיב אונס כדאמרינן בפ"ג דנדרים וכיון דאמר יאסרו עלי פירי דעלמא אתסרו עליה ומשני באומר בלבו היום אלמא דאפי' בנודר באונס אם לא אמר בלבי היום אתסרו עליה פירי. ואף שראיתי להרב מהר"ר דוד הכהן ז"ל שכתב שאם הנודר לא היה יודע שצריך שיאמר בלבו היום ה"ז שוגג ולא חלה עליה השבועה ודמי למי שנשבע לשקר וסבור שמותר להשבע דהוי מנדרי שגגות דנתמעט מהאדם בשבועה פרט לאנוס דליביה אנסיה כמ"ש התוס' בר"פ שבוע' העדות יע"ש עכ"ל לע"ד אנ"כ ולבבי לא כן ידמה דשבועת שגגות שאמרו מותרין מיירי במי שטעה בדעתיה דהיה סבור שהיה כן ונשבע ואילו הי' יודע שאינו כן מעולם לא היה נשבע. אבל זה שהוצרך לנדור להרגין כדי להציל מידם הרי זה מכוין לנדור דבלאו הכי א"א לו להפטר מידם וכן נראה מדברי הריטב"א בחי' למס' קידושין בשמעתין דדברים שבלב לא הויין דברים כתב ז"ל ודאתן עלה לידן ההיא דנודרין להרגין שמעינן דאי לאו דאמר בלבו היום נדריה נדר ואע"ג דמחמת האונס נדר דכיון דנתכוון לנדר זה וידע אותו בשעת נדרו האדם בשבועה קרינן ביה ולאפוקי היכא דאנסיה לביה וטועה בעצמו שהוא כן בדבריו דלא קרינן ביה האדם בשבועה עכ"ל. מעתה יראה דאם בנ"ד לא נתכוון לוי בלבו לשום תנאי חלה עליה השבועה ואע"פ שהיה אנוס ולא עוד אלא שצריך שיכירו העומדים שם בשעת השבועה באונסו של לוי דאי לאו הכי אפי' שחשב בלבו לומר היום עכ"ז הוו דברים שבלב ולא הווין דברים אלא בהדירוהו הרגין ומוכסין דהוו מילי דמוכחי שכל השומעים אותו בעת שנדר יודעים שהוא אנוס וכ"כ הרב מהרי"ט בח"ב סי' נ"ב ורשום בזכרוני שכתוב אצלי שמדברי הרמב"ם נרא' דדברים שבלב הווין דברים היכא דק"ל שנאנס מלפרשם וה"ט דמתני' וכן נראה שהוא דעת רשב"ץ באותה תשובה שהביא הרב מהרי"ט. אבל התוס' בר"פ השולח גט כתבו שם

ועוד נראה לר"י כי דברים שבלב אינם דברים אפי' היכא דק"ל שנאנס מלפרשם כמו שרוצה להוכיח בפ"ב דקידושין דדברי' שבלב אינם דברים מכופין אותו עד שיאמר רוצה אני ולא מהני דברים שבלב אלא היכא שבלא גילוי דעתו יש לנו לידע דעתו מעצמנו עכ"ל:

ואיברא שיש לחלק ולומר דשנייא ההיא דמה שיש בלבו סותר את מה שהוציא בפיו בהא ודאי דברים שבלב לא מהני אפי' גבי אנסא וכמ"ש הר"ן ז"ל בשמעתין דנדרים אבל היכא שבא לפרש את דבריו שאמר בלבו היום או תנאי אחר כל היכא דק"ל שנאנס מלפרשם הויין דברים ואע"ג דלא הוו מילי דמוכחי לכל ובלא גילוי דעתו לא היו יודעים את דעתו,, ומ"מ בנ"ד אין אנו צריכים לכל זה אחר שאומר לוי שמסר מודעא מקודם שכל מה שהיה מתפשר עם ראובן לא היה כוונתו לקיימו שאנוס במעשיו היה וביטל את השבועה אם כנים הדברים נראה ודאי שהמודעא מבטלת את המעשה ואע"פ שלא אמר בלבו היום וכמ"ש הרב מהרי"ט ז"ל באותה תשובה וטעמא דאתי דיבור ומבטל דיבור ואע"פ שנראה מדברי הרב מהרא"ש ז"ל שחולק ע"ז שכתב בסי' פ"ו שדבר זה הוא בטל שהרי המודעא אינה רק להודיע שמגלה דעתו שבע"כ היה נשבע דלא נימא שהיה מרוצה ובנ"ד דהיינו נודרין להרגין לא אתינן עלה מטעמא דאונס דפשיטא לן שהוא אנוס ואינו מתרצה בכך אלא שאנו רוצים שיאמר בלבו היום כדי שלא יעבור על שבועתו וא"כ מה יתן ומה יוסיף המודעא עכ"ל לע"ד נראה שאינם חולקים והרב מהרא"ש מיירי במי שמסר מודעא ואמר שכל מה שהיה נשבע היה באונס ובזה הוא דקאמר דמה יתן ומה יוסיף המודעא אבל היכא דמסר מודעא וביטל את מה שעתיד לישבע מחמת שהוא אנוס בהא ודאי לא יחלוק שום אדם דמועיל התנאי לבטל השבועה כדמוכח שם בשמעתין דפריך וכיון דאמר כל נדר שאני עתיד לידור יהא בטל לא שמע ליה ולא אתי בהדיה וכתב הר"ן ז"ל והא דלא אמרי' הכא עקריה לתנאי וקיים ליה לנדריה משום שאע"פ שהוא ידע שאין בנדרו ממש ה"ז נודר לזרז את חבירו וכ"כ יש לומר בנ"ד שזה נשבע לחבירו אע"פ שיודע שאין בנדרו ממש שכבר ביטל את נדרו כדי להציל את שלו כללא דמילתא דאם בנ"ד היה כמו כן שמסר לוי מודעא וביטל את כל מה שעתיד לישבע התנאי קיים והנדר בטל ואף על פי שנשבע ע"ד חבירו מכיון שהיה אנוס:

סימן ו

גם זאת וגם קצת מתשובתה נאבדה וזה אשר מצאתי:

תשובה מה שטוען ראובן שישבע לו שמעון שבועת השותפות כדינו אינה טענה שהרי כבר מחל לו השבועה בשטר המחילה שעשה לו אך במה שטוען להחרי' חרם סתם אם

נשאר בידו מהשותפות הן מהקרן הן מהריוח לכאורה היה נראה דבהא דינא קא משתעי שאע"פ שכתב לו בשטר המחילה שמחל לו הכל ואפי' טעותא דיתגלי מ"מ כיון דראובן לא הוה ידע בההיא שעתא אם היה נשאר עדיין בידו של שמעון שהרי לא עשו חשבון על הריוח וכמה היה ושמא לא היה שם ריוח כל עיקר ואפי' אם היה לא הוה ידע כמה היה מגיע לחלקו וכל מידי דלא ידיע לאינישׁ אפי' כי מחל אין מחילתו מחילה דהוי כמו מחילה בטעות וכיוצא לזה כתב הרב בעפ"מ בח"א סי' נ"ז בשותפין שמחלו זה לזה יע"ש דמדמה לה להיא דע"מ שאין לך עלי אונאה דקי"ל דיש לו אונאה משום דלא ידע ומחיל עד שיאמר יודע אני שאינה שוה אלא חמשים וכן נראה מתשו' הרשב"א ז"ל שהביא הב"י סי"ב ולגבי מחילת שמים הנה בשמים עדו שלא מחל אלא באונס ואפי' לא נאנס וסבור שאין לו בידו יותר ונמצא שיש לו אין מחילתו מחילה דכל דלא ידע לא מצי מחיל ואע"פ שהוא כותב לו הריני מוחל לך עד שיאמר יודע אני שיש לי בידך יותר עכ"ל מבואר מדבריו שאע"פ שבלבו של זה היה שאפי' אם המצא ימצא שיש לו בידו יותר מזה הרי הוא מחול לו אעפ"כ אין מחילתו מחילה וכ"כ בפשיטות הרב מהרי"ט ח"א סי' ק"ג שאע"פ שנתרצה בלבו למחול בלב שלם כיון שבאותה שעה לא הוה בריר ליה אינה מחילה:

איברא דאני לעצמי מזה שנים שעמדתי על דבר זה וראיתי שדבר זה במחלוקת שנויה בין הראשונים נ"נ דאיברא שמדברי התוספות בר' הכותב הכי מוכחא שכתבו גבי ההיא דפריך תלמודא לרב דאמר הלכה כרשב"ג ופרכינן וסבר רב תנאו קיים והאמר רב על מנת שאין לך עלי אונאה יש לו עליו אונאה והקשו בתוס' מאי פריך שאני התם דלא ידע ומחיל ותירצו דהכא נמי לא ידע שתמות אשתו קודם עכ"ד הרי שאע"פ שזה נתרצה ואמר שאם תמות אשתו קודם לא ירשנה אעפ"כ כיון דלא ברירא ליה ההיא שעתא שתמות איהי קודם אין מחילתו מחילה וכמו כן יש ללמוד בנ"ד. אבל הריטב"א ז"ל שם בחידושיו חולק על דברי התוס' וכתב דכל כה"ג לא קרינא ליה דלא ידע ומחיל שלא אמרו כן אלא בסתם מקח שחושב שאין בו שום אונאה אבל זה כבר ידוע שיהיה ראוי לירש את אשתו ומיתה שכיח ואפי' הכי מחל ותנאו קיים אלו דבריו וגם הרב מהר"ר בצלאל ז"ל הביא בחידושיו משם ריב"ש דבאונאה דוקא הוא דאמרינן לא ידע דמחיל היינו מפני שהוא סבור שאין בו אונאה כלל דסבר אנא בדיקנא בדיקני אלין ושוו כמה דיהיבנא:

סימן ז

ושנים שהתנו שכל ריוח שיבא לידן יהא לאמצע אם הם אומנין כתב הרמב"ן ז"ל והביאו מרן הב"י בריש סי' קע"ו דנעשו שכירים זה לזה והוא שנתקבלו שכר זה מזה או שהתחילו במלאכה ויכולים לחזור בהם אלא במקח שלקח במעותיו במה קנאו הלה וא"ת נעשה כמגביה מציאה לחברו במה קנה שלא יחזור ויקח לעצמו עכ"ל. ונראה מדבריו שהוא מחלק בין הרויחו באומנותם דאז הוי לאמצע משום דכל א' שכור לחבריה כמו פועל שנשכר לב"ה ללקט לו מציאות דכל מה שליקט הוי של ב"ה ואינו יכול לומר לעצמי לקטתי עד שיחזור בפני עדים אבל בריוח שבא ממקח שלקח במעותיו במה קנאו הלה ויכול לחזור ולומר לעצמי קניתי דדוקא בפועל הוא דאינו נאמן לומר לעצמי הגבהתי כיון שהוא שכירו של ב"ה אבל מי שאינו פועל אע"פ שאמר לו חברו להגביה לעצמו נאמן המגביה לומר לעצמי זכיתי בה וכ"נ ג"כ מדברי הרשב"א ז"ל בתשו' החדשות סימן שס"ט וכן מוכח מהסוגיא דפ"ק דמציעא כמו שהארכתי במקום אחר אבל מדברי הר"ן ז"ל שהביא הב"י שם בסמוך אנ"כ שכתב ז"ל וכן אם אמרו כל מקח שיבא לידינו נהא שותפין בה קנו שכל אחד ואחד זוכה לעצמו ולחברו והו"ל כמגביה מציאה לחברו עד שיחזרו בהם ודוקא שיש עדים בדבר שחזר בו אבל אינו נאמן לומר קודם שלקחתי חזרתי שא"כ אפי' פועל שנשכר ללקט מציאה יאמר כן ונאמין אותו אלא ודאי פועל אע"פ שיכול לחזור בו כל שלא חזר בו מסתמא ע"ד תנאו הראשון הוא עושה:

סימן ח

שותף שהלוה ממעות השותפות באבק רבית ולקח הרבית אי זכה בהם חברו כי לכאורה נר' דמאחר דקי"ל דאין שליח לדבר עבירה א"כ לא זכה חברו דלא מצי לזכות בעד חברו בדבר האסור וכה"ג כתב מהרי"ט בח"א סימן קט"ז דאע"פ שבא ליד המתעסק עדיין לא זכה בהם בעל המעות עד דנימא אבק רבית לא מפקינן מיניה. אבל מדברי הריב"ש בסי' תס"ה אנ"כ שכתב דבהקדש עניים אפי' אם נתן אותם ברבית קצוצה אם כבר לקח האפטרופוס הרבית זכו ביה העניים ואינם חייבים להחזיר יע"ש נראה דאפי' בדבר האסור מצי לזכות לחברו ולפי מאי דקי"ל דזכיה מדין שליחות קא אתי היה נראה לומר דכי אמרו אין שליח לדבר עבירה היינו שלא לחייבו למשלח אבל מ"מ זכה חברו באותו מעשה כיון דמינח ניחא ליה וכ"כ ר"ב ז"ל בחי' בסוגיין פ"ק דמציעא יע"ש והרשב"א כתב בתשו' הביאה הב"י בסי' קע"ז על שותף שאמר לחברו זיל גנוב ואם יארע לך שום נזק אני אשלם השיב ז"ל דאין שליח לדבר עבירה ובמה נתחייב זה לשלם ואע"פ שנהנה מאותה גניבה מצי א"ל בהיתרא ניחא לי באיסורא לא ניחא לי עכ"ל

ויש לדון בדבריו במאי דנראה לכאורה דאע"פ שהגביהו הגנב אדעתא דידיה ודחבריה דלא זכה ביה חבריה משום דאין שליח לדבר עבירה ומשום הכי לא נתחייב זה בהיזק שאירע דא"כ מאי קאמר בתר הכי ואף על פי שנהנה מאותה גניבה מצי א"ל וכו' דמה לן במה שנהנה בתר הכי כיון דקי"ל שאין שליח לדבר עבירה וכי גנב לאו שליחותיה דחבריה קא עביד ועדיין לא זכה חברו בגניבה עד שירצה ליתנה ובאה לידו ובשלמא אי ס"ל דמיד שהגביה הגנב לדידיה ולחבריה זכה חברו ג"כ וע"כ צריך לחלוק עמו מכיון שהגביה אדעתא דידיה אתי שפיר דנהי דאין שליח לדבר עבירה מ"מ כיון שנהנה חברו מאותה גניבה ונתרצה למעשיו זכה הוא ג"כ באותה גניבה מעיקרא והוי כאלו שניהם גנבו ומתחייב ג"כ באותו נזק שאירע אם לא דמצי א"ל בהיתרא ניחא לי באיסורא לא ניחא לי כלומר דאני לא רציתי לזכות מבית הבעלים ולהיות גנב אלא מידך אני זכיתי בה והשתא איני כגנב ובה תרא באו לידי. ואע"ג דקי"ל בריש פרק הגוזל בתרא דגנב ובא אחר ולקחו מידו קודם יאוש בעלים דזה השני גנב מיקרי דכל כמה דלא נתייאשו הבעלים ברשותייהו קיימא נראה לע"ד דה"ד בישראל דאפי' מציאתו חייב להחזירה ואם לקחה לעצמו עובר משום לא תגזול אבל גבי עובד כוכבים כל היכא דאינו מוציאו מרשותו ממש אינו עובר על איסור גזילת העובד כוכבים ודמי לישראל שיש לו פקדון עובד כוכבים ומת העובד כוכבים דנראה מדברי ראבי"ה שהביא המרדכי פ"ק דקדושין דאין בו דין גזל ובמקום אחר הארכתי בזה ע"ל בהלכות גזילה העולה מהאמור דאם הגביה השותף הגניבה אדעתא דידיה ודחבריה זכה חברו וצריך לתת לו חלקו. ואצ"ל היכא דהתנו בהדיא מעיקרא אדעתא דהכי דמצי לזכות לחברו אפי' במידי דאסור וכ"כ מרן הב"י בסי' קע"ו בלי חולק יע"ש, אבל אין נראה כן מדברי התוספות פ"ק דמציעא דף ח' ע"א דקאמר שם אפי' למאן דאמר המגביה מציאה לחברו לא קנה חברו מתני' שאני דמיגו דזכה לנפשיה זכה נמי לחבריה תדע דאלו א"ל לשלוחו צא וגנוב לי הרי זה פטור משום דאין שליח לדבר עבירה ואלו שותפין שגנבו חייבים מ"ט לאו משום דאמרי' מיגו דזכי לנפשיה זכה נמי לחבריה ופירש רש"י ז"ל שותפין שגנבו שהגביה האחד לדעת חברו ג"כ ע"כ והתוס' דחו פירוש זה ופירשו הם דשותפין שגנבו מיירי שהגביהו שניהם כאחת מוכח מהכא דאין השותף מצי לזכות לחברו בדבר האסור וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל בהלכות גניבה. (א"ה מסוגיין זאת יש להוכיח דכיון דקי"ל אין שליח לדבר עבירה לא זכה חברו לכל הפירושים כסברת מהרי"ט ז"ל) ומ"ש הרמב"ם ז"ל בהלכות שותפין דשותף שעשה סחורה בנבילות וטרפות דצריך לחלוק עם חברו אינו סותר לזה דההיא לאו מדין זכיה הוא משום דזכה נמי לחבריה אלא משום דס"ל ז"ל דמעותיו קנו

לו ולהכי צריך לחלוק עמו. אבל במידי דגניבה מאין הרגלים לומר שיזכה הוא לחברו ונחייב אותו לחלוק עמו כיון דהוא עצמו לא קנה הגניבה וצריך הוא להחזירה לבעלים ואפי' כי התנו מעיקרא נראה דלא מהני אם לא שנאמר דכל שהתנו מעיקרא מהני כיון דקי"ל דשותפין נעשו שכירים זה לזה וכפועל דמי דכל שהגביה השותף כאלו הגביה הוא עצמו דמי דקי"ל יד פועל כיד ב"ה כדאמרינן בפ"ק דמציעא והתם לאו מדין זכיה הוי דקאמר שם דאפי' למאן דאמר המגביה מציאה לחברו לא קנה חברו פועל שאני משום דידו כיד ב"ה וכאלו הגביה ב"ה דמי ומה"ט כ' ר' חננאל ז"ל דאפטרופוס של יתומים שתפס בשביל היתומים מועיל ואפי' במקום שחב לאחרים משום דאפטרופוס ידו כיד יתמי דמי ובמקום אחר הארכתי בזה והבאתי ראיה לזה מההיא דאמרי' פ"ק דקדושין גבי קנין אגב דאבעיא לן שם שדה לאחד ומטלטלין לא' מהו ומייתי מעובדא דר"ג דא"ל לר"ע ומ"ע נתון לר"ע כדי שיזכה לעניים ומקומו מושכר לו ודחי שאני ר"ע דכי יד עניים דמי כיון דגבאי הוא ועל פי הדברים האלו איכא לישובי דינו של הריב"ש ז"ל שכתב דכל שבא הרבית ליד אפטרופוס זכו בו עניים ואע"פ שאין שליח לדבר עבירה מ"מ אפטרופוס שאני משום דידו כיד העניים וכ"כ המרדכי בפרק קמא דבתרא גבי מעמד שלשתן יע"ש:

הלכות עבדים

סימן א

מי שיש לו שפחה ישמעאלית וא"ל זיל מעמדי אי יצאתה לחירות באמירה בלחוד או צריכה גט חירות לכאורה נראה דהאי מלתא תליא בפלוגתא דאיכא בין הראשונים אי שפחות שלנו הם קנויים קנין הגוף דאי הם קנויים קנין הגוף מדינא דמלכותא מחילה לא מהניא בהו וכמ"ש הנ"י בפרק החולץ יע"ש ולפי דעת הרשב"א בתשוב' שכתב דכל עוד שלא הוטבלו לשם עבדות אינם קנויות אלא למעשה ידיו דוקא מחילה מהניא בהו וכמ"ש ה"ה בפרק י"ג מהלכות איסורי ביאה בשם הרמב"ן ז"ל שכל שאין בה קנין הגוף לא צריך גט שחרור מדאמרינן עבד עברי גופו קנוי דאי לא לימא לי' באפי בי תרי זיל וכן הוא דעת חכמי הצרפתים. ולע"ד הי' נראה דע"כ לא אמרו דנלקח במלחמה קנוי קנין הגוף משום דינא דמלכותא אלא בישראל שלקח עבד מיד המלך או מאנשי החיל שלו ששבו אותם במלחמה ונתן להם המלך רשות שכל אחד יזכה במה ששובים דנמצאו אלו ששובים שליחותיה דמלכא קא עבדי שהוא צוה להם כך ומדינא דמלכותא קא זכו בהו קנין הגוף. אבל אם אחר כך חזר אחד מאלו השבאים ומכר עבד אחד לעובד כוכבים אחר

יראה דלא זכה ביה הלוקח קנין הגוף דלא שייך השתא לומר דינא דמלכותא דינא דמה איכפת ליה למלך בקנינו של זה השני אם יהיה קנינו קנין גמור או למעשה ידיו דוקא וראיתי להרב בכ"מ בפ"ט מהלכות עבדים שנסתפק אי הא דאמרינן דנלקח במלחמה גופו קנוי היינו דוקא בישראל הקונה בדיני' אלו אבל כותי שלקח כותי אחר בדינים אלו לא קנה גופו דאמרינן בפרק השולח שבאי גופיה מי קני ליה אין קני ליה למעשה ידיו הרי מפורש דאין כותי קונה את הכותי לגופו ואפי' לקחו בשביה וכו' ולע"ד מדברי הרמב"ם יש להוכיח דכל שלקחו בשביה אפי' כותי קונה את הכותי כמ"ש בהדיא ז"ל וכן אם הרשה לכל מי שירצה שילך ויגנוב כו' הרי דיניו דין ולפי זה ע"כ צ"ל דההיא דפרק השולח מיירי בששבאו מעצמו שלא בדינא דמלכותא אבל כל ששבאו בדינא דמלכותא קנה ליה קנין הגוף ומ"מ עדיין יראה דאי חזר זה השבאי ומכרו לעובד כוכבים אחר שאינו יכול להקנותו לו קנין הגוף:

והשתא יראה דבנ"ד אי ישראל זה שלקח זאת השפחה לקחה מיד העובד כוכבים שלקח מיד הישראל אינה קנויה לו קנין הגוף ומחילה מהניא בה וכמ"ש הרמב"ן ז"ל. אבל לע"ד עם שאיני כדאי יש לי להשיב על עיקר דינו של הרמב"ן דס"ל דכל קנין שאינו אלא למעשה ידיו דמחילה סגי ביה להפקיע קנינו ומאי שנא מעבד עברי הנמכר לישראל שאע"פ שאין לו בו קנין הגוף אלא למעשה ידיו דוקא אפי' הכי לא מהניא ביה מחילה וכדאמרי' בפ' קמא דקדושין ע"ע גופו קנוי והרב שמחל גרעונו אין גרעונו מחול והאי קנין הגוף דעבד עברי בודאי שאינו אלא למעשה ידיו כדמוכח בפרק השואל דפריך שם אמתניתין דהשואל את הפרה ושלחה ביד עבדו וכו' והלא יד עבד כיד רבו ומוקי לה בעבד עברי דלא קני ליה גופיה אלמא דאין ע"ע קנוי קנין הגוף וע"כ צריך לפרש דכי אמרו בפרקא קמא דקדושין עבד עברי גופו קנוי היינו לומר שקנוי קנין הגוף למעשה ידיו לענין דאין גרעונו מחול וכ"כ התוספות שם בפרק השואל וכן מבואר מדברי הרמב"ם ז"ל בפירוש המשנה דמעשר שני גבי מערימין על מעשר שני ויש לי להביא עוד ראיה לזה דאפי' קנין שאינו אלא למעשה ידיו מחילה לא סגי להפקיע קנינו מאותה שהשיב מהר"ם ז"ל על בע"ה שא"ל למלמד זיל מעמדי דלא' פקע שעבודו דגופו קנוי לב"ה וכדרבא דאמר ע"ע גופו קנוי וכו'. הרי בהדיא דאפי' גבי פועל שאינו קנוי לב"ה כי אם למעשה ידיו אינו נפקע שעבודו באמירה בלחוד. וכיוצא לזו כתב הריב"ש ז"ל גבי שוכר את הבית לזמן דאי אמר לבעל הבית מסתלקנא מינה לא פקע שעבודיה והביא ראיה מפ' הרבית דקאמר שם האי משכנתא באתרא דלא מסלקי ואמר מסתלקנא צריך למיקנא מיניה וכיון שהוכחנו מכל הני דאפילו קנין שאינו אלא למעשה ידיו לא מסתלק

ממנו בדבור בלבד יראה דה"ה ג"כ בהני שפחות דאפי' תימא שאין לרבם בהם אלא קנין למעשה ידיו לא סגי בהו מחילה וממקומו הוא מוכרח דאמרינן בפרק הגוזל ופריך ליה מהברייתא דקתני גבי עבד עברי הנמכר לעובד כוכבים דאין באין עליו בעקיפין ומשני רבא לטעמיה דאמר עבד עברי גופו קנוי הרי בהדיא דע"ע הנמכר לעובד כוכבים קרי ליה גופו קנוי ומשוה ליה לע"ע הנמכר לישראל ואע"פ שעבד עברי הנמכר לעובד כוכבים אינו קנוי לו אלא למעשה ידיו וכדקתני ולא הם קונים מכם:

וראיתי להריטב"א במס' קידושין שהקשה גבי הא דאמרינן ע"ע גופו קנוי דהיכי קאמר דגופו קנוי והלא אית ליה יד לכל דבר בלא רבו ותירץ דלענין אפקועי שעבודיה ה"נ דבדיבור בלבד סגי ומה שצריך גט שחרור היינו כדי להפקיע קנין האיסור שבו שהיה מותר בשפחה כנענית דשני קנינים אית ליה לרבו עליו עכ"ל והנה המעיין ירא' דאיהו ז"ל לשיטתיה אזיל דס"ל דכל ע"ע שרי בשפחה כנענית ועפ"ז אתייא ליה שפיר מה שתירץ אבל לפי מ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ג דמוכר עצמו אסור בשפחה כנענית ואפ"ה צריך גט שחרור ע"כ צריך לומר כמ"ש דאפי' להפקיע קנין מעשה ידיו בעי גט וכ"נ מדברי הריטב"א עצמו שהביא הנימו' יוסף בפרק החולץ שכתב דאע"פ שאין ע"ע נוהג בזמן הזה היינו כדי להתירו בשפחה כנענית אבל מ"מ גופו קנוי לענין שעבודו ולא סגי ליה במחילה. וכ"ת א"כ מאי קא מבעייא להו בפרק החולץ בהני דיהבי זוזי לכרגא דא דאינשי ומשתעבדי בהו כי נפקי צריכי גיטא אי לא ופי' המפרשים דהוה מספקא ליה אי דינא דמלכותא דינא ואע"ג דבעלמא אינם קנויים קנין הגוף הכא מיהא קני או דילמא הכא נמי לא קנו להו קנין הגוף משמע מיהא דכל שאינם קנויים קנין הגוף כי נפקי לא צריכי גיטא דחירותא כסברת הרמב"ן שהבאתי. אבל לע"ד לק"מ דההיא מיירי להיכא דאתו לגיורי אח"כ וכמ"ש התוס' והרא"ש שם והא קא מיבעי' ליה לכי מתגיירי אח"כ אי בעי גט שחרור דאי אינם קנויים קנין הגוף אלא למעשה ידיו אע"פ שאותו קנין לא פקע בדיבור בעלמא מכל מקום לכי מתגיירי מיהא פקע דהקדש ושחרור מפקיעין מידי שעבוד או דילמא דינא דמלכותא דינא והרי הם קנויים קנין גמור ואין הקדש מפקיע קניינו ועד בשחק נאמן לי שאחר שכתבתי זה מצאתי בתשובת הראב"ד ז"ל קצת ממה שכתבתי והביאה בספר תמים דעים:

סימן ב

מי שהיה לו שפחה ישמעאלית והפקירה ואח"כ הלכה ונתגיירה אם צריכה גט שחרור להנשא לישראל למ"ד דהני שפחות הם קנויים קנין הגוף בהא מילתא ראיתי להרב בעל פני משה בח"א סי' ך' שהביא משם הרב מר זקני ז"ל שהי' אומר דכל שהפקירה בעודה

ישמעאלית תו אינה צריכה גט והוא ז"ל חולק עליו דעדיין צריכה גט כדי לאפקועי איסורא והביא ראיה לזה מההיא דאמרו בפרק החולץ חזי מר הני דיהבי זוזי אכרגא דאינשי כי נפקי צריכי גיטא אי לא ומסיק שם דצריכי גיטא וכתבו התוס' והרא"ש ז"ל דנ"מ שאם יתגיירו אח"כ מותרים בבת ישראל אלמא דאע"ג דהוו נפקו בעודם עובדי כוכבים אפ"ה כי מתגיירים אח"כ צריכי גיטא אלו דברי הרב ולע"ד חזי לי כסברת הרב מר זקני וטעמא דכל שהיא ישמעאלית ועדיין לא טבלה לשם עבדות לא חל עליה איסור שפחה ודין ישמעאלית יש לה וכמו שנראה מדברי הר"מ ז"ל בפ' ט"ו מהלכות איסורי ביאה שכתב דעובד כוכבים שבא על השפחה כותית הולד הולך אחר הזכר וכתב ה"ה ז"ל הטעם דאין קפידא בשפחות ועבדות בעודן בגיותן וכיון שכן דעודנה בגיותה לא חלה עליה עדיין איסור שפחה א"כ כי הפקיר' בישמעאלים דפקע שעבודה תו לא נשאר אצל רבה איסור קנין שפחות. ומה שהביא הרב בפ"מ מההיא דפרק החולץ דהוי מצריכי להו גיטא דחירותא ואע"פ דנפקי בעודם עובדי כוכבים כדי לאפקועי איסורא לע"ד אין נראה כן דלפי מה שהבין הרב דאבעיא איירי דלאחר שנפקו מידי שעבודם קא בעי ליה אי צריכי גיטא לאחר שיתגיירו א"כ קשה קצת בלישנא דהרא"ש דכתב ונ"מ שאם יתגיירו שיהיו מותרים בנות ישראל ע"כ דהאי לישנא דקאמר ונ"מ וכו' לא נתיישב כיון דעיקר הבעיא להכי הוא לאישתרויי בבת ישראל ועוד דלישנא דתלמודא דקאמר כי נפקי צריכי גיטא וכו' משמע דמיד כי הוו נפקי הוו יהבי להו גיטא אשר על כן נראה לע"ד הדברים כפשטן דבעודם עדיין עובדי כוכבים הוו יהבי להו גיטא כדי שאם יתגיירו אח"כ יהיו מותרים בבת ישראל. ומ"ש הרב בפ"מ דבעודם עובדי כוכבים לא שייכי בגט לע"ד איכא למימר דגיטא דקאמר היינו שטר שחרור דקי"ל דעובד כוכבים קונה ומקנה בשטר כמ"ש הר"מ ז"ל בפ"א מהלכות זכייה והטור בי"ד סי' רס"ז דהקונה עבד בין שקנאו בעודו עובד כוכבים וכו' נקנה בכסף ובשטר וכ"ת עדיין אם כפי' דמיירי דהוו יהבי להו גיטא מיד כי נפקי בעודם עובדי כוכבים א"כ ל"ל שטרא בהפקר סגי אפי' להפקיע קנין הגוף ואיסור שפחות ועבדות ליכא כיון דהוו עדיין עובדי כוכבים ולא חל עלייהו איסור קנין עבדות איכא למימר דאין הכי נמי וחדא מינייהו נקט ע"ד שכתבו התוספות בפרק קמא דקדושין דף ט"ו:

ומ"ש הרב מהרשד"ם בחי' סי' קצ"ד שדעת הר"מ דהלוקח עבד שנשבה במלחמה בדינא דמלכותא מיד כשנכנס ברשות ישראל חל עליה שם עבד כנעני ואין לו תקנה בבת ישראל כי אם בכסף או בשטר ע"כ וזה נראה כסברת הרב בעפ"מ ז"ל. אבל לע"ד דברי הרשד"ם אלו אינם נראין אצלי דהוא ז"ל דקדק בדברי הרמב"ם דאף כשנשבה במלחמה בדינא

דמלכותא דקנה ליה קנין הגוף אפ"ה כל עוד שהוא תחת השבאי לא חל עליו שם עבד כנעני לענין אם בא לאתגיורי כל זמן שלא בא ליד ישראל דאז חל עליה מיד שם עבדות ע"כ ודברים אלו ליתנהו כלל דבהדיא כתב הר"ן ז"ל בפרק השולח דכל היכא דקנה ליה העובד כוכבים קנין הגוף אם ברח ממנו ונתגייר צריך גט שחרור. ועוד קשה על פי' שסובר דמ"ש הרמב"ם ז"ל ועבד הנלקח מכל אלו הרי הוא כעבד כנעני לכל דבר איירי מיד שנכנס לרשות ישראל אפי' בלא טבילה משום דמיד חל עליה שם עבדות ודברים אלו אי אפשר לאומרם דבהדיא כתב הטור בהלכות עבדים ז"ל ובאינך כולהו הגוף קנוי לו מיד ובכולם כל זמן שלא הוטבלו לשם עבדות דינו כעובד כוכבים לכל דבר ואלו הרמב"ם שכתב הרי הוא כעבד כנעני לכל דבר ע"כ צריך לפרש ולומר דאיירי לאחר שהוטבלו לשם עבדות דכל זמן שלא הוטבלו אין דינו כעבד כנעני וכמ"ש ה"ה בהלכות איסורי ביאה דעבד כותי שבא על הכותית או כותי שבא על השפחה הכותית דהולד הולך אחר הזכר ואינו עבד משום דבעודם בגיותן לא שייך דין עבדות ושפחות ואין לדחות ולומר דההיא מיירי בעבד שלא נלקח בדינא דמלכותא שאינו קנוי לרבו קנין הגוף דא"כ לא הוה ליה להרמב"ם ז"ל למיסתם דבריו ועוד דמדברי ה"ה שכתב דאין קפידא בעבדות ושפחות בעודן בגיותן משמע דמיירי בעבד גמור שהוא קנוי לרבו קנין הגוף ועל זה קאמר דאע"פ שהוא עבד גמור או שפחה מכל מקום בעודן בגיותן לא חל עליה שם עבדות אבל אי מיירי בעבדים שאינם קנוים לרבם קנין הגוף דאינם עבדים כמו שפי' רש"י ז"ל בפרק נושאין על האנוסה דף צ"ט הכי הוה לי' להרב המגיד לומר דבעודן בגיותן ליכא עבדות ושפחות וכ"ת אי הרמב"ם מיירי בשהטבילם לשם עבדות מאי אתא לאשמועינן בנלקח בדינא דמלכותא דהוי ע"כ הלא אפי' הנלקח שלא בדינא דמלכותא ג"כ כתב כבר שאם הטבילו לשם עבדות הוי עבד גמור איכא למימר דאתא לאשמועינן דדינא דמלכותא דינא ולא תימא נשבה במלחמה גזל הוא בידו ואי קאי גביה בדינא ובדיינא נפיק מתחת ידו קמ"ל דקניינו קניין גמור הוי למעשה ידיו וכ"נ מדברי הרמ"ה שהביא הטור שכתב דישראל הנשבה במלחמה קנאו שבאי למעשה ידיו מדינא דמלכותא ולע"ד נראה שכן הוא כונת הנ"י ומ"ש גופו קנוי ר"ל למעשה ידיו לאפוקי בלוקח עבד מן העובד כוכבים דס"ל שאין גופו קנוי אלא לשעבוד בלבד כשאר משכון. והנ"י בפרק החולץ כתב דעבדים הישמעאלים הרי הם קנויים קנין הגוף וצריכים שיביאו ראיה שנתגיירו מדעת רבם משמע דאע"פ שקנויים קנין הגוף אי טבלו מדעת רבם יצאו לחירות וא"צ גט שחרור דאי בשיש בידם גט שחרור תו לא בעי טבילה מדעת רבם:

סימן ג

וישראל שנשבה במלחמה אי קנה ליה השבאי אי לא דהטור בסי' רס"ז כתב משם הרמ"ה דאי קנאו במלחמה קנה ליה מדינא דמלכותא. אבל מדברי הרמב"ן שהביא הרשב"א בחי' לפרק השולח נראה דאין עובד כוכבים קונה לישראל כי אם ברצונו ובדעתו והלכך הפודה ממנו לא ישתעבד בו שהרי גופיה לא קנוי ליה וכתב הרשב"א ז"ל ע"ז דלפי פי' זה קרא דוישב ממנו שבי לאו בישראל גמור משתעי אלא בעבד כנעני וכן פירש הרמב"ן ז"ל בפ"ק דקדושין ע"כ. ולכאורה נראה דמסתייע האי סברא ממתני' דקתני שם דף מ"ה אין מבריחין את השבויים מפני תיקון העולם יע"ש ולפי סברת הרשב"א שפירש דשבאי קני ליה לישראל בחזקת מלחמה שהתורה זיכתה לו א"כ מדינא. נמי אינם יכולים להבריח השבויים דקי"ל גזל העובד כוכבים אסור וגבי ע"ע הנמכר לעובד כוכבים מתנייא כדאיתא בפרק הגוזל דף קי"ג דאסור להפקיעו מיד העובד כוכבים משום דע"ע גופו קנוי. ובשלמא לדעת הרמב"ן ז"ל ודוקא גבי עבדו של ישראל הוא דקני ליה שבאי משום דקני ליה ביאוש בעלים אתי שפיר מתני' דקתני אין מבריחין את השבויין מפני תיקון העולם דמדינא לא קני ליה שבאי שהרי לגבי עצמו לא שייך יאוש שאין אדם מתייאש מגופו. ומיהו עדיין איכא למימר דמתני' דקתני אין מבריחין מפני ת"ה דמשמע דמדינא הוה שרי איירי כשנשבה שלא בדינא דמלכותא דאז עובד כוכבים שבאי לא קני ליה וגזל הוא בידו ומ"ש הרמב"ן ג"כ בהכי מיירי וכמו שנראה מתוך דבריו שהביא משם הראב"ד שהקשה שם בשמעתין דהיכי קני ליה שבאי לעבד והלא גזל הוא בידו והוצרך הרמב"ן ליישב ולומר דהכא מדין יאוש בעלים קני ליה אבל כשנשבה במלחמה בדינא דמלכותא הא ודאי לא מיקריית גזילה ונראה שמה שהוכרח הרמב"ן לומר דמתני' איירי כשנשבה שלא בדינא דמלכותא ולא פירש לה כמו שפירש לה הרשב"א ז"ל משום דאי מיירי כשנשבה במלחמה בדינא דמלכותא הוה קני ליה השבאי קנין הגוף כמו שכתבו התוספות והרא"ש והנ"י בפרק החולץ ומסוגיין דפ' השולח משמע דלא קני ליה אלא למעשה ידיו. ומה שהקשה הרשב"א על הרמב"ן דאי משום יאוש נגעו בה היכי טיהרו עמון ומואב בסיחון והלא אין קרקע נקנה ביאוש יע"ש לע"ד לק"מ דהתם הוה חזקת מלחמה וליכא בה משום גזילה. והא דמייתי משם ראיה למתני' דעבדי' ואע"ג דמתני' איירי בשבאי גזלן ולא קני ליה אלא משום יאוש לא מייתי משם אלא למילף דעובד כוכבים יש לו קנין בחזקה דהוה ס"ד לומר נהי דנתייאשו הבעלים והוי הפקר מ"מ שבאי גופיה באיזה קנין קנאו ולזה מייתי דאשכחן דעובד כוכבים קונה בחזקה מדאמרינן עמון ומואב טיהרו בסיחון. ומאי דמוקי הרמב"ן ז"ל קרא דוישב ממנו שבי דמיירי בשפחה

כנענית דוקא ואע"ג דהתם בחזקת מלחמה איירי התם שאני משום דשעת שלום היה שלא היה לישראל מלחמה עם עמלק ולא ה"ל רשות לעמלק להלחם עם ישראל וההיא דעמון ומואב טיהרו בסיחון היינו מפני שהיה ביניהם מלחמה מקודם והביאני לזה ההיא דאמרינן בסנהדרין דף נ"ט דיפת תואר אסורה לעובד כוכבים משום דלאו בני כיבוש נינהו ולא אמרי' דינא דמלכותא דינא. אבל במלך שעשה מלחמה והביא שביה שלו דכתב הר"מ ז"ל דדינא דמלכותא דינא נראה דליכא לפלוגי בהאי בין שבוים עובדי כוכבים לשבוי' ישראל ובכל גוונא קנאו השבאי וכיון שכן ישראל הקונה מן השבאי קנאו ג"כ לאישתעבודי ביה וכמ"ש הרמ"ה והטור:

איברא דעדיין צריך להבין דלכאורה נראה בפ"ק דקדושין דישראל הפודה את חבירו מיד העובד כוכבים אינו יכול לאישתעבודי אלא יוצא לחירות דהכי איתא שם בברייתא דרבי ס"ל דבין גאולת אחרים ובין גאולת הקרובים לחירות וקי"ל הלכה כרבי ואין לומר דהתם על עיקר המצוה קאמר שצוה לנו לפדותו לחירות אבל אם זה לא רצה לפדותו לשם בן חורין אלא להשתעבד בו אין מפקיעין שיעבודו ע"ד שכתב הרמב"ן ז"ל הביאו הטור בי"ד סימן שנ"ו בענין שכר הרופא דאין מפקיעין זכותו משום דכל מצוה דרמיא אכ"ע ונזדמנה לאחד לעשותה ולא רצה לעשותה אלא בשכר דאין מפקיעין שעבודו יע"ש. דא"כ לא הוה ליה ולהרמב"ם ורש"י ז"ל לכתוב הכא אם פדאו הרי זה יצא לחירות אלא כך ה"ל לומר מצוה לפדותו לשם בן חורין ומדכתב אם פדאן הרי זה יצא לחירות משמע דאפי' פדאו אדעתא לאישתעבודי ביה יצא לחירות משום דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה ואפשר דאפי' הרמב"ן ז"ל יודה הכא וע"כ לא קאמר אלא שאר מצות משום שאינו מפורש בהדיא בתורה ועוד דהכא שאני משום דכתיב ונגאל דמשמע דלעולם יוצא לחירות וליישב דברי הרמ"ה ז"ל אפשר לומר דס"ל דההיא איירי במוכר עצמו לעובד כוכבי' ואין למדין ממנו דחידוש הוא ואין לך בו אלא חידושו:

וראיתי למהריב"ל בח"ג סי' ז' שנשאל על ראובן שפדה מנכסיו לשבוי אח' ומבקש ממנו שיתן לו מעותיו ואם אין לו שיטיל את עצמו על הצבור כי לא פדאו אלא אדעתא דהכי והשיב הרב ז"ל דאפי' אי לא קני ליה לזה השבוי אפי' למעשה ידיו אפ"ה לא גרע מחוב דעלמא שהוא חייב לפרוע דלא שייך בהאי גוונא לומר מבריח ארי מנכסי חברו כיון דהוי בריא היזקא אח"ד. ולע"ד אין נראה כן אלא כל שאין קנינו קנין אינו חייב לפרוע לו כיון דמצוה עשה ובפרק הכונס פי' רש"י ז"ל טעמא דמבריח ארי שהוא פטור משום דמצוה עשה ואפי' הרמ"ה ז"ל שכתב דנשבה במלחמה כיון דקנאו העובד כוכבים בדינא דמלכותא ישראל הקונה אותו משתעבד בו היינו היכא דקנאו כדי לאישתעבודי

בו דקנינו קנין אבל היכא דלא כיון לקנותו לעצמו אע"פ שדעתו היה ע"מ שישלם לו אין לו עליו כלום משום דמצוה עשה ואפי' היה לשבוי ממון במקום אחר מ"מ עני היה באותה שעה וכיוצא לזה כתב ר"י והביאו הר' ב"י בי"ד סי' רנ"ג בב"ה העובר ממקום למקום ופירנסו אחר דאין חייב לשלם כיון שלא היו לו נכסים באותה שעה ולא דמי למ"ש התוספות בפרק הגוזל גבי עובדא דאפקידו גביה ארנקי דפדיון שבוים וסליקו גנבי עליה ויהביה ניהלייהו ומשמע שם דטעמא משום דההיא ארנקי היה מיוחד לפדיון שבוים הא לאו הכי חייב לשלם ואע"פ שלא הי' לו ממון אחר שם באותה שעה דהתם שאני משום שהוא עצמו שלח ידו בפקדון והציל עצמו ולכך אי לאו דהוה ממון של פדיון שבוים היה לו ליקח אותם בהלואה ולא יציל עצמו בנכסי חברו אבל היכא דהצילו חברו בממונו כיון דמצוה עבד דאין לך פדיון שבוים גדול מזה ה"ז פטור לשלם לו כיון דלא היו לו נכסים שם כדי לפדות עצמו עני היה באותה שעה וכמ"ש הסמ"ע בח"מ סימן רצ"ב גבי עובדא דארנקי ואפי' תימא עדיין דכל היכא דאית ליה לניצל ממון אפי' במקום אחר חייב לפרוע למציל משום שאין אדם חייב להציל את חברו היכא דאית ליה לניצל כדי להציל את עצמו כמ"ש הרא"ש במס' סנהדרין מ"מ באין לו נכסים עכשיו כלל כ"ע מודו שהוא פטור מלשלם וזהו שכתב הרמ"ה דאם לא קנאו בדינא דמלכותא ה"ז גזל הוא בידו של שבאי ואין לרבו שני עליו אפי' דמים ואע"פ שהצילו משום דמצוה עשה ועוד נראה לע"ד דאפי' היה לניצל ממון כל שזה שפדאו היה סבור שלא היה לו ופדאו לשם מצוה והשתא דידע דהיה לו ממון תבע מיניה אין לו כלום דלא גרע מפודה עבדו של חברו לשם בן חורין דכתב הרמב"ם ז"ל פ"ח ז"ל ואם פדאו לשם בן חורין חוזר לרבו ראשון בלא כלום וכתב הבכ"מ שם דהטעם הוא משום דמעיקר' כבר הפקיר ממונו אצלו יע"ש:

סימן ד

האומר עשיתי פ' עבדי בן חורין סתם לכאורה נראה מדברי הר"ן בסוגיין דהשולח דף מ' דכל בסתם הוי הודאה ויצא לחירות שכתב ז"ל וכ"ת ובין בעבד ובין בשדה אמאי לא מהני אפי' בע"פ באומר עשיתי ונתתי משום הודאת בע"ד י"ל דכי אמר בדרך הודאה הכי נמי אבל הכא בבא לשחררו עכשיו בלשונות אלו עסקינן עכ"ד ומפשט לשונו נראה שמחלק בין אומרו בסתם עשיתי פ' עבדי בן חורין דכה"ג הוי הודאה והרי הוא בן חורין לכשיגלה דעתו שאומר בלשון הקנאה וכן כתב הראב"ד בפי' הביאו הטור בח"מ סי' ס' ז"ל הצ"ל והראב"ד כתב על זה שלא נראה לו תשובת הרב כי האומר נתתי לפ' כך וכך הודאה היא ולא הקנאה יע"ש. אמנם הרי"ף נראה דלא ס"ל הכי וכן נראה מדברי הרמ"ה

ז"ל הביא דבריו הטור בי"ד סימן רס"ז ז"ל ואפי' בבריא אם אמרו דרך הודאה גמורה מהני למקני נפשיה יע"ש נראה דס"ל דבסתם לא הוי הודאה אלא אם כן יש הוכחה בדבריו. שאמרו דרך הודאה וכן נראה מתשו' הריטב"א הביאה הב"י בח"מ בסימן הנז' ז"ל הצ"ל גם מה שטען שאין במשמעות לשון ונתתי אלא שנתנה כבר בודאי כי לשון ונתתי שתי לשונות משמע משמע לשעבר ולהבא שהרי אמרו בפר' השולח האומר נתתי שדה פ' לפ' הרי הוא שלו ואמר ר' יוחנן וכלן בשטר מפני שאינו לשון הודאה שאלו בהודאה בלא שטר נמי קנה אלא מפני שהוא לשון מתנה להבא צריך שטר כן פירש הרמב"ן והרמ"ה ז"ל יע"ש נראה מדבריו דאפי' בסתמא לא מהני האי לישנא דנתתי בע"פ כיון דמשמע ג"כ להבא. אבל בריש פרק הכותב גבי האומר שדה זו אין לי עסק בה כתב הריטב"א בשם כ"י ז"ל ואומר רבינו דמתני' כשאמר כן לשון סילוק וגילה דעתו שאומר בלשון הקנאה אבל באומר כן בלשון הודאה פשיטא דמהני ואפי' כשאומר כן בלשון סתם ולא גילה דעתו אם בלשון הקנאה אם בלשון הודאה זוכה הוא מדין הודאה כיון שפשוטו של לשון הכי משמע ולשון חכמים כך הוא הרי את מקודשת לי שר"ל הרי את תהא מקודשת שזה הלשון וכיוצא בו משמע לשעבר ולהבא וזוכה הוא באיזה שיזכה יותר וכדאמרינן בפרק השולח עכ"ל ונראה דכוון להיא דריש פרק השולח דפריך אלמא בטל מעיקרא משמע ומשני אמר אביי בטל שתי לשונות משמע משמע דבטל ומשמע דליבטל גבי גט לישנא דמהני בי' קא' גבי מתנה לישנא דמהני ביה קאמר יע"ש:

כתב הטור בהלכות עבדים בשם הרמ"ה דש"מ שאמר אחד מאלו הלשונות כיון שמשמעותו לשון שחרור יצא לחירות וצריך גט שחרור להתירו בבת חורין ע"כ וכתב הב"י דבשעמד הש"מ אייריי ואע"ג דש"מ שעמד חוזר עבד שאני משום דיצא עליו שם בן חורין עכ"ל ודימה הרב זה להיא דש"מ שכתב כל נכסיו לעבדו ועמד דחוזר בנכסים ואינו חוזר בעבד משום דיצא עליו שם בן חורין ואינו נראה לי דהתם בשכתב בשטר אייריי דעדים מפקי ליה לקלא. וראיתי בס' ב"ה שכתב דההיא דש"מ שכתב כל נכסיו לעבדו דיצא לחירות אפי' אם עמד דמכל מקום צריך גט שחרור כדי להתירו בבת ישראל יע"ש אבל מדברי התוספות והרשב"א שם נראה דא"צ גט שחרור וה"ט משום דכיון דיודע שאינו יכול לחזור אף הוא גומר והקנהו מעכשיו באותו שטר:

סימן ה

והא דכתב הרמ"ה דכל הני לישני מהני בש"מ אפי' בעל פה דדברי ש"מ ככתובין וכמסורין דמו ע"כ נ"ל דהיינו דוקא באומר עשיתי וכו' דכיון דבבריא מהני בשטר בש"מ גם כן מהני אפי' בעל פה אבל באומר אעשנו כיון דבבריא לא מהני אפילו בשטר שאינו

אלא לשון הבטחה שיעשנו אח"ז ובשטר אחר א"כ בש"מ ג"כ לא מהני. אבל באומר יהיה בן חורין אע"ג דהאי לישנא משמע להבא בש"מ מהני וראיה לדבר מההיא דפרק מי שמת יטול ויזכה ויחזיק ויקנה כולן לשון מתנה וכתבו הרמב"ן והר"י ן' מיגאש והרמ"ה דהיינו דוקא בשכיב מרע אבל בברי' לא מהני אפי' בקנין שמשמע תקנה להבא ועדיין לא הקנה לו ובשכיב מרע כיון שהוא מדבר לאחר מיתה מהני ולא דמי לאעשנו דמשמע שהוא יעשה אותו והיאך יעשה אותו בן חורין לאחר מיתה אמנם הראב"ד והטור בשם הרא"ש ז"ל סברי דיטול אינו להבא אלא במתנה זו משמע וכ"כ הרמב"ן הביאו הב"י בסי' רנ"ג וכן ההיא דאם ילדה אשתי זכר יטול מנה אוקמוה הרי"ף ז"ל והר"מ דאיירי בש"מ והטור בסי' הנז' כתב עליו ולא ידענא למה חשיב קנין דברים דמעשה גדול הוא יע"ש ולדעתי טעמייהו מפורש דסברי דיטול משמע להבא:

סימן ו

כתב בספר פמ"א סי' ע' דמי שהפקיר את עבדו ומת והניח בנים קטנים דאפטרופוס מצי לשחררם יע"ש. ולדעתי אינו כן דמאי שייאטיה דאפטרופוס בעבד כדי לשחררו כיון שאינו אדון שלו וכמ"ש הראב"ד בהשגות וכ"נ מפירוש רש"י ג"כ ואע"ג דאפטרופוס יכול לשחרר עבדים מדינא היינו על ידי נטילת הכסף מידו של עבד בכי האי גוונא ידו כידם כיון שהוא לזכות היתומים אבל במידי דליכא זכות ליתומים אין יד אפטרופוס כידם וכמ"ש מדברי ש"ך סי' קכ"ו ס"ק פ"א ובכי האי גוונא שכבר הוא הפקר אפי' על ידי קבלת הכסף לא משתחרר וכמו שכתבו התוספות ז"ל בפרק השולח דף ל"ט ע"ב:

הלכות שומרים

סימן א

אין השומר מתחייב עד שיפקיד אצלו ויאמר שמור לי זה. והכי איתא במכילתא ז"ל לשמור רש"א עד שיפקיד אצלו ויאמר שמור לי אבל אי א"ל עיניך בו פטור ע"כ. מוכח מהכא דאין השומר מתחייב בסתם ואפילו כי מסר בידו עד שיאמר שמור לי זה וכ"כ התוס' בס"פ החובל והרמב"ן בספר המלחמות כתב כמו כן דשמעינן מהא שאם א"ל תפוס לי כלי זה וכיוצא בלשון הזה פטור שאין השומר מתחייב עד שיאמר שמור לי אבל מפקיד סתם ודאי פטור דהיאך יתחייב זה לא אמ"ל לשמור ומרגלא בפומייהו דרבנן דשמור לי קא אמרי עכ"ד. אבל צריך להבין א"כ מאי מדמי תלמודא בפ' האומנין דף פ"א פלוגתא דרבי וחכמים בכנוס שורך לבעיי' דא"ל שמור לי וא"ל הנח סתם ולימא ליה עד כאן לא אמר רבי התם אלא בסתמא שלא א"ל המפקיד שמור לי אבל הכא דא"ל

בהדיא שמור לי כי א"ל הנח סתמא כאלו הודה לדבריו הוי. וכ"ת דרבי כללא קא כייל ואמר אינו חייב עד שיקבל עליו לשמור דמשמע דבעי שהשומר גם כן צריך שיקבל עליו בפירוש לשמור סוף סוף עדיין קשה דהלא התוס' סברי לה דהלכתא כחכמים דכנוס שורך חייב ואפילו שהבעלים לא אמרו ליה שמור לי זה ואלו הכא בפרק החובל תפסו במושלם הדרשא דמכילתא:

אשר על כן נראה לע"ד לומר דכל היכא דמוכחא מלתא דלשמירה נתכוין המפקיד אע"פ שלא הזכיר לו שמירה אלא שא"ל תפוס זה בידך עד שאבא ממקום פלוני הרי זה כאלו אמר לו שמור לי זה מכיון ששמירתו על הנפקד הוא דאם הוא לא ישמרנו מי ישמרנו וכמו שכתב הרא"ש בתשו' המנעלים והכי אמרו לה בירוש' בפ"ב דשבועות האי דרשא דלשמור ולא לאבד לשמור ולא ליתן במתנה אמר ר"י והוא שאמר ליתן מתנה לכל מי שירצה אבל אמר לפלוני מכיון ששמירתו עליו כמי שהוא עליו ומ"ש הרמב"ן ז"ל דאי א"ל תפוס כלי זה דלא נעשה שומר היינו בדלא אמר לו אלא לשון זה בלחוד ולא אמר לו עד שאלך למקום פלוני דכה"ג אין משמעותו שמסר בידו לשמירה אלא תפוס ומיד אני חוזר ולוקחו מידך קאמר ליה ומה שמסר בידו לא היה אלא כדי להסתכל במקום אחר שהיה צריך ולא להניחו בידו לשמור דבזה אפי' אם ישארו בידו לא נעשה שומר מכיון דכשבאו לידו לא היה אדעתא דשמירה והוי כאותה שכתב הרשב"א ז"ל דאם מסר ראובן מידי ביד שמעון כדי שיזכה בהם לקטן דאי לא היה הקטן שם לא נעשה שמעון שומר דמתחלה לא מסר בידו אלא כדי שיזכה בהם לקטן ולא לשמירה:

סימן ב

והיכא דהביא ראובן כלי בביתו של שמעון וא"ל שמור לי כלי זה והניחו שם ברשותו ושמעון שתק ולא א"ל מידי יש להסתפק מי נימא כיון דשתק שמעון שתיקה כהודאה דמיא ונעשה שומר. א"ד כל בשתיקה לא מחייב וראיתי להרב ספר בני אהרן שתפס במושלם דשתיקה כהודאה דמיא ויליף לה ממ"ש המרדכי דשומר שמסר לשומר לפני בעל הפקדון ולא מיחה בו דפטור וכמו שמצינו דבשתיקה נפטר הוא הדין דבשתיקה מתחייב. ולע"ד אין נראה כן דהתם שאני דכיון דראה בעל הפקדון וה"ל למחות בו ולא מיחה הורה בדעתו שהוא מרוצה אבל הכא האי דשתק משום דלא איכפת ליה מידי שהרי לא קביל שמירה ומדברי הרב מוהריק"ו שורש קנ"ו נראה דלא אמרינן שתיקה כהודאה הוי כדי לחייבו אם לא היכא דיש צד זכות בדבר ומגופא דשמעתין איכא למידק הכי דקאמר דהנח סתם הוי פלוגתא דר' וחכמים דפליגי בא"ל כנוס שורך לרשותי ומאי מדמה לימא התם שאני משום דלא א"ל שמור אבל הכא דא"ל שמור וזה א"ל הנח כאלו

הודה לדבריו דמי דלשון הנח לא גרע מאלו שתק תדע דהא תלמודא מדמי לשון הנח לכנוס שורך וכנוס שורך לא הוי לישנא גריעא כמו שכתבו התוספות בפרק הזהב דף מ"ט והריטב"א שם והתוס' בפרק הפרה דף מ"ז ובהדיא כתב הריטב"א בחידושיו לפ"ק דקדושין לדף ח' ז"ל שהמפקיד אצל חברו ולא קיבל ממנו וזרקו לפניו אינו חייב בו שלא קיבל שמירתו ואפי' לא א"ל כלום כשזרקו לפניו:

סימן ג

והיה נראה לומר דכל זה מיירי בשלא משך השומר אלא שהמפקיד הניחו ברשותו של נפקד אבל אם משכו הנפקד בידו אחר שאמ"ל שמור לי זה אז אליבא דכ"ע כאלו קביל שמירה בהדיא דמי וכן נראה מדברי ר' ירוחם כנ"ל שכתב ז"ל שומר שמשך חייב מיד ואם א"ל שמור לי זה וא"ל הנח לפני נעשה שומר מיד דכל השומרים חייבים כשקיבלו עליהם לשמור בלי שום משיכה עכ"ד. ולכאורה איכא לאקשויי דתחלה כתב שומר שמשך דמשמע דבעי משיכה ולבסוף כתב דכל שקבל עליו לשמור חייב בלי שום משיכה אבל לפי מ"ש אתי שפיר ומשך דנקט ברישא לאשמועינן דכל שמשכו בידו כאלו קביל עליו לשמור בהדיא דמי אבל כי לא משכו אלא שהניחו המפקיד שם ברשותו אז צריך שיקבל עליו הנפקד עליו לשומרו ויאמר לו הנח לפני האמנם מפירוש רש"י בפרק משילין דף מ' ע"א לכאורה אין נראה כן שהרי גבי ההיא דמשני תלמודא בשייחד להם קרן זוית פי' רש"י דאושלי ביתא הוא ורב איירי דמשכן וקביל עליו שמירה משמע דאליבא דרבי אפי' כי משך השומר עדיין לא מתחייב עד שיקבל עליו שמירה. והייתי ר"ל דמ"ש רש"י דמשכן וקביל שמירה לאו למימרא דקביל שמירה בפירוש אלא כל שמשכן בידו אחר שאמ"ל שמור לי זה הרי הוא כאלו קביל שמירה בפירוש. והשתא מתיישב מאי דהוה קשה דאמאי איצטריך לאוקמוה למתני' בשייחד להם קרן זויות ומאי אירייא ייחד לימא דמיירי בסתמא שלא קבל עליו שמירה בהדיא אם לא שנאמר דכל שמשכו הנפקד ה"ז כאלו קביל שמירה בהדיא ולפי דרכנו למדנו שאם אמר לו בעת שמשך מיד המפקיד בזויות זו אני מניח אותו אין זה קביל שמירה כי אם ביתא הוא דאושיל ליה. אבל צריך להבין לפי זה הא דתנן בפרק המפקיד דף מ' המפקיד חבית אצל חברו ולא יחדו הבעלים מקום וטלטלה ונשברה אם משהניחה נשברה פטור יחדו הבעלים מקום ה"ז חייב ופרש"י ז"ל יחדו הבעלים מקום בבי' שומ' לומר זויו' זו השאילני ע"כ. וצריך להבין הא כיון שייחדו הבעלים מקום ברשותא דבעלים קיימא והכי אמרינן בפ' משילין אמתניתין דמי שהיו פירותיו אצל חברו ואם עירב הוא פירותיו כמוהו מקשה ואי אמרת כרגלי מי שהפקיד אצלו כי עירב הוא מאי הוי ומוקי לה בשייחד לו

קרן זויות ופי' רש"י ז"ל דאושלי ביתא הוא הלכך ברשות המפקיד הם ע"כ וא"כ מאי קאמר ר"י מאן דמתרגם לי חבית אליבא דחד תנא וכו' לוקמה כולה כר"י ורישא היינו טעמא משום דיד שומר כיד הבעלים וסיפא היינו טעמא כיון שייחדו הבעלים מקום ברשותא דבעלים קיימא ומשום הכי אפי' הניחה במקומה חייב וכדאמר רב זביד בפרק הגוזל בתרא דף קי"ח ע"ב דכל שאינו ברשותו לא מיקרי השבה. אלא משמע דמתני' דקתני יחדו הבעלים מקום חייב משום חיוב' דשמירה קא אתי וכן נראה מדברי הרמ"ה שכתב דבייחד לו מקום חייב הנפקד בשמירתו והביאו הטור בסי' רצ"ב וכן נמי יש לדקדק ממה שכתב הרמב"ם בהלכות י"ט וז"ל וכן מי שהיו פירותיו מופקדים בעיר אחרת ועירבו בני אותה העיר לבא אצלו לא יביאו לו מפירותיו שפירותיו כמוהו בד"א בשייחד להן קרן זויות אע"פ שהן ביד אלו שעירבו עכ"ד ויש לדקדק בדבריו במ"ש אע"פ שהן ביד אלו שעירבו הא כיון דיחדו הבעלים קרן זויות ברשותא דבעלים קיימי אלא משמע דס"ל דכל המפקיד אצל חברו אע"פ שהנפקד ייחד לו קרן זויות ואמר לו הניחם כאן יש לו דין שומר וחייב הגם דאושלי ביתא הוא והיינו טעמא משום דהוי כמקבל אחריות על פירות חברו ברשות חברו וכמ"ש התוספות בפ"ק דפסחים גבי ייחד לו בית ולפי זה יצא סתיר' למה שכתבתי דאם יחד לו זויות אינו נעשה שומר, ונראה דיש לחלק בין היכא דהפקיד אצלו ויחד לו הנפקד מקום וא"ל בזוית זו תניח אותו אז הוי כאלו אמר לו איני מקבל עלי שמירה אלא מקום הוא דאושיל ליה כדי להניח אותו. אבל אם המפקיד עצמו הוא דייחד זוית כשהפקידו אצלו ואמר בזויות זו אני רוצה שיהיה ונתרצה הנפקד אז הגם דאושלי ליה מקום שומר ג"כ הוי וכגון שא"ל המפקיד מעיקרא שמור לי:

סימן ד

והיכא דאמר לו לחברו רצוני להניח תיבה זו לתוך ביתך וא"ל הנח נראה מדברי הגהת אשירי בפרק הפרה דלכ"ע נעשה שומר ע"כ. והכי איתא בירושלמי אמתני' דכנום שורך דפליגי רבי וחכמים קאמר עלה בבית כ"ע מודו נראה דס"ל דרבי דקאמר בסתמא לא קביל נטירותא ה"ד בחצר משום דשייך לומר דתיב ונטיר לך קאמר ליה אבל בבית דלא שייך לומר הכי כי א"ל כנוס עול ואנטר לך קאמר ליה אבל הרמב"ם סתם וכתב דהנח סתם לא נעשה שומר ולא חילק בין בית לחצר נראה דס"ל דפלוגתא דרבי וחכמים הוי בין בחצר בין בבית וכן נראה ג"כ מדברי הר"ן ז"ל בפ"ק דפסחים גבי ההיא דייחד לו בית אין זקוק לבער יע"ש וכן משמע ג"כ מדברי הרא"ש בתשו' כלל צ"ד סימן ד' והכי מוכח קצת מההיא דפרק משילין דף מ' גבי המפקיד פירותיו אצל אחרים דרב אמר הרי

הן כרגלי מי שהופקדו אצלו ומשמע דאיירי אפי' הופקדו בביתו וכן מוכח מפי' רש"י יע"ש כנראה דס"ל לתלמודא דידן דטעמא דרבי הוי משום דאינו שומר עד שיקבל עליו לשמור וכי אמר לו עול רשותא בלחוד הוא דקא יהיב ליה ולאו משום דתיב ונטור לך קאמר ליה תדע דבפרק הפרה מוקי רב פפא כולה מתניתא כרבי וסבר לה כרבי טרפון דאמר קרן בחצר הניזק נזק שלם משלם הלכך א"ל שמרו לא אקניה לי' מקום בחצר לא א"ל שמרו אקנויי אקני ליה מקום בחצר אלמא מוכח דלרבי ג"כ לאו תיב ונטור לך קאמר לי' ואפי' תימא דטעמא דרבי הוי משום דתיב ונטור לך קא"ל וכדקאמר שם בפרק האומנין איכא למימר דאיצטריך להאי טעמא בחצר משום דלא הוי משתמר שם אבל בבית דהוי מקום המשתמר ממילא כי א"ל הנח אינו אלא רשותא בלחוד שהרי משתמר הוא שם ולפי זה צריך לומר דהא דקאמר שם בפרק משילין דמתני' אייריי בשייחד לו קרן זוית ופירש רש"י דאושלי ביתא הלכך ברשות המפקידים הם דמשמע משום דייחד לו קרן זוית הא סתמא דא"ל הניחהו שם הרי הוא כאלו קבל עלי' שמיר' דאתיא אליבא דרבנן וכן נראה מדברי הר"ן בפ"ק דפסחים דאלו אליבא דרבי מאי איריא ייחד אפי' לא ייחד נמי דלעולם לא מתחייב עד שיקבל עליו לשמור (ועיין מה שכתבתי לעיל סי' ג') וכן נראה מדברי התוס' בפרק הזהב דף מ"ט גבי כל הא ביתא קמך אפי' ש"ח לא הוי שכתבו והא דאמרינן בפרק הפרה הכניס ברשות בעל החצר חייב י"ל דשמעתין כרבי דשמואל פסק התם הלכה כרבי וקיימא לן הלכה כשמואל בדיני ועוד דאפי' לרבנן דמחייבי היינו לפי שאמר לי' כנוס שורך דמשמע ואשמרנו אבל הא ביתא קמך סלק עצמו משמירה לגמרי ע"כ ודבריהם מבוארים דלרבי דקי"ל כותיה כל בסתמא לא מחייב ואפי' הוי בבית הנפקד עד שיקבל עליו שמירה אלא שכתבו דאפי' לרבנן דסבירא להו דאפי' בסתמא מחייב בהא ביתא קמך לא מתחייב משום דסלק עצמו משמירה:

סימן ה

מקום שהוא מיוחד לשמור נכסי בני אדם בשכר שנותנים מידי חדש בחדשו וכל מי שרוצה לשמור את חפציו מוליכם שם מפני שהוא מקום שמירה מעליא וכל המוליך שם תיבתו אינו מזכיר לנפקד שום לשון של שמירה אלא סתמא נראה דאפי' למ"ש דהנח סתם לא מחיי' ואפי' כי הוי בבית אי' למי' דה"ד כי לא יהיב לי' שכר אבל כי יהיב לי' שכר מסתמא נעשה ש"ש בההיא הנאה דמטי לי' ול"ד להא ביתא קמך דאפי' כי יהיב לי' שכר לא נעשה שומר ושכר דשקיל היינו שכירות מקום דהא ביתא קמך הוי לשון גרוע וכאלו א"ל הנח לפניך דמי שסילק עצמו משמירה משא"כ בהנח סתם ותדע דהא תלמודא מדמי הנח סתם לכנוס שורך ברשותי ואלו בהא ביתא קמך כ"ע מודו דלא נעשה

שומר. ואע"ג דלרבי לא מתחייב עד שיקבל עליו לשמור איכא למימר דה"ד היכא דלא שקיל שכר אבל כי שקיל שכר לא בעינן שיקבל עליו שמירה בפירוש דאשכחן בכמה דוכתי שאמרו בההיא הנאה נעשה ש"ש ואע"פ שלא פירש לשמור ועוד בה בנ"ד דאינו מקום מיוחד לשמירה לאדם אחד כמו בית שהוא מקום השמור לבעלים אלא כל מי שרוצה מוליך תיבתו שם ואם הנפקד לא ישמרם מי ישמרם:

סימן ו

ועל מה שנוהגים העם שכשמוסר אחד לחברו מידי להוליכו בדרך הרי זה אומר לו השליכהו ארצה ואני אוליכנו ועושין כן כדי לפטור עצמו מדין חיובא. ראיתי למהרימ"ט בסימן קט"ז שכתב דאין דרך זו פוטרתו שהרי מוכח מדברי הרא"ש בתשו' דאפי' בהנח לפניך דקתני לא נעשה שומר. ה"ד היכא דמשתמר שם לדעת הנפקד אבל היכא דנתרצה זה להוליכו בדרך מסתמא קביל עליה לשומרו דכיון דבדרך לא משתמר כי אם לדעת זה המוליכו ושמירתו עליה היא. ואיברא דלפי מ"ש הרמב"ן גבי מתניתין דמתנה ש"ח להיות פטור וכו' דהנח לפניך רצה לומר לו איני מקבל עלי שמירה איכא למימר דאפי' כי מסר וא"ל להוליכם בדרך כל שא"ל הנח לפניך הרי זה כמי שא"ל אני מוליכו אך בתנאי שאיני מקבל עלי חיוב שמירה וכמו כן בא"ל השליכהו ארצה ואיכא למימר דאפי' למה שכתב הרא"ש דכל שמוליכו בדרך אפי' כי א"ל הנח לפניך חייב מכיון דאין שמירתו אלא עליו היינו דוקא בא"ל הנח לפניך דכיון דבדרך לא משתמר האי לפניך דקאמר ליה מראה מקום הוא ולא סילוק משמירה מה שאין כן בהשליכהו ארצה דכונתו מבוארת לומר לו שאינו מקבל עליו שמירה דאם לא כן אמאי קאמר ליה הכי וכ"ש אחר דנהגו הכי דעכשו כ"ע מודו:

סימן ז

אין השומרים מתחייבים בדיני השמירה אלא אם כן משכו החפץ וכדר"א דאמר כשם שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו בשומרים והיינו כדי לחייבם באונסין וכפירוש רש"י בפרק מרובה והכי מבואר בירושלמי בפ"ב דשבועות. אבל התוס' כתבו דש"ח וש"ש מיד שקיבלו עליהם לשמור מתחייבין והוכיחו לה מההיא דפרק האומנין דקאמר הנח לפני ש"ח וההיא בשוקא מיירי וכן הוא דעת הרא"ש ז"ל, אלא שיש חילוק ביניהם דלדעת התוספות אינו אלא בש"ח וש"ש אבל לא בשואל וה"ט משום דש"ח וש"ש שעל פי השומר סמכו הבעלים וסלקו שמירתן מעל ממונם נתחייבו השומרים מיד כשנגנב או נאבד שהרי על שמירתו של זה סמך ונאבד וזה הטעם לא שייך בשואל כדי לחייבו באונסין דאתו ממילא ומן התימה על הב"י שכתב בדין השואל דלדעת התוספות לא

בעי משיכה וזה אינו כמבואר. ועל דברי התוספות והרא"ש ז"ל דסברי דש"ח וש"ש מתחייבים בלי משיכה משום דעל פיו של זה סמכו הבעלים וסילקו שמירתו מעל חפצו צריך להבין מאיזה טעם קא מתחייבי דאי מדין ערב א"א לומר דהלא בזרוק מנה לים ואתחייב אני לך כתב הרא"ש ז"ל פ"ק דקדושין דיש מי שרצה לומר דהרי זה מתחייב מדין ערב שהרי על פיו של זה סמך וזרקו לים אבל עיקר הדבר נ"ל שאין הערב מתחייב אלא היכא דמטי הנאה לאינש אחר על פיו של זה דאותה הנאה חשיב כאלו הגיע לידו אבל כי לא מטי הנאה לשום אינש לא דמי לערב ולא קא מתחייב ואפי' לדעת הרמב"ן ז"ל דס"ל בזרוק מנה לים דמתחייב הרי כתב דהיינו דוקא כשא"ל בהדיא ואתחייב אני לך הא לאו הכי לא מתחייב והכא גבי שומר שלא אמ"ל ואתחייב אני לך כי אם שא"ל ואני אשמור במה מתחייב. ואם באנו לחייבו לזה מדינא דגרמי דלא גרע ממראה דינר לשולחני ואמ"ל שהוא טוב ונמצא שהוא רע דחייב השולחני מדינא דגרמי משום שעל פי השולחני סמך וקבלו אף זה שעל פיו של זה סמך וסילק שמירתו מממונו ובפשיעתו של זה נאבד עדין האי טעמא לא סגי אלא לחייבו לזה היכא דידעינן דפשע ונאבד אבל היכא דלא ידעינן אי פשע אי לא אין לנו לחייבו שבועת התורה מספק כיון דלאו משום שומר אתה מחייבו:

ולכאורה נראה דלדעת הסוברים דאין השומרים מתחייבים בלא משיכה ל"ש לן בין ש"ש לש"ח ובכולן בעי משיכה והכי אמרו לה בירושלמי פרק ב' דשבועות אמר ר"י ארבעה שומרים הן ואין חייבין אלא דרך קנין. אבל ראיתי להרשב"א ז"ל דהגם דהוא סובר דאין השומר חייב אם לא משך על כל זה כתב בתשוב' סימן אלף קל"ד דראובן שסגר ביתו וא"ל לשכנו שמור את ביתי ותשכיר זה הבית ותטול השכר דהרי זה נעשה שומר שכר באותה הנאה שאמר לו שיטול שכר הבית שישכיר והיה נ"ל דהתם איירי שכבר זה שקבל עליו לשמור השכיר את הבית ונטל שכרו דהרי זה השומר נתחייב באותו הכסף שנטל וכסף עביד קנין ור"א דקאמר תיקנו משיכה בשומרים מיירי כשעדיין לא נטל שכרו דסתמא שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף ואע"פ שהמפקיד נדר לו שכר מכל מקום כל כמה דלא משך עדין לא נעשה שומר:

אבל עדין צריך להבין דבפרק הזהב אמתני' דנושא שכר אינו משלם רמי לי' מההיא דהשוכר את הפועל לשמור את התינוק לשמור את הזרעים אין נותנים לו שכר שבת לפיכך אין אחריות שבת עליו היה שכיר שבת שכיר חדש נותנין לו שכר לפיכך אחריות שבת עליו ע"כ והרי לשמור את הזרעים שמתחייב זה באחריותן הרי זה לא עשה שום קנין ואף ע"פ דההיא אוקמה תלמודא בשקנו מידו לאו משום קנין שמירה הויא וכדמוכח

שם ונראה לע"ד ליישב דהתם שאני משום דמיירי בפועל ששכרו לימים לשמור דמשעה שהתחיל לשמור נגמר הקנין דשכירות פועלים נקנה בהתחלת מלאכה כמבואר מה שאין כן בשאינו שכיר יום לאותה מלאכה אלא דאמר לי' שמור לי זה ואני אתן את שכרך. ולפי האמור לעיל מה שכתב הרא"ש בתשו' דראובן שהיה הולך לדרך ואמר לו שמעון תוליך אלו המנעלים עמך וא"ל ראובן הניחם על החמור וכן עשה ואחר כך נאבדו בדרך בפשיעה שהוא חייב נראה דהרא"ש ז"ל לפי שיטתו אמר' דסבירא לי' דהשומר מתחייב בלי משיכה שהרי שם לא משך ראובן המנעלים ומשיכת החמור לא חשיבא משיכה דהוי חצר במהלכת אם לא דהיה על החמור כליו של בעל החמור כגון שק וכיוצא והניחו תוך הכלי דאז מהני כמבואר במקומו:

סימן ח

במאי דקי"ל דעבדים וקרקעות והקדשות נתמעטו מדין השומרים נרא' לי דהיינו דוקא בסתמא אבל אם התנה וקבל עליו שאם פשע ישלם הרי זה חייב כיון שעל פיו סמך והפסיד ואמינא לה מההיא דגרסינן בפ' הרבית דף ע"ג ע"ב א"ר חמא האי מאן דיהיב זוזי לחברי' למיזבן ליה חמרא ופשע ולא זבין לי' משלם ואף רב אשי ל"פ עלי' אלא מטעם דהוי אסמכתא דמי יאמר דמזבני ליה הא לאו הכי חייב לשלם כיון שהבטיחו ולא זבן לי' ואף על גב דאינו אלא גרמא בנזקין דאינו אלא מבטל כיסו של חבירו ומדינא פטור לשלם וכדאיתא בתוספתא הנותן מעות לחבירו ליקח לו חטים ולא לקח אין לו עליו אלא תרעומת דלא הוי אלא גרמא בנזקין ואפ"ה משמע משמעתין שכל שהתנה והבטיחו שאם לא יקח לו ישלם מכיסו ה"ז חייב אלמלא דהוי אסמכתא שהרי אינו בידו וכ"כ בחדושי זקנים משם ר"י בעל התוס' דסוגיין בהתנה איירי ומש"ה הוא דהוה חייב וכ"נ קצת מדברי רש"י ז"ל וכ"כ הרא"ש בשמעתין יע"ש וכ"כ לה המרדכי בפרק הגוזל ז"ל כל גרמא בנזקין דפטור ה"ד בשלא קבל עליו לשלם אבל כל שקבל עליו לשלם חייב ולמד כן משמעתין יע"ש:

מעתה דון מינה בנ"ד דפשיעה לא הוי אלא גרמא בנזקין וגזרת הכתוב הוא לחייב את השומרים דלא מיעט קרא עבדים וקרקעות אלא בשלא התנה בפי' שאם פשע יהיה חייב לשלם אבל כשהתנה כן כיון דהדין הוא בכל גרמא בנזקין דכשקבל עליו לשלם חייב ה"ה בעבדים וקרקעות וכן נראה מתשו' הריטב"א ז"ל הביאה מרן הב"י בסוף סי' ס"ו וז"ל הצריך לנו ודקאמר פושע מזיק הוא וחייב שלא מדין שומר הא ליתא דפשיעה גרמא בנזקין הוא שהוא פטור מדיני אדם אלא שהתורה חייבה שומרים בפשיעה מפני שסמך עליהם בעל הפקדון והבטיחו שומר לשמרו מעתה המפקיד שטרות אצל חבירו אפי'

בשטר ולא קבל עליו אחריות בפי' וטען שנאנסו או נגנבו ואפי' בפשיעה הרי הוא נאמן בלא שבועה ואפי' דרבנן וכו' עכ"ל מוכח מדבריו דכל שקבל עליו לשלם ה"ז משלם אפי' בדברים שנתמעטו משמירה. והכי איכא למילף ממתני' דפרק המקבל ק"ד דקתני המקבל שדה מחבירו והובירה שמין אותה כמה היא ראוי' לעשות ונותן לו שכך כותב לו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא ע"כ וכתב הר"ן דיש מי שפירש שלענין פחת הקרקע לא היה צריך תנאי כיון שקבל עליו לעבוד וכיון דאתני לטפויי מלתא קאתי ולא ידעתי לענין פחת הקרקע למה היה מתחייב בלא תנאי וראיתי לאחרים שכתבו דכיון דקביל עליה למפלחה שכך כותב לו אנא איטור ואזרע חייב הוא בכל היזק שיבא בשדה מחמת ביטול המלאכה כשומר שנגנבה או שנאבדה הבהמה מתחת ידו וכן שואל שנאנסה שחייבין וכמדומה לי שדברי שגגה הם שאם מתורת שומר אתה רוצה לחייבו אין השומר חייב בקרקעות ואם הם רוצים לומר שכיון שכתב אנא איטר משמע שאם אוביר משלם ומתוך תנאו הוא מתחייב א"כ בא ונאמר שכיון שכתב ואזרע ולא זרע שמתוך תנאו הוא מתחייב במה שהיתה ראויה לעשות אלא כך ראוי לומר במדרש שהיה אפשר לפרש אם איביר ולא אעביד אשלם פחת הקרקע שאף בדבר זה צריך תנאי אבל אם לכך בלבד נתכוון באם אוביר סגי מאי ולא אעביד לפיכך היה ר"מ דורש אם אוביר לפחת הקרקע ולא אעביד למה שהיתה ראוי' לעשות עכ"ל מבואר מדבריו שאפי' בדברים שאם לא התנה הוה פטור משום דליכא דיני שמירה בקרקעות מ"מ כל שהתנה ה"ז מתחייב מתוך תנאו ואפי' לא קנו מידו שהרי מתנ' מיירי אפי' כי לא קנו מידו כמבואר מתוך דברי הנ"י שם והכי מפורש בירושלמי רפ"ב דשבועות דקאמר שם משמיה דר"י ד' שומרים אינם מתחייבים אלא דרך קניין כלומר עד שימשוך אריב"ח ומתני' אמרה הכי המקבל שדה מחבירו ומשזכה בה הובירה כלומר מדלא מתחייב עד שיזכה בשדה תחילה. ובפרק החולץ דף מ"ו אמרו דרב יהודה הוה ליה עבדא ובעא לאטבוליה ומסריה ניהלייהו לרב הונא ולרב אחא א"ל חזו דמינייהו קבעינא לי' ופרש"י אם יקדים ויאמר לשם בן חורין והרי המטביל עבדו של חבירו שלא מדעתו כתב הרשב"א הביא דבריו הב"י בי"ד סי' רס"ז דהוא פטור שהוא לא הזיקו כלום יע"ש כ"ש היכא דפשע השליח וקדם העבד ואמר לשם בן חורין אלא נראה דהכא כיון דהבעלים מסרו בידו והוא קבל עליו לשלם הרי אלו נתחייבו מתוך תנאם שהרי נעשו שומרים עליו ואע"ג דעבדים נתמעטו משמירה מיהו אם התנו וקבל עליו לשלם מכח תנאו נתחייב לשלם ונראה לע"ד שזהו כוונת הנביא באומרו כן משפטיך אתה חרצת במלכים א' סי' ך'. וכ"ת א"כ אמאי איצטריך תלמודא בפרק הזהב לאוקומיה למתני' דהשוכר את הפועל לשמור

את התינוק כשקנו מידו כי לא קנו נמי כל שהתנה וקבל עליו לשלם ה"ז מתחייב וכמ"ש לאו קושיא היא דהתם צריך לקנין כדי לחייבו אפי' בגניבה ואבידה ואין התנאי מועיל כדי לחייבו אלא כי פשע בהם השומר דהוי גרמא בנזקין. ולפמ"ש א"ש מאי דתניא פ"ק דפסחים עובד כוכבים שהפקיד חמצו אצל ישראל אם קבל עליו אחריות ה"ז עובר עליו דלכאורה הוה קשה דהלא עובדי כוכבים נתמעטו משמירה וכדדריש בתוספתא רעהו ולא עובד כוכבי' וכן פסקו לה הרמב"ם והטור. אבל לפי מ"ש דאם קבל עליו בפי' לשלם מתוך תנאו ה"ז מתחיי' א"ש ג"כ מ"ש הטור בא"ח דעובד כוכבי' שהפקיד אצל ישראל אם קבל עליו אחריו' ה"ז עובר עליו דה"ד כשקבל עליו הא סתמא לא ודלא כהרב ב"י שכתב דקבל לאו דוקא דה"ה סתמא וכמ"ש הר"ן ז"ל ודבריהם תמוהים וכמ"ש דכל בסתמא ליתיה לעובד כוכבים בתורת שמירה עד שיקבל עליו בפירוש שאם פשע ישלם וזהו מ"ש התו' שם מאי איריא יחד כי לא יחד נמי כללא דמלתא דכלהו הני דנתמעטו מדיני השמירה כי התנה בפירוש וקביל עליו לשלם הרי זה חייב כי פשע בהן ונאבדו אבל אם נגנב ונאבד שלא בפשיעה נראה מההיא דהזהב דלא מתחייב עד שיקנו מידו. אבל לפי זה צ"ל להבין לאותם המפרשים שפי' דגבי חמץ אינו עובר עליו אם אינו חייב בגניבה ואבידה ודייקו לה מלישנא דא"ל בעירו חמירא מביתייכו כיון דאלו מגניב ומתאביד בעיתו לשלומי והיכי משכחת לה שיהא הישראל חייב בגניבה ואבידה כיון דאין נכסי העובד כוכבים בתורת שמירה אם לא שנאמר דמיירי כשהקדים לו שכרו כבר דנטיל' מעות עביד קנין כדי לחייבו במה שהתנה וכמ"ש לה הריטב"א. ולפ"ז הא דכתב המרדכי בפרק החובל דמעות עניים דנתמעטו משמירה דאם א"ל הגבאי שמור לי מעות אלו ואם תפשע בהו תתחייב לי דהרי זה חייב היינו דוקא משום שהתנה ואמר שאם פשע ישלם הא לאו הכי אע"פ שא"ל שמור לי זה לא מתחייב:

סימן ט

וקטן שהפקיד מידי אצל אחד אם נעשה זה שומר אם לא דעת הרמב"ם ורבותיו ז"ל שהרי זה בדיני השמירה לכל דבר ואפי' לענין שבועה משום שכל השומרים שבועתם שמא היא ולפי דבריו כי ממעטינן קטן משום כי יתן איש אינו אלא לענין כפל אבל דעת הראב"ד והרמ"ה ז"ל שאין נתינ' קטן כלום ולא נעשה זה שומר על נכסיו והר"ן ז"ל בשבועות הביא מחלוקת זה וכתב שהרמב"ן נסתפק בדבר ומרן בש"ע תפס דעת הרמב"ם עיקר וכ"כ הש"ך:

והשתא יש לחקור אם החזיר השומר לקטן ונאבדו מידו מהו דינו וראיתי לרשב"א ז"ל בתשו' בספר תולדות אדם סימן רצ"ט שכתב שזה תלוי בפלוגתא דלמאן דאמר

דאפוטרופא אם פשע חייב לשלם אף זה שקבל מידו אם החזיר לו הרי זה פושע וחייב לשלם ולמאן דאמר דאפוטרופוס פטור מפשיעה אפשר שאף זה פטור מדין אפטרופוס ואע"פ שעשה שלא כרצון חכמים ומצאתי להרמב"ן ז"ל בפ' חזקת גבי קבל מן הקטן שכתב ואם החזיר ליד התינוק אינו חייב לשלם עכ"ד. ולפי דבריו יש ללמוד דלדידן דקי"ל דאפטרופא שפשע חייב לשלם וכמו שפסק מרן בש"ע אף זה שקבל מן הקטן אם החזיר לקטן חייב לשלם והרמב"ן דפטרו לשיטתי' אזיל דאפטרופא פטור מן הפשיעה אבל אעיקרא דמלתא אני תמיה עליו במה שהשוה זה שקבל מן הקטן לאפטרופא שמינהו אבי יתומים דאיכא למימר דאפי' למאן דמחייבו לאפטרופא היינו משום שקיבל עליו שמירה מבן דעת אבל זה שקבל מן הקטן מעיקרא לא חל עליה חיובא דשמירה כדי לחייבו בפשיעה דהכי ס"ל להרשב"א שאין נתינת הקטן כלום ופטור אף מן הפשיעה וכמ"ש הר"ן ז"ל בשמו בשבועות. ואין לומר דס"ל להרשב"א דחזרה ביד התינוק לאו פשיעה בלחוד הוי אלא הרי זה כמזיק בידים וכמ"ש רשב"ם שם דאל יחזיר לו משום דהוי כמשליך לאיבוד ע"כ דאם כן היאך כתב דאפשר שהוא פטור מדין אפטרופא שפטור מתשלומי הפשיעה והלא לא אמרו אלא בפשיעה בלחוד. וראיתי להר"ן ז"ל דהגם דאיהו אית ליה דכל אפטרופוס חייב בפשיעה עם כל זה כתב הכא דאם החזיר ליד התינוק אינו חייב לשלם ונראה דהיינו טעמא משום דס"ל דאין זה הנפקד נעשה שומר כסברת הראב"ד והרמ"ה ומ"ש לא יחזיר לו היינו משום השבת אבידה של תינוק אבל לפי מה שפסק מרן ז"ל דקטן שהפקיד ביד אחרי' נעשה שומר נראה דאם החזיר ליד הקטן ה"ז פשע וחייב לשלם. אלא שלפי מ"ש הרמב"ן ז"ל בפרק הספינה דלמאן דאמר שואל הוי כי החזירו ליד תינוק פטור משום דזה הכלל בשומרים דלמקום שנטל יחזיר כמו כן הכא אם לא שנאמר דהכא אין זה יכול להחזירו ליד הקטן משום השבת אבידה ואע"פ דלא אתיא ליה מכח בן דעת לדעת הרמב"ם ודעמיה הרי זה נתחייב חיוב גמור ככל שומר אבידה וכי החזירה ליד התינוק כאלו השליך לאבוד דמי כמ"ש רשב"ם ז"ל בפרק חזקת דף נ"ב. וכל זה הוי בקטן שלא הגיע לעונת הפעוטות אבל אם הגיע לעונת הפעוטות אפי' ממון שהניח אביו בידו מחזיר לקטן כמו שנראה מדברי הרשב"א ז"ל וכ"כ הריב"ש בפשיטות והוא בסי' ך' ודלא כמ"ש הרב מהרימ"ט בח"מ סי' ל"ז. (א"ה ואם הנפקד הוא שומר שכר כעת לא מצאתי הדבר מפורש אם יכול להחזירו לקטן שהגיע לעונת הפעוטות):

סימן י

וקטן שהשאיל מידי לגדול נראה דלכ"ע שואל גמור הוא דלענין שאלה לא כתיב איש וכן נראה מתשובות מהר"ם ז"ל הארוכות ונראה מדבריו שם שאם היה הקטן במלאכתו של שואל חשיב שאלה בבעלים:

סימן יא

היכא דהקנה מידי לחברו בקנין סודר ונאבד ביד המוכר מהו דינו. ראיתי לר"י הביאו הרב ב"י בסי' קצ"ח שכתב דזו מחלוקת בין הראשונים ז"ל יע"ש בחי' דקדק מאותה שאמרו מפני מה אמרו משיכה מעות כדי שלא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה דש"ח מיהא הוי וכן נראה מדברי התוספות בפרק המפקיד דף מ"ג שהקשו שם דהשתא יאמר לו נשרפו מעותיך ואע"ג דהמוכר הוי ש"ח כמו שכתבו כבר. אבל ראיתי להריטב"א ז"ל בפרק הזהב דף מ"ו גבי ההיא דכל הנעש' דמי' באחר שדקדק משם דאין המוכר הוי אפי' שומר חנם. (א"ה וכן כתב בפי' בחידושיו לקידושין לדף כ"ח ונראה מדבריו שם דהא דלא הוי אפי' ש"ח היינו דוקא בחליפין שוה בשוה דהכי קאמר ואין בעלים הראשונים שומר עליו כלל ואפי' שומר חנם כיון שכבר נטל הוא שלו עכ"ל אבל דרך ק"ס דעדיין לא נטל המוכר המעות ש"ח מיהא הוי):

סימן יב

והיכא דמכר חפץ לחברו ונמצא מקח טעות מה דינו אם נעשה הלוקח שומר בחפץ עד שיחזירנו ליד הבעלים והיכא דכבר נתן הלוקח את הדמים למוכר נראה דהרי זה הוי שומר שכר כמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפרק י"ו מה' מכירה דין ד' וז"ל הלוקח מקח ונמצא בו מום ואחר כך אבד או נגנב הרי הוא ברשות הלוקח עד שיחזיר המכר למוכר עכ"ל וכן כתב הרא"ש בפרק המפקיד בשם הראב"ד ז"ל:

האמנם ראיתי להתוספות ז"ל בפרק המפקיד דף מ"ב גבי ההיא עובדא דלא הו"ל ככי ושני שכתב דלא הוי כי אם ש"ח וכן כתב הריטב"א שם ואם עדיין לא נתן את הדמים נראה דאפי' ש"ח לא הוי והכי איכ' למילף מאותה שאמרו בפ"ק דקדושין דף י"ג עלה דההוא גברא דקדיש בצפיתא דאסא כו' יע"ש וכן נראה מדברי הריטב"א ז"ל הנז' שכתב ז"ל וי"ל דכל מ"ט כיון דחייב הלוקח לתת סחורתו למוכ' ולוקח יכול לעכבו עד שיתן לו המוכר דמיו הרי נעשה הלוקח שומר עליו וכאותה שאמרו כל האומנין ש"ש אלא דהכא דיו שיהא כש"ח כיון דהוה מ"ט יע"ש:

סימן יג

והיכא דהפקיד אצל חבירו מטבעות פסולי' שיש סכנה למי שנמצאים בידו מי מצי לומר הנפקד אלו הייתי יודע שהיו בכיס זה מעות פסולים לא הייתי מקבלם והוי קבלה בטעות כמו שנראה מדברי מהרי"ק ז"ל שורש קנ"ה ודקדק לה ממה דאיצטריך תלמודא לאוקמי בשהכיר בו שהוא נגחן ולא סגי בשיאמר לו סוף סוף אי תם הוה פלגא נזקא הוית בעי לשלומי יע"ש. ולע"ד לא הכרתי ראיתו דהתם היינו טעמא משום דמצי אמר ליה אי תם הוה לא הוה נגח כמו שפירש רש"י ז"ל אבל כדי לאיפטורי לזה מדין שמירה אם נאבד השור עדיין ליכא ראי' ובסוף פרקין מוקי לה להיא דר"א בשהכי' בו שהוא נגחן להכי אם הוזק פטור דכיון שהכיר בו שהוא נגחן סתמא דמלתא שלא יזיק קביל שלא יוזק לא קביל משמע דוקא משום שהכיר הא לא הכיר ה"ז חייב אם הוזק ואע"פ שנמצא שהיה נגחן מעיקרא ולא אמרינן שמירה בטעות היא שאם היה יודע שהוא נגחן לא הוה קביל עליה לשומרו כיון דאין החיוב בא לו מחמת שהיה נגחן:

סימן יד

מי שזיכה מידי לחברו ע"י אחר ונשארו בידו של זה הזוכה בעד חברו ונאבד מידו מהו דינו ראיתי להרשב"א בתשוב' הביאה הב"י בסי' רל"ה שכתב על מי שנתן מתנה לקטן על ידי גדול שאם היה שם הקטן בשעה שמסר לזה יש הוכחה שלא ע"ד שיזכה לו בלבד מסר לו שאם לא כן למה לא מסר ביד הקטן עצמו אבל אם לא היה שם הקטן מצוי אפשר שלא מסר אלא ע"ד זכיה בלבד ואם לא רצה ליעשות לו שומר הרשות בידו ולא שיהא רשאי למסור בידו משום השב אבידה אבל לא נעשה שומר ממש שיתחייב בתשלומין אם החזיר לו ע"כ. למדנו מדבריו שכל מי המזכה לחברו שאינו מצוי בעיר על ידי אחר הגם שנשאר אותו דבר ביד זה הזוכה בעדו לא נעשה זה שומר ממש כדי לחייבו בדין השומרים. ולכאורה איכא לאקשויי על זה מהירוש' דשבועות שהבאתי לעיל בסעיף ראשון דקאמר אמר תן מתנה זו לפלוני מכיון ששמירתו עליו כמי שהוא עליו אבל כד דייקינן בה החילוק מבואר דכל שמסר בידו כדי שיתנהו הוא לפ' שמירתו עליו שהרי קבל עליו להוליכו ליתנו לאותו פלוני משא"כ באומר זכי במנה זו לפ' שמה שמסרו בידו לא היה אלא כדי שיזכה בו בלחוד לפ' והרשו' ביד זה הזוכה להחזירו למזכה שמתחלה שקבלו בידו לא קבל עליו להוליכו ולנותנה לפ' כדי שיעשה הוא שומר עליו דלא קבלו אלא לזכיה בלבד:

סימן טו

ואם זה שזכה בעד חברו שלא היה מצוי בעיר שאמרנו שלא נעשה הוא שומר והרשו' בידו להחזירו ליד הבעלים הראשונים והחזירו לבעלים הראשונים אם נעשו הבעלים שומרים עליו מי אמרינן כיון דזה דמוסרו בידו לא היה שומר עליו גם זה שישנו עכשיו בידו לא מתחייב דלא עדיף האי שומר מגברא דאתי מחמתיה שאלו זה שזכה בעד חברו פשע בה נפטר אף שומר שבא מחמתו פטור. וכיוצא לזו כתב הרב מהרימ"ט ז"ל בחי"ד סי' ל"ט על ההיא עובדא דארנקי דאפקדיה רב יוסף גבי ההוא גברא ופשע בה הקשה הוא ז"ל והלא רב יוסף דאפקדיה גביה גבאי הוה וממון שיש לו תובעים הוא ותירץ דכיון דרב יוסף עצמו אם פשע בה היה פטור אף זה שבא מחמתו לא עדיף מיניה. וכן ראיתי להריטב"א בחידושיו בפרק המפקיד עלה דההוא אפטרופא דזבן תורא ליתמי ולא הוו ליה (ככי ושני שכתב וז"ל הקשה רש"י מה לו לספסירא עם הרועה שהרי לא שומר שלו הוא ותירץ דכיון דפרה דבעלים הוא ובקרא ש"ש דיתמי הרי בעלים עומדים במקום היתומים וכההיא דקאמר ר' יוסי תחזור פרה לבעלים הראשונים. ואיכא למידק דהתם הוא שהראשון הוא היה שומר של בעלים ושלוחו חשיב לפני שומר שני אבל הכא כיון דמקח טעות אין האפטרופוס שומר של ספסירא כלל ולא שלוחו והרי זה כאדם שאמר לרועה שמור פרה של פלוני שאין הרועה נעשה שומר כלל וי"ל דכל מקח טעות כיון דחייב הלוקח לתת סחורתו למוכר ולוקח נמי יכול לעכבו עד שיתן לו המוכר דמיו הרי נעשה הלוקח שומר עליו וכאותה שאמרו כל האומנין ש"ש אלא דהכא דיו שיהא כש"ח כיון דהוה כאן מקח טעות ונתקיים תי' רש"י ז"ל יפה דאתיא הא כההיא דר' יוסי עכ"ל הנה דבריו מבוארים כמ"ש:

וראיתי להנ"י שכתב בפרק הגוזל בתרא גבי ההוא עובדא דאפקידו גביה ארנקי דפדיון שבוים אתו גנבי עליה שקליה ויהביה להו ואמרו שם אין לך פדיון שבוים גדול מזה שהקשו דל"ל להאי טעמא ת"ל דהוי ממון שאין לו תובעים ותירץ דהכא לא יהביה ליה לחלקם אלא לשומרם ע"כ ולכאורה נראה מדבריו דס"ל דההיא עובדא דפ' החובל דקאמר אפקדינהו גבי ההוא גברא דהיינו שמסרם בידו לחלקם הוא בעצמו הא לאו הכי רב יוסף הוה מצי לתובעם ממנו וכיון שכן אי נתנם בידו לשמירה בלבד כי פשע בהם הוה מחוייב לשלם לרב יוסף ואע"ג דרב יוסף עצמו אי פשע בהם ונאבדו הוה פטור וזה נראה דלא כהרב מהרימ"ט ז"ל. אבל עדיין י"ל דה"ק דההיא עובדא דפ' הגוזל הבעלים עצמם הפקידו ביד זה ע"מ לשומרם ולא א"ל לחלקם וכיון שכן נמצא דעדיין לא נסתלקו הבעלים מהם מה שאין כן בההיא עובדא דפ' החובל דהבעלים מכי מסרו

לרב יוסף דהוה גבאי על מנת לחלקם נתנו לו וכבר הבעלים נסתלקו מהם וכמו שפירש רש"י וכיון שכן אי רב יוסף הוה פשע בהם היה פטור כי מסרם לאחר לא עדיף זה שבא מחמתיה מהגבאי עצמו. אבל מדברי הראב"ד שהביא הטור סי' ס' אין נראה כן שכתב דמי שהודה על עצמו שנתן אין בודקין אחריו היאך נתן ויש לנו להעמיד השטר בחזקתו ולומר שזיכה אותם לו על ידי אחר ונשארו בידו ונעשה שומר עליהם ע"כ משמע דאפי' בסתמא נעשה שומר עליהם. וראיתי שדבר זה במחלוקת שנויה בין תרי שינויי דתלמודא דבסוף פרק בתרא דביצה מקשה לרב דאמר כרגלי מי שהופקדו אצלו ממתני' דמי שזימן אצלו אורחים לא יוליכו בידם מנות אלא אם כן זיכה להם מעי"ט ואי אמרת כרגלי מי שהופקדו אצלו כי זיכה להם מאי הוי ומשני כיון שזיכה להם ע"י אחר כמו שיחד לו קרן זויות הוי ואי בעית אימא זיכה שאני ע"כ מוכח מהא דמי שזיכה מידי לחברו ולאחר זכיה הופקדו אצלו לשינוייא קמא כמי שייחד לו קרן זויות דמי ולא נעשה שומר ולשינוייא בתרא לא הוי כמי שייחד לו קרן זויות. ולפי מ"ש היה נראה לומר דאפט' שמינהו אבי יתומים דקי"ל דפטור מפשיעה אי הפקיד מידי אצל אחר ופשע בהם ונגנבו יהיה פטור מה"ט גופיה דלא עדיף זה השומר הבא מחמת האפטרופוס. אבל לע"ד אין נראה כן דכי אפקיד האפטרופוס מידי אצל אחרים כאלו הפקידו יתומים הוי דאפטרופוס ידו כידם הוי: (א"ה עיין בתשו' הרא"ם ז"ל סי' נ"ב דף ע"ח ע"ד והביא אותה רבינו ז"ל לקמן שנראה מדבריו דס"ל דההיא עובדא דרב יוסף איירי שנתנם לו רב יוסף לחלקם לעניים אבל אם א"ל לשמור היה חייב הנפקד כדין ש"ח יע"ש ולכאורה נראה שהוא הפך סברת מהרי"ט והריטב"א ז"ל הנז"ל וע"כ כדי שלא יחלוק הרא"ם על הריטב"א ז"ל צ"ל דשאני רב יוסף דיד עניים הוה וכעין החילוק שכתב רבינו ז"ל:

סימן טז

ומעות עניים נתמעטו משמירה וכדדריש בפ' החובל לשמור ולא לחלק ופירש"י דמיירי במסרם לידו לחלקם דתו לאו דבעלים נינהו ועניים נמי לא מצו תבעי ליה שהרי אינם ידועים והוי ממון שאין לו תובעים ע"כ ולפי דבריו יצטרך לומר דההיא ארנקי דאפקדיה רב יוסף ביד ההוא גברא דחייביה ר' יוסף ואותביה ליה אביי מהאי דרשא דלשמור וכו' לא הפקידם בידו לשמור בלבד אלא לחלקם לעניים ג"כ דאי לאו הכי הלא רב יוסף גבאי הוה והיה יכול לתובעי את אשר הפקיד אצלו וכבר ראיתי להרב הרא"ם בסימן נ"ב שכתב כמו כן. אבל הרב מהרימ"ט בחי"ד סי' ל"ט כתב דר' יוסף לא הפקידם כי אם לשמירה בלבד כפשטא דמילתא ומ"מ כיון דר' יוסף גופיה היה פטור משמירה שהרי לחלקם באו לידו כי הפקידם הוא אצל אחר הרי הוא פטור דלא עדיף מגברא דאתי

מחמתיה. אבל שיטה אחרת יש והיא ס' ראב"ן שכתב דאפי' אם הפקידו הבעלים בידו לשומר' ופשע בהם ה"ז פטור משום דרשא דלשמור לאפוקי הני זוזי דהרי הם עומדים לחלק וזו היא סברת הרשב"א ג"כ כמ"ש ר' ירוחם בשמו וכ"נ מדברי ר' שמשון שהביא המרדכי בפ"ק דבתרא שהקשה דל"ל לדרשא דלשמור ת"ל דהוי ממון שאין לו תובעין ותירץ דר' יוסף גבאי הוי ותובע מההוא גברא אשר הפקידו ודעת הרמב"ם ז"ל צריך להבין שכתב מי שהפקידו אצלו מעות עניים ופשע בהם ונגנבו ה"ז פטור משום שנאמר לשמור והרי הוא ממון שאין לו תובעים וסתמיות דבריו נראה דהוי אפי' כי הפקידו בידו לשמור ואם כן היאך כתב דהרי הוא ממון שאין לו תובעים והלא הבעלים יכולים לתובעו את אשר הפקידו אצלו כמו שנראה מפי' רש"י דכל שהפקידו הבעלים אצלו לשמור הרי הם יכולים לתובעו:

ונראה דרש"י ז"ל ס"ל דטובת הנאה ממון ולהכי אם לא נתנו הבעלים בידו לחלקם הרי יכולים לתובעו בדין ולהוציא מידו של זה דכל כמה דלא זכו ביה עניים עדיין ברשותיה דבעלים קאי כדאמרי' פ"ק דערכין סלע זו לצדקה עד שלא באתה ליד גבאי יכולים הבעלים לשנותה וכמו שפי' רש"י שם ומה"ט כתבו בהגה' מרדכי דבבא בתרא דמעות צדקה חשיבי שיור משום דכל כמה דלא מטו ליד גבאי ברשותיה דבעלים קיימי אבל דעת הרמב"ם ז"ל דטובת הנאה אינה ממון ואם הפקידום הבעלים ביד אחר ואינם רוצים להחזירם לבעלים אלא לחלקם הוא לעניים אין מוציאין מידם וכמ"ש מהריק"ו בשורש קס"א. וה"ט דמכי אמר זה מעות אלו לעניים הוקצו לצדקה דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט והא דמצי לשנותה היינו משום דמעות של צדקה שרי לאישתמושי בהו בין הוא בין אחר וכדאמר התם. וכ"ת בין לדעת רש"י ובין לדעת הרמב"ם שכתב משום דהוי ממון שאין לו תובעים א"כ אמאי איצטריך לדרשא תיפוק ליה משום דהוי ממון שאין לו תובעין. איכא למימר דאי לאו האי דרשא דלשמור כי פשע בהם ונאבדו הבעלים היו תובעים אותו שישלם להם כדי לתת צדקתם לעניים וכדאמרינן בפרק הניזקין בכהנים שפגלו במקדש מזידין חייבים לשלם ופי' רש"י ז"ל דאפ' לא היה אלא נדבה שאינו חייב באחריותה משום שזה רוצה להביא קרבנו:

והשתא אתי שפיר מה שאמרו בפ' הגוזל בתרא בההיא ארנקי דזוזי דפדיון שבוים דאפקדוהו בההוא גברא ואתו גנבי עליה שקלא ויהבה להו דה"ז פטור משום דאין פדיון שבוים גדול מזה הא לאו הכי היה חייב לשלם ואף דהוי ממון שאין לו תובעים וה"ט כמ"ש דכל שאכלם או הפסידם בידים הרי הבעלים תובעין אותו שרוצה לקיים מצותם לפדות את השבויים וכי נתמעטו מעות של עניים מלשמור היינו דוקא מפשיעה. אבל

כי הפסידם בידים ה"ז חייב וכ"נ מדברי הרמב"ם שכתב מי שהפקידו אצלו מעות של' עניים וכו' ה"ז פטור משום שנאמר לשמור וכו' עד ואפי' באו עליו גנבים והציל לעצמו בממון פדיון שבוים פטור דאין לך פדיון שבוים גדול מזה ע"כ משמע מדבריו דאפי' בהפקיד אצלו דפטור מפשיעה אם אבדם בידים חייב לשלם אי לאו משום דאין פדיון שבוים גדול מזה:

סימן יז

ראובן העומד בקושט' שלחו לו פקידי א"י אשר בארץ ויינא מאתים זהובים כדי שישלחם לעניי ק"ק אשכנזים שבא"י וראובן הנז' אחר בהגיעו המעות בידו חזר וכתב לפקידים לפרש בכתבם באר היטב אם המעות הנז' הם למזונות עניים או לפרנסתם שיש שם עניים ערומים מבלי לבוש ואז ישלח המעות הנז' ויכתוב להם שיעשו בפירוש ולא ימים מועטים כמו עשרה ימים ששלח כתב זה להפקידים שמת ראובן ואחר זה השמועה באה לפקידים הנז' כי ראובן מת ולא שלח המעות לעניי א"י כנראה מהכתב אשר שלח ראובן להם. והן עתה בא מורשה מפקידי א"י הנז' לתבוע הפקדון משמעון בן ראובן והשיב שמעון כי אחר שמת אביו משש בכל עזבון אביו ולא מצא הזהובים ולא ידע מה נעשה מהם אשר ע"כ לשאול הגיעו אי מפקינן מיניה או לא:

תשובה קודם כל דבר צריך אני לחקור אם זה הנפקד נתחייב בשמירה מעיקרא מכיון דפקדון זה הוי ממון עניים וממון עניים ליתנהו בתורת שמירה כדתניא בפרק החובל לשמור ולא לחלק לעניים. והגם שמפירוש רש"י ז"ל שם נראה דהיינו דוקא בממון שאין לו תובעים וכמו שפי' דהמפקיד לא מצי תבע ליה דכיון דא"ל חלקהו תו לאו דמפקיד נינהו ועניים נמי לא מצו תבעי וכו' ומשמע דכל היכא דאיכא מאן דמצי למתבעיה וכגון דלא א"ל חלקהו או דאיכא גבאי לעניים דמצי תבע ליה הרי זה מתחייב וכ"כ הנ"י ג"כ בפרק הגוזל בתרא. הרואה יראה דלאו כ"ע מודו בהא והא איכא מרבוותא ז"ל דפליגי דסברי דהברייתא מיירי בכל גוונא ואפי' כי נמי מסר בידו לשמירה בלבד הרי זה לא מתחייב דלא קרינן ביה לשמור כיון דהני זוזי עומדים ליחלק וזהו דעת הרשב"א ז"ל כמו שהביאו המפורשים ז"ל וכן נראה מדברי המרדכי דפ' קמא דבתרא שכתב שם דהוקשה לו להר"ש בר אברהם דל"ל לדרשא דלשמור ולא לחלק ותיפוק ליה דהוי ממון שאין לו תובעים ותירץ דהכא נמי הוי כממון שיש לו תובעים דרב יוסף גבאי היה ותובע את אשר הפקידו אם לא משום דלשמור ולא לחלק ע"כ וזהו ודאי כדעת הרשב"א וכמ"ש הרב בס' בני אהרן דאלו לסברת רש"י ע"כ צ"ל דרב יוסף כי אפקדינהו גבי ההוא גברא ע"מ יחלקם יהבינהו דתו לא הוה מצי תבע ליה וכמ"ש הרא"ם ז"ל בסי' נ"ב. והשתא

היה נראה דבנ"ד לא מיבעיא אי לית להו לעניים בירושלים גבאי קבוע אלא שהפקידים של עיר ויינא שולחים המעות לירושלים ביד מי שירצו שיחלקם לעניים דאין זה שם גבאי עליו ואע"פ שבכל שנה ושנה רגילים לשלוח ע"י אלא אפי' יש שם לעניים גבאי קבוע שהוא מפקח על עסקי העניים דידו ודאי כידם ומצי הוה תבע ליה לנפקד עכ"ז אם פשע בהם ונאבדו לא מחייב לשלומי לדעת הרשב"א ז"ל וסייעתיה דלאו לשמור קרינן ביה כיון דהני זוזי עדיין עומדים ליחלק. ואי לאו דמסתפינא הייתי אומר דאפי' לדעת רש"י ג"כ הכי הוי ולא מיקרי זה ממון שיש לו תובעים דאע"פ דכל היכא דזוזי איתנהו בעיניה ואין הנפקד רוצה לחלקם כל עיקר מצי הגבאי לכפותו בדין ובהוציאם מידו וכמ"ש הר"ש בר אברהם. מיהו אם הנפקד רוצה לחלקם ע"י אין הגבאי מצי לכפותו בדין להוציאם מידו כיון דאין לו בהם שום זכיה ולגבי בעלים שהפקידו ביד אחר דוקא פי' דמיירי בשא"ל חלקהו משום דאי לאו הכי עדיין ברשותיה קאי וכדידיה דמי דטובת הנאה שלו ויכול ג"כ לאשתמושי בהו משא"כ לגבאי דאין לו בהם כלום. ובזה הוה מתיישב לי דברי המרדכי בפרקין דאע"ג דס"ל כפירוש רש"י משום דהוי ממון שאין לו תובעים עם כל זה מוכח מדבריו שאם הגבאי הפקיד ביד אחר וא"ל שמור לי ה"ז לא מתחייב וכמו שכתב מהרש"ל ולפי מ"ש אתי שפיר:

ונחזור לנ"ד דלכאורה היה נראה דאם ממון זה לא הוה מיקץ קייץ לעניים אלו דהיינו שאין חלקו של כל אחד ואחד היה מבורר כמו שפרש"י ז"ל והטור וה"ה ג"כ לדעת הרמב"ם ז"ל דה"ז לא הוה מתקרי לשמור דעניים עצמן עדיין לא זכו בה מכיון דיכולים להרבות לזה ולמעט לזה או שלא ליתן לזה כל עיקר דכל כה"ג דעת המתנדבים היה שלא יזכו בהם העניים עד שיבא לידם וכמ"ש מהריק"ו בשורש ו' ואפי' למ"ש מרן בכ"מ דיותר נ"ל לדעת ר' דאפי' אי לא קייץ להו חייב ומ"ש והרי הוא קצוץ להם היינו שהוא מיוחד לגמרי להו שאין הגבאי רשאי לשנותן לעניים אחרים. הנה בנ"ד ג"כ כפי הנראה היה להם רשות לגבאים לשנותם ואפי' לדבר הרשות דהכי כתבו לו לנפקד מעיקרא שאם כבר הגיע מעות לעניים ממקום אחר ישארו אלו המעות בידו לעת הצורך או לפרנסת עניים דלהבא או ליפרע מהם לב"ח. אלא שעדיין י"ל דכפי זה נמצא שעדיין אלו המעות לא יצאו מרשות אנשי הקהל והרי הן ככל שאר נכסי הקהל שפורעים מהם חובותיהם ונותנין לעניים ולכל מה שירצו שאם הפקידום אצל אחר ופשע בהן הרי זה חייב לשלם דכל אנשי הקהל בעלי' איקרו כמ"ש הר"ן בפ' בני העיר:

ואבא היום לעיקר השאלה אי טענינן ליה ליורש נאנסו איברא ודאי דנאנסו לא שייכא הכא מכיון דהני זוזי מונחים ועומדים היו באוגאר"ה וכמו שהודה היורש ג"כ וידוע

הוא שאין יד האנס שולטת במקום הזה ואפי' אי הוה שליט בהו מידע הוו ידעי אינשי כיון דשכיחי שם רבים. ואי איכא למיטען להו אינו אלא שמא החאנג"י עצמו בנשף בערב יום שלח ידו בהם כמו שכבר אירע פעם אחר ואף דהוי זה מלתא דלא שכיח הא איכא מרבוותא ז"ל דסברי דטענינן ליורשים ואפי' מלתא דלא שכיחא ואין לומר דהכא אם איתא דנגנבו קלא ה"ל למלתא כדאמרינן בפרק האומנין גבי ד' מאות דני דחמרא דתקף קלא אית להו כלומר שהיה צועק ומודיע צערו לרבים וה"נ הכא היה לו לצעוק ולחזור אחר הגנב דהכא כיון דהני זוזי פקדון היו בידו ומונחים בקרן זוית אימור נגנבו ולא הרגיש בהם או שמא בימי חליו היה כשנגנבו דלא אפשר ליה למידע זו היא טענת היורש, אלא שנראה לע"ד דאין זו היה פוטרתו לאבוהון מידי חיובא דמסתברא דמעיקרא נעשה ש"ש עלייהו אי משום פרוטה דרב יוסף ואפי' אי פרוטה דרב יוסף לא שייכא הכא כ"כ ודוקא באבידה הוא דקאמר וכמ"ש התוס' משום דכל שעתא ושעתא צריך להטפל בה לנערה ולשוטחה מ"מ הא הוה ליה הנאה אחריתי דהוה מצי לאשתמושי בהו ואע"ג דמעות עניים מכי מטו ליד גבאי אסור לאשתמושי בהו דחיישינן לפשיעותא או לשמא ירד מנכסיו ולא יהיה לו מה לפרוע וכמ"ש הנ"י הכא לא חשיבי עדיין דמטו ליד גבאי מכיון דלא הוו המעות מיוחדים לעניים בדוקא אלא לפרוע ג"כ לבע"ח וכיון שכן שפיר הוה מצי לאשתמושי בהו ונעשה ש"ש עלייהו. וכ"ת כיון דהניחם באוגאר"ה אם נגנבו משם ה"ז לא מתחייב מכיון דיודע המפקיד שאין הנפקד רגיל לשמור שום דבר כי אם בענין זה והנפקד גם כן אדעתא דהכי קבל עליו לשמור להניחו באוגאר"ה ולבא ללון בביתו וכיוצא לזו כתב הרב מהרשד"ם שאין חילוק בין ש"ש לש"ח והביא ראיה מדברי מהרי"ח ז"ל שהביא בהגהת אשירי דאם שמר כספים בחדר סגור ובתיבה ה"ז פטור כיון דיודע המפקיד שאין הנפקד רגיל לשמור כי אם בענין זה אדעתא דהכא הפקיד אצלו וכ"כ הרב בע' בני אהרן ג"כ בסי' ק"א. וה"נ בנ"ד אם נגנבו בלילה כאמור לא הוה מתחייב הנפקד דמאי ה"ל למיעבד לאו מלתא היא דהכא לא שמר זה שמירה מעולה דלא סגי ליה במה שהניחם באוגאר"ה דהיה צריך ג"כ להניחם בתיבה סגורה וכ"ש זה שהיה ש"ש דהוה בעי לנטורי נטירותא מעליותא וכל דלא עביד הכי הוה חייב לשלומי הנראה לע"ד כתבתי:

סימן יח

שומר חנם ושומר שכר שקבלו לשמור מידי לזמן ידוע אם יכולים לחזור תוך הזמן משמירתן ראיתי לה"ה ז"ל בפ"ז מהלכות שאלה שכתב דאינו יכול לחזור תוך זמנו וכן כתב הרב בעל התרומות בשער נ' משם הראב"ד ז"ל ונראה מדבריו שם דלא פסיקא ליה

מלתא יע"ש. ולע"ד היה נראה לחלק בין שומר חנם לש"ש דאפי' נימא דש"ח משעה שהתחיל במלאכתו נשתעבד לשמור עד אותו זמן דהתחלת מלאכה עביד קנין מ"מ לענין ש"ש יכול לחזור בו וטעמא דמלתא דש"ח דוקא הוא דאינו יכול לחזור משום דלא דמי לעבד שהרי הש"ח כל שהניח החפץ במקום המשתמר תו לא רמי עליה מידי להטפל בפקדון אבל ש"ש דצריך למיתב בהדה ולנטורי יממא ולילי כמ"ש הטור סי' ש"ג ה"ז דומה לפועל וגרע מיניה וקי"ל דפועל יכול לחזור בו אפי' בחצי היום וכן נראה קצת מדברי הר"ן שהביא הנ"י בפרק השואל דף קכ"א שכתב ז"ל וש"ש הרי הוא כפועל וכשם שהפועל זוכה בשכרו משעה שהוא מתחיל במלאכה כן הוא דינו של ש"ש עכ"ל. וכן יש לדקדק מדברי המפרשים שהביא שם וכן נראה קצת מדברי התוספות בפ' מרובה דף ע"ט שכתבו גבי בעיא דאי תיקנו משיכה בשומרים או לא דלא איבעיא ליה אלא לענין שוכר או שואל אי מצי המשכיר או המשאיל למיהדר ביה אפי' משך עד שיתחיל במלאכה או לא ופשיט ליה ממתניתין דמדמחייב הגנב במשיכתן של אלו ש"מ דמשיכה גמורה היא שאין יכול לחזור בו שאם היה יכול לא היה מתחייב במשיכתן עכ"ד ולכאורה נראה מדבריהם דש"ח וש"ש יכולים לחזור תוך זמנם דאל"כ אמאי לא פי' דמבעיא ליה בש"ח וש"ש אי תקינו משיכה לענין שאין יכולים לחזור בהם משמירתם. וראיתי להרשב"א בחדושיו לקדושין לדף י"ג שכתב על דברי הראב"ד הנז"ל וז"ל ועוד אני מסופק בדינו שאפי' הפקיד לזמן למה לא יוכל לחזור תוך הזמן מי עדיף ש"ח מפועל שחוזר בחצי היום יע"ש. אמנם מדברי הריטב"א בחדושיו לפרק האומנין לדף פ"א ע"א נראה בהדיא דבין ש"ח בין ש"ש אינם יכולים לחזור תוך הזמן שכתב ז"ל וש"מ דאלו א"ל בפירוש טול את שלך איני רוצה לשמרו והניחו ולא נטלו שוב אינו עליו אפי' שומר חנם ואף על פי שהיה עליו שומר שכר מתחלה וזה בין בפקדון שיש בו זמן או שאין בו זמן ועבר זמנו דאלו תוך זמנו לא כל הימנו לחזור בו ולפטור את עצמו מן השמירה שקבל עליו חוץ משואל שאם רצה להחזיר השאלה קודם זמן שאלתו הרשות בידו כי הזמן הקבוע לא היה אלא לתועלתו שלא יוכל לתובעו המשאיל דומיא דקביעת זמן של חוב יע"ש:

סימן יט

מי שנתן לחברו חפץ א' לשומרו עד זמן פ' בחנם ואחר שעבר הזמן נאבד בפשיעת השומר אם חייב השומר לשלם:

תשובה תחלת כל ראוי לעמוד ולראות בש"ש לזמן כגון שא"ל שמור לי חפץ זה בשכר עד זמן פ' ועבר הזמן אם הוא עדיין ש"ח ועד אותו זמן קבל לשמור כש"ש ואחר עבור

הזמן כלתה שמירתו מלהיות כש"ש אך מש"ח לא סליק נפשיה עד שיחזירה לבעליו דאם הוא לא ישמרנו מי ישמרנו או דילמא שומר זה לא קיבל לשמור מתחלה אלא עד אותו זמן ולאחר אותו זמן לא קביל לשמור וא"כ אפי' אם פשע פטור. והנה ראיתי להב"י ז"ל בסי' שמ"ג שלמד מדין שואל לזמן דאמר תלמודא דאחר שיכלה הזמן הוא חייב בגניבה ואבידה לש"ש לזמן שכיון שכל' זמנו כלתה שמירתו ואינו עליה אלא ש"ח עכ"ל. ולכאורה נראה דאין ראיה משם ללמוד דש"ש לזמן דאחר שכלה הזמן הוא ש"ח דאם אמרו גבי שואל לזמן דאחר שעבר זמנו הוא ש"ש היינו משום דכיון דנהנה מהנה וכן גבי אומן כשאמר גמרתיו שהוא ש"ח היינו משום דלא קבעו זמן לשמור ומש"ה אע"ג דכלו ימי השאלה והשכירות כדין ש"ח עדיין חייב דלא מצי לומר אני לא קבלתי לשמור אלא בשכר אבל שלא בשכר לא קבלתי ואפי' להיות ש"ח דא"כ הול"ל איני שומרם עוד אבל זה שכבר פירש מעיקרא שאינו שומרן אלא עד זמן פ' כל שהגיע הזמן הרי הוא כאלו פירש איני שומרם עוד. אבל היה נראה לכאורה להביא ראיה דש"ש לזמן בעבור הזמן ש"ח מיהא הוי ממאי דקאמר תלמודא בפרק הזהב. השוכר את הפועל לשמור את הפרה לשמור את התינוק אין נותנין לו שכר שבת לפיכך אין אחריות שבת עליו וכתב הר"ן ז"ל בפירוש לנדרים דש"ח מיהא הוי יע"ש והתם בשכיר יום איירי ואפי' הכי אמרו דבשבת אף שכלה שמירחו ואינו ש"ש מ"מ ש"ח מיהא הוי כל זמן שהוא ברשותו אלא שאף זה יש לדחות דאע"ג דלא קבל לשמור אלא כל יום בכך וכך אבל שלא בשכר לא קביל אפי' להיות ש"ח ואית לן לומר דכיון דכלתה שמירתו לכל מילי כלתה מ"מ כיון דעומד אצלו לשמור בימי החול אם הוא לא ישמור מי ישמור והלכך בשבת ש"ח מיהא הוי אבל זה שקיבל לשמור עד זמן פ' כל שהגיע הזמן כבר כלתה שמירתו דמהיכא תיתי לן לחיוביה ואף אם ת"ל דש"ש לזמן ועבר הזמן ש"ח הוי כמו שפסק מרן בשולחנו הטהור מ"ט דהזמן לא היה אלא שבעבור הזמן אינו עוד ש"ש אבל ש"ח מיהא הוי מ"מ בנ"ד שהוא ש"ח וא"ל שמור זה עד זמן פ' כשעבר הזמן אף ש"ח לא הוי דהא עד אותו זמן קיבל להיות ש"ח ולא יותר:

איברא דראיתי להריטב"א ז"ל בפרק האומנין וז"ל ומסתברא דפקדון בעלמא שיש בו זמן והגיע זמנו ש"ח הוי עליו עד שיאמר לבעלים טול את שלך שאיני רוצה לשמרו וכדאמרינן גבי אומן שאומר גמרתיו עכ"ל. וכבר כתבתי שאין מכאן ראיה ועוד מטעם אחר דגבי שואל פשיטא לן דהוי ש"ח אע"ג דכלתה שאלה משום דחייב להדור לבית בעלים כדאיתא בירושלמי גבי מתני' שאלה היום ושכרה למחר בעי בירושלמי לילה שבנתים מהו אמר ר"י אי תאמרון דרך הפרות ללון אצל בעליהן וזו ע"י שהיתה שכור'

אצלו לא לנה כשאל' היא אצלו וחייב ואי תנן אמרו אין דרך הפרות ללון אצל בעליהן כשכור'. היא אצלו ופטור ופי' תלמידי רשב"א דה"ק אם על שואל רמי להחזירן כל שלא החזירן ודאי כשאולה היא ואם אין על השואל רמי להחזירן כל שכלה היום כלתה השאלה זת"ד ולע"ד קשה לי על פי' דאפי' תימא דעל השואל רמיא להחזירן לבית בעלים הכא כיון דשכורה היא למחר ל"ל להחזירך אפוכי מטרתא ל"ל הרי השואל ישמרם מגניב' ואבידה ועוד מאי קאמר וזו ע"י שהיתה שכור' לא לנה כלומר מחמת זה לא החזירה דל"ל לטעמא שלא החזירן די היה לומר וזו שלא לנה וסגי ולכן נראה לע"ד דפירוש הירושלמי הכי הוא כלומר אי דרך הפרות ללון אצל בעליהן ומי ששואל היום מחזיר' בליל' וזו ע"י שהיתה שכורה אצלו למחר לא לנה א"כ הרויח זה שאין צריך עכשיו לטרוח למחר לילך לשכור ולהביא אלא הרי היא מזומנת אצלו ובשחר ישכים למלאכתו ומשום הכי הוי כשאול' אצלו וחייב ואם אין דרך הפרות ללון אצל בעליהן כלומר להחזירה בלילה א"כ מה שלא החזירה אינו מפני ששכורה היא למחר דבלאו הכי אין דרך להחזיר' בלילה א"כ לא הרויח זה כלום מה שלנה אצלו דבלאו הכי היתה לנה אצלו. ונראה לי להביא ראיה דש"ח לזמן דכשעבר הזמן תו לא הוי ש"ח ממ"ש התוס' בפרק הזהב דף נ"ז ע"ב ש"ח אינו נשבע נרא' דה"ה דאינו משלם דאפי' ש"ש אם פשע נר' דלא משלם מדפריך לקמן מהשוכר את הפועל לשמור ולא משני כשפשע וצריך להבין הכרח דאיכא למימר דהא דלא משני הכי משום דא"כ איך קתני רישא דכי אין נותנין לו שכר שבת אין אחריות שבת עליו דהא מיהא ש"ח הוי כמ"ש הריטב"א עד שיאמר לבעלים איני שומרו עוד אלא נראה דס"ל דכל שומר כל שהגיע זמן שמירתו שוב אינו שומר עליו ויותר מזה נראה לי להוכיח מתוך דברי התוס' הנז' דאפילו ש"ש לזמן כל שעבר הזמן תו לא הוי אפי' ש"ח והוא כשנקדים מ"ש הריטב"א על זה ונ"ל שזו אינה ראיה כלל דכיון דקתני הכא נותן לו שכר שבת לפיכך אחריות שבת עליו מכלל דבאחריות שגורם להם שכרם מירי דהיינו גניבה ואבידה דאלו על הפשיעה אפי' ש"ח חייב עליו עכ"ל ולע"ד נראה ליישב דקדוק זה דס"ל לבעלי התוס' דכל שומר שלא רצה לשמור כי אם בשכר כשעבר הזמן ואינו נוטל שכר אינו רוצה להיות אפי' ש"ח ומשום הכי קאמר אין נותנין לו שכר שבת לפיכך אין אחריות שבת עליו דכל שאינו נוטל שכר גילה דעתו שאינו רוצה להיות שומר כלל ומשום הכי קתני סיפא דכשנותנין לו שכר אחריות שבת עליו ואף שיש לדוחה לדחות זה מ"מ שמעינן מיהא מדברי התוס' אלו דש"ח לזמן דכשעבר הזמן תו לא הוי שומר כלל ואפשר לדחוק נמי שגם הריטב"א מודה

בזה. ומ"ש דבפקדון בעלמא שיש בו זמן והגיע זמנו דש"ח הוי וכו' היינו בפקדון שהיה ש"ש מעיקרא:

סימן כ

ושומר שכר היכא דאמר ליה טול את שלך יש לעיין אי הוי עדיין שומר חנם ומדברי התוספות בפרק הזהב דף מ"ט מוכח דהוי ש"ח שכתבו בההיא עובד' דשומשומי דאמר רבא כיון דא"ל שקול וזוך ולא שקיל אפי' ש"ח לא הוי והא דאמרי' בפרק האומנין טול את שלך והבא מעות ש"ח היינו משום דמעיקרא היה ש"ש וכשא"ל טול את שלך לא לסלק עצמו לגמרי משמירה קאמר אלא שלא יהיה כש"ש ע"כ לכאורה נראה דזה אתי שפיר לפי מ"ש התוס' פ' המפקיד דף מ"ג ע"א דאסור ללוקח להשתמש במעות ואינו אלא ש"ח אבל לפי ללשון האחר שפי' דמותר הלוקח להשתמש במעות דהא ודאי בההיא עובדא דשומשומי מעיקרא הלוקח ש"ש היה או חייב אפי' באונסין הדרא קושיא לדוכתא ולע"ד נראה לתרץ דהתם באומנין מה שא"ל טול את שלך לא כדי להסתלק עצמו משמירה נתכוון ומה שאמר ליה טול את שלך רצה לומר לו שאינו מעכבו על שכרו אלא יטול את שלו וישתמש בו. אבל בש"ש כל שא"ל טול את שלך הא ודאי רצה לומר לו שאינו רוצה לשמרו ולהכי אפי' ש"ח לא הוי:

והשתא אתי שפיר ההיא דפרק הזהב דקאמר כיון דא"ל שקול וזוך לא מיבעיא ש"ש דלא הוי אלא אפי' ש"ח לא הוי ולפי סברת התוס' שכתבו דמעיקרא נמי לא היה ש"ש מהיכא תיתי לומר השתא דלא הוי ש"ש. אבל לדידן אתי שפיר דמעיקרא היה חייב באונסין כמ"ש הרי"ף וכי א"ל שקול וזוך ס"ד אמינא דלהוי עדיין ש"ש כמו שואל אחר זמנו דהוי ש"ש קמ"ל דכל דא"ל טול את שלך הרי הוא כאלו א"ל איני שומרם עוד ומינה נמי דשואל לאחר זמנו אי א"ל טול את שלך אינו ש"ש. ולייישב דברי התוספות נראה דבההיא עובדא דשומשומי מכי הדרו בהו ואמ"ל ליט לן שומשומי נפטרו מדין שומר שכר ואינם אלא ש"ח וכי חזרו ואמרו ליה טול את שלך לסלוקי עצמם משמירה לגמרי קא"ל מה שאין כן באומנין דהוו ש"ש כי אמרו ליה טול את שלך לא לסלוקי עצמם משמירה אלא לאפטורי נפשייהו מגניבה ואבידה כדין ש"ש וכן נראה מדברי הרב בעל התרומות שער נ' (א"ה לפי האמור נראה דש"ש אפי' שאמר טול את שלך ש"ח מיהא הוי אמנם אם הקדים לו שכרו ואחר שעבר זמן מה א"ל טול את שלך אף שמדברי התוס' נראה דאף בכה"ג ש"ח הוי מדברי רש"י ז"ל בסוגיין דהאומנין דף פ"א גבי מאי דקאמר תלמודא טול את שלך איצטריכא ליה ס"ד אמינא ש"ח נמי לא הוי קמ"ל ע"כ שפי' ז"ל ש"ח לא הוי דאינו שומרו לו עוד קא"ל קמ"ל דאינו תופסו על שכרו הוא דקא"ל יע"ש

נראה דכה"ג שכבר נתן לו שכרו אם א"ל אחר זמן טול את שלך אפי' ש"ח לא הוי וכ"נ ממ"ש הריטב"א בחדושיו בפרק הזהב בסוגיא הנז' ליישב קושית התוס' ז"ל י"ל דשאני התם שיש לאומן לקבל שכרו וכיון דכן לא סגיא דלא להוי עליה ש"ח כיון דתפיס ליה אאגריה ואע"ג דא"ל טול את שלך יע"ש וכ"כ ר"י נתיב ל' ח"א משם הרמ"ה יע"ש וגם הנ"י כתב בסוגיין דפרק הזהב דכה"ג אף ש"ח לא הוי):

ראובן שהיה לו פקדון ביד שמעון והקנהו לו לוי בקנין סודר נ"ל דאין שמעון נעשה שומר של לוי עד שיקבל עליו לשומרו ללוי הקונה אותו וכן נראה מפירוש רשב"ם ז"ל בפרק הספינה גבי ההיא דברשות המופקדים אצלו עד שיקבל עליו יע"ש:

סימן כא

והיכא דהפקיד מידי אצל חברו ואחר זמן א"ל הנפקד טול את שלך כי אין רצוני לשמרו יותר וא"ל המפקיד יהא בידך ואם תאבד הרי אתה פטור מה דינו אם נאבד אח"כ. וראיתי בהגה' אשירי בפ' הפועלים גבי מתני' דמתנה ש"ח להיות פטור משבועה והשואל להיות פטור מלשלם דמיירי כשהתנה כן קודם שמשך ולהכי לא הוי כמתנה על מה שכתוב בתורה דלא שעבד נפשיה להיות בתורת השומרים עכ"ד. ולכאורה איכא לאקשויי דנראה דע"כ לא אמרו האי טעמא אלא אליבא דר"מ דאית ליה מתנה עמש"ב אפי' בדבר שבממון תנאו בטל אבל לדידן דקי"ל כר"י דבדבר שבממון תנאו קיים איכא למימר דאפי' כי התנה אח"כ תנאו קיים וכן נראה מדברי הסמ"ע בסי' ש"ד. אבל מדברי ר"י שהביא המרדכי בפרק החובל נראה דס"ל כאותה הגה' שהשיב על ראובן שהלוה לשמעון ד' ליטרין ואח"ז א"ל ראובן לשמעון אותם ד' ליטרין יהיו בידך למחצית שכר ובכן נתעסק שמעון ונאנסו דשמעון חייב כאשר בתחילה כי אין המעשה משתנה בחליפות דברים וראיה מהא דתנן קרע את כסותי חייב ואוקמוה בדאתא לידיה בתורת שמירה אלמא היכא דאתא לידיה בתורת שמירה אע"ג דהדר ביה וא"ל לקרוע לאו כלום היא ובתורת שמירה קאי ועוד ראיה מהא דתנן מתנה ש"ח להיות פטור משבועה ואמרינן שם ואמאי מתנה עמש"ב הוא ומסקינן לעולם ר"מ היא ושאני הכא דמעיקרא לא שיעבד נפשיה משמע הא שעבד נפשיה לא מצי מתנה עכ"ל:

הן אמת דאיכא למידק בדבריו דאיהו יהיב טעמא דאין השומר נפטר משום דאין המעשה משתנה בחליפות דברים ואילו מהראיה דמייתי מפ' הפועלים נראה דהיינו טעמא משום דהוי מתנה עמש"ב. ולכן היה נראה לומר דכל שהתנה בלשון תנאי וכמתני' אף כי התנה אחר שנשתעבד תנאו קיים ותדע דהא באומר קרע את כסותי דחייב כיון שבא לידו בתורת שמירה ואפי' הכי אם התנה ואמר ליה ע"מ לפטור ה"ז פטור דכל תנאי שבממון

תנאו קיים והרי זה התנה עמו שאעפ"י שהוא שומר עליו שיהיה פטור משבועה ולר"מ לא מהני תנאו אחר שנשתעבד כבר שכיון שהוא שומר עליו עדיין ולא נסתלק שמירתו אע"פ שגילה דעתו שאינו רוצה להיות כשאר השומרים אין המעשה משתנה בחליפות דברים ועדיין הוי שומר עליו וכיון שכן ה"ז מעמש"ב שמתנה עמו שאע"פ שהוא שומר יהא פטור מדינו:

והשתא יליף שפיר ר"י דאין המעשה משתנה בחליפות דברים מדחשיב ליה לר"מ מתנה עמש"ב דאם איתא שהשומר יכול לסלוקי נפשיה משמירתו א"כ לא חשיב מתנה עמש"ב דכיון דהתנה שאינו רוצה לשעבד עצמו יותר ה"ז נפטר שלא חייבתו תורה לשומר במקום שאינו משעבד עצמו וכמ"ש התוס' ז"ל בפרק אע"פ אלא ודאי צ"ל דאין השומר מסתלק נפשיה מן השמירה בדברים אחר שנתחייב בשמירתו ולהכי לא מהני תנאו דהוי מתנה עמש"ב. אבל לדידן דקי"ל דבדבר שבממון תנאו קיים אעפ"י שלא נסתלק שמירתו של שומר עד שיחזיר ליד הבעלים אפ"ה פטור השומר משום שהרי התנה עמו שיהא פטור וכל תנאי שבממון קיים כאילו קנו מידו וכמ"ש הסמ"ע:

איברא דעדיין איכא למימר דכל שכבר קיבל עליו הנפקד שמירתו אפי' כי התנו אח"כ ע"מ לפטור דלא מהני תנאו ואעפ"י שהוא דבר שבממון משום דמי ידע המפקיד שיאבד כדי דנימחול וכמ"ש התוס' ז"ל בר"פ הכותב ועוד דאין אדם יכול למחול דבר שלא בא לעולם והכא נמי כיון שלא נסתלק השמיר' בחליפות דברים ועדיין בשמירתו קאי כי התנה וא"ל ע"מ שיהא פטור ה"ז כמי שא"ל שאם יאבד ויהא חייב לו שהוא מוחל לו התשלומין שיתחייב לו והוי מוחל דבר שלא בא לעולם ואפי' לר"י לא מהני התנאי זולת כשהתנה עמו מעיקרא שאינו מקבל עליו חיוב שמירה כשאר השומרים והוי כההיא דע"מ שאין לך עלי שאר וכסות שמתנה עמה שאינו מקבל עליו חיוב שאר וכסות וכן נר' להוכיח מלישנא דתלמודא דמסיק לעולם ר"מ היא ושאני הכא דלא שיעבד נפשי' מעיקר' דמשמע דפשיט' ליה דמתני' לא מצי מיירי אלא בהשתנ' עמו מעיקרא ואפילו אליבא דר"י דאל"כ הכי ה"ל למימר לעולם ר"מ הוא והכא במאי עסקינן בשלא שעבד נפשיה מעיקרא כיון דעד השתא דהוה מוקי לה כר"י הוה מיירי בכל גוונא ואפילו כי התנה אח"כ אלא מוכח כמ"ש דאפילו כי הוה מוקי לה כר"י דוקא לא מצי מיירי אלא בשהתנה עמו כן מעיקרא אבל תנאי שאח"כ לא מהני אלא שעדיין יקשה עלינו מתני' דקרע את כסותי דאם אמ"ל ע"מ לפטור מהני דאלמא דמהני התנאי ואפילו לאחר שקיבל שמירתו:

וראיתי להרב בשלטי הגבורים בפרק המפקיד שכתב דהמרדכי לא מיירי אלא כשלא פירש לו שמוחל לו על חיוב שמירתו אבל אם פירש ואמ"ל שמוחל לו על חיוב שמירתו אז ודאי פטור עכ"ל נראה דס"ל דכל כה"ג לא חשיב מוחל דבר שב"ל שאינו מוחל לו דמי התשלומין שיתחייב לו אלא החיוב המוטל עליו מהשתא לשומרם הוא דקא מחיל ליה. ולפי זה יש ליישב דשאני בין היכא, דהתנה הנפקד להיכא דהתנה המפקיד דכי התנה המפקיד וא"ל על מנת לפטור הרי זה כמוחל לו על חיוב שמירתו ומצי מחיל אבל כי התנה הנפקד וא"ל ע"מ להיות פטור אין כאן מחילה אלא שהוא מתנה על עצמו שאם תאבד שלא יהיה חייב בתשלומין כשאר השומרים ולהכי לא מהני תנאו שכבר הוא משועבד בדיני השומרים ולא יכול לסלק שמירתו מעליו עד שיחזיר השומר לבעליו או שימחלו הבעלים וכן נראה מדברי התוספות בפרק אף על פי דף נ"ו שכתב דאפי' לר' מאיר דאית ליה בדבר שבממון תנאו בטל כי אמר לחבריה קרע את כסותי ע"מ לפטור דפטור משום דהרי זה מוחל לו על נזקו ויכול למחול אבל כי א"ל הנפקד ע"מ שאהא פטור מן התשלומין ר"ל שלא יהא עליו חיוב כשאר השומרים ולאו כל כמיניה שהרי כבר הוא מחוייב ועומד. ובחדושי הרמב"ן בפרק י"נ כתב דמחלוקת ר"מ ור"י במתנה על מה שכתוב בתורה אינו בלשון מחילה דהא ודאי יודה ר"מ דמחילה מהניא בממון וכי פליגי אינו אלא בלשון ע"מ שאין לך עלי שאר וכסות דמשמעותו שאינו רוצה להתחייב עצמו מעיקרא בכך ע"כ ולפ"ז למדנו דמתני' דמתנה ש"ש להיות פטור מלשלם דאין משמעותו לשון מחילה דאם משמעותו לשון מחילה היכי ס"ד לומר דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה:

ולפי זה עלה לנו דבנ"ד שא"ל המפקיד יהיו בידך ואם תאבד הרי אתה פטור שנפטר הנפקד שהרי מחל לו על חיוב שמירתו ואף לדעת ר' ברוך שהביא בהגהת אשירי בפ' הפועלים שאין התנאי מועיל להיות פטור מפשיעה איכא למימר דהיינו דוקא היכא דקביל עליו לשמרו ומתנה להיות פטור מפשיעה שכיון שקביל עליה לשמרו מיד מתחייב בפשיעה וכי מתנה ואומר ע"מ להיות פטור מפשיעה חשיב תנאי סותר את המעשה. אבל בנ"ד שא"ל הנפקד למפקיד טול את שלך כי אין רצוני עוד לשמרו וא"ל המפקיד יהיו בידך ע"מ לפטור לא חשיב תנאי סותר את המעשה אלא שהמפקיד מתנה עמו שאם תאבד הרי הוא מוחל לו ועוד דבנ"ד מכי א"ל הנפקד טול את שלך נפטר משמירתו כדאמרינן בפרק הזהב כיון דא"ל טול את שלך אפי' ש"ח לא הוי וכי הדר וא"ל המפקיד יהיו בידיך ואם תאבד הרי אתה פטור נמצא שלא נשארו בידו בתורת שמיר' אלא מקום הוא דקא יהיב ליה נפקד למפקיד וכההיא דהא ביתא קמך. ועל מ"ש ר"י דאין

המעשה משתנה בחליפות דברים צריך להבין ההיא דאיבעיא לן בפרק השואל שאלה בבעלים ושכרה שלא בבעלים מהו מי אמרינן שאלה לחודיה קיימא ושכירות לחודיה קיימא או דילמא שכירות בשאלה מישך שייכא ופירש רש"י ז"ל שאלה וקודם שהחזירה חזר ושכרה ונגנבה מי אמרינן שכירות לחודיה קיימא ואע"ג דכי משך לה מעיקרא בבעלים הוה ותו לא הדר ומשיך לה אעפ"כ מחייב ליה דבשעת שכירות ברשותו היתה ולא מחסרא משיכה וקני חצרו באמירה וקנין אחריתי היא ושלא בבעלים היא או דילמא שכירות בשאלה שייכא דכל חיוב דשוכר ישנו בשאלה ומחמת משיכה ראשונה בא לו וההיא בבעלים הוה ופטור עכ"ל מוכח מהכא דהמעשה משתנה בחליפות דברים ומי שהיה בידו מידי בשאלה והדר אמר ליה המשאיל מכאן ואילך תהא זאת בידך בשכירות יצא מדין שואל ונעשה שוכר וכמו כן אם שאלה סתם שבידו של משאיל ללוקחה ממנו כל עת שירצה אם א"ל המשאיל מכאן ואילך אין אתה שואל עליה אלא יהא בידך פקדון יצא משואל ואינו יכול להשתמש עוד בה והרי היא פקדון בידו וההיא דקרע את כסותי דלא נפטר היינו טעמא משום דמשאמ"ל הכי פטומי מילי קא"ל וכמ"ש התוספות שם וההיא דמתנה שומר חנם להיות פטור דאי א"ל הכי בתר דאתא לידיה בתורת שמירה דלא מהני ועדיין הוי שומר עליה כדמעיקרא דאלמא דאין המעשה משתנה בחליפות דברים התם שאני שאין השומר יוצא משמירתו עד שיחזירנו ליד בעלים. אבל גבי שואל שאינו חייב אלא מפני שיכול להשתמש בה כל היכא דא"ל המשאיל איני רוצה שתשמש עוד בה יצא מתורת שואל:

סימן כב

שומר שכר שהתנה להיות כש"ח ונגנב או נאבד נהי דפטור מלשלם כיון שהתנה מיבעיא לן אם יש לו שכר אי לא דבפרק הזהב אמרו בשומר שכר מידי דהקדש ונגנב או נאבד נהי דפטור מלשלם אגרייהו מיהא ליפסיד ופירש רש"י ז"ל שהרי נשתעבדו לשמרם מגניבה ואבידה וע"מ כן היו נוטלין שכרן והרי לא השלימו מלאכתן ע"כ וא"כ גם בהתנתן להיות כש"ח נאמר דע"מ כן נטלו שכר והרי לא השלימו מלאכתן וכ"כ הרב מהר"ר אהרן ששון ז"ל סי' ע"ג. אבל לע"ד לא דמי דודאי בסתמא כל שנוטל שכר אדעתא לנטורי נטירותא יתירתא קא שקיל כדאמרן בכמה דוכתי ומ"ה אע"ג דגבי הקדשות פטור מלשלם מגזירת הכתוב מ"מ אגרא מיהא לית ליה כיון דלא נטר נטירותא יתירתא ומצי א"ל להכי יהבי לך אגרא לנטורי לי נטירותא יתירתא מה שאין כן בהתנה להיות כש"ח ה"ז מעיקרא לא קביל עליה נטירותא יתירתא ולא שכר שמירה קא שקיל אלא שכר טורחו או שכר המקום וכיוצא לזו כתבו התוס' בפרק הפרה דף מ"ז דכל הא ביתא קמך לא קביל עליה

נטירותא ואין נוטל שכר שמירה אלא שכר בית אבל ש"ש בבעלים נהי דפטור מלשלם אגרא מיהא לית ליה:

ושומר חנם שהתנה להיות כשומר שכר וטוען השומר שנגנבה באונס אי חייב לישבע. ראיתי למהרא"ש ז"ל סימן הנז"ל שנסתפק בזה אי חייב לישבע דמי נימא דלא מהני קנין לחייבו בשבועה והב"י סי' ס"ו כתב בפשיטות דאינו משתעבד לישבע ע"י קנין דקנין דברים הוא וכ"כ בש"ך ותמהני ע"ז דהא בהדיא כתב הרמב"ם ז"ל פ"ז מהלכות סנהדרין ז"ל וה"ה במי שלא הי' חייב לישבע ואמר אשבע לך אם קנו מידו חייב לישבע והביאו הרב בש"ע סי' כ"ב לפסק הלכה:

סימן כג

מי ששכר כלי מחברו לעשות מלאכה פ' ונגנב אחר שנגמר מלאכתו ואחר שהבעלים ידעו שנגמרה מלאכתו מהו דינו מי אמרינן כיון שגמר מלאכתו כלתה שמירתו ופטור מגניבה. ומתוך פירוש רש"י בפ' האומנין דף פ"א נראה דכל שלא הודיעו לבעלים שגמר מלאכתו עדיין לא כלתה שמירתו והוי ש"ש וכשידעו הבעלים שגמר מלאכתו כלתה שמירתו ומשום הכי אומן פטור כל שאמר גמרתיו והכא נמי כל שידעו הבעלים שגמר מלאכתו כלתה שמירתו ואע"פ שלא א"ל גמרתיו דלא בעינן שיאמר לו גמרתיו אלא כדי שידעו הבעלים:

איברא דעדיין איכא למימר דדוקא בדאמר לי' גמרתיו הוא דכלתה שמירתו דחשיב כאלו א"ל טול את שלך אבל כל שלא א"ל הכי עדיין ש"ש הוי משום דהואיל ונהנה מהנה וכדאמרינן לגבי שואל. ואין לומר דשואל שאני הואיל ונהנה מעיקרא בחנם מהנה עכשיו להיות כש"ש אבל שוכר דבשכרו נהנה כל שגמר מלאכתו וידעו הבעלים תו לא הוי כש"ש ואע"פ שלא א"ל גמרתיו דהלא בההיא דלוקח כלים לשגרם לבית חמיו פירש רש"י ז"ל דבחזרה הוי ש"ש הואיל ונהנה שנתפאר בהם לבית חמיו ואע"ג דיהיב ליה דמי מה שנתפאר בהם הוי עלייהו ש"ש אחר שכלתה שמירת המקח הואיל ונהנה כ"ש גבי שאלה דלא יהיב ליה מידי עכ"ל. הן אמת דלפי פירוש רש"י ק"ל היכי מייתי לי' לאמימר סייעתא מהכא דאיכא למידחי דהכא דין הוא שיהא כש"ש בחזרתו עד שיחזירנו ליד בעליו דכיון שנתפאר בהם ונעשה ש"ש לא כלתה שמירתו עד שיחזירנו ליד בעלים משא"כ בההיא דשואל לאחר שכלתה ימי שאלתו דכלתה שאלתו כיון דידעו הבעלים הי' להם לשלוח אחריה ולעולם לא אמרי' הואיל ונהנה מהנה. וראיתי להטור בסי' ר' שכתב בלוקח כלים מן האומן לבקרן דאי גילה דעתו שאינו רוצה בכך עדין הוי ש"ש נראה דלא ס"ל כפרש"י שפירש דטעמא דבחזרה הוי כנושא שכר משום שנתפאר בהם

דהא בלוקח כלים לבקרן לא שייך האי טעמא אלא ס"ל כיון דמתחלה היה חייב באונסין משום דכל הנאתו שלו דזבינא חריפא הנאת לוקח הוי אפילו בחזרה שאינו לוקח הוי ש"ש הואיל ונהנה ולפי דבריהם מייתי שפיר דהא הכא נעשה ש"ש בחזרה משום דנהנה בהם תחלה שנתן לו לבקרן. (א"ה לכאורה נראה דכל שלא א"ל גמרתיו או טול את שלך אף שידעו הבעלים שגמר מלאכתו עדין ש"ש הוי וראי' לדבר ממ"ש הרשב"א ז"ל בתשו' הביא דבריו מרן הב"י בסי' ע"ב ז"ל כתב הרשב"א יש מגדולי המורים שאמרו שהוא פטור לאחר הלואה וכו' עד והראב"ד ז"ל מן הדעת הזה ומכלל דבר זה כל שפרעו אינו ש"ש ואם נאבד פטור שאינו אלא כש"ח ואין דברים אלו מחוורי' בעיני אלא כך דעתי נוטה שאינו פטור מפרוטה דרב יוסף אלא בשעת הלואה בלבד ומ"מ הרי הוא ש"ש עליו לעולם יע"ש ואם איתא דכל שידעו הבעלים שגמר מלאכתו אף שלא אמר לו גמרתיו לא הוי כי אם ש"ח אם כן הכא ולי כשפרעו הוי כידעו הבעלים שגמר מלאכתו וא"כ איך כתב הרשב"א ז"ל דאף אחר שפרעו ש"ש הוי אלא ודאי נראה דכל שלא אמ"ל גמרתיו או טול את שלך אף שידעו הבעלים שגמר מלאכתו ש"ש הוי לסברת הרשב"א ז"ל ואף למ"ש הש"ך בסי' הנז' ס"ק י' ליישב דברי הרשב"א יע"ש יש להוכיח כן. אבל כד דייקינן בסוגיין דהאומנין נראה דכל שידעו הבעלים שגמר מלאכתו הוי כאלו א"ל גמרתיו או טול את שלך דאם איתא דכל שידעו הבעלים מבלי שיאמר לו גמרתיו הוי ש"ש א"כ מן הראוי היה דשואל אף לאחר שכלו ימי השאלה דלהוי שואל דמטעם זה היה מקשה שם ר' נחמן לר' חסדא ממתני' דקתני וכולן שאמרו טול את שלך והבא מעות ש"ח הא גמרתיו ש"ש כנראה מפירוש רש"י וכ"כ בפי' בשיטת הרב בצלאל משם תלמיד הר"ף יע"ש. וכדי ליישב דברי הרשב"א נראה לע"ד לומר דהא דכתב הרשב"א דאף אחר שפרעו הוי ש"ש אייריכשא"ל הלוה כשפרעו תן לי משכוני ואמ"ל המלוה איני יכול עתה ליתנו לך דכה"ג יש לדמותו ללא ידעו הבעלים הן אמת דמתשו' הרא"ש ז"ל הביאה הטור ססי' ע"ב נראה דכה"ג אין לדמותו ללא ידעו הבעלים דאי ס"ל דכה"ג הוי כההיא דלא ידעו הבעלים איך כתב שם ז"ל תשובה כיון דקי"ל המלוה על המשכון ש"ש חייב בגניבה ואבידה אף על גב דפקע כח ההלואה דכבר פרע לו דטעמא שמלוה חברו על המשכון ש"ש לא משום שיהא בטוח במעותיו דנימא דכיון דאזיל ליה האי טעמא לא הוי תו ש"ש אלא טעמא משום פרוטה דרב יוסף וכו' יע"ש ומאי שנא מאומן דאף שגמר מלאכתו דהוי ש"ש כל שלא ידעו הבעלים עיין במהראנ"ח סי' קכ"ג:

סימן כד

בדין הנוטל כלים מן האומן לבקרו ונאנס בידו הרי זה חייב בדמיו והוא שדמיו קצובים וחביב על הלוקח וכתב הר"מ ז"ל בפ"ד מהלכות מכירה והוא שיגביהנו כדי לקנות את כולו ע"כ וצריך להבין אי מה דאצטריך הרמב"ם לכשיגבהנו כדי לקנות את כולו היינו כדי לחייבו בכל דמי הכלי אבל בשיעור דמי המקח חייב כגון שאם הגביה בגד אחד של ך' אמות כדי ליקח חמשה אמות ונאנס בידו ה"ז חייב בסך ה' אמות וצ"י. ומ"ש הרמב"ם ז"ל שם אבל חפץ שהמוכר קץ בו הרי הוא ברשות המוכר עד שיפסוק דמיו וכו' משמע מדבריו דכל שפסק עם זה הלוקח הדמים בכך וכך אע"פ שלקחו ע"מ לבקרו הרי הוא ברשותו ואע"פ שאין החפץ חביב על הלוקח ולפ"ז מ"ש ה"ה לעיל בחפץ החביב והוא שיהיו דמיו קצובים או שאמר עכשיו בפירוש כלי זה בכך וכך ר"ל שהמוכר הוא שאמר כן אבל הלוקח לא פסק עמו כלום אלא סתם לקחו ע"מ לבקרו אם הוא טוב יקחנו וכיון שלא פסק עמו בכך וכך יכול לחזור בו הלוקח ולומר איני רוצה אע"פ שהוא טוב מה שאין כן בשפסק עמו וא"ל כלי זה אני לוקחו בכך וכך על מנת לבקרו אם הוא טוב דאז אינו יכול לחזור בו הלוקח כל שהוא טוב דמשעה שהגביהו גמר בדעתו לקנותו כשיהיה טוב ונמצא דזה מקח גמור הוא כל שהכלי נמצא טוב וסתמא ימצא טוב וקרוב לזה כתב הריטב"א ז"ל בחידושיו לפרק האומנין לדף פ"א יע"ש מה שאין כן בההיא דלוקח כלים לשגרן לבית חמיו שאע"פ שפסק הדמים וא"ל אמן לך כך וכך לא חשיב לוקח כיון שאין גמר המקח תלוי בידו אלא ביד אחרים ומי יימר שיקבלו אותו בבית חמיו או שימכר המקח במקום פ' והנה בדין זה דשמואל יש מי שפי' דחשיב זה כלוקח והוא סברת רש"י והרמב"ם ור"י בתוספות והרא"ש ויש מי שסובר דחשיב כשואל דכל הנאה שלו ולכאורה נראה דנ"מ לענין דינא היכא דהיו הבעלים עמו במלאכתו בשעה שלקחה דלמ"ד שואל הוי פטור אפי' מפשיעה דשאלה בבעלים הוא ולמ"ד לוקח הוא לא מפטר משום זה. והיכא דנאבד בחזרה בהא נמי איכא פלוגתא דרשב"ם ס"ל דאפילו באונסין חייב ויש מי שכתב דחשיב כש"ש ויש מי שכתב דאינו אלא ש"ח ומה שיש לפלפל על סברת רשב"ם ז"ל עיין בספר פמ"א ח"א סי' ע"ז ואם נתן את הדמים על מנת לבקרו נראה דאף בזה איכא מאן דאמר דהוי שומר חנם ועיין מש"ל סי' י"ב:

סימן כה

פרנס או גבאי שהיו בידו מעות של הקהל והחליף אותם במטבע אחר להנאתו ואח"כ נגנבו אותם מעות מרשותו כתב מהרא"ש ז"ל סי' ק"ב דאע"פ שנקרא שולח יד בפקדון אפי' הכי הוא פטור שהרי שם גרושה אחרים שם וה"ל כהחזירם לבעליו שאין לך בעלים

גדולים ממנו שהוא פרנס יע"ש נראה מדבריו דל"ד לשומר ששלח בו יד דכיון דנעשה גזלן כלתה שמירתו וחזרה לרשותו לאו חזרה היא דפרנסים שאני דאע"פ ששלח בו יד עדיין דין פרנס יש לו וחזרה לרשותו הויא חזרה ולע"ד עדיין צריכא רבה דאפי' נודה לדבריו דעדיין דין פרנס יש לו מ"מ היאך זכה הקהל באלו המעות ששם הוא תחתיהם כיון שהיו שלו אין אדם יכול לזכות לחברו את שלו אם לא ע"י אחרים וראיתי להרא"ש ז"ל גבי המפקיד אצל שולחני דהוי ש"ש שכתב הרי"ף וה"מ היכא דעדין לא נשתמש בהו אבל אי אישתמש בהו קמו להו הלואה גביה ואי איתניסו איתניסו ליה וכתב הרא"ש ז"ל ע"ז דהוצרך להשמיענו דאע"פ שהחזירם למקומם אחר שנשתמש בהם דמדינא לא בעי דעת הבעלים ואפי' לר"ע כיון דברשות נשתמש בהם ואפ"ה חייב באחריותן כיון שכבר נהנה מהם וכו' עכ"ל ולע"ד נראה דלא היה צריך לכל זה אלא כיון דנשתמש בהו המפקיד הוו ליה הלואה גביה ונעשה שלו לגמרי וכיון שכן ברשותי' קמו לאונסין דאינו יכול לזכות' לאלו המעות שלו לבעלים והמרדכי בפ' החובל הביא בשם ר"י שאם הלוה לחבירו לזמן קצוב ואחר הזמן א"ל המלוה ללוה אותם מעות להוו גבך למחצית שכר ובכן נתעסק בהם הלוה ונאנסו חייב הלוה בהם כבתחילה שאין המעשה משתנה בחליפות דברים וראיתי למהרש"ך ז"ל בח"א סימן קמ"ה שכתב דלא מחייב היכא דנשתמש במעות אלא היכא דלא שם אחרים תחתיהם תכף ומיד אלא לאחר שהוציאם מניח אחרים תחתיהם ומ"ה צריך דעת בעלים אבל היכא דהניח אחרים תחתיהם ומ"ה בשעה שלקח אלו שאלו יצאו ואלו נכנסו תחתיהם לא מחייב בהו משום שמוש יע"ש ולע"ד ג"כ לא הבנתי דבריו דמי זכה את שלו לאותם אחרים בעלי המעות ובירושלמי דדמאי פ"ו אמרו תני רשב"ג אם החליף את המעה צריך לעשר ורוצה לומר דאם עם הארץ נתן מעה לחבר כדי ליקח ירק והלך והחליף את המעה ולקח במעה שלו. ולכאורה נראה דאיירי בכה"ג דבשעה שהחליף את המעה שם אחרת תחתיה א"נ דבשעה שלקח את הירק היה המעה של ע"ה ברשותו אלא שהחבר לא הקפיד ליתן אותה מעה בעצמה דאי לאו הכי מיקרי שולח יד בפקדון ולא היו יכולים ללמוד מזה לנתן מעות לחבירו להחליפן ואעפ"כ אמרו דצריך לעשר מטעם שאמרנו דאין אדם יכול לזכות המעה שלו לחבירו ונמצא דעדיין המעה ברשותיה של חבירו קאי ובשלו לקח ירק ובפ' הכונס גבי מהו להחליף עדשים דפלשתים בשעורים דישראל ואמרו ליה אסור כתב הרא"ש ז"ל ומיירי בשלא היו העדשים מזומנים דאי היו מזומנים היו יכולים לזכותם להם ע"י אחרים כיון דזכות הוא לו ועיין בהגה מור"ם לי"ד סי' קע"ז:

סימן כו

ראובן ושמעון שהפקידו ביד לוי זה מנה וזה ק"ק ולוי הנפקד נתן הכל בשק אחד עם מעות שהיה לו ג"כ ונגנב מן הכיס קצת מהמעות כיצד הוא ההפסד:

תשובה דבר זה כבר עמדו רבותינו האחרונים ז"ל מ"מ אין לך בו אלא חידושו וקודם כל ראוי לחקור בהאי כללא דקי"ל דבממונא לא אזלי' בתר רובא דנראה מדברי רשב"ם ז"ל בר"פ המוכר פירות דהיינו בדאית ליה לנתבע טענה מעלייתא כלומר שיכול לטעון אני לשחיטה מכרתיו לך וכ"כ התוס' בפ' המדיר דף ע"ו ע"ב ואין להקשות מההיא דמייתי לקמן שם בשמעתין להוכיח דלא אזלינן בתר רובא משור שנגח את הפרה וכן מגמל האוחר בין הגמלים. ואף על גב דהתם לית ליה לנתבע טענה טובה דהתם שאני משום דאית ליה לנתבע חזקה דממונא ולהכי לא אזלינן בתר רובא אלא אזלינן בתר חזקה קמייתא דאוקי ממונא בחזקת מריה אבל היכא דלית ליה לנתבע חזקת ממונא כי ההיא דהמוכר שור לחבירו ונמצא נגחן וכ"כ במוכר פירות לחבירו ולא צמחו מ"מ כיון דאית ליה לנתבע טענה טובה לא אזלינן בתר רובא אלא אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה וכו'. וראיתי להרב מהרי"ט בחידושיו למס' כתובות שתמה עליו דאדרבה אם הנתבע לא קים ליה בגויה כ"ש, שהוא פטור מידי דהוה אספק בכור דאמרינן תקפו כהן מוציאין מידו וכו'. ואני תמיה על תמיהתו דמאי ק"ל מספק בכור דהכא ה"ט משום דאזלינן בתר רובא הן אמת דמדברי התוס' פ"ב דבכורות דף כ' נראה דס"ל דאפילו לרב לא אזיל בתר רובא אלא משום דמצי אמר קים לי בנפשאי שאני מן הרוב אבל כל היכא דלא קים ליה לא אזלינן בתר רובא אלא אמרינן המוציא מחברו עליו הראיה וזה נראה הפך מ"ש הרב המגיד ז"ל ועדיין נראה לע"ד דאפשר דכוונת הרב המגיד הכי הוא דכי אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה היינו היכא דהספק נפל בממון אי קנה או לא קנה או אם נתחייב בזה או לא דאז הוא דאמרינן אוקי ממונא בחזקת מריה אבל היכא דהספק הוא בגוף האדם לא שייך לומר אוקי ממונא אחזקתיה כיון דהוא עצמו מסופק אם הוא עובד כוכבים או ישראל:

וראיתי להרב בת"ה בסי' שי"ד שכתב שאם מסר ראובן לשמעון עשרה זהובים פקדון ושמעון נתנם בתוך כיסו שהיה לו ג"כ זהובים הרבה ונאבדו מהם קצתם בדרך ע"י שנתקרע הכיס דיכול שמעון לומר לראובן שלך נאבדו ולא אמרינן כל דפריש מרובא פריש דהמוציא מחבירו עליו הראיה עכ"ד ולפי מ"ש לעיל לדעת רשב"ם והרב המגיד ז"ל דחזקה לא מהניא לגבי רובא אלא כי איכא ליה טענת ברי לנתבע א"כ הכא בנדון זה שאין הנתבע יודע איכא למימר דאזלינן בתר רובא ואמרינן כל דפריש מרובא פריש

ולא דמי להההיא דאמרי' בבכורות דאם הפקיד אצל רועה ומת אחד מהם דמצי א"ל רועה לבע"ה שלך מת דגבי מיתה לא שייך לומר כל דפריש מרובא פריש ובר מן דין נראה דבמעות כיון דהוי דבר הנבלל לא מצי לומר שלך נאבדו וכדאיתא בירושלמי והביאו הנ"י בפרק הבית והעליה וז"ל שנים שהטילו לכיס ונגנבו חולקים לפי חשבון ואמר ר' אבא מתני' הכי סלקת כל הנבללין לפי חשבון ע"כ. ואע"פ דלענין מעות שנתערבו מדעת שניהם הודה הבת"ה דההפסד לפי חשבון משום דשם כולן על כל אחד וא' וחולקין לפי חשבון מ"מ במרגליות וכיוצא שכתב הבת"ה דהמוחזק מצי לומר לחברו שלך נאבדו יש לגמגם וכמ"ש חדא דהוי שמא ועוד דכל כה"ג אין הספק שקול עד דנימא המע"ה דאי אפשר לומר שכל עשרה שנגנבו או שנאבדו הוי של אחד מהם כיון שנתערבו תחלה גם מ"ש הרב ז"ל דאם היו אלו המרגליות של שנים ונגנבו קצת מהם דאזלינן בתר רובא דכל דפריש מרובא פריש אינו נראה לע"ד מהטעם האמור דכיון דהוי דבר מעורב א"א לומר דמה שפירש הוי של אחד מהם דוקא וכיון שכן ההפסד הוי לפי חשבון זולת בנאבד א' מהם אז אפשר לומר כל דפריש מרובא פריש. אבל עדיין נראה דבכה"ג ההפסד לפי חשבון ואף אם נגנב אחד מהם חולקין דהנה בירושלמי בתר דמייתי דב' שהטילו לכיס ונגנבו דחולקין לפי חשבון מותיב לה מהברייתא דקתני גבי אבנים ונגנבו דהוי מחצה לזה ומחצה לזה ופירש הרמב"ן ז"ל בחידושיו והנ"י דההוא דאבנים קאי אמתני' דהבית והעליה שנפלו דאם הי' הא' קטן והאחד גדול חולקין לפי חשבון קתני עלה דאם נגנבו מקצת מן האבנים דחולקין ההפסד ע"כ:

והשתא איכא למידק דאי כדברי בת"ה דגבי מעות כיון שעירבו אותם מדעתם שם כל אחד על כל זהוב וזהוב והוי כשותפין דחולקין לפי חשבון א"כ מאי מדמי שם הירושלמי הא כאלין אבנים שנגנבו דפרקין דהתם נתערבו שלא מדעתם ואינם כשותפין. ועוד קשה דאמאי גבי אבנים לא אזלינן בתר רובא ונימא כל דפריש מרובא פריש והנ"י כתב גבי מתני' דהבית והעליה דחולקין דאתא לאשמעינן דלא אזלינן בתר רובא דרוב בתים בחבטה נפלו אלמא דלא אזלינן בתר רובא ואע"פ דליכא חזקה דממונא דהכי אוקמוה שם למתני' דמיירי בדאיתנהו ברשות הרבים דליכא למימר המוציא מחבירו ע"ה. ולכן נראה לע"ד ליישב כל זה על פי מ"ש התוס' בפרק השואל דהה דהפקיד טלה אצל בעה"ב דמצי א"ל שלך מת ואע"פ שהב"ה טוען שמא היינו משום דהיה מוחזק בודאי הבע"ה מתחלה בטלה חי אבל כאן לא היה מוחזק הלוקח בולד זה בודאי עכ"ד. וה"נ איכא למימר בממון של שניהם שנגנב כיון דשניהם שמא לא מצי לומר ניזול בתר רובא ומן הרוב נגנבו שהרי איכא חזקת ממון לבעל הרוב שהוחזק לו שם ק"ק וכמ"ש התוס' בפ'

הבית והעליה ד"ה לימא וכ"כ גבי אבנים ול"ד לאותה שכתב הריצב"א דאי לא הוה קבוע הוה אזלינן בתר רובא דהתם לא הוחזק הב"ה בהי' לו כ"כ זהובים בכיסו ולהכי כיון דהוי שמא הוה אזלינן בתר רובא אבל השתא דהוי קבוע אמרינן המע"ה:

ודאתן עלה מכל מה שכתבנו דאם הפקיד אצל חברו מ' זהובים והנפקד עירבן עם זהובים שלו שהיו לו בכיסו אם עירבן מדעת המפקיד ונגנבו קצת מהם ההפסד לפי חשבון משום דכל הנבללין ההפסד לפי חשבון וכמש"ל ואם עירבן ונגנב א' מהם מצי אמ"ל המוחזק שלך נאבד אבל אם עירבן שלא מדעת המפקיד לא מצי א"ל שלך נאבד כיון שאינו יודע בבירור ולישבע שנאבד הפקדון ועוד דהוי ברי בחיובא וספק בחזרה וההיא דהפקיד טלה אצל בע"ה דמצי א"ל שלך מת היינו כשעירבן מדעתו של מפקיד וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בהלכות בכורות ובדברים גסים שאינם נבללים כגון אבנים וכיוצא ונגנבו קצת מהם דההפסד הוי לאמצע משום דהוי ספק שקול וכמ"ש הנמוקי יוסף מיירי כשהאבנים עומדים במקום שיד שניהם שוה וכמ"ש הר"ן ז"ל בתשובה סי' י' אבל אם עומדים ברשותא דחד מינייהו אמרינן המע"ה כדאמרי' גבי טלה:

סימן כז

והיכא דהפקיד מידי אצל ב' ופשע א' מהם ונאבד נראה דכל אחד חייב לשלם החצי משום שכל אחד לא קבל לשמור אלא שמירת חצי החפץ וזה מתבאר מדברי הר"ן פ' שבועת הפקדון והרב המגיד ז"ל בפרק כ"ה מהלכות מלוה שכתב ז"ל אבל הרשב"א כתב והסכים לדעת רבינו ז"ל שיש חילוק בין שני ערבים לשנים שלוו שהרי הם לא נתחייבו מחמת שום דבר שנתן להם שנאמר לכל אחד נתן חציו או הפקיד חציו וכ"כ הנ"י בפרק המפקיד ז"ל המפקיד אצל ב' לזה הפקיד מחצה ולזה מחצה ובפ"ק דב"ק פריך והאיכא מסר שורו לחמשה ופשע בו אחד מהם ופריך היכי דמי אם אינו משתמר אלא בחמשתן זה שפשע חייב בכוליה ואי במשתמר בלא שמירתו מאי קא עביד וכתבו התוס' שם בשמעתין דכל מאי קעביד דקאמר היינו לומר דכולם חייבים וכ"כ הרמב"ם ז"ל בפ"ד מהלכות נזקי ממון והיינו טעמא כמו שאמרנו שכל אחד קבל לשמור מחצה. והגם דהרא"ש ז"ל פירש שם ז"ל מאי קעביד וזה שפשע פטור כיון דסילק שמירתו והם יהיו חייבים שהרי מסר שורו לכולם ונתרצו כל אחד לשומרו אפילו אחד בלא חבירו עכ"ד כבר הוכיח הרמב"ן מפ' המפקיד ומפרק השואל דהמפקיד אצל שנים לשניהם ביחד הפקיד לזה מחצה ולזה מחצה אלא שאם אין לחבירו לשלם הרי זה חייב לשלם מדין ערב כמו שנים שלוו ביחד שנעשו ערבים זה לזה והביא דבריו הרב בעל התרומות בשער מ"ד:

איברא דהאי מלתא דערבות גבי פקדון לא ברירא לי דבשלמא בהלוה או השאיל לשנים שייך ערבות שזה נעשה ערב על חלק חבירו הואיל ומטי ליה הנאה לחברו כאלו הגיע לו דמי אבל גבי פקדון דלא מטי ליה הנאה לנפקד היאך יתחייב זה שנעשה ערב בעדו דאין הערב מתחייב אלא כי מטי ליה הנאה לחבירו וכמו שהביא הרא"ש פ"ק דקדושין משם התוס' ולזה הסכימו הרשב"א והר"ן ז"ל שלא כדעת הרמב"ן שכתב דכל שעשה מעשה על פיו הרי זה מתחייב מדין ערב ואע"פ דלא מטי ליה שום הנאה וכגון דא"ל זרוק מנה לים ואתחייב אני לך ואפי' לפ' מה שכתב הרא"ש ז"ל דאין השומר צריך שימשוך אלא כיון שעל פי דיבורו של שומר סילק שמירתו המפקיד מתחייב השומר היינו טעמא משום דעל דיבורו סמך וסילק שמירתו אבל כי א"ל למפקיד תנם ללוי שישמרם ואני ערב אם יתחייב לך הוי אסמכתא דסמכא דעתו של זה שלוי ישמרם שמירה מעליא והירושלמי דקאמר בהפקיד אצל שנים וכו' או ס"ל כסברת הרא"ש ז"ל דכל אחד קיבל שמירת כל החפץ א"ל מיירי בשאלה ששנים ששאלו מידי שכל שנשלמה השאלה נשארה פקדון אצלם:

סימן כח

והיכא שהפקיד חפץ אצל חברו ונתן לו רשות להשתמש בו מה דינו אי הוי שואל עליה מיד נראה ודאי דאי בעת שהפקידו אצלו א"ל הכי שמור לי ואם תרצה תשתמש בו הרי זה פטור ואפילו לאחר שנשתמש דאינו אלא כשומר שכר דהוי כמי שאמ"ל שמור לי ובשכרו תשתמש בו כי קא מיבעיא לן היכא דבתר דהפקיד אצלו נתן לו רשות להשתמש בו. וראיתי תשוב' להרשב"א בספר תולדות אדם סימן של"ו הביאה הב"י סימן ע"ב שנראה משם דס"ל דנעשה זה שואל מיד ואפילו לא נשתמש בו עדיין שכן כתב דההיא דהמפקיד אצל שולחני דאינו חייב באונסין ואע"פ שיש לו רשות להשתמש בהם ואלי בדמי אבידה קי"ל דהוי שואל עלייהו משום דשרי לאשתמושי בהם ה"ט משום דהמפקיד אצל שולחני סתם שאינו יודע מתי יבא בעל המעות ליטול את שלו ולכך אין בדעתו להשתמש בהם בהדיא לפיכך די לנו לחייבו כש"ש ולפי זה אף זה שנותן לו רשות לנפקד להשתמש בו אפשר לומר שהוא משתמש בהם להדיא זהו ת"ד. אבל הרואה יראה דזה לא אמרה הרב אלא לפי אותו הדרך שחלקו מקצת מן הראשונים בין דמי אבידה למפקיד אצל שולחני ואפילו זו בדרך אפשר אמרה אבל לפי הדרך האחר שכתב הרשב"א שם וכתב עליו שהוא הנכון אינו כן שהרי כל טעמא דדמי אבידה הוי שואל היינו משום דמעיקרא הוי ש"ש ולכך כי נתן לו עכשיו רשות לאשתמושי בהו אסקיה חד דרגא וחייב באונסין מה שאין כן במפקיד אצל שולחני או שנתן לו רשות

לאישתמושי בהו כיון דנפקד אינו אלא שומר חנם כי יהיב ליה רשותא ואסקיה חד דרגא אינו נעשה אלא ש"ש לבד:

ומה גם דאעיקרא דדינא במלוה על המשכון שאמרה הרשב"א עדיין צריכא רבה שהרי התוספות בפ' אלו מציאות דף כ"ט כתבו גבי דמי אבידה דלשון שואל לאו דוקא אלא נעשה לוה עלייהו וקנאם ואם יבאו הבעלים אין צריך להחזיר אותם המעות בעצמן וכדבריהם מוכח בפרק המפקיד וכן נראה מפירוש רש"י ז"ל שם לרב הונא דקאמר דשולחני גם כי נעשה שואל דהיינו לומר לוה יע"ש ולפי דבריהם נראה לכאורה דלא מחייבא היתר תשמיש באונסין אם לא משום שקנאם שאין הבעלים יכולים לחזור. ואל תיקשי לך מההיא דפרק השואל גבי השואל קורדום בקע בו קנאו לא בקע בו לא קנאו ופריך למאי אי לאונסין מ"ש פרה דמשעת שאלה אלא לחזרה דאלמא דהיתר תשמיש מחייב' באונסין אע"פ שעדיין לא קנאה דהתם אדעתא דהכי נחית ודין הוא שיתחייב משעת משיכה שהרי להנאתו בלחוד עומד אצלו וכמו כן אמרו בפרק האיש מקדש דאפילו אי מלוה ברשות בעלים קאי לחזרה עכ"ז חייב באונסין דלא גרע משואל מה שאין כן בפקדון שמסרה בידו כיון דלהנאת בעלים גם כן עומדים אצלו לא חשיב שואל דשואל לא הוי אלא היכא דלכל הנאתו עומד אצלו וכה"ג תירצו התוס' בפרק המפקיד דף מ"א עלה דההיא דקאמר תלמודא לימא שליחות יד א"צ חסרון יע"ש וא"כ הכא נמי כיון דלאו אדעתא דשאלה נחית אע"פ שיש לו רשות להשתמש לא נעשה עדיין שואל עד שירצה להשתמש בה וכ"ת א"כ בדמי אבידה נימא דאדעתא דשאלה נחית ולא תחייב עד שישתמש בהו לאו קושיא היא דכבר כתבו דדמי אבידה לאו משום היתר תשמיש הויא אלא משום דקנאם ונעשה לוה עלייהו ובשולחני ליכא למימר הכי דקנאם ונעשה לוה עלייהו שהרי לא אמרו לו הבעלים בפי' להשתמש בהו ולא דמי לאבידה דכשמכרה בב"ד מניחים המעות בידו כדי שישתמש בהו. העולה מהאמור נראה דאפשר לומר כמו שכתבנו דבהיתר תשמיש אינו נעשה אלא ש"ש וליכא שום תברא מתשו' הרשב"א וכמ"ש. וגדולה מזה היה נראה לכאורה דאפילו לבתר שנשתמש זה בחפץ שהופקד אצלו ונתן לו רשות להשתמש בו עדיין לא נעשה זה שואל עליה דשואל לא הוי אלא דכל הנאתו שלו מה שאין כן בהפקיד אצל חבירו דלהנאת הבעלים ג"כ הוא עומד אצלו דכדי לשומרו לו הפקידו מעיקרא וכ"כ הנ"י ז"ל גבי מתני' דהמפקיד חבית אצל חברו וז"ל ואע"ג דלא מחייב משום שואל שלא מדעת אלא היכא דכל הנאתו שלו והכא כשמגביה החבית להשתמש בה בביתו של שומר לא הוי כל הנאה שלו דהא לא מפקא מתשמיש בעלים שדעתם שתהיה היא נשמרת על ידו וכ"כ הר"ן ז"ל שם בשם הרמב"ן ז"ל גבי ההיא

דהניח מקלו ותרמילו עליה שהקשה רש"י ז"ל דדילמא משום שואל שלא מדעת הרי זה חייב וכתב דהרמב"ן תירץ דמשום שואל אי אפשר לחייבו שאינו נקרא שואל אלא כשהיא יוצאה מרשות בעלים לגמרי בשעת שאלתה ואין בה הנאה לבעלים כלל אלא כל הנאתו של שואל וזו אינו כן שאף בשעת שמקלו ותרמילו עליה הרי היא רועה באפר והולכת עם העדר במקום שדעת הבעלים שם עכ"ד וכמו כן היה נראה לכאורה לומר בנ"ד אבל מדברי הרשב"א בתשובות שהבאתי אין נראה כן כמבואר שם והגם שהראיה שהביא דלא אפליגו ר' נחמן ורב הונא אלא בשלא נשתמש בהם אבל מכי נשתמש לכ"ע חייב באונסין לא הוי ראיה גמורה דהתם שאני שהוציא המעות לגמרי ונעשו הלואה אצלו מה שא"כ במפקיד חפץ ונתן לו רשות להשתמש בו דאפי' כי נשתמש בו עדיין הוא בעין וברשותא דמריה קיימי. מ"מ תסתיים דסבירא ליה להרשב"א דאפילו תימא דכל שלא נשתמש בו עדיין לא הוי אלא ש"ש מיהו לבתר שנשתמש בו נעשה שואל וחייב באונסין וכך דייקינן שפיר נראה דדברי הר"ן והרמב"ן אינם חולקים עם הרשב"א דשנא ושנא וע"כ לא אמרו הם אלא ברועה שהניח מקלו בשדה שהוא רועה באפר עם העדר במקום שדעת הבעלים שם והרי היא עושה מלאכת הבעלים גם כן ולהנאת שניהם הרי היא הולכת עם העדר משא"כ בהפקיד חפץ אצל חברו ונטלה זה כדי להשתמש בו דליכא שום הנאה לבעלים בשנטלו ונשתמש בו ואדרבה יותר טוב היה לבעלים אם מניחו שמור במקומו ולא היה משתמש בו כל עיקר דזו היא הנאה לבעלים להיותו שמור ולא יזיזנו ממקומו ולפי זה נסתלקה קושית הנ"י בההיא דחבית וכבר ראיתי להרב בספר בני אהרן שתפס עליו כ"כ ולפי מ"ש הרב ב"י ז"ל בסימן ש"ה לדעת רש"י ז"ל בההיא עובדא דחד גוצא וחד אריך דלא מיקרי זה שואל ואע"ג דנתכסה בה משום דלהנאת שניהם היתה מעבירה צ"ל דהכא גבי רועה לא היתה כוונתו אלא להנאתו בלבד משא"כ היכא דמשתמש בפקדון להנאת שניהם:

סימן כט

ראובן שמסר פקדון ביד שמעון וא"ל שישמור לו דבר זה בביתו והלך שמעון ומסרם לאחר ונגנב משם באונס מה דינו גרסי' בגמרא שומר שמסר לשומר רי"א חייב משום דא"ל את מהימן לי בשבועה איהו לא מהימן לי בשבועה וכתב הרי"ף ז"ל שמעינן מינה דהיכא דאיכא עדים דנטרה שני כי אורחיה ונאנסה לא מחייב שומר קמא לשלומי דהא ליכא למימר את מהימן לי איהו לא מהימן ואע"ג דלכתחילה לא מצי למימסר פקדונו ביד אחר שאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר בדיעבד לא מחייבינן ליה דלא קי"ל כר"מ דאמר כל המעביר ע"ד בע"ה נקרא גזלן עכ"ל וכ"כ הרא"ש דאפי' פושע לא הוי יע"ש

וע"כ צריך לפרש הכי דאי חשיב פושע כי נמי מייתי שומר בתרא ראיה דנטריה כי אורחיה ונאנסה ברשותו ליחייב עדיין שומר קמא דתחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא דאי הוה קיימא ברשותיה דשומר קמא לא היתה נאנסה. אבל מדברי הר"מ ז"ל בפ"ד מהל' שאלה מוכח בהדיא דס"ל דשומר שמסר לשומר הרי זה פושע שכתב שם ז"ל אבל אם מסרן לבניו ובני ביתו הקטנים או לעבדיו בין גדולים בין קטנים או לאחד מקרוביו שאינם שרויין עמו בבית ואצ"ל אם מסרן לאחר הרי זה פושע וחייב לשלם ע"כ וכ"נ לדקדק מדברי הרא"ש בפסקיו בפרק המפקיד גבי ההיא עובדא דאשלמינהו לאימיה שכתב וז"ל והא דאמרינן בפרק הכונס דמסרה לרועה היינו בר בר זיליה לאו למיפטר רועה קמא אלא לומר לך דלא מיקרי פושע במה שמסר לאחר כשומר שמסר לשומר ע"כ וכ"כ הנ"י בפרק הגוזל ומאכיל בשם הרא"ה ז"ל דשומר שמסר לשומר הרי זה פושע משום דאין השואל רשאי להשאיל יע"ש. ולפי דבריהם הדרא קושיא לדוכתא דלחייב שומר קמא כי נאנסה ברשות השני מטעם דהוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס שאילו היתה עומדת ברשות הראשון לא היה אירע זה האונס שהרי לא באו גנבים שם והיה נראה לומר דנהי דשומר שמסר לשומר חשיב פושע שלא היה לו למסור פקדונו של זה ביד אחר ומ"ה מתחייב כי פשע השני בשמירתו שאומרים לו הבעלים למה לא שמרת אתה ומסרתן לאחר כמ"ש הר"מ ז"ל בפ"ד מהלכות נזקי ממון וכ"כ אי ליכא ראיה דנטר שומר בתרא כי אורחיה ואפי' בנשבע השני דנטר כי אורחיה משום דא"ל את מהימן לי בשבועה איהו לא מהימן לי:

מ"מ כי איכא ראיה דנטר שומר בתרא כראוי ונגנב או נאבד פטור הראשון ולא מתחייב משום תחילתו בפשיעה וסופו באונס דכי אמרינן תחילתו בפשיעה חייב היינו היכא דהניח הפקדון במקום שאינו ראוי לשמירה כי ההיא דאוקמיה בצריפא דאורבני ואתו גנבי ואיגנוב דאע"ג דלענין גנבי אונסא היא מ"מ לענין שריפה פשיעה היא דהיה לו לשומרם תחת הקרקע ואם היה שומרם תחת הקרקע כדינו בודאי שלא היה אירע זה האונס והלכך חשיב האי אונסא דאתי מחמת הפשיעה שלא שמר כראוי תחילה. אבל בשומר שמסר לשומר נהי דחשיב פשיעה דשמא לא ישמור כדינו מ"מ כי איגלאי מלתא דנטר כי אורחיה ונגנבו איגלאי מלתא למפרע דלא היה פשיעה בשמירתם וגברא מהימן הוה השני כמו הראשון ועוד דאין הראשון חייב לשמור דבר המופקד ברשותו דוקא אלא באיזה מקום שירצה יכול לשמרם ואין פשיעה על מקום שמירתן ונמצא שאין מקום הנחתם שם גרם האונס וכ"כ הש"ך סימן ע"ב ס"ק קכ"ה ובסימן רצ"א ס"ק מ"ז. והשתא בנדון דידן שא"ל המפקיד לנפקד שישמור לו דבר זה בביתו או שאמר לו שמור לי זה

בביתך במקום פלוני והלך הנפקד ומסרם לאחר ונגנבו משם באונס מי אמרינן כיון דלא מסר לו אלא כדי לשמרם בביתו ואילו היה שומרם בביתו לא היו נגנבים אע"פ שביתו של שני הוא מקום המשומר כמו ביתו של ראשון מ' מ הוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס א"ד כיון דביתו של שני הוי מקום הראוי לשמירה ונטר כי אורחיה אע"פ שעבר זה על דעת בע"ה לא חשיב פשיעה לחייבו וראיה לזה משומר שמסר לשומר דכתב הרא"ש דהוי פושע ואפי' הכי כי מייתי ראיה דנטר כי אורחיה לא חשיב פושע ואעפ"י שעבר ע"ד בע"ה מכיון דנטר שני כי אורחיה ונאנסו:

וראיתי להטור בסי' רצ"ב כתב משם הרמ"ה דאם יחדו לו הבעלים מקום ושינה הנפקד והניחם במקום אחר ונאנס שם מחמת שינוי המקום ה"ז חייב דהוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס עכ"ל נראה דס"ל דמה ששינה ממקום שיחדו לו הבעלים הוי פשיעה ואע"פ שהניחה במקום הראוי מכיון דעבר ע"ד בעלים. והתוס' ז"ל בפרק האומנין דף ע"ח הקשו אשינוייא דרבה דאוקי למתני' דהוליכ' בהר והוליכה בבקעה דחייב כגון שהכישה נחש וכו' דא"כ אמאי נקט הר ובקעה אפי' מבקעה לבקעה נמי אם ידוע שהיום נמצאים שם נחשים יותר ממקום אחר ותירצו דרבה ס"ל דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב כלומר דאיירי אפי' באין ידוע שנמצאים שם נחשים יותר ואפי' הכי משום דהוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס דאפשר דאם לא היה משנה לא היה אירע אותו אונס ע"כ משמע מדבריהם דלא חשיב תחילתו בפשיעה אלא במשנה מהר לבקעה משום דפשיעתו נכרת אבל אם שינה מבקעה לבקעה והכישה נחש לא מחייב משום תחילתו בפשיעה ולומר אם היה מוליכה במקום שנתנה לא היה אירע משום דשינה מדעתו של בעלים לא מיקרי פשיעה כיון דשניהם שוים. וה"ה במשנה ממקום למקום ושניהם ראוים לשמירה דלא מיקרי פשיעה ואי אפשר ליישב דברי הרמ"ה אלא במשנה ממקום למקום והמקום הראשון היה יותר ראוי לשמירה מן השני ואע"פ שהוא ג"כ ראוי לשמירה:

סימן ל

וכתב מהרש"ך בח"ג סי' ק"י דכי אמרינן תחלתו בפשיעה וסופו באונס דחייב היינו באונס דשכיח ולא שכיח אבל באונס דלא שכיח כלל לא, ולע"ד אנ"כ דגבי צריפא דאורבני דאתו גנבי לא שכיח כלל שיבאו שם גנבים ואפ"ה מחייב משום תחילתו בפשיעה וסופו באונס ועיין בתוס' פרק שור שנגח את הפרה דף נ"ב שכתבו דאפי' לא שכיחי גמלים יש לחוש שמא יבאו גמלים ויפלו וחשיב פושע כיון דלא הוי ראוי לגמלים. ולפי זה היה נראה בנפקד שהניח הפקדון במקום שאינה מקורה יפה והיה בזמן שאין הגשמים מצויים כלל ובאו גשמים בלילה ונפסד הפקדון דחשיב פושע אבל מדברי הר"י

ברצלוני שכתב דהשתא דלא שכיחי גנבים כספים אינם צריכים שמירה בקרקע נראה שחולק על זה. (א"ה עיין בש"ך סי' רצ"א ס"ק י"ד):

סימן לא

והיכא דמסר השומר למי שהבעלים רגילים להפקיד אצלו מיפטר השומר לגמרי ואפי' אם פשע השני או שאינו ידוע אם שמר כראוי אי לא כ"ז לדעת הר"מ ז"ל והרי"ף והרמב"ן אבל לדעת הרא"ש ור"ת ז"ל נהי דאם אין ידוע אם פשע אם לא פטור הראשון משום דכיון שרגיל אצלו לא חשיב פושע ומספיקא לא מחייב השומר קמא דשמא נטר השני כראוי: **אבל** היכא דידוע דפשע השני בשמירתו יכולים הבעלים לתבוע מהשומר הראשון והסוגיא דפרק הכונס דקאמר ושומר קמא מיפטר לגמרי דייקא כדעת הרי"ף והר"מ ז"ל אבל מדברי הנ"י נראה דאפי' ר"ת ל"ק אלא באשתו ובניו משום דע"ד אביהם מינטרי וכ"כ בחי' ר"ב. וכתב הר"מ ז"ל דאפי' במסרן למי שדרך הבעלים להפקיד אצלו אם מיעט שמירתו כגון שהיה הראשון ש"ש ומסרן לש"ח ה"ז פושע וכו' וכתב ר"י שרבים תמהי עליו דכיון שהשני נאמן אצלו ולא מצי לומר את מהימן לי אמאי חשיב פושע ולע"ד נראה דכל שנשבע השני שנאנסה אף הר"מ ז"ל מודה דפטור הראשון והכא מיירי כשאין השני רוצה לישבע כה"ג ובזה כתב דחייב הראשון ואע"פ שהוא ספק דשמא נאנסה מ"מ כיון שפשע בה מאותה שעה נתחייב וכה"ג כתב הנ"י בפרק הגוזל בתרא משם הרא"ה ואפשר דגם ר"י מודה בזה אלא שתמה על דברי הר"מ ז"ל במ"ש אם הביא השומר השני עדים שמתה הבהמה כדרכה דאמאי איצטריך שיביא עדים בשבועה לחודיה סגי. (א"ה ובחי' ר"ב ז"ל בסוגיין דפ' המפקיד כתב בשם הרמב"ן דין זה בדרך אפשר וע"ש בדף צ"ז ע"א והב"י בסימן רצ"א כתב דדבר זה במחלוקת שנוי):

ודע דהיכא שמסרן לשומר אחר והיה הראשון ש"ש והשני ש"ח ונגנבה מיד השני דהראשון חייב מכיון דאם היה נגנב מרשותו היה חייב לשלם תו לא מצי לומר הא גברא בחירקאי וכ"נ מדברי הנ"י בפרק המפקיד יע"ש וכ"כ מהרש"ך בח"ב סימן פ"ה אלא שנראה מתוך דבריו דטעמא דחיובא משום דלא היה לו לסמוך על שמירת בני ביתו שהם ש"ח ולע"ד לא היה צריך לזה אלא הטעם הוי משום דהוא קיבל על עצמו לשלם אם נגנב או נאבד ותו לא מצי לומר לבעלים הא גברא בחירקאי זיל אישתעי דינא בהדיה כיון דהשני פטור מגניבה ואבידה וכ"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק כ"ד עוד נראה מדברי מהרש"ח מזאת התשובה דמשרתו של בע"ה, ש"ח חשיב אצל בע"ה לענין אם מסר בידו לשמור ונגנב מידו ואע"פ דהמשרת עומד אצל בע"ה בשכר מ"מ לא נקיט השכר בשביל שמירה אלא בשביל שירות הבית ולענין אשתו של אדם מספקא לן בירוש' פרק הכותב

אי חשיבא ש"ש או ש"ח יע"ש איכא למימר דהירוש' מיירי במלאכות הבית שחייבת האשה לעשות אבל לשמור נכסים אחרים אינה אלא כש"ח:

סימן לב

והיכא דפטר לשומר הראשון משבועה והפקידו הב' ברשות הבעלים עיין בב"י בא"ה סי' צ"ח שדקדקו מהירושל' דהשני חייב לישבע אמנם יש לחקור כשהפקיד אצל חברו והתנה עמו בהדיא שאינו מקבל עליו שמירה ואחר כך זה הנפקד מסרם לאחר לשמרם מהו דינו שכפי מש"ל בסי' ט"ו משם הריטב"א ז"ל דאם הראשון פטור השני ג"כ פטור יע"ש היה נראה לכאורה דהשני ג"כ פטור אך צריך להבין דממ"ש ה"ה בפ"א מהלכות שכירות גבי שאל בבעלים והפקידו אצל אחר יע"ש אין נראה כן ויש לחלק דהתם הא קביל ראשון לשומרם:

סימן לג

כתוב בהגהת אשירי ספ"ק דגיטין דאם ראובן מסר חפץ ביד שמעון וא"ל שמור חפץ זה של לוי יאמר נפקד למפקיד לאו בעל דברים דידי את ע"כ. ולכאורה נראה שזה חולק עם מ"ש המרדכי פרק הגוזל בתרא דאם הנפקד הפקידו ביד אחר יכולים הבעלים להזמין לנפקד השני בדין ולא מצי לומר לאו בעל דברים דידי את ואע"ג דהוא לא אפקיד כלום בידו. ונראה דכל היכא דפשע נפקד שני ונאבד מידו הרי הבעלים יכולים להוציא מידו מדר' נתן אלא דלענין להשביעו הוא דקאמר שאינו יכול להשביע לנפקד השני שהרי לא נעשה שומר שלו ועיין במרדכי פרק הגוזל קמא שכתב ז"ל שאם היה חייב ראובן לשמעון זקוק ושלח לו על ידי שלוחו ונאבד אין שמעון יכול להשביע לשליח ע"כ. והא דאמרינן בפרק המפקיד גבי עובדא דאשלמינהו לאמיה שתשתבע אמיה דאותבינהו בקרטליתא התם שאני דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד וחשיב כאלו הפקידם אצלם כ"כ מהר"ם אלשיך אבל מדברי מהר"ם ז"ל בתשובה סי' ט"ז נראה דאפילו בלאו הכי הרי זה משביעה מטעמא דר' נתן יע"ש ולכאורה היה נראה דס"ל כר"ת שאין השומר שמסר ליד אשתו ובניו נפטר לגמרי אבל לסברת הרי"ף והרמב"ם ז"ל מכי אותבינהו לגבי אמיה יצא זה מידי שמירה לגמרי תו לא שייך לומר מדר' נתן אבל ראיתי למהר"ם ז"ל בתשו' דאיהו קאי בשיטת הרי"ף וצ"ע, ומ"מ נראה דכל זה הוי כשיכול לחזור על הראשון ומטעם זה הוא דכתב המרדכי בפרק הגוזל קמא דאין יכול להשביע לשליח דכיון דההפסד לראובן שהרי שמעון חוזר עליו אין שמעון יכול להשביע לשליח אבל כל היכא דאינו יכול לחזור על הראשון כגון דא"ל זכי במנה זה לפ' מתנה הרי זה מכי קביל עליה אדע' להיות שומר למקבל המתנה קביל:

ולעיקר הדין בשומר שמסר לשומר רובא דרבוותא ס"ל דשומר שני נתחייב לבעלים ואף על פי שהבעלים לא הפקידו בידו וה"ט משום דשומר ראשון כי מסרו לשני שליחותיה דבעליו קא עביד וכמו שכתבו גבי עובדא דתורא דלא הוי ליה ככי ושני יע"ש ולפ"ז יראה דאם השומר הראשון היה עובד כוכבים דלא שייך לומר השתא שליחותי דבעלים קא עביד ועוד דאפשר דהעובד כוכבים מעיקרא לא נעשה שומר לישראל משום דרעהו כתיב וכי היכי דאימעיט ישראל משמירה בנכסי עובד כוכבים כמו כן עובד כוכבים בנכסי ישראל ואפי' תימא דעובד כוכבים מיה' מתחייב בשמירת נכסי ישראל מידי דהוה אנזקין מיהו כי חזר העובד כוכבים והפקידם לישראל הגם דהן נכסי ישראל מ"מ כי אתו ליד זה הישראל מכח עובד כוכבים אתי בידיה שהרי מיד עובד כוכבים קיבלם וראיתי להתוס' בפרק הרבית דף ע"א שכתבו משם ר"ת ז"ל דשולח ישראל הלוה משכונו ע"י העובד כוכבים והמלוה יקבל המשכון מיד העובד כוכבים עד והלוה הוא מסולק מן המשכון שהרי אם אבד אין לו דין ודברים עם המלוה שהרי לא קבלו אלא מיד העובד כוכבים:

סימן לד

מי ששאל מידי מחבירו ואחר כך החזירה לביתו ומסרה ליד אשתו מהו מי הויא חזרה ונפטר השואל מאונסין ואם ת"ל דעדיין לא נפטר כיון דהמשאיל לא ידע חזרתו אם הודיעו למשאיל וא"ל הריני מחזירו ליד אשתך ושתק השואל מהו:

תשובה ראיתי מ"ש הרשב"א בתשובה הביאה הב"י ז"ל בסי' ש"מ דהשואל שהחזיר ליד אשתו ובניו דלא הוי חזרה והביא ראיה ממתני' דהשואל את הפרה והחזירה ע"י בנו אפילו סמוכים על שולחנו וכו' אלמא דחזרה ע"י אשתו של משאיל לא הויא חזרה דשואל חזרה לדעת המשאיל קא צריך וכדר"א דאמר הכל צריכים דעת עכ"ל ומתוך מ"ש דטעמא דמתני' הוי דבעינן חזרה לדעת בעלים יש ללמוד לנ"ד דאע"ג דא"ל השואל למשאיל הריני מחזירו ליד אשתך כיון דהמשאיל לא א"ל הן עדיין ברשותיה דשואל קיימא וכן כתב רש"י בפירוש דמתני' ז"ל או שאמר לו השואל הריני משלחה וא"ל המשאיל שלח ושלחה ומתה פטור ע"כ וכ"כ הטור בסי' הנז'. הן אמת דאלמלא דברי הרשב"א ז"ל הייתי רוצה לומר דדוקא לבנו הוא דקא תני מתני' דלא הויא חזרה כל שלא א"ל המשאיל לשולחה על ידו משום דאין ידו כיד אביו ואפי' הוא סמוך על שלחנו כמ"ש הר"ן בפ"ק דמציעא ולהכי אפי' כי מסרן ליד בנו של משאיל אכתי לא כלייא שאל' וברשותי' דשואל קיימא עד דאתיא ליד בעלים אבל כי החזירה ליד אשתו של משאיל דקי"ל יד אשה כיד בעלה כאלו החזיר ליד בעלים דמי ואי משום דבעינן חזרה

לדעת בעלים הרי כבר א"ל השואל הריני מחזירה ליד אשתך וגבי בנו הוא דקתני דאע"פ שא"ל הריני מחזירה על יד בנך כל שלא א"ל המשאיל שלח ועושה אותו שלוחו עדיין ברשותי' דשואל קיימא:

והיה נ"ל דהרשב"א בשיטת ר"ת ז"ל קאי דס"ל דכל שסמוך על, שולחנו ידו כיד אביו ואפי' הוא גדול וכן כתב הרשב"א בחידושיו לגיטין בפרק התקבל ולפי שיטה זאת שפיר קא יליף מבנו לאשתו דכיון דליד בנו לא הוי חזר' ואע"פ שידו כיד אביו ה"ה ליד אשתו ולהכי פירש דטעמא דמתני' הוי משום דצריך חזרה לדעת בעלים ולא סגי בחזרה לביתו ע"י אשתו ובניו אבל לפ"ז איכא לאקשויי דממתני' משמע דאע"פ שהודיעו למשאיל ואמר לו הריני מחזירה ע"י בנך עדיין ברשותיה דשואל קיימא עד שיאמר לו המשאיל הן שלח הא לאו הכי לא כאמור לעיל ואמאי הא כבר הודיעו לבעלים שהוא מחזירה לביתו ואיכא דעת בעלים וכ"ת דבעינן חזרה לדעת בעלים ממש שיתרצו הבעלים שיחזירנה לביתו הא לאו הכי שלא גילו דעתם דניחא להו בהכי לא חשיב חזרה לדעת בעלים ז"א דהא רש"י ז"ל פי' בפרק אלו מציאות דף ל"א גבי הא דכל צריכים דעת דה"ט דאם לא הודיעו חייבים באחריותה דכיון דלא ידע שהושבה לא נזהר בה ולא מאכילה ע"כ משמע דכל שהודיע לבעלים שהחזירה סגי ואפי' בע"כ של בעלים וכ"כ הנ"י בשמעתין דהשואל משם הרא"ה ז"ל שאף השואל השוו חכמים מדותיהם ואינו יכול לחזור בו דאע"ג דודאי אם רצה להחזיר לרשות הבעלים מחזיר שאינו מחויב לשמור בע"כ מיהו אם חזר ונאנס בשעה שמחזירה חייב ולא אמרי' דלהוי כהחזירה לאחר ימי שאלתה כיון שחזר בו עכ"ל מבואר מדבריו דכל שהחזירו לרשותו של משאיל ואפי' בע"כ ה"ז נפטר ובסוגיין דפרק האומנין דף פ"א פירש רש"י ז"ל דכשהחזירה תוך ימי שאלתה חייב משום דאכתי לא כלייא שאלה עד דאתא ליד בעלים ולאחר ימי שאלתה פטור ואפי' בביתו של שואל מתה משכלו הימים אינו שואל עליה דמדידעו בעלים שכלו ימי השאלה כלתה השאלה, ונראה מדבריו דטעמא דהחזירה ליד בנו דלא הוי חזרה היינו משום דאכתי לא כלייא שאלה עד דאתא ליד בעלים דיד בנו לא הוי כיד אביו אבל משום הודעה לא חשש שהרי מתני' איירי אפי' בהודיעו. ונראה דבנ"ד כיון שלא היתה השאלה לזמן אלא סתמא לכן אם כבר הודיע למשאיל שאינה צריכה לו עוד שכבר נשלמה מלאכתן סגי וכ"ש כשמסרה ג"כ ליד אשתו:

סימן לה

נסתפקתי בכל מקום שאמרו חכמים דהמפקיד אצל חבירו וראה שהם אבודין מוכרם בב"ד מפני שהוא כמשיב אבידה אם עבר המפקיד ולא מכרן ונתקלקלו אי חייב הנפקד

לשלומי מי אמרינן כיון דהפסד זה אתי ממילא בלי שום פשיעת הנפקד הרי הוא פטור ואף על פי שהיה מוטל עליו לתקוני כדי שלא יבא זה ההפסד מ"מ אין זה בכלל חיוב שמירתו שלא קבל עליו אלא פשיעה דאתי מחמתיה אבל פסידא דאתי ממילא לא קביל אלא שחכמים הצריכוהו לעשות להם תיקון משום דדמי לרוא' אבידת חברו או שרואה נכסי חברו שהולכים ליאבד דחייב להצילם ולהחזיר אבידה ומיהו אם עבר ולא הציל נהי דלא קיים מצות השבת אבידה מ"מ לא מתחייב לשלם. או דילמא זיל לאידך גיסא ונימא כיון דקבל עליה הנפקד שמירה הרי זה חייב בכל מידי דיש בידו להציל ופשע ולא הציל ואפי' במידי דאתי ממילא ע"ד שאמרו בפרק השוכר את הפועלים רועה שהיה יכול לקדם ברועים ובמקלות ולא קדם חייב הכי נמי הכא כי לא קדם ותיקן חייב משום דישנה בכלל חיוב שמירתו:

וראיתי להתוס' בפרק אלו מציאות דף ל' שכתבו דהברייתא דקתני וכלי נחשת משתמש אפי' בחמין וכו' אפי' לצרכו מותר כיון שעל ידי אותו תשמיש אינו יכול לבא לידי קלקול ותדע דאי דוקא לצורך הכלי מאי פריך פקדון מאי עבידתיה גביה כיון שהוא שומר יש לו לעיין עליו שלא יתקלקל עכ"ד משמע לכאורה דס"ל דהשומר ישנו בכלל שמירתו לעיוני שלא יתקלקל דבר השמור בידו ולכאורה יש להקשות לפי זה מאי דקתני במתני' דפירות אבודים דה"ז מוכרם מפני שהוא כמשיב אבידה דמשמע שחיובו של נפקד אינו אלא משום השבת אבידה וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפ"א מהלכות שאלה שזה חובה עליו משום השבת אבידה ותיפוק ליה דזה חייב בכל הני מפני שהוא שומר וקיבל עליו כל מיני שמירה ולזה היה אפשר ליישב דמאי דאיצטריך לתנויי במתניתין מפני שהוא כמשיב אבידה לאו למימרא דמה"ט לחוד הוא דמחייב למוכרן אלא כלפי סברת חכמים שאמרו לא יגע בהם מפני שאדם רוצה בקב שלו מט' קבים של חברו ואסור ליגע בהם קא"ל רשב"ג אדרבה ה"ז כמשיב אבידה, אבל עדיין איכא לאקשויי א"כ מאי טעמיה דר"מ שם בברייתא גבי יין והחמיץ דבש והדביש דלא יגע בהם וחכ"א עושה להם תקנה וכו' ומפרש לה בתיקון הקנקנים דר"מ סבר להפסד מרובה חשו להפסד מועט לא חשו ואי משום חיוב שמיר' אתינן עליה אין טעם לחלק בין הפסד מועט להפסד מרובה ובשלמא למאי דאמרינן דאין חיוב זה על הנפקד מחמת קבלת שמירתו אלא משום חיוב השבת אבידה א"ש דלהפסד מועט לא אטרחוהו חכמים לזה וכמו שכתב הרמב"ן ז"ל במלחמות:

והשתא אין אנו צריכים למ"ש התוס' בפרק אלו מציאות דאי איירי לצורך הכלי מאי פריך פקדון מאי עבידתיה גביה כיון שהוא שומר יש לו לעיין דלפי מ"ש שאין חיובו

של זה מכח שקבל לשמור אלא משום השבת אבידה פריך שפיר דגבי פקדון שהבעלים כאן ליכא משום השבת אבידה דכיון שהבעלים יודעים בזה אבידה מדעת היא וכמ"ש הגאון והרמב"ם והטור ז"ל ולא דמי לרועה שהיה לו להציל ע"י רועים ולא הציל דחייב ואע"פ דהוי פסידא דאתי שלא מחמתו של רועה דרועה ודאי אדעתא דהכי נחית לשמור ולאצולי מחיות רעות ומלסטים וזהו עיקר שמירתו אבל לתקן הדבר השמור בידו כה"ג אין זה נכנס בכלל סוג שמירה ועוד שהבעלים הם בעיר והם יצילו לעצמם וכמ"ש הרמב"ם והטור ז"ל דכל היכא דהבעלים בעיר א"צ להטפל בכל זה ואם אחר שהפקידו הדבר הלכו להם למדינת הים ונתעכבו שם מ"מ מעיקרא כשקיבל הנפקד לשמור לא קיבל עליה דברים אלו להטפל בפקדון אלא שחכמים אמרו דאעפ"כ יעשה להם תקנה משום השבת אבידה:

וראיתי להטור בא"ח סי' תמ"ג שכתב ישראל שהיה בידו פקדון חמץ של חבירו יעכבנו עד שעה חמשית ואם לא באו בעליו ימכרנו ואם לא מכרו צריך לבערו בזמן איסורו אפי' אם אינו חייב באחריותו עכ"ל. ולכאורה יש לדקדק מדבריו שכל שקבל עליו אחריות כדין כל השומרים אם לא מכרו ה"ז חייב באחריותו אם יאבד אחר זמן איסורו ואף על גב דהשתא לא שוה מידי שכבר נאסר בהנאה משמע דס"ל דהשומר שעבר ולא מכרו פשיעה חשיב שע"י נאסר בהנאה והלכך חייב לבערו משום דכל היכא דאיתיה בעיניה מצי פטר נפשיה דאומר לו הרי שלך לפניך. אבל עדיין איכא למדחי ולומר דמיירי בהיכא דהפקיד חמצו אצלו היה דעתו להפליג למקום אחר ובכה"ג אי ידע הנפקד וקיבל ה"ז כמי שקבל עליו בכלל שמירתו כל מיני תיקון דבר המופקד אם יקלקל שכיון שאין הבעלים שם מי יטפל בהן אם לא הנפקד אבל אם הפקיד סתם ואח"כ הלכו הבעלים אין על הנפקד חיוב להטפל בהם מחמת שמירתו שקבל אלא משום השבת אבידה בלבד כשאר כל אדם. אבל עדיין נראה דכל זה אינו אלא בשנתקלקל הפקדון ע"י שלא מכרו או שלא נערו אבל בחמץ ועבר עליו הפסח שאין קלקולו ניכר יראה דאפי' השומר פטור דאפי' אם עשה בידים היזק שאינו ניכר מדינא פטור כמ"ש התוס' פרק הניזקין והשתא לפי זה יראה דלא מיבעיא אם החמץ עדיין איתיה בעיניה דאומר לו הרי שלך לפניך כמו גזלן אלא אפילו אם אינו בעין ה"ז פטור דהרי משעה שעבר ולא מכרו בשעה ששית נאסר בהנאה והשומר היה פטור משום דהוי היזק שאינו ניכר כי נמי נאבד אח"כ מן העולם מה בכך. אמנם מפרק ארבעה וחמשה דף מ"ה נראה דאם עבר הנפקד ולא מכרו והשתא ליתיה בעיניה חייב לשלם ואי איתיה בעיניה אומר לו הרי שלך לפניך:

סימן לו

ושנים שקנו מידי בשותפות ונשאר הדבר ביד א' מהם ונאבד או נגנב ממנו מה דינו הא מלתא במחלוקת שנויה דלדעת התוס' והרא"ש בר"פ שור שנגח ד' וה' אפי' ש"ח לא הוי. אבל הרמב"ן ז"ל ס"ל דאפי' ש"ש הוי דשותפין נעשים ש"ש זה לזה וכתב הנמוקי יוסף שם שכן הוא דעת הרי"ף ורש"י וכן הוא דעת מהר"ם שהביא המרדכי פרק חזקת יע"ש ומה שהקשה עליו המרדכי דמדמוקי לה להא דשותפין נעשים ש"ש בשהתנו לומר שמור לי היום ואני אשמור לך למחר משמע דאי לא התנו ושמר זה היום וזה למחר לא לע"ד לק"מ דההיא דשמואל איירי בשנים שנשתתפו להתעסק במלאכה לאמצע דמשעה שנשתתפו הרי נתרצו שניהם להתעסק בשותפות ולעמוד כל אחד במלאכתו של חברו והוי שמירה בבעלים דשניהם פטורין אבל כי אינם שותפין אלא שלקחו דבר אחד ביניהם בהא ס"ל למהר"ם דכי לקחו האחד ושמרו דנעשה ש"ש שלמחר ג"כ ישמרנו חברו. ומה שהביא עוד המרדכי ראיה לומר דבסתמא אפי' ש"ח לא הוי מדאמרינן בפרק המניח בהיו שנים רודפים וכו' דמסיק דוקא כי איתנהו לתרווייהו אבל אם נאבד האחד לא ישלם יע"ש גם זו אינה ראי' דהתם מעיקרא ברשותי' דמזיק הוה קאי ומי עשהו שומר משא"כ בשנים שקנו מידי ולקחו האחד ברשותו מסתמא אדעתא דהכי לקחו כדי לשמרו דאם הוא לא ישמרנו מי ישמרנו:

איברא דעדיין איכא למימר דבנדון דידן אפילו הרי"ף ורש"י יודו דלא הוי שומר שכר ודוקא לענין נזקין הוא דנעשה שומר שכר היכא דתפסו ניזק דכיון דתפסו ואין האחר יכול לשומרו עליה דידיה רמי לשמור דלענין נזקין איקרו בעלים כל מי שהוא בידו וכ"כ התוספות בפרק הכונס דף נ"ו יע"ש או כמ"ש רש"י ז"ל בסוגיין דריש פרק דו"ה וזה נראה יותר בדעת הרי"ף דאלו לפי מ"ש הרמב"ן ז"ל בטעמו משום דשותפים נעשים ש"ש זה לזה איכא לאקשויי דהלא כל עיקר טעמא דשותפין הוי כמו שפירש רשב"ם בפרק חזקת דבשכר מה ששומר לו חברו נעשה הוא ג"כ ש"ש לחברו וזה הטעם לא שייך לומר בתפסו ניזק דודאי אין דעתו של זה התופס להחזירו לבעליו ולילך עמו אחר כך בדין. ומ"מ נראה דבנ"ד נעשה זה שומר חנם ואף התוס' והרא"ש ז"ל יודו בזה דלא אמרו הם אלא היכא דקנו חפץ ולקחו האחד בידו בהא הוא דס"ל דאין דעתו של זה להיות שומר על חלק חברו במה שהחזיק בו כי אם לשמור את שלו נתכוון ולהכי החזיק בו. אבל היכא דקנו סחורה בשותפות כי נדון דידן כי לקחה הא' מהם את כולה ברשותו ודאי דעתו הוא להיות שומר את כולה דאל"כ אמאי החזיק בכולה וכן נראה מדברי התוספות שם בפרק הכונס שכתבו דטעמא דניזק שתפס דלא נעשה שומר משום דלא נתכוון אלא

להחזיק בשלו ועל פי הדברים האלה היה נראה לומר דמי שנתן נכסים לחבירו גופא מהיום ופירי לאחר זמן דאין הנותן נעשה שומר על הנכסים דמה שמחזיק בנכסים היינו משום דשייר כח לעצמו לאשתמושי בהו ובשלו מחזיק שלא כדברי מהר"ם שכתב בסי' ל' דנעשה הנותן ש"ח אלא דראיתי להתוס' בפרק השואל דף צ"ו שכתבו דלוקח פרה לשלשים יום דה"ז הלוקח הוי ש"ח וחייב בפשיעה יע"ש ואע"ג דהלוקח כי החזיק בפרה לא נתכוון אלא להחזיק ולאישתמושי בשלו ואפ"ה נעשה ש"ח על גוף הפרה שהיא של חברו וה"ט משום שאין לך תופס דבר אצלו דלא נעשה שומר אם לא שנחלק בין בא הדבר אצלו מדעת בעלים דבהא אין הבעלים מתרצים למסור נכסיהם ביד אחרים בלתי שמירה וכי מסרו בידו סתמא אדעתא דהכי הוי שהוא ישמרם ואי לאו הכי לא היה מניחם בידו מעיקרא:

מעתה אסורה נא ואראה דברי הטור בסי' קע"ו שכתב השותפין נעשים ש"ש זה לזה בד"א בזמן שכל אחד מתעסק בשותפות זמן ידוע ונגנב לו בזמן שמתעסק בו כלומר שאם אחר הזמן שנתעסק בו נשאר אצלו מידי מהשותפות ונגנב פטור שאינו עליו עדיין ש"ש כיון שעבר הזמן שהיה מוטל עליו להתעסק בו ודלא כמ"ש בפ"מ ח"א סי' נ"ט וכתב הטור עוד אבל אם התחילו שניהם להתעסק ביחד אפי' אם אח"כ נתעסק בו כל אחד לבדו פטורים דשמיר' בבעלים היא ואם מתחל' נתעסק בו הא' לבדו ואח"כ נתעסקו בו שניהם יחד ונגנב הראשון חייב שלא היה השני עמו במלאכתו כשהתחילה שמירתו ע"כ ופשטן של דברים נראה דמיירי כשלא התנו לומר שמור לי היום ואני למחר אלא בסתמא מיירי והא' התחיל להתעסק בשותפות קודם שהתחיל השני ואח"כ בא השני ג"כ ונתעסק בשותפות ובזה קא' דאם נגנב בזה הזמן מידי מרשות הראשון ה"ז חייב שהרי התחיל שמירתו קודם שהי' הב' עמו במלאכתו וכן פי' דברי הטור מהר"ם אלשקאר ומהרא"ש ומהרי"ט יע"ש ודלא כמו שפי' הפ"מ ח"א סי' הנז' דהטור מיירי כשהתנו להתעסק כל א' זמן ידוע והשני לא שמר את התנאי ובא ונטפל בתוך זמנו של ראשון א"ד ז"ל יע"ש והביאו לזה משום דהוקש' לו דהא הרא"ש אית לי' דשותפין דאית להו חפץ א' ופעמים זה שומרו וכו' דלעולם אחריותו על שניהם ואפי' נאבד בפשיעה ברשות אחד מהם וא"כ עכ"ל דמ"ש הטור שחייב הראשון בגניבה ואבידה מיירי כששמר הראשון על פי התנאי שהי' ביניהם אח"ד:

אבל לפע"ד אין נראה כן דע"כ ל"ק הרא"ש שאחריותם על שניהם אלא בשאינ' שותפין אלא בחפץ א' שקנו ביניהם ובזה קאמר שאע"פ שהאחד לקחו ושמרו ברשותו לא נעשה שומר על חלק חבירו דלא נתכוון אלא לשמור את שלו בלבד אבל שותפין שנשתתפו

כדי להתעסק בשותפות ושניהם מחוייבים להתעסק בשותפות כל א' מהם נעשה ש"ש לחבירו וזה שומר לו החצי בשביל שגם חבירו ישמור לו החצי שהרי שניהם צריכים להטפל בשותפות בזה קאמר הטור דאם התחיל הא' להתעסק קודם שהתחיל הב' ואח"כ נתעסקו בו שניהם ביחד הראשון חייב אם נאבד מידי מרשותו שהרי כשהתחיל שמירתו עדיין לא היה השני עמו במלאכתו אבל השני פטור שהרי כשהתחיל הוא לשמור היה הראשון עמו במלאכתו כללא דמלתא כל היכא דשניהם צריכים לשמור הכל כדי להתעסק בשותפות נעשו ש"ש כיון דצריך הוא לחבירו שישמור לו חלקו אבל כל שלא נשתתפו להתעסק דאין צריך לחבירו שישמור לו חלקו לא נעשה שומר על חלק חבירו. אלא דעדיין צריך להבין דכיון דנשתתפו ע"מ להתעסק שניהם בשותפות ולטרוח כל אחד בעד חבירו א"כ כי התחיל האחד להתעסק אמאי יתחייב והלא שמירה בבעלים הוי כיון דנתרצה חבירו להתעסק ולטרוח בעד חבירו מאותה שעה התחיל מלאכתו שהרי נתרצה להיות במלאכתו ואף ע"פ שעדיין לא התחיל דקי"ל בעלים באמירה כמבואר בר"פ השואל וכ"כ מהר"ם סי' י"ו:

איברא דהטור בסי' שמ"ו ס"ל דלא הוו בעלים באמירה לחוד אלא, צריך שיזמין ויכין עצמו לילך למלאכתו והן הם דברי הרא"ש שם בר"פ השואל ולכאורה נראה שכן הוא דעת התוס' שם ומש"ה נראה שכתב הטור דאם התחיל האחד להתעסק לא הוי שמירה בבעלים ואע"פ שנתרצה חבירו לטרוח בעדו כיון שלא הכין עצמו בתחילת שמירתו. אבל לדעת מהר"ם דנראה דא"צ להכין עצמו אלא כיון דנתרצה להיות במלאכתו מיד בלא הפסקת מלאכה אחרת בעלים במלאכתו חשיב וכן הוא ג"כ דעת הריטב"א ז"ל בחי' בשם התוס' היה נראה דשותפין שנשתתפו ע"מ להתעסק במלאכה מיד שמירה בבעלים הוי ולפי דבריהם לא משכחת לשותפין שיהו ש"ש אלא כשהתנו שמור לי היום הא לאו הכי שמירה בבעלים הוי:

האמנם עדיין איכא לומר דאפי' תימא דבאמירה לחוד מיקרי בעליו עמו היינו היכא דנשתעבד עצמו באמירה להיות במלאכתו מיד ופירש כן אבל סתם שותפין אף שנתרצו לטרוח כל אחד בעסק השותפות מ"מ כל כמה דלא פירש בהדיא להתעסק בו מיד יכול כל אחד לאישתמוטי עד אחר שעה או שתים ואפי' תימא דבסתמא הוי כאילו אמר מיד מ"מ לא מיקרי בעלים באמירה כיון שלא קיים דברו והפסיק במלאכה אחרת וע"פ זה יתישב דלא תיקשי לפי דרכינו ממה שכתבו התוס' בפ' חזקת דבאמירה מיקרו בעלים במלאכתו דמשעבד עצמו להיות מיד במלאכתו ואילו לעיל מזה כתבו דשותפין שהתחיל האחד להתעסק ה"ז חייב וכו' אבל לפי מ"ש אתי שפיר ולמדתי זה ממ"ש

הריטב"א בחי' בפ' האומנין גבי ההיא דשמור לי היום ואשמור לך למחר וז"ל הקשו התוס' דאכתי שמירה בבעלים הוא דכיון שאומר לו עכשיו שישמור לו למחר באמירה זו נעשה שואל מעכשיו וכדאמרי' בר"פ השואל בעלים באמירה וכו' ותירצו דה"מ שנעשים בעלים שומרים באמירה בשאמרו לעשות מלאכתו לאלתר בלא הפסקת מלאכה אחרת אבל אם אמרו לעשות מלאכתו לאחר שעה או שהפסיקו במלאכה אחרת בין אמירה למעשה אינם נעשים שואלים עכ"ל מדבריו אלו נראה דלא הוי שאלה בבעלים באמירה כי אם כשפירש לעשות לו מלאכתו מיד וגם לא הפסיק במלאכה אחרת בין אמירה למעשה ולפ"ז בשותפין שנשתתפו להתעסק כל שלא הכין עצמו לילך להתעסק לסברת הטור והרא"ש והראב"ד הנז"ל או שהפסיק במלאכה אחרת לדברי הריטב"א ז"ל אם נתעסק אחד מהם בלבד חייב בדין השומרים ועיין בש"ך בסי' קע"ו ס"ק ט"ו ולע"ד אין דבריו נכונים:

והשתא נבוא לבאר החילוקים היכא נקרא בשותפין שמירה בבעלים וראיתי למהר"ם אלשקאר ז"ל בסי' ד' שכתב דשותפין שיש להם בגד אחד ולפעמים זה שומרו ולפעמים זה זה ששמרו ראשון חייב כש"ש וזה ששמרו אחרון ברשותו פטור דהוי שמירה בבעלים ע"כ. ולע"ד אין דבריו אלו נראין לי כלל דכיון דאין בשותפות אלא חתיכת בגד אחד אפי' תימא דהראשון ששמר תחילה היה עליה ש"ש אם היה נגנב תחת שמירתו מ"מ עכשיו שמסרו לאחרון לשומרו נסתלק שמירתו מעליה ואין הראשון עומד במלאכתו של זה כלל וע"כ לא אמרו התוס' בפ' חזקת דאם התחיל האחד להתעסק האחרון פטור משום שמירה בבעלים אלא כשנתעסקו שניהם באחרונה כאחת וכ"נ מדברי הטור ועיין בפ"מ בסי' הנז"ל ובס' בני אהרן סימן ע"ה. עוד ראיתי למהרי"ט ז"ל בח"א סימן קכ"ג שכתב דהיכא דלקחו הבגד בשותפות ע"מ לחלוק מאותה שעה הוי כשהתחילו שניהם לשמור יחד שהרי באחריות שניהם היה עומד ועל שניהם מוטלת השמירה הלכך כשהסכימו שיהא נמכר בחנות אחד מהם באותה שעה הויא לה שמירה בבעלים כמ"ש התוס' ע"כ נראה דכיוון למ"ש התוס' שם ז"ל ואפילו התחילו שניהם לשמור יחד אע"פ שאין עמו במלאכה בשעת האונס כיון שהיה עמו במלאכה בתחילת השמירה בעליו עמו קרינן ליה והבין הרב ז"ל דמ"ש שהתחילו שניהם לשמור ר"ל שהיו שניהם עומדים יחד במקום אחד ושומרי'. אבל לע"ד אין נראה כן דמה שהיו עומדים יחד ושומרים אין זה נקרא שמירה בבעלים דכיון דשניהם עומדים שם ושומרים אם היה נגנב באותה שעה לא הוו מתחייבים כל אחד על חלק חברו ואפי' אי לא הוה דין זה דשמירה בבעלים פטור וע"כ לא מיפטר מטעם שמירה בבעלים אלא היכא דבלאו הכי הוה מתחייב וכגון שהי'

הוא לבד שומר לחבירו ברשותו אבל היכא דשניהם שומרים אין שום חיוב שמירה על חבירו ומ"ש התוספות דהתחילו שניהם לשמור ר"ל שכל אחד שומר מקצת מהשותפות בביתו ונמצא שהיה זה מתחייב על חלק חבירו שהרי ברשותו עומד ואם היה נגנב היה חייב אילולי דהוי שמירה בבעלים שהרי חבירו גם כן עומד ושומר מהשותפות בביתו ומשום הכי כתב הרא"ש בשותפין שקנו דבר אחד ומסרו האחד לחבירו כדי שיוליכנו לתיבה דאם פשע זה שהוליכו ה"ז חייב וכ"כ רשב"ם וז"ל שמירה בבעלים שכל אחד משמר קצת מן השותפות בביתו וזה נראה כמו שפי'. ועפ"ז למדנו דשותפין שיושבים שניהם יחד בחנות ומוכרי' וקונים וקם האחד והלך לצרכיו ונגנב מהחנות באותה שעה בפשיעה ה"ז חייב ולא נפטר מדין שמירה בבעלים אבל אם הלך זה לעסק השותפות נראה דפטור:

סימן לז

כתב מהר"י קולון בשרש ק"ד דשותפין שחלקו השותפות ונשאר ביד אחד מהם סך מה כדי ליתנו לבעליו וכשהיה מוליך אותו לפורעו נאבד ממנו דחייב הוא לבדו משום דהשותפים ש"ש הם עכ"ל. ולע"ד לא הבנתי זה דמה שהשותפין הוו ש"ש זה לזה היינו משום דחברו גם כן מתעסק במלאכתו או שעתיד להתעסק ובההיא הנאה נעשים ש"ש זה לזה אבל אלו שכבר חלקו השותפות ולא נשאר בשותפות אלא מנה א' כדי ליתנו לב"ח כשלקחו אחד מהם ליתנו לב"ח מה הנאה נשאר לו כדי שיהא כש"ש. (א"ה לע"ד נראה דלא גמגם רבינו ז"ל על מהרי"ק ז"ל כי אם במ"ש דהוי ש"ש מטעם דשותפים שומרי שכר זה לזה וכו' אבל ודאי דשפיר הויא ש"ש מטעם שיכול להשתמש במעות. ולייישב דברי מהרי"ק אפשר לומר דעדיין לא נתפרדו מהשותפות שנשתתפו לקנות מטוה ביחד אלא שמה שלקחה בראשונה מהנכרית בעלת המטוה היא אשר חלקו ומעות הקרן לקחם לפרוע להנכרית ומשום דלא נשאר להם עוד שום מטוה בשותפות כתב מהרי"ק ז"ל לא נשאר להם עוד שותפות יחד כלומר כיון שלא נשאר להם שום דבר בשותפות א"כ לא שייך שמירה בבעלים אבל לעולם עדיין היו שותפין לקנות מטוה אחר להרויח והיו שומרים זה לזה הן אמת כי ממ"ש מור"ם בהגה סימן קע"ו ס"ח נראה שהבין הדברים כפשטן וצ"ע ועיין במהרא"ש ז"ל סימן מ"ו וכל מה שדקדק אפשר ליישבו בדבר אחר דבין אי איירי שנתעסקו יחד או שלא נתעסקו כי אם בזה אחר זה מ"מ כל שמכרו המטוה והביאו המעות לאמצע וחלקו נתבטלה השמירה הראשונה דלא קיבלו לשמור כי אם עד אותה שעה ובאותה שעה שניהם שומרים אותם וכשלקחה אחת מהם פנים חדשות באו לכאן והשתא שלקחם להוליכם לישמעאלי' נעשית שומרת מחדש):

סימן לח

ראובן שהפקיד אצל שמעון ושמעון אצל ראובן אי הוי שמירה בבעלים כיון דכשהפקיד שמעון אצל ראובן כבר היה שמעון שומר של ראובן נראה לי דאין זה מיקרי שמירה בבעלים ולא דמי להההיא דתנן בריש פ' השואל שאל הבעלים או שכרן ואח"כ שאל הפרה דפטור משום שאלה בבעלי' דהתם היו הבעלים במלאכתו של שואל בשעת שאלה לעשות מלאכתו אבל נפקד לא מיקרי עומד במלאכתו של מפקיד שאין הש"ח חייב אלא לשומרו במקום הראוי וכיון שנתנו במקום הראוי לשמירה תו לא נשאר עליו שום חיוב שמירה ולא דמי לשמור לי ואשמור לך דהוי שמירה בבעלים דהתם בשעה שהפקידו אצלו שאלו לשמור לו ונמצא כל אחד עומד במלאכתו של חבירו לשמור הפקדון של חבירו אבל כשכבר היה נפקד קודם שמסר לחבירו לשמור לו זה שכבר היה נפקד לא מיקרי עומד במלאכתו של חבירו השתא שנתן לחבירו לשמור דשומר חנם כיון ששמרה שמירה הראויה תו לא נשאר עליו שמירה משא"כ בש"ש ושואל דצריכים להיות עומד ושומר כל היום כדאיתא בירושלמי הביאו הטור סי' ש"ג ומה"ט אין ש"ח יכול להחזיר תוך הזמן שקיבל לשמור כמ"ש ה"ה בהלכ' שאלה ולא דמי לפועל שיכול לחזור תוך זמנו מטעם דפועל במלאכתו דבע"ה קאי ועיין תשו' להר"ם שהביא מהר"ם אלשקר ז"ל סי' ד' ונראה כדברי ומ"מ באומר השאילני ושמור לי אע"פ שאינו אלא ש"ח מיקרי בעלים במלאכתו של שואל שהרי בשעת השאלה צריך להטפל בשמירתה:

סימן לט

מי שנתן לאשתו חפץ א' לשמרו ופשעה בשמירתו מהו הדין. וראיתי להרמב"ם ז"ל שכתב בפרק כ"א מהלכות אישות האשה ששברה כלים בתוך הבית ה"ז פטורה משום שלום הבית ע"כ והראב"ד ז"ל השיג על זה דמדינא ג"כ פטורה מפני שהוא שכור לה בכל שעה והוי שמירה בבעלים עכ"ל וכתב ה"ה דהעיקר כדברי רבינו דאין האיש שכור לאשה אלא משום תקנה הוא והכי מבואר בירושלמי דפרק הכותב ע"כ ואני תמה על דברי הראב"ד וה"ה גם כן דמה שייך הכא לדין שמירה בבעלים והלא אשה זו ששברה כלים הרי זה דין מזיק יש לה דקיימא לן אדם מועד לעולם בין שוגג בין אנוס ואין שמירה בבעלים פוטרתה לזאת וכמ"ש הבכ"מ בפ"א מהלכות שכירות וזה מבואר. אלא משום תקנה דשלום הבית פטורה ודוקא בששברה אותה בשעה שהיא עוסקת במלאכתה בתוך ביתה הא שלא בשעת מלאכתה הרי זו חייבת והטעם דדוקא בשעה שהיא עושה מלאכותיה היא פטורה כדי שלא תמנע מלעשות מלאכותיה וכמ"ש הר"מ ז"ל:

איברא דהירושלמי גופא צריך להבין דקאמר התם שברה כלים בתוך הבית מה את עבד לה כש"ח או כשומר שכר וכו' משמע דלא סברא לחייבה אלא מפני שהיא כש"ש ולפי מה שכ' אפי' לא תיהוי שומר כלל ה"ז תתחייב מדין אדם המזיק. וכדי להבין הדברים צריך להקדים ההיא דתנן בס"פ האומנין המעביר חבית ממקום למקום ונשברה בין ש"ח בין ש"ש ישבע ולפי מה שנר' מהסוגי' שם הוא דאיירי בשנתקל ונשברה ונתקל לאו פושע הוא ומדינא ש"ח ישבע שלא פשע ויפטר אבל ש"ש הוה חייב דדמי לגניבה ואבידה אלא שחכמים תיקנו שאפילו הש"ש ישבע שלא פשע ויפטר מפני התקנה ומשמע שלא עשו תקנה אלא בנתקל אבל אי לא נתקל ונשברה הרי זה חייב ואפילו ש"ח משום דהוי פשיעה ולא עשו תקנה לפושעים וממילא נלמוד דאפילו היו בעלים עמו במלאכתו הרי זה חייב כדין אדם המזיק וכמ"ש התוספות שם דמדין אדם המזיק ליכא לחיובי דנתקל לאו פושע הוא אלא חשיב אונס גמור ודמי לגניבה הא כל היכא דפשע בהם כגון ששברם בלא נתקל ה"ז אדם המזיק. והשתא הירושלמי הכי קאמר אם כש"ח עבדי' לה כל היכא דלא פשעה בשבירתן הרי זו פטורה ואי כש"ש את עביד לה כי נמי לא פשעה ה"ז חייבת דליכא למפטרה מפני התקנה אלא באדם אחר בעלמא שאינו מחוייב לעשות מלאכתו של זה אבל האשה שמחוייבת לעשות מלאכתו וא"א להשמט ממלאכת בעלה אינו בכלל זאת התקנה ולזה קאמר דאפילו פשעה בשבירתן ה"ז פטורה מפני תקנת שלום הבית ולפ"ז צריך לומר דהירושלמי תחלה דהוה בעי אי כש"ח או כש"ש הוה איירי כששברתן באונס כגון דנתקל דאדם המזיק פטור אלא משום ש"ש הוי ס"ד לחיובא והדר א"ל דאפילו בפשעה בהם ה"ז פטורה משום שלום הבית והשתא לפי זה נראה דאם מסר בידה חפץ אחד לשמרו ופשעה בשמירתו ה"ז חייבת דליכא בהא משום שלום הבית אלא בשברה כלים בשעה שהיא עושה מלאכה הוא דתקינו כדי שלא תמנע מלעשות מלאכתו ולכאורה היה נראה דאפילו בגניבה ואבידה חייבת דהכי איתא שם בירושלמי שברה את הכלים מה את עבד לה כש"ח או כש"ש מסתברא מיעבדינה כש"ש אמרין אפילו כש"ח אינה אם אומר אם כן אין שלום בתוך הבית ע"כ אבל איכא למדחי דע"כ לא אמרו שהיא כש"ש אלא במלאכות שהאשה חייבת לעשות לבעלה דה"ז כש"ש דתקינו מזונותיה תחת מעשה ידיה אבל במלאכה שאינה חייבת לבעלה דהיינו לשמור לו כספים וכיוצא אינה אלא כש"ח:

ולפי מ"ש היה נראה דאם מסר חבית לשמור ופשע בה ונשברה הרי זה חייב ואפילו היו הבעלים עמו במלאכתו כגון שהוא שותף דשותפין חשיב שמירה בבעלים אפ"ה חייב משום דהוי אדם המזיק ואדם המזיק אינו נפטר מדין שמירה בבעלים אבל מדברי

הירושלמי לא משמע הכי שהרי גבי שברה כלים אפילו בפשיעה לא הוה מתחייבת אלא משום שהיא ש"ח הא לאו הכי היתה פטורה וכן נראה מדברי הר"מ ז"ל דבפ"ג מהל' שכירות משמע דהמעביר חבית ממקום למקום ונתקל ושברה דאם הוא שומר חנם ה"ז פטור מדינא וטעמו משום דס"ל דנתקל לאו פושע הוא ולא מזיק ואילו בפ"ו מהלכות חובל פסק דנתקל ונפל על הכלי ושברו חייב נזק שלם דלא חלק הכתוב בין שוגג למזיד ע"כ משמע בהדיא דס"ל דנתקל הוי מזיק ולכאורה הדבר קשה דאם כן אמאי ש"ח המעביר חבית מדינא דאף אם אינו פושע מזיק הוא אלא נראה דס"ל דאדם המזיק לא הוי אלא במזיק בגופו כגון שנפל על הכלי ונשבר או בכחו אבל היכא דנפל הכלי מידו ונשבר אין זה אדם המזיק ולא מתחייב אלא כשהוא שומר חנם שקבל עליו לשמור ואם נתקל לאו פושע ליכא לחייבו כל שעושה בחנם וכן מוכח מספר ראב"ן ז"ל דכל שאינו מזיק בכחו לא חשיב אדם המזיק כדי לחייבו בין באונס בין ברצון ומש"ה כתב דאם היו שניהם רצים ברשות הרבים דהוו שלא ברשות והזיקו זה את זה חייבים אבל הוזקו זה בזה פטור כיון דאין הנזק נעשה מכח המזיק אלא מכח הניזק דשני לן בנזקי גופא בין הזיק להוזק ע"כ ולפי זה בנ"ז כל שהוא שמירה בבעלים ה"ז פטור ומה שהקשו התוס' מההיא דפרק הגוזל גבי טבח שקלקל דס"ד דמקשה דאפי' בחנם היה חייב דא"כ מאי קאמר מפני שהוא כנושא שכר דלפי דרכנו מאי דפטור בש"ח הוי משום דההיזק נעשה ג"כ מפני שפירכסה הבהמה ולא נעשה בגופו דוקא וא"כ מאי ס"ד דמקשן לחייבו היה נ"ל לפרש דה"ק דכל כה"ג דעביד מלאכה לחברו שדרכו לעשותו בשכר כי נמי עביד ליה בחנם חשיב כנושא שכר כיון דמחזיק ליה חברו טובת הנאה וגבי יין נסך אשכחן דאי הוה משקה לעובדי כוכבים י"נ שלהם או שהיה עושה בחנם צריך להשליך לים כפי טובת הנאה שמחזיקים לו העובדי כוכבים ולזה אמ"ל דאעפ"כ לא נעשה ש"ש כיון דמעיקרא לא נחית אדעתא דשכר ורש"י ז"ל פירש שם אף זה חייב כנושא שכר ואע"פ שאינו נושא שכר אלמא פשיעה היא ע"כ פ' לפי' וה"ק בנד"ז אין חילוק בין עביד בחנם לעביד בשכר דבכל גוונא פושע הוא וחייב ולס' התוס' קשה מההיא דקאמר התם לעיל מינה אמר שמואל טבח אומן שקלקל חייב פושע הוא מזיק הוא ופריך ל"ל פושע הוא ומשני אי אמר מזיק הוא הוה אמינא ה"מ דקא עביד בשכר אבל בחנם לא ואי אדם המזיק שייך בכה"ג א"כ מה סברא היה לומר דהיינו דוקא בשכר:

וראיתי בשיטת ר' פרץ בעל התוס' שפי' דכל כה"ג לא שייך ביה דין אדם המזיק כיון דצריך להטפל במלאכתו והשתא אתי שפיר דאי הוה אמר מזיק הוא הוה משמע דחשיב ליה אונס דמזיק חייב אפי' אנוס אבל בחנם היה פטור כיון דהוי אנוס ולזה איצטריך

לומר פושע הוא ואפי' בחנם חייב וזה נכון ולפי דברים אלו הירושלמי אתי כפשוטו דאיצטריכו לומר אי כש"ש אי כש"ח משום דכל כה"ג דשברה כלים בשעה שעושה מלאכת הבית לא מחייבא משום אדם המזיק. ועל פי האמור אפשר ליישב מאי דקשיא לי על הנ"י דבפ' המניח כתב בנשברה כדו והזיקו המים בשעת נפילה דפטור דלאו בדהוזק מכחו פליגי דא"כ לכ"ע חייב דהוי אדם המזיק וחייב באונס כרצון אלא מיירי דהיכא דקא אזיל ניזק פגע בהו והוחלק במים דלאו מכח הליכתן איתזק אלא מכח הלוכו על גביהן עכ"ל וק"ל עליו דנראה דלא ס"ל כמ"ש לעיל בדעת הר"מ ז"ל דכל שאינו מזיק בכחו לא חשיב אדם המזיק דא"כ בנשברה כדו ונשפכו המים אין זה חשיב מכחו כמו מעביר חבית ממקום למקום ונשברה דפטור בחנם משום דלא חשיב זה הנזק מכחו והשתא קשה עליו דאיהו ז"ל פי' הכא דנתקל לא הוי אונס גמור ואילו בפרק האומנין גבי מעביר חבית ונתקל כתב דש"ח פטור מדינא ואמאי לא מחייב משום אדם המזיק אבל לפי דברי ר' פרץ ז"ל אתי שפיר דשאני התם דצריך להטפל במלאכתו וכל כה"ג לא שייך אדם המזיק העולה מהאמור דבנ"ד דמסר חבית לחבירו לשמרו ונשברה בהליכתו אם היו בעליו עמו פטור ועיין לעיל בה' נזקי ממון סי' ה':

סימן מ

כתב הרא"ש ז"ל בתשוב' הביאה הטור סי' קע"ו וז"ל ומה שטוענת שפשע שמעון שהחזיר שטר חוב שהיה לישמעאלי עליו שהיה פרוע רובו ומתוך כך באו לידי הפסד וכו' יראה דפשיעה גמורה היה להחזיר לישמעאלי שטר שהיה פרוע רובו דהשותפין ש"ש הם וחייבים לשלם בגניבה ואבידה וכ"ש בפשיעה וראיתי למהרש"ך ח"א סי' ע"ה ז"ל אך אמנם יראה לי דמיקרי היזק בא בידים כיון שעשה מעשה וכו' והביא תשובה הנז' וכתב ואם איתא דכשהפשיעה היא מחמת מעשה בא בידים לא מיקרי פושע גרידא אלא מזיק אמאי איצטריך לטעם דשותפין ש"ש עד אך אמנם יראה דאפי' אם נאמר דבההיא עובדא דהרא"ש לא מיקרי מזיק היינו משום דלא מינכר היזקא כולי האי ע"כ ועיין במהרא"ש ז"ל סי' מ"ו שכתב ז"ל וזה מיקרי מזיק בידים כגון ההיא דהרא"ש ז"ל שהחזיר השותף השטר יע"ש. ודבריהם תמוהים דהא כתב הרשב"א בתשובה הביאה ב"י סי' שפ"ו ז"ל רואה אני לפטור את שמעון אם עבר והחזיר השטר לישמעאלי לפי שאין כאן דינא דגרמי שאין ראובן זה מתחייב בחזרת השטר לישמעאלי מיד וכל שאינו ניזוק מיד אינו קרוי אלא גרמא בנזקין ולא עוד אלא אפי' היה ביד שמעון שטר פרוע וכו'. וכ"כ בתשובה אחרת הביאה הב"י סימן נ"ה על מי שפרע מקצת חובו והשליש את השטר ביד שליש עד שיפרע את השטר והלך השליש והחזיר את השטר למלוה וחזר וגבה כל

החוב ושליש מודה בכך פטור מדיני אדם שאין זה אלא גרמא בנזקין ע"כ. הרי דאפי' במעשה הבא בידים לא מקרי מזיק ומשום הכי לא חייבו הרא"ש אלא מטעם דשותפין ש"ש הם ודברי הרש"ך ודינו צ"ע והרא"ש ז"ל בפסקיו בפרק הזהב הבי' תשוב' להרי"ף ז"ל על ראובן שהפקיד שטרו אצל חברו ומודה שפשע ונגנבו פטור וכתב ע"ז ודבריו נראין כיון שהוציא את אלו מכלל שומרים אין לחייבו אלא מטעם אדם המזיק ופושע בדבר ונאבד לא חשיב אדם המזיק שהרי פשיעה בבעלים פטור ואלו חשיב אדם המזיק אמאי פטור אלא ודאי לא חשיב אדם המזיק כיון דלא אפסדיה בידים אלא שבפשיעתו שלא שמרו כראוי נפסד ע"כ ומוכח מכאן דהיזק בא בידים לא מיפטרי בבעלים ואותה תשובה של הרא"ש הנז"ל לא אתי מהאי טעמא כיון דהיזק אינו בא בשעת מעשה ואינו מתחייב מיד וכאותה שכתב הרשב"א ועיין בתשוב' למהרא"ש סימן קפ"ט:

סימן מא

ואומן העושה מלאכה בביתו של בעל הבית אי נעשה שומר אי לא. בפרק האומנין תנן כל האומנין שומרי שכר הם ואמרו עלה לימא מתניתין דלא כרבי מאיר דאמר שוכר כיצד משלם רבי מאיר אומר כשומר חנם ומשני אפי' תימא רבי מאיר שאני אומן הואיל ותפס לי' אאגרי' הוי שומר שכר ואיבעית אימא כדמחליף רבה בר אבוה ותני שוכר כיצד משלם ר"מ אומר כשומר שכר ע"כ. ולכאורה נראה דאיכא בין הני תרי לישני דלישנא קמא דטעמא דהוי שומר שכר משום דתפיס לי' אאגריה הוי דוקא באומן העושה מלאכה בביתו אבל אם עושה מלאכה אצל בעל הבית דלא שייך האי טעמא לא הוי ש"ש אבל ללישנא בתרא דסבירא ליה דשוכר משלם כשומר שכר הואיל ולהנאתו הוא אצלו הכא נמי באומן אפי' עושה מלאכה בבית בע"ה חייב כשומר שכר שזהו שכרו שמשתכר במה שנותן לו לעשות מלאכה וליטול שכר ולפי זה יראה דהוא הדין בשכיר יום דהוי שומר שכר. אבל רש"י ז"ל פירש במתני' כל האומנים קבלנים המקבלים עליהם לעשות מלאכה בבתיהם ע"כ. ולכאורה קשה עליו דאמאי לא פירש לה בסתמא בין באומן בין בשכיר העושה מלאכה אצל בעל הבית דלשון אומנין משמע בין בקבלנות בין בשכירי יום וכמ"ש התוספו' בר"פ ואי משום דלישנא קמא הוי דוקא באומנין העושים מלאכה בבתיהם יותר טוב הו"ל לפרושה אליבא דלישנא בתרא דהויא אליבא דהלכתא. אשר על כן נ"ל דאין האומן נעשה ש"ש אלא בעושה מלאכה אצלו דהואיל ולהנאתו הוא אצלו גמר נפשיה לשמרו מגניבה ואבידה דאם הוא לא ישמרנו מי ישמרנו אבל בעושה מלאכה אצל בעל הבית ואינו עומד אצלו ברשותו לא וכן מוכח מפירוש רש"י ז"ל ואומן דמי לשוכר שלהנאת שכר אומנותו היה אצלו ע"כ, ומשמע דאם עושה מלאכה אצל

בע"ה לא חשיב ש"ש דלאו משום הנאתו הוא דקאי שם דבלאו הכי ברשותיה דב"ה הוה קאי ועומד ונראה דלא מיבעיא דכה"ג לא הוי ש"ש וכמ"ש אלא אפי' ש"ח נמי וכמ"ש הב"ח דהא לא נסתלקו הבעלים משמירתן כיון שאין האומן רשאי להביא הכלי בביתו ולתקנו שם וסתם שמירה הוי כשמסלקים הבעלים החפץ מרשותם לרשות הנפקד והכי איתא במכילתא. ולכאורה היה. נראה דלפי מאי דקי"ל דשוכר כש"ש דמי תו אין צריכין לחייבו לאומן משום דתפיס ליה אאגריה אלא אפי' בלאו ה"ט וכגון שהקדים לו שכרו דתו לא שייך לומר משום דתפיס ליה אאגריה אפ"ה חייב כש"ש כיון שמשתכר במה שהוא עומד אצלו. אבל ראיתי לראב"ן ז"ל בספרו שהשיב בתשובה שכל שהקדים לו שכרו אינו כש"ש וכ"כ המרדכי משמע דס"ל דטעמו של אומן אינו אלא משום דתפיס ליה אאגריה וכן כתב בשאלתות דרב אחאי גאון ז"ל וכ"כ הנ"י יע"ש אבל כל היכא דלא שייך האי טעמא ה"ז פטור מדין ש"ש ול"ד לשוכר דשוכר שאני שמשתמש בגוף הפרה ולהנאתו הוא אצלו שצריך שיהא הפרה ברשותו כדי להשתמש בה מה שאין כן באומן שאינו משתמש בגוף החפץ וג"כ לא חשיב שלהנאתו עומד אצלו דאין זה מטי ליה הנאה כשעומד ברשותו יותר משאם היה עומד ברשות בעלים והיה עושה מלאכתו אצלם והא דמדמי ליה תלמודא אומן לשוכר היינו במכ"ש דאי אומן חייב מטעם שמשתכר בה א"כ היכי פוטר ר"מ לשוכר דיותר יש לחייבו לשוכר מה"ט:

וראיתי להרמב"ם ז"ל בהלכות שלוחין שכתב דסתם עיסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון ועל חלק הפקדון אינו אלא כש"ח ע"כ והראב"ד ז"ל השיג עליו וכתב דדינו כש"ש כיון שנוטל עליו שכר כפועל בטל וכתב הבכ"מ דטעמו של הרמב"ם ז"ל משום שאינו נוטל שכר על שמירת הממון אלא על שמתעסק בה והראב"ד מדמי ליה לשוכר שאע"פ שאינו נוטל שכר על שמירתו מ"מ בההיא הנאה דמשכת בהמה לעשות בה מלאכתו חשיב כאלו נוטל שכר על שמירתו ה"נ בההיא הנאה דמשכח זוזי למעבד בהו עיסקא חשיב כאלו נוטל שכר על שמירתן עכ"ל ויש בו מן הקושי דהלא דברי הראב"ד מפורשים בהדיא משום שנוטל שכר כפועל בטל ודומה לאומן שמתחייב לשוכר משום שמשתכר במה שעומד אצלו ואפשר דרמב"ם ז"ל ס"ל דטעמו של אומן אינו אלא משום דתפיס ליה אאגריה ול"ד לשוכר שמשתמש בגוף החפץ והטור בסי' ר' כתב דאם הסרסור מודד להם בשכר ונשברה המדה חייב עליה אף על פי שלא נתנו לו שכר עליה אלא על המדידה:

הלכות שאלה ופיקדון

סימן א

שומר שמסר לשומר והשני עשה שאלה בבעלים דהיינו השומר הראשון בחושבו כי בעליו הוא ונאנס או נגנב החפץ מידו ופוטר עצמו כי בעליו היו עמו מהו הדין יורנו המורה ושכמ"ה:

תשובה בפרק השואל איבעיא לן בעל שואל הוי או שוכר הוי ונ"מ היכא דאגרה איהו פרה מעלמא והדר נסבה ואליבא דר"מ דאמר תחזור פרה לבעלים הראשונים מאי שואל הוי או שוכר הוי ומסיק דבעל לוקח הוי. מוכח מהכא דאי הוה אמרינן דבעל שואל הוי הוה מתחייב הבעל ואע"פ שהאשה שהשאילה לו היתה עמו במלאכתו מ"מ כיון שאין הפרה שלה לא מיפטר משום בעליו עמו. ואין לומר דההיא מיירי כשהבעל היה יודע שאין הפרה שלה אלא שאולה אצלה אבל בנ"ד שאין השואל השני ידע שהיה שאול אצל הראשון אלא שהיה סבור שהוא שלו ה"ז יכול לומר סבור הייתי שהיה של זה שהשאילה לי שהיה עמי במלאכתי ואלו הייתי יודע שאינו שלו והייתי מתחייב באחריותה לא הייתי שואל אותה. ז"א שהרי מדברי הר"מ ז"ל בפי' מתבאר דכ"ז איירי בשאין הבעל ידע שהיא שאולה אצלה אלא שהי' סבור שהיא שלה שכתב האי דינא דבעל לא שואל הוי אלא לוקח והיינו בשאין הבעל ידע שהיא שאולה דאי ידע הבעל שאינו שלה ה"ז נכנס תחתיה ילפי' מדבריו דהא דשקיל תלמודא ואתי דאי בעל שואל הוה חייב הוה מיירי כשאין הבעל ידע שאינו שלה וכ"נ מתשובת המרדכי שהביא בפ' הגוזל בתרא יע"ש. וכ"ת טעמא אמאי הא כיון דזה הי' סבור שהי' של זה שהשאילה לו מצי למיטען לומר הייתי סבור שהי' של זה שהי' במלאכתי ולא קבלתי עלי חיוב שמירה כיון שהיו בעליו עמי איכא למימר כיון דחיוב דשואל הוי משום דכל הנאה שלו כדידי' חשיב ומתחייב ואף על פי שבדעתו לא הי' רוצה להתחייב:

איברא דבר"פ השואל משמע דחיובא דשואל בקבלתו תלוי ומשום דעל מנת כן שיילי' דקאמר התם שבוי' בשואל מנא לן וכ"ת נילף משבורה ומתה מה לשבורה ומתה שכן אונסא דסליק אדעתי' כלומר וע"מ כן שיילה כפרש"י תאמר בשבוי' דהוי אונסא דלא סליק אדעתיה. אבל כד דייקינן שפיר בה אין משם ראי' דהתם ה"ק דאי לא כתב שבוי' איכא למימר דדוקא שבורה ומתה חייבו הכתוב משום דהוי אונסא דסליק אדעתי' אבל שבוי' דלא סליק אדעתי' לא. אבל לבתר דאשכחן דאיתרבי שבוי' ילפינן משם דלא בקבלתו של שואל תלי' ומשום דעל מנת כן דשבוי' יוכיח דלא אסיק אדעתי' ואעפ"כ חייביה אלא כיון דשואל כל הנאתו שלו דין הוא שיהא חייב באחריותו וכן מוכח במס'

סנהדרין בפרק בן סורר אמתני' דהבא במחתרת וגנב ה"ז פטור משום דבדמים קנינהו ואמר רבא עלה ל"ש אלא בדליתי' בעיני' אבל איתי' בעיני' הרי זה חייב להחזיר דגזלן כי אוקמי' רחמנא ברשותיה ה"ד לענין אונסין מידי דהוה אשואל ופי' רש"י ז"ל וכי נאנסו לא מצי מיפטר הגזלן דלא גרע גזלן משואל דמשום דכל הנאתו שלו אוקמינהו רחמנא ברשותי' לשלומי והא נמי כל הנאתו שלו אלמא דחיובא דשואל לאו משום דע"מ כן שיילי' שהרי בגזלן ליכא למימר הכי אלא היינו טעמא כיון דכל הנאתו שלו דין הוא שיהא ברשותי' לגמרי להתחייב בכל אונסי'. איברא דבפרק הגוזל בתרא משמע דחיובא דשואל בקבלתו תלוי משום דסתמא אדעתא דהכי נחית דקאמר התם אמר רבא יתומים שהניח להם אביהם פרה שאולה משתמשים בה כל ימי שאלתה מתה אינם חייבים באונסי'. אלמא דאף על גב דכל הנאתם שלהם שהרי משתמשים בה אפי' הכי פטורים דכיון דאינהו לא שאלו לא קיבלו עלייהו נטירותא כפרש"י שם משמע משום דחיובא דשואל משום דגמר וקביל עליה נטירותא. וכן נראה מדברי הרא"ש ז"ל ולפי זה כתב דיכול המשאיל לומר או קבילו עלייכו אונסין או החזירוה לי יע"ש. הא כל היכא דלא קביל עלייהו נטירותא לא מתחייב ואף על גב דכל הנאתו שלו והכא נמי כיון דהיה סבור שהיה של זה שהיה עמו במלאכתו איכא למימר דלא קביל עליה נטירותא דשואל שהרי יודע הוא דהשואל פטור כל היכא דבעליו עמו וכן מוכח מההיא דפרק ד' וה' דקאמר שם משמי' דר"א דאם הכיר בשור שהוא נגחן לא קביל עליה אלא שלא יזיק אבל לא שלא יוזק יע"ש דף מ' ודף מ"ה ע"ב. וההיא דבעל דמתחייב בפרה דעלמא ואע"פ שהי' סבור שהיא של אשתו שהיא עמה במלאכתו אי הוה סבירא לן דבעל שואל הוי איכא למימר דהתם כיון דרבנן הוא דעשאוהו שואל בכל נכסיה איהו נמי אדעתא דרבנן קא נחית כמו שיחייבו אותו:

איברא דמדברי הרא"ם ז"ל שהביא המרדכי בפרק הגוזל בתרא שלמד משמעתין דה"ה אם השומר הראשון הפקיד ביד השני והיה עמו במלאכתו של שומר שני דאינו נפטר משום שמירה בבעלים משמע דאיירי אפי' כשהשומר השני היה סבור שהיה של זה שמסר בידו ולא אמרינן הא כיון דהשומר השני היה סבור שהיא של זה שמסר בידו שהיה עמו במלאכתו מסתמא לא קביל עליה שמירה שהרי יודע הוא שכל שבעליו עמו ה"ז פטור מכל חיובי והתם לא שייך לומר אדעתא דרבנן קא נחית. ויותר קשה על המרדכי לפי מה שפי' לעיל דחיובא דשואל לא בקבלתו תלוי אלא כיון שכל הנאתו שלו דין הוא שיתחייב דהשתא ודאי אין ללמוד דין ש"ח משואל דש"ח לא מתחייב אלא עד שיקבל עליו. והייתי יכול לומר דבין שואל בין ש"ח כל שזה קיבל לשמור וזה קיבל עליה

בשאלה הרי אלו מתחייבים כל חד וחד כדינו ואע"פ שלא גמרו בדעתם להתחייב מ"מ כיון דנתרצו זה לשמור וזה לשאלה הרי אלו מתחייבים וההיא דיתומים דפטורים היינו טעמא משום דלא קיבלו עלייהו בשאלה אלא שבתורת ירושה באה להם וכה"ג חילק הריטב"א בחידושיו לפרק אלו נערות משום דהוקשה לו דמ"ש דהיתומים פטורים אי משום דאמרי אנו ירושת אבינו קא זכינו להשתמש ובדידי' קא זכינו להשתמש בה אם כן מהאי טעמא ליפטר הבעל היכא דאגרא איהי פרה מעלמא ואפי' אי בעל שואל הוי ותירץ ז"ל דהתם כיון דהבעל נעשה עליו שואל דין הוא שיהא דינו אצל בעלים הראשוני' מה שאין כן הכא דהיתומי' לא זכו בהו בתורת שאלה אלא ירושת אביהם קא זכו ורש"י ז"ל בפרק אלו נערות פי' דהא דיתומים פטורים משום דאינהו לאו שואלין נינהו והיינו יכולים לפרש דבריו שם כמו שפי' האמנם מדבריו בפרק הגוזל מוכח דס"ל שאין השואל מתחייב עד שיקבל עליה נטירותא. וכן נראה גם כן מדברי התוס' בפרק אע"פ דף נ"ו ד"ה הרי זו מקודשת ותנאו בטל שכתבו בסוף דבריהם בתירוץ בתרא ז"ל א"נ שאני התם שחייבתו תורה לשואל לפי שכל הנאתו שלו ומשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה הלכך במקום שאין משעבדים את עצמן פטורים עכ"ל איברא דלפי התירוצים אחרים שם אפשר לומר כמו שפי' לעיל דכיון ששואל כל הנאתו שלו דין היא שיתחייב ואע"ג דלא גמר דעתו לחיובי נפשיה כי הכא בנ"ד שהיה סבור שהיה פטור כי בעליו עמו וההיא דמתנה שואל להיות פטור מאונסין דמהני היינו טעמא משום דנתרצו הבעלים ופטרו אותו אבל הכא בנ"ד אפי' פטר השומר הראשון לשני בהדיא מן האונסין איכא למימר דלא מהני דכוון שאין החפץ שלו אין פיטורו כלום שאין אדם מוחל דבר שאינו שלו ואפי' לתי' בתרא של התוס' דמשמע שאין השואל מתחייב אלא משום דגמר נפשיה להשתעבד וכל שאין משעבדים עצמן פטורים ולא בעינן דעת בעלים שימחלו והכא נמי בנ"ד נלמוד דאם השומר השני פירש להיות פטור מן האונסין הרי זה פטור ולא בעינן דעת בעלים שיפטרו אותו מ"מ עכשיו שלא פירש בהדיא להיות פטור מן האונסין הגם דהיה סבור שהיה של זה שהיה עמו במלאכתו מאן נימא לן דידע האי דינא דבעליו עמו ולא שעבד נפשיה דילמא לא ידע וגמר ושעביד נפשיה ככל שואל ועוד אפי' נימא דידע כל זה התורה חייבתו לזה כיון דלא הוי בעליו עמו ממש דכיון דכל שואל משעבד נפשיה כיון דכל הנאתו שלו אף זה ג"כ אלו היה ידע אנן סהדי דהוה משעבד נפשיה ואע"ג דהשתא לא ידע ומ"ש התוס' ז"ל דשואל לפי שכל הנאה שלו משעבדים עצמם אפשר לפרושי ג"כ הכי דאלו לפי פשטן קשה דהיכי אמרו דשואל חיובא דידיה בקבלתו תלוי והלא שבויה אונסא דלא מסיק אדעתיה הוא ומלתא דלא שכיחא לא מסיק אינש

אדעתיה לחיובא נפשיה כדאמרינן בכמה מקומות אבל לפי מ"ש אתי שפיר והכי פי' דהתורה חייבתו לשואל לפי שירדה לסוף דעתו שאם היה מסיק אנפשיה הוה משתעבד כיון דכל הנאתו שלו והשתא אתי שפיר כל מה שהקשינו לעיל:

אבל עדיין איכא למיבעי' אם בנ"ד כשעשה השומר השני שאלה בבעלים כי היה סבור שהוא של זה שמסר בידו עשהו בכונה מכוונת כדי ליפטר עצמו מאונסין וכאותה שאמרו האי מאן דבעי למישאל מידי מחבריה וליפטר נימא ליה השקני מיא וכו' ונמצא כאלו פירש בהדיא ליפטר מאונסין דלפי תירוץ של התוספות ז"ל שהבאתי נראה דלא נשתעבד ואע"פ שהבעלים לא פטרו אותו מכל מקום כיון שזה גילה דעתו שאינו רוצה להשתעבד ה"ז נפטר א"ד איכא למימר דע"כ לא מהני תנאי לפטור השואל מאונסין אלא היכא דהתנה עם הבעלים ופטרו אותו אבל זה שלא פטרו אותו הבעלים הרי זה חייב כדין כל שואל ולפ"ז בנ"ד שלא התנה עם הבעלים עצמם איכא למימר דלא מהני תנאו וכן נראה מפשט דברי הרא"ם שהביא המרדכי פרק הגוזל בתרא שלא חילק וכתב דבכל גוונא חייב השומר השני ולדעתי במחלוקת שנויה והגם שהבאתי ראיות לומר דכיון דשואל כל הנאתו שלו מתחייב אפילו שלא מדעתו עד שיתנו עם הבעלים ויפטרו אותו מ"מ אין בנו כח להוציא ממון נגד מה שנראה מדברי התוס' ורש"י ז"ל שהבאתי לעיל כ"ז כתבתי כנושא ונותן בהלכה ומר ניהו רבם מאריה דאברהם יהיה בעזרו יבחר נאם הצעיר אפרים נבון:

ולענין מה שהקשיתי לעיל על דברי המרדכי ז"ל דחייב את השומר השני ואף על פי שהיה השומר הראשון במלאכתו מטעם דלא קרי' ביה בעליו עמו והקשיתי ע"ז דמ"מ יהא פטור השומר השני אם היה סבור שהיה של זה שמסרה בידו שהיה עמו במלאכתו דאז ודאי אין דעתו לשעבודי נפשיה כדין השומרים כיון דהיה סבור שבעליו היו עמו והוא פטור אפי' מפשיעה ונראה שמפני כך כתבו הרא"ש והטור בסי' שמ"ו דאע"פ דבעל לוקח הוי אם שאלה פרה מעלמא ונשאת דהבעל פטור אפי' מפשיעה ואע"ג דאינהו גופיהו סברי כסברת התוס' דכל לוקח חייב בפשיעה אלא היינו טעמא דנהי דכל לוקח חייב כדין ש"ח שאין לך אדם שתופס דבר לעצמו ואינו אפי' ש"ח כמ"ש הרמב"ן במלחמות בר"פ שור שנגח ד' וה' יע"ש מיהו גבי בעל בנכסי אשתו כל היכא דסבור שהיא שלה אינו מקבל עליה שמירה דכל בעל בנכסי אשתו פטור אפי' מפשיעה. אלא דטעמו של המרדכי נ"ל דהוי משום דכיון דהשומר קביל עליה לשמור אע"פ שבדעתו היה להיות פטור אפילו מפשיעה כיון דהיה סבור דבעליו היו עמו במלאכתו מיהו כיון דקביל עלי' לשמור התורה חייבתו לזה ואע"פ שלא שעבד עצמו לפשיעה וכן נראה

מדברי ר' ברוך ז"ל שהביא בהגהת אשירי בפרק הפועלים אמתני' דמתנה ש"ח להיות פטור משבועה שדקדק מדלא קתני להיות פטור אפי' מפשיעה ש"מ דאין תנאי מועיל בזה אלא כיון דקביל עליה לשמור שוב אינו מועיל תנאי להיות פטור אפי' מפשיעה דנמצא תנאי סותר את המעשה שהרי קיבל עליה לשמרם:

ומ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ו מהלכות שאלה ז"ל יש לשומר להתנות שאינו שומר כדרך השומרים אלא מעות אלו שהפקיד אצלי בזוית ביתי אני מניח אותם וכו' אינו סותר לזה דהרמב"ם ז"ל איירי דוקא כשפירש שאינו מקבל עליו להיות שומר כדרך השומרים אלא להניחם במקום שאינו שמור דנמצא שלא קיבל עליה לשמור וכ"כ גבי בעל בנכסי אשתו מסתמא לא קביל עליה לשמור אבל כל היכא דקביל עליה לשמור אלא שמתנה להיות פטור אם יהיה פשיעה נמצא תנאי סותר את המעשה ואפי' נימא דתנאה מהני אף לפשיעה דלא כר' ברוך וכמ"ש מקצת מהאחרונים איכא לפלוגי ולומר דה"ט דכל שהתנה להיות פטור מפשיעה נעשה כאלו פירש שאינו מקבל עליה לשמרם כדינו וכמ"ש הר"מ ז"ל אבל בנדון דידן שלא התנה הגם שבדעתו היה להיות פטור מפשיעה מפני שהיה סבור שבעליו היו עמו מ"מ הא קביל עליה שמירה בסתמא כדרך כל השומרים אלא שבדעתו היה דהגם דקביל שמירה להיות פטור משום בעליו עמו ועיין בש"ך סי' ש"ה ולפי מ"ש הריטב"א ז"ל בההיא דהניח להם אביהם פרה דפטורים משום דיכולה לומר זכות אבינו אנו יורשים ולאו בתורת השומרים באו לידם איכא למימר דכ"ש דגבי בעל בנכסי אשתו דיכולים לומר דבתורת מקח בא לידינו וכאלו לקח מן האשה דמי ואע"ג דלוקח חייב מיהא בפשיעה הבעל פטור משום דהוי פשיעה בבעלים ולא שייך הכא לומר תחזור פרה לבעלים הראשונים דע"כ לא אמרינן הכי אלא כשבא לידו של שני בתורת השומרים כמו שהיה הראשון דאז כי מסר ראשון לשני שליחותיה דמפקיד קא עביד אבל כשבא לידו של שני בתורת מקח אין לו עסק עם המפקיד אלא עם מי שמכרו לו דהיינו האשה ולאשה ג"כ לא מתחייב משום דהוי פשיעה בבעלים:

סימן ב

אשת איש ששאלה כלים למלאכת הבית חייב הבעל באונסין או לא:

תשובה בפרק השואל איבעיא לן בעל אי שואל הוי או שוכר הוי ונ"מ היכא דשאלה איהי פרה מעלמא והדר נסבה ומסיק לא שואל הוי ולא שוכר הוי אלא לוקח הוי ע"כ ויש לדקדק אשמעתין דאמאי נקיט לה בכה"ג דשאלה פרה והדר נסבה ולא נקיט לה באשת איש ששאלה פרה אי בעל שואל הוי כיון דיכול הוא לאשתמושי בה. וראיתי להרמב"ם ז"ל שכתב בדין זה שאם הודיעה את בעלה שהיא שאולה שהוא נכנס תחתיה ע"כ ולפי

דבריו אלו איכא למימר דמשום הכי נקט לה תלמודא בכה"ג דשאלה פרה והדר נשאת דכה"ג אפשר דהבעל לא ידע בשאלה אבל היכא דנשא' ואח"כ שאלה הא ודאי ידע בה שהיא שאולה ונכנס תחתיה כמ"ש הרמב"ם ז"ל ואין לומר זה לא קביל עליה שאלה ובדידה קא זכה כדאמרינן גבי יתומים שהניח להם אביהם פרה שאולה דהכא אין האשה מתרצית שיזכה בה בעלה להנאתו והיא תתחייב בזה ואפשר דאף הראב"ד יודה בזה ומטעם שפי' דכל היכא דאיכא פסידא לאשה אין סברא לעשותו לוקח אלא דהראב"ד ז"ל ס"ל דכל כמה דלא קביל עליה בשאלה אין סברא לחייבו כל כמה דלא נשתמש אבל בנשתמש בה ודאי דקבולי קביל עליה לשאלה וכן נראה לי להכריח דהא גבי יתומים כתב הנמקי יוסף בשם הראב"ד ז"ל דאם נשתמשו בה חייבים כשואל יע"ש איברא דיש להקשות לפ"ז דבהדיא כתב הנ"י בשמעתין דהשואל הפך מזה בשם הראב"ד יע"ש וע"כ צריכים אנו לחלק בין ההיא דהתם להכא דהתם יורשים הוו ומטיא להו הנאה בחנם. אבל הכא דלוקח הוי חשיב כאלו לקחה איהו מיד האשה בדמים לאשתמושי בה וראיה עוד לזה דהתם גבי יתומים כתבו כל המפרשים ז"ל דאין היתומים פטורים אלא מאונסין אבל בגניבה ואבידה חייבין ואלו הכא גבי בעל בנכסי אשתו כתבו דאפי' מפשיעה פטור דבעל לוקח הוי ולא קביל עליה שום שמירה. אבל לענ"ד נראה כמו שחילק הרמב"ם ז"ל וקאמר דכל היכא דהודיעה את בעלה שהיא שאולה ה"ז חייב דלפי זה יתיישב ג"כ מה שהקשו התוספות בשמעתין דבעל לוקח הוי ופטור דאמאי הא קי"ל בפרק יש נוחלין דכל היכא דאיכא פסידא לאחריני יורש הוי ולא לוקח והם ז"ל תירצו לזה דלא שווייה כיורש אלא משום פסידא דאלמנותו אבל משום פסידא דמשאיל אין לנו לעשותו יורש דמי דחקו להשאיל ואיהו אפסיד אנפשיה ע"כ ולכאורה קשה דהכא נמי איכא פסידא דאלמנותו דלמחר כשתתאלמן או תתגרש צריכה היא לשלם לבעלים דמי הפרה אבל לפי דעת הרמב"ם ז"ל אתי שפיר דלא חיישינן הכא לפסידא דאלמנותו כיון שהיה לה להודיעו איהי דאפסידא אנפשה:

הג"ה מבואר מדבריו דהאשה חייבת משום שפשעה במה שלא הודיעה לבעלה קודם שנשאת. וקשה לי לפי זה אמאי כתבו הראשונים וגם בש"ע סי' שמ"ו דהאשה חייבת לשלם כשיהיה לה ממון ומבואר מדבריהם דמהנכסים שהכניסה לא תשלם וכן כתב הריטב"א וז"ל כי כבר זכה הבעל בנכסים משעת נשואין ושואל לא מחייב אלא משעת האונס יע"ש. ולפי הנ"ל קשה אמאי לא תשלם מהנכסים שהכניסה הא משעת העת שפשעה שלא הודיעה לבעלה מאז נתחייבו הנכסים. וכמו דקיי"ל גבי יתומים שהניח להם אביהם פרה שאולה וטבחוה חייבים לשלם אם הניח להם אביהם א"נ. וכתבו הטעם

דמשעת פשיעת האב במה שלא הודיעם שהוא פקדון מאז נתחייבו הנכסים כמ"ש בש"ע סי' שמ"א והקושיא עצומה לדעתי. והנ"ל לומר בזה דהנה בעובדא דפרק המפקיד גבי אשלמינהו לאמיה דפטור הנפקד משום שיכול לומר דכ"ש דכי אמינא לה דדידי היא טפי מזדהרה ביה וכתב שם הנ"י דהיינו דוקא בש"ח אבל ש"ש לא מפטר בזו הטענה יע"ש ונראה מדבריו דבש"ש הוי פשיעה. ולפ"ז הקשתי לשאול על הריטב"א שכתב ליישב דעת הרמב"ם שפסק בפ"ב מה"ש דבפשיעה חייב השומר אף בהקדשות והקשו עליו דא"כ מאי פריך הש"ס ב"מ נ"ח מהא דתנן השוכר את הפועל כו' אחריות שבת עליו הא י"ל דמיירי שפשע. ותירץ הוא ז"ל דא"כ אמאי פטור ברישא הא בפשיעה אף ש"ח חייב יע"ש בא"ז ובש"ך ח"מ סי' ס"ו. ולפ"ד הנ"י אכתי קשה דלמה לא משני הש"ס שפשע כה"ג שמסרה לאימיה לא הודיעה דבש"ח לא הוי פשיעה ובש"ש הוי פשיעה. ועלה על רעיוני ליישב ע"פ דברי התוס' שם ד"ה לשמור שכתבו דגבי זרעים דעומר ל"ש שמירה רק שעומד שם להודיע שיחדם לעומר ומעצמן היו נמנעים מליקח יע"ש. וא"כ תו לא משכחת כה"ג שמסר לאמו וע"כ שאמר לה שתעמוד שם להודיע שיחדם לעומר. וא"כ תו לא פשע דהא אמר לה שאינו שלו. ובזה ישבתי ע"נ מה שמקשים על הרמב"ם שמביא בפ"ו מה' שבת הך ברייתא דהשוכר את הפועל ולא הביא מסקנת הש"ס בשקנו מידו. ולפי מ"ש ניחא דהוא ז"ל לא העתיק רק פרה ותינוק והשמיט זרעים ושפיר מתוקמא הברייתא לדידיה בשפשע באופן שכתבתי ודו"ק. אמנם באמת נ"ל דבר נכון דהקושיא מעיקרא ליתא. דמה שחילק הנ"י בין שומר חנם לש"ש לאו משום דבשומר שכר הוי פשיעה דא"כ גם בשומר חנם לחייב דלענין פשיעה אין חילוק וכנראה מתוספות ב"מ צ"ג ד"ה איבעי יע"ש. אלא טעם הדבר הוא משום דדבר דלא הוי ליה למידע ולאסוקי אדעתיה הוי אונס כמבואר בדין מי שפרע מקצת חוב והשליש השטר דאם עכבו אונס מלבא לא יתן השטר והיינו דוקא באונס דלא הו"ל לאסוקי אדעתי' להתנות ולכך הוי אונס אבל באונס דשכיח דהו"ל לאסוקי דעתיה להתנות ל"ה אונס וא"כ לכך פטור השומר חנם דלא הוי לאסוקי אדעתיה שאמו לא תשמור אבל בשומר שכר לעולם חייב אף באונס בגוף של השומר עד שיבא אונס בדבר הנפקד. ואף שלא פשע חייב וכן מבואר בא"ז שם בעובדא דתורא דלא הוי ליה כמ"ש דכתב בשם תוס' שאנץ ז"ל דאף שלא פשע הבקרא מ"מ בשומר שכר ישלם ובש"ח פטור דלא הוי לאסוקי אדעתיה דהא אוכלא שדא ליה בינא תורא יע"ש. והיינו ודאי משום דהוי אונס בגוף של השומר דיש חילוק בין שומר חנם לש"ש דהשומר שכר חייב כמבואר מתשובת רמ"א שכתב דשומר שכר שהי' טרוד להציל את שלו ונשרף דבר הנפקד דחייב. ומביא ראיה

מדברי הנ"י שכתב בשם הרשב"א דשומר שכר לעולם חייב אפילו באונס המגיע לגופו עד שמגיע לגוף של פקדון (עיין בס' ישועות יעקב סי' ש"ז בקונטרס ש"ש של מר ניהו רב האי גאון המובהק סיני ועוקר הרים מהור"ר מרדכי זאב א"ש במה שהביא הסוגיא דבעל שואל הוי דוק בדבריו ותמצא ג"כ מש"ס הנ"ל ראיה גדולה לדינו של הרמ"א הנ"ל) ולפי"ז עלה בידי ליישב מה שהקשו על הטור שפסק סי' שמ"ו דאע"פ שבעל בנ"א לוקח הוי מ"מ היכא ששאלה פרה מעלמא פטור הבעל אף מפשיעה ואיהו גופיה פסק כהר"י דלוקח לל' יום חייב בפשיעה. ולפי מ"ש ניחא דהא הסוגיא מיירי שהבעל א"י שהוא שאול והי' סבור שהיא שלה והוי בבעלים ולכך פשע ולא הוי ליה לאסוקי אדעתיה והוי אונס ושומר חנם פטור כיה"ג כמ"ש. ולפי"ז יתישב קושית הרב לח"מ בפ"ב וד' מה' שו"פ שהקשה אמאי קאמר הש"ס דבעל לא שואל הוי ולא שוכר הוי אלא לוקח הא אף אם הוי שואל או שוכר פטור בכאן שיכול לומר שסברתי שהיא של אשתי והוי בבעלים ולכך פשעתי וכמו שפטרינן התם לאימי' משום שתאמר צא אמר לי דלאו דידיה הוא יע"ש שהניח בצ"ע. ולפמ"ש לק"מ דדוקא שומר חנם יכול לפטור עצמו מטעם זה כנ"ל אבל שוכר ושומר שכר כיון שקיבל עליו השמירה לא יפטר בטענה זו דלא הוי רק אונס בגוף השומר כמש"ל והבן. ומעתה יתיישב מה שהקשתי ברא"ש דלמה לא תשלם מהנכסים שהכניסה דהא נתחייבו משעת פשיעה שפשעה במה שלא הודיעה לבעלה כמו ביתומים. ולפי הנ"ל ניחא דבשלמא גבי יתומים שפיר נתחייבו הנכסים דפשע האב פשיעה גמורה דהו"ל לאסוקי אדעתיה שהיתומים יסברו שהוא שלהן ויעשו בה כאדם העושה בשלו. וא"כ הוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס שלא ידעו שהוא פקדון והאונס בא מכח הפשיעה לכך נתחייבו הנכסים. אבל הכא הרי תוכל האשה לומר סברתי שאם לא אודיעו שהוא של פקדון ויסבור ששלי היא ישמור יותר ובכי ה"ג הוי אונס בגוף כמש"ל ולא פשיעה וא"כ הוי תחילתו באונס וסופו באונס ולא נתחייבו הנכסים רק משעת הוצאות הדבר מן העולם ודו"ק היטב (ועיין בסמ"ע סימן שמ"א ובש"ך שם עכ"ה) מאתי הצעיר שמואל פנחס המביא לבית הדפוס מבוברקא:

איברא דעדיין צריך להבין כי הודיעה לבעלה נמי אמאי נכנס תחתיה להתחייב כדין שואל ולא מצינו לבעל שיהיה אלא או יורש או לוקח והכא כי נמי הוי יורש אמאי חייב באונסין מ"ש מיתומים שהניח להם אביהם פרה שאולה ומתה אינם חייבים באונסי' ולפי מ"ש הראב"ד ז"ל גבי יתומים דאם נשתמשו בה חייבים באונסי' דכיון דאחזיקו ונשתמשו בה בתורת שאלה אחזיקו בה ומה שאמרו דאינם חייבים באונסים היינו היכא דמתה באגם אתי שפיר נמי הכא דכל שהודיעתו ה"ז חייב היכא דנשתמש בה כמו יורש

ולפי זה למדנו דגבי יתומים ג"כ כל היכא דלא ידעו שאינה של אביהם אפי' נשתמשו בה הרי אלו פטורים ואפי' מפשיעה דהא לא קבילו עלייהו שמירה איברא דלפי מ"ש דחייבים בגניבה ואבידה הואיל ונהנה אפי' לא ידעו ג"כ חייבים ומ"ה איצטריכו לומר גבי בעל לוקח הוי כדי לפוטרו אפילו מפשיעה ויותר נראה דכל כמה דלא ידעו שאינה של אביהם לא שייך לומר הואיל ונהנה מהנה דלא נשתמשו בה אלא מפני שסבורים שהיתה שלהם ומאי דנקטו גבי בעל לוקח הוי ולא אמרו יורש הוי היינו כדי לפוטרם אפילו כשידע שהיא שאולה אבל לפי הנראה מהחולקים על הרמב"ם וס"ל דאפילו הודיעה האשה לבעלה שהיא שאולה ה"ז פטור ואפילו נשתמש בה צ"ל מה שהקשינו לעיל ונראה לע"ד דאפשר דס"ל דדוקא נקיט לה בכה"ג דשאלה והדר אינסיבא דאז זכה הבעל בפרה להשתמש בה כמו שירצה אבל בא"א ששאלה פרה או כלי לעשות מלאכתה כגון לחרוש שדה של נ"מ או לרכוב היא עצמה עליה בזה לא חשיב בעל כלוקח להשתמש בה במלאכתו וראיה לזה מההיא דבעי שם לעיל מינה אשה ששאלה ונשאל לבעלה מהו ופירש"י ששאלה פרה לחרוש בה נ"מ מי חשיב בעל כשואל וקרי' ביה בעליו עמו ואם איתא דבכה"ג ג"כ חשיב בעל לוקח על גוף הפרה אם כן מאי מספקא ליה אי חשיב כשואל אלא מוכח דכל כה"ג דלא שאלה איהי אלא לעשות מלאכתה אין לבעל לשנותה למלאכתו. ולפי זה נראה לי דהאשה ששאלה משכנתה כלי אחד לעשות מלאכת הבית הצריכה לה ולבעלה דכל שידע בה בעלה ה"ז חייב משום שואל כיון דמטי ליה הנאה דהבעל חשיב שואל ואפילו בשאלה איהי כלי להתקשט בו כתב הרא"ש בתשובה דאי פשע בהם הבעל ה"ז חייב (ועיין בטור סי' שמ"ט) וה"ט משום דכל שבאו לרשותו ה"ז מתחייב בשמירתן דהאיש חייב במלאכת אשתו הצריכה לה:

וראיתי להמבי"ט בח"א סי' רמ"א שהשיב על מי שהניחה תכשיטין לכלה להתנאות בהם ואח"כ כשרצתה בעלה התכשיטין ליקח אותם לא הניח החתן ואמר שאם יארע בהם שום אונס שהוא יתחייב דפטור החתן מלשלם כיון שלא נשתמש הוא בהם יע"ש ולע"ד אנ"כ דהא ודאי מטיא ליה הנאה לחתן בהתקשט עמהם הכלה וחשיב כאילו נשתמש בהם ואפילו כי לא מטיא ליה הנאה לחתן ה"ז מתחייב מדין ערב שעפ"י של זה שאמר ואני אשלם הניחו לה התכשיטין:

סימן ג

מי שהשאיל ספר לחבירו ונאנס מידו כתב הר"ן בתשובה שאינו חייב באונסין דכיון דמצוה עבד נמצא שאין כל הנאה של שואל שאף המשאיל נהנה משום פרוטה דר"י והו"ל כהשאילני והשאילך עכ"ד ואני בעוניי עם שאיני כדאי יש לדון בדבריו הרבה

דמ"ש דהמשאיל נהנה משום פרוטה דר"י נראה דפרוטה דר"י לא שייכא הכא שאין המשאיל עושה מצוה בשעה שמשאיל הספר עד דנימא דאי איזדמן ליה ענייא פטור מלמיהב ליה ריפתא אלא בשעה שלומד חבירו בספרו אית ליה מצוה לבעלים ובאותה שעה ודאי דאי איזדמן ליה עני חייב למיהב ליה דלא אמרו אלא העוסק במצוה פטור מן המצוה וכמ"ש הר"ן במסכת סוכה יע"ש ומדברי הרמב"ם ז"ל בפ"א מהל' שכירות נראה דהמצוה הוי בשעה שקורא בו השואל והב"י בסימן ע"ב הביא תשובה להרשב"א על מי שמשכן ספר לחבירו ונתן לו רשות ללמוד בו דאפילו לא התנה עמו בנכייתא לא חשיב שואל לחייבו כי אם ש"ש כיון דע"ת זה הלוהו לו מעות מוכח מדבריו דטעמא משום דע"ת זה הלוהו מעות הוא דלא נעשה שואל הא לאו הכי שואל הוי וחייב באונסין ועוד ק"ל ע"ד דהרי בהשאיל את הפרה דהמשאיל נהנה במזונות ובנטירותא ואפ"ה דין שואל יש לו כדמוכח בפ' השואל דלא בעינן כל הנאה שלו אלא רוב הנאה של שואל שעושה מלאכתו בחנם ואע"ג דמטייא ליה הנאה לבעלים מ"מ כיון שהשואל עושה מלאכתו בחנם דין שואל יש לו ואע"ג דאיכא אוקמתות אחרות שם מתוך דברי הפוסקים נראה דהכי עיקר כמ"ש איברא דיש כאן לשאול דבפרק השואל איבעיא לן שאלה לראות בה מהו ממונא בעינן והאיכא או דילמא ממונא דאית ליה הנאה מינה בעינן וליכא ולא אפשיטא וא"כ בשואל ספר ללמוד בו לית ליה הנאה לשואל הנאת ממון דמצות לאו ליהנות ניתנו ולדעת הרמב"ם ז"ל דס"ל דבעיין לא הוי אלא לענין שאלה בבעלים אבל לענין אונסין ה"ז חייב ולע"ד נראה כן וראיה מהתוספתא שהביאו התוספות בפרק הרבית והטור בי"ד וז"ל המשכיר מעות לשולחני להתראות בהם נגנבו או נאבדו חייב נאנסו פטור מפני שהוא נושא שכר:

סימן ד

מי ששאל ספר כדי ללמוד בו ונתקלקל הספר מחמת מה שלמד אי חייב השואל או נימא דפטור מכיון דנתקלקל מחמת מלאכה ושואל פטור במתה מחמת מלאכה או בנכחשה מחמת מלאכה. איברא דלפי הטעם דיהיב הרמב"ן והריטב"א ז"ל לפטור במתה מחמת מלאכה ואע"ג דשואל חייב בכל האונסין משום דמתה מחמת מלאכה או נכחשה המשאיל פשע בה דאיבעי ליה לעיוני בפרתו אם היתה ראוי' למלאכה וכיון דלא עיין ואושלה איהו דאפסיד אנפשיה עכ"ד יראה דבנ"ד דלא שייך האי טעמא לומר דפשע המשאיל הרי השואל חייב לשלם. אבל דברי הרמב"ן אלו נראה דלאו כ"ע מודו ליה שהרי כתב הרמ"ה והביאו הטור סימן ש"מ דהשואל בהמה לילך למקום ידוע ובאו עליו לסטים ואנסוה ממנו דחשיב שפיר מתה מחמת מלאכה והביא ראיה מההיא

עובדא דשאל שונרא והתם ודאי לא פשע המשאיל ואפילו הכי פטרו ואפילו למ"ש הטור דהרא"ש ז"ל חילק ע"ד הרמ"ה לא חילק עליו מטעם זה של הרמב"ן ז"ל אלא משום דס"ל ז"ל דנטלוה לסטים לא חשיב זה מחמת מלאכה שאפילו לא היה עושה מלאכה היו נוטלים אותה ממנו משמע דלא ס"ל לטעמו של הרמב"ן. ולעיקר קושיתו של הרמב"ן ראיתי להרב בעל נימוקי יוסף שכתב בשם האחרונים נוחי נפש וז"ל ואע"ג דבמתה שלא מחמת מלאכה חייב לא אמרינן הכי כשמתה מחמת מלאכה אלא כיון שהשאילה למלאכה ידע המשאיל דאפשר דמתכחשא במלאכה ואפילו הכי השאילה לו אם כן מתירה למיתה הלכך המשאיל הוא דפשע בנפשיה עכ"ד. ולכאורה דברים אלו נוטים לסברת הרמ"ה ולפי זה יראה דבנ"ד פטור השואל שהרי ידע המשאיל שיתקלקל הספר בקריאתו ואפילו הכי השאילו. אבל מדברי הרא"ש שהבאתי נראה דלא ס"ל להאי טעמא מדחייבו לשואל בנטלוה לסטים בדרך ואע"ג דידע המשאיל כשהשאילה דאפשר שיאנסו אותה בדרך ולע"ד היה נראה לי טעם אחר בפיטור מתה מחמת מלאכה משום דסתם שואל כלי או בהמה למלאכה הראויה למלאכה קא שאיל והלכך כשמתה מחמת מלאכה או נכחשה הבהמה מחמת מלאכה כחש דלא הדרא אינלאי מלתא דבהמה זו לא היתה ראוי' למלאכה והוי שאלה בטעות דאי הוה ידע בה השואל שלא היתה ראוי' למלאכה לא היה שואל אותה ולפי דרכנו זה יראה דבנ"ד דלא שייך להאי טעם הרי זה השואל חייב לשלם והיה נראה לע"ד להביא ראיה לזה דלא בכל מתה מחמת מלאכה פטור השואל מההיא דאמרינן בפרק הרבית ההיא דודא דבני מר עוקבא דהוה קא מוגיר לה מר שמואל תקיל ויהיב לה תקיל ושקיל לה ופריך עליה אי אגרא לא פגרא ואי פגרא לא אגרא ע"כ ופירש"י והריטב"א ז"ל אי אגרא לא פחתה כלומר דשוכר לא מחייב בפחתה דהא להכי יהבי אגרא עכ"ד. משמע דפיטור פחתה בשוכר הוי טעמא משום דלהכי יהיב אגרא הא אלו לא הוה יהיב אגרא מדינא חייב בפחתה ואע"ג דהפחת מחמת מלאכה:

סימן ה

מי שהשאיל לחברו כלי שלו שלא מדעת השואל כגון שהניח בגדו ע"ג לכסותו כתב המבי"ט בח"א דכל שנהנה בו נעשה שואל והביא ראיה מדברי הרמב"ם ז"ל שכתב בהלכות שאלה דאי הודיע' את בעלה שהיא שאולה ונשתמש בה ה"ז נכנס תחתי' אלמא דנשתמש בה חשיב כשאלה. ולע"ד אין משם ראיה דהתם נשתמש בה בפועל ואדעתא דשאלה אחזיק בה וכמ"ש הנ"י בפרק הגוזל בתרא גבי יתומים בשם הראב"ד ז"ל יע"ש ואדרבא מדברי המפרשים שהביא הנ"י שם דיתומים פטורים אפילו נשתמשו בה מטעם

דהם לא שאלו מידי ואף ע"פ שנהנים בה נראה דלאו בשימוש תליא חיובא אלא בשאלה וכל כמה דאיהו לא שאיל מידי אע"פ שנהנה לא משתעבד אבל הא ודאי בגניבה ואבידה מחייב דהואיל ונהנה מהנה וראיתי להב"י ז"ל בסי' ע"ב שהביא תשו' להרשב"א ז"ל מי שנתן רשות לחברו להשתמש במשכון דאפשר דאפילו בנתינת רשות בלבד נעשה שואל ועיין תשובת להרא"ש והביאה הטור סי' ש"ה שכתב דההיא עובדא דחד אריך וחד גוץ הוי השאילני ואשאילך דהוה שאלה בבעלים אלמלא דבלא דעתיה שקליה ובלא דעתיה אותביה:

סימן ו

מה שאמרו אין השואל רשאי להשאיל צריך לברר אם עבר השואל והשאילה לאחר אם יכול לחזור ולהוציא מידו של שני מטעם דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר דלפי מ"ש הרי"ף ז"ל בפרק המפקיד דמה שאמרו אין השואל רשאי להשאיל הוא דוקא לכתחלה אבל אם עבר ועשה לא מיקרי גזלן דלא קי"ל כר"מ דאמר כל המעביר ע"ד בע"ה נקרא גזלן יע"ש היה נראה לומר גם כן דאין השואל הראשון או הבעלים יכולים להוציא מידו של השואל השני דשואל הראשון זכה בה לאשתמושי בה כל ימי שאלתה וזה הזכות שיש לו בה נתנו לשני ומה שאמרו בפ"ק דגיטין פקדון אמאי אינו יכול לחזור בו לימא ליה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר וכו' התם שאני משום דאינו אלא פקדון ואין לו שום זכות בו לנפקד לאישתמושי ביה לא לראשון ולא לשני אלא שנתנו לזה כדי להוליכו לבעליו וע"ז אותיב ליה אמאי אינו יכול לחזור אי משום דזכה זה השני לבעלים הלא אין כאן זכיה דלא ניחא להו לבעלים בכך דאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר. וכ"ת אפ"ה האיך יכול לחזור בו אחר שנתנו לו להוליכו לבעלים כיון דטעמא דאין רצוני לא הוי קפידא גמורה אם איתא דהשואל שהשאיל לאחר מה שעשה עשוי. איכא למימר דכיון דאין זכיה לבעלים יכול זה הראשון להוציאו מידו משום שהוא חייב באחריותו עדיין וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל שכתב בפ"א מהלכות שכירות דהרי זה יכול להוציאו מידו משום שהוא חייב באחריותו יע"ש ולכאורה הוה קשה דאמאי לא סגי ליה מטעם דאין רצוני לחוד אבל לפי מ"ש אתי שפיר וכ"כ הרב בית חדש בסימן קכ"ה יע"ש. והטור בא"ה סימן כ"ח הביא משם בעל העיטור ור"ש דהמקדש בטבעת שאולה דאיכא מ"ד דהויא מקודשת בההיא הנאה שיכולה איהי לאשתמושי בה כל ימי שאלתה והרא"ש כתב דאם נתנו לו רשות להשאילה לאחר והודיעתו לאשה ה"ז מקודשת יע"ש והבת"ה כתב דמה שאצטריך הרא"ש ז"ל לכשנתנו לו רשות להשאיל לאחר אינו אלא לכתחלה אבל בדיעבד אפי' לא נתנו לו רשות להשאיל הויא מקודשת יע"ש:

אבל לע"ד נראה דבהא פליגי דמאן דאמר מקודשת אפילו לא נתנו לו רשות להשאיל סבירא ליה כמו שכתבנו לעיל דאם עבר השואל והשאיל לאחר מה שעשה עשוי ואין מוציאין מידו של שני. והרא"ש ס"ל דכל שלא נתנו לו רשות להשאיל לא זכתה בו האשה כדי שתתקדש בו שהרי יכול לחזור ולהוציא מידה מטעם דאין רצוני והרב בעל העיטור ז"ל כתב באות פקדון אחר שהביא דברי הרי"ף והגאונים ומיהו סברא דרבוותא דאם עבר והשאיל אינו יכול לחזור בו משום טעמא דאין רצוני שיהא ביד אחר אלא כשהוחזק כפרן עכ"ל ולכאורה נראה שטעות סופר נפל וצ"ל יכול לחזור בו דהכי מוכח מהראיה דאייתי מגיטין. ואני בע"ד במ"א הבאתי ראיות לסברא קמייתא מההיא דמתה יורשים משתמשים בה כל ימי שאלת' וכיון דמידי ספיקא לא נפקא נראה לע"ד דאין אנו יכולים להוציא מידו של שואל שני כיון דהוא תפוס בה וברשות בא לידו וכמ"ש התוספות בס"פ השואל ד"ה פרדסי יע"ש והבעלים ג"כ אינם יכולים להוציא מידם ואע"פ שלא החזיקהו בה. והב"ח ז"ל בא"ה כתב דכל שלא נתן לו המשאיל רשות להשאיל הוי ליה קידשה בגזל יע"ש. ולע"ד לא מיקרי גזל כמבו' בדברי הרי"ף והרא"ש בפרק המפקיד גבי אין השואל רשאי להשאיל אלא טעמא הוי כמש"ל דכיון דלא זכתה האשה בשאלה שהרי הבעלים יכולים להוציא מידה אישתכח דלאו מידי יהיב לה בשעת הקידושין ועיין מה שכתב המרדכי ז"ל בפרק הספינה והביאו הב"י ז"ל דאין קונין בסודר שאול יע"ש וכן כתב הרא"ש בתשו' והעיקר נראה לי דאם השאיל לאחר הרי הבעלים יכולים למחות ולומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ומוציא מידו ואף אם השאיל לראשון לזמן מכי עבר והשאילו לאחר נסתלק הוא ממנו ועיין בחידושי הרב מהור"ר בצלאל בפרק השואל מ"ש משם הרמ"ך גבי שואל אדם בטובה לעולם:

סימן ז

והיכא דהשאיל חפץ לחברו לזמן ובתוך הזמן אמ"ל השואל למשאיל אין לי צורך עוד ואיני שואל עליו לכאורה נראה דדבר זה במחלוקת שנוי שכתב הרב בעל נימוקי יוסף בפרק השואל גבי ההיא דתקינו משיכה בשומרים וכו' וז"ל הצ"ל אבל בשואל לא הוה מסתברא הכי דנהי דמשמשך אין משאיל יכול לחזור בו שואל מיהא יכול לחזור בו דעיקר שאלה לצרכו הוא אבל הרא"ה ז"ל כתב שאף בשואל השוו מדותיהן ואינו יכול לחזור בו דאע"ג דודאי אם רצה להחזיר לרשות הבעלים מחזיר מיהו אם חזר בו ונאנס בשעה שמחזירו חייב ולא אמרינן דליהוי כהחזירה לאחר ימי שאלתה עכ"ל. ומפשט דבריו נראה דסברא קמייתא ס"ל דכל שחזר השואל והודיעו למשאיל אף שעדיין לא החזירה בפועל פטור מאונסין ולע"ד נראה כסברת הרא"ה מפשטא דמתניתין דקתני

השואל את הפרה ושלח לו ביד בנו וכו' או שאמר לו הריני משלחה לך ביד בני ביד עבדי ואמר ליה שואל שלח חייב וכן בשעה שמחזירה ופירש רש"י ז"ל או שאמר לו השואל הריני משלחה ואמר ליה המשאיל שלח ושלחה ומתה פטור יע"ש. וכן כתב הטור בסי' ש"מ ז"ל או שאמר לו השואל הריני מחזירה על ידם ואמר לו המשאיל הן יע"ש. אלמא דאע"ג דאמר לו הריני משלחה לך עדיין חייב באונסין עד שיגיע לרשות הבעלים כל שלא אמרו הבעלים שלח וא"ת מ"ש מלאחר ימי שאלת' דפטור מאונסין ואפי' בביתו של שואל מתה כמ"ש רש"י ז"ל בפ' האומנין דף פ' ז"ל אבל לאחר ימי שאלתה פטור ואפי' בביתו של שואל מתה משכלו הימים אינו שואל עליה יע"ש וה"ט התם דלא צריך לאודועי דהא ידע שלכך וכך ימים השאילה לו וא"כ בתוך ימי שאלתה נהי דצריך לאודועי מכל מקום כל שהודיעו אמאי לא מיפטר מאונסין אפשר לומר דהיינו טעמא דבתוך ימי שאלתה חייב באונסין אף שהודיעו משום דאין הבעלים יכולים ליקח אותה בעל כרחך דעדיין ביד שואל לחזור בו ולהשתמש עד סוף הזמן ולפי זה נראה דהיכא דשאל סתם והודיע לבעלים שאינו צריך לה עוד נפטר בכך דהרי כבר כלתה שאלתו:

איברא דהב"י ז"ל בסי' שמ"ג הביא הירושלמי וז"ל השואל את הפרה שאלה היום ושכרה למחר לילה שבנתים מהו כו' ופירש ת"ר דה"ק שדרך הפרות ללון אצל בעליהם כלומר שעל השואל להחזירן כל שלא החזירן ודאי שאולות נינהו ואי אין דרך הפרות כלומר שאין על השואל להחזירן זו ודאי אינה כשאולה יע"ש ולפ"ז צריך לומר דהא דקאמר בגמרא דידן אבל לאחר ימי שאלתה פטור משואל איירי כשאין על השואל מוטל להחזיר לבעליהן אבל לע"ד נראה פירוש אחר בירושלמי והכי הוא דאי דרך הפרות ללון אצל בעליהן וזה על ידי שהיתה שכורה אצלו למחר לא החזירה בלילה א"כ נמצא דמה שעומד אצלו בלילה הוא להנאתו שהרי מרויח זה שאין צריך עכשיו לטרוח למחר לילך לשכור ותכף ומיד ישכים למלאכתו ומ"ה. הוי כשאולה אצלו וחייב ואי אין דרך הפרות ללון אצל בעליהן כלומר להחזירה בלילה אם כן מה שלא החזירה אינו מפני ששכורה למחר דבלאו הכי אין דרך להחזירה בלילה אם כן לא הרויח זה כלום מה שלנה אצלו דבלאו הכי היתה לנה אצלו פטור עיין לעיל בהלכות שומרים סימן י"ט ולכן נראה לי עיקר דהיכא דשאל סתם והודיע לבעלים שאינו צריך לה עוד נפטר בכך שהרי כלתה שאלתו. ולענין שאלתינו דבתוך הזמן אמר לו השואל למשאיל אין לי צורך עוד בו נראה דכ"ע מודים דחייב באונסין ועדיין יש לחקור היכא דשאל סתם לעשות מלאכה פלונית וגמר מלאכתו ונאנסה קודם שהודיעו לבעלים ומפרש"י בסוגיין דפרק האומנין נראה דעדיין ברשותיה דשואל קיימא עד שיודיע לבעלים:

אמנם נראה לכאורה שיש חולקין עליו בזה שהרי בההיא דלוקח כלים לשגרן לבית חמיו יש מפרשים דחייב משום שואל כמ"ש התוספות בפרק הספינה ואפי' הכי בחזרה פטור מאונסין ואע"פ שלא הודיעו לבעלים ונראה שרש"י ז"ל מפני כך הוצרך לפרש דלאו משום שואל מחייב אלא משום לוקח דאי משום שואל הא צריך שיודיענו לבעלים וסוגיין דשמעתין שם מוכח הכי דהאומנין שומרי שכר הם עד שיאמר לבעלים גמרתיו הא לאו הכי הוי חייב ואע"פ שנגמרה מלאכתו כיון שלא הודיעו ולדעת הי"מ צ"ל דכי בעינן שיודיענו ה"ד לחייבו בגניבה ואבידה שהרי אומרים לו הבעלים אם היית מודיע לנו היינו שומרם אבל באונסין דלא שייך לה"ט לא. והא דאמר ר"א ד' שומרים צריכים דעת ושואל חד מנייהו היינו כדי לחייבו בגניבה א"נ איירי כשהחזיר' תוך הזמן א"נ איכא למימר דהא דבעי גבי אומן שיאמר גמרתיו היינו משום דתפיס אאגריה וכי א"ל גמרתיו הוי כאלו א"ל קחהו ואיני מעכבו ומכל מקום נראה לע"ד עיקר דצריך שיודיענו לב"ה ואפי' קיבל כבר שכרו משום דהב"ה מצי א"ל אילו היית מודיע לי הייתי מטפל בשמירתה ואי לא היה יכול להודיעו עיין בהר"מ ז"ל פ' ט"ז מה' מכירה ועדיין צ"ע. (א"ה כל ענין זה הנז"ל לא מצאתי בדברי מורי' ורבינו כי אם רמז דברים וסדרתי אותם לפי ע"ד):

סימן ח

גרסינן פרק הגוזל קמא אר"ח בר אבא אר"י הטוען טענת גנב באבידה משלם תשלומי כפל איתיביה ר' אבא לר"ח כי יתן איש אין נתינת קטן כלום ואין לי אלא נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא קטן נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול מנין ת"ל עד האלהים יבא דבר שניהם עד שתהא נתינה ותביעה שוים כאחד דאם איתא תהוי כאבידה עד דאמר רב אשי אבידה קא אתייא מכח בן דעת הא לא אתייא מכח בן דעת ופרש"י אין נתינת קטן כלום ואין נשבעים על טענתו משמע מדבריו דשבועה הוא דאינם נשבעים אבל אם יש עדים שפשע או ששלח בו יד חייבים לשלם לקטן והכי צריך לומר דאל"כ מאי פריך מדין אבידה שאני אבידה דחיוב שמירה חל עליו דשומר אבידה כש"ש הוי ומ"ה נשבעים על טענתו ובאים לידי כפל ע"י משא"כ בקטן דאין נתינתו כלום ואם פקדון א"כ שבועה א"כ וכ"ת היא גופא קא קשיא ליה אמאי באבידה יש חיוב שמירה כיון דנתינה ליכא זה אינו דא"כ מאי ק' לי' על מימרא דר"ח והו"ל לאקשויי ההיא דאמרו דשומר אבידה הוי כש"ח או כש"ש ואמאי והא ליכא נתינה והיכי מחייבו בדין שמירה וכ"ת היא גופא קא משני אבידה קא אתיא מכח בן דעת כלומר ויש בו דיני שמירה מ"ה נשבע הא לא אתיא מכח בן דעת דלא חל עליו חיוב שמירה ומ"ה אינו נשבע וכ"נ מדברי

הראב"ד בהשגת מ"מ ק' ממתני' דשבועות דאין נשבעין על טענת קטן ואמרו עלה דה"ט משום דכתיב כי יתן איש ואין נתינת קטן כלום ומנ"ל הא דילמא כי ממעטינן מאיש דאין נתינת קטן כלום ואין נשבעין על טענתו ה"ד בפקדון דכיון דפקדון אין כאן שבועה א"כ אבל בטענת הלואה מ"ל אם נתינתו נתינה או לא דבהלואה א"צ קבלת שום דבר ולעולם אימא לך דטענת קטן טענה מעלייתא היא ובפקדון ה"ט משום דבפקדון צריך שיקבל הנפקד שמיר' וצריך שימשוך כדי לחייבו בדין שמיר' ונתינת קטן אינו כלום ואם פקדון א"כ שבועה א"כ ורש"י פי' בפ' כל הנשבעין דטענת קטן טענה מעלייתא הוי היכא דאתי מכח בן דעת כגון שנתנו אביו דאיכא נתינה לפי פי' לא קפיד קרא אלא אשעת נתינה ור"י הקשה על פי' דהא אמרי' עד האלהים יבא דבר שניהם עד שתהא נתינה ותביע' שוין כאחד דמשמע דבעינן שתהא התביעה בגדלות וא"ז קושיא דלא קפיד קרא אלא אשעת נתינה שיהא גדול אלא דהוה ס"ד לומר דהאי כי יתן אשעת תביעה קאי דבעי שיהא גדול ואע"ג דהנתינה היתה בקטנות והרמב"ם כתב בפ"ה מה' שכירות קטן שהפקיד ביד גדול ה"ז הגדול נשבע על טענת קטן הורו רבותי שא"ז נשבע בטענת הקטן שכל השומרין שבועתן שמא היא ולפי דבריו כי ממעטי' קטן אינו אלא לענין כפל וכ"כ בה' וכתב ה"ה אבל הרמב"ן והרשב"א והרבה מהמפרשים ז"ל חולקים ע"ז ואמרו שדבר תורה אין נשבעין לקטן ומ"מ יש שהורו שנשבע שבועת היסת ע"י קטן שלא כדברי הראב"ד ז"ל בהשגות שכתב שאפי' היסת אינו נשבע עכ"ל ולא הבנתי דבריו דהראב"ד ז"ל לא קאמר דאין נשבעין היסת אלא בשבועת השומרים משום דאין חל חיוב שמירה על פקדון של קטן וכיון דפקדון אין כאן מה שבועה שייך אבל כל היכא דחל חיוב כיון שנמסר החפץ לידו בחיי אביו גם הראב"ד יודה דנשבעין בטענת הקטן כל היכא דנשבעין על טענת שמא וכ"נ מדברי הראב"ד פ"ה מהלכות טוען על מ"ש הרמב"ם אבל אם שמר ה"ז נשבע לפי שאינו נשבע מחמת טענה וכן אם הודה שהיה שותף לקטן כתב הראב"ד נראים הדברים שנמסר החפץ לשמירה לידו בחיי אביו כלומר דאז כל חיוב שמירה חל על החפץ נשבעין על טענת הקטן כיון דשבועת השומרים אינו נשבע מחמת טענה ודברי הרמ"ה שהביא הטור סימן כ"ו דבשומרים הכל תלוי בנתינה ולא בתביעה יע"ש הם כדברי הראב"ד. וקשה דהא משמע בפרק הגוזל דבעינן שתהא ג"כ התביעה בגדלות ומ"מ נראה לפי דבריהם דהאי כי יתן איש דממעטינן מיני' קטן בדיני שמיר' דבעינן חיוב שיקבל הנפקד לשמור קאי אשעת נתינה ואין מעשה קטן. כלום דבדיני הלואה דלא בעינן קבלה לחיובי האי כי יתן קאי אשעת תביעה:

ואחר שהוכחנו שיש דיני שמירה בנכסי קטן ואפי' אם קיבל מידו של קטן וכ"פ מרן בש"ע והש"ך יש לחקור אם החזירה השומר לקטן ונאבד מיד הקטן אי חייב השומר מי נימא דכשהחזירה ליד קטן ה"ז כמשליך לאיבוד דמי וכמ"ש רשב"ם בפ' חזקת גבי קיבל מהקטן אל יחזיר לו משום דהוי כמשליך לאיבוד אבל ראיתי להרמב"ן שם בחי' שהקשה אמאי לא יחזירם לקטן וליפטר וכ"ת כיון דאגבהה מחייב בהשב' מעלייתא לאו מלתא היא דכי אמרי' הכישה נתחייב בה ה"מ בב"ח דאנקטינהו נגרי ברייתא אבל בשאר מילי לא כדאיתא בפרק הספינה וכו' והעלה דלצאת ידי שמים קאמרי' משום השבת אבידה של תינוק כענין שאמרו בחבלות ואם החזיר ליד תינוק אינו חייב לשלם עכ"ל וכ"כ הר"ן ז"ל בחידושיו מכ"י ולע"ד צריך להבין כיון דנתחייב זה שלא להחזיר ליד קטן משום השבת אבידה. כי החזירם לקטן אמאי פטור וה"ז דומה להחזיר את האבידה במקום שאינו משתמר ונאבד שם דחייב לשלם וכ"ש בהחזירן ליד קטן דאין לך פשיעה גדולה מזו. וראיתי להרשב"א בתשובות החדשות סי' רצ"ט שהביא הברייתא ונסתפק בזה אם החזיר ליד הקטן אי חייב לשלומי דהוי פשיעה או דילמא כיון ששקל מידו לשמור נעשה כאפטרופוס דאפי' פשע פטור משום תקנה ומצאתי להרמב"ן בפרק חזקת שכתב שהוא פטור אם החזיר עכ"ד ולכאורה נראה מדבריו אלו שכל טעמו של פיטור הוא משום דס"ל דאפטרופוס שפשע פטור וזהו טעמו של הרמב"ן א"כ לדידן דקי"ל דאפטרופוס שפשע חייב כדעת הגאון והתוס' והרא"ש כמו שפסק בש"ע אם החזירם לקטן ה"ז חייב. אמנה ראיתי להר"ן ז"ל שכתב הכא כדברי הרמב"ן ממש ואלו בדיני האפטרופוס פסק שהוא חייב ובדברי הרמב"ן יש לדון במה שאמר דאם החזיר לתינוק פטור דמה שאמרו אין מחזירין לו היינו טעמא משום השבת אבידה של תינוק דשמא מציאה אשכח עכ"ל ואיכא למימר דע"כ לא אמרה הרמב"ן ז"ל אלא הכא דוקא שהיא מציאה בידו של תינוק ולהכי לא מתחייב בהשבתה לידו משום דלית ליה לתינוק בה זכיה גמורה אבל היכא דהפקיד בידו נכסי אביו ה"ז נתחייב בהם לשומרם לו משום השבת אבידה ואם החזירם לידו לאו השבה היא דחזרה ליד תינוק לאו השבה היא כדמוכח בפרק הספינה. א"ד ס"ל להרמב"ן ז"ל דאפי' כי הפקיד הקטן נכסי אביו לא נתחייב הנפקד בהם משום השבת אבידה עד שיחזירם למקום המשתמר דאפי' פשע בהם פטור כיון דלא אתא לידו מכח בן דעת והר"ן בסוגיין דפרק שבועת הדיינים הביא שהרמב"ן ז"ל נסתפק בזה ומדברי הרשב"א שהבאתי נראה דאם החזיר ליד התינוק ונאבד דחייב לשלם למאן דאמר דאפטרופוס שפשע חייב לשלם שכן כתב שם על הברייתא דקתני ואם קיבל מן הקטן יעשה לו סגולה דאם החזיר ליד התינוק חייב לשלם ועיין מש"ל בה' שומרים סי'

ט'. אבל ראיתי לו תשובה אחרת בסימן תתקצ"ז שכתב דאם לא נעשה עליו אפטרופוס כדי לשומרם אלא שמסרו לו כדי שיזכה בו לקטן מסתברא דאסור למסור לו לכתחלה דלא גרע מהשבת אבידה שצריך להחזיר במקום המשתמר אבל אם החזיר לו אינו חייב בתשלומין דכל שהגיע לידיעת צרור וזורקו יש לו זכיה מן התורה וצריך להבין דהלא כיון דנתחייב בה זה שבא לידו מכח השבת אבידה וצריך להחזירה למקום המשתמר כי החזירה ליד תינוק אין לך פשיעה גדולה מזאת והרי הוא כמשליך לאיבוד ואין לומר דאעפ"כ לא נתחייב בה ככל שומר אבידה משום דלא נטלה בידו לשומרה אלא לזכות לו בה לבד כדי למוסרה בידו של קטן ולא נתרצה להיות שומר מעולם הא ליתא דהא אמרינן בפרק הספינה דאפי' לא נטלה מיד התינוק אלא כדי למוד בה נתחייב בהשבתה מכי אגביה ואע"ג דלא קי"ל הכי שם התם דוקא משום דהוי אבידה מדעת ומעיקרא לא נתחייב בהשבתה אבל הכא דמחויב הוא בהשבת אבידתו כמ"ש הרשב"א ז"ל עצמו אם כן כי בא לידו מיד נתחייב בה מדין השבת אבידה ואע"פ שלא נתכוין להשיב אבידה וכמ"ש המרדכי שם בפרקין יע"ש ועיין מש"ל בה' שומרים בסי' הנזכר:

הלכות שכירות

סימן א

המשכיר בית לחבירו וצבר כליו לתוכו הרי זה חזקה וכ"כ הרב בעל העיטור והכי איתא בירושלמי וכן פסק הרמב"ם ז"ל אבל קצת מהמפרשים כתבו דזה לא הוי אלא כאכילת פירות ואכילת פירות לא הוי חזקה ועיין במהרי"ט ז"ל ח"א סימן ס"ה ולע"ד עם שאיני כדאי מ"מ נראה לי עיקר כסברת הרמב"ם ז"ל דכל שנותן כליו לתוכה הרי זה חזקה מכמה מקומות דבפרק הפרה דף מ"ח פריך על הברייתא דתניא כנוס שורך ושומרו הזיק חייב הוזק פטור הא גופא קשיא אמרת כנוס שורך ושומרו פטור טעמא דא"ל ושמרו הא סתמא חייב דבסתמא מקבל עליה נטירותא אימא סיפא כנוס שורך ואני אשמרנו הוזק חייב טעמא דא"ל ואני אשמרנו הא סתמא פטור דבסתמא לא מקבל עליה נטירותא כרבי ומשני רב פפא כולה רבי היא וסבר לה כרבי טרפון דאמר קרן בחצר הניזק משלם נזק שלם הלכך אמ"ל שומרו לא אקני ליה מקום בחצר והוי ליה קרן בחצר הניזק לא אמ"ל שומרו אקנויי אקני ליה מקום בחצר והוי חצר השותפין ע"כ אלמא דבהכנסת הפרה לתוך חצר חבירו קנה ליה מקומה ובפ"ק דקדושין נמי אמרינן בעי רב ביבי סלע של שניהם מהו ופירש הר"ן ז"ל ואף על גב דקי"ל בפרק הספינה דחצר השותפין אין קונים זה מזה הכי קא מיבעיא ליה מי אמרי' כי אמרה ליה תנם ע"ג הסלע

אקנויי אקני ליה מקום בחצרו וקנייא לה יע"ש. ובפ"ב דבכורות דף ח"י אמרו דר' טרפון סבר אקנויי אקני ליה מקום בחצרו ופרש"י ז"ל כדי שיזכה בהם בבכורות מיד כשיולדו דתקני ליה חצרו ופי' התוס' ז"ל טעמא אי משום דגמר ושעבד נפשיה אי משום דפעמים הרועה פותח ונועל הא דאיצטריכו להני טעמי משום דאין לרועה בגוף הבהמות כלום כדי דנימא דתיקני ליה מקום כשהכניס בו בהמתו ובפ' הספינה דף פ"ה גבי ברשות המופקדים אצלו לא קנה עד שיקבל עליו או עד שישכיר את מקומו פירש רשב"ם ז"ל דמסתמא הקנה לו נפקד למפקיד את רשותו לצורך פירותיו יע"ש ובפרק קמא דפסחים כתב הרא"ש דאע"פ שהנפקד קיבל עליו אחריות מ"מ עיקר הממון של בעלים הוא וכיון שהשאילו הנפקד ביתו לשמירת ממונו קרינן ביה ביתו משמע מדבריהם ז"ל דבהכנסת הפירות שם נעשה רשותו בלא חזקה אחרינא:

איברא דיש להבין בדבריהם במה שאמרו דכל נפקד סתמא משאיל רשותו למפקיד דבפ' משילין אמתני' דמי שהיו פירותיו בעיר אחרת ועירבו בני אותה העיר לא יביאו לו מפירותיו אתמר עלה המפקיד פירותיו אצל חברו רב אמר כרגלי מי שהפקידו אצלו ואותביה ליה ממתני' דתנן ואם עירב הוא פירותיו כמוהו ומשני אמר רב הונא מתני' כגון שייחד לו קרן זוית ופי' רש"י שייחד לו קרן זוית דאושלי ביתא הלכך ברשות המפקיד הן יע"ש אלמא מוכח דכל נפקד סתמא לא משאיל מקום למפקיד עד שמייחד ליה מקום אבל כי לא ייחד לו מקום ואין צריך לומר היכא דקביל שמירה לא השאיל ליה מקום וכי תימא מי הכריחו לרש"י ז"ל לפרש דביחד קרן זוית דאושלי ביתא הוא ואמאי לא פירש דה"ט דייחד קרן זוית משום דחשיב כאלו פירש ואמר דאינו מקבל עליה שמירה ותו אינם ברשותיה דנפקד אלא ברשותיה דמפקיד איכא למי' דהוצרך לפרש הכי משום דרב ס"ל דאפי' בסתמא קביל עליה נטירותא וא"כ ביחד ליה קרן זוית אמאי לא קביל עליה שמירה ולזה פירש דהיינו טעמא משום דכל שמייחד לו קרן זוית אושלי ליה ביתא וכן משמע מאותה שאמרו בפרק קמא דפסחים ייחד לו בית זקוק לבער דקרינן ביה ביתך ועיין בספר מלחמות להרמב"ן ז"ל בסוף ב"ק גבי גונב מן העדר למקום שנטל יחזיר שכ' דמתני' דהמפקיד חבית אצל חבירו וייחדו הבעלים מקום וכו' דכיון דיחדו הבעלים מקום נעשה רשותו של מפקיד יע"ש:

כללא דמלתא לע"ד דלעניין שכירות או שאלת מקום כיון דאינו אלא זכיה לפירות המקום דהיינו לאשתמושי בהו כדרך תשמישו כך דרך זכייתו וכענין שאמרו מודים חכמים לר"א בשביל של כרמים שקונה בהלוך כיון דלהלוך בלבד הוא דקא זכי ביה וה"נ כיון

דלהניח כליו שם שכר ליה בהנחת כליו ה"ז זכה וכ"כ הריטב"א בחדושיו פ"ק דקדושין גבי הגבהה לר"ש הגבהה בפיל היכי מצי עביד:

סימן ב

השכיר לו שני בתים כיון שהחזיק באחד מהם זכה בשתיהם ואפי' לא נתן הדמים כן נראה מדברי הר"מ ז"ל בפרק א' מהלכות מכירה וה"ט כיון דאין שכירות משתלמת אלא לבסוף דמי למתנה דאם החזיק באחת מהם קנה כולם אבל מדברי הרא"ש אין נראה כן שכתב דמתנה הוי כמכר ונראה דבהא פליגי דהרמב"ם ס"ל דהא דבמכר בעינן שיתן דמי כולם ואי לא לא קנה אלא כנגד מעותיו ה"ט משום דלא סמכא דעתיה דמוכר לאקנויי עד שיובא כל המעות לידו ומש"ה במתנה ושכירות דלא שייך להאי טעמא בחזקת אחת מהם קנה כולם אבל רשב"ם ז"ל בפרק חזקת דף ד"ן פי' דהא דהחזיק באחת מהם קנה כולם ה"ד במכר דכיון דנתן כל הדמים נשתעבדו כל השדות לזה שנתן הדמים וכ"כ התוס' שם וכ"כ הרא"ש ז"ל בפסקיו ונראה שסובר דהתוס' דקתני אותה בשכירות ג"כ איירי בשנתן את הדמים אבל קשה דא"כ אמאי צריך לקנין חזקה בכסף לחוד קונה בשכירות ואפי' באתרא דכתבי שטרא כמ"ש הב"י בסי' קצ"ב ובהגהת מור"ם סימן קצ"ה:

סימן ג

ראובן ששכר בית משמעון לחדש אחד והשאילו ללוי לאותו זמן ונשרף הבית וטוען ראובן שיחזיר לו השכירות מזמן שנשרף הבית ואילך ושמעון טוען לאו בעל דברים דידי את אחר שהשאלת אותה ללוי לא נשאר לך שום זכות בבית:

תשובה לכאורה היה נראה דראובן דינא קא משתעי דקי"ל ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף וכל שנשרף הבית באמצע הזמן לא זכה המשכיר בשכירות שלא דר בו השוכר או הבא מכחו ויכול השוכר לתבוע השכירות מזמן שנשרף הבית ואילך. אבל ראיתי להתוס' בפרק האומנין דף ע"ט ע"ב שכתבו ז"ל וא"ת מ"מ אם נתן כל השכירות אמאי לא יטול השוכר שכר חצי הדרך שלא הלך ועוד דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף וי"ל דכיון שהקדים לו שכרו נתרצה שיהא שלו לאלתר דאף ע"ג דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף לדעת כן נותנו שיהא שלו לאלתר עכ"ד למדנו מזה דכל שהקדים לו השכר לא שייך לומר ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף וכיון שכן בנ"ד שחזר ראובן והשאיל הבית ללוי כבר פקע זכותי' דראובן מהבית דשאלה ליומיה ממכר הוא תו לא מצי ראובן לתבוע משמעון שיחזיר לו השכר מזמן שנשרף הבית ואילך וכן מוכח מההיא דפרק המפקיד דף ל"ה ע"ב דאמר ר' זירא פעמים שהבעלים משלמין כמה פרות לשוכר ה"ד דאגרא מיניה מאה יומי והדר שייליה מיניה תשעים יום הדר אגרא תמנין יומי והדר

שייליה מיניה שבעים יומי ומתה בתוך ימי שאלתה דאכל שאלה ושאלה מחייב חדא פרה ע"כ ופירש רש"י ז"ל דמחייב להעמיד לו הד' פרות שתים נחלטות לו בשביל שתי פרות שהשאיל לו ושתים על שתי שכירות לעשות אצלו עשרים יום עכ"ל. והשתא יש לדקדק דאמאי לא חשיב עוד דאם מתה הבהמה בתחלת השבעים יום שיעמיד לו פרה אחרת לעשות מלאכה שבעים יום. וכ"ת הרי השאילה לו לבעלים לשבעים יום ואם היתה קיימת היה עושה אצל בעלי' שהוא השואל מ"מ נימא ליה לבעלים כיון דמתה כלתה שאלתך ואתה חייב להעמיד לי השכירות דאינה לשכירות אלא מתחלה ועד סוף. וראיתי למהרש"א ז"ל שדקדק זה ופירש דאירי כשהשכיר לו בהמה זו דאז אינו חייב להעמיד לו חמור אחר אלו ת"ד אבל לע"ד זה א"א לאומרו דא"כ גם להשלים העשרה ימים לא יתחייב לו להעמיד לו פרה אחרת כיון דפרה זאת א"ל וכבר ראיתי למהרש"א ז"ל שנדחק בזה ואישתמיטתיה מיני' דברי הריטב"א ז"ל בחידו' שכתב בהדיא דאירי בשא"ל בהמה סתם ומש"ה חייב להעמיד לו בהמה כדי להשלים העשרה ימים. אבל לע"ד נראה ליישב עם מ"ש דהכא אירי כשהקדים לו השוכר השכירות מקודם וכן נראה מפרש"י שפי' ז"ל חזר ושכרה ראובן מצ' יום שהיא שאולה ואמ"ל השכירני לי וטול שכרך עכ"ל משמע דטול שכרך מהשתא קא יהיב ליה דאל"כ אמאי איצטריך תו לומר וטול שכרך אחר שא"ל השכירנה לי והלכך לא מצי השתא לתבוע לו שיעמיד לו בהמה לסמנן יומי שהמשכיר א"ל כבר זכיתי בשכר' מעת שבא לידי ואח"כ כשחזרתי ושאלתי אותה ממך מחלת לי על שיעבוד השבעים יום שנשתעבד בה אני וראיתי בחי' בתרא לפרק הספינ' שכתבו משם הרא"ם גבי ההיא דמדינר ליום ולגורן יפה סלע שאין זה אגר נטר דאע"ג דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף ה"מ היכא דלא בעי למיהב ליה מתחלה אבל היכא דיהיב ליה מתחלה שכירות הוי ולא הלואה:

סימן ד

מי ששכר מלמד לבנו ומת הבן תוך הזמן פסק רבינו מאיר והביאו המרדכי פרק האומנין מנין דהוי פסידא דמלמד דקי"ל כל אונסא הוי פסידא דפועלים ולמד כן מהשוכר פועלים ואתא מטרא דאמר רבא דהוי פסידא דפועלים יע"ש ולכאורה איכא לאקשויי פסקא אפסקא דר"מ גופי' ס"ל דאם חלה המלמד הוי פסידא דב"ה וצריך לשלם כל שכרו משלם משום דמשעה שהתחיל במלאכתו חל עליו חובת תשלום שכירותו וכי חלה נסתחפה שדהו דבע"ה יע"ש והשתא נראים הדברים ק"ו ומה כשחלה המלמד אמרינן דהוי פסידא דבע"ה משום דמזלו של בע"ה גרם ואע"פ שאין המלמד יכול ללמוד פ"ש בחלה הבן דלהוי פסידא דבע"ה כיון דהמלמד קאי ועומד לקיים תנאו ואי משום טענת

אונס אתה פוטרו לבע"ה מליתן אם כן כי חלה המלמד נמי להוי פטור הבע"ה מהאי טעמא. והיה נראה לחלק ולומר דס"ל לר"מ ז"ל דמלמד גופו קנוי לבע"ה כמ"ש הוא ז"ל בתשו' אחרת ולכך כי חלה המלמד הוי פסידא דבע"ה דהוי כלוקח שדה מחברו ושטפה נהר דנסתחפה שדהו וכמו כן בחלה המלמד כיון דגופו קנוי לבע"ה נסתחפה שדהו של בע"ה קאמרינן ומזליה גרם ותו לא מצי טעין טענה ולומר אדעתא דהכי לא קניתי ותדע מדאמרינן בפרק המקבל שדה ההוא גברא דקביל ארעא אגודא דנהר מלכא ואסתכר נהר מלכא אתא לקמיה דרבא אמר ליה נהר מלכא לא עביד דמסתכר מכת מדינה היא זיל נכי ליה ע"כ משמע מהכא דאי לא הוה מכת מדינה לא הוה מנכי ליה לשוכר ואע"ג דהוי אונס דלא שכיח ולא מצי טעין אדעתא דהכי לא שכרתי כיון דמזליה גרם ועליו נגזרה גזירה שיפסיד ממונו. משא"כ בחלה הבן ומחמת זה אין המלמד יכול ללמוד לא שייך לומר נסתחפה שדהו דבע"ה כיון שלא נולד שום ריעותא בקנינו שהוא המלמד. ולפי זה היה נראה לע"ד ליישב מה שהקשו התוס' בפ' הגוזל קמא גבי יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה והקשו התוספות א"כ אדם הלוקח פרה ונטרפה יאמר לו אדעתא דהכי לא לקחתי וכו' יע"ש ולפי מ"ש ל"ד כלל דלוקח פרה ונטרפה שנולדה ריעותא בגוף קנינו הרי זה נסתחפה שדה הלוקח ומזלי' גרם ולכך לא מצי טעין אדעתא דהכי לא לקחתי משא"כ גבי יבמה שנפלה לפני מוכה שחין דלא שייך לומר נסתחפה שדה דידה דאשה הוי שדה של בעל ובעל אינו שדה של אשה וכמ"ש התוספות רפ"ק דכתובות משום הכי הוי ס"ד לומר דנימא אדעתא דהכי לא קדשה נפשה. והשתא מתיישב מה שהקשה המרדכי במסכת יבמות לר"מ שהביא ראי' לסברת הגאונים דאמרו דיבמה שנפלה לפני משומד דאינה זקוקה ליבם מההיא דפ' הגוזל והקשה המרדכי עליו דה"ט לא סגי אלא ביבמה מן האירוסין משום דלא איכפת ליה לבעל וכמ"ש התוספות שם ליישב קושיא שהקשו מלוקח פרה אבל ביבמה מן הנשואין הא ודאי איכפת ליה כי היכי דלא ליהוו כל בעילותיו זנות למפרע אבל לפי מ"ש א"ש דס"ל לר"ס ז"ל דההיא דפרק הגוזל מיירי אפי' ביבמה מן הנשואין ולא איכפת לן לדעתה דידיה משום דאנן סהדי דאי הוה מסיק אדעתא לא הוה מקדשא נפשה ול"ד ללוקח פרה ונטרפה דלא מצי למיטען הכי משום דמזלו גרם ונסתחפ' שדהו וכ"נ שהוא דעת הרא"ש ז"ל בתשוב' כלל ל"ד שכתב במי ששידך אשה ואח"כ יצאת אחותה מן הכלל שהוא פטור מן הקנס דאיכא אומדנא דאדעתא דהכי לא שידך אותה וסיים בה וכ"ז בשלא קידשה אבל אם קידשה אשתו היא ונסתחפה שדהו ע"כ אלמא דכל היכא דנסתחפה שדהו ליכא טענה למימר אדעתא דהכי לא עשיתי כיון דמזלו גרם:

ובעיקר דינו של מהר"ם ז"ל דמדמי מת הבן לאתא מיטרא דהוי פסידא דפועלים לכאורה נראה דלא דמי דהתם לא מצי פועל לומר אנא הא קאמינא וכו' דבע"ה ג"כ יכול לומר הרי השדה לפניך ונמצא דאין העיכוב בא לא מזה ולא מזה משא"כ במת הבן דיכול לומר תן לי בנך ואלמדנו וזה נראה שהיא דעת ר' יואל ז"ל שאף ע"פ שפסק דחלה הבן הוי פסידא דמלמד במת הבן פסק דהוי פסידא דבע"ה וה"ט משום דיכול לומר המלמד אנא הא קאמינא תן לי בנך ואלמדנו וכ"כ הרשב"א ז"ל בתשו' והביאה הב"י בסי' של"ה שהשיב על בע"ה ששכר פועל שישמשנו ומת בע"ה בחצי הזמן דנוטל הפועל כל שכרו משום דיכול לומר אנא הא קאימנא יבא ואשמשנו דהכי שנינו שם בפרק מי שאחזו הרי זה גיטך ע"מ שתשמשי את אבא שתי שנים ומת האב הרי זה גט דיכולה לומר תן לי אביך ואשמשנו עכ"ל. איברא דלכאור' נראה דליכא ראיה מהתם דהתם שאני משום דס"ל לרשב"ג דמעיקרא האי גברא להרוח' התנה והשתא לא צריך מה שאין כן בשוכר פועל לעשות לו מלאכה דליכא למימר דלהרוח' שכרו וכמ"ש התוס' שם בפרק מי שאחזו דף ע"ב בד"ה רבא אמר הא לא איצטריך וא"ת דהא אמרינן בפ' האומנין שכר את הפועלים ואתא מיטרא הפסד דפועלים ותירצו דשאני התם שאינו אלא שכיר יום שלא שכרו בע"ה אלא לדלות וכיון שלא הוצרך אינו שכירו עכ"ד וכ"כ כל המפרשים. וכבר ראיתי להמרדכי בפ' האומנין שדחה ראיית הרשב"א כמ"ש. אבל כד דייקינן בה יראה דשפיר מייתי הרשב"א ז"ל מהתם מסיפא דקתני ע"מ שתשמשי את אבא שתי שנים דיכולה לומר תן לי את אביך ואשמשנו דכיון דקצב זמן לשימושה ליכא למימר להרוח' התנה ולזמן המצטרך קאמר דכי אמרינן להרוח' התנה והא לא איצטריך היינו בדלא קצב לה זמן דאיכא למימר לזמן המצטרך התנה אבל היכא דקצב לה זמן ליכא למימר לזמן המצטרך התנה וכמ"ש התוס' שם באות' סוגיא דוק ותשכח וכ"כ הרשב"א בחידושיו וטעמא דרשב"ג דאמר ה"ז גט היינו משום דאין העיכוב ממנה ומעיקרא כי התנה אדעתא דהכי התנה אבל עדיין איכא למידחי דאין ראיה משם לדינו של הרשב"א דהתם תנאה הוא דקא מתנה ויהיב לה גיטא על מנת שתשמש לאבא וכל מאן דיהיב מתנה והתנה על מנת שתעשה כך וכך ס"ל לרשב"ג דה"ק ליה על מנת שלא יבא העיכוב ממנה והלכך כי מת האב הוי גט משום דאין העיכוב ממנה אבל בשוכר פועל לעשות לו מלאכה איכא למימר דלא שכרו אלא אדעתא שיעשה לו מלאכה וכי לא הוצרך אינו שכירו:

וראיתי בירושלמי שם פ' מי שאחזו על פלוגתא דרשב"ג ורבנן מייתי כיצד סדר סימפון אנא מקדש לך ע"מ שאבא ביום פלן ואינסוב אירע לו אונס ר"י אמר אונסא כמאן דלא

עביד וריש לקיש אמר אונסא כמאן דעבד חד בר נש אקדים זוזי לאילפא ונגב נהרא אמר רב נחמן מצי א"ל הא אילפא אתי נהרא ור' אבא הוה פליג ומסיים שם ר"י ור' אבא סברי דלא כרשב"ג דאמר כל עכבה שאינה ממנה ה"ז גט ור"ל ור' נחמן סברי כרשב"ג כך גריס הרשב"א שם בחי' פ' מי שאחזו וכ' דהלכה כר' נחמן כיון דעבד עובדא יע"ש ולכאורה איכא למילף מהכא דכל אונסא פסידא דשוכר הוי כ"כ דמצי הפועל לומר לו הא קאימנא אבל ראיתי להר"ן בפ' האומר דקידושין דמייתי האי ירושלמי וכתב דהלכה כר"י דאמר אונסא כמאן דלא עבד דמי וכתב עוד דבקידושין דוקא הוא דקאמר ר"י הכי דאונסא כמאן דלא עבד לפי שאין האשה מתקדשת אלא מרצונה ומדעת' ואינה מסכמת לקידושיו אלא א"כ נתקיים התנאי אבל כל שלא נתקיים אפי' באונס אינה נתרצה בקידושיו ודמי למי שנתחייב לחבירו סך מה ע"מ שיעשה לו דבר פלוני ונאנס ולא עשהו וכו' דאע"ג דאנוס רחמנא פטרי' מ"מ זה לא חייב עצמו אלא ע"מ שיקיים אותו דבר עכ"ל ולפי זה יראה דה"ה בשוכר את הפועל ע"מ שילך לירושלים או שישמשנו שתי שנים שכל שלא נתקיים אותו דבר אין לו לפועל כלום דזה לא חייב עצמו בשכירותו אלא כשיקיים אותו דבר אבל אם לא נתקיים לא ואע"פ שאירע אונס למתחייב והמקבל יכול למימר אנא הא קאימנא מדקאמר שם דר"י ורבי אבא סברי דלא כרשב"ג דאמר כל עכבה שאינה ממנה ה"ז גט כפי גרסת הרשב"א ז"ל בירושלמי:

איברא דלפי גירסא זו איכא לאקשויי טובא להר"ן דאיך קאמר שם דר"י דלא כרשב"ג דמשמע דרשב"ג ס"ל אונסא כמאן דעבד דמי ואדרבא איפכא איכא למידק מרשב"ג דמדקאמר יכולה היא לומר תן לי אביך ואשמשנו דאנא הא קאימנא ואין העכבה משלי משמע דכל היכא שנאנסה איהי ואינה יכולה לומר הכי אינו גט משום דאונסא כמאן דלא עבד ולכן היה נראה לע"ד לקיים גירסת הספרים דגרסי ר"י כרשב"ג והכי דייק דמדקאמר רשב"ג יכולה היא וכו' שאין העכבה ממנה משמע דכל היכא שעכבה ממנה אינו גט ואע"פ שנאנסה ודלא כר"ל דאמר אונסא כמאן דעבד דמי ודחי ואמר חתכה ידה כמי שעכבה דמי נחתכה ידה כמי שלא עיכבה דמי כלומר דר"ל אמר לך אנא דאמרי אפי' כרשב"ג וכי אמר רשב"ג כל עכבה שאינה ממנה וכו' דמשמע דכ' היכא דהויא עכבה ממנה לא הוי גט ה"ד בשעכבה איהי בידים דה"ז כאומרת איני רוצה לעשות וביטלה התנאי בידים אבל אם נחתכה ידה באונס אין העכבה ממנה קא חשיב דאונסא כמאן דעבד דמי כן נלע"ד בכוונת הירושלמי ולפי זה איכא למימר דע"כ לא פליגי ר"י ור"ל אי אונסא כמאן דעבד דמי אי לא אלא כשנאנס המקבל ואינו יכול לקיים תנאו אבל היכא דהמקבל יכול לקיים תנאו והנותן הוא דנאנס ה"ז דומה לדרשב"ג דאמר כל עכבה

שאינה ממנה ה"ז גט ואפי' חכמים לא פליגי עליה אלא גבי גט דוקא משום דס"ל לצעורא קא מכוין ובהקפרה התנה עמה אבל לגבי ממונא לא וכמ"ש הרשב"א באותה תשו':
ומעתה איכא למימר דל"ד נ"ד להיא דאילפא דאיפליגו בירוש' דהתם שניהם מזומנים לקיים התנאי ולכך ס"ל לר"א דהוי פסידא דמשכיר כי ההוא דהשוכר את הפועל להשקות שדהו ופסק נהרא דהוי פסידא דפועלים ואע"ג דקיימי פועלים לעשות ולא מצו לומר אנא הא קאימנא דב"ה נמי קאי ועומד לקיים התנאי דיכול לומר הרי שדה לפניך בא והשקהו אבל היכא דב"ה מת שאינו יכול לומר אנא הא קאימנא והפועל יכול לומר ליה אנא הא קאימנא ה"ז דומה ממש לדרשב"ג. איברא דעדיין יש לומר דעדיין ליכא למילף מהכא אלא היכא דהקדים לו שכרו דכיון שנתן לו שכרו נתרצה שיהא שלו לאלתר ע"מ שלא יהיה העכבה מצידו וכמ"ש התוספות בשמעתין פרק האומנין בד"ה אי אתה מוצא אלא בספינה זו ויין זה אבל היכא דלא נתן עדיין לא:

סימן ה

והיכא דשכר בית לשנה ומת השוכר בתוך השנה אי חייבים היורשים לשלם כל שכירות השנה דהמרדכי הביא משם ר"מ ז"ל דפטורים מלשלם כיון דנאנס השוכר וקי"ל כל אונסא פסידא דפועלים כיון שבאים להוציא וצריך להבין לדעתו דהוא עצמו ז"ל כתב במלמד שחלה דצריך הב"ה לתת כל שכרו משום דפועל הוי קניינו של ב"ה וכי חלה מזלו של ב"ה גרם ונסתחפה שדהו וכמ"ש המרדכי בשם ר"ס שם בפרק האומנין נראה בהדיא דס"ל דשכירות ליומיה ממכר הוא והלכך כי חלה ואינו יכול ללמוד הוי פסידא דבע"ה דנסתחפה שדהו א"כ בשוכר בית נמי לזמן כיון דשכירות ליומיה ממכר הוא כי מת השוכר או חלה שאינו יכול לדור שם נימא גם כן דמזליה גרם ואע"פ שאינו יכול לדור מחמת אונס אין זה פוטרו מדמי השכירות כי היכי דחלה המלמד. אבל כד דייקינא בה איכא לפליגי דס"ל לר"מ דודאי שכירות ליומיה ממכר הוא והוי קניינו של בע"ה והלכך כי חלה המלמד מזליה דבע"ה גרם דאפשר שאם לא היה שכיר אצלו לא היה נופל למשכב ומש"ה צריך לתת לו כל שכרו וזה הטעם לא שייך בשוכר בית ומת השוכר דמזלו גרם ונסתחפה שדהו שאין שום ריעותא בבית ולא נשתנה מכמות שהיה והלכך פטור השוכר בטענת אונס דאדעתא דהכי לא שכרה וגבי חלה המלמד שאמרנו דנסתחפה שדהו של בע"ה כיון דנולד ריעותא בקניינו לא מצי טעין ב"ה טענת אונס מכיון דמזלו גרם דאנן אמרינן ליה דאלו לא היה שכור אצלך לא היה נולד זה האונס כמו שהוכחתי כ"ז כבר בדין חלה הבן ואינו יכול ללמוד יע"ש. והרשב"א ז"ל חולק עם ר"מ וכתב דאם מת השוכר חייבים היורשים לתת כל דמי שכירות הבית משום דשכירות

ליומיה ממכר הוא ומשעה שהחזיק בבית נתחייב בכל ימי השכירות בין ידור בה ובין לא ידור וטענת אונס אינו פוטרתו שזה לא מחמת דירתו ממש הוא מתחייב לו אלא מפני שמכר לו ביתו לשנה שאם ירצה ידור בה וכ"כ הראב"ד ז"ל. ולכאורה היה נראה להביא ראיה לדבריו מההיא דהשוכר את הספינה וטבעה בנהר דאי אמ"ל ספינה סתם ויין זה דצריך השוכר לתת כל דמי שכירותה כיון דהמשכיר יכול לקיים תנאו והשוכר אינו יכול לקיים תנאו כמ"ש הרי"ף והרמב"ם ז"ל וכן הוא דעת הרשב"א בתשובה שהביא הב"י סי' של"ה וכן נראה ג"כ מפרש"י שם בשמעתין וכ"כ ראב"ן ז"ל בספרו. וה"ה בשוכר בית ומת השוכר שצריך לתת כל השכירות כיון דהמשכיר יכול לקיים תנאו והשוכר אינו יכול לקיים תנאו הן אמת דהתוס' והרא"ש חלקו שם עם הרי"ף דאפי' הכי למה יתן כל השכירות ומ"ש מהשוכר הפועל להשקות את השדה ונגב נהרא דאמרינן לעיל דהוי פסידא דפועלים ואע"ג דקיימי פועלים מאחר דאנוס ב"ה ולפי זה יראה דנדון דידן הוי מחלוקת שקול והמוציא מחברו עליו הראיה:

אבל לע"ד עם שאיני כדאי נראה עיקר כס' הרי"ף והרמב"ם ז"ל חדא דסוגיא דשמעתין כפשטא הכי משמע דצריך לתת לו כל השכירות וכן בדין שהרי קי"ל דשכירות ליומיה ממכר הוא וכמ"ש הרא"ש ז"ל גופיה כמה פעמים בתשו' ועיין סי' א' וכן הוא דעת הרשב"א ומהר"ם והריטב"א והרמב"ם כמו שהוכחתי בה' פועלים ומ"ש התוס' בפ' הזהב דדוקא לעניין אונאה הוא דהוי הכי אבל בעלמא לא אמרי' שכירות ליומיה ממכר הוא דהא אמרי' בפ"ק דע"ז דכהן ששכר פרה מישראל לא יאכילנה תרומה משום דשכירות לא קניא איכא למידחי ולומר דלעולם אימא לך דשכירות ליומיה ממכר הוא לקנין פירות וביתו קרינן ליה כל זמן שהיא שכורה אצלו ומצי להקדישה כדאיתא בתוס' שהביאו התוס' במס' ערכין דף כ"א ואעפ"כ לענין תרומה לא מצי להאכילה משום דכספו המיוחד לו בעינן כדאיתא בפרק החובל ומ"ש הש"ך דאפי' נימא דשכירות ליומיה ממכר הוא כל יומא ויומא ממכר בפני עצמו וכו' אינו כן כדמוכח בפ' הספינה גבי השוכר את הפועל לעשות עמו בגורן וכיון דשכירות ליומיה ממכר הוא תו לא מצי טעין השוכר טענת אונס אדעתא דהכי לא קניתי כיון דלאו בלוקח לחוד תליא מילתא אלא כמו כן בדעת מוכר ומוכר לא אקני ליה אדעתא דהכי וכמ"ש התוס' בפרק הגוזל דף ק"י ע"ב יע"ש. ומה שהביאו התוס' והרא"ש ראי' לפטור לשוכר משוכר את הפועל ואיסתכר נהרא דאע"ג דקיימי פועלים אפ"ה מאחר שנאנס הבע"ה פטור לשלם לע"ד לא דמי דהתם הבע"ה ג"כ מוכן לקיים תנאו דיכול לומר לפועל הרי השדה לפניך בא השקהו ונמצא דאין הפועל יכול לקיים תנאו שנתחייב לעשות. משא"כ בשוכר את הספינה סתם

וא"ל ליין זה דהמשכיר יכול לקיים תנאו ולמסור ספינה בידו כמו שהתנה והשוכר אינו יכול לקיים תנאו הלכך צריך לתת לו כל השכירות ואע"פ שהוא אנוס דמזליה דשוכר גרם ויש לי להבי' ראיה עוד לזה מדאמרי' בפ' המקבל ההוא גברא דקביל ארעא אגודא דנהר מלכא בשכירות לסוף איסתכר נהר מלכא אתא לקמיה דרבא א"ל נהר מלכא לא עביד דמסתכר מכת מדינה היא זיל נכי ליה ופירש רש"י ז"ל מכת מדינה היא ולא עליו בלבד עברה זו ואתנויי נמי לא איבעי ליה לאתנויי כיון דלא עביד דמסתכר ע"כ. אלמא משמע דאי לא הוי מכת מדינה לא הוה צריך לנכויי והוה פסידא דשוכר משום דמזלי' גרם ואע"פ שהוא אנוס ומשמע עוד דאפי' היכא דהוי מכת מדינה אי הוי מידי דשכיח הוי פסידא דשוכר כיון דלא התנה השוכר סבר וקביל בכל גוונא:

והשתא איכא לאקשויי דגבי פועל אמרי' דכל אונסא הוי פסידא דפועלים כיון דהוא בא להוציא איבעי ליה לאתנויי. אבל עם מ"ש יתיישב דלא דמי לפועלים דהפועלים שכרם ב"ה ע"מ שיעשו לו המלאכה וכי אינם עושים אפי' הוי מחמת אונס תו אינם שכורים שלו כמ"ש התוס' בפרק מי שאחזו דף ע"ב שהרי לא קיימו המעשה שקבלו לעשות אבל משכיר בית או ספינה וכלים משעה שהחזיק בהם השוכר כבר קיים תנאו המשכיר משעה שמסרן בידו ותו אין על המשכיר להטפל אם יעשה בהם השוכר מלאכתו או לא. ובמ"ש יש טעם למאי דמחלק התוספתא שהביאה הרי"ף והרא"ש בין פועל שנאחז באנגריא לשוכר את החמור ונאחז באנגריא דגבי חמור א"ל המשכיר לשוכר הרי שלך לפניך ונוטל כל שכרו וגבי פועל לא מצי א"ל הרי שלך לפניך דלכאורה הוא קשה דמ"ש זה מזה ובשלמא לדברי התוס' שכתבו פ"ק דקדושין דפועל אין גופו קנוי לב"ה איכא ליישובי דדווקא פועל הוא דאינו קנוי לב"ה משום דכל אימת דבעי חוזר בו והלכך כי חלה או נאחז באנגריא לא אמרי' מזליה דבע"ה גרם כיון דלא הוי קניינו משא"כ בשוכר את החמור כיון דקנה ליה השוכר לגמרי שאין המשכיר יכול לחזור בו קניינו קא חשיב והלכך כי נאחז באנגריא מזליה דשוכר גרם אבל לפי דעת ר"מ שסובר דפועל ג"כ גופו קנוי לב"ה וכן הוא דעת הריטב"א והרמב"ם ז"ל וכן נראה עיקר כמו שהוכחתי בהלכות פועלים הדרא קושיא לדוכתא דמ"ש פועל שנאחז באנגריא דהוי פסידא דב"ה ואלו בשוכר את החמור ונאחז באנגריא הוי פסידא דשוכר. אבל לפי מ"ש טעם נכון לחלק ביניהם דפועל שאני משום דבהדיא א"ל הב"ה כששכרו ע"מ שיעשה לו מלאכה וכי אינו יכול לעשות אינו שכירו מה שא"כ בשוכר בהמה או כלים דמשעה שמסר המשכיר בידו תו לא נשאר למשכיר לעשות לו ולהשתדל שיוכל השוכר לגמור מלאכתו ולא רמי

עליה מידי וכן מצאתי בחידושי מהר"ר בצלאל ז"ל שהביא משם הרמב"ן ז"ל דדוקא בפועלים הוא דאמרינן הכי:

סימן ו

והשתא איכא למיבעי בשוכר בית לזמן ובתוך הזמן באו עובדי כוכבים ודרו בה למי הוי הפסידא והיכא דנלקחו בתים הרבה לא קא מיבעיא לן דכה"ג הוי ודאי מכת מדינה דהוי פסידא דמשכיר כי קא מיבעי לי היכא דלא נלקחה בית אחרת כי אם זו בלבד מי אמרינן מזליה דשוכר וכר גרם ויתן כל השכירות או דילמא כיון דאין השוכר יכול לדור שם דמי לנפלה דקי"ל דאינו צריך לתת לו שכר ממה שלא דר בו וכ"כ הרב המבי"ט בח"א סי' מ' וכתב דאפילו לדעת הרמב"ם שכתב בשוכר את החמור ונאחז באנגריא דא"ל המשכיר הרי שלך לפניך ויתן לו כל השכירות מ"מ מאחר שהניחוה מעבודת המלך ישלים השוכר שכירותו ועוד דבחמור דמצי אמ"ל הרי שלך לפניך איירי דוקא בנלקחה דרך הליכתו אבל אם היו מחפשים בבתים ולוקחים הוי פסידא דמשכיר וגבי בית לא שייך לומר נלקחה דרך הליכתו עכ"ד ולכאורה נראה דבנ"ד איירי אפי' שלא נלקחו בתים אחרות אלא זו בלבד ואם הדבר כן עדיין יראה דמזליה של שוכר גרם ול"ד לנפלה דלתות הבית בעיניה אבל כל היכא דאיתיה הבית בעיניה כמות שהשכירה יכול לומר הרי הבית לפניך וכן מצאתי להרב בספר פני משה בח"ב סי' ל"ב שחילק בהכי וכתב דהא דמפלגינן גבי חמור בין ניטלה דרך הליכתו וכו' וגבי בית לא שייך לומר הכי מ"מ הרואה יראה בטור דאית ליה דהך סברא דדרך הליכתה ניטלה לא איתמר בגמרא אלא בהשכיר את החמור סתם אבל בא"ל חמור זה אע"פ שאינו בדרך הליכה א"צ להעמיד לו חמור אחר ומינה דלהר"מ ז"ל ג"כ בא"ל חמור זה לא שנא דרך הליכה וחייב ליתן לו כל שכרו עכ"ד והגם כי במ"ש ז"ל דהיכא דא"ל חמור זה אין חילוק בניטלה דרך הליכתו וכו' לע"ד אין נראה כן דכל שמחפשים בבתים ה"ז מכת מדינה וכל היכא דהוי מכת מדינה הוי פסידא דמשכיר שאפי' לא היה שוכרה זה היתה נלקחת שכן מחפשים ולוקחים כל החמורים. אבל בנ"ד דלא נלקחה כי אם בית זו בלבד כיון דלא הוי מכת מדינה איכא למימר דמזליה דשוכר גרם דאפשר שאם לא היתה שכורה אצלו לא היתה נלקחת:

וראיתי להתוס' ז"ל במסכת ערכין דף כ"א שהקשו על הברייתא דקתני, חלטו כהן א"ל הרי שלך לפניך והא בית הנחלט אסורה בהנאה וא"כ היכי מצי א"ל הרי שלך לפניך דהוי כמתה או נשברה דחייב להעמיד לו חמור אחר יע"ש ולכאורה היה נראה דזה סותר למ"ש דכל היכא דהבית קיימת אע"פ שלקחוה עובדי כוכבים ואינו יכול לדור בה דהוי פסידא דשוכר ואלו התוספות כתבו דדמי לנפלה. אבל עדיין איכא לפלוגי דבית הנחלט

אינה ראויה לדירה לשום אדם ולכך דמי לנפלה מה שאין כן בלקחוה עובדי כוכבים שהבית ראוי לדירה. ועוד דהתם ליכא למימר מזליה דשוכר גרם וכמו שפירש רש"י ז"ל דמשום מזליה דמשכיר הוא שנחשד על הגזל ולפי פירוש הרמב"ם ז"ל דאית ליה דמאי דקתני בברייתא נאחזה באנגריא א"ל הרי שלך לפניך הוי כפשוטו דצריך השוכר לתת כל שכרה מינה נמי למדנו בחלטו כהן דא"ל הרי שלך לפניך דר"ל דצריך לתת לו כל שכרו כיון דהבית קיימת ולא נשתנה מכמות שהיה. ומה שכתב הרב המבי"ט ז"ל דאפי' בנלקחה מחמת השוכ' שאם היה ביד המשכיר לא היתה נלקח' אחר שיצאו העובדי כוכבים משם ישלים השוכר ימי שכירותו אינו נראה כן מדברי הרמב"ם ז"ל ואנגריא שאינה חוזרת יוכיח דאפי' הכי צריך לתת לו כל השכירות כיון דמזליה דשוכר גרם שהרי בדרך הליכתה ניטלה ומ"מ בעיקר הדין היכא דלקחוה עובדי כוכבים אפי' כי לא הוי מכת מדינה דמי לנפלה ומזל שניהם גרם ואינו נותן השוכר שכר דלהבא דמזל שניהם גרם והכי מוכח מפי' רש"י בפרק האומנין שכתב חייב להעמיד חמור או יחזיר לו שכרו:

סימן ז

והיכא דשכר בית לזמן ואח"כ ברחו מחמת המגפה לכאורה נראה כיון דהוי מכת מדינה יפסיד המשכיר וכ"כ ראב"ן ז"ל בסי' צ"ח אלא שכתב עוד דא"צ להחזיר המשכיר כל השכירות שלקח אלא כל א' יפסיד מחצה מדמי השכירות הזמן אשר ברחו משום דהכא הגזירה היתה על שניהם על הבתים להיות נדודים ועל האנשים להיות גולים עכ"ד. ולפי הירושלמי שהבאתי לעיל מפר' מי שאחזו דהקדים זוזי לאילפא ואח"כ נגב נהרא דפטרו רב נחמן להחזיר השכר איכא למילף דאפי' היכא דהוי מכת מדינה דקי"ל דהוי פסידא דמשכיר מ"מ אם הקדים לו השכר א"צ להחזירו דהא נגב נהרא הוי מכת מדינה והלכתא כרב נחמן כיון דעבד עובדא כמ"ש הרשב"א בחידושיו ואפי' הכי מצי א"ל המשכיר הא אילפא אייתי נהרא. ונראה דה"ט דכיון דהקדים לו השכירות נתרצה השוכר שיהא שלו לאלתר כמו שכתבו התוס' ז"ל בהאומנין גבי ספינה זו ויין זה דאם נטל לא יחזיר ולא דמי לנשרף כל העיר שכתבו בהגהת מיימון דאפי' נטלו השכר יחזיר דנשרף הבית דמי לספינה זו ויין סתם דהשוכר יכול לקיים תנאו והמשכיר אינו יכול לקיים תנאו וכדיהיב טעמא בהגהה שם משום דהשוכר אומר לו אנא הא קאימנא והמשכיר אינו יכול לקיים תנאו אבל הכא אין העיכובא מצד המשכיר שיכול לומ' הא ביתא קמך:

וראיתי למהרש"ך בח"ב סימן צ"ח שנשאל על ראובן ששכר חנות בשוק הקאזאזים לזמן שתי שנים ובתוך הזמן גזר המלך שלא ישבו קאזאזי' באותו השוק והשיב דה"ז

מכת מדינה וא"צ ראובן לתת שכירות מאותו זמן ואילך ומהר"ש יונה הקשה ע"ד דכיון דשכירות ליומיה ממכר הוא מזלו של שוכר גרם והביא ראיה מאותה תשובה של הרשב"א שהבאתי לעיל יע"ש. ולכאורה נראה שאין מזה קושיא עליו דנדון הרב מהרש"ך הוי מכת מדינה והיכא דהוי מכת מדינה בודאי דהוי פסידא דמשכיר. אבל עדיין יראה דבנדון הרש"ך יש להעמיד השכירות ולחייבו לשוכר כיון דלא נשתנה החנות מכמות שהיה וראויה היא לאומנות אחרת אלא שלזה השוכ' אינה ראויה כה"ג לא שייך לומר מזליה דמשכיר גרם ונרא' דמה"ט כתב המרדכי דאם ברחו מחמת הדבר דצריך לתת כל השכירות והביאו הש"ך סי' של"ד משום דס"ל דהמכה לא נגזרה על הבתי' אלא על האנשים והמשכיר א"ל הא ביתא קמך וכן נראה מההיא דאמרי' בפ"ב דנדרים באשת כהן שנאנסה אי יש לה כתובה משום דמצי אמ"ל אנא הא קאימנא וגברא הוא דנסתחפה שדהו ומדאיצטריך לטעם דאנא הא קאימנא ולא סגי ליה לומר גברא הוא דנסתחפה שדהו ואפי' כי לא מצית איהי למיקם וכגון דנתקלקלה וסתה דיש לה כתובה ואפי' דהוחזקה בכך כמו שהוכחתי במ"א יר' דמיירי אפי' היכא שנשבית כל העיר דהוי מכת מדינה דאפ"ה יש לה כתובה דכיון דמצי א"ל אנא הא קאימנא גברא הוא דנסתחפה שדהו וכ"ש בנ"ד דמצי א"ל משכיר לשוכר זיל את והשכירה לאחרים:

סימן ח

במאי דקי"ל דכל אונסא הוי פסידא דפועלי' נראה מדברי התוס' בהאומנין דף ע"ט גבי ספינה סתם ויין זה דלריב"ן ז"ל אף דיכול הפועל לומר אנא הא קאימנא אינו יכול ליטול שכר על חצי הדרך שלא הלך כי אם כשהפסיד ספינתו ומזומן לקיים תנאו או שהוא מוחזק וטענותיהם שוות ולריב"ם ז"ל אף כשהפסיד ספינתו ומזומן לקיים תנאו אינו יכול על חצי הדרך שלא הלך כי אם כשהוא מוחזק ומזומן לקיים תנאו ומהר"ם ז"ל הביא דבריו המרדכי תפס סברת ריב"ן והרא"ש ז"ל תפס סברת ריב"ם יע"ש. ולע"ד נראה דגדולי הראשונים חולקין על סברת ריב"ן וריב"ם ז"ל וס"ל דכל דהפועל יכול לומר אנא הא קאימנא אף שלא הפסיד ספינתו ואינו מוחזק נוטל כל שכרו כפ"ב והם ר' יואל שפסק שאם מת התינוק דצריך לשלם לו כל שכרו כמבואר במרדכי יע"ש והרשב"א בתשובה הביא דבריו הב"י בסי' של"ה שכתב שאפי' אם מת ב"ה בתוך הזמן שקצב נוטל המשרת כל שכרו והביא ראיה מדין ספינה סתם ויין זה וכן נראה מדברי ר"ח הביא דבריו הרב בצלאל בחי' בפרק האומנין דף ק"ע ע"ד וז"ל הצ"ל ובתשו' אחרת מצאתי כי יש מחייבים ליתן לו כל שכרו כמו בספינה סתם ויין זה ומביאין ראיה מפר"ח ז"ל דפי' גבי אגר אגירי לרפקא ואתא מיטרא אי סיירה הוי פסידא דפועלים דיכול ב"ה לומר

לפועלים לכו חפרו ולא סיירוה יכול הפועל לומר תן לי שדה אחרת וכו' עד מ"ש משמע לפי' דפסידא דפועלים היינו טעמא כי היכי דאמרינן ביין סתם וספינה זו וכו' יע"ש ולע"ד זו היא סברת הרי"ף והר"מ ז"ל שפסקו בספינה סתם ויין זה שנוטל שכרו כפ"ב ונראה להביא ראיה לסברא זאת מההיא דאמרינן בפרק הזהב דף נ"ח דמוקי תלמודא הברייתא דקתני בני אדם ששלחו את שקליהן ונגנבו או שאבדו דנשבעין לבני העיר דנשבעים ליטול את שכרם יע"ש והשתא בשלמא לס' ר"ח והרשב"א והנלוים עליהם ניחא דנשבעים ליטול את שכרם משום דיכולים לומר אנא הא קאימנא תן לנו אותם שקלים להוליכם ואם נאנסו השקלים הם לא נתחייבו באונסין אבל לסברת ריב"ן וריב"ם והנלוים עליהם קשיא אמאי נשבעים ונוטלים שכרן כיון שנאנס ב"ה וזה ימים ראיתי למהר"ם ז"ל בתשו' שישב זה לפי דרכו דע"כ לא אמרינן כל אונסא פסידא דפועלים כי אם באונס דשכיח אבל באונס דלא שכיח הוי פסידא דב"ה ובפ' הזהב מוקי לה תלמודא בנגנבו בליסטים מזוין דהוי אונס דלא שכיח וכן כתב הב"י בסי' של"ג וז"ל מצאתי כתוב על שוחט ובודק ששכרוהו לכך והקצבים אינם מניחים אותם לבדוק וכו' עד אבל אם מקפידים בדבר שאין טבחי עובדי כוכבים מקפידים כלל ומעולם לא שמע אדם שהקפידו בכך דמי לאונסין ולא מפסיד אגריה עכ"ל ולפי מ"ש נראה דאין מקום למ"ש הגהות מרדכי האחרונות על אותו שליח שהיה נושא אגרות בשכר ומצא תגר וחזר בו דיתן להם שכרם משלם והביא ראיה מההיא דפ' הזהב יע"ש דמשם אין ראיה דהתם יכול לומר אנא הא קאימנא כדכתיבנא לא כן הכא דהאגרות בידו ואינו יכול ללילך מפני התגר נמצא דאין יכול לומר אנא הא קאימנא ולפי דברי מהר"ם ז"ל הנז"ל אף אם היה יכול לומר אנא הא קאימנ' לא דמי להההיא דפ' הזהב דכה"ג לא הוי אונס דלא שכיח ודברי הגהות ראשונות שכתבו דכה"ג הוי פסידא דפועל בין היה לשניהם לידע האונס בין לא היה לשניהם לידע ואפי' מחצי הדרך שנטל יחזיר שהרי לא נהנה כלו' וכו' יע"ש שרירים וקיימים:

ועוד היה נראה להביא ראיה לסברת ר"ת והרשב"א ז"ל מההיא דאמרינן בפ' הגוזל בתרא דף קי"ו גבי ירד להציל ולא הציל אין לו אלא שכרו ופריך תלמודא מהברייתא דקתני השוכר את הפועל להביא כרוב ודורמסקין לחולה והלך והביא ומצאו שמת או שהבריא נותן לו שכרו משלם ומשני התם עביד שליח שליחותיה הכא לא עביד שליח שליחותיה ע"כ והשתא בשלמא לסברת ר"ח והרשב"א ניחא דאף דלא הציל ולא עביד שליחותי' נוטל שכר טורחו משום דיכול פועל לו' אנא הא קאימנא ומה שהיה לי לעשות עשיתי אבל לסברת ריב"ן וריב"ם והנלוים עליהם קשיא אמאי נוטל שכר טורחו והא קי"ל דכל

אונסא הוי פסידא דפועלים דכה"ג לא הוי אונסא דלא שכיח וראיתי להרב בעל מאירת עינים שהביא משם מור"ם דאיירי כשהתנו עמו שהגם שלא יציל יתן לו שכרו כפועל אבל זה דוחק דאיירי בסתמא דאי בדפריש מה שאלה ששאל מרב אם יתן לו שכרו משלם וכן כתב הסמ"ע וכן נראה מתשובת הרא"ש שהביא הב"י בהלכות שלוחין סי' קפ"ד יע"ש. ועוד יש להביא ראיה מהתוספתא הביאה הרמב"ם פ"ט מהל' שכירות ז"ל השוכר את הפועל להביא לו שליחות ממקום למקום והלך ולא מצא שם מה יביא נותן לו שכרו משלם שכרו להביא קנים מהכרם והלך ולא מצא ולא הביא נותן לו שכרו משלם עכ"ל ולסברת ר"ח והרשב"א ניחא אבל לס' החולקין קשיא כאמור:

אמנם ראיתי בירושלמי פ"ב דע"ז ז"ל השוכר את הפועל להביא יין לחולה אם הביא חייב ליתן לו ואם לאו אין חייב ליתן לו אבל אם א"ל להביא לו ממקום פלו' בין הביא בין לא הביא חייב ליתן לו כאן דמי רגליו הוא נותן בכאן לא דמי רגליו הוא נותן לו עכ"ל למדנו מהירושלמי שיש חילוק בין היכא דא"צ להביא לו יין סתם דאז אינו נותן לו שכר אלא בשביל שימציא יין וכל שלא מצא אין לו כלום אבל היכא דשכרו להביא לו יין ממקום פ' שהיין הוא מצוי שם אין נותן לו שכר אלא בשביל פסיעותיו וכל שהלך שם הרי עשה שליחותו ולפ"ז מ"ש הטור סי' של"ה ז"ל השוכר את הפועל להביא קנים והלך ולא מצא נותן לו שכרו ע"כ ט"ס הוא וצריך להגיה ולומר להביא קנים מהכרם. ולמדנו מכל זה דע"כ לא אמרי' כל אונסא דאירע פסידא דפועלים אלא היכא דלא עביד שליחותי' וכגון ששכרו לעשות לו מלאכה ואירע לו אונס ולא עשאה אבל היכא דשכרו להביא לו שליחות ממקום למקום כל שהלך שם הרי עשה שליחותו אע"פ שהלך ולא מצא ולפ"ז יש ליישב ההיא דאמרי' בפרק האומנין דף ע"ו דאם הלכו חמרין ולא מצאו תבואה נותן להם שכרן וכו' דלכאורה קשה דהא בע"ה אנוס הוא דאיירי ששכרם להביא לו תבואה ממקום פ' וכ"כ הרא"ש בתשובה כלל ק"ד יע"ש. איברא דראיתי בחי' רב בצלאל שם בסוגיין דפי' טעמא משום דפשע בע"ה שהיה לו לידע אם יש לי שם תבואה כ"כ בשם הראב"ד והרשב"א ז"ל ולפי מ"ש לאו משום פשיעה הוי וכ"כ שם משם המפרשים ואפשר לומר דמשום הכי איצטרך לומר דטעמא דברייתא דקאמר בהלכו חמרין ולא מצאו תבואה דנותן להם שכרן משום דפשע בע"ה משום דס"ל דברייתא איירי בפועל יום כמו שפירש"י ז"ל וא"כ כי חזרו פועלים בחצי היום אמאי יתן להם שכרם על חצי היום הנשאר דבשלמא על חצי היום שעבר צריך ליתן להם כיון שטרחו אבל על חצי היום הנשאר שאינם טורחים לא יתן להם ולהכי איצטריכו להההוא טעמא. ועדיין נשאר לנו להבין דבסוגיין דפרק הגוזל בתרא אמרינן דבירד להציל ולא הציל דאין לו אלא שכרו

ואף דלא עביד שליח שליחותיה ואלו בתוספתא קתני דאם שכר שליח להביא לו דבר ממקום למקום והלך שם ולא הביא דנותן לו שכרו משלם וכי תימא מההיא דפרק הגוזל כיון דאמר לו ששכר אותו להציל הוי כאומ' שאינו נותן לו שכר אלא בשביל שיציל א"כ דמי' לההיא דאמרו בירושלמי הנז"ל דאם שכרו להביא לו יין סתם דאינו נותן לו שכר אלא בשביל שימציא לו יין וא"כ קשה דבפרק הגוזל בתרא אמרו דאף שלא הציל נותן לו שכרו ואלו מהירושלמי משמע דכה"ג אין חייב ליתן לו כלום ואפשר לומר דהאמת הוא כמ"ש דכי אמרי' כל אונסא פסידא דפועלים היינו דוקא היכא דלא טרח הפועל כגון דאתא מיטרא ולא מצי עביד מלאכתו אבל כל היכא דטרח הפועל במלאכתו אע"פ שלא נעשה המלאכה נותן לו שכר טרחו והלכך בירד להציל ולא הציל נוטל שכרו והא דמשמע בירושלמי דכל שא"ל להביא יין סתם אינו נותן לו כלום ואע"פ שטרח ולא מצא התם אין השכר בשביל טרחו שהרי אפשר שימציא לו יין בלא שום טורח הלכך כל שלא מצא אינו נותן לו כלו' לא כן גבי ירד להציל דהשכר הוא בשביל הטורח גם כן:

סימן ט

מי ששכר בית והחזיק בה ואח"כ נמלך השוכר ואמ"ל למשכיר איני רוצה בה ומסתלק עצמי ממנה אם נסתלק זכות השוכר בדברים אלו דלכאור' היה נראה דהואיל והשוכר יש לו קנין בגוף הבית לפירות אינו מסתלק בדברים כדאמרינן בפ"ק דקדושין ע"ע גופו קנוי ואדם שמחל על גרעונו אינו מחול וכן ראיתי לריב"ש בסי' תק"י שהשיב והביא ראי' מדאמרי' בא"נ האי משכנת' באתרא דלא מסלקא וא"ל לא מסתלקנ' צריך למיקנא מיניה ומשכנתא אינו אלא שכירות ואפ"ה לשון סילוק לא מהני. אבל לע"ד נראה דכיון דגוף הבית הוא של משכיר כל שסילק השוכר ממנה זכה בה המשכיר וראיה מדאמרינן בפ"ק דקדושין דל' אין לי עסק בך גבי עבד מועיל והקשה הריטב"א ז"ל דל' אין לי עסק בך אינו לשון מועיל כדאמרינן בר"פ הכותב דאין לי עסק בך לא אמר כלום ותירץ דלשון אין לי עסק בך אינו לשון הקנאה אלא ל' סילוק וגבי עבד מועיל דכיון דסלק עצמו ממנו ממילא זוכה העבד בעצמו אם הוא גדול ואם הוא קטן זוכים בו שמים עכ"ד וכ"כ הר"ן ז"ל ג"כ בר"פ הכותב ואפי' למ"ש התוס' בפרק חזקת דל' אין לי עסק בך הוי ל' הקנאה ומשום הכי מהני גבי עבד דה"ק ליה אין לי עסק בך והרי את של עצמך ולע"ד היה נראה כדבריהם דאלו לדברי הריטב"א והר"ן קשה דאמרינן בפ' השולח למ"ד המפקיר עבדו יצא לחירות דתיקשי ליה ממתני' דגר שמת והניח עבדים בין גדולים בין קטנים זכו עצמם בני חורין אבא שאול אומר גדולים קנו עצמם בני חורין קטנים כל המחזיק בהם זכה בהם וכי מי כתב גט שחרור לאלו כלומר והוי סייעתא לשמואל דאמר המפקיר עבדו יצא

לחירות וא"צ גט שחרור ולפי דברי הריטב"א והר"ן ז"ל לשמואל נמי לא אתיא ותיקשי ליה לשמואל ג"כ מסיפא דקתני אבא שאול אומר קטנים כל המחזיק בהם זכה משום דאין להם יד לזכות בעצמם ואמאי הא כיון דנסתלק זכות רבו מהם זכה בהם שמים ולפ"ז ע"כ צ"ל דל' א"ל עסק בך הוי ל' הקנאה ומיהו עדיין נראה דכל שאמר בל' סילוק אפילו התוספות יודו דמועיל גבי עבד דל' סילוק נראה דהוי ל' הפקר כדמוכח בפ"ב דכריתות דלשון סילוק כאומר א"א דמי ובאומר אי אפשי קאמר שם דהוי לשון הפקר וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בהלכות זכיה ומה שאמרו בברייתא דידי מסולקו' הימנה דלא אמר כלום ולא הוי הפקר כבר פירש"י דאיירי באומר כל אלו הלשונות ביחד והלכך כולהו מדין ודברים קא"ל ואפילו למ"ש התוספות דאפילו לא אמרן ביחד לא הוי הפקר ה"ד באומר ידי מסולקות הימנה דמשמע מסולקות מדין ודברים אבל באומר אי איפשי בביתך והריני מסתלק ממנה הרי היא הפקר וכל שנסתלק השוכר ממנה ממילא זכה בה בע"ה וראיה עוד מפרק חזקת דאמר שמואל דהלוקח בית מעובד כוכבים ונתן לו הדמים ולא כתב לו שטר כל המחזיק בה זכה בה מ"ט עובד כוכבים מכי שקיל דמים נסתלק בה אלמא דאע"פ שאין העובד כוכבים הפקיר ביתו כל שנסתלק עצמו הוי הפקר והראיה שהביא הריב"ש מפ' הרבית דסילוק אינו מועיל גבי שכירות מדאמר שם דאי אמ"ל מיסתלקנא צריך למיקנא מיניה לע"ד אינה ראיה דהתם לא סלק עצמו מהשתא אלא שהתנה לומר שכשיביא לו הדמים יסתלק עצמו ולהכי צריך למיקנא מיניה ומצאתי בחידושי הר"ן מכ"י למס' גיטין בפ' השולח שכ' דכיון דקי"ל דבע"ח קונה משכון מחילה לא מהני ביה כדאמרינן גבי ע"ע גופו קנוי ובעי שטרא אבל משכנתא אפי' באתרא דלא מסלקי מחילה מהניא עכ"ד וע"כ צ"ל לפי דבריו דהא דקאמר שם אי אמר מסתלקנא צריך למיקנא דהוי טעמא כמ"ש משום דלא סילק עצמו מהשתא והגם כי בעיקר דברי הר"ן שכ' דמשכנתא אפי' באתרא דלא מסלקי מחילה מהניא אינו נראה כן וכמו שהוכחתי במ"א דכל שיש לו קנין פירות לא מהני ביה מחילה מ"מ באומר אי איפשי בה דהוי סילוק מועיל וכמ"ש. ובזה נ"ל ליישב דברי הר"מ שכתב בפ"ח מה' עבדים המשחרר עבדו בכל לשון והוציא דברים מפיו שלא נשאר עליו שום שיעבוד שיצא לחירות ולכאורה קשה מההיא דאמרי' ע"ע גופו קנוי ולא מהני להוציאו לחירות בדברים אבל לפי מ"ש א"ש דהכא מהני משום דגילה דעתו שסילק רשותו ממנו ולשון סילוק מועיל גבי עבד וכמ"ש הריטב"א והר"ן ומכאן נ"ל ללמוד דמי שיש לו קנין אויר והקנהו לבעל הקרקע דא"צ שום קנין אלא כיון שסילק המוכר עצמו ממנו זכה ביה בעל השדה. (א"ה ע"כ מצאתי ועיין לעיל בהלכות זכיה מהפקר סי' ט' וסי' י' וצ"י):

סימן י

ראובן שמשכן ביתו לשמעון במשכנתא דסורא ואחר שעבר השתי שנים שלא היה המשכיר יכול לסלקו בא המשכיר וא"ל לשוכר שיצא מהבית ויפרע לו את דמי המשכונ' אז א"ל השוכר אם יש בידך לפרוע לי דמי המשכונא אמור כמה אתה רוצה בשכר הבית ואני אשכיר אותה וכן עשה ונתן לו בשכרו סך מה מפני שאמר לו המשכיר להביא לו דמי המשכונא בתוך ל' יום ועבר המשכיר ולא הביא המעות מהו הדין:

תשובה עתה באתי לגלות דעתי בענין משכנתא דנא דלכאורה נראה שכיון שכבר עבר הזמן שלא היה יכול לסלקו ה"ז כמשכנתא באתרא דמסלקי כדמוכח מדברי הריב"ש שכל שיכול לסלקו בדמים באמירה בעלמא נמי מסתלק אי אמר השוכר מסתלקנא וכ"כ בתשו' מוהראנ"ח יע"ש ואף שהרשב"א כתב בתשו' שכל שלא היה יכול לסלקו מעיקרא אפי' עבר הזמן אתרא דלא מסלקי איתקרי משום שקנויה היא למלוה עד שיחזור ויפרנה. הן רבים חולקים עליו בזה וסברי שכל שעבר הזמן שלא היה יכול לסלקו אזלא לה הקנייה ולא נשאר עליו כי אם מלוה בעלמא וראיה לזה מאותה שאמרו סתם משכנתא שתא דמשמע דמיירי אפי' באתרא דמסלקי וכמו שפרש"י והגם שהרשב"א לפי שיטתו פי' דאתרא דמסלקי שאמרו לא איירי בסתמא אלא בשפירש לסלוקי בכל עת שירצה אבל בסתמא כיון שאינו יכול לסלקו עד שתא קנויה היא למלוה עד שיחזיר לי מעותיו לע"ד עם שאיני כדאי להכריע מ"מ לדידי חזי לי כסברת החולקים מההיא עובדא דרב מרי בר רחל משכן ליה ההוא עובד כוכבים בית' נטר שתא ואמטיי' ליה אגר ביתא א"ל הא דלא אמטייה לי' למר עד האידנא אגר ביתא משום דסתם משכנתא שתא אי בעי עובד כוכבים לסלוקי לי לא הוה יכול כלומר והוה כמכורה לי השתא נשקול מר אגר ביתא משום דכיון דיכול לסלוקיה הוי הלואה ואיכא ביה משום לתא דרבית יע"ש מוכח מהא שכל שעבר הזמן שלא היה יכול לסלקו אזלא המכירה ונשאר מלוה בעלמא איך שיהיה מידי פלוגתא לא נפיק ובכל ספיקא דדינא לא מפקי' ממונא מיד המוחזק ואוקי ארעא בחזקת מריה קמא ויכול המוחזק לומר קים לי ככל הני רבוותא דסברי שכל שעבר הזמן שלא היה יכול לסלקו אזלא לה הקניה והוי כאתרא דמסלקי דבדיבורא בעלמא נסתלק השוכר כמ"ש:

איברא שעדיין יש לחלק ולומר שמ"ש הריב"ש ז"ל שכל שיכול לסלקו בדמים בדיבורא בעלמא מסתלק השוכר אינו אלא בסתם משכנתא שהדמים שנתן אינם אלא הלואה אצל המשכיר ולהכי באתרא דמסלקי אישתכח דלית ליה למלוה שום קנין בשדה כי אם שיעבוד בלחוד וגבי שיעבוד באמירה בעלמא מסתלק מיניה כדאמרי' בפ"ק דקידושין

ש"מ ע"ע גופו קנוי דאלת"ה לימא ליה באפי תרי זיל. אבל בנ"ד דהויא משכנתא דסורא שמעיקרא נתן המעות בתורת שכירות מוקדם לכל כך שנים שכן כתוב בה ובמשלם שנייא אלין תיפוק ארעא דא כו' הרי זה כעין מכר ואפי' באתרא דמסלקי ומטעם זה כתב הרמב"ן דעדיפא משכנתא דסורא משאר משכנתות דאפי' באתרא דמסלקי שרי לכל אדם וכ"כ התוס' ג"כ שכל שכותב במשלם שנייא אלין וכו' לא מחזי כהלואה אלא כלוקח ממנו פירות כל השנים הללו באותם דמים ולפי זה יש לומר דמשכנתא דלא קנויה היא לשוכר עד שיחזיר לו את מעותיו ויפדנה דשכירות ליומיה ממכר היא ואין לומר שכל שיכול המשכיר לסלקו לא קרינן ביה לשכירות ממכר שהרי פועל שיכול לחזור בחצי היום ואפ"ה קרי ליה הרמב"ם והטור שהוא קנוי לזמן ואין בו דין אונא' וכ"כ הריטב"א בחידושיו פ"ק דמציעא יע"ש ומהר"ם ג"כ כתב בתשו' שב"ה שא"ל לפועל זיל מעמדי לא נמחל שעבודו באמירה בעלמא דפועל גופיה קנוי יע"ש ולפ"ז יש לומר דבנ"ד כיון דהמקום מושכר לשוכר ועד שיחזיר לו את מעותיו ברשותיה קאי ואינו יכול לסלקו מלאכול הפירות הרי זה חשיבא קנויה לשוכר ובאמירה בעלמא לא נמחל שעבודי' ותדע דהכי הוא דל"ד נ"ד למסכנתא באתרא דמסלקי שהרי באתרא דמסלקי אם בא הלוה וא"ל למלוה לא תיכול שוב אינו אוכל ואילו במשכנתא דסורא כנ"ד מעולם לא שמענו שיוכל המשכיר לומר לשוכר לא תיכול ועד שיחזיר לו את מעותיו השוכר עומד בתוכה ועוד בה בנ"ד דאעיקר' דמילתא אין בדברי השוכר משמעות לומר שהפקיע זכותי' מן הבתים שהרי עינינו הרואות שהוא חפץ לישב בבתים ונתרצה ליתן בשכר' הרבה יותר מכדי שכרם ואיך יעלה על הדעת שהוא ימחול זכותו למשכיר ויתן בשכרה כפלים ממה שהיה נותן אלא הדעת נוטה שמה שחזר והשכיר' ממנו הוא מפני שא"ל המשכיר שהיה מזומן להחזיר המעות ולפדות את הבית כלפי זה א"ל השוכר אם רצונך להחזיר את מעותי כמה אתה רוצה בשכירותו וטול כדי שיהא מושכרת בידו אחר שיביא את מעותיו ותבטל המשכונא ואחר שהמשכי' לא החזיר את דמיה נשאר המשכונ' קיימת כדמעיקר'. הנלע"ד כתבתי ומורינו יבחר ויקרב נאם הצעיר אפרים נבון:

ראה ראיתי את השאלה ואת אשר נגזר עלי' מאת אחי יפת הגדול החכם השלם הדיין המצויין עצום ורב הי"א ואף כי לאו למודעי הוא צריך אך מרוב ענותנותי' כי רבה רצה לעמוד על דעתי ואען ואומר כי כל דרכיו האמת והצדק דודאי כל שתחילת המשכנת' היתה משכנתא דסור' אלא שלאחר זמן הי' יכול הממשכן לסלקו בממונ' מ"מ משכנתא קנוי' לשוכר עד שיתן לו מעותיו ובדיבורא בעלמא לא מסתלק כאשר הורה גבר עליון

למענה גם הטעם השני שכתב המורה נר"ו הוא שריר וקיים ולבלתי סור ממשמעתו באתי על החתום נאם הצעיר יהודה רוזאניש:

סימן יא

אם שכר בית לזמן ואח"ז עמד השוכר שם בשתיק' אינו נותן לו שכירות אלא כפי השנה הראשונה ואפי' הוקרו הבתים כ"נ מדברי הר"ן והריב"ש ז"ל שהביא הב"י בס' שי"ב אבל מדברי הרשב"א בתשו' הביאה הב"י שם אנ"כ ודוק בדבריו שכ' שכל המשכיר בכל כך לשנה לא לשנה אחת בלבד השכירה לו אלא ה"ק לי' כל זמן שלא אוציאך משם תתן כ"כ לשנה יע"ש ואפשר דהריב"ש ז"ל מודה לזה ובנ"ד שאני שהשכירוהו בשנה שניה ומסתמא ע"ד התנאי הראשון הי' וכ"נ מדברי מור"ם סי' של"ג ודלא כהש"ך שם ובסי' שי"ב:

סימן יב

השכיר ביתו לג' שנים כל שנה בכך וכך נראה דיכול לתבוע לו השכירות בסוף כל שנה ושנה ומ"ש הר"מ ז"ל בפ"ז וכן אם שכר ממנו ופי' שיתן לו השכר בכל שנה וכו' הא דאיצטריך לפרושי איירי בששכר בכ"כ ליום או לחדש ופי' שיפר' לו שכירותי' בכל שנה הא לאו הכי שלא פי' בכל חדש וחדש הוה זמניה אבל היכא דשכר לג' שנים כל שנה בכך וכך כל שנה ושנה הוי שכירות בפני עצמו ועיין בפ' הספינה גבי כור בל' ועיין במהריט"ץ סי' ח"י ועיין בתוס' בפ' בית כור דף ק"ד בד"ה פרושי קא מפרש שכתבו דה"ק לי' בשנים עשר זהו' לשנה משום דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף הוצרך להתנות שהי' לו ליתן כל חדש דינר עכ"ד ונראה דהתם דוקא הוא דלא אמרי' הכי משום דסוף סוף אינו מתפרש לשונו יפה שהרי בחדש העיבור אין לו לתת כלום ואיהו קאמר דינר זהב לחדש ולכן איכא למימר דמיהדר קא הדר ביה כדי להרויח את חדש העבור אבל בנ"ד דלא שייך לומר הכי שאינו מרויח כלום וגם כן מתפרש שפיר, לישניה כללא דמלתא דהיכא דשכר בית סתם שא"ל השכיר לי בית זה בכך וכך ליום אע"ג דא"ל כל יום כך וכך ה"ז שכורה אצלו לחדש אחד דסתמא דמלתא לא אגר אינש ביתא לפחות משלשים יום כדאמרי' בפ"ק דר"ה והיכא דשכר ואמר השכיר לי בית לג' שנים כל שנה כך וכך או כל חדש וחדש כך וכך נראה דכל חדש וחדש הוי חד שכירות כדמוכח מההיא דפרק הספינה דמדמי השוכר את הפועל לעשות עמו בגורן לאומר כור בל' סאה בסלע והכי פי' לה הטי"ד:

סימן יג

מי שהשכיר בית לחברו לשנה אחת ובתוך השנה נתפשרו השוכר עם המשכיר שידור שם שנה אחרת ואח"כ חזר המשכיר באמרו שלא הי' קנין בדבר אלא דברים בלבד ראיתי להרב מהרדב"ז ז"ל שכתב בסי' קכ"ב במי שמכר ביתו לשוכר שהי' דר בה שאפי' אי א"ל לך חזק וקנה כל שלא עשה השוכר בה דבר חדש שלא הי' עושה בה תחלה אפי' אם נועל ופותח אין זו חזקה שכך הי' עושה בה מתחלה. ולע"ד אין נראה כן מההיא דאמרי' בפ' איזהו נשך האי משכנתא באתרא דמסלקי ואמר לא מסתלקנ' לא צריך למיקנא מיני' וכ' הריטב"א בחי' כ"י ז"ל דלאחר שירד בה קא מיירי דאי אמר לא מסתלקנ' והודה לו בעל השדה לא מסתלק דעכשיו מחזיק בשדה בתנאי זה כיון שהוא מוחזק בתוך השדה ומחזיק בה כל שעה ר"ל כאלו א"ל לך חזק וקנה וקרקע נקנית בחזקה עכ"ד ואפי' להחולקים שם ופי' דמיירי כשהתנה כן בשעת ההלואה נראה דטעמא דידהו הוי משום דלא א"ל הלוה כלום אלא שהמלוה הוא דקא מתנה והלוה שתק והא קמ"ל דאי א"ל לא מסתלקנא בשעת נתינת הדמים אע"פ שהלוה שתק חשיב כאלו פירש בהדיא אדעתא דהכי וכשאמר המלוה מסתלקנא צריך למיקנא מיניה משום דפטומי מילי בעלמא הוא דקא"ל כמ"ש הראב"ד ז"ל והביאו הנ"י ועיין בתוס' פ"ב דבכורות דף י"ח ע"ש ובתוס' פ"ק דמציעא דף י"ו ד"ה חספא בעלמא הוא ומשמע מדבריהם דאפי' בסתמא שאינו מכוין עכשיו לקנות בהאי נעיל' ה"ז קנה כיון שדעתו של מקנה להקנותו עוד נראה מדברי מהרדב"ז בסי' הנז' דס"ל דשותף שוה לאינש דעלמא דשלא בפניו צ"ל לך חזק וקנה יע"ש ועיין בתוס' דבתרא דף ג' ע"א ד"ה רב אשי וכו' שכתבו דכשהקרקע היא שניהם מועלת חזקה מדעתו שלא בפניו אפי' לא א"ל לך חזק וקנה וכ"כ הרא"ש שם יע"ש:

סימן יד

מי שבקש מחבירו שיעשה לו שדוכין עם פ' ויתן לו חפץ פ' או בית פ' כדי שידור בה אם קנה השדכן אותו החפץ ממש דבפ"ב דע"ז גבי נתן לה ואח"כ בא עלי' מוקי לה באו' התבעלי לי בטלה זה ופריך והא מחסרא משיכה כתבו הרא"ש והר"ן ז"ל מוכח מהכא דהשוכר את הפועל וא"ל עשה עמי מלאכה זו ואתן לך חפץ זה בשכרך יכול ליתן דמי החפץ אבל בגוף החפץ א"א לקנות לו אלא במשיכה והביאה מור"ם בהגה. ולכאור' יש לדקדק במה שכתבו סתם דיכול ליתן הדמים ומשמע דיכול לעשותו לכתחלה ואמאי נהי דלא משך ולא קנה קנין גמור מ"מ ה"ז קנה לענין שאם יחזור בו יקבל מי שפרע כמו כל הנותן מעות על המקח ושכירות נמי דמים קא חשיב והי' נרא' לומר דה"ט דהכא אפי' מי שפרע ליכא משום דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף והוי מלוה וקי"ל דמלוה

אינה קונה ואפי' לענין מי שפרע כמ"ש הטור בסי' ר"ד בשם הראב"ד והרא"ש והרשב"א והר"ן והכי מפורש בירושלמי ולפ"ז נראה לע"ד דבנ"ד לא מצי לחזור בו דע"כ לא אמרי ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף ואינו קונה היינו בפועל שעושה מלאכה דכל פרוטה ופרוטה שנגמרה נתחייב בע"ה לפועל ונעשה מלוה אבל כי נ"ד לא שייך לומר ה' ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף שאין זה נתחייב לשדכן אלא כשיביא הדבר לידי גמר דכמה שדכנים טורחים ואינם עושים ודכוותה כתב ר' יונה בפרק הספינה גבי ההיא דהמוכ' פשתן דמוקי לה תלמודא בא"ל יפה לי קרקע כל שהוא וקנה הפשתן כלומר דבשכר היפוי מקנה לו קרקע וכתב ז"ל דלא שייך הכא לומר ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף והויא מלוה דשכר היפוי אינו אלא שוה פרוטה וכן כתב המרדכי בפרק איזהו נשך ותוס' רי"ד בשמעתין דקידושין פ' האיש מקדש יע"ש וה"ה בנדון דידן דלא שייך לומר ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף ומגופא דשמעתין דפ"ב דע"ז יש ללמוד כי בכל כי האי גוונא לא אמרינן הכי מדאוקמה בזונה בת עובד כוכבים דאינ' צריכ' משיכה וקונה בדמים משמע דאין כאן מלוה ושפיר הוה קונה אפי' ישראל מדינ' אלא כיון דחכמים הפקיעו קנין דמים מש"ה אוקמ' בזונה בת עובד כוכבים וצריך להבין עדיין ההוא דפ' האומר גבי מתני' דהאומר לאשה בשכר שאדבר עליך לשלטון ואעשה עמך כפועל מקודשת מוקי לה בשנתן לה שוה פרוטה אבל בשכר לא פריך עלה מדתניא שב עמי בצוותא ואקדש לך רקוד לפני ואקדש לך אם יש בה שוה פרוטה מקודשת ואם לאו אינה מקודשת ומשני תנא ברא סבר אינה לשכירות אלא לבסוף ותנא דידן סבר ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף ע"כ משמע מהכא דאפי' בכה"ג כנ"ד אמרינן ביה ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף והויא מלוה שהרי אדבר עליך לשלטון דומה ודאי לנ"ד ואפי' הכי חשיב מלוה:

איברא דלא עלי דידי בלבד קשיא אלא גם על ר' יונה והמרדכי גם כן קשה כמו כן דמהכא משמע דאע"פ ששכרו אינו אלא שוה פרוטה אפילו הכי אינה קונה דישנה לשכירות מתחל' ועד סוף והויא מלוה דאם לא כן אמאי לא מוקי מתניתא דרקוד לפני אפילו כתנא דידן וטעמא משום דכל ששכרו אינו אלא שוה פרוטה לא שייך לומר ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף ומשום הכי הויא מקודשת. וכ"ת דהא דלא אוקמיה למתניתא כתנא דידן משום דפשטא דברייתא דקתני שמין אם יש בה שוה פרוטה מקודשת משמע דלא בא אלא לאפוקי פחות משוה פרוטה אבל אם שוה פרוטה וכל שכן אם שוה יותר משוה פרוטה וע"כ צ"ל דס"ל אינה לשכירות אלא לבסוף דאל"כ הויא מלוה סוף סוף עדיין קשה דמסתימת דברי הפוסקים משמע דבכל גוונא אינה מקודשת ולא חילקו בין אם שכרו שוה פרוטה ליותר משוה פרוט' וצ"ע. ומדברי הר"מ ז"ל למדנו ישוב לכל זה והוא

במה שנדקדק בדבריו דגבי בשכר שאדבר עליך לשלטון כתב דאינה מקודשת משום שהנא' הבא לה מדבריו הרי היא כמלוה והמקדש במלוה אינה מקודשת ואח"כ כתב אמר לה הרי את מקודשת לי במלאכה זו שאעש' עמך אינה מקודשת לפי שהשכירות יזכה בו הפועל מתחלה ועד סוף והוי מלוה עכ"ל. ומדלא כיילינהו כולהו בחדא מחתא ונימא משום דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף שמעינן דברישא באדבר עליך לשלטון אע"ג דלא שייך לומר ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף שהרי כל עוד שלא הועילו דבריו לשלטון עדיין לא זכה בשום דבר אפי' הכי אינה מקודשת משום דהנאה זו הבאה לה מדבריו שדבר לשלטון הוי כמו מלוה דאינו אלא מבריח ארי ודמי למקדש במלוה דאינה מקודשת משום דהשתא לא מטיא לה הנאה. וכי תימא והרי נהנית במה שהיתה איהי צריכה לתת שכר לשום אדם כדי שידבר עליה לשלטון והשתא מחל לה אותו השכר איכא למימר דס"ל דלא חשיב זה דמטיא לה הנאה השתא ואינו אלא שנפטרה מחיובא ואע"ג דבעלמא כל כי האי גוונא הנאה חשיב ואסור במודר הנא' קידושין שאני דאינה מתקדשת עד דמטיא לה הנאה ממש ואפי' בבע"ח דוחק אמרו בירושלמי דאינו חייב לשלם משום דהוי מבריח ארי:

איברא דמדברי הטור מוכח בהדיא דבאדבר עליך לשלטון הוי טעמא משום דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף ולדידיה תיקשי ליה ההיא דאתנן כמו שהוכחתי לעיל דלא חשיב מלוה אבל לפי מ"ש לדעת הרמב"ם יראה דבנדון דידן גם כן לא חשיב מלוה והרי זה קנה החפץ לענין שיקבל מי שפרע ואפי' לדעת הטור ז"ל דנראה דסבירא ליה דאפי' כי האי גוונא ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף והוי מלוה מכל מקום הא איכא כמה גדולים ועצומים דסבירא להו דמלוה קונה לענין מי שפרע והוא דעת רש"י בריש פרק איזהו נשך גבי היה נושה בחברו והגהת אשירי שם והרמב"ם ז"ל. ועוד איכא לפלוגי ולומר דאפי' בשוכר את הפועל לעשות לו מלאכה מרוב' דהוי ודאי ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף ואין אשה מתקדשת קדושין שאני משום דאין האשה מתקדשת לחצאין ונמצא שאין הקדושין חלין עד שיגמר מלאכתו ואז כבר נעשית מלוה. אבל באומר לפועל עשה עמי מלאכה ואתן לך כור חטין כל פרוטה ופרוטה דעביד קנה שכרו וקנה כנגדו שווייה של חטין ולא דמי למה שאמרו כור בל' אני מוכר דיכול לחזור אפי' בסאה אחרונה דהתם שאני משום דגלי דעתי' שרוצה למכור כור יחד דצריך הוא למעות וכמו שפירש רשב"ם ז"ל שם ועוד דהא כתב רבינו ירוחם ז"ל שם דההיא איירי כשלא נתן את הדמים אבל נתן את הדמים ראשון ראשון קנה והכא נמי כל פרוטה ופרוטה דעביד קנה כנגדו חטים ועוד טעם אחר היה נראה עם מ"ש תוספות רי"ד שם בקידושין דף מ"ח ז"ל אי קשיא לך

התינח פרוטות הראשונות הויין מלוה מ"מ תתקדש מיהא בפרוטה אחרונה דאתיא עם גמר כלי תשובה גם פרוטה האחרונ' הוא מלוה עד שיגיע הכלי לידה עכ"ל:

והשתא יש ללמוד מדבריו דבנדון דידן דאין השדכן צריך להגיע לידו של זה שום דבר כל שגמר מלאכתו הרי זה קנה בפרוטה אחרונה והוא הדין בפועל שעושה מלאכה אצל בעל הבית דאינו צריך להגיע שום דבר אצל בעל הבית הרי זה קנה בפרוטה אחרונה אבל דברי תוספות רי"ד לע"ד הם תמוהים דהלא בשכר שהושבתיך בקרון או רקוד לפני וכל הני כולהו דמתנייא בפרק האומר לא צריכי הפועלים להגיע שום דבר אצל בע"ה שהרי ברשותי' דבע"ה קא עבדי ולעיקר הקושיא שהקשה דאמאי לא תתקדש בפרוטה אחרונה נראה לע"ד דעד כאן לא אמרינן הכי אלא במקדש במלוה ופרוטה דדעתייהו אפרוטה דיהיב לא השתא ולא אמלוה דמעיקרא אבל בפועל העושה מלאכה דעתייהו הוי על כל מלאכה. ועוד אחרת כתבו בתוס' רי"ד שם דף ס"ב ע"ב ז"ל קשיא לי דהיכי דמי אי דאמר לה הרי את מקודשת לי בשכר שאדבר עליך לשלטון ואעש' עמך כפועל א"כ אע"ג דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף אמאי אינה מקודשת והא כל פרוטה ופרוטה דעביד קניא לה לשם קדושין ודמי למאי דאמרינן שאם אמר לה התקדשי לי באלו אע"פ שהיתה אוכלת ראשונה ראשונה מקודשת דמדידה קא אכלה ומשום הכי נ"ל לפרש דהא דתני שאדבר ושאעשה שידוכין הן אלה אבל צ"ל לאחר שדבר ולאחר שעשה הרי את מקודשת לי בשביל שדברתי דבעינן שתהא נתינה בשעת אמירה עכ"ל. ולפי זה יראה דבמקח וממכר דלא בעי' שתהא נתינה בשעת אמירה שפיר קונה ולא חשיב מלוה אבל גם זו אינו נראה כן מדברי שאר המפרשים ולעיקר קושיתו עי' בדברי התוס' בפרק האשה רבה ותמצא נחת: (א"ה עיין בחידושי הרשב"א לקידושין לדף מ"ח שכתב ליישב זה דכל פורתא ופורתא קודם שהגיע לפרוטה נעשית מלוה כיון דבשע' דאיתיה להאי פורתא ליתיה להאי לא חזי לאיצטרופי וע"ש ועיין בתוס' בפרק הגוזל עצים דף צ"ט ע"א ד"ה אלא במאי מקדשה שתי' באופן אחר יע"ש):

אבל מן הטעמים שכתבתי לעיל נראה דבנדון דידן הרי זה קנה לענין לקבולי מי שפרע ולפי מה שכתב הרמב"ם ז"ל בפירוש המשנה בפרק הספינה בההיא דהמוכר פשתן דאייריי בעומד ליתלש ובשכר היפוי קונה הפשתן היה נראה לכאורה דפועל כל שעשה מלאכתו קנה מה שהתנ' עמו דהיינו הפשתן שלא כדברי הרא"ש והר"ן שדקדקו מההוא דפ"ב דעבוד' כוכבים וכן נראה מפירוש רש"י בפרק הבית והעליה שכתב דחייב לתת לו שכרו כמו שהתנ' עמו דבל תלין שכרו כתיב מאי דאתני בהדיה משמע וההיא דאתנן איכא לדחויי כיון דאיסורא קא עבדי לא קרינן בהו האי קרא אבל עדיין איכא לדחויי

ולומר דמדברי הרמב"ם ז"ל ליכא ראיה דאפשר דיסבור דכל היכא דלא שכיח לדליקה לא גזרו ביה רבנן ומעות קונות:

וראיתי להריטב"א ז"ל בחידושיו לפרק הזהב שכתב דאע"פ שאין מלוה קונה מיהו אם ייחד לו כלי מיד בשעה שנתחייב לו שכיר במלאכה מקמי דליהוי מלוה אפי' הכי לא קנה משום דמחסרא משיכ' מדרבנן מיהא והכי מוכח בפר' השוכר עכ"ד ומדבריו אלו יש ללמוד כמ"ש דאי חזר בו מקבל מי שפרע:

סימן טו

השאלה נאבדה ומתוך התשובה יתבאר: תשובה בפרק הגוזל בתרא אמתני' דשטף נהר חמורו וחמור חברו וכו' אין לו אלא שכרו ואם אמר אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי חייב ליתן לו דמי שלו פריך בגמרא אמאי נותן לו דמי שלו ולימא ליה משטה הייתי בך מי לא תניא הרי שהי' בורח מבית האסורים והיתה מעבורת לפניו וא"ל טול דינר והעבירני אין לו אלא שכרו אלמא מצי א"ל משטה הייתי בך ומשני שאני הכא שמפסיד הוא את שלו ע"כ מוכח מהכא שכל הנודר לחבירו יותר מכדי שכירותו מחמת האונס אין לו אלא שכרו בלבד וטעמא משום דעליה רמיא להצילו וליטול שכר טורחו ואע"פ שנדר לו יותר ממה שמפסיד מצי א"ל משטה הייתי בך כן נראה מפירוש רש"י בפרק מצות חליצה וכפירוש הרב ר' חזקיה ז"ל והביאו המרדכי בפרקין ז"ל וטעמא דהא איכא איסור מסוכן וחייב להצילו ומצוה עבד וכ"כ הרמב"ן בספר ת"ה ז"ל איכא מ"ד דטעמא דבורח משום דחייב להצילו וליטול הימנו שכר טורחו ולדבריהם אין לרופא אלא שכר בטלה ע"כ. ולפ"ז נראה דכל היכא דלא רמיא עליה חיובא להצילו אע"פ שזה נדר לו מחמת הדחק חייב לתת לו כל מה שהתנה עמו, אבל הרמב"ן ז"ל חולק ע"ז דאי משום חיובא דמצוה אתינן עלה אם כן מאי מדמינן בפרק מצות חליצה לחלוץ לה ע"מ שתתן לו מאתים זוז והא התם לאו חיובא רמיא עליה לחלוץ ואי כניס לה לאו איסורא עבד אלא ש"מ דלאו משום חיובא דמצוה הוא אלא דינא הוא דלא מיחייב איניש בתנאין בשעת הדחק ביותר מכדי דמי' ולפי זה כתב דאם התנה עם הרופא הרבה דחייב לתת לו כל מה שהתנה דחכמתו מכר לו והיא שוה הרבה ע"כ:

איברא דיש לדקדק בדבריו במה שרצה להכריח דלאו משום חיובא דמצוה הוא דאם כן בההיא דיבמה לאו חיובא רמיא עליה לחלוץ דלכאורה נראה דאין זו הכרח כלל לפי מה שפי' רש"י ז"ל שהיה ניכר שלא היה רוצה לייבם משום מצוה אלא שנתן עיניו בממונה וכי האי גוונא ודאי מצות חליצה קודמת כיון שאינו מכוין לשם מצוה ולפי סברת רש"י ז"ל היו יכולים לכוף אותו ואפי' לס' ר"ת שהקשה לס' רש"י דא"כ אמאי היו צריכין

להטעות וס"ל דאין כופין מ"מ כ"ע מודו דכל שאינו מכוין לשם שמים מ"ח קודמת וכופין אותו במילי לחלוץ דמצוה רמיא עליה מן התורה לחלוץ וכ"כ הנ"י שם בהדיא בשם כל האחרונים ולפ"ז איכא למימר דטעמא דבורח נמי היינו משום דחיובא דמצוה רמיא עליה ויטול שכר טרחו וה"ה לרופא שאין לו אלא שכר טרחו כיון דחייב הוא לרפאותו וכ"כ נ"י בשם הריטב"א יע"ש הן אמת די"ל כפ"ז במאי דקאמר דאין לו אלא שכרו משום דמצי אמר ליה משטה הייתי בך כלומר לא גמר בלביה. ואי משום חיוב מצוה הוא שחייב להצילו אפי' כי גמר נמי ורוצה לתת לו כל שכרו הרי זה אסור למשקלינהו דנמצא שכר מצות קא שקיל וגבי השבת אבידה שחייב להשיבו, בחנם וכ"כ בפריקה דחייב לפרוק בחנם מוכח מדברי הרא"ש דאפי' אם הבעלים רוצים לתת לו שהוא אסור ולא מצי למשקליה דהוי שכר מצוה. ועוד דאי משום חיוב מצוה הוא חייב להצילו א"כ אפי' שכר טרחו נמי לא לישקול משום שהוא בטל ממלאכה מידי דהוה כהשבת אבידה דאם הוא בטל אינו נוטל כלום ואפי' שכר טורחו. ובשלמא לדעת הרמב"ן ז"ל דס"ל דאפי' שכר מצוה כל שהתנה לא מפקינן מידו חיוב שלו א"ש אבל לדעת החולקים עליו קשה וראיתי להסמ"ע בסי' רס"ד שכתב דהאי דנוטל שכר טרחו ואע"פ שהוא בטל ממלאכה מכיון דכל השנה כשרוצה לעבור בנהר דרכו ליתן עליה שכר אינו מן הדין שיהא זה עדיף משום צורך גופו או הצלת ממונו עכ"ד ולא הבנתי אותם דהשבת אבידה יוכיח שאע"פ שדרכן לתת שכר להוליכם ממקום למקום עכ"ז כיון דהשתא מצוה קא עביד לא מצי ליטול עליה שכר. ולע"ד היה נראה לומר שגם המפרשים שפירשו דטעמא משום דחייב להצילו ס"ל דכל היכא דגמר זה בלבו לתת כמו שהתנה חייב לתת לו ואע"פ שהוא שכר מצוה מיהו כיון שהתנה וגמר ליתן לא מפקינן שכירותיה ואע"ג דעובר על מה אני בחנם זולת היכא דא"ל משטה הייתי בך מעיקרא. ומ"ה נוטל שכר טרחו דלכדי שכר טרחו ודאי גמר בלביה מעיקרא לתת לו וראיה מההיא דע"מ שאדבר עליך לשלטון דמקודשת. ומ"מ למדנו מדברי כולם דטעמא דאין לו אלא שכרו בלבד היינו או משום דחייב להצילו למר כדאית ליה או משום דלא מחייב איניש בתנאין בשעת הדחק ביותר מכדי דמיו למר כדאית ליה. אבל כל היכא דמתנה שלא בשעת הדחק נראה דחייב לתת כל מה שהתנה ואפי' ביותר מכדי דמיו ולפ"ז נראה דסברת מהר"ם ז"ל שהביא המרדכי בפרק הגוזל שה"ה לשדכן שאינו מחוייב לתת לו אלא שכר טרחו יחידאה הוא ולא קי"ל הכי. ולא מבעיא בשכר שדכנין שהרגילות הוא לתת הרבה דודאי נותן לו כל מה שהתנה. אלא אפי' במידי דאין רגילות לתת שכר הרבה כל שהתנה שלא בדוחק שלא היה לו אונס וגם כן לא היה מחוייב חבירו לעשותו צריך לתת לו כל מה שהתנה

כמ"ש לעיל ומ"ש אצטריך ר"י ז"ל בההיא עובדא דהשבעת שדים לומר משום דרגילות הוא לתת יותר מכדי טרחו ומשמע דהא אם אין רגילות לא היינו משום דהתנה בשעת הדחק כדי להוציא את גניבתו וזהו ג"כ כוונת התוס' והרא"ש בפ' מצות חליצה אבל היכא דמתנה שלא מדוחק איכא למימר דיודו לסברת הרמב"ן וה"ר חזקיה ז"ל דאפי' אין רגילות דחייב לתת כל מה שפסק עמו וכדמוכח מההיא דהמבשרני אם ילדה אשתי זכר יטול מנה וכתבו בהגהות מיימון לספר נזקין משם ר"י דה"ט משום דשכר אמירה קא שקיל וה"נ אמרינן בפרק הרבית לא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלוה למלוה הכא שכר אמיר' קא שקיל וכ"כ בהגהת סביבות המרדכי לפ"ק דמציע' משם רש"י ז"ל. אבל מדברי הרא"ש בתשו' נראה דקאי בשיטת מהר"ם ז"ל שכתב בכלל ס"ד סימן ג' דאין חייב לתת לערב מה שהתנה עמו כי ערבות אינו דבר שלוקחים עליו שכר שיקנה באמירה לבד בלא קנין ודמי להההיא דטול דינר והעבירני דאין לו אלא שכרו אלמא כיון דהוי יותר מכדי שכרו לא קנה ואע"פ שהתנה עכ"ל נראה דזה אינו אלא לשיטת מהר"ם. אבל לפי שיטת רש"י ז"ל בפ' מצות חליצה והיא סבר' ה"ר חזקיה והרמב"ן ג"כ כל שאינו מתנה מתוך הדוחק או משום דחייב להצילו הרי זה חייב לתת לו כל מה שהתנה ואפי' שכר אמירה ואע"פ שאין רגילות לתת עלי' שכר כי ההיא דפרק הרבית וכ"ש בערבות שעפ"י ערבותו של זה הלוה לו ומטייא ליה הנאה דבההיא הנאה משתעבד לו ונראה דהנודר לשדכן יותר מכדי שכרו חשיב כאנוס כדמוכח בח"מ סי' רמ"ב ולהכי איצטריך ר"ש לומר הוי מידי שרגילים עליו יותר מכדי טרחו ולפי מש"ל נראה דאם נדר לתת לחבירו יותר מכדי שכרו דמצי א"ל משטה הייתי בך דה"ד שכן היה בדעתו מעיקרא אבל אי בדעתו היה מעיקרא לתת לו כל מה שא"ל ה"ז חייב לתת לו וכ"נ מתשובת מהר"ם ז"ל שהביא המרדכי בפ' ז"ב על מי שא"ל לחתנו שילמוד עם בנו ותשו' זו הביאה בהגהה מיימון באורך יע"ש ועיין במהרש"ך ח"ב סי' פ' שכתב ששלש מחלוקות בדבר יע"ש ומתוך מש"ל יראה המעיין שאין דבריו מוכרחים:

סימן טז

כתב הב"ח סי' ט' דהנוטל שכר להעיד אע"ג דעדותו בטל מ"מ אינו חייב להחזיר השכר בדין ע"כ. ולע"ד אין נראה כן דבס"פ האיש מקדש גבי ההיא דמקדש במתנות ובאפר פרה הרי זו מקודשת פריך מההיא דהנוטל שכר להעיד דעדותו בטל וכו' כלומר וכיון דמעשיו בטלים היאך מקודשת וכתב הריטב"א ז"ל שם וז"ל וכ"ת ואפי' אי הוה מתני בשכר הזאה וקידוש נהי דדינו בטל מ"מ כיון שנטל שכר זכה בה הא ליתא כיון דאין במעשיו כלום אינו ראוי ליטול שכר עליו דהא לא עבד ליה ולא מידי ואע"פ שעדיין

יש לדחות דמשם ליכא ראיה דהתם שאני דכיון דלא אהניא ליה מידי במאי מקדשה מ"מ נ"ל דצריך להחזיר השכר דהוי נתינה בטעות. ומה שהביא ראיה מההיא דלא מצא בחנם ילמוד בשכר ואי חייב להחזיר אף בשכר לא ימצא אינה ראיה דהתם איירי בנוטל שכר בטלתו ואפי' תימא דאיירי בכ"ג ה"ט דזכה בשכרו משום דאהנייא ליה וחכמתו מכר לו וכמו שכתב הרמב"ן ז"ל והביאו הטור בי"ד סי' של"ה מה שאין כן הכא דלא אהניא ליה מידי ועיין בפירו' רש"י בפ"ב דר"ה גבי עובדא דבייתוסין:

סימן יז

מי שהצילֿ את חבירו מיד הישמעאלים ושואל ממנו שכרו מהו דינו:

תשובה בי"ד סימן של"ו הביא הטור בשם הרמב"ן ז"ל דהרופא מותר ליטול שכר הבטלה ושכר טרחו והביא הרמב"ן ראי' לזו דשכר הטורח מותר דהו"ל כשכר הבאה ומילוי דמותר וכן שכר הבטלה מותר כדתנן אם היה זקן מרכיבו על החמור ונותן לו שכרו כפועל בטל עכ"ל. ולכאורה נראה מדבריו דאם זה שרפאו היה בטל ממלאכה ואין לו שכר בטלה שכר טרחו מיהא צריך לתת לו כי ההיא דשכר הבאה ומילוי ולפי זה בנ"ד לא מיבעיא דנותן לו שכר הבטלה אלא דצריך לתת לו שכר טרחו אם יש לזה טירחא השתא יותר ממה שהיה עוסק במלאכתו אבל בטור ח"מ כתב דראה את האבידה אם הוא בטל ממלאכה חייב להשיבה בחנם ואם היה עוסק במלאכה יכול ליטול שכר על ההשבה כיון שלא חייבתו תורה להניח את שלו ולהתעסק בהשבה יכול ליטול שכר על ההשבה מוכח בהדיא דשכר טרחו לא שרי זולת בעוסק במלאכה וכטעמא דיהיב ואם כונת הטור בכאן בי"ד דשכר הטורח דקאמר ר"ל כמ"ש בח"מ דהיינו שהיה עוסק במלאכה שהיה שוה ד' ולהניחה ולישב בטל היה נוטל דינר ולטרוח בהשבתו היה נוטל ב' דינרים דיטול ב' דינרים דנמצא נוטל דינר בשכר הטורח קשה דא"כ מאי מייתי משכר הבאה ומילוי דהתם איירי אפי' באדם בטל ממלאכה והיינו טעמא כמו שפי' רש"י דלא חייבתו תורה לטרוח להביא העפר או למלאות המים אבל הכא דחייבתו תורה למטרח לא מיבעיא דאם היה בטל ממלאכה שאין לו שכר טירחא אלא אפי' היה עוסק במלאכה ונתבטל זה ממלאכתו איכא למימר דאין לו שכר אלא כפועל בטל אבל לא שכר הטורח כיון שהיה יכול להתנות עם הבעלים כמו שכתב הטור ח"מ ואם נאמר דהרמב"ן ז"ל נמי איירי כשהתנה עם החולה א"כ מאי איריא שכר בטלה ושכר טרחו הלא אפילו ביותר מזה יכול להתנות שיטול וכל מה שמפסיד כמ"ש בה"מ. והייתי ר"ל דס"ל להרמב"ן דרופא יכול למשקל שכר מוכח הליכתו ואין זה שכר מצוה כי היכי דשרי שיודע עדות לחברו דאע"פ שמחוייב להעידו בחנם מכל מקום אם צריך ללֿך למקום רחוק יכול

למישקל שכר הטורח דאגר טרחיה קא שקיל ולא הכשר המצוה כמו שפי' רש"י ז"ל פ"ד דבכורות וכן נראה מדברי הריטב"א ז"ל בחי' לס"פ האיש מקדש שכתב בשינויא דכאן בשכר הבאה ומילוי והוא הדין לענין עדות ודין דאגר טירחיה הוא ולא שכר מצוה וכן כתב הרשב"א ז"ל בתשוב' וראיתי להרמב"ן שמפרש כפועל בטל דר"ל כמו שפי' ר"ח מ"ש בתוספות וה"ה (א"ה עיין בפי"ב מה' גזילה ואבידה דין ד') ולפ"ז צ"ל דמ"ש כאן ברופא דנוטל שכר טורחו היינו לומר אפי' אם הוא בטל ממלאכה מכל מקום שכר טורח ההליכה קא שקיל:

וראיתי להרב מהר"ר שמחה הכהן ז"ל שכתב דכל היכא דידע ליה עדות חייב להעידו ואפי' אגר טירחא לא שקיל אלו ח"ד וכן משמע מדברי הרא"ש ז"ל במסכת בכורות וכן כתב ר' ירוחם ז"ל. ולכאורה הכי יש ללמוד מפי' רש"י שבפרק האיש מקדש שכתב דהא דשרי ליטול שכר הבאה ומילוי היינו טעמא משום דהתורה לא רמיא עליה למיטרח ולהביא עכ"ל ואיכא למישמע מינה דגבי עדות שכבר יודע לחברו שמחוייב לילך ולהעיד אפי' אגר טירחיה לא שקיל וההיא דבכורות דקתני אם היה זקן מרכיבו על החמור ליכא למילף מינה למשקל אגר טירחא דזקן שאני דכיון שאינו יכול לילך כי אם ע"ג החמור אין זה לוקח אלא מה שמפסיד אבל למשקל אגר טירחא כיון דמחוייב הוא לילך ולהעיד נראה דהוי שכר מצוה ועדיין איכא לצדודי ולומר דשכר טורח ההליכה אינו חשוב שכר המצוה וכמו שפי' רש"י ז"ל במסכת בכורות דהכשר המצוה היא ההבאה והקידוש אבל ההליכה אינו גוף המצוה ומצי למישקל שכר טורח ההליכה וכמ"ש הריטב"א בקידושין כאמור ומה שהוצרך רש"י ז"ל בקדושין לפרש דבשכר הבאה מקודשת משום דלא רמי עליה טירחא הכי קאמר דטעמא משום דלא רמי עליה לאטרוחי ולפיכך מדינא יש לו שכר הא לאו הכי אלא דהוה רמי עליה לאטרוחי כמו לענין עדות שמחוייב לילך ולהעיד לא הוה מקודשת ואע"פ שאינו שכר מצוה והיינו טעמא כיון דמחוייב הוא לילך א"כ לאו מידי מהני לה. וכיוצא לזה אמרו בפ"ק דקדושין גבי היה כלב רץ אחרי' ואמרה לו תנהו לכלב אינה מקודשת משום דמצי א"ל מן התורה חיובי מחויב אתה להצילה יע"ש ובפרק אלו מציאות פריך ואי ס"ד צער ב"ח דאורייתא מה ל' איתי' למרי' בהדי' מה לי אי ליתיה למריה בהדי' ומשני לעולם צער ב"ח דאורייתא ואמר רחמנא כי איתיה למרי' בהדיה עביד גביה בחנם וכי ליתיה למריה בהדי' עביד גביה בשכר וכתב הרא"ש ז"ל ונ"מ שאם נותן לו שכר יכול לקבלו ע"כ משמ' מדבריו דאע"ג דכה"ג לא הוי שכר מצו' ושרי ליטול אם נותן לו אפי' הכי לא מצי להוציא שכרו בע"כ של בעל הבהמה ולכאורה קשה עליו דאמאי לא יטול ממנו שכרו בע"כ כיון דהוי בריא היזקא תו לא חשיב מבריח

ארי וכמ"ש התוס' והרא"ש בפרק הכונס וכן נראה ג"כ מפירוש רש"י ז"ל שם בפ' אלו מציאות דה"ז פורק וחוזר ונוטל שכרו בע"כ של בע"ה ואפשר דס"ל להרא"ש ז"ל דפריקה שאני דכיון דמחוייב הוא לפרוק בעל כרחו משום צער בעלי חיים מדינא לית ליה אגרא כיון דמתחלה לא מצי לאתנויי לומר אם תתן לי שכרי לא אפרוק וכמ"ש הסמ"ע יע"ש. והוא הדין בנ"ד כיון שמחוייב הוא על כל פנים להצילו לא מצי לתבוע שכר טרחו כי אם שכר הבטלה דהיינו כפועל בטל ממש שאם היה עוסק במלאכה והניח מלאכתו כדי להציל את חבירו לא יתנו לו אלא כפועל בטל שאומדין אותו כמה היה רוצה זה להניח מלאכתו ולישב בטל לגמרי ואע"פ שעכשיו ג"כ טורח בהצלתו אין נותנין לו שכר על הטורח ולא דמי לאבידה שאם היה עושה במלאכה והניח מלאכתו שאומדין אותו כמה היה רוצה זה להניח מלאכתו ולישב בטל לגמרי ואע"פ שעכשיו ג"כ טורח בהצלתו אין נותנין לו שכר על הטורח ולא דמי לאבידה שאם היה עושה במלאכה והניח מלאכתו שאומדין אותו כמה היה דוצה זה להניח מלאכתו ולטרוח בהשבת' דנמצא שכר טורח ההשב' וכמו שכתב הטור בח"מ דאבידה שאני שלא חייבתו תורה זה להשיב היכא דהוא עסוק במלאכה והלכך אם רצה להשיב נוטל ג"כ שכר טורחו אבל לענין עדות וכ"כ בהצלת חברו שאינו יכול ליפטר עצמו מהן שעכ"פ מחויב הוא לילך להעיד ולהציל לא מצי למשקל כלל שכר טורחו וקרוב לזה כתב הריטב"א ז"ל בשם התוס' בפרק אלו מציאות (א"ה ע"כ מצאתי):

סימן יח

ראובן שאמ"ל לשמעון הכבד היום בביתך ואני אתן לך חלק ממה שארויח בסרסרות ועתה חזר בו ראובן מהו דינו:

תשובה בפרק הגוזל בתרא אמרו דברייתא דקתני וא"ל טול דינר בשכרך והעבירני נותן לו שכרו משלם מיירי בצייד השולה דגים מן הים דאמ"ל אפסדתני כווריי בזווא ופירש רש"י ז"ל והיינו בשכרו דקתני טול דינר שאתה מפסיד כאן נראה מדבריו דלא מתחייב זה אלא כשיעור שהפסיד זה באותה מלאכה שהיה מתעסק בה אבל לא יותר וכן פי' התוספות שם בד"ה להביא דורמסקינין לחולה יע"ש וכ"כ המרדכי שם אבל מדברי הרא"ש בפרק אילו מציאות נראה דכל שמפסיד קצת צריך לשלם כל מה שהתנה עמו וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל בפרק י"ב מהלכות גזילה ואבידה יע"ש מכל מקום למדנו דכל שחברו הפסיד מלהרויח על פי הבטחתו לא שייך לומר משטה הייתי בך ה"ז משלם כל מה שהפסיד על פי דיבורו:

אמנם בנדון דידן אפשר לצדד דלא הפסידו כלום דאפשר דלא היה, מרויח שמעון כלום ואף אם היה מרויח אפשר שלא היה כי אם מעט מזער ואם כן במה נתחייב לו ראובן לתת לו חלקו בכל מה שירויח דמדברי רש"י והתוס' ז"ל נראה דאינו מתחייב כל מה שהתנה כי אם כשהיה עוסק במלאכה שהפסיד לו כל כך אפילו כשהפסידו כל כך עדיין איכא לפלוגי ולומר דהתם שאני דשכירות הוא ובאמירה בעלמא משתעבד בכל מה שהתנה עמו אבל זה שלא עשה עמו שום מלאכה אלא שנתבטל ע"י אע"פ שהפסיד מלהרויח לא יתחייב ודמי למה שכתב הרא"ש בפ' החובל גבי ההיא דאמרינן שב' בלחוד היכא משכחת לה דהדיקי' באדרונא וכתב הרא"ש ז"ל דוקא שהכניסו בחדר אבל אם היה כבר בחדר הוי גרמא בניזקין ופטור מדיני אדם כיון דלא עבד מעשה בגופו והוא הדין נמי בנידון דידן שלא עשה שום מעשה:

איברא דהתוספות בפרק האומנין דף ע"ו והרא"ש שם כתבו דהב"ה. חייב לשלם לפועלים מה שנתבטלו על ידו מדינא דגרמי יע"ש וע"כ צריך לחלק ולומר דסבירא ליה להרא"ש ז"ל דהתם שאני משום דכיון דעל פי דיבורו של ב"ה נתבטלו ממלאכתם והפסידו דיבורי' חשיב מעשה וכמו שכתב הרא"ש גבי חכם שטמא את הטהור. עוד ראיתי להמרדכי פ' הגוזל קמא שהביא תשובות ר' יקיר וז"ל הצ"ל וא"ת מ"ש מהא דאמרינן בפרק הרבית האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא ופשע ולא זבן דמשלם י"ל דהתם כגון שקבל עליו בפירוש לשלם אם לא אקנה לך אשלם ומכאן אתה למד. לכל הגרמות אם יקבל עליו בפירוש לשלם או אם יגרום לו הפסד שהוא חייב יע"ש ועיין בתשו' מהר"ם סי' ר"ג שכתב ז"ל ששאלת על ראובן שאמר לשמעון צא מעירך לדור בעיר פלוני ואני אסייעך בכך וכך או אמ"ל קנה חפץ זה ואני אסייעך בכך וכך ואחר שנעקר ממקומו או קנה החפץ חזר בו ראובן נראה דהיכא דמפסיד ליה כ"כ נותן לו כל מה שהתנה עמו יע"ש ילפינן מכל האמור דכל שחברו הפסיד על פי דיבורו אף שלא עשה לו שום מלאכה הרי זה משלם לו כל מה שהתנה עמו אלא דלדעת הרמב"ם והרא"ש ז"ל דס"ל דאפילו דהפסיד קצת משלם לו כל מה שהתנה עמו נראה עדיין לחלק דהיינו דוקא היכא דהנאהו אבל היכא דלא הנאהו כלום אינו משלם לו אלא מה שגרם לו להפסיד ולא יותר:

והשתא בנדון דידן שאמר לו ראובן הסרסור שב בביתך ואני אתן לך חלק מה שארויח בסרסרות דאינו ברור מה הפסידו דשמא לא היה מרויח כי אם מעט מזער לא נתחייב ראובן לתת לו חלק מכל מה שירוויח ואין לצדד ולומר דבשא"ל הכבד בביתך ואני אחלק עמך בכל מה שארויח נעשה זה כמגביה מציאה לחברו דנראה דכיון דלא היה ביניהם

אלא דברים בלחוד מצי זה למהדר ולומר לא כונתי להרויח אלא לעצמי דדוקא גבי פועל הוא דלא נאמן לומר חזרתי בי ולעצמי הרוחתי ועיין מש"ל בהלכות שלוחין סי' ח"י:

סימן יט

מי ששכר בהמה מחברו בי' והשכירה לאחר בט"ו אם הריוח לשני או לבעלים:

תשובה כתב הרב בעל נימוקי יוסף בפ' כיצד הרגל ז"ל היכא דהמשכיר שכרה בזול והוא שכרה לאחר ביוקר אם לא היה רשאי לשכרה לאחר כגון שהיו מרובים בני ביתו של זה האחר הדין נותן שיהא מותר השכירות לבעלים דאיך יעשה זה סחורה בביתו של חברו כדאמרינן בפרק המפקיד אליבא דר"י והוא הדין הכא אבל אם הי' רשאי לשוכרה כגון שהתנה עמו או שלא היו בני ביתו של זה השוכר השני מרובים מן הראשון נראה שהריוח למשכיר דזה נהנה וזה אינו חסר ול"ד לפרה דר"י שאין השוכר רשאי להשאיל ולהשכיר עכ"ל ולפ"ז בנ"ד דהוי מטלטלין דאינו רשאי להשכיר או להשאיל כדאמרינן משום דמצי א"ל אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר הריוח לבעלים:

איברא דראיתי להרשב"א בתשו' סימן אלף וקמ"ה שכתב דמה שאמרו אין השוכר רשאי להשכיר ואין השואל רשאי להשאיל אלא במטלטלין ובמטלטלין שאין דרכן של בעלים להשתכר ולהשאיל עמהם מפני שיכול להבריחם ואין אדם רוצה שיהו מטלטליו אצל אחרים אבל מטלטלין שעשוים להשאיל ולהשתכר בהם הרי זה משאיל ומשכיר לאחרים וראיה מהשוכר את הספינה ופירקה בחצי הדרך נותן לו שכרו של חצי הדרך ואוקמוה דפרק' בגוה ומאי תרעומת משום שינוי דעתא ולא בשכירות בלבד אמרו אלא אפי' בשאלה שלא תאמר מי שהשאיל לא היה בדעתו להשאיל ולעשות חסד אלא לזה דגרסינן בפרק אלו נערות הניח להם אביהם פרה שאולה משתמשין בה כל ימי שאלתם עכ"ד והנה דברים אלו נראה דכל שעשוי להשכירם ולהרויח בהם לא פיי לומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ובנדון דידן נמי כיון שהבעלים עשוים להרויח בשכירות בהמתם שכן הוא אומנותו אם הריוח זה השני שהשכירה ביותר ממה ששכרה הוי הריוח לנפשיה כמ"ש הנ"י. אבל דברי הנ"י מעיקרא צ"ע במ"ש דההוא דר"י היינו טעמא משום שאין השוכר רשאי להשאיל דהלא התם בגמרא בפרק המפקיד אוקמוה למתני' בשנתן לו רשות להשאיל ואפי' הכי פליג ר"י ואמר היאך יעשה סחורה בפרתו של חברו ועל דברי הרשב"א נמי יש לדקדק דנראה מתוך דבריו דבהמה סתמא עומדת להשאילה ולהשכירה לאחרים דמייתי ראיה מההיא דפרק אלו נערות דמשתמשין בה כל ימי שאלתה ואם הדבר כן תיקשי עליו מההיא דפרק המפקיד ואם נאמר דכוונת הרשב"א במאי דמייתי מההיא דמשתמשין בה כל ימי שאלתה לא לענין דהשוכר רשאי

להשכיר קא מייתי דלזה טעמא אחרינא איתיה וכמ"ש בהגהת מרדכי דיתומים שאני משום דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד אלא מייתי משם שלא תאמר מי שהשאיל לא היה בדעתו לעשות חסד אלא לזה ולא ליורשיו והוי כמי שהתנה בפירוש שלא יהא רשאי להשאיל ולהשכיר לאחרים מ"מ עדיין קשה דנראה דאין ראיה משום דנימא דהתם שאני משום דכל המשאיל על דעת אשתו ובניו הוא משאיל ועל דברי הגהת מרדכי ז"ל גם כן יש לדקדק במ"ש דההיא דיתומים משתמשים בה כל ימי שאלתה היינו טעם משום דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד דהתינח היכא דהניח בנים אחריו דשייך להאי טעמא אבל אם מת בלא בנים וירשו אחרים דלא שייך להאי טעמא יראה דלא יזכה לאישתמושי בה. וכ"ת ה"נ זה תימה דלא הוה להו לפוסקים לאישתמוטי ולומר דיורשים שאמרו היינו בניו ובני ביתו ולולי דמסתפינא הייתי רוצה לומר דמה שאמרו אין השואל רשאי להשאיל ואין השוכר רשאי להשכיר היינו לכתחלה אבל אם עבר והשאיל והשכיר מה שעשה עשוי דאין זה הטעם דאין זה רצוני קפידא גמורה כדי להוציא מיד השני כדמוכח מההיא דפ' האומנין גבי נתן לעני כדי שיקח בו טלית דאע"ג דלכתחלה לא מצי לשנות אפ"ה אם עבר ועשה לא חשוב גזל בידו דלא קי"ל כר"מ דאמר כל המעביר ע"ד בעל הבית נקרא גזלן. והרי"ף ז"ל כתב בפ' המפקיד דהא דאין השוכר רשאי להשכיר אינו אלא לכתחילה דלא קי"ל כר"מ וזכורני שכך ראיתי להרב בעל העיטור בהדיא דאם עבר והשכיר לאחרים מה שעשה עשוי ובמ"א הארכתי (א"ה עיין לעיל בה' שאלה סי' ו'):

ונחזור לנדון דידן דלפי מ"ש הרשב"א דכל שעשויים להשכיר לא מצי לומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ומצי להשכירם לאחרים הוי הריוח של ש' וכמ"ש הנ"י ואע"פ שהקשינו ע"ד דמפרק המפקיד משמע דאפי' בשנתן לו רשות להשאיל אפ"ה הריוח של בעלים התם שאני דמדינא לא היה זה רשאי להשאיל אלא משום דנתנו לו הבעלים רשות להשאיל ומש"ה הוי הריוח של בעלים. אבל בנ"ד דמדינא מצי להשכירה לאחרים הרי זה משתכר בדידיה וסברא זו ראיתיה להרב בס' בני אהרן בסי' ראשון יע"ש אלא שהוא ז"ל ייחס אותה להנ"י אבל לענ"ד אין נראה כן בדעת הנ"י שהנ"י דבריו ברורים דאפי' בהתנה אמרה להיכא דזה השני אנשי ביתו מרובים מן הראשון:

ועוד טעם אחר יש בנ"ד שיהא הריוח לשוכר ולא שייך הכא לומר אין אדם עושה סחורה בפרתו של חבירו דע"כ לא אמרינן הכי אלא לזכות בדמי גוף הפרה שאין לשוכר כלום בגוף הפרה אלא שיזכה בדמיה אבל בדמי השכירות שהרויח השוכר לא שייך להאי טעמא דהא ודאי קנין פירות יש לו לשוכר לאישתמושי בה כל ימי שכירותה ומה לו

שישתמש בה איהו ומה לי שישכירנה לאחרים וירויח בה אין זה אלא משתכר בדידיה דשכירות ליומיה ממכר הוי ולא מיבעיא כי נ"ד שיש לו רשות להשכירה לאחרים דודאי הריוח לשוכר אלא אפי' אם לא היה לו רשות להשכירה לאחרים ועבר זה והשכירה לאחרים כיון דהשכירות קיים וכמש"ל לדעת מקצת מרבוותא נראה לע"ד דאין אנו יכולים להוציא מידו של שוכר אם כבר בא השכירות לידו ול"ד למה שכתב הנ"י ז"ל דאם לא היה לו לשוכר רשות להשכירה דהריוח לבעל הבית דהתם שאני משום דבע"ה נחסר בהנאתו של זה שהשכירה לאנשים מרובים ובהא ודאי שייך לומר כיצד יעשה סחורה בפרתו של חברו. אבל בנ"ד מיקרי זה נהנה וזה אינו חסר ונראה לע"ד דמה שדימה הנ"י דין זה להיא דאין אדם עושה סחורה בפרתו של חבירו אינו אלא כששכרה הראשון בזול ור"ל בפחות משוייה דהשתא דומה להיא דר"י דכי היכי דהתם אין אדם עושה סחורה בפרתו של חברו משום דגוף הפרה אינו שלו הכי נמי הכא נמצא זה עושה סחורה בפרתו של חברו דמה שהשכירה ביותר היינו משום דהבית שוה כ"כ ולהכי כ' הנ"י דכל היכא דאין לו רשות להשכיר לאחרים הויא רווחא דבעלים אבל היכא דשכרה הראשון בשווייה כיון דשכירות ליומיה ממכר הוי תו ליכא לבעלים שום טענה דה"ז נהנה וזה אינו חסר:

סימן כ

מי ששכר בהמה מחברו ופשע בה השוכר וחלתה אי חייב השוכר לשלם מה שנתבטלה ממלאכה:

האי מילתא הביאה הרא"ש בפ' השואל דהשוכר בהמה מחבירו ועלה מכה ברגלה בפשיעת השוכר פסקו חכמי צרפת כיון דסופה לחזור מאותה פשיעה פטור מלשלם דמי נזקו ולא הוי אלא שבת וכו' ואדם בשור לא משלם אלא נזק אבל לא שבת ויש מחלקין דגבי אדם לא חשבינן ליה אלא שבת דאינו עומד לימכר הילכך לא חשיב אפחתיה מכספיה אבל גבי שור נקרא נזק דעשוי לימכר ובהגה' מיימון כתב כמו כן משם ר' חיים כהן ז"ל דאפי' בכחישה דהדרה חשיב נזק וכן הסכים הוא ג"כ. אבל לע"ד ק' ע"ז דהא בהדיא אמרו בפ' הגוזל קמא אמתני' דגזל בהמה והזקינה משלם כשעת הגזילה דאירי בהכחשה דלא הדרא אבל בהכחשה דהדרא א"ל הרי שלך לפניך. אלמא משמע דאפי' בבהמה הכחשה דהדרא לא חשיב נזק דאי חשיב נזק היכי מצי א"ל הר' שלך לפניך והלא אין לך שינוי גדול מזה. והכי אמרו בפ' הניזקין ואי אמרת היזק שאינו ניכר חשיב נזק גזל מטבע ונפסל א"ל הרי שלך לפניך:

איברא דראיתי להתוספות שם שכתבו דהמכחיש בהמת חברו באבנים חייב ובהכחשה דממילא או פירות שהרקיבו מקצתן א"ל הרי שלך לפניך הואיל ועדיין הם בעין ולא קנאם בשינוי ונראה מדבריהם דס"ל דמכחיש בהמת חבירו דחייב איירי אפי' בהכחשה דהדר' דאל"כ אלא דאיירי בהכחשה דלא הדרא א"כ היכי קאמרו דבהכחשה דממילא א"ל הרי שלך לפניך והלא בהדיא אמרו דהזקינה כיון דלא הדרא משלם כשעת הגזילה ואע"ג דהויא ממילא והתוס' בפ' הכונס דף נ"ו כתבו דאע"ג דגזלן פטור בהכחשה דהדרה ואפילו נעשה בפשיעה משום דלא קיבל עליו שמירה אבל שומר כיון דנתחייב בהכחשה דלא הדרה אם נעשה בפשיעה כ"כ יתחייב בהכחשה דהדרה כיון דקבל עליו שמירה דלמה לא יתחייב בזה כמו בזה ומתוך דבריהם למדנו ג"כ דס"ל דאפי' בהכחשה דהדרה כל שנעשה בידים ה"ז חייב והיכא דלא נעשה בידים אלא בפשיעה גזלן פטור משום דלא קבל עליו שמירה אבל השומר כיון דקבל עליו שמירה ה"ז חייב ואפי' בהכחשה דיהדר' כל שנעשה בפשיעה. אבל יש לדקדק בדבריהם דמנ"ל הכי דנהי דשומר קבל עליו לשמור וחייב אפי' כשנעשה בפשיעה מיהו אינו אלא בדבר דחשיב נזק כגון הכחשה דלא הדר' אבל הכחשה דהדר' כיון דלא חשיב נזק אפי' כי נעשה בידים א"כ למה יתחייב השומר לשלם דמה הזיקו ומה פיחתו אלא שהתוס' אזלי לשיטתייהו דס"ל דכל שעשהו בידים אפי' בהכחשה דהדר' ה"ז חשיב ומ"ה השומר כיון דקבל עליו שמירה כל שנעשה בפשיעתו חשיב כאלו עשהו בידים ונראה דס"ל דאע"ג דהכחשה דהדר' חשיב נזק גבי בהמה מ"מ הגזלן פטור כל שלא עשה בידים משום דהוי שינוי החוזר וכל שינוי החוזר לא הוי שינוי וקרינן ביה כעין שגזל. ולע"ד נראה עיקר כסברת ר' חיים כהן ז"ל דהמכה בהמת חברו אע"פ דהוי נזק דהדר וגבי גזלן פטור דקרינן ביה כעין שגזל ולא מתחייב מה שבטלה ממלאכת הבעלים גזלן שאני משום דהוי גזרת הכתוב אבל בעלמא חייב דהא גרם להפסיד לחברו שאינו יכול לעשות מלאכתו. ומה שאמרו דאין שבת בבהמה היינו היכא דמשלם לו נזק לא שייך בה שבת שעומדת לימכר אבל כל היכא דלא משלם לו נזק חייב לתת לו מה שנתבטלה ממלאכ' למאן דדאין דינא דגרמי וכ"נ לדקדק קצת מדברי התוס' ז"ל בפרק האומנין גבי הלכו חמרין שכתבו דאפי' לא הלכו חייב למאן דדאין דינא דגרמי יע"ש והרמב"ן ז"ל כתב בדינא דגרמי דהדיקי' באדרונא היזק ניכר הוא ולפי דבריו היה נראה דה"ה אם סגר בהמתו של חבירו וביטלם ממלאכה דחייב דהוי היזק הניכר ועיין בתוס' בפ' הניזקין שכתבו דהכחשה דהדרא הוי היזק ניכר ומ"מ גבי גזלן אומר לו הרי שלך לפניך כיון דהוי שינוי החוזר ועדיין ברשותא דמרי' קאי וכל זה בהכחשה ממילא אבל אם הכחיש' בידים חייב לשלם:

סימן כא

המשכיר בית לחבירו ושניהם מודים על זמן השכירות אלא שהמשכיר אומר בי' והשוכר אומר בה' מהו הדין:

בפרק השואל גבי מתני' מעשה באחד ששכר מרחץ מחבירו מי"ב זהובים לשנה מדינר זהב לחדש מסיק עלה בגמרא רב נחמן אפי' בא בסוף החדש כולו למשכיר קרקע בחזקת בעליה עומדת ופי' רש"י אפי' בא לסוף החדש שהספק נולד מתחילת החדש והעמד קרקע על חזקתו ונמצא דר בשל חבירו וצריך להעלות לו שכר נראה מדבריו דה"ט משום שטענת המשכיר שזה הזמן הנמשך מי"ב חדש ואילך לא נכנס בשטר השכירות והשוכר אומר ג"כ נכנס וכיון שיש הפרש ביניהם אם השכירו לזמן זה אם לאו הוי כטוען מכרת לי וזה טוען לא מכרתי דמוקמינן קרקע אחזקתיה אבל אם שניהם מודים על זמן השכירות אלא שהמשכיר טוען בעשרה השכרתי והשוכר טוען בה' כיון ששניהם מודים על השכירות באופן שכבר זכה זה כל המשך איתו זמן דשכירות ליומיה מכירה הוי ואינם חלוקים אלא על דמי השכירות הוי כאותה שכתב הרשב"א הביאו מרן בב"י סי' קצ"א דאם מכר לחברו קרקע בשטר והמוכר אומר עדיין לא נתת הדמים והלוקח אומר כבר נתתי דהלוקח נאמן מטעם שהקרקע נקנה בשטר וחזרו המעות עו לי מלוה על פה ע"כ והרב מהראנ"ח בח"א סימן ס"א גמגם בתשוב' הלזו דבשלמא כשהמוכר מודה שהלוקח קנה קנין גמור באופן שלא יוכל המוכר לחזור בו והמעות נעשו על הלוקח מלוה אז היא סברא נכונה דהמעות הם מלוה ע"פ והלוקח נאמן לומר כבר נתתי אבל כשהוא באופן שהמוכר טוען שלא קבל עדיין הדמים ונמצא המכר בטל כדין כתב לו את השטר ולא נתן לו את הדמים דלא קנה עד שיתן את הדמים בזה אין סברת הרב מספקת שהרי אלו על גופו של קרקע הם מדיינים שהמוכר אומ' שלא נתן עדיין דמים ולא קנה קרקע והלוקח אומר שנתן וקנה ובזה יש לנו להעמיד קרקע בחזקתו מ"מ העלה שדעת הרשב"א שבכל גוונא הלוקח נאמן מטעם שהמוכר מודה שמכר ואינו בא לבטל המכר אלא שתובע הדמים הוה ליה כמלוה ע"פ והלוקח נאמן וקרוב לזה כ' הרב מהרימ"ט בראשונות סי' קכ"ב בדעת הרשב"א יע"ש הכא נמי כיון שהמשכיר אינו רוצה לבטל השכירות רק שטוען בעשרה השכרתי לך השוכר נאמן:

איברא דכתב המרדכי ז"ל ס"פ השואל משכיר אומר בעשרה השכרתי לך ושוכר אומר בה' יד המשכיר על העליונה דקיי"ל כר' נחמן דאמר קרקע בחזקת בעליה קיימא ואפי' בא בסוף החדש כולו למשכיר והביאו הרב בעל המפה סימן שי"ז וקשיא לי דאמרינן בגמרא בעו מיניה מר' ינאי שוכר אומר נתתי ומשכיר אומר לא נטלתי על מי להביא

ראיה אימת אי בתוך זמנו תנינן אי לאחר זמנו תנינן דתנן מת האב בתוך ל' יום בחזקת שלא נפדה וכו' והשתא אי לכל מילי אתמר הא דר' נחמן דקרקע בחזקת בעליה קיימא הוה ליה להקשות אי בתוך זמנו הא קי"ל כר' נחמן דקרקע בחזקת בעליה עומדת הגם דלאחר זמנו לא הוה מצי פריך מדר' נחמן דלא אתמר דר' נחמן אלא כשהספק נולד קודם הזמן שדר בו כמו שפירש"י שהספק לא נולד עכשיו אלא בתחלת הזמן והעמד קרקע על חזקתו אבל כשהטענה שביניהם היא לאחר זמנו הספק נולד עכשיו ולא מהני לזה חזקת קרקע אבל לתוך זמנו שפיר הוה מצי למיפשט מדרב נחמן וצ"ל משום דאשכח מתניתי' למפשט השני צדדים בין לתוך זמנו בין לאחר זמנו משום הכי פשט מהאי מתני' ולא פשט לתוך זמנו מדרב נחמן הגם דהוא מגופא דשמעתא. והרב בעל שפתי כהן ז"ל כתב דהמרדכי איירי כשתבעו תוך זמנו דאז יד המשכיר על העליונה דיכול להוציאו מן הבית או יתן לו כמו שאומר דקרקע בחזקת בעליה עומדת אבל לאחר זמנו לא שייך למימר הכי כיון שבא להוציא מן השוכר עכ"ד. ולא ידעתי מנא ליה דבתוך זמנו יכול להוציאו מן הבית או יתן לו כמו שאומר הא כיון דשכירות מכירה לזמן קצוב היא אין לו עליו אלא תביעת דמים ודמי לאותה שאמרו יתומים אומרים אנו השבחנו ובע"ח אומרים אביהם השביח דעל היתומים להביא ראיה דארעא כיון דלגוביינא קיימא כמאן דגבייא דמיא וכן ספק זה קדם ספק זה קדם קוצץ ואינו נותן דמים אלמא כיון דבין הכי ובין הכי להקצץ קאי נמצא הספק מוטל על הדמים הכא נמי כיון דבין הכי ובין הכי השוכר מוחזק בבית ואינו יכול להוציאו תוך זמנו הספק מוטל על הדמים ואינם טוענים על גוף הדבר וכן כתב הרשב"א ז"ל במיוחסות סי' פ"ה בראובן שלוה משמעון על המשכון ואחר זמן א"ל ראובן תן לי משכוני ואתן לך עשרה דינרים שהלויתני ושמעון אומר עשרים הלויתיך והשיב ודאי יש לשמעון להחזיר המשכון בעשרה דינרים דעליו להביא ראיה על הסך שהרי אינו טוען בגוף המשכון כלום והוי כיתומים אומרים אנו השבחנו דעליהם הראיה וכו' ואף דהרשב"א גופיה בתשובותיו סי' תתקצ"ח וסי' אלף ומ' פסק דהמלוה נאמן ועל הלוה להביא ראיה כבר יישב הש"ך בסי' ע"ב ס"ק ק"ד דהרשב"א חזר בו מטעם דבע"ח קונה משכון והוי קנוי לו להלואתו משום הכי חשיב המלוה מוחזק ועוד אני תמיה בדברי הש"ך דלפי דבריו אינו תלוי אם יש לשוכר מגו דפרעתי או לא דהגם שלא יהיה לו מגו דפרעתי כגון שהוא יום אחד קודם תשלום הזמן המוגבל ביניהם אפי' הכי השוכר נאמן דכל כחו של משכיר אינו אלא שיכול להוציאו מן הבית וזה אינו אלא בתחלת הזמן אבל בסוף הזמן מה יוכל לעשות מאי דהוה הוה ומדברי הרשב"א ז"ל שהביא הרב בעל המפה סי' שי"ב סט"ו נראה דבכל טענה שבין השוכר למשכיר

המשכיר נאמן אם לא שיש לשוכר מיגו דלקוח או דפרעתי וכן כתב הריב"ש סימן של"ו וגם הרב הנ"י מודה בזה ולא חלק על המרדכי אלא כשהוא לאחר זמנו משום דאית ליה מיגו דפרעתי והוא עצמו הביא תשובת הרשב"א והריב"ש הנזכר ולא הרגיש בזה. ואותה שכתב הרא"ש הביאה הטור סימן שט"ו במי ששכר בית וטוען השוכר ששכרו על תנאי שאם ירצה ישכיר מהבתים לאחרים שידורו עמו והמשכיר כופר בתנאי ואומר שלא השכירו אלא שידור הוא לבד דהמשכיר נאמן דקרקע בחזקת בעליה קיימא וכל ספק הנולד ביניהם על השוכר להביא ראיה התם נמי חשיב טענתם על גוף הקרקע כמו שכתב מהר"ם מאטלון הובאו דבריו בספר דברי ריבות סי' שכ"ו דסתם כל המשכיר בית לשוכר ולבני ביתו הוא משכיר' ושמעון שטוען שזכה בבית זה אף להשכיר לאחרים הפך המנהג עליו להביא ראי' והוי כמי שמשכן כלי לחברו והמלוה טוען שנתן לו הלוה רשות להשתמש בו והלוה כופר דהלוה נאמן הכא נמי המשכיר יכול לעכב שלא יכניס בו דיורים אחרים ואף שמדברי הרא"ש בתשו' כלל צ"ג נראה דנאמן המלוה לומר אתם נתת לי רשות להשתמש בו איכא למימר דאיירי בענין דאית ליה מיגו דלקוח הוא בידי דליכא עדים וראיה ודוק:

סימן כב

משרת שמשכיר עצמו אצל בעל הבית לזמן קצוב ותוך זמנו נתקוטט השכיר עם הבעל הבית והתריס פניו עמו ומחמת כן לא רצה הבעל הבית למשרת שישב אצלו ושואל ממנו מתנות שנתן לו מקודם:

גרסינן בס"פ נערה אלמנה רב אמר שמין מה שעליה וכן בלקוט ופי' הרא"ש שכיר שנשכר אצל בעל הבית לזמן קצוב וקנה לו בגדים אם יצא תוך זמנו שמין מה שעליו דאדעתא דהכי לא יהיב לי' ע"כ ונראה דה"ד הכא דיצא השכיר מדעתו אבל בנ"ד דאין השכיר רצה לצאת אלא שהתריס כנגדו של בע"ה ועל זה אינו רוצה הבע"ה שישב אצלו הרי זה דומה לאשה שסרחו' לבעלה ועל כן גירשה דאם נתן לה בעלה מתנות מקודם הרי הן שלה כמ"ש מהרא"ש בסי' נ"ה ונראה דהיינו טעמא כיון דהבעל מגרשה בע"כ תו לא מצי לומר אדעתא דהכי לא נתתי לה ואעפ"י שכתב הטור בסי' צ"ט דאם סרחה עליו ומחמת כן גירשה דשמין מה שעלי' לענין מתנות אינו כן וכ' ב"ה בשם הגאונים דלגבי מתנות לא אמרי' אדעתא דהכי לא כ' לה דאל"ה מעתה הנותן מתנה לחברו ערבא בעי למישקל מיניה דרחים ליה לעולם ומ"ש הטור בסי' פ"ה בשם הרמ"ה דאם גירשה מתוך מרד' הפסידה כל מה שנתן לה ומשמע דאפי' במתנות שנתן אמרי' אדעתא דהכי לא יהיב לה איכא לאפלוגי בין מרדה עליו לסרחה עליו וכן חילק הרב מהרא"ש ז"ל

ואפי' אם לא נחלק בכך ונאמר דכיון דסרחה עליו ומחמת כן גירשה היא נתנה אצבע בין שיניה מכל מקום נראה מתוך דברי הריב"ש דה"ד בנתן לה מלבושים להתנאות בהם דכיון שהבעל מטי ליה הנאה מהם כשלובשת אותם שייך לומר אדעתא דהכי לא יהיב לה דלא נתנה לה אלא בעומדת תחתיו ומתנאה מהם וכמו כן בנתן לה קרקע דהבעל אוכל פירות כמ"ש הרמ"ה והביאו הטור סי' פ"ה הא ודאי לא נתן לה אלא מפני שהוא אוכל הפירות וכן מה שכתב הרי"ף ז"ל גבי המוציא הוצאות על נכסי אשתו הוציא הרבה ואכל קימעא מה שאכל אכל דאם מרדה עליו גובה כל מה שהוציא דלא יהא אלא מתנה דיהיב לה אדעתא דהכי לא יהיב לה התם נמי אית ליה הנאה לבעל כיון שהוא אוכל הפירות אבל נתן לה במתנה מעות או שאר דברים שאינם עשויים להתנאות בהם ולא מטי לבעל שום הנאה מהם אחר שנתנו לה לא מצי לומר אדעתא דהכי לא נתתי לה מכיון דאפי' ביושבת עמו לא מטי ליה שום הנאה מהם זהו מה שעלתה מצודתי:

כתב הטור בסי' ש"י אם אמ"ל חמור סתם אני משכיר חייב להעמיד לו חמור אחר ופי' הראב"ד ז"ל דוקא שהקנה לו בקנין דאי לאו הכי במה נתחייב להשכיר לו חמור אחר אין כאן אלא מי שפרע וכיון שמת אין שייך מי שפרע עכ"ל ומתוך דברי הראב"ד אלו נראה דחייב להעמיד לו חמור אחר מ"מ ואף אם לית ליה בעין מדקאמר במה נתחייב להשכיר לו חמור אחר אין כאן אלא מי שפרע וכיון שמת אין שייך מי שפרע מאחר שהוא אנוס ואם איתא דדוקא כשיש לו הוא דס"ל דחייב להעמיד לו חמור אחר מאי אונסיה והלא חמור סתם א"ל ויתן לו חמור אחר כיון שיש לו מאחר שהקדים לו השכירות דאם לא כן לא שייך מי שפרע ועיין מ"ש הראב"ד ז"ל פכ"ד מהלכות מכירה גבי האומר לחבירו קרקע ודקלים אני מוכר לך יע"ש וגם הרשב"א והרא"ש ז"ל לפום שיטתייהו הכי ס"ל כנראה מדברי הרשב"א באו דבריו בחידושי רב בצלאל יע"ש ועיין בהראנ"ח סי' ס"ו שלא הבין כן. העולה מהאמור דהראב"ד ז"ל סבירא ליה דכל שקנו מידו חייב להעמיד לן חמור אחר אפי' אי לית לי' ולדעת הרמ"ה והריטב"א והוא סברת רוב הראשונים אפי' קנו מידו לא מהני דאין אדם מדשלב"ל אם לא שקנו כראוי בלשון חיוב דאדם מתחייב בדבר שלא בא לעולם כמבואר בנ"י ס"פ השואל ובדברי הרשב"א אשר באו בחידושי ר"ב ז"ל בפרק האומנין ועיין בב"י בסי' ס' ובס' ר"ט ועיין במהריב"ל בח"ב סי' ל' והרשב"א והרא"ש ז"ל ס"ל דבמשיכת החמור נתקיים השכירות ונשתעבד להעמיד לו חמור אחר מדין אחריות וכתב הנ"י בסוגיין דהאומנין דלא הלכו בזה הדרך הראשונים ולא האחרונים יע"ש לכן נראה עיקר דכל שלא קנו ממנו בלשון חיוב אין חייב להעמיד לו חמור אחר אי לית לי':

סימן כג

השוכר את הפועל להציל את שלו מן הנהר ומן הבור וכך אמ"ל הצל את שלי ואתן לך שכרך וירד ולא הציל אם נותן לו שכר טרחו דבפרק הגוזל בתרא אמרינן ירד להציל ולא הציל אין לו אלא שכרו ושכרו מיהא שקיל ואיכא למימר דהתם איירי כשא"ל אציל את שלך ואתה נותן דמי שלי דכי הציל נותן כל מה שהפסיד וכי לא הציל שכרו מיהא יהיב ליה כמו שהי' נותן לאחר לירד לנהר ולטרוח ולהציל ואף על פי שאפשר שיטרח ולא יציל אבל זה שהתנה וא"ל אם תציל אתן לך שכרך הרי פירש ואמר לו שלא יתן לו אלא לכשיציל והוא הדין נמי אם אמר לו הצל את שלי ואתן לך שכרך דאם לא הציל אינו נותן לו כלום שהרי גילה דעתו דלא יהיב אלא אחר שיציל אבל בסתמא שא"ל הצל את שלי ולא אמר לו ואתן לך שכרך נראה דאפי' לא הציל יהיב ליה שכר טרחו ועיין במרדכי בפרק הגוזל בתרא בתשובת השדכנות ועדיין צריך תלמוד. וכתב הסמ"ע דאם התנה עם חברו ועלה מאליו דנותן לו כל מה שהתנה כיון דהיה לו פסידא ע"י הצלתו ועיין בש"ך בס"ק ד' ונ"ל שלא ראו מ"ש הנמוקי יוסף ז"ל בפ' האומנין בשם הרמב"ן ז"ל וז"ל וההיא דירד להציל ולא הציל יש בכלל אפי' עלה החמור מאליו והכי איתא בהדיא בירושלמי עלה של חבירו מאליו אינו נזקק לכנוס איברא דהראיה שהביא הרמב"ן ז"ל מהירושלמי לע"ד אינה ראיה דהירושלמי קחני אינו נזקק לכלום ומשמע אפי' שכר טרחו לא יהיב ליה וכי מי גרע מירד להציל ולא הציל דשכרו מיהא שקיל ולכן היה נראה לעיר דהירושלמי איירי כשלא התנה:

מחנה אפרים חלק ב

ר' אפרים נבון

הלכות שכירות פועלים

סימן א

השוכר את הפועל והקדים לו שכרו אם הפועל יכול לחזור בו:

תשובה הא מלתא במחלוקת **שנויה** דהריטב"א ז"ל בפרק האומנין הביא משם רבותיו דכל שהקדים לו שכרו אינו יכול לחזור בו וכן נראה מדברי רש"י ז"ל בפ"ק דמציעא דף י' וז"ל כי הדר בי' וכו' שאם בא לעזוב שכרו מכאן ואילך ולחזור חוזר עכ"ד. ומדבריו אלו נראה דכל כמה דלא החזיר שכרו לא מצי לחזור וכן נראה מדברי הרא"ש בפרק הזהב והמרדכי בפרק האומנין שכתבו בזה הלשון ופועל יכול לחזור דלא גרע מעבד

עברי דמגרע מפדיונו ויוצא וכמו כן יש להוכיח ממה שפירש רשב"ם ז"ל בפרק הספינה דף פ"ז על מה שהקשה שם לשמואל מהא דהשוכר את הפועל שאם שכרו מהיום דשרי אמאי נימא קמא קמא מפסק פסק וכו' פירש הוא ז"ל וכיון שזה לא קנה אמאי שרי והא כיון דיכול לחזור בו כיון דכל יומא ויומא מכירה בפני עצמו היא עכ"ל. משמע דהא דיכול לחזור משום שכל יום מכירה בפני עצמו הא אם היה שכירות לזמן במנה ובא לחזור באמצע הזמן אינו יכול וכן נראה מדברי הרמ"ה שהביא הטור בהלכות עבדים וז"ל עובד כוכבים דשבייה לישראל והדר זבניה לישראל דלמעשה ידיו דוקא קנה וכפועל בעלמא דמי וכי היכי דפועל מהדר ומהדר ליה זוזיה כמו כן וכו' עכ"ל. מפשט דבריו אלו נראה דכל כמה דלא מהדר זוזי לא מצי מהדר וכן נראה מתשו' מהר"ם הארוכות סי' ע"ב שכתב דהיאך פועל יכול להשכיר עצמו הרי הוא עובר על כי עבדי הם ואע"ג דפועל יכול לחזור ע"ע נמי יוצא בגרעון כסף נראה דס"ל דפועל כי קבל (שכרו אינו יכול לחזור כל כמה דלא מהדר דמי כמו ע"ע שכל דיני ע"ע עליו וכ"כ שם בסי' פ"ה. אבל מדברי הרשב"א שהביא הרב המגיד בפ"ז מהלכות מלוה בדין השוכר את הפועל כדי שיעשה עמו בגורן בזול דאסור פירש הוא ז"ל דהיינו טעמא הואיל דלא משתעבד פועל לגמרי מהשתא דהא יכול לחזור בו נראה מדבריו דהפועל יכול לחזור והמעות הוי אצלו הלואה וכן כתב הנמוקי יוסף שם בפרק הספינה יע"ש ולכאורה הי' נראה לומר דשרש מחלוקתם תלוי בעיקר מלתא אי פועל גופו קנוי לבעל הבית אי לא והנה דעת הריטב"א בחדושיו פ"ק דמציע' גבי יד פועל כיד בע"ה דפועל גופו קנוי לבעל הבית כמו ע"ע ומאי דמצי הדר ביה היינו משום דלא גרע מעבד עברי שאע"פ שגופו קנוי מגרעת מפדיונו ויוצא כמו כן פועל עוזב שכרו ויוצא וכן כתב מהר"ם בהדיא בתשו' ק"ק סי' קכ"ה דפועל גופו קנוי ואי א"ל בעל הבית זיל מעמדי לא פקע שעבודו דכל מיני פועלי לע"ע דמו לכל מילי עכ"ד יע"ש וזה נראה שהוא דעת הרמב"ם ז"ל שכתב בפרק י"ג מהלכות מכירה דשכירות פועלים אין בהם אונאה מפני שהוא כקונה אותו לזמן ועבדים אין בהם אונאה יע"ש והרא"ש בכלל ע"ח כתב שאין מחייבים ללוה שישכיר עצמו כדי לפרוע לבע"ח דנמכר בגנבתו ולא בחובו ושכירות ליומיה ממכר הוא והנה לפי סברא זו דפועל גופו קנוי לב"ה כמו עבד עברי אין הפועל יכול לחזור בו אלא היכא דלא לקח שכרו שהרי זה עוזב שכרו וחוזר אי נמי לקח שכרו כל שישנו בידו להחזירו מחזיר את שכרו וחוזר כמו עבד עברי אבל אם אין בידו להחזירו אינו יכול לחזור בו שהרי גופו קנוי לבע"ה אבל דעת התוספות בפ"ק דקדושין סוברים דפועל אין גופו קנוי שכן כתבו בהדיא בסוגיא דחלה שלש ועבד שלש וכו' ולפי זה מה דילפי' פועל דמצי לחזור היינו מק"ו אם עבד

שגופו קנוי מצי הדר ביה ק"ו פועל שאין גופו קנוי וכן כתב לה המרדכי בהגהותיו ולפי דבריהם אפי' כי הקדים לו שכרו לפועל יכול לחזור בו והמעות הוו אצלו הלואה וכן כתב לה מהריק"ו בשורש קפ"ב בפשיטות וזו היא דעת הרשב"א ז"ל שהבאתי לעיל ולשיטתיה קא אזיל שכתב הנ"י בשמו בפרק הזהב דהטעם דבשכירות פועלים אין בהם אונאה משום דלאו מכר הוא ולהכי כתב דאם חזר בו הפועל הוי המעות אצלו הלואה:

איברא דלפי זה צריך להבין דברי התוספות בפרק הספינה אהא דהשוכר את הפועל כתבו מכאן יש ללמוד דהא דאמרי' במתניתין מרבין על השכר היינו כשנכנס מעכשיו ולכאורה קשה דלפי מאי דס"ל דפועל אין גופו קנוי מעתה אין ללמוד שכירות בית משכירות פועל דבית גופא קנוי מעכשיו מה שאין כן פועל דיכול לחזור מטעם שאין גופו קנוי וליכא עליו אלא שיעבוד בעלמא וכי הדר ביה הוי המעות אצלו הלואה גם השתא הוי המעות אצלו בהלואה וכמ"ש הרשב"א אשר ע"כ נ"ל לומר אפילו דאין גופו קנוי ס"ל להתוס' דאינו יכול לחזור בו ולאו הא בהא תליא תדע דהא מתחלה קודם שאמר רבא ע"ע גופו קנוי בודאי לא היה משתנה הדין דמגרע מפדיונו ויוצא והיה צריך ליתן את הדמים ואם לאו לא היה יוצא הגם שהיינו סבורים עבד עברי אין גופו קנוי א"כ הוא הדין פועל דומיא דעבד עברי וכל זמן שאינו חוזר הדמים אינו יכול לחזור בו הגם דאין גופו קנוי והיינו טעמא מפני שכבר נתחייב לעשות מלאכתו בשביל אותם הדמים שקיבל וכל זמן שלא החזירם לא פקע חיובו ומשום הכי כתבו התוס' בהאי דהשוכר את הפועל מכאן יש ללמוד דהא דמרבין על השכר היינו כשנכנס מעכשיו דמה לי שכירות פועל מה לי שכירות בית הכל שוה שכל זמן שלא החזיר המעות אינו יכול לחזור הגם דאין גופו קנוי וכי תימא לפי זה היאך כתב הרשב"א דפועל יכול לחזור אע"פ שלא החזיר המטות דהגם שהוא ז"ל סובר דפועל אין גופו קנוי הנה כבר הוכחנו דלאו הא בהא תליא לזה השיב דהרשב"א ז"ל רוח אחרת עמו דהא דפועל יכול לחזור אינו נלמד מעבד עברי כדי שנאמר מה עבד עברי אי הוה ס"ל שאין גופו קנוי היה צריך ליתן את הדמים ואם לאו לא היה יוצא אף פועל כן אלא קרא דכי לי בני ישראל לא אתיא אלא לפועל דלעבד כבר יצא מקרא אחרינא דמהפדה שכן פירש הוא ז"ל בתשובותיו בס' תולדות אדם סימן ע"ב וא"כ שפיר מצי סבר דפועל יכול לחזור בו אפי' שאינו מחזיר את הדמים והתוס' ס"ל דעיקר קרא בעבד עברי מתנייא ופועל יליף עע"ע שכן כתבו בפ"ק דקדושין בהדיא גבי חלה שלש ועבד שלש וסוברים דקרא דכי לי בני ישראל בא לעבד ופועל נלמד משם ומשום הכי סוברים דאינו יכול לחזור בו אם אינו מחזיר הדמים כמו ע"ע הגם שאין גופו קנוי דומיא דעבד עברי למה שהיינו סוברים מתחלה שאין גופו קנוי

ועיקר מחלוקתם אי האי קרא דכי לי בני ישראל מיירי בעבד או בפועל היא מחלוקת רב ור' יוחנן בירושלמי בפרק האומנין וז"ל הירוש' השוכר את האומנים וכו' רב אמר כי לי בני ישראל וכו' אין ישראל קונים זה את זה ר' יוחנן אמר בע"ע הוא מתנייא ע"ד דרב בין פועל בין בעל הבית יכולים לחזור בהם ע"ד דרבי יוחנן פועל יכול לחזור בו ולא הבעל הבית. אשר מבואר מזה דלדעת ר"י התחלת מלאכה עביד קנין בפועלים וכל כמה דלא הדר ביה ידו כיד בע"ה וכי הדר ביה טעמא אחרינא הוא משום דלא גרע מעבד עברי שמגרעת מפדיונו ויוצא ואע"פ שעבד עברי גופו קנוי והיינו מאי דקאמר בגמרא דידן אליבא דרב דיד פועל כיד ב"ה וכי מהדר ביה ה"ט משום דלא גרע מע"ע שמגרעת מפדיונו ויוצא. ומ"ש הרא"ש בכלל ס"ח שאין המלוה רשאי לתפוס גופו של לוה ולהשתעבד בו ואפי' אם שעבד גופו לכך דאין ע"ע נוהג בזמן הזה נלע"ד דלא אמרה אלא כששעבד את גופו לעשות כל מלאכתו בקבע כמו העבדים אבל במשכיר עצמו לימים לעשות מלאכה ידועה אין זה דומה לעבד אלא פועל בעלמא:

והשתא דאתינא להכי איכא למימר דמ"ש התוס' דמותר להשכיר עצמו דדוקא ע"ע שאינו יכול לחזור בו ואינו יוצא קודם זמנו אלא בשטר אפי' תימא דכל היכא דאינו יכול לחזור וכגון שנשבע עובר משום כי עבדי הם ה"ד כשהשכיר עצמו בקבע להיות לו אצל הב"ה לעשות לו כל מלאכתו דה"ז דומה לעבד ובכה"ג ס"ל להרא"ש דאפי' שעבד עצמו ולקח שכרו לא חל הקנין דאין ע"ע נוהג בזמן הזה ולפי סברא זו אפי' אם כשהשכיר עצמו לא היה לו לאכול לא חל הקנין:

ועל מש"ל דפועל גופו קנוי לב"ה כמ"ש הריטב"א בחי' פ"ק דמציעא דשכירות ליומיה ממכר הוא וכו' קשה דאיהו גופיה כתב בפ' הזהב גבי שכירות יש לו אונאה דשכירות פועלים לא הוי ממכר יע"ש ונראה שהוא מחלק בין היכא דנשכר אצל בעל הבית לכל מלאכה דאז חשוב גופו קנוי דיכול לשנותו לכל מלאכה שירצה משא"כ בשוכר פועל למלאכה ידועה דאין זה חשוב קנוי אצלו שהרי אינו יכול לשנותו למלאכה אחרת ומטעם זה כתב איהו גופיה בפ' האומנין גבי אם שכיר הוא אינו נותן לו אלא שכרו כיון שנאנס דה"ד כששכרו למלאכה ידועה אבל אם שכרו לעשות לו כל מלאכה דינו כמו ע"ע יע"ש. אבל מדברי מהר"ם בתשו' והרא"ש שהבאתי לעיל והרמב"ם בפ' י"ג מה' מכירה ובפ"א מה' שאלה נראה דכל פועל גופו קנוי:

סימן ב

פועל שהשכיר עצמו אצל ב"ה לעשות לו מלאכה ונתחייב בקנין אם יכול לחזור בו:

תשובה איברא ודאי דפועל חוזר בחצי היום ואפי' שהקנה גופו לב"ה דלא גרע מעבד עברי דאע"פ דגופו קנוי הרי זה מגרע מפדיונו ויוצא וכ"כ לה הרשב"א בסי' ת"א סי' פ"ז והריב"ש סי' תפ"ד והכריח כן שהרי כל פועל בהתחלת מלאכה נגמר הקנין ואפי' הכי מצי לחזור בו יע"ש מיהו נראה דכל זה איירי בשקנה מידו בסתם אבל אי חייב עצמו בקנין כראוי לעשות מלאכתו של ב"ה אינו יכול לחזור בו וכ"כ לה הריטב"א בשם רבותיו והיינו טעמא דכיון שחייב עצמו בכך הרי זה נעשה עליו חוב לעשותו בין ע"י עצמו בין ע"י אחרים אם לא יוכל הוא לעשותו דהוי כשאר חיוב שאדם מתחייב לחבירו לבנות לו בית או להקים לו שום דבר שחייב עצמו וממונו להקים לו אותו דבר. אף זה שחייב עצמו לעשות מלאכתו של ב"ה הרי דבר זה נעשה חוב עליו לעשותו ואם לא יוכל הוא לעשותו ה"ז מחוייב להשכיר אחר משלו כדי להשלים מלאכתו של ב"ה ונמצא דכי עושה אצל ב"ה היינו כדי לפרוע חובו שנתחייב וכ"נ שהוא סברת ר' אליהו שכתב דהבעל חייב להשכיר עצמו כדי לזון את אשתו והרא"ש ז"ל בכלל ע"ח הביא דברי ר' אליהו ז"ל ושר"ת נחלק עליו וכתב דאפשר שר' אליהו מודה בשאר ב"ח שאין מחויבים להשכיר עצמו כדי לפרוע לב"ח ודוקא במזונות אשתו הוא דאמרה והיינו טעמא משום דכך כתב לה בכתובתה ואנא אפלח כו' ומדבריו אלו יש ללמוד דכל שהתנה וחייב עצמו ה"ז חייב לעשותו ואף ר"ת ז"ל לא חלק עליו אלא משום דס"ל דלשון ואני אפלח לא רצה לומר להשכיר עצמו אלא לחרוש ולזרוע בשדה שלה. וכ"ת אמאי פטרו הרא"ש שם בנ"ד מלהשכיר עצמו כיון שהתנה בהדיא כבר נרגש בזה הרב ב"ח בחו"מ סי' צ"ט וכתב דאפ"ה אין ב"ד כופין אותו על כך אלא שאומרים לו שחייב לעשותו ואם ירצה לעשות אין מוחין בידו כיון שהתנה מעיקרא לאפוקי אם לא התנה כך מעיקרא אף אם ירצה הלוה להשכיר עצמו לפרוע לב"ח מוחין בידו דאיסורא קא עביד דהתורה אמרה ונמכר בגנבתו ולא בחובו ושכירות ליומיה ממכר הוא אלו דבריו ז"ל ואינם נראים אצלי חדא במה שכתב דכל שלא התנה מעיקרא איסורא קעביד אף אם ירצה הלוה לעשות כן מדעתו הוא תמוה דכיון דהלוה רוצה להשכיר עצמו מה איסור יש והתורה לא אסרה אלא שלא ימכרוהו ב"ד בעד חובו אבל אם רוצה לעשות מלאכה ליכא איסורא דאדם רשאי להשכיר עצמו לכל מי שירצה וכמ"ש התוס' בפ"ק דמציעא ועוד במ"ש דאפי' כי התנה מעיקרא להשכיר עצמו מ"מ אין ב"ד כופין אותו בכך לדעת ר' אליהו ז"ל גם זה אינו נראה לי דהלא כל עיקר דינו של ר' אליהו ז"ל אינו אלא מההיא דאמר רב האומר איני זן ואיני מפרנס פירש הוא ז"ל שאינו רוצה להשכיר עצמו ולהרויח כדי לזון את אשתו ועלה קאמר ליה שמואל עד שכופין אותו להוציא כופין אותו לזון כלומר שישכיר

עצמו ויזון אותה וכן כתב הריטב"א ז"ל בחידושיו. אבל לע"ד נראה דמה שפטרו הרא"ש ז"ל מלהשכיר עצמו אף על פי שהתנה מעיקרא היינו משום שלא היה שם תנאו כראוי ובלשון חיוב אלא תנאה בעלמא הוא דהוה ביניהון ואל תשיבני מאותה שכתב הרא"ש כלל ס"א סי' ד' דאין המלוה רשאי לתפוס גופו של לוה ולהשתעבד בו דאפי' אם שעבד גופו לכך אין השיעבוד חל יע"ש דאיכא למימר דהיינו דוקא שאין המלוה יכול לתופסו ולהשתעבד בו בע"כ ואף ששעבד עצמו לכך אין תנאו מועיל דאין עבד עברי נוהג בזמן הזה אבל לענין שישכיר עצמו אצל מי שירצה כל שהתנה וחייב עצמו בכך אנו כופין אותו שישכיר עצמו וירויח לפרוע לב"ח כמו שהתנה:

איברא דלפי זה יראה דעדיין ליכא ראיה מזה לנ"ד שיוכל בעל הבית לכוף לפועל שיעשה מלאכתו הגם דנתחייב הוא לגמור מלאכתו דאם כן נראה שהוא מושל בו כאדון והרי הוא כעבד אצלו ולדעת הרמ"ה שהביא הטור בי"ד דס"ל דיכול אדם למכור עצמו אפי' בזמן הזה דמה שאמרו אין עבד עברי נוהג בזמן הזה היינו לשאר דיני עבדים אבל לענין שעבודו כל שלקח הדמים כבר אינו יוצא משעבודו עד שיחזיר את הדמים וכן הוא דעת ריטב"א יע"ש אתי שפיר דכל שנתחייב זה בקנין הרי זה נעשה חוב עליו וחייב לעשותו אבל לפי מה דסבירא ליה להרא"ש ז"ל דבזמן הזה אם נמכר לא חל השיעבוד וכן אם שיעבד גופו למלוה אינו יכול להשתעבד בו משום דאין עבד עברי נוהג בזמן הזה יראה דה"ה נמי כי נתחייב הפועל לבע"ה למלאכתו לא חל החיוב:

איברא דלפי זה יקשה על מ"ש לעיל בסי' א' דאם הקדים שכרו לפועל אינו יכול לחזור בו בלא חזרת הדמים ושכן הוא דעת הרא"ש ז"ל אם לא שנחלק ונאמר דהיינו דוקא בפועל שאינו עומד בקבע עם הבע"ה דאין זה דומה לעבד כי אינו אלא שכיר יום אבל כי השכיר עצמו לזמן להיות בקבע עם הבעל הבית למלאכתו דאז נראה כעבד בהא סבירא ליה להרא"ש ז"ל דאין השעבוד חל ולפי זה איכא למימר דכל שאינו נשכר להיות עמו בקבע כי אם לימים כיון דאינו דומה לעבד כל שנתחייב בקנין הרי זה נעשה חוב עליו לעשותו בין על ידי עצמו בין על ידי אחרים אם לא יוכל לעשות הוא עצמו ואפי' תימא דאין שעבוד חל על גופו כדי שיוכל לכפותו למלאכתו שאינו אצלו כעבד מ"מ יהנה החיוב שנתחייב לענין שהבעל הבית ישכור עליו פועלים שהרי חייב עצמו ונשתעבדו נכסיו לכך וכן נראה מדברי הרב בעל נימוקי יוסף בפרק הספינה גבי השוכר את הפועל לעשות עמו בגורן דאם שעבד עצמו בקנין אינו יכול לחזור בו יעויין שם:

סימן ג

בעל הבית שהקדים שכרו לפועל **נראה** דזכה בהם הפועל ושוב אין בעל הבית יכול לחזור בו אפי' אם לא התחיל במלאכתו ואמינא לה מההיא דפרק הזהב דפליגי ר"י ור"ל דר"י סבר ד"ת מעות קונות ור"ל סבר משיכה קונה ואמרו עלה דמתני' מסייע ליה לר"ל דקתני נתנה לבלן מעל ואמר רב דוקא בלן משום דלא מחסרא משיכה ופירש רש"י ז"ל לבלן בשכר שירחצנו בבית המרחץ דוקא בלן קתני דמעל הנותן משום דשכירות גמורה היא בנתינת הפרוטה ואין יכול לחזור בו שאין כאן מה למשוך עכ"ל. מדבריו אלו משמע דס"ל דשכירות הפרוטה נתן לו בשביל שירחצנו ולא לקנות בו קרקע כאשר פירשו התוס' ז"ל וכיון שכן על כרחין צ"ל דמשום הכי מעל משום דזכה הבלן בפרוטה ואין בעל הבית יכול לחזור בו דאם לא זכה הבלן בפרוטה אמאי מעל וכן נראה מתשובת הרא"ש בכלל ק"ב סי' י"א דכל שהקדים שכרו לפועל זכה מיד בשכרו ואין בעל הבית יכול לחזור בו יע"ש. ואף שראיתי להריטב"א שכתב בסוגיין על פירוש רש"י ז"ל ולפירושו יש לפרש דלאחר רחיצה הוא שנותנו לו דאי קודם רחיצה הא לא זכה בו שאינה לשכירות אלא או בסוף או מתחלה ועד סוף עכ"ל ומדבריו אלו נראה דס"ל דאף כשהקדים ב"ה שכרו לא זכה בו הפועל ויכול בע"ה לחזור בו. הרואה יראה דאין מקום לפירושו דבמתני' דמעילה קתני נתנה לבלן מעל אע"פ שלא רחץ וכן פירש רש"י בסוגיין (א"ה ולע"ד קשה עוד דנראה דזה סותר למה שכתב הוא עצמו ז"ל דאם הקדים בע"ה ונתן שכרו לפועל אין הפועל יכול לחזור בו וכיון שהפועל אינו יכול לחזור בו כ"ש הב"ה עיין לעיל בסי' א' ונראה שכתב כן לפי שהיה גורס בפרש"י שנותנו בשכירות רחיצה יע"ש דאם היה גורס כגירסתנו בשבי' שירחצנו מה חילוק יש בין שכירות פועלים לפירושו שפירש שכירות קרקע דכמו דשכירות קרקע נקנה בכסף כן שכירות פועלים נקנה בכסף ע"כ) והא דקי"ל דשכירות אינה משתלמת אלא או בסוף או מתחלה וע"ס היינו שאין חייב לשלם השכירות אלא או בסוף או מתחלה מתחייב ע"ס אבל אם הקדים לו השכירות ודאי דזכה בו הפועל כדאמרן וכן נראה מדברי התוס' פרק האומנין גבי השוכר את הספינה וטבעה בחצי הדרך שכתבו שם בד"ה אי אתה מוצא אלא ביין זה וספינה זאת וז"ל וי"ל כיון שנתן לו שכרו נתרצה שיהא שלו לאלתר אע"ג דאינה משתלמת אלא בסוף לדעת כן נותנו שיהא שלו לאלתר וכו' יע"ש והא דאמרינן בפר' הספינה דף פ"ז השוכר **את** הפועל לעשות עמו לגורן היום **בדינר** ולגורן יפה **סלע** אסור ליהנות הימנו וכו' ואם איתא דזכה הפועל בשכירות מיד ואין בעל הבית יכול לחזור בו אמאי אסור הא לא הוי הלואה אלא שכירות כבר פירש שם רשב"ם ז"ל בתחלת הסוגיא דאיסורא הוי משום

דמיחזי כי אגר נטר ליה שנותן לו הפועל סלע בימות הגורן בשביל דינר שנתן לו בניסן והמתין לו עד עכשיו עכ"ל יע"ש:

והשתא מתיישב דברי התוס' שם שהקשו ממתני' דמרבין על השכר ולכאורה היה נראה דאין מקום לקושייתם דהתם שאני דכבר נגמר השכירות מהשתא מה שאין כן הכא אם לא שנאמר דגבי פועלים נמי מכי יהיב להו הדמים נגמר השכירות ואע"ג דפועלים מצו הדרי בהו מכל מקום כל כמה דלא הדרו בהו שכירות קיים הוא ואין בעל הבית יכול לחזור בו וכן ראיתי בשיטת מוהר"ר בצלאל כ"י שכתב משם הראשונים ז"ל וזלזולי בשכירות פי' הלא מן הדין אע"פ שלא שכרו עד ימות הגורן מותר דמעות שהקדים לאו הלואה הוא כלל אלא אגריה הוא דקא מקדים ליה שהרי מעכשיו הוא נשכר לעשות עמו לגורן ודמי ללוקח חפץ הנמצא ביד חבירו אע"פ שמתנה עמו שלא יתן החפץ עד חדש או חדשים מותר להקדים לו המעות ולאוזולי' גבי' ולא אמרינן דמעות הלואה נינהו וכי יהיב אותו החפץ בזול הוי אגר נטר אלא כיון דמעכשיו מכר לו אותו חפץ מכר גמור הוא ה"נ שכירות גמור הוא ע"כ. והא דכתב הנ"י ז"ל בפרק הספינה בסוגיין הנז' ז"ל אלא נראה טעמא כאותם שפי' דשכירות פועלים שיכול לחזור בו משמע דאסור משום דכשחוזר המעות הלואה נינהו וגם השתא כשאינו עושה עמו מהיום הוי מעות אלו בהלואה אצלו עכ"ל לאו למימרא דהוי הלואה ובעל הבית יכול לחזור בו אלא דלא הוי שכירות גמורה קאמר כיון דהפועל יכול לחזור בו ולא הוו קנין גמור וכן נראה מתוך דברי ה"ה ז"ל בסוף פ"ז מהלכות מלוה שכתב וז"ל וכתב הרשב"א ז"ל כתב מורי דדוקא פועל הוא דאסרו כשאינו עושה מעשה עמו שנראה כרבית הואיל ולא משתעבד פועל לגמרי מהשתא דהא יכול לחזור בו עכ"ל. ולכאורה נראה מתוך שמעתין דכל זה לא הוי אלא בפועל דאין בו מה למשוך כבלן וכיוצא אבל היכא דיש בו מה למשוך כסופר וכיוצא כל כמה דלא משך לא נגמר השכירות ושניהם יכולים לחזור בהם. אבל עדיין איכא למימר דהא דשמעתין לא הוי אלא לר"ל דס"ל דבר תורה משיכה קונה ולא מעות אבל לר"י דקי"ל כותיה דס"ל דבר תורה מעות קינות ומשיכה תקנתא דרבנן הוא גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטיך נראה דבפועלים לא תקינו משיכה והעמידו דבריהם על דין תורה דמעות קונות וכההיא דכתבו הרמב"ן והריטב"א בפרק השואל גבי מאי דאמרינן התם כשם שהקרקע נקנית בכסף וכו' דשכירות מטלטלין נקנה בכסף דלא שייך למימר גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטיך דהא לנפשיה טרח ומציל וכן נראה שהוא דעת הרמב"ם ז"ל שכתב בהלכות מעילה פ"ו ז"ל נטל פרוטה של הקדש ונתנה לבלן מעל כו' עד וכן אם נתנה לאחד מבעלי אומניות מעל אע"פ שעדיין לא עשו מלאכתו יע"ש:

סימן ד

מי ששכר פועלים למלאכתו ואח"כ נאנס ב"ה באונס דהוה ליה למידע ולפועלים לא הוה להו למידע אם לא הפסידו הפועלים כלום וכגון דבלאו הכי לא היו מוצאים להשתכר:

נראה דדבר זה במחלוקת שנוי דהתוס' שפי' דמאי דקתני בברייתא במד"א שלא הלכו אבל הלכו חמרין ולא מצאו תבואה פועלים ומצאו שדה לחה נותן שכרם משלם דהלכו ולא הלכו לאו דוקא וחייב מדינא דגרמי יע"ש כל כה"ג דלא גרם להם הפסד לא מחייב ב"ה מידי דאל"כ אמאי לא פי' הברייתא כשלא היו מוצאים להשתכר וחייב ב"ה כשהלכו משום דהוי כהתחלת מלאכה דעביד קנין וכן נראה מדברי מהר"ם ז"ל בסי' רצ"ב ז"ל נראה אם הקהל שכרו חזן לג' שנים ולאחר זמן חזרו אם מתחלה היה החזן מוצא להשתכר במקום אחר ועכשיו אינו מוצא להשתכר אחרי שהטעוהו ועלייהו סמך וגרמו לו הפסד נותנין לו כל שכרו כפועל בטל וכו' כר"מ דדאין דינא דגרמי ע"כ וכ"כ ג"כ בסי' קכ"ה יע"ש וכן יש להוכיח ממ"ש בשיטת ר' בצלאל ז"ל דר"י ז"ל ס"ל דאם הוזלה המלאכה וחזר בו ב"ה שאינו נותן להם אלא מה שעשו אע"פ שפועל אינו מוצא עתה להשתכר לפי אותו ערך עכ"ל ואם ס"ל דהתחלת מלאכה עביד קנין אמאי אינו נותן להם כל שכרם חוץ ממה שצריך ליתן לפועלים אחרים אף שלא היו מוצאים פועלים מעיקרא להשתכר במקום אחר וכן כתב בהגה' אשירי דלסברת ר"ת ז"ל דאמר דכל שמשך התספורת שוב אין יכולים לחזור בהם דהתחלת מלאכה לא עביד קנין יע"ש אבל הרא"ש והטור הגם שפי' הברייתא כפי' התוס' עם כל זה כתבו ז"ל ונ"מ במאי דהלכו במקום שאין פועלים מוצאים להשתכר מיהו אם הלכו דהוי כהתחלת מלאכה נותן להם שכרם כפועל בטל עכ"ל:

ונראה דהא דלא פי' הברייתא בכה"ג משום דס"ל דהא דחייב לשלם הוא מתורת קנס והלכך דוקא כשחזר בו בע"ה הוא שחייב לשלם כיון שחוזר בלתי שום סיבה אבל כשחוזר מחמת ששדהו לחה אין ראוי כ"כ לקונסו אף שפשע מתחלה ולא סייר שדה ותדע דהכי הוא דאם איתא דס"ל דהתחלת מלאכה עביד קנין ומדינא הוא שחייב לשלם לא מתורת קנס איך כתב אח"כ ז"ל וכן אם הוזלה המלאכה וחזר בו בעל הבית אינו נותן להם אלא חצי שכרן ולא אמרינן שיתן להם כל שכרן חוץ ממה שצריך ליתן לפועלים אחרים לגמור המלאכה דרבנן לית להו הך דמתני' דכל החוזר בו ידו על התחתונה עכ"ל ואי התחלת המלאכה עביד קנין מדינא לא מצי לחזור. אבל הרמב"ן והרשב"א ז"ל סבירא להו דהתחלת מלאכה עביד קנין בפועלים כחזקה בקרקעות וכמשיכה במטלטלין וכ"כ הנ"י ועל פי זה פי' הברייתא דבהלכו חייב אף שלא היו מוצאים להשתכר משום

דהלכו הוי כהתחלת מלאכה ולכאורה איכא לאקשויי אי התחלת מלאכה עביד קנין היאך קבלן יכול לחזור אלא שידו על התחתונה ומעיקרא היאך יכול לחזור כיון דנגמר הקנין דבאומנין לא שייך משום כי עבדי הם וכך דקדק בהגהת אשירי דכיון דפועל יכול לחזור בו הוי מטעמא דכי עבדי הם ממילא ילפינן דאין הקבלן יכול לחזור בו אם משך דלא שייך ביה האי טעמא דעבדי והייתי סבור לומר דמה שאמרו הרמב"ן והרשב"א דהתחלת מלאכה בפועלים עביד קנין היינו דוקא בפועל דכי טרח להנאת בע"ה קא טרח שליחותיה דבע"ה קעביד וידו כידו ומאי דמצי למהדר הוי מגזרת הכתוב אבל גבי קבלן דכי טרח בדידי' קא טרח ולדעתיה קא עביד אין התחלת מלאכה עביד קנין אלא שקנסו אותו שיהא ידו על התחתונה כדפירש רש"י א"נ כמ"ש הריטב"א בטעמו יע"ש וסעד לזה מצאתי בהגהת אשירי שכתב דהא דקבלן חוזר בו אלא שידו על התחתונה היינו משום דלא נגמר קנין השכירות דהתחלת מלאכה לא עביד קנין אבל אם נגמר קנין השכירות במשיכה או בקנין סודר שוב אינו יכול לחזור וכן כתב הנמוקי יוסף בשמעתין יע"ש. אבל מדברי הריב"ש סימן תע"ו נראה מדבריו דלא שנא פועל לא שנא קבלן מכי התחיל במלאכה נגמר הקנין ועל פי הדברי' האלו כתב בסי' תפ"ט דאפטרופוס שהתחיל להתנהג במנוייו אע"פ שלא החזיק עדיין בנכסים אינו יכול לחזור בו דומיא דפועלי' שאין חוזרין בהם מכי התחילו במלאכ' וידם על התחתונה ומאי דקתני בתוספתא החזיקו בנכסים לאשמועינן רבותא דקבלת נכסים הוי התחלה ואע"פ שלא התחילו להתעסק באפוטרופסות יע"ש:

ולע"ד הגם שאיני כדאי נראה דהתוספתא דקתני החזיקו בדוקא קתני ליה דמלבד מ"ש דאפשר דאין התחלת המלאכה עביד קנין בקבלנות אלא אפי' למ"ד דעביד ה"ד בפועלים ואומנין דעבדי בשכר והיינו טעמא דמכי התחילו במלאכה נתחייב בע"ה בשכרן ובאותו חיוב נגמר הקנין וזה מתבאר מתוך דברי הרמב"ן והרשב"א ז"ל הביאם הריב"ש בסי' תע"ו שכתבו דשני אומנים שנשתתפו באומנותם לזמן ידוע שכל מה שירויחו יהיה לאמצע נעשו שכירין זה לזה כדאמרינן בפועל ששכרוהו ללקט מציאות ואין צריכין קנין אלא שיתחילו במלאכה לפי שכל א' מתחייב לחבירו בשכר מה שחבירו עושה בעדו. ולפי דברי הריב"ש למדנו דקבלן כל שהתחיל במלאכה מדינא אינו יכול לחזור בו וכן נראה מדברי הטור והרא"ש כמ"ש בסמוך והא דקתני ידו על התחתונה לאו למימרא דמצי לחזור בו אלא אשמוע' דאם חוזר בו ואינו יכול להזמינו לדין ה"ז שוכר פועלים ביוקר עד כדי שכרם של אלו: א"נ הברייתא מיירי כשזה מוצא פועלים ביוקר לגמור את מלאכתו דבכי הא אפילו קבלן יכול לחזור אלא שידו על התחתונה:

סימן ה

קבלן שהתחיל במלאכה אם יכול לחזור בו מדינא נראה דדבר זה במחלוקת שנוי דהרא"ש ז"ל בתשו' כלל ק"ד ס"ב כתב בפי' דאפילו בדבר שאינו אבד לא מצי לחזור בו מדינא ומטעם זה כתב דיכול ב"ה להטעותו וכן הוא דעת הטור שכ' סימן של"ג ז"ל ואם הוא קבלן שקבל עליו המלאכה בכך וכך גם הוא אינו יכול לחזור בו ונראה דס"ל דקבלן משהתחיל במלאכה זכה בע"ה בשעבוד גופו עד שיגמור מלאכתו דהתחלת מלאכה עביד קנין וכמ"ש אח"כ ז"ל לפיכך אם התחיל במלאכה וחזר בו אע"פ שהלך דהוי כמו התחלת המלאכה וכו' וכן נראה ממ"ש המרדכי בפרק האומנין וז"ל ולפי' ר"מ הא דקתני בד"א שלא התחילו לא איירי בשכירות אלא בקבלנות וכו' כלומר דבפועל אין חילוק בין התחילו ללא התחילו דלעולם יכול לחזור בו אבל בקבלן כל שהתחיל במלאכה אינו יכול לחזור בו וכן נראה ממ"ש הריב"ש בסימן תע"ו ז"ל בין פועל בין קבלן אין צריך קנין אלא התחלת מלאכה היא הקנין אלא שהפועל יכול לחזור בו משום דכתיב כי לי בני ישראל עבדים עכ"ל ומדכתב אלא שהפועל יכול לחזור בו משמע דקבלן אינו יכול לחזור בו וכן כתב בסימן תפ"ט בדין אפטרופוס ז"ל אמנם נראה שאם התחיל להתנהג במינויו כמו אפוטרופסין שאין יכול לחזור בו דומיא דפועלים וכו' אשר מתבאר מזה דקבלן מדינא לא מצי לחזור ונראה שדקדקו כן מדאמרינן בפ"ק דמכלתין דהא דפועל יכול לחזור בו היינו מגזירת הכתוב דכתיב כי לי בני ישראל עבדים ומינה דבאומנין לא שייך לומר הכי כדמחלק תלמודא בפרק האומנין הרי זה אינו יכול לחזור בו וכן דקדקו לה בהגהת אשיר"י שם איברא דלפי מ"ש התוספות בפ"ק דף י' שכתבו ז"ל דרב לא אתא לאשמועינן דיכול לחזור בו דהא בהדיא קתני לה בד"א שלא התחילו במלאכה אבל התחילו במלאכה שמין לו אלמא דיכול לחזור בו ורב אתא לאשמועינן דיכול לחזור וידו על העליונה יע"ש מעתה ליכא למידק ולמילף דקבלן אינו יכול לחזור בו אלא דקבלן ג"כ חוזר בו אלא שידו על התחתונ' וכמ"ש בהגה' אשיר"י האחרונ' יע"ש אך אמנם בפרק הגוזל בתרא משמע דכל עיקרו של רב לא אתא אלא לאשמועינן דפועל יכול לחזור בו ואי לאו דרב הוה אמרינן כיון דפועל ידו כיד בע"ה מכי התחיל במלאכה אין זה יכול לחזור בו דהברייתא קתני שם שיירא שהיתה מהלכת במדבר ועמד עליה גייס ועמד אחד מהם והציל הציל לאמצע ואם אמר לעצמי אני מציל הציל לעצמו אוקמוה תלמודא דבפועלים עסקינן וכדרב דאמר פועל יכול לחזור אפילו בחצי היום וכמה דלא הדר ביה כברשותיה דבע"ה דמי וכי הדר ביה טעמא אחרינא הוא דכתיב כי לי בני ישראל וכו' והשתא אמאי איצטריך שם לאתויי לדרב דלא נפקא לן שם מידי אי יד פועל על העליונה

אי לא. וראיתי בהגהת אשיר"י שנסתפק בזה אי קבלן יכול לחזור בו אי לא ומתוך דבריו נראה דאי קבלן חוזר בו היינו משום דהתחלת מלאכה לא עביד קנין בקבלן דבקבלן כי טרח בדידיה קא טרח משא"כ בשכיר יום דמלאכתו דבעל הבית עביד ולהכי מכי התחיל במלאכה ידו כיד בעל הבית ומאי דמצי למהדר גזירת הכתוב הוא:

ואיך שיהיה הרי הדבר שנוי במחלוקת ונפקא לן לענין דינא שיוכל בע"ה לעכב שכרו עד שיגמר מלאכתו או ע"י או ע"י אחרי' כיון דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף וכן משמע מהיא דאמרינן בפ"ב דע"ז דהשוכר את הפועל להעביר לו מאה חביו' כל חד וחד בפרוט' ונמצא אחד מהם של יין נסך שכרו מותר אבל אם אמר לו העבר לי חביות אלו במאה פרוטות שכרו אסור ופירש רש"י ז"ל דהעבר כל חדא וחדא בפרוטה שכרו מותר חוץ מאותה של איסור דהא לא שייך אותה של איסור בהדי אינך אבל כי א"ל העבר מאה חביות אלו במאה פרוטות כל כמה דלא העבירנהו לכולהו לא יהיב ליה מידי הלכך כולי אגרא שייך ביה יע"ש. והשתא אם איתא דקבלן יכול לחזור בו כי לא העבירנהו לכולהו אמאי לא יהיב ליה שכר מכל מה שהעביר עיין בתוספות בפרק הגוזל קמא דף צ"ט ובפרק הרבית דף ס"ה יע"ש אלא משמע דקבלן אינו יכול לחזור בו ומשום הכי כי לא העבירנהו לכולהו לא יהיב ליה מידי והא דקתני הכא בפ' האומנין דקבלן שחזר בו דשמין לו וידו על התחתונה ומשמע דשכר מיהא יהיב ליה ואע"פ שלא השלים קבלנותו ולדע' חכמים דלא קנסו לחוזר אפי' כל שכרו יהיב ליה מדינא לאו למימרא דמהשתא מחוייב לתת לו השכר ואע"פ שעדיין לא נשלמה המלאכה אלא ה"ק שמין לו לבסוף א"נ הכא איירי כשזה כבר רוצה לשלם עכשיו:

סימן ו

ואם משך בע"ה כלי אומנותו של קבלן והתחיל האומן גם כן במלאכתו או שמשך הקבלן הכלי שנתן לו הבע"ה לתקנו מה דינו:

תשובה כשמשך הבע"ה כלי אומנותו של קבלן ר"ת והרא"ש והטור ס"ל דאין הבע"ה והקבלן יכולים לחזור בהם יע"ש והרמב"ן והרשב"א והריטב"א והר"ן ז"ל ס"ל דלא מהני משיכתן אלא לענין שיכול לעכבם והביאו ראיה ממתניתין דפרק השוכר את האומנין שחזרו בהם דמוקי לה תלמודא דמיירי כשבאת חבילה לידו עיין בחידושי ר"ב ז"ל והמרדכי בפרק האומנין כתב שר"ת ז"ל כבר יישב זה וז"ל שבאת חבילתו לידו אין ר"ל כפרש"י שפי' כדרך האומנין שמביאין כלי אומנותן בבית בע"ה דאם כן היאך יכול לחזור בו הא הוי משיכה גמורה כדאמרינן בפרק הזהב אלא כגון שהפקידו אצלו חבילה שלהם יע"ש ולפי זה קשה דהרא"ש ז"ל פסק כר"ת בפרק הזהב ואלו גבי חבילה כתב דאיירי

בכלי אומנות ואפשר לומר דסבירא ליה דהברייתא איירי כשאין האומן לפנינו בשעת מלאכה כדי לכוף אותו לגמור המלאכה ועיין מש"ל בסי' ד' וכ"ת עדיין יקשה דשוכר עליהם מדמי החבילה קאמר ואם איתא דמשיכת כלי אומנות הוי גמר קנין כי לא שוה החבילה אלא זוז אחד אמאי לא ישכור עליהם איכא למימר דאע"פ שנגמר הקנין ואינו יכול לחזור מיהו אם ברח ושכר עליהם אינו יכול להוציא מידם עד מ' ונ' זוז שאין זה אלא גרמא בעלמא:

העולה מהאמור דבנדון דידן שמשך הבעל הבית כלי אומנותו של קבלן וגם הקבלן התחיל במלאכה נראה לכאורה דכה"ג כ"ע מודו דאין יכולים עוד לחזור בהם דלסברת ר"ת ז"ל במשיכת הב"ה כלי אומנותו נגמר הקנין ולסברת הרמב"ן והרשב"א ז"ל בהתחלת מלאכה נגמר הקנין אמנם כד דייקינן עוד עדין נראה דאיכא מאן דס"ל דעדין לא נגמר הקנין שהרי הריטב"א ז"ל לא ס"ל לסברת ר"ת כמש"ל ואיהו ז"ל כתב בפרק האומנין ז"ל הא דקתני בגד לארוג בשני סלעים וארגו חציו מיירי כשלא משכו אלא כדי חציו שאלו קבלו כל הצמר מיד נתחייבו במלאכ' דאומן שמשך כלי שנתנו לו לעשו' מיד זכה בשעבודו לשכרו ואין בע"ה יכול לחזור בו ובההיא הנאה נמי נשתעבד אומן לעשותו ואינו יכול לחזור בו שהרי תיקנו משיכה בשומרים עכ"ל למדנו מדבריו תרתי דהתחלת מלאכה לא עביד קנין ויכול אף בע"ה לחזור בו כל זמן שלא גרם להם הפסד ועוד דאומן מיד שמשך כל המלאכה זכה בכל שכרו שלא יוכל אחד מהם לחזור בו נמצא לפי האמור דבנ"ד אף שמשך הבע"ה כלי אומנותו של קבלן ואף אם התחיל הקבלן במלאכה לסברת הריטב"א עדיין יכולין לחזור בהם כל דליכא הפסד אמנם כשמשך הקבלן המלאכה נראה דאין שניהם יכולים לחזור בהם ואף שראיתי לנמוקי יוסף שכתב בפרק השואל גבי סוגיין דתקנו משיכה בשומרים וז"ל איכא מאן דאמר דכי מהניא משיכה בשומרים דוקא בשואל ובשוכר שכיון שהם משתמשין בגופו של כלי הויא ליה כמכיר' ליומיה ודין הוא שתקנה להם משיכה כיון שהם זוכין בגופו של דבר אבל ש"ש וש"ח שאין להם זכיה כלל בגופו של דבר ליכא למימ' דתיקנו להם משיכה שהיאך נתחייב בעל הבית בשכרם מפני משיכתו של שומר וכו' יע"ש ולכאורה נראה שחולק ע"ד הריטב"א ז"ל הנז' מ"מ אפשר לצדד דבפועלים יודו מטעם דהתחלת מלאכה עביד קנין וכל שמשך האומן הוי כהתחלת מלאכה:

איברא דמדברי התוס' בפ"ק דמציעא דף י' שכתבו בד"ה יכול לחזור בו אפילו בחצי היום ואם תאמר ומאי קמ"ל והלא בפרק האומנין לא פליג ר' דוסא ורבנן אלא דר' דוסא סבר דיד פועל על התחתונה ורבנן סברי דידו על העליונה אבל לכולהו יכול לחזור וכו'

יע"ש מוכח דקבלן אף שנגמר הקנין יכול לחזור בו מדינא אלא שידו על התחתונה לנכות לו מהמלאכה שעשה דהא דקאמר רב שיכול לחזור בו הוא אפי' נגמר קנינו כראוי מטעם דכי לי בני ישראל עבדים כו' ואם ס"ל דההיא דפרק האומנין שנחלקו ר' דוסא ורבנן איירי כשלא נגמר הקנין דהתחלת מלאכה לא הוי קנין אם כן מאי קא מקשו התוס' מההיא דהאומנין אלא ודאי דס"ל להתוס' דההיא דפ' האומנין איירי אפילו כשנגמר קנינו כראוי ואפ"ה יכול לחזור בו אפילו קבלן דהתם בהאומנין איירי בין בפועל בין בקבלן כדמוכח שם בסוגיין. וגם מדברי ר"י הביא דבריו הרב מוהר"ר בצלאל בחדושיו לפרק הזהב נראה דלא פסיקא ליה מלתא לומר שאין הקבלן יכול לחזור בו שכתב על סברת ר"ת הנז"ל ור"י בעל התו' השיב עליו ואמר דלא גרע מע"ע שמגרע מפדיונו ויוצא ואע"פ שיש לחלק דהתם משום דכתי' עבדי הם אבל קבלן שאינו לא שכיר יום ולא שכיר שעות אינו עבד אלא קבלן אפ"ה מהכא לא ש"מ עכ"ל ולפ"ז נרא' שאין לנו כח לכוף לקבלן שלא יחזור בו מיהו יוכל לעכב ב"ה כלי אומנתו ולשכור אחרים כמ"ש הרמב"ן והרשב"א הביאן ה"ה בפ"ט משכירות ומהר"ר בצלאל בחידושיו לפרק האומנין יע"ש הן אמת שהנ"י בפרק הזהב ובחי' ר"ב ז"ל שם לא כתבו אלא שהוא יכול לעכ' המספריי' עד שיספרנו והוא הדין לסופר שהקולמוס קנוי לו וכ"כ הריטב"א שם וז"ל ואלו משך לתספורת קניא למלאכתו ומעל יע"ש ועיין עוד בחי' ר"ב בפ' האומנין דף ק"ע בד"ה כשבאת חבילה וכו' וז"ל וא"ת אמאי לא אמרינן מנה אין כאן משכון אין כאן וי"ל דשאני הכא שספסידוהו ועוד י"ל דמיירי הכא שהפועלים הקנו לו בגוף החבילה וכו' דמכל זה נראה שהם חולקים על סברת הרמב"ן והרשב"א ז"ל. וכל זה שכתבנו הוא בדבר שאינו אבד אבל בדבר האבוד אחד פועל וא' קבלן אינו יכול לחזור בו כ"כ הרי"ף והרמב"ם והרא"ש והטור ואין להקשות ע"ז מההיא דאמרינן בפרק הגוזל בחדא דף קי"ו גבי ההיא ברייתא דקתני שייירא שהיתה הולכת במדבר וכו' דמוקי לה תלמודא שם בפועלים וכי אמר לעצמי אני מציל הרי הדר ביה והציל לעצמו ואי אמרת דבדבר האבד אין פועל יכול לחזור בו מדינא כי הדר ביה מאי הוי והלא אין לך דבר האבד גדול מזה דהתם מיירי כשאינם יכולים להציל כמו שפירש"י ז"ל וכבר נתייאשו הבעלים מהם אלא שהפועלים מסרו את עצמם והצילו:

ודע דהא דאמרינן דבדבר האבד אינו יכול לחזור בו ואם חזר בו שוכר עליהן או מטען נחלקו בו הרמב"ן והרשב"א ז"ל דהרמב"ן ס"ל דאפי' אם לא היה ב"ה מוציא פועלים מתחלה הוי דינא הכי והרשב"א ס"ל דהיינו דוקא כשהיה מוצא בתחילה בשעה שנשתכרו אלו ועכשיו אינו מוצא אבל אם לא היה מוצא אחרים פטורים עיין בב"י סי'

של"ג והגהת אשירי כתב כסברת הרמב"ן וכתב עוד דהיכא דהיה מוצא ב"ה פועלים מתחלה חייב לשלם לו כל הפסידו יע"ש ובזה נראה דאף הרמב"ן ז"ל לא ס"ל הכי למדקדק בדבריו וכ"ת אמאי אינם משלמין לו כל הפסידו ומ"ש מב"ה שאם גרם להפסיד לפועלים שחייב נראה דה"ט משום דלא הוי אלא גרמא בניזקין וב"ה חייב הואיל וקביל עליה לשלם משא"כ בפועלים שלא קבלו עליהם לשלם וכ"כ המרדכי בפ' הגוזל קמא סי' קט"ו יע"ש והריטב"א ז"ל תירץ זה באופן אחר עיין בחי' ר"ב ז"ל ריש פ' האומנין ובפ' א"נ דף קס"ג ומתוך דבריו שם נרא' דס"ל כסברת הרשב"א ז"ל:

וראיתי למהרי"ק הביא דבריו מור"ם בסי' של"ג דס"ל דכל זה דאמרינן דבדבר האבוד שוכר עליהן או מטען היינו בפועל העושה בשכר אבל פועל העושה בחנם יכול לחזור בו אפי' בדבר האבוד יע"ש ולע"ד אנ"כ וראיה לדבר ממ"ש ההגהת אשירי בריש פ' השואל ובפ' מרובה וז"ל ואדם המשאיל עצמו לדבר האבוד משאמר הריני שאיל לך לכך וכך זמן תו לא מצי הדר ביה ואם אינו דבר האבד לא גרע מפועל שיכול לחזור בו בדבר שאין אבד ודוקא שאמר בזה הלשון הריני שאול לך אבל אם אמר הריני מקבל עלי לעשות לו כך וכך לא ורפיא בידי עכ"ל האמנם דברים אלו צריכים ביאור דאי איירי בענין שזה גרם לו הפסד וכגון שמתחלה היה מוצא אחרים לעשותה ועכשיו אינו מוצא ומשום הכי נשתעבד זה באמירה בעלמא לעשותה שעפ"י דבורו סמך ולא שכר פועלים אחרים ומתחייב זה כי היכי דמתחייב ערב למלוה שעפ"י דבורו הוציא זה את ממונו א"כ כי נמי לא אמר הריני שאול לך אלא שאמר הריני מקבל עלי לעשות אמאי מצי לחזור מכיון שהוא גרם לו הפסד ואי איירי כשזה לא גרם ההפסד וכגון שמתחלה ג"כ לא הי' מוצא אחרים לעשותה וס"ל כסברת הרשב"א הנ"ל א"כ כי נמי אמר הריני שאול לך אמאי לא יוכל לחזור והלא דברי' לא עבדי קנין ונראה דאיירי אפי' כשהיה מוצא אחרים מעיקרא וע"י שהבטיחו זה לעשותה לא בקש אחרים ומשום הכי נשתעבד זה לעשותה וכל זה כשאמר הריני שאול לך שהקנה את גופו לחברו ותו לא מצי לחזור ואפי' לתבוע ממנו שכר שכבר נשתעבד גופו לעשות' בחנם וגופו קנוי לב"ה. אבל כשאמר הריני מקבל עלי לעשות שלא הקנ' גופו לב"ה ה"ז יכול לחזור בו ולומר איני רוצה לעשות בחנם אלא בשכר וגם מדברי הריטב"א בר"פ האומנין נראה דאפי' עושה עמו בחנם אינו יכול לחזור בו שכתב ז"ל והטעם בתשלומין אלו ממה שאמרנו למעלה דכל שהבטיח לחבירו וסמך חבירו עליו ואלמלא הבטחתו לא היה בא לו שום הפסד חייב לשלם יע"ש ואין לומר דהתם איירי בעושה בשכר דבפ' איזהו נשך בדף הנ"ל כתב ז"ל ומורי הרב תירץ דהכא אע"פ שלא קיבל עליו תשלומין כלל כיון שנתן לו מעותיו ליקח לו סחורתו ואלמלא הוא

לוקח ע"י עצמו או ע"י אחרים אלא שזה הבטיחו שיקח לו וסמך עליו ונתן לו מעותיו על דעת כן הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד מהבטחתו דבההיא הנאה דסמיך עלי' ונתן לו ממונו משתעבד לי' מדין ערב וזה ענין שכירו' פועלי' דפרקין לקמן שחייבין לשלם לב"ה מה שמפסיד כשחזרו בהן או שבע"ה חייב לשלם להם מה שמפסידין ידין דכיון שסמכו זה על זה נתחייבו זה לזה במה שיפסיד על פיו יע"ש מדבריו אלו מוכח דאפי' העוסק בחנם חייב לשלם וגם מדברי הטור סי' שמ"ו מוכח דס"ל דאפי' פועל שעוסק בחנם גופו קנוי לבע"ה כל כמה דלא הדר בי' שכתב ז"ל הרב השונה לתלמידיו אם הוא צריך ללמוד עמהם בכל מקום שירצו אז הרב הוא שאול להם ואפי' שלא בשעת לימוד כיון שצריך ללמוד עמהם בכל עת שירצו יע"ש ואם איתא לסברת מהרי"ק כל שהרב עושה בחנם אינו חייב ללמוד עמהם בכל עת שירצו ולא דמי למקרי דרדקי דכתב הרא"ש ז"ל דאפי' שלא בשעת מלאכ' חשיב שאל' בבעלים דהתם שאני שכיון שנוטלין שכר לא מצו לאישתמוטי מלעשות המלאכ' כל כמה דלא הדר ביה אלא ודאי נראה דאפי' אם הפועל עושה בחנם כל שהתחיל במלאכ' ה"ז הקנה את גופו לבע"ה

וראיתי להרב בש"ך ז"ל שכתב על דברי מהרי"ק דהיינו דוקא שיכול לחזור ולומר איני עושה בחנם אלא בשכר אבל פשיטא דאם זה רוצה ליתן לו שכר רצה זה לעשותו צריך לשלם לו כל הזיקו מדינא דגרמי אלו דבריו ז"ל, ולע"ד נראה מתוך דברי מהרי"ק דס"ל דאפי' אם זה רוצה ליתן לו שכר ולא רצה זה לעשותו לא מחייב לשלם לו הזיקו ודינא דגרמי ליכא כמ"ש הרב מהרי"ק שם וז"ל ואע"ג שהוציא מעותיו על סמך דברי ראובן שמעון הוא דאפסיד אנפשי' דהו"ל לאסוקי אדעתי' דילמא הדר בי' ראובן והכי פי' דבשלמא פועל העושה בשכר דכל כמה דלא הדר ביה ידו כיד ב"ה ומאי דמצי הדר בי' אינו אלא מגזרת הכתוב משום הכי בדבר האבד שאין יכול לחזור בו כשרוצה לחזור בו שוכר עליהם או מטען מאחר שחוזר בו שלא כדין דמה הי' בידו של ב"ה לעשות אמנם בפועל העושה בחנם מדינא יכול לחזור בו דאין ידו כיד ב"ה ואין לחייבו מדינא דגרמי כיון שאינו מחויב לעשות וב"ה הוא דאפסיד אנפשיה דהו"ל לאסוקי אדעתיה. העולה מכל האמו' דאפי' בעושה בחנם אם אמר הריני שאול לך לא מצי לחזור ואפי' לתבוע ממנו שכר שכבר נשתעבד גופו לעשות' בחנם וגופו קנוי לב"ה ואפשר שאף מהרי"ק ז"ל יודה בזה. אבל כשאמר הריני מקבל עלי לעשות שלא הקנה גופו לב"ה ה"ז יכול לחזור ולומר איני רוצה לעשות בחנם אלא בשכר וכמ"ש הש"ך. (א"ה כל מ"ש לעיל הע"ז סדרתיו לפי ע"ד כי לא מצאתי בדברי אדוני אבי הרא"ש ז"ל כי אם רמז דברים):

סימן ז

בעל הבית ששכר משרתת אם יכולה המשרתת לחזור בה תוך הזמן. וראיתי להרב ת"ה ז"ל שכתב דאפשר דזה מיקרי דבר האבד שכיון שב"ה ואנשי ביתו לא הורגלו במלאכה ואם יעשה על ידם יארע להם תקלה ה"ז אינה יכולה לחזור ע"כ ולע"ד נראה דאפי' בלא טעמא דתקלה מיקרי דבר האבד דכיון דב"ה ואשתו אינם מורגלים לעשות מלאכת דידהו ע"י ועכשיו שחוזר המשרתת מלעשו' מלאכתם יתאחרו ה"ז מיקרי דבר האבד ולא גרע מהשוכר הפועל להביא חלילין שאע"פ שלא יביא אין כאן הפסד ממון כיון שמתאחרין מעשיו לא מצי לחזור וכמ"ש הריטב"א זלה"ה דלא מיקרי דבר שאינו אבד אלא כשיכול להמתין במלאכתו עד שימצא פועלים:

איברא דכל זה אינו אלא כשהי' הב"ה מוצא תחלה פועלים אחרים אבל אם לא היה מוצא תחלה משרתת אין זה מיקרי דבר האבד וכמו שכתב הרשב"א ז"ל והטור וכן נראה לדקדק מפירוש רש"י שכתב בפירושא דמתני' דבדבר אבד אינם יכולים לחזור משום דעליהן סמך יע"ש. איברא דלפי זה קשה דאי איירי כשהי' מוצא אחרים תחלה אם כן כי חזרו בהם אמאי לא ישלמו כל הפסדו מדינא דגרמי ולא על הרשב"א לבד תלונותינו כי גם על הרמב"ן שחולק עליו ויהיב טעמא משום דאין אדם רואה ממונו מאבד ושותק והיה טורח בתר פועלים ומטפי להו אגרייהו קצת ובודאי הוה משכח ולפי דבריו נמי עדיין הקושיא במקומה עומדת ומתוך כך היה נראה דהאי דינא דדבר האבד איירי אפי' כשלא היה מוצא פועלים אחרים תחלה והא דשוכר עליהן עד כדי דמיהן ואף על פי שלא גרמו הם בהפסדו היינו טעמא משום דכיון דהתחילו במלאכה צריכים הם לעשות או שוכר עליהם וכמ"ש בהגהת מהרי"ח ז"ל:

אבל לע"ד עם שאיני כדאי להשיב אין פי' מחוור דאי איירי בשלא גרמו הם הפסד מתחלה וכמ"ש א"כ אמאי שוכר עליהם אפי' כשלא התחילו עדיין במלאכה כיון דלא נגמר קנין השכירות והא ודאי דמתני' דקתני שוכר עליהם איירי אפי' שלא התחילו עדיין במלאכה כמו שכתבו הרא"ש והראב"ד ז"ל וכן כולם ומתוך דברי הרמב"ן ז"ל נראה דחזרת פועלים לא מיקרי דינא דגרמי לחיובינהו בכל מה שהפסיד בע"ה אלא גרמא בנזיקין חשיב ולא דמי לחזרת בע"ה שכתבו התוס' דאם הי' מוצא פועל בבוקר להשכיר עצמו ועכשיו אינו מוצא דחשיב דינא דגרמי כיון שע"י נתבטלו אותו היום וההיזק נעשה מידו שעל פי דיבורו לא נשכרו במקום אחר וחשיב כאלו סגר את חבירו בחדר ולא הניחו לעשות מלאכה אבל בחזרת פועלים אין ההיזק נעשה מיד אלא אח"כ והוי גרמא בנזקין והא דשוכר עליהן עד כדי שכרן ה"ט משום שעל שיעור זה הבטיחוהו מעיקרא

וכמ"ש הריטב"א בחידושיו ומדברי המרדכי ז"ל בפרק הגוזל קמא נראה כן שכתב דאף חזרת ב"ה דמשלם ה"ט משום דקבל עליו לשלם וכל גרמא בנזקין חייב כל היכא שקבל עליו לשלם וכן נראה שהוא דעת הריטב"א ז"ל ועוד צ"ל דנראה מדברי הרמב"ם ז"ל והטור דהאי דינא דדבר האבד דשוכר עליהם עד כדי כפל שכרם ומפסיד הפועל ה"ד בשאינם נמצאים פועלים אחרים לגמור המלאכה בשכרן אבל אם מוצא פועלים אחרים אע"פ שהם ביוקר אין זה מיקרי דבר האבד שהרי כתב דאם מוצא פועלים וא"ל צא ושכור פועלים מאלו אין לו עליו אלא תרעומת ושמין לשכיר יום שעשה מפני שידו על העליונה, וא"כ בנ"ז אם נמצאת משרתת אחרת אע"פ שהוא יותר ביוקר כיון שאינה נוטלה אלא כדי שכר פועלים אחרים לא מיקרי דבר האבד ויכולה לחזור בה:

איברא דעדיין איכא לאצדודי ולומר דעכ"ז לא מצית לחזור בה מכיון דהמשרתת הזאת חזרה בה מחמת שנותנין לה ביותר במקום אחר ורוצה היא לעשות מלאכה עדיין אין שומעין לה לחזור וכמ"ש הטור ז"ל בשם ר"י דה"ד כשחוזר בסתמא אבל אי חוזר בו מחמת יוקרא אין שומעין לו ונראה דטעמו משום דשכיר יום דחוזר ה"ט משום דכתיב עבדי הם ולא עבדים לעבדים אם כן דוקא כשחוזר בו בסתמא תלינן שאינו רוצה לעבוד עוד אבל בחוזר בו מחמת יוקרא גלי דעתיה דניחא ליה בעבדות ומשום הכי אין שומעין כן נראה לע"ד וכ"פ הב"ת וכ"ש בנ"ד שעשה מעשה ונכנס לשרת אצל שמעון (א"ה עיין במהרי"ט ז"ל בחי"ד סי' ן' בסוף דבריו) ואע"ג דלכאורה היה נראה לדקדק משמעתין דאפי' אם חוזר בו מחמת יוקרא שומעין לו דקאמר שם אברייתא דאם יגמרו מלאכתם ויטלו ב' סלעים דאיירי בדאייקר עבידתא ואימרו פועלים וכו' משמע דמחמת יוקרא הוא דהדרי ואפי' הכי שומעין להן דאם לא כן מה היו מרויחין בחזרתן איכא למימר דס"ל דכל בסתמא תלינן לומר שאינם רוצים אלו לטרוח ומאי דקאמר ואייקר עבידתא כו' לאו משום יוקרא הוי אלא מילי מילי קאמר דאיירי בדאיקר עבידתא ואחר כך חזרו בהם שלא מחמת יוקרא ובהכי אתי שפיר מאי דקאמר בתר הכי מהו דתימא מצי אמרו ליה כי מפייסנא אדעתא דטפי לן אגרא קמ"ל דא"ל אדעתא דטרחנא לכו באכילה ושתיה ואי ס"ד דאיירי כשחזרו בהם מחמת יוקרא ואזל ב"ה ופייסינהו היכי מצי אמרו אדעתא דטפי לן אגרא מפייסינן והלא לא חזרו אלא מחמת שפייסם בדברים ובתחינות ולא דמי להא דתניא בתוספתא זה אומר במנה וזה אומר במאתים דאם הלוקח תבע את המוכר יעשה דברי המוכר דהתם לא ביקש ממנו בפיוסי' אלא שתבע ממנו המקח אבל הכא שנכנס עמו בדברי פיוסים ונתרצה הדברים מוכיחים שנתפייס לדברי הלוקח אבל מדברי הריטב"א ורבו אין נראה כן אלא אפי' בחוזר מחמת יוקרא שומעין לו ותפס דברי

הגמרא כפשטן. ומטעם אחר יראה דבנדון דידן אינה יכולה לחזור דהא ודאי ידוע שאין טיפולה של בית שוה בכל הזמנים אלא הכל לפי הזמן ולפי רוב המעשה ובזמן הרגל הרי המלאכה מרובה כדי לבער החמץ מן הבית וכיוצא וכיון שכן יכול הבעל הבית לעכב על המשרתת שלא תחזור בה בתוך זמנה וכדתניא בפ' הרבית המקבל בהמה דקה מחברו מטפל בה י"ח חדש ואם בא לחזור תוך זמנו בע"ה מעכב עליו לפי שאינו דומה טיפולה של שנה זו לטיפולה של שנה אחרת:

ומי ששכר מניקת להניק את בנו אם יכולה לחזור תוך עיין בתשובת הרשב"א בספר ת"א סי' ע"ב דנראה דיכולה לחזור בה ולכאורה נראה דאם אינו מוצא מניקת אחרת להניק ה"ז חשיב דבר האבד ואת"ל דיכולה לחזור בה כל שהקנה גופה לחלבה אינה יכולה לחזור וליתן החלב לאחר שהרי כבר קנוי לראשון:

סימן ח

מי שלוקח שכר כדי להיות עד אי שרי נראה מדברי הרשב"א בתשו' דשרי אבל ראיתי למהר"ר שמחה הכהן ז"ל שכתב דמה שהתיר הרשב"א אינו אלא שכר הליכה שהולך להיות עד ושכר טרחו קא שקיל אבל שכר עדות עצמו אסור והביא ראיה מההיא דפרק שני דייני גזירות דקאמר שם לא רצו מוסיפין להם שכר אטו ברשיעי עסקינן ופירש"י ברשיעו שנוטלין שכר כדי להיות דיין והוא הדין נמי אם נוטל שכר כדי להיות עד ואע"פ שאינו מחויב להיות עד דאותם החכמים גם כן לא היו מחוייבים להיות דיינים קבועים ואפי' הכי אסור להם לימול שכרן יותר מכדי חייהן עכ"ל. ולע"ד אין דבריו נראין אצלי ול"ד עדות לדיינות דגבי עדות בשעה שנעשה עד לא קא עביד שוב מצוה כדי שיהא אסור משום שכר מצוה מה שאין כן בדיינו **דאפילו** אי אינו מחוייב להיות הוא דיין מכל מקום אסור למישרי שכר על ההוראה משום דהוראה גופיה מצוה היא ואע"ג דבעלמא כשעושה מצוה שאינו מחוייב בה מצי למישקל אגרא אף על המצוה בה"ש הטור בח"מ סי' רס"ז שכר לימוד והוראה שאני משום דכתיב ראה למדתי אתכם מה אני בחנם אף אתם בחנם. ונראה שלזה כיון רש"י במס' בכורות אמתני' דהנוטל שכר לדון ולהעיד בעי תלמודא מנ"ל דאסור ופירש רש"י ז"ל מנ"ל דאסור ליטול שכר הוראה ולימוד ע"כ ולכאורה איכא למידק דמהאי קרא ליכא למילף אלא שכר הוראה ולימוד אבל שכר שאר מצות מנ"ל דאסור אלא נראה אה דהא ודאי פשיטא ליה דשכר מצות אסור היכא דמחויב בהם אבל שכר הוראה ולימוד שאינו מחוייב בהם היכא שהוא רוצה ללמוד לעצמו מנ"ל דאסור ליטול שכר:

הלכות מלוה ולוה דיני רבית

סימן א

רבית קצוצה יוצאה בדיינין **וכתב** הרשב"א והר"ן ז"ל דהיינו לומר דב"ד כופין אותו להחזירו כדי לקיים מצות דחי אחיך אבל אין ב"ד יורדין לנכסיו דליכא עליה שיעבוד נכסים עכ"ד עיין בנ"י ריש א"נ ובתשובת הריב"ש סימן ש"ה וסימן תס"ה:

ולע"ד נראה לכאורה דהרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל חולקים על זה שכתבו גבי מצות נתינת צדקה דאם אינו רוצה ליתן בית דין יורדין לנכסיו כמבואר בהרמב"ם ז"ל בהלכות מתנת עניים פ"ז ובטור י"ד סימן רמ"ח יע"ש והרי גבי צדקה ליכא שיעבוד נכסים ואפי' הכי כי אינו רוצה לקיים המצוה ב"ד יורדין לנכסיו ונראה, לע"ד דהיינו טעמא משום דכיון דקי"ל דכופין אותו עד שתצא נפשו מכל שכן דיורדין לנכסיו דעד שאתה כופה אותו בגופו נכוף אותו בממונו וכן כתב הר"ן ז"ל בר"פ מי שהיה נשוי גבי ההוא עובדא דההוא גברא דהוו מסקי ביה מאה זוזי שכיב ושביק קטינא דארעא וכו' דלמאן דלית ליה שיעבודא דאורייתא זולת פריעת ב"ח מצוה נהי דכי ליתיה הכא לא נחתינן לנכסיו מיהו כי איתיה קמן ואינו רוצה ליתן נחתינן לנכסיו כדי שיקיים המצוה דכמו שכופין אותו בגופו כופין אותו בממונו וכן כתב הריטב"א בפרק קמא דקדושין דף י"ג ע"ב. ונראה שזהו דעת הרא"ש בפרק המקבל גבי שליח ב"ד מנתח נתוחי אין משכונין לא כלומר דלא יכנס לביתו להוציא מטלטלין כך פירש רש"י ז"ל והקשה עליו ר"ת ז"ל דאם לא ימצא בידו היאך יכופו לפרוע ואנן קיימא לן פריעת ב"ח מצוה ומכין אותו עד שתצא נפשו ולכן פירש דלא מיירי במשכנו לפרעון יע"ש משמע דס"ל דכמו שאנו כופין אותו בגופו כ"כ נחתינן לנכסיו וגם ראיתי להב"י בי"ד סי' רמ"ה שהביא משם מהר"ם ז"ל שאם אין האב כאן ב"ד יורדין לנכסיו ושוכרין מלמד שילמוד את בניו דמ"ש האי עשה משאר עשה יע"ש וההיא דחייב אדם ללמוד את בנו תורה לית שם שיעבוד נכסים ואפי' הכי כופין אותו בגופו ובממונו. הן אמת דאיכא לאקשויי אמהר"ם ז"ל במ"ש דאפילו כי ליתיה קמן נחתינן לנכסיה ומייתי ראיה מדין ב"ח ולכאורה נראה דלא דמי דהתם שאני משום דאיכא שיעבוד נכסים מה שאין כן בנ"ד דליכא שעבוד נכסים אלא מצוה בלבד וכיון שכן כי ליתיה קמן איכא למימר דלא נחתי' לנכסיה וכן מבואר בהדיא בדברי הר"ן בפרק נערה דכתב דהעיקר כדברי הרמב"ם ז"ל שבשביל צדקה יורדים לנכסיו בפניו אבל שלא בפניו אין יורדים כיון שאינו מחויב גמור אלא מתורת צדקה וגבי נשחטה היינו טעמא משום דאמדינן ליה דניחא ליה בהכי וכן כתב הכ"מ בסוף הלכות נחלות אלא שהוסיף עוד הרב לומר דגבי צדקה איכא שעבוד נכסים ולהכי פוסקין למי שנשתטה

משום דנשתעבדו נכסיו לכך וגבי מי שהלך למ"ה היינו טעמא דאין פוסקין משום דהוא עושה צדקה במקום שהוא עומד עכ"ד. ואין להקשות ע"ד דא"כ אמאי איצטריך תלמודא בפרק נערה דף מ"ח לחלק בין יצא מדעת ליצא שלא מדעת וה"ל לפלוגי כמו שחילק הוא ז"ל דהלך למ"ה שאני משום דהוא עושה צדקה שם במקום שהוא ומשום הכי אין לירד לנכסיו ג"כ לזון את בניו ובבניו הגדולים איירי תלמודא לפי מה שכתב הר"מ ז"ל בפרק י"ב מהלכות אישות דאינו חייב אלא מתורת צדקה ואף שכתב הרשב"א הביא דבריו הב"י בי"ד סי' רנ"א דכופין את האב לזון את בנו עני ואפי' הוא גדול כופין אותו יותר משאר עשירים שבעיר יע"ש מ"מ אין לירד לנכסיו וכן יש להוכיח ממאי דתי' תלמודא ולא שאני לך בין יוצא לדעת וכו' דאפשר לומר דס"ל לתלמודא דכמו דבנשתטה יורדין לנכסיו ואף שהוא שלא בפניו משום דאמדי' דעתיה דמסתמא מינח ניחא ליה ה"נ נימא גבי מי שהלך כו' דמינח ניחא ליה שיזונו את בניו ואין עושה צדקה שם ומניח את בניו שיזונו מהצדקה ולזה מדחי ליה שפיר ולא שאני לך בין יוצא לדעת ליוצא שלא לדעת וכו' דכיון דיצא מדעת ולא צוה על מזונות בניו גילה דעתו שאינו רוצה לזונן הלכך אין לירד לנכסיו דהוא עושה צדקה במקום שהוא (א"ה לעד"נ מתוך סוגיין דקדושין דף י"ג להוכיח דבכל מצות התורה איכא שעבוד נכסים למאן דס"ל שיעבודא דאורייתא עיין בהרמב"ם ז"ל ספ"ק מהלכות מחוסרי כפרה יע"ש ולפי זה אין ראיה ממה שכתב הרי"ף והרמב"ם דבצדקה יורדין לנכסיו דסבירא להו דאפי' היכא דליכא שיעבוד נכסים יורדים לנכסיו) נתבאר מכל האמור דאיכא מרבוותא דס"ל דאף דליכא שיעבוד נכסים יורדים לנכסיו דכי היכי דכופין אותו בגופו כופין אותו בממונו ויורדין לנכסיו וכן כתב בס' החינוך פ' בהר:

סימן ב

רבית קצוצה אחר שבא ליד המלוה אי קנאו ונעשה ממון שלו לכל דבר אלא שצריך להחזיר דמיו או לא קנאו וכל שהוא בעין צריך להחזירו בעיניה. ראיתי להריטב"א ז"ל בפרק א"נ באו דבריו בחידושי רב בצלאל ז"ל דף קמ"ה שכתב ז"ל ורבינו פירש בשם הרמב"ן דהא דאמרינן לעיל חמשה מפקינן מיניה משום דבריבית אתא לידיה לאו הנהו חמשה ממש אלא דמיו וכפי דמיהן של עכשיו בין שהוזלו בין שהוקרו דהא קננהו במשיכה דהא ממון של ריבית ממון גמור הוא וקני ליה מאי דשקיל ליה שהרי אין יורשיו חייבים להחזיר הלכך קנייה ואלו קידש בו את האשה מקודשת יע"ש וכ"כ בחידושיו לקידושין לדף ו' גבי מאי דקאמר תלמודא שם בהנאת מלוה מקודשת ואסור לעשות כן משום הערמת ריבית ופריך תלמודא האי הנאת מלוה היכי דמי אילימא

דאמר ליה הד' בה' ריבית מעלייתא הוא וכו' וז"ל פי' לישנא בעלמא קא מקשי ליה היכי קרי ליה הערמת ריבית אבל ודאי אפי' ברבית גמור אם כבר פרעתו לו וחזר וקידשה בו מקודשת דמעות דרביתא שפרעם לוה למלוה קננהו לגמרי וממון גמור הן לו וכו' יע"ש. ודברים אלו הם קשים לע"ד דאפי' אם נודה לו לדבריו במ"ש דזוזי דרביתא אחר שבאו ליד המלוה קנאם ואם חזר וקידש בהם את האשה מקודשת מ"מ כשעדיין לא באו לידו אין סברא שיוכל לקדש בהם את האשה דכיון דר"ק יוצאה בדיינים לאו מידי קא יהיב לה וכ"נ מדלא נקיט לה אביי למלתיה דהמקדש בהנאת מלוה אפי' בכה"ג דהוי ריבית קצוצה:

עוד נלע"ד דזוזי דרביתא אף אחר שבאו ליד המלוה לא קנאם וצריך להחזיר אותם דמים עצמן או אותו בגד עצמו שלקח ברבית וכן נראה מפשטא דסוגיין בריש פ' הגוזל בתרא דאמר רמי בר חמא על ברייתא דקתני הניח להן אביהם מעות של ריבית אע"פ שיודעין שהן של רבית אין חייבים להחזיר זאת אומרת רשות יורש כרשות לוקח דמי ע"כ מוכח מהכא דהאב שקיבלם חייב להחזירם בעינייהו כעין גזילה וכתבו התוס' שם דאע"ג דמדעת נתנם לו איתנהו גבי' בתורת גזילה דהוי כנתינה בטעות דלא נתן בשם מתנה אלא בתורת רבית ומקריא גזילה בעיניה כיון שהמעות בעין וכו' יע"ש ואף רבא דפליג עליה וס"ל דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי וכו' מודה דלא קנאם האב והא דפטורים היורשים הוא גזרת הכתוב. וכן נראה מתוך דברי תוס' שאנץ הביאם הרב בצלאל בפ' א"נ דף ק"מ ע"ג שכתב וז"ל יכין רשע וצדיק ילבש ואפי' למ"ד רשות יורש לאו כרשות לוקח שאני הכא דאמר קרא וחי אחיך לדידיה הזהיר רחמנא ואפי' הניח להם אביהם אחריות נכסים אפשר דלא מחייבי להחזיר לענין ריבית אע"ג דבגזל מחייבי דפקע שיעבוד הקרקע מן היורשים באותו רבית הואיל ופטרינהו רחמנא יע"ש. וכן מוכח מההיא דאמרינן בפ"ק דתמורה גבי פלוגתא דאביי ורבא בכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד דרבא סבר דאי עביד לא מהני ואביי סבר דאי עביד מהני והוה בעי תלמודא שם לאוקמי פלוגתייהו ברבית קצוצה אי יוצאה בדיינין אי לא דלרבא דאית ליה אי עביד לא מהני יוצאה בדיינין ע"כ ולפ"ז ע"כ צ"ל דכי אמרינן יוצאה בדיינין היינו לומר שמוציאין אותו דבר עצמו שלקח ברבית שהרי לא אהנו מעשיו ולא קנאו דכה"ג אמרו שם דלרבא דאמר לא מהני שינוי אינו קונה וצריך להחזיר הגזילה עצמה ולאביי דס"ל מהני שינוי קני ואינו משלם אלא עצים וצמר. וכ"ת כל זה הוה לפי הס"ד דמ"ד רבית קצוצה יוצאה בדיינין הוי טעמא משום דס"ל אי עביד לא מהני אבל לפי מאי דמסיק דמ"ד יוצאה בדיינין הוי משום דהכתוב נתקו לעשה דכתיב וחי אחיך מהדר ליה כי היכי דנחיי תו

ליכא גביה מלוה אלא מצוה לחודיה דרמי עליה להחזיר כדי דנחיה ובחזרת אחרים תחותייהו סגי אבל אותם דמים עצמן שלקח ברבית אינו צריך להחזירם וקנאם המלוה קנין גמור וכמ"ש הריטב"א. ז"א דלישנא בתרא שם בשמעתין דתמורה משמע דאליבא דרבא דאית ליה אי עביד לא מהני מה"ט לחודיה ר"ק יוצאה בדיינין וכי איצטריך קרא דחי אחיך היינו כדי דלא לילקי עליו שהכתוב נתקו לעשה ועוד לפטור את הבנים ועוד דבלישנא בתרא שם אמרו דברבית קצוצה פליגי דאביי סבר ר"ק אינה יוצאה בדיינין ורבא סבר יוצאה בדיינין ופריך תלמודא והא אביי נמי סבר יוצאה בדיינין ואם איתא לסברת הריטב"א ז"ל דאף דר"ק יוצאה בדיינין אפשר לומר דקנה אותם מעות או אותו חפץ אמאי לא קאמר תלמודא דבהא פליגי דלאביי דאמר אי עביד מהני קנה המלוה חפצא דרביתא קנין גמור ואינו חייב להחזיר אלא דמיו משום וחי אחיך עמך ולרבא דאית ליה דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני הרי המלוה לא קנה כלום וחייב להחזיר הרבית עצמו שלקח כמו שהוא אמנם לפי סברתינו לק"מ דס"ל לתלמודא בפשיטות דכל מאן דס"ל ר"ק יוצאה בדיינין לא קנאו המלוה והוי כגזל ממש וכדאמרינן בריש א"נ גזלנים מאי ניהו מלוה ברבית וכן כתב הרמב"ן ז"ל במלחמות גבי המלוה את חבירו לא ידור בחצירו חנם ז"ל הצ"ל כי אמרינן רבית יוצאה בדיינין מדין גזילה קאמרינן דחשיב גזל מדאסריה רחמנא יע"ש. וכי תימא איך אפשר לומר דרבא סבר דלא קנה המעות או החפץ של רבית והא רבא גופיה קאמר בא"נ דף ס"ה דהאי מאן דמסיק ד' זוזי דרביתא בחבריה ויהיב ליה גלימא בגווייהו כי מפקינן מיניה גלימא מפקינן מ"ט כי היכי דלא לימרו גלימא דמכסי וקאי גלימא דרבית הוא ע"כ משמע דמדינא אין צריך להחזיר הרבית עצמו שלקח זולת בדבר מסויים ומשום כי היכי דלא לימרו הא לאו הכי נראה דכל שמחזיר הדמים סגי כמו שדקדק הריטב"א ז"ל יע"ש נראה לע"ד דאין משם ראיה דההיא מיירי במכר לו גלימא משום הד' זוזי דרביתא דהוה מסיק גבי' דדל מהכא זוזי דרביתא מ"מ המכר קיים כל שמשך המלוה מאחר דהמוכר רוצה למכור ודמי למוכר חפץ לחבירו בד' זוזי שהיה סבור שהיה חייב לו ואישתכח דלא היה חייב לו מידי דהמכר קיים וצריך לתת לו דמיו שהרי בתורת מקח בא לידו ולא בתורת גזל משא"כ כשהתנה מעיקרא לתת לו גלימא ברביתא דכי יהיב ליה למלוה לאו משום מקח קא יהיב ליה אלא בתורת רביתא וגזל הוא בידו. ותדע דיש לחלק בהכי מדאמרי' בפרק מרובה דף ע' ע"ב אמתני' דגנב ומכר הרי זה חייב והתניא פטור ומוקי לה באומר עקור תאנה מתאנתי ותיקני לי גניבותיך ופריך ליה והא כיון דאי תבע ליה קמן בדינא לא מחייבינן ליה ליתן דהא מתחייב בנפשו הוא מכירה נמי לאו מכירה ופירש רש"י ז"ל דאי תבע ליה

החזר לי תאנים שלקטת או תן לי מה שמכרת לא אמרינן ליה זיל שלים עכ"ל ולכאורה איכא לאקשויי דהא רבא אית ליה בפרק בן סורר דף ע' גבי הבא במחתרת דפטור משום דבדמים קנינהו דהיינו דוקא בדליתי' בעיני' אבל כל היכא דאיתי' בעיני' חייב להחזיר משום דלא קנאו הגזלן וא"כ הכא נמי אמאי לא מחייבינן ליה להחזיר התאנים כל היכא דאיתנהו בעיניה. אבל לפי מ"ש אתי שפיר דהתם כיון שבאו התאנים לידו בתורת מקח כבר זכה בהם וליכא גביה אלא דמיו ובדמיו לא מצי תבע ליה דקים ליה בדרגה מיניה וה"נ הכא במכר לו גלימא בזוזי דרבית' דהוה מסיק גביה כיון דבתורת מקח בא לידו לא מבטלינן המקח בשביל שנעשה באיסור אלא המקח קיים ויתן לו דמיו דלא קנסינן היתרא אטו איסורא וכמו שכתבו הגאונים משא"כ כשהתנה מעיקרא בשעת ההלואה לתת לו גלימא בשכר מעותיו דכי יהיב ליה אחר כך באיסורא אתא לידיה ואסור ליהנות ממנו ומחייב לאהדורינו בעיני' (א"ה וכן נראה דבסוגיין דתמורה לא הקשו אלא והא אבייי סבר כו' ולא הקשו מרבא ג"כ דמההיא דקאמר רבא גלימא מפקי' כי היכי דלא לימרו וכו' משמע דאי עביד מהני) וכן נראה קצת ממה שכתב הנ"י בפרק הרבית ז"ל יכין רשע האב שהלוה ברבית ועשה איסור אסור לו ליהנות ממנו אלא חייב להחזיר אבל הבן שהוא צדיק שלא עשה האיסור ילבש מותר ליהנות באותן מעות של רבית כן פי' הרשב"א והר"ן ז"ל בשם הראב"ד עכ"ל וכן נראה מדברי רבי' ירוחם בנכ"ב ח"א וז"ל וברבית קציצה כגון שהלוה לה הד' בה' וקידשה באותן ה' אינה מקודשת ע"כ נראה דס"ל דרבית קצוצה אף דמטא לידיה דמלוה לא קנאה ודע דנראה לי דאם קידש באותו זוז אשה אחרת מקודשת כיון דאיכא יאוש ושינוי רשות עיין בהרמב"ם ז"ל בפרק ה' מהלכות אישות דין ז':

ולכאורה היה נראה להוכיח דהרשב"א ס"ל ג"כ דכל היכא דהרבית בעין לא קנאו והוא ממה שכתב הריב"ש בסי' תס"ה בשמו דאפילו במעות של יתומים רבית קצוצה יוצאה בדיינים ע"כ ואיכא לאקשויי הא כיון דס"ל להרשב"א דליכא שעבוד נכסים כי אם מצוה בלחוד ולהכי כופין אותו כדי שיקיים המצוה אם כן ביתומים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו אמאי מוציאים הרבית מידם כמו שכתב הריב"ש ז"ל ולפי מ"ש אתי שפיר דסבירא ליה להרשב"א כמ"ש דכל היכא דהרבית עדיין הוא בעיניה גזל הוא בידו ומיירי הרשב"א ז"ל דהרבית עדיין הוא בעין ביד היתומים ולהכי מוציאין אבל כי ליתנהו בעיניה שכבר אכלו בהא הוא דכתב הרשב"א ז"ל דליכא גבייהו שעבוד נכסים אלא מצוה בלחוד וכן נראה מדברי מרן ז"ל בש"ע שכתב אפטרופוס של יתומים שהלוה ברבית והאכיל ליתומים פטורים מלשלם אפילו לכשיגדלו ע"כ משמע דדוקא כשהאכיל הרבית הא

איתיה בעיניה מוציאין מידם אלא שראיתי בתשובה של הרשב"א ז"ל במקומה בס' תולדות אדם סי' קי"ח ומשמע דבשיטת הריטב"א ז"ל קאי שכתב ז"ל ולענין תביעת הלווין שלוו מן האפטרופין של אלמנה ויתו' ברבית קצוצה כך דעתי נוטה שאין לאלמנה וליתום לשלם באותו רבית כלום לפי שאין הנכסים משועבדים לחזרת הרבית ואפילו גבה כסות וכלים בתורת רבית אין אותם נכסים בעצמם בחיוב חזרה מדין גבי' ב"ד ומצות עשה בלבד הוא דאיכא אבל שעבוד ליכא ואותו בלבד שלקח הרבית הוא שחייב להחזירו אבל מי שלא לקחו אינה בחזרה והלכך אלמנה ויורש אלו שלא התנו באותה רבית ולא לקחו מיד הלווים אינן בני חזרה אלא הלוה נתן לאותו אפוטרופוס שהתנה עליו ואפטרופוס נתן לאלמנה ואפי' בגזל גמור בכל כי הא אין חייבים להחזיר וכדתנן הגוזל ומאכיל לבניו או שהניח לפניהם הרי אלו פטורים מלשלם וכל שכן רבית שאינו גזל גמור שהרי הוא נתן מדעת עכ"ל ומבואר מדבריו דסבירא ליה כסברת הריטב"א ז"ל דאין המלוה חייב להחזיר הנכסים עצמם או אותם דמים שלקח ברבית אלא כל שמחזיר שיוויים סגי והיינו טעמא כמ"ש הריטב"א ז"ל דדמי דרביתא כל שבאו ליד המלוה קנאם קנין גמור וליכא גביה שום שעבוד אלא מצות עשה בלבד הוא דאיכא ואותו שלקח הוא שחייב להחזירו אבל האלמנה ויתום שלא לקחו מיד הלווין אינם בני חזרה ומשמע דמיירי אפי' אי איתיה הרבית בעיניה דזיל בתר טעמא:

אבל לפי זה צריך להבין מאי דקאמר דאפי' בגזל גמור כל כי הא פטורים מלשלם כדתנן הגוזל והניח לבניו פטורים וכו' וההיא לא הוי אלא בדליתיה הגזילה בעיניה שכבר אכלוה אבל אי איתי' בעיניה חייבים להחזיר ואפילו כי נתייאשו הבעלים ואין לומר דהכא איכא יאוש ושינוי רשות דהא לא חשיב שינוי רשות שמתחלה לא לקחו האפטרופוס על דעת שיעכב לעצמו וגם הלוה לא נתן לאפוטרופוס אלא כדי שיתנם לאלמנה כמו שכתב הרשב"א ז"ל ונראה דלא משם אלא כדי ללמוד דמה שלקחו הבנים לא חשיב כאלו לקחו מיד הגזלן וה"נ הכא מה שלקחו מיד אפוטרופוס לא חשיב כאלו לקחו מיד הלוה אלא מכי נתן לאפוטרופ' נתייאשו הבעלים והיתום לא זכה בהם עד שבא לידו. (א"ה ולע"ד נראה דכונת הרשב"א ז"ל הכי הוא דבנדון דידיה איירי שאין הרבית בעין וקאמר שאלמנה ויתום אינם חייבים לשלם מתרי טעמי האחד שהרבית לא הוי כגזל והכריח כן מדאין הנכסים משועבדים כלל ואפילו אם גבה כסות או כלים בתורת רבית אין אותם נכסים בעצמם בחיוב חזרה וראיה לדבר מדאין הבנים חייבים, להחזיר בשום אופן וה"ט משום דמצות עשה בלבד הוא דאיכא והילכך אין המצוה מוטלת אלא על מי שלקחו והילכך אלמנה ויורש שלא לקחוהו אינן בני חזרה ואפי'

אם הוא בעין ועוד דכה"ג שכבר אכלום אלמנה והיורש אפי' בגזל גמור דאיכא שעבוד נכסים בכל כי הא אין חייבים להחזיר וכדתנן הגוזל ומאכיל וכו' ועיין בס' מ"ל בדף ן' ע"ג דנראה מדבריו דכל מ"ש הוא מפני שלא ראה התשו' במקומה) העולה מכל האמור דלאו כ"ע מודו לדברי הריטב"א הנז"ל ודבריהם יש להם עיקר ונראה מהאמור דאם הלוה לחבירו ע"מ שידור בביתו חנם או שישתמש במשכונה לדעת הרשב"א והריטב"א התנאי קיים והרי החצר קנוי למלוה לדור בו ואע"פ שהתנה באיסור וכמ"ש הרשב"א בתשו' בס' ת"א סי' של"ב וכ"כ מהר"ך אבל לפי מש"ל דדוקא היכא דאתא בתורת מקח לידו של מלוה אע"פ שנעשה המקח באיסור הוא דאמרינן דהמקח קיים אבל היכא דהתנה לתת לו בתורת רבית גזל הוא ביד המלוה כיון דאסרי' תורה ועוד דכל כה"ג שהלוה לו ע"מ שישתמש בביתו בחנם הוי מעמש"ב ותנאם בטל ומה שהביא הרשב"א ראיה דאין התנאי בטל מההיא דמאן דהוה מסיק זוזי דרביתא בחבריה ומכר לו חפץ בעדם דהמקח קיים אינה ראייה דהתם אין המקח עצמו איסור אלא שנעשה באיסור ולהכי אמרינן שיתקיים המקח ויתן לו את הדמים דלא קנסינן היתרא משום איסורא אבל הכא שמתנה עמו שידור בה בשכר מעותיו ה"ז מתנה עמש"ב:

סימן ג

ומי שלוה מעות מחבירו ברבית קצוצה והיה פורע לו את הרבית בכל שנה ושנה וקודם שפרע לו את הקרן מת המלוה ובאים היורשים לגבות את השטר והלוה טוען אני נתתי לאביך כ"כ רבית ואיני חייב כלום מי אמרינן מה שנתן לאביהם בתורת רבית נתנם ועדיין הקרן קיים ונהי דאם אביהם היה קיים היה חייב להחזיר הרבית עכשיו שמת אין היורשים חייבים ואע"פ שאביהם היה חייב להחזיר הרבית מ"ה לא פקע חובו דקי"ל בעלמא בשנים שנושים זה בזה דזה גובה וזה גובה ולא אמרינן יצא זה בחובו של זה או דילמא כיון שהלוה בא לנכות מהקרן אף שאין היורשים חייבים להחזיר כה"ג מהני ליה ללוה תפיסתו ולא אמרינן בכה"ג זה גובה וזה גובה דרבית הא כתבנו לעיל דכגזל חשיב ובפ' המניח אמתני' דשני שוורים תמין שחבלו זה בזה משלמין במותר כת' הנ"י ז"ל וקמ"ל דאע"ג דבעלמא קי"ל זה גובה וזה גובה גבי נזקין לא אמרינן הכי דכיון דזכי ליה רחמנא למיגבי ממיטב זהו מיטב שלהם שיעמוד כל אחד בשלו ע"כ ומינה נילף לגזלן שאם גזל ממנו חבירו ובא ולוה הנגזל ממנו דלא אמרינן בכה"ג זה גובה וזה גובה דהא גזלן אחד מד' אבות נזיקין הוי כמ"ש הנ"י פ"ק דבבא קמא וה"ה ברבית אי אמרינן דכגזול הם חשובים אבל לפי סברת הרשב"א והריטב"א ז"ל דאית להו דזוזי דרביתא לאו גזל קא חשיב ביד המלוה דמשבאו לידו זכה בהם זכיה גמורה ונעשה ממון דידיה

לקדש את האשה אלא דמצוה הוא דרמייא עליה רחמנא להחזיר מה שלקח או הם או שיוויים איכא למימר דגבי רבי' נמי אמרינן זה גובה וכו' ואם מת המלוה באים היורשים ומוציאין החוב מהלוה ולא מצי לומר להם שינכו לו הרבית שלקח אביהם דנהי דאם היה אביהם קיים הוה הכי כיון דאיהו מחוייב להחזיר אבל היורשים כיון שאינם מחוייבים להחזיר ג"כ אינם מנכין לו ולא מיבעיא למ"ד דכל סלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה הוא אלא אפי' לסברת החולקים דסברי דסלוקי בלא זוזי לאו אפוקי הוא ומנכינן ליה היינו דוקא היכא דהמלוה קיים דעבד איסורא ומחוייב להחזיר לצי"ש ולהכי מנכינן ליה כמו שנראה מדברי הב"י בסימן קס"ו שכתב דהלוני כיון דהוי אבק ריבית וחייב להחזיר לצי"ש מנכינן ליה יע"ש אבל היכא דמת המלוה שאין היורשים חייבים להחזיר כלום ואפי' לצאת ידי שמים למה ינכו להן מחובו כלום. אבל מדברי הרשב"א ז"ל שהביא הב"י ז"ל בסי' קע"ז על לוה שקיבל עליו לזון ולפרנס היתומים וכשבא היתום לתבוע את חובו טען הלוה שינכו לו ממזונות והיתום טוען שלא קבל ממנו דבר שהיתו' נאמן ע"כ ומשמע דדוקא משום שהיתום טוען שלא קיבל ממנו דבר הא אי הוה מודה שנתן לו מזונות הוה מנכה לו ואע"פ שכבר אכל הרבית ולא אמרינן מה שאכלו היתומים בעודם קטנים לאו כלום הוא וכמו שכתב הרשב"א בתשו' הביאה ב"י בסי' ק"ס שאפי' יתומים שהלוו ברבית קצוצה אם כבר אכלו פטורים וזה הלוה יפרע להם מה שחייב להם אלא אמרינן משעה שלקחו היתומים הרבית גזל הוא בידם ונחשבים בשביל עיקר החוב ואיכא למימר דכה"ג אפילו לדעת הרי"ף ז"ל דס"ל דכל סלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה הוא בכל מיני אבק רבית היינו דוקא באבק רבית דכיון דאינו אסור אלא מדרבנן ואי גבה לא מפקינן מיניה משום דמשעה שבא לידו של מלוה זכה בהם זכיה גמורה להכי לא מנכינן ליה מחוביה דנמצא שאתה מוציא מידו הרבית שכבר זכה בו ומהאי טעמא כתב הרא"ש ז"ל דאי תפס הלוה מן המלוה בשביל הרבית שלקח ממנו דלא מהני דאבק רבית חכמים אסרו אותו והם אמרו שאם לקחו הרי הוא שלו אבל ברבית קצוצה דגזל הוא ביד המלוה מה שתפס תפס דאפי' בדיינים מוציאין מידו של מלוה להכי אמרינן דמכי מטא לידו של מלוה מיד יצא זה בשביל חובו והשתא אתי שפיר דברי הרשב"א במ"ש דמנכים מן היתומים ואע"ג דאיהו סבר כדעת הרי"ף ז"ל בההיא דסלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה הוא כמבואר בדבריו בסימן תרנ"א שוב ראיתי תשובת הרשב"א עצמה והיא בספר תולדות אדם סי' קע"ד שכתב כן בפירוש יע"ש. (א"ה ע"כ מצאתי ולע"ד נראה דע"כ לא כתב כן הרשב"א אלא בנ"ד שהם עצמם עשו האיסור שלקחו הרבית הלכך אף אם כשאכלו ואין ביד הלוה הקרן לנכות פטורים מלשלם דאכיל' קטנים לאו

כלום מ"מ כשהקרן הוא בידו של לוה עדין מנכה להם מדמי הקרן לא כן בנדון דידן דאביהם אכל את הרבית והיתומים לא עשו שום איסור אמנם ראיתי למהראנ"ח ז"ל בסי' קי"ג שכתב ב דנ"ד תלוי במחלוק' הרי"ף והרז"ה בההיא דסלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה הוא יע"ש ומדברי מורינו הרב א"א זלה"ה נראה דאינו תלוי באותו מחלוקת כי אם במה שכת' בסי' ב' אם רבית דין גזל יש לו או לאו כגזל, קא חשיב ועיין בכנה"ג בסימן קס"א ס"ק כ"ז):

סימן ד

כתב מהראנ"ח בסי' הנ"ל שאם הלוה שנתן הרבית עדין נשאר חייב למלוה אינו יכול לחשוב מה שנתן ברבית ולישבע שאינו חייב לו כיון דאין המלוה חייב להחזיר הרבית אלא משום קיומי מצוה בלחוד ולע"ד אין נראה כן דהא ודאי אי תפס לוה זוזי ממלוה משום זוזי דרביתא דשקיל מיניה זכה בהו זכיה גמורה כל שכן כשהלוה חייב זוזי למלוה שיכול לתופסם בעדייהו והרי הן שלו לגמרי ויכול לו' לו איני חייב לך וגבי הלואת י"ט שלא ניתנה ליתבע כתב הר"ן ז"ל דאי תפס מלוה זוזי**זכה בהם** זכיה גמורה:

סימן ה

אפוטרופוס של יתומים שהלוה בר"ק ויהב ליתומים אי חייבים היתומים להחזיר אי לא איכא פלוגתא בהא דהרשב"א ס"ל דאין היתומים והאלמנה חייבים להחזיר לפי שהם לא התנו באותו רבית וגם לא לקחוהו הם מיד הלוה אלא הלוה נתן לאפטרופוס ואפטרופוס נתן לאלמנה וליתומים עכ"ל. ודע דזה שכ' הרשב"א ז"ל לאו משום דס"ל כשיטת רש"י ז"ל דרבית ע"י שליח מותר דטעמו של הרשב"א ז"ל מבואר שכתב מפני שהם לא התנו באותו רבית כלומר שלא התנו עם האפטרופוס לתתם הדמים ברבית אלא סתמא נתנו לו כדי להרויח בהם והיה יכול לתתם ברבית דרבנן אלא שאפטר' מדעתיה עבד ויהיב להו בר"ק ולהכי כת' דאין היתומי' חייבים כיון דאיכא תרתי שהם לא התנו לתתם ברבית וגם לא לקחוהו הם מיד הלוה ומשמע מדבריו שאם הם עצמם לקחו הרבית מיד הלוה אף על פי שהם לא התנו באותו רבית צריכים להחזיר כיון דמשום רביתא אתא לידייהו. (א"ה עיין בתשו' הרשב"א בס' ת"א סי' קע"ד):

ולכאורה יראה דהרשב"א לא השוה את מדותיו דאיהו ז"ל כתב בתשו' דמעות של הקדש עניים מותר להלוותם בר"ק דלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מיד לוה למלוה וכאן אין כאן מלוה שהרי אין להם בעלים ידועים ואין לך עני שיוכל להוציא חלקו מיד הגזבר עכ"ל מוכח מדבריו דאם הוו דמי ההקדש לעניים ידועים רבית הבאה מיד לוה למלוה קרינן בהו ואע"פ שהעניים לא התנו באותו רבית וגם הם לא לקחוהו מיד המלוה כיון

שהגזבר מלוה אותם בשביל העניים ולדידהו קא עבד וא"כ באפטרופוס של יתומים נמי נימא הכי ומיד לוה למלוה קרינן ביה ויש ליישב דס"ל ז"ל דאעפ"כ אין היתומים חייבים להחזיר כיון שהם לא לקחו כלום מיד הלוה ולא חייבה התורה להחזיר הרבית אלא למי שלקחו אותו אבל כאן שהם לא לקחו כלום אלא האפטרופוס לקח ויהב להו אינם חייבים להחזיר דאפי' בגזל גמור בכל כי האי אינם חייבים להחזיר כדתנן הגוזל והניח לבניו אם הוא לאחר יאוש פטורים מלשלם ולפי זה יראה דכל שהרבית עדין הוא ביד האפוטרופוס שלא נתנו ליתומים צריך להחזירם למלוה (א"ה הבג"ת כ"כ דהרשב"א ז"ל ס"ל דכשהם ביד האפטרופוס מוציאין מידו ובספר משנה למלך דף ן' כתב יותר באורך דכל שהוא ביד האפטרופוס לכ"ע חוזר הלוה ומוציא ממנו יע"ש ולע"ד אין נראה כן והוא ממה שסיים הרשב"א ז"ל בתשובות החדשות סי' קי"ח ז"ל ומ"מ אם עוד יש שטרות שיש בהם רבית אין אותו רבית נגבה כלל יע"ש ואם איתא דכל שהוא ביד האפטרופוס חייב להחזיר עדיף מינה הו"ל לאשמועינן ומכ"ש מ"ש):

אבל עדין איכא למידק בדבריו דכיון דמיד לוה למלוה קרי' ביה אע"פ שהם עצמם לא לקחו הרבית מיד הלוה מ"מ כי נתן לאפטרופוס אדעתא דליהביה ליתומים נתן לו הלוה ויד אפטרופוס כיד היתומים דמי וכל מאי דעבד אפטרופוס כאלו עבדו היתומים דמי וכי נתן לאפטרופוס כאלו נתן לידם של יתומים הוי ומה"ט כתבו הפוסקים דאפטרופוס שתפס בעד היתומים אפילו במקום שחב לאחרים דזכה להם משום דיד אפטרופוס כיד היתומים דמי ובירושלמי ג"כ פ"ק דמציעא אמרו דאיכא מ"ד דהראוי לזכות לעצמו זוכה לאחר ושאינו ראוי לזכות לעצמו לא מצי זוכה לאחרים ואותיב ליה מההיא דר"ג דאמר ועישור אחר שאני רוצה ליתן נתון לעקיבא בן יוסף כדי שיזכה לעניים והא ר"ע עשיר היה ומשני שאני ר"ע דגבאי הוה ויד עניים הוא. והכי נמי אמרו בתלמודא דידן בפ"ק דקדושין גבי שדה לאחד ומטלטלין לאחר דלא מהני להקנותם בקנין אגב ושאני ר"ע דיד עניים הוא וכתב הר"ן ז"ל שם דהוא הדין לאפוטרופוס של יתומים דידו כיד היתומים והרמב"ן ז"ל כתב ג"כ דמה שנוהגים הקהל שהנאמנים לווים מעות ברבית לצורך הקהל דשרי לעשותו משום דהנאמנים חשיבי כאפטרופוס יע"ש אלמא דאע"פ שאסור לשלוח שלוחו שיקח מעות מעובד כוכבים ברבית משום דחשיב דהשליח זכה לעצמו והדר מלו' אותם לישראל חברו באפטרופוס שרי משום דיד אפטרופוס כיד היתומים דמי וכל מה שעשה האפטרופוס כאלו עשו היתומים וכידם ממש הוי ונמצא כשלוה האפטרופוס מן העובד כוכבי' לוו היתומי' ונתחייבו מיד לעובד כוכבי' בקרן וברבית וכמו כן באפוט' שהלוה מעות היתומי' ברבית כאלו הלוו היתומי' דמי וחייבין להחזיר ואע"פ שאפשר

לדחות כ"ז מכל מקו' ראיתי להרב בעל התרומות והמרדכי בפ"ק דקדושין שכתבו כן ומסתימת דבריה' נראה דאפי' אכלו היתומים כבר מפקינן מינייהו ואפי' הם קטנים וצ"ל דהתינח היכא דעדין הרבית בעין דמוציאין מידם אפי' הם קטנים דגזל הוא בידם אבל היכא דאכליה אמאי מוציאין מידם לא יהא אלא גזל וצ"ל דהכא כיון שאפטרופוס לקחו הוי כאלו לקחו אותו היתומים וכן נראה ממה שכתבו המפרשים בפרק הרבית גבי ההוא דאמ"ל לרב פפא חזי מר לבריה דקאכיל רביתא וכו' שכתבו דכל היכא דהבן סמוך על שולחנו מה דיהיב לבריה כאלו יהיב לאבוה דמי דיד בן כיד אביו. ומ"ש הג"ה דהריב"ש ז"ל אית ליה כסברת הרשב"א נראה ליה דע"כ לא אמר הריב"ש אלא ביתומים קטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו ולא מטעמיה של הרשב"א דלפי דעת הרשב"א אפי' בגדולים פטורים מלהחזיר כמבואר בדבריו ואלו לדעת הריב"ש חייבי' דמה שלקח האפטרופוס כאלו לקחו היתומים דמי דידו כידם ומיד שנתן הרבית לאפטרופו' זכו בהם היתומי' (א"ה נמצ' לפי דברי אדוני אבי הרא"ש ז"ל דהריב"ש ז"ל ס"ל דביתומים קטנים אפי' אם המעות הם ביד האפטרופוס אין חייב להחזיר משום דכבר זכו בהם היתומים דיד אפטרופוס כיד היתומים ודע שהרב בעל ספר משנה למלך בדף נ' ע"א לא כתב כן ודברי מורינו הרב ז"ל חזקים בראיות גמורות):

ומ"ש הריב"ש ז"ל דאין היתומים חייבים להחזיר הרבית משום דחיוב חזרת הרבית אינו אלא משום מצוה ויתומים קטנים לאו בני מיעבד מצוה נינהו כבר כתבתי לעיל בסי' ב' דיש חולקים על זה דס"ל דמדין גזל חייב המלוה להחזיר הרבית וכן נראה שהוא דעת בעל התרומות ז"ל שכתב דאפי' ביתומים קטנים מוציאין מיד האפטרופוס נראה דס"ל דחיוב ממון איכא עלייהו ולהכי אע"פ שהם קטנים מוציאין מיד האפטרופוס ואפילו לס' הרשב"א ז"ל דאין חיוב חזרת הרבית אלא משום מצוה איכא למימר דכל היכא דעדיין איתיה הרבית בעיני' מוציאין מידם משום דאסור להם ליהנות ממנו וכמש"ל בסי' ב' מהנ"י ובפרק שום היתומים אמרו דנזקקין לנכסי יתומים משום דיתמי דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שיבקייהו וה"נ אמרו בפרק הרבית ועוד דגדולי הראשוני' ס"ל דבחזרת הרבית מתקן לאויה ולדבריהם אף מיתומים מוציאין:

ומכל מ"ש עלה לנו לענין דינא דאפטרופוס אלמנה ויתומים גדולי' שהלוו בר"ק אפי' אם כבר לקח האפטרופוס הרבית ונתן להם מוציאין מידם דמיד לוה למלוה קרינן בהו ומה שלקח האפטרופוס כאלו לקחו היתומים דמי דידם כידו ואפילו הריב"ש ז"ל לא קאמר אלא ביתומים קטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו וכן נרא' להוכיח מהתוספתא דקתני עובד כוכבים שנעשה סנטר לישראל אסור ללות ממנו ברבית וכתב הריב"ש בסי'

ש"ה דאם עשה כן הוי רבית קצוצה מדקא אסר ליה ללוה לעשותו דבאבק רבית אין הלוה מוזהר שלא לעשותו והגם כי יש חולקין ע"ז דס"ל דבאבק רבית גם כן הלוה עביד איסורא מ"מ מדברי הרשב"א ז"ל בתשו' מבואר דהכי ס"ל והרב בעל התרומו' בח"ב הביא התוספתא וכתב ג"כ דהוי ר"ק אלמא דאע"פ דהישראל לא התנה באותו רבית וג"כ לא לקחו הוא עצמו מיד הלוה אלא העובד כוכבים נתן והעובד כוכבים לקח וג"כ דאין העובד כוכבי' שלוחו של ישראל אפ"ה כיון דמעות הישראל הוא דקא מלוה ולצורך ישראל מיד לוה למלוה קרינן בהו ואע"פ שאין שליחות לעובד כוכבים דכל כה"ג אין אנו צריכים לשליחות דמכי שקיל הלוה המעות מיד העובד כוכבים ע"מ ליתן הרבית מיד נתחייב לישראל שהוא בעל המעות ומהאי טעמא כתבו הפוסקים בישראל שהיה לו תנור ואפו עובדי כוכבים שם חמץ בפסח ונתנו לו פת בשכרו דזכה הישראל באותו חמץ ואע"פ שלא בא ליד הישראל עד לאחר הפסח מטעמא דשכר תנורו הוא ומיד זכה בהם והכי נמי הכא שכר מעותיו הוא דקא מתחייב לבעל המעות ונמצא דעובד כוכבים מעשה דקוף הוא דעביד וכמו שכתב הריב"ש. איברא דעדין יש לחלק כמ"ש לעיל דבנדון הרשב"א ז"ל לא התנו האלמנה והיתום עם האפטרופוס לתתם ברבית אלא האפור' מדעתו הוא דעבד מה שאין כן בדין התוספתא דנתן הישראל לעובד כוכבי' כדי להלוותה ברבית והלוה ג"כ אדעת' דהכי לוה אותם ונמצא דעובד כוכבים מעשה דקוף הוא דעביד ומ"מ מדברי הריב"ש ז"ל סי' תס"ה דפטר ליתומים מלהחזיר משום דלאו בני מיעבד מצוה נינהו משמע דכה"ג בגדולים מוציאין ואע"פ שהם לא לקחו מיד הלוה:

סימן ו

ומה שהתירו ליקח רבית על ידי שליח משום דאין שליח לדבר עבירה והקשו ע"ז מדין רבית ע"י עובד כוכבי' דאסור וכתב בד"מ דעובד כוכבים שאני דכיון דלאו בר חיובא הוא יש שליח לדבר עבירה וכדאמרינן בפ"ק דמציעא דכל היכא דשליח לאו בר חיובא מחייב שולחו עכ"ד וק"ל ע"ז דהרא"ש והרמ"ה והנ"י והר"ן ז"ל פסקו כשינוייא בתרא דרב סמא

שם דקאמר דכל היכא דאי בעי עביד אי בעי לא עביד אין שליח לדבר עבירה וא"כ ברבית ע"י עובד כוכבים נמי נימא כיון דאי בעי לא עביד אין שליח לדבר עבירה:

אבל נראה לע"ד דהמלוה מעותיו ברבית ע"י עובד כוכבים אע"פ שאין שליחות לעובד כוכבים ה"ז אסור מדינא דכיון דהעובד כוכבים לא זכה במעות ישראל המשלח שהרי לא נתנם בידו אלא כדי שיתנם לישראל ברבית כי לקחם הלוה מיד עובד כוכבים ע"מ לתת הרבית ה"ז רבית קצוצה שהרי מעותיו של ישראל הם וכיוצא בזה כתב הריב"ש ז"ל

בסי' ש"ה על מעות ישראל המופקדים ביד העובד כוכבים כדי שיתנם לישראל ברבית דהוי רבית קצוצה ואע"פ שמקבלם מיד העובד כוכבים משום דעובד כוכבים מעשה קוף הוא דקעביד ואע"פ שאין ישראל המלוה פסק עם הלוה ברבית מה בכך ס"ס מעותיו של ישראל הוו וע"מ כן שקיל להו לוה כדי לתת רבי' וכי שקיל העובד כוכבים הרבית מיד הלוה ה"ז לא זכה בהם לעצמו וצריך להחזירם למלוה ושפי' קרינן ביה רבית הבא מיד לוה למלוה כדמוכח מעובדא דמר בריה דרבינא דהוצרך לומר שכר אמירה קא שקיל הא לאו הכי הוה קרינן ביה רבית הבא מלוה למלוה ואפי' הוא ע"י שליח וכמ"ש הריטב"א ז"ל שם. והבעל התרומות בשער מ"ו חלק ז' כתב ועובד כוכבים דיהיב מעות לישראל כדי שילום ברבית אף ע"פ שאין שליחות לעובד כוכבים מ"מ ישראל המלוה אותם לא קניל זוזי ומאי עביד מעות דעובד כוכבי' נינהו ורבית דעובד כוכבי' הוא יע"ש:

ומעתה בישראל המלוה מעותיו ברבי' ע"י שליח אע"פ שאין שליח לד"ע מ"מ מעותיו של ישראל הוו וע"מ כן מסרם לשליח כדי שיתנם ללוה ברבית והלוה ג"כ אדעתא דהכי לקחם דל מהכא השליחות ה"ז הלוה נתחייב לתת הרבית וגבי גבאי צדקה שמלוים ברבית כתב הבעל התרומות דהוי רבית קצוצה משום דשליח עניים הוי ואפי' המתיר לא קאמר אלא משום דאין לממון זה בעלים ידועים אבל משום דאין שליח לד"ע לא התירו ואפי' לדעת רא"ם ז"ל שהביא המרדכי דאין שליחות לעובד כוכבים אפי' לחומרא והביא ראיה מהתוספתא דקתני ישראל שא"ל לעובד כוכבים הנה לך שכרך והלוה מעותי ברבית דשרי משום דאין שליחות לעובד כוכבים יע"ש מ"מ מדבריו מוכח דאם השליח ישראל ה"ז אסור ומלבד זה כבר כתבו הראשונים דהתוספת' מיירי שהעובד כוכבים קיבל עליו אחריות המעות והכי אמרו לה בירושלמי זה הכלל כל שבאחריות עובד כוכבים שרי והב' התרומות כתב דאותה גירסא טעותא היא וה"ג בתוספתא מעותיו של ישראל המופקדו' ביד עובד כוכבים אסור ללות ממנו ברבית וכתב בח"ב דאפי' קיבל עליו העובד כוכבים אחריות המעות ואפילו מאונסי' אעפ"כ הרי הן כממונו של ישראל שהרי העובד כוכבים במצוותו ולצרכו הוא מצוה אותם ואסור מן התורה וזהו כדעת הריב"ש:

סימן ז

ובמעות של הקדש עניים אי שרי להלוותם בר"ק הנה הרשב"א ז"ל נטה סברתו להתיר מטעם דמעות אלו אין להם בעלים ידועים ואין כאן מלוה דגזבר לא בשל עצמו הוא מלוה ונמצא שאין הרבית בא מלוה למלוה ע"כ והרא"ש ז"ל פליג עליו וס"ל דהקדש עניים רעהו קרינן ביה ועיין בב"י בח"מ סי' רכ"ז שכתב ר"י משם הגאון ז"ל דבהקדש עניים

אין להם אונאה ונראה דה"ט דס"ל דבהקדש עניים לאו אחיו מיקרי יע"ש ולע"ד נראה לאיסור' והיינו טעמא דכיון דממון זה הקדישוהו בעלים לעניים שאינן ידועים עדין לא זכו ביה עניים זכיה גמורה ואפי' אם מסרם לאחר לחלקם לעניים נהי דלא מצי למהדר ביה ואפי' בדיבור לחוד משום בפיך זו צדקה אבל הא ודאי אי מתשיל על נדרו אין כאן זכיה לעניים וכיון דמצי לאיתשולי עליה ממון דידיה הוא והכי אמרו בפ"ג דפסחים אין מפרישין חלה בי"ט דלמא יחמיץ ועבר על בל יראה דשלך קרינן ביה מטעם דבידו לאיתשולי עלי'. וכ"ת סוף סוף הני זוזי כי מסרם לגזבר להלותם ברבית ע"מ שיחלקו הפירות והקרן יהא קיים אין הגזבר עושה אלא שליחות עניים ודמי למי שאמר ללוה אני אתן לך מנה של פלוני שילוה לך ותתן לי עשרים דינרים בכל שנה או לעניים דאין הלוה מתחייב ברבית לבעל המעות אלא לאדם אחר ואין הרבית בא למלוה דאין להם זכיה כלל על דמי דרביתא זה אינו דאמדינן דעתיה דמקדיש שכונתו הוא לעשות צדקה בכל עת ובהדיא פירש שיתנו המעות בריוח ויחלקו הריוח לעניים והגזבר שליחותי' דמקדיש קא עביד לזכות בעדו לעניים ותחשב לו לצדקה למקדיש המעות ועניים כי שקלי רווחא משל מקדיש שהוא בעל המעות שקלי ובירושלמי פ"ק דקדושין גבי תנהו לעני ואקדש אני לך בעי במאי מקדש' אר"י העני זכה לאשה ונמצאת העני זוכה ממנה ובמ"א כתבתי דמי שנשבע שלא ליתן לעני פלוני לא מצי ליתן לגזבר ועני יקח מן הגזבר מה"ט גופ' וכן הוא דעת הרשב"ץ ז"ל:

איברא דכ"ז אינו אלא במעות שהקדיש לעניים דאין המקדיש סילק עצמו מהם לגמרי להפקירם אלא רוצה שיהיו קיימים לעולם א"נ באדם אחר שהקדיש סך מאה לעניים ומסרם לאחר לחלקם לעניים סתם אין דעתו לסלק עצמו מהם לגמרי עד שיבאו ליד עניים ונמצא עניים נהנים ממנו. אבל אי גבו לעניים סתם נראה דמשעה שבאו ליד גבאי כל אחד סילק עצמו ממה שנתן כמ"ש הנמקי יוסף בפ' נגמר הדין ובפרק הגוזל בתרא דנמצאו מעות אלו הפקר לעניים ואין כאן בעלים כלל:

וראיתי למהרי"ט ז"ל בי"ד סי' מ"ה שהעיד שבא"י נהגו להתיר להלות מעות עניים ברבי' קצוצה במעות שהוקדשו ע"מ שיהא הקרן קיים ומהפירות יעשו מהם צדקה והוא ז"ל כתב לקיים המנהג מטעם דהני עניים לאו בעלי הממון מיקרו כיון שאין להם בגוף הקרן ודמי למי שמלוה מעות חבירו כדי ליקח רבית לעצמו והבי' ראי' מההיא דברי' דרב פפא דאמר רב פפא כל כי האי נישקול לא אסר' תורה אלא רבית הבא מלוה למלוה יע"ש ולכאורה הוה קש' עליו דא"כ אמאי איצטריך שם לומר הכא שכר אמיר' קא שקיל וראיתי בחי' הריטב"א ז"ל שם דאיצטריך לזה הטעם דאעפ"י שלא נתרצה המלוה

להלוות לזה עד שנתן ד' זוזי שרי יע"ש ועדין יש לגמגם על ראייתו דהתם לא היה לוקח המעות מאביו ומלוה אותם וגם מדברי הריב"ש בסי' תס"ה אין נראה כן, יע"ש ונראה דאף כה"ג הרי אלו העניים מלוה מיקרו דאם המקדיש כבר נסתלק עצמו מאותם מעות שהקדיש וזיכה אותם לעניים אלא שתנאי הטיל בהקדשו שיהא קיים לעולם כמי שנותן מתנה לחבירו והתנה עמו ע"מ שלא ימכרנה לעולם אלא שיהא קיימת בידו של מקבל ויהנה ממנה א"כ ודאי אסור ואם הקרן של בעלים ונתנם לגבאי להרויחם ושיחלק הריוח לעניים א"כ בעלים הוו המלוים וראיתי בספר לחם רב שכתב דבעל שהלוה מעות מנכסי מלוג של אשתו ברבית דלא הוי רבית קצוצה כיון דאין לבעל בנכסים כי אם קנין פירות ולאו מלוה קא חשיב כיון דאינו מיקרי כספו יע"ש ולע"ד אין נראה כן דהרשב"א ז"ל בתשו' סי' שס"ו כתב וז"ל ואף היא כשותפות אף בולדות של נכסי מלוג שלה דהא היא אוכלת פירות כבעל דלא תיקנו לו אלא משום רווח ביתא וכן כתב הר"ן ז"ל בתשו'. מכל זה נראה דהכא הוי ר"ק שהרי האשה שהיא בעלת המעות יש לה זכות בריוח שהרויח הנכסים ועיין תשוב' להר"ן כ"י שהביא בספ' כנה"ג הנדפס עתה בסי' ק"ס שכתב בנותן נכסיו מהיום ולאחר מיתה דאסור ליתנם ברבית:

סימן ח

במה שאמרו דברבית קצוצה אם הניח להם אביהם דבר מסויים חייבים להחזיר מפני כבוד אביהם יש לחקור אם כופין אותם על כך מי אמרינן כיון דמשום כבוד אתה מחייבם אין כופין אותם על כך להוציא מידם בב"ד דהוי מצות עשה שמתן שכרה בצדה ואין ב"ד של מטה מוזהרין עליה אמנם ראיתי להרב בעל כ"מ בפ"ו מהלכות ממרים שכתב ליישב דברי הרמב"ם ז"ל במה שכתב דהממזר חייב על כבוד אביו דלא תיקשי עליו ממה שאמרו בפרק הרבית ואי כשלא עשה תשובה מי מחייבי קרי כאן ונשיא בעמך וכו' אלמא דכל שלא עשה תשובה לא מחייב בכבודו דגבי רבית היינו טעמא דלא מחייב משום דקי"ל דכבוד משל אב ומשום הכי כל שלא עשה תשובה אין חייבים להחזיר וכי עשה תשובה היינו טעמא דחייבים משום דהוה ליה ההוא פרה כאלו לא הורישה לבניו מאחר שהיה בדעתו להחזירה עכ"ד ואיכא למילף מיניה דכופין אותם בדין ומוציאין מידם לפי הטעם שנתן. הן אמת דיש לגמגם קצת בדבריו דאם כן מאי אירייא דבר מסויים ואפי' כי אינו מסויים נמי יחזירו אותו כיון דעשה תשובה והיה רוצה להחזיר ואין בדעתו להורישה לבניו ועוד דלפי דבריו יראה דאין לחלק בין הניח להם אביהם או שאר מורישם. אבל ליישב דברי הרמב"ם ז"ל יראה לע"ד עם מה שכתבו התו' בפרק הכותב דף פ"ו גבי פריעת ב"ח מצוה וכופין אותם דה"ד בהניח להם אחריות

נכסים אבל לא הניח להם אחריות נכסים אין כופין אותם משום כבוד אביהם דהוי מ"ע שמתן שכרה בצדה והא דחייבים להחזיר כי הניח להם אביהם פרה של רבית לאו משום כבוד הוא אלא משום דאיכא בזיון עכ"ד נמצא דבכבוד לחוד אין כופין אמנם אי איכא נמי בזיון כופין והיינו דוקא כשעשה תשובה אבל אם לא עשה תשוב' אף דחייב בכבודו אין כופין אותם להחזיר משום בזיון דנשיא בעמך כתיב ועל פי זה באו דברי הרמב"ם ז"ל על נכון ולמדנו לנדון דידן דכופין אותם:

סימן ט

האומר לחברו דבר עלי לשלטון ואלוה לך מעות אם יש בה משום רבית אם לא:

תשובה גרסינן בפרק הרבית דף ס"ג מ"ט אמרו רבנן פוסקין על שטר שבשוק משום דא"ל שקלא טובותיך ושדיי' אחיזרי ופריך והא בעי למיתב זוזי לספסירא ומשני דיהיב ליה ע"כ ודקדק הריטב"א ז"ל שכל שהמלוה מרויח בסבתו של לוה אע"פ שאין הלוה נחסר כלום הרי זה אסור הלכך האומר לחברו דבר עלי לשלטון ואלוה לך הרי זה רבית קצוצה אם הוא דבר שנוטלין שכר עכ"ד ולע"ד נראה דלאו כולי עלמא מודו בהאי סברא שהרי בפ"ק דקדושין אמרינן המקדש בהנאת מלוה הרי זו מקודשת ואסור לעשות כן משום הערמת רבית ואוקמוה דאירי בארווח לה זימנא ופירש רש"י ז"ל ולא הוי רבית גמור דלא קץ לה מידי ולאו מידי שקל מינה עכ"ל נראה מדבריו דאע"פ דמטיא ליה הנאה למלו' בסבת הלוה שהרי קנת' אותה לאשה והוי מידי דשקלי עליה שכר מיהו כיון דאין אשה נחסרה כלום מממונא לא חשיב נשך:

איברא דראיתי להריטב"א שם שתירצו לפי שיטתו וז"ל דאגר נטר לא איתסר כלל אלא כשנותן הלוה למלוה וזו אינה נותנת לו כלום ואם מפני שמקנה עצמה לו הרי הוא קונה אדון לעצמו עכ"ד. ותמוהים הם אצלי דאדרבא איפכא אשכחן דגבי מודר הנאה מחברו אמרו דאסור ליה להשיא את בתו משום דהוי כמוסר לו שפחה לשמשו וה"נ אמרו בההיא עובדא דאנסביה איתתא להוא חרש וכתבו לה מאה זוזי מהאי טעמא גופיה דאי בעי שפחה לשמשו לא מזבנינן ליה. אמנם מדברי התוס' נראה דאזלי בשיטת הריטב"א שכתב בפרק הריבית שכתבו בשמעתין דקדושין דלא נהירא להו מה שפירש רש"י ז"ל דרבית קצוצה לא הוי כיון שאין האשה נותנת כלום שהרי כיון שהיה צריך לתת לה פרוטה בקידושיה והשתא לא יהיב לה כלום הוי כאלו נתנה ליה פרוטה ממש דהוי רבית גמור יע"ש וזה נוטה למ"ש הריטב"א ז"ל אבל כל הראשוני' כולם פה אחד פירשוה לשמעתין כפירוש רש"י ז"ל ולא חששו מה שהקשו התוס' לאמר דהוי רבית גמור דנהי דלדידי' קא משתרשי לי' שה"ה צריך לתת פרוט' בקידושיה והשתא לא יהיב לה כלום

מ"מ אין האשה נחסר' כלום מממונא דלא שקיל מינה כלום וממילא קא משתרשי לי' וכיון דהיא לא נחסרה כלום לא הוי רבית גמור דלא מצינו תרבית בלא נשך ואין לומר דהכא נמי נחסר' היא מממונא שהיתה יכולה לשקול פרוטה בקידושיה והשתא לא שקלת כלום. שהרי יכול היה לקדש' בשטר בלא שום ממון ונמצא דאין זו מחסרת כלום ואע"פ שהקנ' את עצמה לו לפי זה איכא למימר דכ"ע יודו לסברת הריטב"א דהאומר לחבירו הריני מלוה לך ודבר עלי לשלטון דהוי רבית קצוצ' כיון שהוא דבר שנותנים עליו שכר והשתא שביק לי' שכרו בשכר ההלוא' חשיב כאלו יהיב לי' פרוט' ממש וגבי מודר הנאה מחבירו אמרי' דבאתרא דשקלי אגרא אינו יכול ללמדו בחנם דנמצא שזה מוחל לו שכרו וקמתהני מודר מנכסי מדיר:

איברא דעדיין איכא לפלוגי ולומר דמודר הנאה שאני דכל היכא דמטיי' ליה הנאה דקא משתרשי ליה ה"ז אסור שהרי מהנהו כי עבד גביה בחנם שהרי משתרשי ליה במאי דהוי צריך לתת שכר אבל הכא גבי רבית כי עבד גביה בחנם בשביל שילוה לו אין זו אלא רבית מוקדמת ואינו אסור מן התורה והרשב"א כתב בתשו' הביאה הב"י סי' ק"ס וז"ל ועל הקהל שהוצרכו למעות אם יכולים ללות מעות מישראל ויפטרו אותו על המס שנתחייב לתת בשביל אותם המעות אלפי' דינרי' והשיב רואה אני שהוא רבית קצוצה מפני שהוא אינו חייב להם כלום וכו' ע"כ מדבריו נראה דאלו היה חייב להם לא הוה ר"ק ואע"פ שבשכר ההלוא' היו מוחלים לו דאין לומר מפני שהוא רבית מוקדמת שהרי לא היו פוטרים אותו אלא לאחר שהיה מלוה להם אלא נראה דהיינו טעמא שכל המוחל לחברו מה שחייב לו כדי שילוהו לו מעות כיון דהשתא לא שקיל מיניה כלום ברבית אלא שמוחל לו מה שהי' חייב לו כבר והני מעות כי אתו לידיה לאו בתורת רביתא אתו לידיה ואע"ג דהמקדש במחילת מלוה מקודשת לאו משום דחשיב כנתינת מעות השתא דהרי המלוה אינה בעין אלא ה"ט משום דמטיא לה הנאה שהיתה נותנת פרוטה לאחר כדי שיפייסנו למלוה שימחול לו את חובו כ"כ המפר' שם ודמי למקדש לאשה בתרומת זמן דאע"ג דהשתא לא יהיב לה מידי ומטעם זה כתב הרמב"ם דאם תבע המלוה את חובו ואמ"ל הלוה דר בחצרי דלא הוי ר"ק כיון דבשעת ההלואה לא קצץ אעפ"כ הרי זו מקודשת בהנאה דמטייא לה שהיתה צריכה לתת פרוטה לאחר כדי שימתין לה ודלא כמו שכתב הראב"ד בהשגות פ"ה מהלכות מלוה דחשיב כשעת מתן מעות. ומכל מקום נראה דבנדון דידן לא מפקינן מידי מיד המלוה כיון דלא שקיל מיני' מידי דרחמנא אמר לא תקח ואם לקחת אהדר ליה כי היכי דנחי' וזה לא שקיל מיניה מידי שהרי זה הלוה

לא נחסר כלום במה שדבר לשלטון ולא נתבטל ממלאכתו וזה ג"כ לא קצץ לו שכר על אותה אמירה:

סימן י

ואם מחל לו הרבית כתב הרא"ש שהמחילה מועלת אחר שלקחו כדי לפוטרו מלהחזיר כמו בגזל וכתב הב"י שכן הוא דעת הרמב"ם ז"ל ולע"ד נרא' דהר"מ ז"ל לא ס"ל לדהרא"ש וע"כ לא קאמר הר"מ ז"ל דמהני המחילה אלא היכא דידעו שניהם דעבדו איסורא ואמר המלוה להחזיר כמבואר בדבריו דכל כה"ג דמידע ידעי דרבית אסור והמלו' ג"כ חשש לאיסורא אז כי מחל לו הלוה בתורת מתנה הוא דקא מחיל ודמי למה שאמרו ת"ח מותרים ללות ברבית מה"ט דמידע ידעי דרבית אסורה ובתורת מתנה יהבי:

והשתא דאתינא להכי איכא למימר דה"ה נמי אם עדיין לא לקח הרבית ולא רצה המלוה ללקחו מפני שידע שאסור וא"ל הלוה אני נותנו לך במתנה דמהני ומ"ש הרא"ש דקודם שלקחו לא מהני המתנה דסתם עובדי אדמה נותנים אותו במתנה גמורה כדי שימצאו ללות אינה טענה דאדרבה מלישנא דאמרו דת"ח מותרים משום דמידע ידעי דאסור ובמתנה יהבי משמע דשאר בני אדם לאו משום מתנה קא יהבי אלא בשכר מעותיו וכמ"ש התוס' בר"פ הגוזל בתרא דזוזי דרביתא גזל הוא דלאו משום מתנה יב' והריטב"א ז"ל ג"כ כתב דהוי מחילה באונס דזוזי אנסוה למיהב ליה שכר מעותיו ואפי' תימא דסתם עובדי אדמה נותנין אותו מתנה גמורה מ"מ לא קא יהבי אלא כדי שימצאו ללוות ונמצא דמשום שכר מעותיו הוא דקא יהבי משא"כ כשאמר המלוה שאינו רוצה ליקח משום דידע דאיסורא עבד והלוה ידע דאיסורא קא עביד אי יהיב ליה משום שכר מעותיו דאז כי אמר ליה אני נותנו לך במתנה הרי זה גמר בדעתו לתת לו שום מתנה משום דעשה עמו חסד ולפי דעת הרא"ש ז"ל נראה דאחר שלקחו מהני המחילה אע"פ שלא ידעו דעבדו איסורא וגם המלוה לא אמר להחזיר ולשיטתי' קא אזיל שכל רבית נותנים אותו במתנה גמורה ואעפ"כ התורה אסרי' ואחר שלקחו שעברו על הלאוין וליכא גבי' אלא מצות השבה משום וחי אחיך מהני המחילה כמו הגזל ולע"ד לא דמי דגזל שאני דכיון דמעיקרא מהני המחילה השתא נמי מהני משא"כ ברבית דכיון דמחיל' דמעיקרא לא מהני השתא נמי לא מהני ועוד דרבית לאו משום מתנה קא יהבי וכמ"ש היא בפי' דשמעתין דלא ילפינן רבית מאונאה **דרבית** דידע אימור הוי מחילה קמ"ל דלא והוי כמו גזל וכמ"ש התוס' בפ' הגוזל כנ"ל:

סימן יא

מי שאמר לחבירו תן מנה ללוי מתנה ואלוה לך מעות מהו:

וא"ל תנם לי ואני אעלה לך כדרך שאתה מעלה לעובד כוכבים
הא מילתא איתי' בפרק הרבית דגרסי' שם ישראל שלוה מעות מן העובד כוכבים ברבית מצאו ישראל ואמר לו תנם לי ואני אעלה לך כדרך שאתה מעלה דעובד כוכבים ה"ז אסור וכתבו התוס' דלאו דוקא א"ל ואני אעלה לך אלא אפי' א"ל ואני אעלה לעובדי כוכבים כיון דמשכר ההלוא' נותן לעובד כוכבים עפ"י הישראל ה"ז כמי שנתן לישראל מדין ערב כמו תן מנה לפלוני ואקדש אני לך דמקודשת מדין ערב וכ"כ הטור בי"ד ז"ל ואפי' אין המלוה חייב לעובד כוכבים כלום ה"ז ר"ק כלומר דמפקינן מיני' מאי דיהיב לעובד כוכבים וכ"כ לה מהר"ם בהדיא הביאה המרדכי שם בפרקין ז"ל וגדולה מזו אמרו דאפילו ראובן האומר לשמעון מוזפינא לך ד' זוזי ע"מ שתתן זוז אחד ללוי ההוא זוזי יתירא מפקינן מראובן כיון דאיהו אוזפיה וקצץ עמו להוסיף זוז אחד עודף ע"כ אבל יש לי להבין בדבריהם במ"ש דמה שנתן לעובדי כוכבים עפ"י דיבורו חשיב כאלו הגיע לידו אותו זוז ודימו אותו לתן מנה לפלוני דמקודשת מדין ערב דמשמע דהתם מאי דהוי מקודשת היינו משום דחשיב כאילו הגיע אותו מנה לידה. ולע"ד סוגיא דשמעתין התם לא משמע הכי דמסיק שם אמר רבא וכן לענין ממונא וצריכא דאי אשמעינן קדושין משום דהאי איתתא ניחא לה בכל דהו ופירש"י ז"ל ואפילו בטובת הנאה בעלמא ע"כ משמע מהא דלא הוי טעמא משום דחשיב כאלו הגיע אותו מנה לידה ומאי דהוי מקודשת היינו באותה הנאה דיהיב מנה אפומה דאותה הנאה שויה פרוטה וכ"פ לה הריטב"א שם ערב לא ואע"ג דלא מטי הנאה לידיה משתעבד פי' לאו למימרא דלא מטי לי' שום הנאה דא"כ במאי משתעבד אלא לומר דאע"ג דלא מטי לידיה הנאת מעות שהוציא המלוה ולא הגיע לידו של ערב לא כסף ולא שוה כסף אפ"ה משתעבד להנא' דמטי ליה במה שהלוה לזה על אמונתו דהנאה בכל דוכתא חשיבא ככסף הכא נמי אע"ג דלא מטי לידה הנאת מנה עצמו מקנייא נפשה בההיא הנא' דשוויא פרוטה דיהבי' מנה לפלוני בדיבורא עכ"ל וכ"נ ג"כ מדברי הרמב"ם ז"ל בה' אישות שכתב ז"ל האשה שאמרה תן דינר לפ' מתנה ואקדש אני לך ונתן וא"ל הרי' את מקודשת לי בהנאת מתנה זו שנתתי על פיך ה"ז מקודשת אע"פ שלא הגיע לה כלום הרי נהנית ברצונה שנעש' ונהנה פלוני בגללה עכ"ל. למדנו מדבריו דמה שנתן לאותו פלוני לא חשיב כאלו הגיע לידה ולהכי צריך שיאמר לה הרי את מקודשת לי בהנאת מתנה זו שנתתי על פיך וכן כתב הרשב"א ז"ל בחי':
איברא דהטור בא"ה לא איצטריך שיאמר לה באותה הנאה שכן כתב א"ל תן מנה לפלוני ואקדש אני לך ונתן ואמר לה התקדשי במנה שנתתי לפלוני הרי זו מקודשת. וזה נוטה

למ"ש בי"ד דמה שנתן לאחר על פיו חשיב כאלו נתן בידו ולפ"ז צריכים אנו לומר דהא דקאמר רבא וכן לענין ממונא הוא גופא אשמועינן דלא תימא דלא חשיב כאלו נתן בידו ובקדושין ה"ט משום דבהנאה כל דהו מקדשה נפשה קמ"ל דחשיב כאלו נתן ממון בידו של מוכר ומכל מה שכתבנו הי' נראה לכאורה דנדון דידן שאמר לו תן מנה לפלוני ואלוה לך מעות דהרי זו במחלוקת שנוי דלדע' התוס' והטו' הרי זו ר"ק ומפקינן מראבן כל מה דיהי' שמעון ללוי ולפי דעת הרמב"ם והרשב"א והריטב"א ז"ל שכתבנו אפי' תימא דהוי ר"ק לא מפקינן מיניה דראובן אלא לפי טובת הנאה שהגיע לו ממתנה זו וכמ"ש הריטב"א. וכד דייקינן בה שפיר נראה דאפי' לדעת התוס' דס"ל דמה שנותן עפ"י עובד כוכבים חשיב כאלו נתן לישראל בנ"ד יודו דלא הוי הכי דע"כ לא אמרו הכי אלא היכי דקצץ המלוה עם הלו' שכר על הלואתו וא"ל שאותו שכר יתנהו לעובד כוכבי' דאז מה שנותן הלוה לעובד כוכבים שליחותיה דישראל המלו' קא עביד ובעדו נתנם לעובד כוכבים וכמ"ש הטור בסי' ק"ס. משא"כ בנ"ד דלא קצץ עמו שכר על ההלוא' וכי א"ל תן מנה לפלוני ואלוה לך האי תן דקא"ל תן לו במתנה קא"ל ובעד טובה שאתה עושה עמו אני ג"כ אעשה עמך טובה ואלוה לך מעות ומ"ה כתב הרמב"ם דאינה מקודשת אלא בשביל הנאה דמטייא לאשה במה שקבל אותו פלו' מתנה על פיה ואפי' לפי מה שנראה מדברי התוס' דטעמא דקדושין הוי משום דחשיב כאלו הגיע מנה לידה היינו משום דהבעל כבר הי' צריך לתת לה כסף כדי לקדשה ובלאו הכי לא הוי סגי דהשתא כי א"ל תן מנה לפלוני ואקדש לך אנו מפרשים דבריה דהכי קא"ל אותו הכסף שאתה צריך לתת לי לקדושין תנהו לפלו' דהשתא כי יהיב הבעל לאותו פ' שליחותא דידה קא עביד ושכר הקדושין הוא דקא יהיב לה משא"כ באומר תן מנה לפלו' ואלוה לך כיון דאפשר לו להלוות בלא שכר כי א"ל תן מנה לפ' לאו משום שכר הלואתו הוא דקא"ל דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן אלא משום מתנה הוא דא"ל שיתן מתנה לפלו' משלו ובעד טובת הנאה זאת ילוה הוא לו ג"כ. והגם דראיתי להריטב"א בחי' לפ' הרבית שכתב ז"ל והיכא דא"ל תן דינר לפ' ואלוה לך ה"ז ר"ק ואע"ג דלא אתו זוזי ליד המלוה מ"מ מה שנותן עפ"י נתן דאפי' א"ל זרוק דינר לים ואלוה לך הרי הוא כאלו הגיע לידו וחזר וזרקו לים כיון שזה עפ"י זרק כפי' ר' בשם הרמב"ן עכ"ל הנה מלבד דזה הוי איפכא ממה שכתב הוא עצמו בחידושיו לקדושין דמה שנתן לאחרים עפ"י לא חשיב כאלו הגיע לידה אלא שמתקדשת בהנאה כל דהו שנעשה דיבורה. עוד קשה עליו דכפי הנראה מדברי התוס' ומהר"ם ז"ל שהבאתי דלא אמרו הכי אלא דקצץ עמי שכר על ההלואה ומתנה עמו שיתנהו לאותו פלו' דכי נותן לוה שליחותי' דמלוה קא עביד אבל כי לא

קצץ שכר על ההלואה לא חשיב כאלו הגיע לידו דמאי דיהיב זה לאו משכר ההלוא' הוא דקא יהיב אלא מתנה בעלמא ומ"מ בנ"ד שא"ל תן אתה דינר לפלוני מתנה ואלוה לך נראה דכ"ע מודו דלא הוי רבית קצוצה:

סימן יב

צד אחד ברבית לכאורה נראה מסוגיין דערכין דהוי איסורא מן התורה והכי אמרו בהדיא בירושלמי איברא דגבי משכן לו בית וא"ל לכשתרצה ותמכרנה לא תמכרנה אלא לי דאסור משום דהוי צד אחד ברבית כתב הרב בעל התרומות בשער מ"ו ח"ג ס"ס ך' דלא הוי אלא אבק רבית יע"ש וכ"כ בהגהת אשירי בסוגיין דפרק הרבית וכבר ראיתי להב"י בסי' קע"ב שהרגיש בזה. וכ"כ קשה על מ"ש הרשב"א בספר תולדות אדם סי' קע"ד שאם הלוה לחבירו אלף דינרי' וקבל עליו הלוה בשעת ההלואה לסלק מעל הממון ההוא כל מס שיוטל עליו דלא הוי אלא אבק רבית דאפשר שלא יבקש המלך מס כל אותם השנים וכיון דאפשר כן ואפשר כן הוי צד אחד ברבית עכ"ל נרא' מדבריו דצד א' ברבית לא הוי איסורא מן התורה וכבר ראיתי למהר"ש בתשו' מהר"ש הלוי שיישב זה יע"ש:

אבל לע"ד נראה דכל כה"ג דהוי ספק אם יהא ריוח אם לא לא חשיב רבית קצוצה כיון דלא הוי קצוץ בשעת ההלואה וראיה מההיא דמשכנתא בלא נכייתא דאמרו בריש פרקין דלא הוי כי אם אבק רבית ופירש רש"י ז"ל דטעמא כיון דזימנין אין עושין פירות שבכרמים לוקין אין זה רבית קצוצה וע' תוס' דערכין דף ל"א ובפרק הרבית דף ס"ד ע"ב. איברא דלקמן בסוגיין דפרק הרבית דף ס"ז מוכח דאפי' כה"ג דהוי ספק אם יהיה ריוח אם לאו כל היכא דקצץ וא"ל שיאכל בשכר הלואתו הוי רבית גמורה דקאמר עלה דההיא עובדא דאת ונוולא דהוי אבק רבית משכנתא מאי התם משום דלא קץ ופיר' רש"י ז"ל לא קץ ליה לא קצץ ליה בפירוש שיאכל הפירות אלא סתם והוא ירד ואכל. וראיתי בחי' הריטב"א ז"ל שם שדח' פירו' רש"י דאינו נכון דכיון דמשכן לו סתם והוא אוכל פירות והקרן קיים הרי זה כקוצץ וסתמו כפירושו לכן פירש דמאי לא קץ דקאמר היינו שאין הריוח קצוץ דאפשר שלא יהא שם ריוח ועל פי זה יתיישב שיטת הרמב"ם ז"ל בפ"ו שכתב דמשכן לו השדה והתנה עמו ע"מ שיאכל פירותיו דאינו אלא אבק רבית דזמנין דלא ירויח וכן נראה שהוא דעת הטור ז"ל ריש סי' קע"ב ז"ל משכונא שמשכן לו שדהו לאכול פירות נראה מדבריו דאיירי כשפי' לאכול הפירות:

איברא דלפי זה קשה מאי דסיים דלדע' רש"י ז"ל באתרא דמסלקי בלא נכייתא הוי אבק רבית ולע"ד זה אינו דלדעת רש"י ז"ל כל שהתנה בהדיא שיאכל הפירות הוי רבית גמור וע' בתוס' גבי אין מקבלין נצ"ב מישראל דף ע' שכתבו דאם לא פסק דמי השבח אלא

שאם ירויח יתן לו החצי לא הוי רבית קצוצה ולפי זה מי שהלוה לחבירו ע"מ שיתן לו מחצית מה שירויח באותם מלוה לא הוי אלא אבק רבית. (א"ה ע"כ מצאתי ונראה לע"ד דהעולה מהאמור דבצד אחד ברבית איכא ד' סברות דרש"י לפי מ"ש התוס' במקומות הנז' לעיל ס"ל דבבית הוי איסורו מן התורה ובשדה הוי איסורו דרבנן וכן נראה דס"ל להרמב"ם ע' בפ"ו דין ז' ור"ת ז"ל לפי מ"ש התוס' ס"ל דכל צד אחד ברבית הוי אבק רבית ואין מוציאין ממנו והב"ח בסי' קע"ב רצה לומר דגם הרב בעל התרומות ס"ל הכי יע"ש ולע"ד אין נראה כן דבפירו' כתב הרב בעל התרומות בשער מ"ו ח"ב סי' ט' דצד אחד ברבית הוי רבית קצוצ' יע"ש ושני סברות אלו מודים דגבי משכן לו בית וא"ל לכשתרצה ותמכרנה לא תמכרנה אלא לי דלא הוי כי אם אבק רבית ואין מוציאין ממנו והיינו טעמא דכיון שזה לא נתחייב ליתן אלא הדבר תלוי ברצונו לא הוי ר"ק כמ"ש א"א הרב ז"ל אמנם הריטב"א ס"ל דאף בכה"ג הוי ר"ק ע' בחי' רב בצלאל דף קמ"ו ע"ג):

סימן יג

גרסינן בפרק הרבית מכר לו בית וא"ל לכשיהיו לי מעות החזירם לי אסור מאן תנא דלא כר"י דאמר צד אחד ברבית מותר ע"כ ולכאורה נראה דאם עבר והתנה כן הרי המקח תלוי ועומד דאם הביא את הדמים המקח בטל מעיקרא ואם לא הביא הוא את הדמים ומת נתקיים המקח מעיקרא וכן נראה מדברי התוס' שם ומש"ה מוקי לה דלא כר"י דאמר צד אחד ברבית מותר. אבל מדברי הרמב"ם ז"ל שכתב בהלכות מלוה ז"ל המוכר בית וא"ל המוכר כשיהיו לי מעות החזיר' לי הרי זה לא קנה ע"כ משמע שאין כאן מכירה כלל ה"נ מדברי הטור בי"ד סי' קע"ד שכתב ז"ל אסור הלוקח לאכול פירות שאן כאן מכר אלא הלואה כיון שצריך להחזיר בכל עת שיראה ע"כ וכ"נ דעת הרשב"א שהביא שם הב"י יע"ש ולפי זה נראה דהפירות הם של מוכר ונראה דכל הני רבוותא לא הוי גרסי הכא דלא כר"י דכל כה"ג אפי' ר"י מודה דכיון שהתנה להחזיר לעולם ה"ז לא גמר והקנה. ול"ד למוכר בית בבתי ערי חומה דהתם אין התנאי נמשך לעולם וכל שעבר שנה אחת ולא נפדה נחלטת הבית מעיקרא וכ"נ מתשו' רב עמרם גאון שהביא המבי"ט סימן ך' ויהיב טעמא דכל שהתנאי נמשך לעולם הרי המוכר מובטח לעולם לקיים תנאו ולא גמר להקנות כלל לאסמכתא יע"ש וכ"נ מרברי הנ"י בשמעתין שפי' ה"ז אסור דנמצא שאין כאן מכר דע"כ צריך להחזיר איברא דמדברי הנ"י אין כ"כ ראיה דאפשר לפרושי דה"ק דלאחר שהחזיר את הדמים אגלאי מילתא ונמצא שאין כאן מכר וכצ"ל לפי' רש"י דגריס דלא כר"י וכו':

האמנם לפי גירסא זו צריך להבין ההיא עובדא דההיא איתתא דא"ל לשליח אם יהיו לי מעות יחזירם לי דמסיק עלה כל את ונוולא אחי סמכא דעתה ולא גמר והקנה ומדקאמר סמכא דעתה ולא גמר ומקנה משמע דאין כאן מכירה כלל בין הביא ובין לא הביא. וראיתי להרא"ש דגריס שם בההוא עובדא כל את ונוולא אחי לא סמכה דעתה ולא גמר והקנה וכך גריס הרמב"ם. וה"פ כיון שהשליח לא השיב לה תשובה גמורה הין כמו שאמרת הרי זאת לא סמכא דעתה ולא גמרה והקנה. אבל אם היה משיב לה הין כמו שאמרת הית' מותרת להקנות עפ"י התנאי ואם לא היתה מביאה הדמי היה המקח קיים ואם היתה מביאה היה המקח בטל מעיקרא וכל זה אתי שפיר לפי גירסת התוס' ורש"י דגרסי בשמעתין ודלא כר"י וכמש"ל אבל לפי גירסת הרמב"ם ושא' רבוותא שכתבנו דלא גרסי הכי אלא ס"ל דהכא אפילו ר"י מודה וה"ט משום דלא גמר להקנות כלל כיון שבידו להחזיר בכל עת שירצה ודלא כמו שהבין ה"ה בדעת הרמב"ם א"כ תיקשי להו להרמב"ם דגריס בההיא עובדא כל את זכו לא לא סמכה דעתה ולא גמר והקנה ופי' מפני שלא השיב תשובה ברורה דמשמע דאי הוה סמכה דעתה ע"ד דברי השליח היתה גומרת להקנות וז"א דכל כמה דסמכא דעתה אדרבה אינה גומרת להקנות וכמש"ל:

וראיתי בספר גי"ת שהרגיש קצת בזה והנלע"ד לישב כל דבריו דס"ל דכל שהתנה המוכר ואמר כשיהיו לי מעות תחזירם לי ולא חיזק דבריו עם הלוקח וא"ל בתנאי גמור אני מוכר לך ה"ז לא סמך דעתו להקנות כלל שאם היה בדעתו להקנות היה מחזיק תנאו עם הלוקח כדרך כל המתני' ומ"ה בההיא עובדא דנוולא אם היה השליח משיב לה הין כמו שאמרת היתה סומכת דעתה להקנותו עפ"י התנאי אבל כיון שהשליח לא השיב לה תשובה ברורה לא סמכה דעתה ונמצא שהתנאי הוי חוץ המוכר לחוד וכל עוד שלא הודה על התנאי הלוקח ה"ז לא גמר להקנות כלל. אבל אם היה מתנה עם הלוקח וא"ל אם יהיו לי מעות תחזיר וא"ל הלוקח הין ה"ז גמר להקנות עפ"י התנאי ואם יביא הדמים אין כאן מכר ואם לא יביא הרי המקח קיים ואם אכל הפירות הלוקח הוי אבק רבית דצד אחד ברבית אינו אלא מדרבנן כן נראה מדבריו שכתב שם בה' מכירה מכר לו סתם וא"ל הלוקח מדעתו כשיהיו לך מעות תביאם לי ואני אחזיר הקרקע הרי התנאי קיים והלוקח אוכל פירות ואין בזה אבק רבית שהרי מדעתו חייב עצמו בתנאי זה ומדקאמר ואין זה אבק רבית שהרי מדעתו התנה משמע דאי היה התנאי מן המוכר וקיימו הלוקח לא הוי אלא אב"ר:

ונמצינו למדים לדעת הרמב"ם דג' חילוקים יש האחד כשהתנ' המוכר לבד וא"ל לכשיהיו לך מעות תחזירם לי דאז לא גמר והקנה כלל והמעות הוו הלואה מעכשיו בין

יביא בין לא יביא השני כשהתנה המוכר עם הלוקח וא"ל אם אחזיר לך המעות תחזירם לי וא"ל הלוקח הין דכיון שהתנה תנאי גמור עם הלוקח סמכא דעתו דגמר והקנה ע"פ התנאים ואם הביא הדמים המקח בטל ואם לא הביא המקח קיים הג' כשהתנה הלוקח מדעתו בשעת המכר דאז המקח קיים אלא שחייב הלוקח לקיים תנאו שנתחייב להחזיר איברא דצריך לחקור לכל הפי' כשהתנה המוכר עם הלוקח דלכשיהיו המעות יחזיר לו השדה דאמרינן דאם הביא הדמים הרי המקח בטל מעיקרא והפירות שאכל הוי רבית קצוצה או אבק רבית ואמאי לא אמרינן דהמקח קיים עד זמן שיחזיר לו המעות ומה שאכל הלוקח מקודם דידי אכל כדין כל מתנה ע"מ להחזיר דהויא מתנה עד אותו זמן והרמב"ם גופי' כתב בהלכות מכירה פי"א ז"ל וכן המוכר שהתנה להחזיר המקח לזמן פ' או כשיתן לו המעות הרי המקח קיים ויחזיר כשהתנה ע"כ:

וראיתי לאחרונים נוחי נפש שנדחקו בדבריו אלו ופי' דמ"ש הרי המכר קיים ויחזיר כשהתנה איירי בשקבע זמן לזמן החזר' יעויין בדבריהם. ואיברא דלענין דינא החילוק הוא אמת אבל לפרושי הכי בדברי הרמב"ם הוא דוחק. וראיתי להרשב"א בתשו' סי' קצ"ח שכתב לענין הנותן הפדיון ע"מ להחזיר דה"ז פדוי ודוקא בא"ל ע"מ ומשום דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי אבל באומר הילך חמש סלעים בפדיון בני ואתה תחזיר' לי ושלא בע"מ אין בנו פדוי עכ"ל ולמדנו מדבריו שכל שמכר או נתן והתנה שלא בע"מ וא"ל ואתה תחזירם לי כשאחזיר לך המעות ה"ז כמי שפירש ואמר שכל שיחזיר המעות יחזיר המקח מעיקרא. משא"כ באומר בלשון תנאי וע"מ דה"ז גמר והקנה לו מעכשיו ע"ת שיחזירנה לו לכשיביא המעות והוי ככל תנאי דעלמא שכל שמתקיים התנאי נתקיים המעשה למפרע ונמצא המכר קיים עד זמן שיחזירנו לו וכי אבל לוקח פירי דידיה קא אכיל שהרי כשמחזירו אחר כך אינו אלא שחוזר הלוקח ומוכרו למוכר וצריך להקנותו לו בקנין חדש וכמ"ש הריטב"א בדין שומא הדרא לעולם וכ"כ בנותן ע"מ להחזיר. ול"ד לבתי ערי חומה דאמרו עלה דהוי צד אחד ברבית דמשמע שכל שהחזיר הדמים הרי המקח בטל מעיקרא דהתם כל שהחזיר הדמים הדרא הבית ממילא וא"צ להקנותו קנין חדש וכדמוכח התם במתני' דהיה נטמן ביום י"ב חדש וה"ט משום דתחילה אדעתא דהכי נחית שאם יביא המעות שיהא המקח בטל וה"ה הכא באומר הבית מכורה לך ולכשיהיו המעות תחזירם לי כיון שלא התנה בדרך תנאי ה"ז כמי שפירש ואמר שאם יביא המעות שיהא המקח חוזר לבעליו. וכ"נ מתשוב' הרשב"א שהביא הבית יוסף בח"מ סי' כ"ח מחו' ל"ד:

איברא דמתשו' רב עמרם ז"ל שם נראה שכל שהתנאי נמשך לעולם אפי' באומר מעכשיו ה"ז לא גמר והקנה כלל וכ"כ הריטב"א בחי' וה"ט משום דכיון דבידו הוא להחזיר המעות בכל עת שירצה אמדינן דעתו דלא גמר והקנה אבל עדין איכא למימר דכל היכא דאומר הרי הבית מכורה לך ע"מ שכשאביא לך המעות שתחזירהו לי גם רב עמרם יודה לסברת הרמב"ם דהמכר קיים וכמש"ל אבל היכא דא"ל אם אביא לך המעות תחזירהו לי ואם לא אביא הרי המקח שלך מעכשיו בכה"ג הוא דקאמר הגאון דכל שהתנאי נמשך לעולם ה"ז לא גמר והקנה דכיון דלא אמר מעכשיו מכורה לך ע"מ שתחזירהו לי ה"ז ה"ק אם אביא לך המעות הרי הבית שלי והמקח בטל מעיקרא ואם לא אביא הרי המקח קיים מעכשיו ונמצא שעדין המקח תלוי ועומד וה"ז סומך ע"ד שיביא ולא יתקיים המקח כיון שהתנאי נמשך לעולם. משא"כ באומר בית זו מכורה לך ע"מ שתחזירהו לי דמעכשיו כבר עמד המקח ולא שייך לומר דזה סומך ע"ד שיביא ולא יתקיים המקח דלעולם דאדרבא כל שיביא ויחזיר לו נתקיים התנאי ונתקיים המכירה למפרע:

ונמצינו למדים מכ"ז דע"כ לא אמרו אסור אלא במתנה המוכר וא"ל כשיהיו לי המעות ואביאם לך תחזירם לי דלשון זה משמע שכל היכא דמייתי לי' זוזי המקח חוזר בע"כ של לוקח וא"צ שיחזור הלוקח ויקנה אותו למוכר אלא ממילא הדר שדה לבעליו אבל באומר ע"מ שתחזירם לי או שא"ל כשאביא לך המעות תחזיר ותמכרם גילה אדעתי' דגמר והקנהו לגמרי ולכשיחזיר המעות לא פקע השדה ממילא שלא מדעת הלוקח אלא צריך שהלוקח יחזור ויקנה אותו למוכר מידי דהוה בנותן מתנה ע"מ להחזיר דאע"ג דחייב להחזירה מ"מ צריך שיחזור המקבל ויקנה אותה לנותן שהרי עד השתא שלו היתה וגבי שומא הדרא לעולם כתב הריטב"א ז"ל דפירי לא הדרי דכיון דצריך לחזור ולהקנותו לו מחדש דידיה אכל וליכא משום רבית ולפי זה באלו הטבות שנוהגים שמוכר לו חפץ לחברו בזול ומתנה שכשיביא לו המעות וכ"כ יותר על מה שנתן לו שיחזור וימכרנה לו לע"ד המקח קיים ולית ביה משום רבית דדידיה הוא עד שיחזיר לו הדמים ויחזור וימכרנו לו והלוקח יכול לאישתמושי ביה במקחו כאדם העושה בשלו ואם נאנס הפסיד הלוקח. אבל כל שלא התנה כן אלא שא"ל כשאביא לך מעותיך תחזיר לי החפץ או השדה ה"ז אסור כדין הגמ' ואם נאנס המקח לפי דעת הרמב"ם והטור והגאון ר"ע והרי"ף בתשו' והרשב"א ז"ל כ"ג שכתבו שאין כאן מכר אלא הלואה ה"ז איתניס למוכר דמעיקרא לא גמר להקנותו ולפי דעת רש"י והתוספות ז"ל דס"ל דהמקח תלוי ועומד שאם קיים תנאו והביא לו המעות המקח בטל מעיקרא ואם לא הביא לו

המעות נתקיים המקח אם כן היכא דנאנס המקח יכול המוכר לומר איני רוצה לקיים תנאי ולבטל המקח:

סימן יד

כתב הטור בסי' קס"א אם המלוה שכר מהלוה חפץ באותו דינר של רבית ולא היה ראוי לשוכרו אלא בחצי דינר כשמוציאין ממנו מוציאין כל הדינר ע"כ ונראה דלמד זה מההיא דאמרו בפרקין דף ס"ה האי מאן דאית ליה גבי חבריה חמשא זוזי דרביתא ואגר ליה חצרו דמתגרי בד' בה' דכי מפקינן מיני' ה' מפקינן מיניה דאמרינן ליה סברת וקבילת ע"כ. ולכאורה היה נראה לע"ד דע"כ לא אמרינן הכי אלא בקרקע דשוה כל כסף ואין בו אונאה אז איכא למימר דסבר וקביל אותו בחמשה אבל במטלטלין כל היכא דלא שוה ואית ביה שיעור אונאה או יותר אע"ג דידע בי' מעיקרא דלא שוה חמשה וליכא טענת אונאה, מ"מ המלוה לא שקיל מיניה אלא שוה הד' והאחד מחל לו והכי אמרו בפרק הספינה גבי מכר את הצמד לא מכר את הבקר ואין הדמים מודיעים דאימור מתנה הוא דיהיב ליה ולא אמרו דסבר וקביל ולכאורה היה נראה לי דלפי זה הטעם דאימור מתנה הוא דיהיב לי' איירי דוקא בשכבר נתן את הדמים אבל אי עדין לא יהיב הדמים במאי זכה הלה באותה מתנה כדי שיתחייב הלוקח ליתן:?

איברא דראיתי להטור שם בח"מ סי' ר"ך דכתב דאיירי אפי' לא נתן עדיין הדמים דמחייב ליתן יע"ש ונראה דס"ל דבמשיכת הצמד נתחייב ליתן המתנה ועם כל זה עדין לא הונח לי לענין הרבית שנאמר דחמשה מפקינן כיון דלא היה שוה אלא הד' ומתנה הוא דרצה ליתן לו האחד ולא חייבתו תורה להחזיר אלא מאי דשקיל ממנו ולא יותר ולא דמי לקרקע דשוה כל כסף וחשיב כאילו ה' נקיט מיניה ובפ"ק דקידושין אמרו עגל זה לפדיון בני ומוקי לה בדלא שוה ה' סלעים וכגון דקביל עליה כהן כי הא דר' אשי שקיל סידרא אמר לדידי שוה ולא אמרן אלא גברא רבא הוא ומבעי ליה סודרא ולדידיה שוה ה' סלעים אבל אי לכ"ע לא שוה לא וכתב הריטב"א ז"ל שם ושמעינן מהכא שהמוכר חפץ לחברו בה' אי להאי לוקח שוה ה' אף על גב דבשוקלן לא שוה כ"כ אין לו טענת אונאה ע"כ. ולמדנו מהכא דכל היכא דלא שוה לכ"ע לא שייך לו' דחשיב כאלו שקל ממנו חמשה ועיין בי"ד סי' ש"ה דס"ל להטור ז"ל דאף ע"פ שאינו שוה לכל אדם מועיל אבל רבים חולקין ע"ז והטור לפי שיטתו כתב הכא הכי. וראיתי בספר פרישה דדקדק מדברי הטור דקאמר שכר ולא כ' קנה דאם קנה חפץ ממנו בדינר ואינו שוה אלא חצי דינר דמחזיר לו הכלי כעין שקנאו מה שאין כן בשכירות דכבר נשתמש בו ודמים בלבד הוא דחייב לו והעט"ז חולק עליו דבמקח ג"כ כבר סבר וקיבל אותו בחמשה וחשיב כאלו נתן לו ה'

יע"ש. ואיברא דלפי סברת הריטב"א ז"ל הנז"ל בסי' ב' דממון של רבית קנוי הוא למלוה קנין גמור ואינו חייב להחזיר אלא הדמים שכיח שוה בין שהוקר בין שהוזל היה נראה כמ"ש העט"ז דלא סגי בחזרת הכלי. אבל לפי מ"ש דלדעת התוס' וסייעתם נראה דאין הכלי הבא בתורת רבית קנוי למלוה אלא גזל הוא בידו דודאי בחזרת הכלי סגי ואפי' לסברת הריטב"א ז"ל יראה דסגי בהכי לפי מש"ל דבמטלטלין כל היכא דלא שוה חמש אע"ג דידע לא חשיב דשקיל חמש וכן נראה עיקר לפי פסק הש"ע סי' ש"ה:

סימן טו

ואבק רבית אע"ג דאינה יוצאה בדיינים בדיני שמים מיהו צריך להחזיר כ"כ ה"ה בשם הרמב"ן והרשב"א ז"ל עיין בפ"ו סוף דין ב' וכ"כ הנ"י בשם הרמב"ן גבי הלוהו ודר בחצירו דאם כבר דר ויצא לא מיבעיא דלא מפקינן מיניה אלא אפילו לצאת ידי שמים אינו צריך כיון דלא חסריה ואפילו אבק רבית אינו עכ"ל משמע מדבריו דכל היכא דהוי אבק רבית צריך לצאת ידי שמים וכ"כ בהדיא בריש פרקין בשם הר"ן יע"ש:

איברא דלקמן בפרקין גבי האי משכנתא באתרא דמסלקי כתב הנ"י בשם הראב"ד דאבק רבית אע"ג דלא מפקינן מיניה אי תפס לוה משל מלוה לא מפקינן מיניה וסיים ע"ז דאינו מחוור בעיני הרשב"א והר"ן ז"ל אנא אפי' תפס לוה מפקינן מיניה וכיון שכן הדבר ברור דאבק רבית אפי' לצאת ידי שמים אינו חייב אלו דבריו. ולע"ד נמצאו דבריו סותרות אלו את אלו דהא איהו גופי' כתב בריש פרקין בשם הרשב"א והר"ן ז"ל דאבק רבית לצאת ידי שמים צריך להחזיר ואלו ממה שכתב הרשב"א דאי תפס לוה מפקינן מיניה אין ראיה לומר דאבק רבית אינו מחוייב לצאת ידי שמים דאיכא למימר כמ"ש התוס' בפרק בן סורר דף ע"ב בההיא עובדא דרבא דאיגניבו ליה דינרי במחתרתא אהדרינהו ניהליה ולא קבלינהו הואיל ובדמים קנינהו דאע"ג דהוו חייבים להחזיר לצאת ידי שמים מ"מ הם לא היו מחזירים אלא משום שהיו סבורים שהיו חייבים מן הדין מבואר מדבריהם שכל שאינו מתכוין לצאת ידי שמים אפי' תפס שכנגדו גזל הוא בידו וכן נראה מדברי הרא"ש בפרקין שחלק על דברי הראב"ד וכתב דאפי' תפס לוה מפקינן מיניה דאחר שבא האבק רבית לידו של מלוה הרי הוא כשאר ממונו אם אינו רוצה לצאת ידי שמים הרי בהדיא דאע"ג דס"ל דאי תפס לוה מפקינן מיניה מכל מקום בדיני שמים חייב להחזיר וכל זה הוא לפי שיטת התוס' אבל מדברי רש"י בפ' השוכר את הפועלים דף צ"א ע"ב חוסם את הפרה מבואר בהדיא דכל היכא דחייב לצאת ידי שמים אי תפס לא מפקי' מיני' וכ"כ הגהת אשירי וכן נראה לע"ד עיקר. ומאי שהקשו התוספות דאמאי לא קבלינהו רבא איכא למימר דהתם כיון שהחזירו הגניבה כבר נפטרו מחיובא דלצאת ידי שמים ורבא

דלא קביל מינייהו ה"ט משום דקי"ל הגזלנים והמלוים ברבית שהחזירו אין מקבלין מהם והמקבל מהם אין רוח חכמים נוחה הימנו והא דאיצטריך רבא לאמר דלא קבלינהו משום דבדמים קנינהו ולא סגי ליה לאמר דלא קבלינהו משום דאין רוח חכמים נוחה הימנו היינו משום דהתם הוי הגזילה בעין וכל שהגזילה בעין קי"ל דמקבלין מהם ומש"ה אצטריך לומר דלא קבלינהו משום דבדמים קנינהו כלומר דהואיל דבדמים קנינהו לא היו מחוייבים אפי' לצאת ידי שמים להחזיר אותם הדמים עצמם אלא כל שהיו פורעים אחרים תחתיהם היו יוצאים ידי חיובם וכיון שכן נמצא כאלו לא היתה הגניבה בעין. א"נ י"ל דע"כ לא אמרינן דבגזילה קיימת מחזירין ומקבלין היינו במי שמחוייב מן הדין להחזיר אבל התם דלא היה חיובם אלא לציו"ש כיון שהחזירו מעצמם כבר יצאו ידי חיובם ואין מקבלין מהם:

ומכל זה למדנו באבק רבית צריך להחזירו לצאת ידי שמים כיון שכל הני רבוותא ס"ל הכי ומרבית קצוצה אליבא דר"י ילפינן לה דאף ע"ג דס"ל דאינה יוצאה בדיינין אפי"ה בדיני שמים חייב להחזיר כדמוכח בתוס' וכ"כ ריב"ן. ומה שהקשו התוס' ע"ז דא"כ מאי מקשה לי' לר"י מברייתא דהא אביהם חייב להחזיר נימא דהיינו כדי לצאת ידי שמים דהכי אמרו לה בפ' הגוזל מאי מחזירין לצאת ידי שמים איכא למימר דס"ל דלישנא דמחזירין משמע בע"כ דהכי מסיק שם בפ' הגוזל יע"ש וכיון שהעלינו דאבק רבית צריך להחזיר לצאת ידי שמים היה נלע"ד דאם תפס ליה לא מפקינן מיניה כסברת רש"י והגה' אשירי וכ"נ לכאורה שהוא דעת ר' אפרים ז"ל דגבי הלוהו ודר בחצירו דלאו אדעתא דהכי אוזפיה והוי אבק רבית כתב הרי"ף ז"ל ולא תימא הני מילי היכא דפרע ליה זוזי דאוזפיה והדר קא תבע ליה אגר ביתי' אלא אפי' אי תבע ליה מקמיה דלפרעי' לא מחייבין ליה לנכויי אגר ביתיה כדאמרינן לקמן סלוקי בלא זוזי אפוקי מיני' הוא והרב ר' אפרים חולק עליו דע"כ לא אמרינן סלוקי בלא זוזי אפוקי מיני' הוא אלא במשכנתא שהמלוה מוחזק הילכך כי מסלק ליה ממנה אפוקי מיני' הוא אבל בהלוהו ודר בחצרו שאין המלוה מוחזק בה שהרי לאו ההיא בית' אוזפיה לא שייך לומר סלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה ומ"ה כל היכא דלא פרע ליה עדין מנכה ליה אגר ביתיה. ונראה לע"ד דס"ל לר' אפרים ז"ל דאם תפס לוה לא מפקינן מיניה דאי ס"ל דמפקינן מיניה וכמ"ש הרא"ש מטעם דאבק רבית כל שלקחו המלוה זכה בו וממון דידיה הא א"כ היאך מנכינן ליה אגר ביתיה כיון דכי דר בה לאו אדעתא דפרעון הוה אלא בתורת רביתא הוא דקא אכיל וכבר זכה ביה המלוה באגר ביתא משעה שדר בה וכי מנכי ליה נמצא זה כמוציא מהמלוה הרבית שכבר זכה בו. אלא נראה דס"ל לר' אפרים דאבק רבית גזל הוא

בידו של מלוה ומדבריהם ומ"ה לא מפקינן מיניה בדיינין אבל כי מנכי לי' מחוביה הא לא חשיב סילוק ולא גרע מאלו תפס הלוה מנכסי המלוה כדי אבק רבית דיהיב לי' דלא מפקינן מיניה כמ"ש הראב"ד ז"ל:

איברא דלפי כל מ"ש יצא מן התימא על דברי הרא"ש ז"ל דאחר שהוא הסכים לסברת ר' אפרים היאך נחנק עם הראב"ד ז"ל דלע"ד נראה דר' אפרים בשיטת הראב"ד אמרה ועוד קשה על הרא"ש ז"ל דבפרקין הסכים לסברת ר' אפרים ואלו בפרק השוכר את הפועלים בבעיא דעושה בגפן זה מהו שיאכל בגפן אחר דלא איפשיטא כתב דאי אכיל לא מפקינן מיניה ולא מנכינן ליה מאגריה דסלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה הוא כדאמרינן במשכנתא יע"ש וזה נוטה לסברת הרי"ף ומ"ש הרא"ש דכיון דחכמים אמרו דאין מוציאין א"כ מה תועיל תפיסת הלוה אח"כ אינה ראי' דמה שאמרו אין מוציאין ה"ט משום דכל גזל דדבריהם אין מוציאין כמבואר בפרק הדיינים יע"ש. שוב ראיתי להרב בגי"ת בדף רי"ז שעמד על מה שהקשתי בדברי הרא"ש ורצה ליישב ולו' דכשתופס הלוה אחר שכבר אכל המלוה הרבית אין תפיסתו כלום לפי שבשעה שאוכל הרבית או הלוה נתנה לו נעשה שלו לגמרי כי הלוה אין לו בידו כלום משל מלוה וגמר ויהיב ליה לגמרי אבל כשיש בידו של לוה משל מלוה כשהי' אוכל הפירות לא גמר לתת לו מפני שהלוה סומך על מה שיש בידו עכ"ל. ואינם מיושבים אצלי דא"כ מאי קא"ל רב אשי שם בשמעתין השתא דאמרת אכל כוסי לא מפקינן אכל שיעור זוזי נמי לא מסלקינן ומי תלה הא בהא ונימא ליה דאכל טפי דלא מפקינן היינו טעמא כיון דלא נשאר בידו משל מלוה כלום הא ודאי גמר ומחל ליה מה שאין כן באכל שיעור זוזי דאיכא למימר דלא מחל ליה ומה שהניחו לאכול פירותיו היינו משום שסומך על זה שיש בידו מחובו אבל לפי סברת הראב"ד ז"ל אתי שפיר כפשט' דהכי קא"ל כיון דאמרת דאכל טפי לא מפקינן מיניה ואע"ג דגזל הוא בידו מיהו כיון דמדבריהם היא לא מפקינן מיניה א"כ אכל שיעור זוזי נמי לא מסלקינן ליה דסלוקי ליה מן השדה שהוא מוחזק בו אפוקי מיניה הוא ויש ליישב לדעת הרא"ש דאבק רבית נהי דחייב להחזירו לצאת ידי שמים מיהו כל שאינו רוצה זה להחזירו כי תפיס מיניה לוה הרי זה גזל בידו מה שאין כן כשמנכה ליה מחוביה דכיון דחייב לצאת ידי שמים לא הוי גזל בידו דחכמים לא אמרו אלא דלא מפקינן מיניה וכה"ג לאו אפוקי מיניה הוא ומדין חכמים קא זכי בהו מפקינן מ"ש נראה דהרי"ף ז"ל ס"ל דאבק רבית אי תפס לוה מפקינן מיניה וה"ט כמו שכתב הרא"ש ז"ל דכיון דבתורת רביתא אכלם זכה בהו לגמרי ואפילו גזל מדבריהם אין כאן והדברים ק"ו דהשתא ומה אי לנכויי מחובי' לא מצי לנכויי כל שכן דאי תפס לא עבד מידי ומכל מקום אפשר

לומר דמודה הוא ז"ל דצריך להחזיר לצאת ידי שמים ואפי' לסברת רש"י ז"ל דס"ל דכל שמחוייב לצאת ידי שמים אי תפס שכנגדו לא מפקי' מיניה אפשר לומר דהיינו דוקא במחוייב מן התורה אבל במידי דרבנן דקיל אין חיובו אלים כ"כ. העולה מהאמור דכל אבק רבית אם בא לצאת ידי שמים חייב להחזיר ואפ"ה נראה דאם תפס לוה משל מלוה מפקינין מיניה מאחר שכל גדולי הראשונים והאחרונים ס"ל הכי עיין בחידושי מהר"ר בצלאל ז"ל דף קנ"א:

סימן טז

ואבק רבית דאינה יוצאה בדיינין נראה דהיינו דוקא היכא דידע לוה ויהב ליה משום רבית אבל אי לא ידע לוה ברביתא וכגון דזבן מידי ביותר מכדי דמיו משום הרווחת הזמן וכד זבן ההוא מידי א"ל חבריה שהיה אותו חפץ מן העובד כוכבים ואחר דיהב ליה הדמים אישתכח דהוה מישראל חבריה יכול הלוקח לומר לא ידעתי דהוה איסורא בזביני שהייתי סבור שהיה מהעובד כוכבים כאשר אמרת ואלו הייתי יודע שהיה החפץ שלך לא הייתי נותן לך רבית והוי מחילה בטעות וכיוצא לזו כתב בהגהת אשירי בפי' בשינוייא דקאמר התם זביני הכא הלואה הלכך מחילה דידיה לא הוייא מחילה דאלו היה יודע דאית ביה משום נדנוד עבירה לא היה מוחל יע"ש בדף קמ"ה וכ"כ הנ"י ז"ל לדעת הרי"ף והרב בעל התרומות:

איברא דאיכא לאקשויי דא"כ כל אבק רבית נמי אמאי אינה יוצאה בדיינים מהאי טעמא גופיה שיאמר הלוה אני לא הייתי יודע שהייתי עושה איסור ואלו הייתי יודע לא הייתי נותן והוי נתינה בטעות דאפי' לוה ברבית דאורייתא כתב הנ"י בפרק ז"ב דאינו מיפסל משום דלא משמע להו לאינשי דאיכא איסורא בלוה כיון דמיחסר וכ"ש בלוה ברבית דרבנן דלא מיפסל הלוה אפי' מדרבנן משום דבאבק רבית ליכא איסורא גבי לוה כמ"ש הנ"י והרשב"א ז"ל והיה נראה דהנ"י ז"ל ס"ל כסברת הר"מ ז"ל דכל היכא דהוי אסמכתא הפירות שאכל הן רבית קצוצה וכן הוא דעת הרב בעל התרומות בשער מ"ו ח"ב סי' מ' יע"ש אלא דהוקשה להם דאפי' הכי אי מחילה בטעות הויא מחילה הכא נמי אע"ג דאיכא איסורא דרבית מן התורה מכל מקום אמאי מפקינן מיניה אחר כך שכבר מחל הלוה ולזה אמרו משום דהוי מחילה בטעות דאלו הוה ידע דהמעות הוו הלואה ואיכא איסורא לא הוה מחיל אבל כל זה איננו שוה דממה נפשך אי ס"ל דהמחילה מהניא אפי' מחילה דקודם לקיחת רבית קצוצה א"כ ע"כ ליכא איסורא דאי איכא איסורא אין המחילה מועלת וע"כ צ"ל דס"ל דכי האי גוונא לא הויא רבית קצוצה אלא אבק רבית ומה שהקשינו דא"כ כל לוה ברבית דרבנן יאמר הכי אינה טענה דדוקא הכא הוא דאמרינן

דהוי מחילה בטעות דאנן סהדי דאלו הוה ידע לוה דהמכר בטל והוי רבית לא הוה מניח למלוה לאכול איסור כיון דלא מטיא לי' ללוה שום הנאה משא"כ בשאר לוה ברבית ואפי' דרבנן דהתנה באותו רבית להנאתו שהיה צריך ליקח אותו חפץ דאיכא למימר דאפי' אי הוה ידע דאסור לא היה נמנע מלספות איסורא למלוה וזה נראה שהוא דעת הב"י שכתב בסי' קס"ו דאם דר בה שלא מדעת הבעלים ולכשידעו הבעלים לא תבעו לו השכר ופרע את כל אשר היה חייב אפ"ה סובר ה"ה דמצי לתובעו משום דהוי מחילה בטעות ואע"פ שא"ל מקודם שמניח לו השכר בשביל שכר מעותיו שהיו בטלות אצלו מ"מ כל שזה אומר עכשיו לא הייתי יודע שהוא אסור ואם הייתי יודע לא הייתי מניח לך השכר מהני טענתו:

סימן יז

כתב הב"י בסי' ק"ס על מ"ש התוספות בפ"ב דגיטין בעובדא דאותו זקן דמסתמא כיון שהיה עושה עמהם טובה גם הם היו עושים עמו טובה ונותנים לו שדה במתנה. והקשה הב"י והלא כיון דהויא מתנה מרובה הרי זה רבית מוקדמת וחשיב כאלו פירש בשביל מעותיו. ולע"ד נראה דלא קשיא מידי והוא דכל שפירש וא"ל לשם מתנה ליכא איסורא כלל ולא קאסיר אלא היכא דיהבי בשכר מעותיו אבל בשביל מתנה דמי לת"ח שמותרים ללוות זה מזה ברבית דכיון דידעי דאיכא איסורא אפילו סתמא לא קא יהבי אלא לשם מתנה והוא הדין בע"ה כל היכא דפירש לשם מתנה וכן נראה מההיא דש"מ שאמר תנו מנה לבעל חוב דנותנים לו וליכא משום רבית דמשום דגמיל חסד עמיה קאמ"ל עיין בח"מ סימן רנ"ג וכן יש להוכיח ממ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ד וז"ל המלוה את חברו והחזיר לו חובו ומצא המלוה יותר אם בכדי שהדעת טועה חייב להחזיר ואם לאו מתנה הוא דקא יהיב ליה ע"כ הרי דכל שהלוה נותן במתנה מותר וע"כ לא אסר בפ"ה להקדים או לאחר הרבית אפי' בסתם אלא כשהמלוה משלח לו בשביל מעותיו שהיו בטלין אצלו וכ"כ מהרא"ש סי' קס"ב ליישב מה שקשה על הרמב"ם ז"ל דבפ"ה משמע דס"ל דרבית מאוחרת אפי' בסתם אסור ואלו בפ"ח כתב דהלוקח חטים הד' סאין בסלע וכשבא לגבות את החטים אחר זמן הוסיף לו במדה הרי זה מותר יע"ש. אמנם מה שחילק הרב הנז' ז"ל ליישב זה בין הלואה למקח וממכר אינו נראה דבפ"ד כתב הרמב"ם ז"ל דאף בדרך הלואה בסתם גבי המלוה את חבירו והחזיר לו חובו ומצא המלוה יותר דאם הוא בכדי שאין הדעת טועה מותר יע"ש:

סימן יח

במ"ש הגהת אשירי ריש פ' א"נ שאם הבטיחו לתת לו כך וכך אחרי שיפרענו דאין מוציאין אותו בדיינין עכ"ד. איכא למידק דנראה שאם הבטיחו לתת לו יותר כשיפרענו ה"ז רבית קצוצה והשתא יש להבין דאם בשביל בטחון זה הוא מחוייב בדין ליתן אם לא הוה איסורא דרבית א"כ כי נמי הבטיחו לתת אחר הפרעון ה"ז רבית גמור דמשעת ההלואה נתחייב לתת לו יותר ואם אינו מתחייב לתת לו כיון שלא התנה תנאי גמור ואינו אלא בטחון בעלמא אם כן אפילו כי הבטיחו לתת לו יותר בשעת פרעון לא הוי רבית קצוצה:

איברא דנראה לכאורה לצדד דאפי' אם אינו מתחייב לתת לו כגון שא"ל אם ארצה אתן לך כך וכך דהוי ר"ק כשנתן אח"כ ודומה לזה מצינו להריטב"א גבי ההוא דמשכן לו בית משכן לו שדה ואמר לו לכשתרצה ותמכרם לא תמכרם אלא בדמים הללו אסור וז"ל פירוש אסור לעשות כן והו"ל רבית קצוצה דמשום שכר מעותיו מוזיל גביה ואע"ג דכה"ג יכול הממשכן לחזור בו ויכול הוא למוכרה למי שירצה אפ"ה כיון שהתנה כן עם המלוה וקיים דברו אסור לעשות כן דכל שאומר ועושה בענין רבית אסור ואע"פ שהי' יכול לחזור בו שהרי הפוסק על הפירות שאין לו יכול לחזור בו ואפי' בלא מי שפרע ואפ"ה אסור כשלא יצא השער עכ"ל וכ"נ מדברי התוס' שם בסוגיין דפי' דאיירי בלא א"ל מעכשיו יע"ש וזה נראה שהוא דעת הרמב"ם ז"ל בפ"ז שכתב ז"ל הממשכן בית או שדה ביד חבירו וא"ל לכשתמכור קרקע זו לא תמכרנה אלא לי בדמים ה"ז אסור יע"ש:

אמנם הראב"ד וה"ה ס"ל דאיירי בדא"ל מעכשיו ונראה דס"ל דבאמר מעכשיו הוי ר"ק אבל כשלא אמר מעכשיו כיון שלא נתחייב ליתן לא הוי ר"ק. הן אמת דצריך להבין אמאי נדחקו לפרושי לה בדאמר מעכשיו ולא פירש לה אפי' בדלא אמר מעכשיו ואסור משום דאבק רבית מיהא הוי ויותר תימה על ה"ה שפי' לה במעכשיו וכשפסק דמים ידועים ואסור משום דמיחזי כמוזיל גביה יע"ש דלפי זה אמאי לא פירש בלא מעכשיו אסור משום אבק רבית ואם נאמר דס"ל דכל שלא א"ל מעכשיו אף אם נתנו אח"כ בדמים הללו והם פחות משווייה לא הוי אפי' א"ר מאחר שבידו של לוה היה למוכרה לכל מי שירצה אתי שפיר וא"ת ומאי שנא מההיא דפוסק על הפירות שאין לו שיכול לחזור בו ואפי' בלא מי שפרע ואפ"ה אסור י"ל דהתם אף שאינו מחויב מ"מ לפי תנאו כשמקיים את דבריו עושה איסור דמחמת תנאו הוא עושה כן לא כן הכא דאף אם מכרה לאחרים לא הוי הפך תנאו דהוא לא קאמר אלא שכשרוצה למכרה שימכרנה לו אבל כשמכרה לאחרים ביותר זוזי אנסוהו הלכך כשמכרה למלוה בדמים הללו אינו עושה משום רבית

אלא מחל לו בחנם וכשלא מצא יותר ומכרה לזה מכח תנאו אין לאסור כיון דאינו עושה מכח חיוב ולא הוי אפי' כמיחזי ברבית לא כן כשאמר מעכשיו דאף דכשמוצא יותר ומכרה לזה אין לאסור דהלא אינו מחויב למכרו למלוה ואפי' מכח תנאו דזוזי אנסוהו ונמצא דכשרוצה ומכרה למלוה רוצה למחול לו מ"מ כשלא מצא יותר דמחויב למוכרה לו אסור משום דמחזי כרבית כמ"ש ה"ה. וזה אשר כתבנו דכל שיכול למוכרה לאחרים אפי' לפי תנאו ליכא איסורא נראה דהריטב"א ז"ל בלשון הנז' לא ס"ל הכי. הן אמת כי לכאורה קשה ע"ד מאי דמייתי מההיא דפוסק על הפירות כנז"ל וגם מתוך דברי הנ"י נראה דס"ל כהריטב"א דאף שיכול למכרם לאחרים אם ירצה למכרה לזה אסור כל שמכרה בפחות:

אמנם בהגהת מרדכי כתב דכל שיכול למכרה לאחרים אף לפי תנאו שרי וז"ל וא"ת ואמאי אסור והא לא מהני תנאה כדמוכח בפ"ז דע"ז וכו' וי"ל דהכא מיירי דא"ל בהדיא לא תמכור אלא לי בדמים אלו אפילו אם תוכל למכרה ביותר ומיהו אם אמר מעכשיו תהא קנויה לך כשארצה למכרה שרי עכ"ד והכי פי' דכל שאמר לא תמכרנה אלא לי בדמים הללו שרי למכרה למלוה בפחות משוויה בין כשהקנה לו מעכשיו בין אם לא הקנה לו מעכשיו כיון שאינו חייב למכרה לו אפי' לפי תנאו דלא אמר אלא בדמים אלו והרי מוצא יותר אמנם אם פי' ואמר אפי' אם תמצא יותר אז אסור למכרה לו בדמים אלו שפסק אפי' שאינו מחוייב ע"כ למכרה לו כיון שלא הקנה לו במעכשיו מ"מ כל שהתנה ומקיים דבריו אסור וכההיא דפוסק על הפירות כנז"ל ומיהו אם אמר מעכשיו תהא קנויה לך אף בכה"ג שרי כיון דהמכירה נעשית למפרע מעכשיו ומדברי הראב"ד ז"ל נראה דכל שאמר כשתרצה למכרה לא תמכרנה אלא לי בדמים הללו ולא פי' עוד אם מכרה לו אח"כ בדמים הללו שהם פחות משוי' ליכא איסורא כמ"ש הגהת מרדכי אבל אם אמר מעכשיו וקנו מידו לא מיבעיא אם אמר לא תמכרנה אלא לי אפי' אם תמצא יותר דודאי אסור למכרה לזה אלא אפי' אם אמר לא תמכרנה אלא לי בדמים הללו אסור דלא כסברת הגהת מרדכי אלא שעדיין הדבר קשה דאם מוצא יותר אמאי אסור כשמכרה לזה כיון שיכול למכרה לאחרים והלא מטעם זה אמרינן דכל שלא אמר מעכשיו שרי ואם לא מצא יותר ומכרה לזה אמאי אסור משום דמתחלה פסק פחות משווי' דאין זה עולה על הדעת דאם מצא יותר על שוויה ומכרה לזה שרי ואם אינו מוצא יותר ומכרה לזה אסור לכן נראה דהראב"ד ז"ל ס"ל דכל שאמר לא תמכרנה אלא לי בדמים הללו וכ"ש אם פי' ואמר ואפי' תמצא יותר דודאי אסור למכרה לו בפחות משויה בין אם אמר מעכשיו והקנה לו בקנין בין אם לא אמר מעכשיו ולא הקנה לו בקנין דלא גרע מרבית מאוחרת

והראב"ד ז"ל לא נתקשה אלא משום דמשמע דמעכשיו קודם שימכרנה לו עשה איסור ואם לא אמר מעכשיו והוי אסמכתא ואם ירצה אינו מחוייב למכרה לו מאי איסורא איכא ותי' דאיירי במעכשיו וקנו מידו דכיון דנחחייב מהשתא למכרה לו כשימכרנה אסור וראיתי להב"י בסי' קע"ב שכתב ז"ל כתב בעל התרומות שאם עבר ועשה כן נקרא אבק רבית וצ"ע בתוס' עלה ס"ג בדבור רבית ע"מ להחזיר דמשמע דצד אחד ברבית הוי רבית דאורייתא וכו' יע"ש ולע"ד לק"מ דשאני הכא דכיון דאמר בדמים הללו ואפי' לפי דבריו יכול למכרה לכל מי שירצה הילכך אף כשמצא למכרה לאחר ביותר ומכרה לזה בפחות לא הוי אלא אבק רבית ועוד דאפי' אם הלוה לחבירו ע"מ שימכור לו ביתו במנה והוא שוה מאתים לא הוי רבית קצוצה כיון שלא קצץ עמו כמה פוחת לו בשכר הלואה ואין אונאה לקרקעות ועיין בהריב"ש סי' תנ"ד בהצד הב' וכן ראיתי זה ימים בתשו' הרשב"א ז"ל העולה מהאמור דבנ"ד יש צדדים לכאן ולכאן דלפי דברי הריטב"א ז"ל הנז"ל נראה דרבית קצוצה הוי ומדברי הגהות אשירי נראה כן אמנם מדברי הגהת מרדכי נראה דאפי' אבק רבית לא הוי ואפשר דאף הריטב"א ז"ל מודה בנדון דידן דשאני התם דכשרוצה למכרה צריך למכרה לו לפי כוונתו דכוונתו הוא דימכרנה לו אפילו אם מוצא יותר אף שלא הוציא כן בשפתיו לא כן בנדון דידן דכשאינו נותן לו כלום לא הוי הפך דבריו דלא קאמר אלא אם ארצה אתן לך ואפשר לצדד עוד דהכא כולי עלמא מודו דהוי רבית קצוצה דכונתם מתחלה לקיים דבריו לי חיסור הרבית עשו כן ולא עשו ולא כלום וכן נראה יותר (א"ה כ"ז שכתבנו לעיל הוא ממה שמצאתי לא"א [הרב ז"ל שכתב ברמז דברים ולפע"ד סדרתים):

סימן יט

כתבו קצת מהמפרשים ז"ל דאבק רבית אין ללוה איסור כלל ונסתייע סברתם מההוא עובדא דרב דאוזיף דינרי מברתי' דר"ח דק' מעיקרא מאי קא סבר רב דאוזיף ואינו ראי' דאינו אסור אלא ללות סאה בסאה אבל ללות סאה סתם שרי וכן כתב הריטב"א וממתני' דסנהדרין דף כ"ה דחשיב פסולים לעדות לוה מוכח דהלוה נמי אסור דהא ברבית דרבנן איירי התם ומה שאמרו רב עיליש גברא רבה הוא ואיסורא לאינשי לא הוה ספי ולא קאמר לא קא עביד אין ראיה דכל אבק רבית ליכא איסורא לגבי לוה דההוא איירי באבק רבית דאין הלוה נחסר כלום וכן נראה מדברי הרא"ש ז"ל שם:

סימן כ

אי שרי לומר לחבירו הלוני עכשיו מנה ואני אלוה לך כ"כ לאחר זמן הנה הרב בעל התרומות ומהר"ם ז"ל התירוהו והביאו ראיה ממתני' דנכש עמי חדש זה ואנכש עמך

בחדש אחר. ולע"ד אינה ראיה דנכש עמי חדש זה ואנכש עמך בחדש אחר כיון דהמלאכות שוות מה איסור יש ואינו אלא פורע חובו אבל הלוני ואלוה לך הרי זה כמי שאמר השאילני ואשאילך דנעשו ש"ש זה לזה ונמצא דבשכר מה שהלוה לו חבירו מקודם הוא מלוה לו עתה וגם הלוה נחסר במה שמלוה לו מעותיו ויהיו בעלות וכאותה ששנינו במס' מכות אומדין כמה היה נותן זה שיהיו מעות אלו בידו כדי להרויח בהם ומיהו נראה דאין זה רבית קציצה דהוי רבית מוקדמת או מאוחרת לכל אחד משניהם:

איברא דעדיין יראה דלגבי ראשון בהלוה לשני על מנת שילוה לו אח"כ כיון שהתנה כן הרי זה רבית קצוצה דלא אמרו רבית מאוחרת דאינו אסור מן התורה אלא משום שלא התנה מעיקרא בשעת ההלואה. ואיכא למימר דמה שנחסר זה השני שהלוה לו לראשון אין זה חשיב חסרון ממש כיון שלא נחסר ממש אלא שנחסר מלהרויח במעות וכה"ג לא חשיב חסרון ממון דהא קי"ל המבטל כיסו של חבירו פטור מלשלם דאין זה אלא גרמא בנזיקין ודמי למה שכתב הב"י דאם התנה המלוה ע"מ שכל, מלאכה שתבא לידו יתן אותה למליה לעשותה דלא הוי ר"ק אלא איסורא לבד ולמד כן מדברי הרא"ש ז"ל בפרק איזהו נשך דאי אמר הלוני ואתן לך תרומות ומעשרות דלמ"ד טובת הנאה אינה ממון לא הוי רבית כלל ומשמע מזה דהיא הדין באמר לו על מנת שכל מלאכה שתבא לידך תתנה לי דלא הוי אפי' אבק רבית כדי שיתחייב להחזיר אפי' בדיני שמים כיון דלא חיסרו ממון אלא איסורא לחודים הוא דהוי אבל לע"ד נראה דמה שדימה הב"י זה להוא דמעשרות אינו כן דהתם כיון שטובת הנאה אינה ממון ולא מצי ליטול פרוטה מישראל כדי ליתנה לכהן א"כ לא נחסר זה הישראל כלום במה שנותנה לכהן זה **אבל** בהתנה ליתן למלוה כל מלאכה שתבא לידו הא ודאי זה הלוה נחסר במה שנותן המלאכה שבא לידו וזכה בי כדי להרויח בה ויכול היה ליקח פרוטה מאחר כדי ליתנה לו לעשותה וראיתי להש"ך שפירש דברי הש"ע דמה שאמר שכל מלאכה שתבא לידו יתננה למלוה אייר כשאין הלוה בעל מלאכה אלא שנותן לאיזה בעל מלאכה אם צריך לשום מלאכה ולפי זה ניחא. אבל מדברי מור"ם שכתב על דברי הש"ע ולמאן דאמר טובת הנאה הוי ממון מיקרי רבית קצוצה מאחר שהתנה עכ"ל אין נראה כן דאי הכי מאי שייך הכא לומר טובת הנאה הוי ממון כיון דאינו נותן לזה המלוה שכר יותר ממה שצריך ליתן לאחר ולא אמרו טובת הנאה הוי ממון אלא כשהי' זה הנותן יכול להרויח בה אם יתנן' לאחר וכתב הש"ך עוד בסי' ק"ס דאם הלוה לו ע"מ שיעשה מלאכתו בזול דהוי רבית קצוצה ונראה מתוך דבריו דאפי' לא קצב עמו כמה פוחת לו אלא שא"ל שיעשה לו מלאכתו בג' ואותה מלאכה שוויא ד' וכן השער יע"ש אבל מדברי הרמב"ם ז"ל שכתב בפרק ו'

מהלכות מלוה וכן אם הלוה ע"מ שידור בזול וקצב עמו כמה פוחת לו וכו' נראה דכל שלא קצב אפי' אם היתה חצרו נשכרת בד' לא הוי רבית קצוצה וכי תימא התם שאני משום דהוי קרקע וקרקע אין לו אונאה הלא שכירות פועלים נמי הוי קרקע כמ"ש בה' מכירה פי"ג:

סימן כא

מי שהלוה על המשכון כדי להשתמש בו כתב רשב"א בספר ת"א סי' של"ב והביאו הב"י בח"מ סי' ע"ב שאם התנה בלא נכייתא הוי רבית קצוצה יע"ש אבל בתשו' מהר"ם ז"ל הארוכות סי' תשע"ב כתב דהוי אבק רבית ונראה דטעמא הוי משום דדמי למלוה לחברו על חצרו דלא קיימא לאגרא והכי נמי לא קיימא לאגרא שהרי הוא ממושכן אצל חבירו ועוד דספרים אינם עשוים להשכיר וכ"כ בתשו' רגמ"ה ז"ל הביאה הרב בצלאל בחדושיו דף קמ"ד ע"ד ומתוך דבריו נראה דס"ל יותר דכה"ג אפי' אבק רבית לא הוי. ואם הלוהו על המשכון ונשתמש בו כתב הסמ"ע בח"מ בסי' הנז"ל דלפי מ"ש דאם דר בחצר דלא קיימא לאגרא אפי' גברא דעביד למיגר א"צ לתת לו שכר ה"ה כאן וכ"כ הש"ך ואני אומר דדבריהם איתנהו היכא דלא נפחת המשכון אבל היכא דנפחת המשכון הא ודאי צריך לשלם לו ועיין בח"מ סי' שס"ג והיכא דאינו נפחת אפי' במידי דקיימא לאגרא הכא גבי משכון כיון שכבר השכירו ואין הלוה יכול עכשיו להשכירו מדינא ה"ז פטור דהוי כלא קיימא לאגרא וליכא נמי משום רבית דמאי חסרו:

סימן כב

סימן כב מי שלוה מחברו כ"כ זולוטא"ש והתנה עמו לפורעו כל כך זולוטא"ש בין יעלו בין ירדו ועלו הזוליטאש לכאורה נראה דהוי אבק רבית כמו סאה בסתם וכ"כ מהרי"ט ז"ל בי"ד אבל צריך להבין דלפי זה יהא אסור ללות מטבע במטבע דשמא יעלו כמו שאסור ללות סאה בסאה ולקמן נאריך בזה אף זה צריך להבין דאפי' אם נודה דאסור משום דהוי כמו סאה בסאה אין איסורו אלא משום רבית אבל משום גזל ליכא דסאה יהיב וסאה שקיל וכיון שכן אפי' אי שקיל המלוה הסאה שלא מדעתו של לוה לא מפקינן מיניה משום גזל ולא דמי למה שכתבו המפרשים גבי משכנתא דהוי אבק רבית דאם מיחה הלוה במלוה שלא יאכל עוד הפירות ואכלם דמפקינן מיני' משום דם גזל בידו דההיא שאני משום דאוכל זה ממונו של לוה אבל סאה בסאה מאי דיהיב שקיל וכן נראה שהוא דעת מהרי"ט בא"ה סי' ב' ודקדק מההיא דפרק הגוזל דהמלו' לחברו על המטבע והוסיפו עליו דנותן לו מטבע היוצא ופריך והא קא זיילי פירי דהוי רבית ומדחייש לרבית ולא חייש לגזל מדלא קאמר והא קאי מפסיד לוה משמע דאיסור גזל

ליכא כיון דיהיב ליה מאי דשקיל מיניה ומה שהלוהו הוא נותן לו אבל מדבריו בחי"ד סי' מ' נראה דס"ל דאפי' סאה בסאה יש בו איסור גזל לענין אם לקח המלוה בע"כ של לוה דאע"ג דמשו' רבית לא מפקינן מיד המלוה משום גזל מיהא מפקינן ומה שדקדק הרב בא"ה דמדקאמר והא קא זיילי פירי משמע דמשום גזל ליכא אינו סותר למ"ש בי"ד דודאי שאי לא הוה משום לתא דרבית משום גזל לא הוה לן למיחש שכיון שהתנה הלוה לשום לו מטבע היוצא מדינא חייב לשלם כמו שהתנה אילולי מחמת דאיכא איסורא דרבית לא מהני תנאו ובר"פ א"נ משמע דסאה בסאה איכא נשך ואיכא תרבית אלא משום דמעיקרא לא קצץ לא הוי איסורי' מן התורה ולפי זה יראה דאם לקח המלוה הסאה שלא מדעתו של לוה אית ביה משום גזל כיון דחשיב נשך ותרבית:

איברא דלקמן בפרקין דף ע"ג תניא המוליך פירות ממקום למקום מצאו חברו וא"ל תנם לי ואני אעלה לך פירות שיש לי באותו מקום אם יש לו פירות באותו מקום מותר ואם לאו אסור ופירש רש"י ז"ל תנם לי ואני אעלה לך לזמן פ' באותו מקום שהוא מקום היוקר אין לו שם אסור דבשכר המתנתו נתן לו זה במקום היוקר ומשמע דכל זה אינו אסור אלא מדרבנן משום דהוי סאה בסאה.

והשתא קשה דכל כי האי שהתנ' לתת לו סאה במקום היוקר בין בתחלה בין בסוף איכא נשך ואיכא תרבית דזה נותן לו סאה ששוה בכאן ד' כדי שיתן לו סאה באותו מקום ששוה ה' ונראה דאפי' בכה"ג לא מיקרי קצץ דכיון דאפשר שביני ביני יוזלו הפירות באותו מקום וישוו כמו שנתן לו הוי ספק וכל ספק לא הוי רבית מן התורה כדמוכח מדברי התוס' גבי מתני' דאין מקבלין נצ"ב ולדעת הרמב"ם ז"ל דס"ל דפירות בפירות מיקנו בחליפין כמ"ש בפ"ו מהלכות מכירה וכן הוא סברת ר"ת כמ"ש התוס' בפרק הזהב אתי שפיר הברייתא דחבילה דשרי משום דמכר הוא דמהשתא זכה בהם המוכר באותם פירות ולפי זה יראה דאסור לעשות כה"ג במטבע כמו שראיתי נוהגים עכשיו שנותן לו כ"כ ריאליס כדי שיקבל בנו במצרים כמו כן כ"כ ריאליס ובעיר מצרים שוים הריאליס ביוקר ויש להם שער קבוע:

סימן כג

גרסינן בפרק הגוזל המלוה לחברו על המטבע והוסיפו עליו נותן לו ממטבע היוצא ופריך והא קא זיילי פירי ופירש רש"י ז"ל והא קא זיילי פירי וגבי מטבע זאת נמצא שמשתכר בתוספת וזה אינו דומה לראשונים והו' רבית עכ"ל משמע מפי' דהא דאסור היינו משום שהוסיפו עליו ואינו דומה לראשונים אבל אי לא הוסיפו על הראשונים אלא שהוא דומה בדומה אע"ג דזיילי פירי גבי הנהו חדתי שרי ולית ביה משום רבית.

ולכאורה קשה דמאי שנא זה מסאה בסאה דאם רוקר' אסור משום לתא דרבית ובריש פרק א"נ ג"כ אמרו אי דאוזיף מאה במאה מעיקרא קיימי מאה בשתות ולבסוף קיימי מאה בחומשא אי בתר בסוף אזלת הרי נשך והרי תרבית ואע"ג דלא קי"ל הכי היינו לענין דלא להוי רבית מן התורה אבל מדרבנן מיהא אסור כמ"ש תלמידי הרשב"א ז"ל והביאו הב"י בסימן ק"ס ונראה לע"ד דשאני היכא דנשתנה המטבע דאע"ג דחזינן דזיילי בהו פיר' כל שהוא דומה לראשונים ה"ז מותר ואף על גב דחזינן דזיילי בהו פירי לאו משום דהוקרו המטבעות הוי אלא משום חריפותא דמטבע אוזולי מוזלי פירי בהו וכן נראה מדברי המרדכי וע"ש. ועוד נראה לע"ד דכל מטבע אין היוקר והזול תלוי בו וכי חזינן דזיילו בהו פירי השתא אמרינן דלאו משום דהוקרו המטבעות הוי אלא מחמת תרעא הוי שהוזלו הפירות זולא בהוסיפו על המטבע הוא דאיכא למיחש ולומר דמחמת שהוסיפו עליו הוא דקא מוזלי בהו השתא:

והשתא יש לחקור דבזמנינו זה אנו רואים שהחתיכות של כסף לפעמים שוות חמשה ושלשים בזוליטא ולפעמים שיות ארבעים בזוליטא וכ"כ כל שאר המטבעות ויש לשאול אם הלוה ראובן לשמעון ארבעים חתיכות בזמן שהי' הזוליט' בארבעים חתיכות ואח"כ בזמן הפרעון שוים החתיכות חמשה ושלשים בזוליט' אם יתן לו ארבעים חתיכות כמו שהלוה לו אם יש בו משום רבית ואם נאמר דאסור א"כ יהא אסור להלוות מעות במעות כמו שאסור סאה בסאה ומההיא שהבאתי דר"פ א"נ נראה שאסור וכמ"ש תלמידי הרשב"א יע"ש וכי תימא דההיא דריש פ' א"נ איירי במעות של נחשת דהוו פירא לגבי כספא ומשום הכי אסור משום דהוי סאה בסא' דאינהו נינהו דמוקרי וזיילי אבל מעות של כסף מאן נימא לן דהמעות הם שהיקרו ודילמא הזולוט' הוזל' זה אינו דהא כתבו התוס' שם בשם ריב"ן ז"ל דשמעתין איירי במעות של כסף שהם איסרין ונראה דס"ל דהזול תלוי בקטנים שהם האיסרין וראיתי בספר מלחמות להרמב"ן בריש פרק הזהב שכתב דמותר להלוות מעות במעות דמשום חריפותם לא מיחזי כרבית ולכאורה נראה דאע"ג דחזינן דאינהו נינהו דאוקרי וזייני אפילו הכי כיון דחריפי נינהו שם מטבע יש להם ולא גזרו בהו רבנן יע"ש. ולכאורה קשה עליו מההיא דפרק א"נ והיה

נ"ל דהרמב"ן לא ס"ל למ"ש תלמידי הרשב"א דאסור משום סאה בסאה דשאני מטבע במטבע דלא מיחזי כרבית והא דאוקיר וזיל היינו משום חריפותייהו:

סימן כד

הכא דהלוה לחבירו כל כך זילוטא חדשות והיו שוים באותו זמן כל חדא וחדא ל' חתיכות ואח"כ היקרו ועמדו בל"ו חתיכות מה משלם לו דלכאורה נראה דאם ישלם

לו כ"כ זולוטא"ש כמו שהלוה לו ה"ז אסור משום רבית אבל כד דייקינן בה אינו כן דהא קי"ל מותר ללות דינר כסף בדינר כסף ואם אתה אימר דכל כה"ג אי משלם לו כדמעיקרא יש בו משום רבית א"כ יהא אסור ללות דינר כסף בדינר כסף דשמא יוקירו הדינרים כמו שאסור ללות סאה בסאה אבל ה"ט דדינרי כסף כיון דמטבע הוא יש להם שער קצוב כל כה"ג אפי' סאה בסאה שרי דקי"ל יצא השער פוסקין וכ"ד הרי"ף בתשו' וכ"ד רב צמח גאון הביאו הגהת אשירי בפרק הגוזל גבי המלוה את חברו על המטבע ז"ל הוקרו הישנים צריך ליתן לו המעות שלקח הימנו וה"ט כמו שכתבתי ומעתה אין אנו צריכים למאי דמסיים שם בשם רבי' יואל ז"ל דהגאון איירי כגון שהחדשים קלים מן הישנים אבל אם הם שוים והוקרו השני' שנותנים פירות יותר בישנים ממה שהיו נותנים בשעת הלואה ה"ז אסור משום רבית אבל לפי מ"ש א"ש:

ואגב אורחין ילפינן מדברי הגאון ז"ל דלא מיבעיא דכי האי גוונא לית ביה משום איסורא אלא חיובי מיחייב לתת לו כדמעיקרא ואע"ג דהתנה הוא לשלם במטבע והראשונים נפסלו ולא הוי מטבע השתא דע"כ לא התנה במטבע אלא להנאתו אבל השתא דאיגלאי מלתא דהראשונים הם יותר שוים לזה לא התנה שיתן לו מטבע ואיכא למילף מהכא דכל מי שמלוה לחבירו שום מטבע אינו יכול לשלם לו במטבע אחר שאינם חריפים כ"כ כן נראה לע"ד וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל בפט"ז מהלכות אישות ועיין במ"ש לעיל מזה ובמהראנ"ח ח"א סי' ק"ד:

סימן כה

כתב הטור בחושן משפט סימן ע"ד המלוה את חבירו על המטבע פירוש שמכר לו סחורה ופירש לו שיתן לו מטבע לזמן פלוני ונפסל צריך ליתן לו מטבע כו' משמע דוקא שהתנה שיתן לו מטבע אבל מכר לו בכ"כ גרושה ונפסלו נותן לו מטבע שנפסל וכן נרא' מדברי התוס' שם וק"ל דמטבע שהוזל כתבו התוס' בפרק הזהב דף מ"ד: שאם מכר לו בחפץ בכ"ד איסרין כשהיו כ"ד בדינר ואח"כ זול ושוים ל"ב איסרין בדינר שצריך ליתן לו ל"ב איסרין וא"כ במכר חפץ בכל כך איסרין ונפסלו האיסרין ה"ז כמו שהוזלו שצריך ליתן לו כמו שהיה שוה מעיקרא ועכשיו ראיתי למהרשד"ם שלמד מדברי התוס' דפרק הזהב שאם הלוה לחברו סך מה וירדו המטבעות שצריך לשלם כמו שהיו מעיקרא שוים ולפי דבריו העל' שאם הלוה לו אלפים חתיכות ומעיקרא היו שוים האלפים חתיכות עשרה דינרים ועכשיו הוזלו ואינם שוים רק שמנה צריך ליתן לו אלפים ות"ק חתיכות יע"ש וזהו נגד ממה שנראה מדברי התוס' בפרק הגוזל והטור וכד דייקינן בה אינו כן דהא בריש פרק הרבית אמרינן אי דאוזפיה מאה בק"ך אי בתר מעיקרא אזלת הרי נשך

והרי תרבית ופירש רש"י ז"ל אי חשבת להני פרוטות כדמעיקרא הרי נשך והרי תרבית אי בתר השתא אזלת לא נשך איכא ולא תרבית דמעיקרא קיימי מאה בדנקא ולבסוף קיימי מאה ועשרים בדנקא וכתבו הרשב"א והר"ן ז"ל דהוי רבית דאורייתא ויש מי שכתב דהוי רבית דרבנן משמע דמדינא אינו חייב לשלם אלא מאה ואע"פ שהוזלו דאי מדינא חייב לשלם לו מאה ועשרים מה שהיה שוה מעיקרא א"כ אמאי תחשב רבית ואי משום שהתנה באיסור מה בכך סוף סוף דנקא יהיב ושוה דנקא שקיל אלא מוכח דכיון דאינו חייב לשלומי דנקא אלא מאה מה שנותן לו עשרים הוי רבית ומדברי התוס' בפרק הזהב אין ראי' דההיא איירי במוכר חפץ בכ"ד איסרין דסתמא כל המוכר בכ"ד איסרין כאומר בדינ' אני מוכר לך דכ"ד איסרין הוי דינר ולפיכך צריך ליתן לו דינר ואף ע"ג דאיכא למימר הדינרים הם שהוקרו ולפי סברת מהרשד"ם ז"ל אמאי לא מצי לפטור בטענת שהדינרים הם שהוקרו ואיסרין כדכויין שויין. אבל לעניות דעתי נראה דמה שכתבו התוספות ז"ל בפרק הגוזל במוכר פרגמטיא כל שלא פיר' שיתן לו מטבע נותן לו מטבע שנפסל איירי במוכר לו לזמן בהקפה והמעות נעשו עליו מלוה אבל במוכר שלא בהקפה אלא עד שיבא בני או עד שאמצא המפתח לא מצי ליתן לו מטבע שנפסל דאם כן נמצא זה נתאנה וכן נראה מדברי התוספות בפרק הזהב שכתבו דאיצטריך לאשמועינן שלא יאמר הדינרים הם שהוקרו והאיסרין כדקיימי קיימי משמע דבלא טעמא דכ"ד איסרין הם דינר אחד כל שהוזלו צריך ליתן כדהוו שוו מעיקרא אלא בשביל שלא הוזלו האיסרין אלא שהדינרים הם שהוקרו איצטריך לאשמועינן:

סימן כו

והמלוה לחברו מטבע ונפסל נותן לו מטבע היוצא ופי' התוס' דאיירי כשהתנה לו לשלם מטבע היוצא אבל לא התנה נותן לו מטבע שהלוהו דמטבע שנפסל דומה להוזל. אבל מדברי הרי"ף והרמב"ם ז"ל בפ"ד נראה דאפילו בסתמא חייב לשלם לו מטבע היוצא דסתמא על חשיבות המטבע הלוה לו כ"כ ה"ה וכ"נ מדברי הרמב"ם ז"ל בפ' ט"ז מהלכות אישות ולע"ד נראה לי להביא ראיה לזה דאם איתא דכל שלא התנה אינו נותן לו אלא מטבע שנפסל עד שיתנה עמו לתת לו מטבע היוצא אפילו כי התנה עמו נמי במה מתחייב לתת לו מטבע היוצא דהא בר"פ הזהב אמרו הזהב קונה את הכסף והכסף אינו קונה את הזהב ופיר' בגמרא דהאי קונה דקתני ר"ל מתחייב וה"ק במשיכת הזהב דהוי פירא מתחייב לתת הכסף כמו שהתנה עמו בין חדשים בין ישנים אבל במשיכת הכסף דהוי טיבעא אינו מתחייב לתת לו מה שהתנה עמו. והכא נמי אי סתמא אינו מחוייב לתת לו אלא מטבע שנפסל משום דהוי כי הוזל א"כ היאך מתחייב כשהתנה עמו לתת

לו מטבע היוצא כיון שלא משך ודכוותה כתב הר"ן ז"ל ברפ"ב דע"ז בשוכר את הפועל ופסק עמו לתת לו כור חטים יע"ש:

סימן כז

בלוה סאה בסאה והוזלה אם יתן לו הלוה בפרעון כמו שהיה שוה מעיקרא אם יש בו משום רבית נראה מדברי מהרי"ט בח"א דאסור משום רבית יע"ש ולכאורה איכא למידק דנראה דאפי' למ"ד רבית מאוחרת דאסור אפי' בסתמא היינו כשנותן לו יותר על מה שנתן לו דמשום שכר מעות יהיב ליה אבל זה שנותן שוה מה שלקח מחברו דשוה עשרה שקיל ושוה עשרה מהדר לאו משום אגר נטר הוא דקא יהיב אנא להחזיר לו שוה מה שלקח מידו קמכוין שלא יפסד המלוה ודאמרינן בברייתא בסאה בסאה הוזל נותן לו חטין לאו משום לתא דרבית הוי אלא דינא קא משתעי שאינו חייב להחזיר לו אלא הסאה שלקח ממנו דאדעתא דהכי נתן לו והכי קאמר דאע"פ שאם הוזלה מחזיר לו סאה דלא נתחייב להחזיר אלא סאה דוקא אפי' הכי אם הוקר' נותן לו דמים משום דאיכא משום רבית וכן נראה קצת מדברי התוס' בהגוזל גבי המלוה על המטבע וכ"כ הריב"ש בסימן שצ"ו יע"ש אמנם מדברי הריטב"א בחי' נראה כדברי מהרי"ט. והיכא דעשאה דמים ושיתן בעדם כ"כ חטי' כמו שיהיה השער אז בין הוקרה בין הוזלה צריך לתת לו חטים שוה הדמים בקצץ וכמ"ש מהרי"ט ז"ל ואף ע"פ שלקח ממנו סאה והשתא שהוזלו החטים מחזיר לו סאה וחצי וראיתי מי שאסר ואין דבריו נכונים:

סימן כח

גרסינן בפרק הרבית גבי מתני' דלקח הימנו חטים וא"ל הרי חטיך עשויים עלי בל' והרי לך אצלי בהם יין הרי זה אסור אם אין לו יין ופי' בנשרא דמתני' בבא לחוב בדמיהן עסקינן פי' דמעיקרא היה נושה בו מנה וא"ל תן לי חטים בשביל הלואתי וכתב הרב הנ"י ז"ל אבל היכא שבא באיסרו תחלה שנתן דמים על החטים מותר לפסוק יין כיון שיצא השער עכ"ל ונראה מדבריו דבכה"ג שבא באיסרו תחלה מותר לומר הרי חטיך עשויות עלי בל' כגוונא דמתניתין דאם איתא דבכה"ג אסור אפילו בא באיסרו תחלה כיון דא"ל הרי חטיך עשויות עלי בל' וזקפן במלוה. א"כ היאך כתב הנ"י דאיסורא דמתניתין משום דלקח בהלואתו מתחלה הא אפי' אי בא באיסרו אסור כיון דזקפן עליו במלוה דא"ל הרי חטיך עשויות עלי בל' ולפ"ז צ"ל דמ"ש הנ"י אחד כך ואוקמה רבא למתני' שכשבא לפסוק על היין לא העמד החטים עליהם דאי הכי היה שרי כיון דמתחלה בא באיסרו אלא הכא ה"ק שהמעות שנתן לו מתחלה בעד החטים זקפן עליו במלוה וכו' עכ"ל אינו אלא לשיטת רש"י ז"ל אבל לדעת הרי"ף ור"ח והיא גירסת הספרים דגרסי ומאי לקח לקח

בהלואתו כלומר דמתחלה הי' מלוה כי פסק על החטין ומ"ה אסור ממילא שמעי' דכל היכא דמתחלה באיסרו באו החטים לידו שרי למימר הרי חטיך עשויות עלי בל' ואני אעלה לך בהם יין ואין זה חשיב מלוה במה שא"ל הרי חטיך עשויות עלי בל' דמעולם לא נעשה זה מלוה וכאלו החליף פירות בפירות ובפרק ה' מה' מכירה כתב ה"ה בדין חוב הבא מחמת מכר וא"ת במה יקנה והא מעות ליתנהו בעיני' בעולם איכא למימר דכיון דמחמת מכר נינהו הו"ל כאלו לא נתחייב מעולם במעות וכאלו החליפו פרה בשור דמי עכ"ל שמעינן מדבריו דכל כה"ג דמעולם לא נתחייב במעות דבעת שאמר לו הרי חטיך עשויות עלי בל' א"ל לתת לו יין אפשר דאפי' החולקים עם הרמב"ם ז"ל שם יודו בזה דלא חשיב כאלו זקפן במלוה וע"כ לא חלקו התם אלא משום דבשעת שמכר לו המטלטלין לא א"ל לתת לו יין וכתבתי כ"ז מפני שראיתי להרב ב"י בסי' קס"ג שכתב דאפי' בבא באיסרו מתחלה אסור לומר הרי חטיך עשויות עלי בל' וזה אינו אלא לפי סברת רש"י ז"ל אבל לדעת הרי"ף ור"ח ורבים עמו בכל גונא שרי ולענין הלכה נראה דאיסורא דרבנן היא אי עבר **ועשה אזלינן לקולא**::

סימן כט

במאי דקי"ל דכל היכא דיש לו שרי למכור אפי' שוה ה' בד' נראה מפי' רש"י ז"ל דאפי' אין בידו מזומן כגון שהוא בעיר אחרת שרי כדמוכח מדבריו בסוגין דף ס"ג גבי קיראה שפי' איתנהו שרי דאפילו אינם בעיר דהוי כהלוני עד שיבא בני וכ"כ הריטב"א ז"ל גבי הלויני עד שיבא בני דכל שיש לו ואפי' בעיר אחרת חשיב יש לו יע"ש. אבל מדברי התוס' בשמעתין נראה דדוקא גבי פוסק עמו על הגדיש שאינו מוזיל גבי' כי אם כשער הלקיטו' כיון שיש לו בידו סגי ואע"פ שחסר תקון קצת אבל לאוזולי גביה שוה ה' בשיתא לא שרי אם לא שיש לו בעין שאינו מחוסר שום תקון כי אם הבאת מפתח ולפי דבריהם איכא למימר דכל שאין לו בעיר מזומן לא שרי לאוזולי גבי שוה ה' בשיתא ורש"י ז"ל לטעמיה אזיל דס"ל דכל שיש לו בידו אפי' חסר תיקון קצת עדיין שרי לאוזולי גביה כמ"ש הטור בסי' קע"ה ודעת הרמב"ם ז"ל נוטה לסברת התוס' שכתב בפ"ט היו החטים נמכרים ד' סאין בסלע ונטל את הדמים ונתן לו ה' אם יש לו חטים מותר היו לו חטים חוב אצל אחרים ה"ז אסור שהרי הם מחוסרים גביה וה"ז כאלו קובע לו זמן והוזיל לו מפני שמקיפו עכ"ל ומשמע מדבריו דכל שקובע זמן אפי' במכר ואפי' אית ליה אסור וה"ה היכא דאית ליה במדינה אחרת וצריך זמן להביאם דהרי זה כמי שקבע זמן ואוזיל מוזיל לי' השתא בשביל המתנה ואפשר לומר דאפי' החולקים עם הרמב"ם ז"ל גבי הלואה סאה בסאה דאפי' בקיבע זמן שרי פ"ב לא אמרו אלא בסאה בסאה דכיון דאינו מוזיל

גבי' השתא ויש לו לא גזרו אבל היכא דאוזלי מוזיל גבי' השתא כל כמה דקבע ליה זמן א"נ לית ליה בעיר דהוי כאילו קבע לו זמן ה"ז אסור דאנן סהדי דבשביל המתנה משום דלית לי' מזומן השתא אוזלי מוזיל גביה. (א"ה אין לגמגם על מ"ש א"א הרב ז"ל דהיכא דאוזיל גבי' אפי' יש לו אם קבע זמן אסור ממ"ש התוס' בד"ה וא"ל יהיבנא אך ה'
בזוזא פי' לזמן פלוני וכו' דנראה דא"א הרב ז"ל אירי בשאין לו הכל) וההיא ברייתא דלקמן דהמוליך פירות ממקום למקום דשרי לומר לו תנם לי ואני אעלה לך מפירות שיש לי דשרי מטעם דאית לי' ואע"פ שאינם בעיר התם סאה בסאה הוי וכי יש לו קצת שרי אבל למכור דבר ששוה ה' בד' איכא למימר דכל היכא דלית לי' מזומן בעיר ה"ז אגר נטר:
איברא דצ"ל דנראה דהטור ס"ל כסברת התוס' דכל היכא דמחוסר קצת תיקון לא שרי לאוזלי גביה וכ"נ שהוא דעת הרא"ש ור"י כמבואר בסי' קע"ה וקשה לזה ממ"ש הטור בסי' קע"ג דשרי להקדים מעות לגינאה שיתן לו לזמן פלוני דלועים בני אמה בזוז ואע"פ שעתה שוים בני זרת בזוז ואע"פ שאין לו עתה בני אמה דחשבינן לי' כאלו הם בידו כיון דממילא קא רבו ע"כ משמע מדבריו שם דכל שיש לו קצת בידו שרי לאוזלי גביה ולפי מ"ש הרמב"ם ז"ל בההיא דקרי מפני שהוא קונה אותם עתה בשווים שהרי כך הם נמכרים בשוק ומה שמניחם ליגדל מאליהן הם גדלים ולית ליה שום פסידא למוכר דבלאו הכי הוא הי' מוכרם עכשיו שהם בני זרת בזוז למדנו מדבריו דכל שאין לו מזומן בידו לא שרי לאוזלי במקחו וכ"נ מפי' רש"י ז"ל שפי' מיני' קא רבו שהקטנות היו בשעת המכר ומדידי' קא משבח ואזיל ולע"ד הכי נראה עיקר שהרי משנתן הדמים על הקטנים קנאם קנין גמור דכל המחובר לקרקע נקנה בכסף ונ"מ דבאחריותה דלוקח קיימי לענין גניבה:
איברא דק"ל עדיין דלפ"ז לא הי' צריך התלמוד להאריך כ"כ כדי לחלק בין חלב לדלועין לומר דחלב לאו מיני' קא רבו דאפי' הי' אפשר לומר בחלב דמיני' קא רבו מ"מ לא ברי לאוזלי גביה כיון שמחוסר תיקון וכמ"ש התוס' בפוסק על הגדיש דלא שרי לאוזלי כל שמחוסר עדיין תיקון משא"כ בדילועין דמהשתא קנאם זה קנין גמור וכי הגדילו ברשותיה הגדילו ואפשר ליישב דאצטריך לזה הטעם דלאו מיניה קא רבו לאסור אפי' כי הקנה לו הבהמות או החלב בקנין דפירות נקנין בקנין ואפ"ה אסור כיון דלאו מיניה קא רבו כמו שאסור למכור פירות הפרדס קודם שנגמרו ואע"פ שכל המחובר לקרקע נקנה בכסף מטעם שהמוכר קא חסר וכמ"ש ה"ה הכי נמי בחלב ולפי מ"ש נראה דלא שרי בדילועין אלא דוקא באומר לו עשר דילועין אלו דנמצא דמהשתא קנאם לאלו וכי

רבו ברשותא דלוקח קא הבו אבל אם א"ל לתת לו דלועין סתם בני גרמידא ולא אמר אלו לא שייך האי טעמא דמאן נימא לן שאותם דלועין שמכר לזה הן הם דקא רבו ונעשו בני גרמידא ובהגהת מרדכי כתבו דדוקא אם נותן לו אותם דילועין דאיתנהו בשעת פיסוק אבל אם נותן לו אחרים אסור וזה נוטה למ"ש ור"ל דאם מכר אותם דילועין שהיו בשעת פיסוק בעודם קטנים ה"ז אסור ליתן לו אחרים שבאו אח"כ דלא שייך השתא לומר כי קא רבו ברשותא דלוקח קא רבו אבל לפי הטעם שכתב הטור דילועין כיון דממילא קא רבו חשיב כאלו הם בידו נראה דאפי' מכר אלו וליתן אחרים תחתיהם שרי ולא מהני יש לו אלא לענין היתר פסיקא בלבד כמ"ש התוס' בפוסק על הגדיש בדף ס"ד ע"ב אבל כבר כתבנו דההיא דפוסק על הגדיש איירי בדלא אוזיל גביה ומ"ה שרי ואע"פ שבאחריות המוכר קיימי אבל היכא דאוזל גבי' בשעת הפיסוק כל שעומד באחריות מוכר ה"ז אגר נטר כל כמה דמחוסר בהם שום תיקון וההיא דקיראי דשרי לאוזלי גבי' כל היכא דאית לי' ואע"פ שבאחריות המוכר קיימי התם שאני משום שהם בעין ואינו מחוסר שום תיקון כי אם הבאת מפתח לא מחזי כאגר נטר ואפשר לומר דאפי' למה שפי' רש"י שם דה"ה אם אינם בעיר איירי כשהם קרובים לעיר יום או יומים דכה"ג אינם רגילים לאוזלי בשביל המתנה יום או יומים וכמ"ש התוס' דף ס"ד ע"א יע"ש ומאי דאוזיל גבי' לאו בשביל המתנה אלא שכר טירחא הוא דקא יהיב לי' כדי דלא למטרח אחר בנו או אחר המפתח וכ"כ ת"ר והריטב"א ז"ל בההיא דהזהב דא"ל תן לו בדינר ואפרנסם ואני אעלה לך יותר ממעות שיש לי בביתי ולפי זה כל היכא דהסחורה הוא במקום רחוק דצריך זמן להביאה הא ודאי משום אגר נטר הוא דקא אוזלי גביה:

וראיתי להרב ב' פני משה בח"א סי' ע"ד דרצה להתיר המנהג שעושים הסוחרים שמוכרים הסחורה בזול שיבא להם באני' בלב ים ואע"פ שבאחריות על המוכרים עד בואם ליד הלוקחים נקי ובר. ולע"ד אנ"כ דמ"ש מטעם דקביל עלי' זולא נראה לע"ד דהאי טעמא לא סגי כי אם בפוסק בשער שבשוק דהוי קרוב להפסד ג"כ דשמא יוזיל אבל בדאוזיל גביה מעיקרא לא שכיח שיוזיל כ"כ אח"כ כדי דלהוי קרוב להפסד וכל מידי דאינו מצוי לא מיקרי דהוי קרוב להפסד וכ"נ מדברי הרמב"ם שכתב בפ"ח מותר לקנות עגל בזול ויהי' אצל בעלים עד שיגדיל שהרי אם מת או כחש הוי ברשות הלוקח והכחש והמתה הוי מצוי תמיד ונראה שמ"ה כתב המרדכי דההיא דחביתא דחמר' דשרי משום דקביל עליה זולא היינו דוקא היכא דפסק כשער שבשוק שוה בשוה הכי איתא בהגהת מרדכי בשם ראבי"ה ז"ל וההיא דקיראי דשרי אף לאוזלי וסתמא איירי אפי' כשאחריות על המוכר כבר כתבנו דהתם שאני שהוא בעין מזומן ליתנו מהשתא בכל עת

שירצה דמה דאוזיל גביה אינו אלא משום טירחא שלא לטרוח אחר בנו א"נ מתנה הוא דיהיב ליה אבל בנ"ד דהוי הסחורה עדיין בדרכי באניות לא מקרי ישנה בידו מזומנות שאין בידו להגיע ליד הלוקחים בתוך יום או יומים ודאי כי אוזיל גביה לוקח השתא בפחות ממה ששוה ה"ז אגר נטר כיון דבאחריות המוכר קיימא אם יארע בה שום אונס דשכיחא הזיקא בדרכי הים וזולא אע"פ דקביל עליה הלוקח זולא זה לא שכיח מכיון דמעיקרא לקח בפחות לא שכיח שיוזיל כ"כ כדי דליהוי קרוב להפסד ג"כ וכה"ג חילקו התוס' בההיא דחמרא ולא דמי לפוסק על הגדיש דשרי ואע"פ שבאחריות המוכר קאי דהא כבר כתבו התוס' והרא"ש ז"ל דאיירי כשאינו מוזיל גביה דאי מוזיל גבי' אסור כיון דמחוסר קצת תיקון ואינו מזומן לגמרי ואפי' לסברת רש"י ז"ל דפוסק על הגדיש שרי לאוזלי עכ"ז לא דמי לאחריות דגדיש הוי מידי דלא שכיח משא"כ באחריות דספינה דהוי מידי דרגיל לא שרי וכה"ג חילק רש"י ז"ל בההיא עובדא דרבנן דיהבי זוזי אחמרא ועוד נראה דלא דמי להההיא דקיראי דהתם כיון שאין המקח מבורר ללוקח והמוכר צריך להעמיד קיראי מ"מ נמצא דלעולם הוי מקח גמור ולא הלואה, וכי אמרינן קרוב לשכר ורחוק להפסד רשע ה"ד בהלואה א"נ כשנתן דמים על דבר ידוע שאלו נאנסו המקח בטל והוי הדמים מלוה וכ"כ הנ"י גבי ההיא חביתא דחמרא וכו' בשם הרשב"א דפוסק על הגדיש דשרי ואע"פ דהוי קרוב לשכר ורחוק להפסד משום דהמקח קיים לעולם מה שאין כן בההיא דחבית דכיון דעל חבית ידוע נתן אם נאנסו המקח בטל והמעות מלוה יע"ש הן אמת דיש להקשות ע"ד דנראה מדבריו אלו דכל שלא נתן על חבית ידוע כיון שהמקח קיים לעולם שרי ואף שכל אחריות על המוכר ודמי ממש לפוסקין על הפירות אם יש לו דאע"פ שכל אחריות על המוכר שרי מט' דלעולם צריך לקיים מקחו וקשה דבההיא עובדא דרבנן דהוו יהבי זוזי אחמרא אמרו שם דטעמא דשרי משום דמעיקרא דחלא חלא הא לאו הכי הי' אסור והתם לא נתנו על חבית ידועה ודמי לפוסק על הגדיש וראיתי להרב בעל נ"י שפירש שם דלא דמי לפוסק על הגדיש לפי שהיין רגיל להחמיץ ושמא שלו החמיץ מעיקרא ע"כ ולכאורה נראים דבריו סותרים אלו את אלו דאיהו כתב לעיל דאי לא הוי רבית ידועה דדמי לפוסק על הפירות שיש לו. וראיתי להתוס' דף ס"ד ע"ב שכתבו שכל שאין יכולים לקנות מן השוק ק וליתן להם אסור לו למוכר לקבל אחריות ולפי זה עדיין נשאר לנו להבין גבי הנהו קיראי דאמרינן דכל דאית ליה שרי דלכאורה נראה דמאותם קיראי דוקא צריך ליתן לו ואם כפי פשטן דכל האחריות על המוכר כדאמרן לעיל מ"ש מההיא דחביתא דחמרא דאף דאית ליה אסור משום שכל אחריות על המוכר אם לא דקביל עליה זולא. וכ"ת הכא נמי גבי קיראה הוי נמי קרוב

להפסד דאם יוזיל הרי הוא ללוקח הא ליתא דכל היכא דמוזיל גביה בשעת המקח ונתן לו שוה ה' בד' לא שכיח שיוזיל כ"כ עד שיהא שוה ג' כמ"ש לעיל וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל שכתב בפ"ח מותר ליתן דמי חבית של יין ולומר אם החמיצם ברשותך ואי הוזלה ברשותי שכיון שקבל עליו הזול קרוב לזה ולזה ואח"כ כתב וכן מותר לקנות מחברו בתשרי מאה כדין של יין בדינר ואינו נוטלן עד טבת וכשנוטלן בודק ולוקח היין הטוב שאלו שהחמיצו מתחלה היו ראויין להחמיץ ע"כ. ויש לדקדק על דבריו במ"ש מט' דאלו מתחלה היו ראויי' להחמיץ ובלאו האי טעמא תישרי כיון דקביל עליה הלוקח זולא קרוב לזה ולזה הוא וטעם זה עדיף דיהא שרי אפילו כי מבחרי אחר טבת דלא שייך לטעמא דמעיקרא חלא חלא. וראיתי להב"י שדקדק זה וכתב דהכא לא התנה וכי שביק ליה השתא למבחרי' מיחזי כי אגר נטר ודבריו אפשר לומר לפי לשון הרמב"ם. אבל הטור ז"ל כתב דין זה אפי' בהתנה שכן כתב מותר להקדים מעות על יין בשעת הבציר ע"מ שיתן לו יין טוב בניסן ולפי זה תיקשי לן כל שהתנה ליתן לו יין טוב מאי אירייא בניסן משום דההיא שעתא נברר היין הא כל שהתנה יהיה באיזה זמן שיהיה מטעם דקביל עליה זילא:

אמנם כד נדקדק עוד בדברי הרמב"ם והטור שבדין הראשון כתבו מותר ליתן דמי חבית ובדין הב' כתבו מותר ליקח מאה כדי יין בדינר ולא כתבו מותר להקדים מעות של מאה כדי יין היינו לומר שבדין הראשון איירי בשנתן לו דמיו של חבית כלומר מה שהיא דמי' וכיון דלוקחה בשווייה משום הכי שרי להתנות שיהא אחריות חימוץ על המוכר שהרי קבל עליה הלוקח אחריות זולא אבל בדין השני אשמעינן חידושא דאפי' לא לקח בדמיו אלא אוזיל גביה דהשתא לא שייך לטעמא דזולא ונמצא דהוי הלוקח קרוב לשכר ורחוק להפסד אפ"ה שרי מטעמא דמעיקרא חלא חלא ונראה לע"ד דגבי קיראי היינו טעמא דשרי משום שהוא מזומן ליתנו מהשתא בכל עת שירצה הלכך אין לאסור מטעם שהמוכר חייב באחריות מאחר שבידו הוא לפטור ממנו כמ"ש לעיל. כללא דמלתא דלא שרי אלא היכא דקרוב להפסד כמו לשכר מה שאין כן במוכר לו חפץ מבורר דבדין הוא שיהיה האחריות על הלוקח כיון דשלו הוא ואין המוכר יכול לשנותו וליתן אחר תחתיו כי קביל מוכר האחריות מיחזי כי אגר נטר וקבלת זולא דלוקח בכה"ג לא מיקרי קרוב להפסד דכיון דאוזיל גביה תו לא שכיח שיוזל כ"כ עד שיהא קרוב להפסד ואחריות שקיבל המוכר שכיח טובא שכל הדרכים בחזקת סכנה ובפרט כשהוא דרך אניה בלב ים ועל כל אלה שכל ההוצאות הם על המוכר עד שיבא ליד הלוקח ובשלמא על ההוצאות הדרך איכא למימר דבדין הוא דליהוי על המוכר שהרי הלוקח כך התנה שיביאנה לו

לביתו אבל הוצאות המכס וכיוצא הא ודאי מן הדין רמי לבעל המקח. וראיתי לאחד מגדולי הדור שהתיר בנ"ד ואפילו כל האחריות למוכר וטעמא כיון דלא מצי המוכר יהיב ליה השתא מאי דמכר ליה ומדברי הגהת מרדכי בפוסק על הגדיש שכתב דה"ט דשרי ואע"פ שכל האחריות על המוכר דכיון שאין מזומן כמו שיש לו למכור אין להיות אחריות על הלוקח היה נראה ראיה לדבריו. אבל כד דייקנא בה ל"ד דע"כ לא שייך האי טעמא אלא בדלא אוזיל גביה בשעת פיסוק המקח אבל בנ"ד דאוזיל גביה אם אתה אומר שכל האחריות על המוכר נמצא שמה שאוזיל גבי' הוי אגר נטר ועוד דבפוסק על הגדיש אין החטים עדין מתוקנים כמו שהם ראויים למכור וצריך המוכר שיתקנם ולפיכך הרי הם ברשותו לאחריות מה שאין כן במוכר סחורה שהיא ראוי' למכור ואינה מחוסרת שום תיקון כל שמכרה הרי יצאתה מרשות מוכר ואפי' מעבר לים היא:

סימן ל

ויש לעיין במי שמכר פירות סמדר לחברו בזול דאסור כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ח אם המקח קיים כנגד המעות שנתן ויתן כשער של היתר דגבי מקח שנעשה באיסור כתבו הגאון והטור בח"מ סי' ר"ח דהמקח קיים ויתן כשער של היתר והכא מי נימא הכי שיהיה המקח קיים ויתן הלוקח כשער של היתר שהרי כל שנתן המעות קנה דכל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע ונקנה בכסף ואע"פ שנראה מדברי הב"י ז"ל דכל שקנה קנין גמור ה"ז מותר זה אינו שהרי הרמב"ם כתב דאסור קודם שיגמר ויתבשל משמע שהפרי הוא בעולם וכל שהפרי בעולם אפי' סמדר נקנה בקנין ולא חשיב דבר שלא בא לעולם כמו שפירש רש"י ז"ל בפרק הרבית דף ס"ו במוכר פירות דקל יע"ש אלא הכא היינו טעמא דאסור ואע"ג שקנה הלוקח משום שהמוכר צריך לעבוד את הקרקע מיחזי כרבית וכ"כ ה"ה בסוף פ"ט ולפי זה אף על גב דנעש' באיסור המקח קיים כשער של היתר ואין א' משניה' יכול לחזור או דילמא נהי דאין המוכר יכול לחזור בו ויתן כשער של היתר הלוקח מיהא מצי לחזור בו שהרי לא לכך ירד תחלה שמתחל' השער הזול נתן וגבי פסק על הפירות עד שלא יצא השער ונתקיים המקח בקנין כתב הב"י בח"מ בסי' הנז' דאע"ג דאין המוכר יכול לחזור הלוקח יכול לחזור כי נתייקר השער שהרי לא לכך ירד תחלה: **אבל** כד דייקינן בה לא דמי דבפוסק עד שלא יצא השער אין המקח מתקיים אלא בקנין דמעו' אינם קינו' אלא למי שפרע ובכי האי גוונא שנעש' באיסור אפי' מי שפרע ליכא כמ"ש הגאון משום הכי כי נתייקר השער יכול הלוקח לחזור שהקנין לא היה אלא לשער הזול ונמצא דאין כאן קנין אבל הכא שהמקח מתקיים בלא קנין בנתינת דמים בלבד הוא קונה והלוקח נמי אינו יכול לחזור וחילוק זה מבואר מתוך דברי הגאון דגבי פוסק על

השער כתב דאם נתייקר אין המוכר יכול לחזור אבל הלוקח יכול לחזור ואלו במוכר ביותר בשביל המתנת המעות כתב דהמקח קיים ואין אחד משניהם יכול לחזור ואע"פ שהב"י לא פירש כן לע"ד כן נ"ל:

איברא דאיכא למימר דבנ"ד כיון שנגמר הקנין בנתינת וזכה בו הלוקח ה"ז זכה בכולי' בדמים שנתן מתחל' ואע"ג דהויא איסורא מיהו אינו אלא אבק רבית וכל שלקח לא מפקינן מיניה והכא נמי כיון דזכה זה בקרקע או בפירות לא מפקינן מיני' וגבי משכנתא באתרא דלא מסלקי הביא הב"י בי"ד משם הרמב"ן דמסלקי לי' מלמיכל פירי בתורת רבית ולסלוקי' לגמרי א"א דהא מקנייא לי' הלכך אכיל פירות בשומא:

ולע"ד הדברים תמוהים הלא כיון שקנה זה את הקרקע ואין כאן אלא אבק רבית היאך יכול לסלקו מאכילת פירותיו וכ"ת כיון דא"ל לא תיכול כי אכל גזיל' הם בידו זה אינו דהא מתחלה בתורת רבית בא לידו וזכה בו לאכול פירותיו ומשום הכי כתב הרמב"ם ז"ל דמשכנתא בלא נכייתא לא דמי למוכר באסמכתא דמשכנתא הקנ' לו הגוף לפירותיו וכן נראה ממה שכתב הרמב"ם בפ"ח דמשכנתא בלא נכייתא באתרא דלא מסלקין ליה ואע"ג דמשכונא זו אסיר' הואיל ואבק רבית הוא הולכין אחר המנהג משמע מתוך דברי הרמב"ם דהגמ' איירי במשכנתא דאסור' ולא כמו שפירש הרמב"ם דהגמרא איירי למאן דשרי לה וכי תימא אי הגמרא איירי במשכנתא דאסור' היכי קאמר רבינא אכיל ה"ט משום דהמלו' קנה הקרקע לפירותיו משעה שמשכנ' אצלו ואכיל ולא אכיל דקאמר היינו לומר דמן הדין אוכל אותם דאי אפשר לסלקו מאכילת פירותיו אע"ג דאיכא איסורא דאבק רבית שהרי כבר זכה בהם ואין מוציאין מידו ואיברא דבאתרא דלא מסלקי נראין הדברים שהרי הקרקע מכור לו וכמו שפירש רש"י ז"ל. אבל באתרא דמסלקי בכל שעה שירצ' נרא' שאין כאן קנין כלל שהרי יכול לסלקו בכל עת שירצ' והראי' מדאצטריך לומר דאי אגבינהו בסינסני קנינהו משמע שאינו זוכ' בהם עד שיגביהם וגבי מוכר שדהו והתנה ע"מ שיחזירהו לו בכל עת שיחזיר לו הדמים כתב הטור דה"ז לא קנה כיון שיכול לסלקו בכל עת שירצה והרשב"א ז"ל לא אוקמי' האי מימרא באתרא דלא מסלקי ובלא נכייתא משום דכיון דהוי אבק רבית היכי אמר רבינא אכיל דמשמע לכתחל' והלא איכא איסורא לאוכלם משום אבק רבית אבל אי אכלם כבר אע"ג דמחה בה תחל' שלא יאכלם מהיכא תיתי לומ' שיהא גזל בידו והלא מעיקרא בשעת המשכונא כבר זכה בגוף הקרקע לפירותיו ומשום רבית באו לידו וזכה מגוף הקרקע לפירותיו ואף הרמב"ן ז"ל לא החליט המאמר דאם מחה שיהא (גזל בידו אלא ספוקי מספקא לי' כמו שנראה מתוך דבריו ולפי זה באתרא דלא מסלקי כיון דחשיב מכר בידו כמו שנראה מפירוש רש"י ז"ל אפי' מחה

בה שלא לאוכלם ואכלם נראה דלא מפקינן מידו דלא שבקינן פשיטות של הרמב"ם ז"ל משום ספיקו של הרמב"ם ז"ל ולפי זה נראה דבנדון דידן שמכר לו הפירות וזכה בהם קנין גמור אע"ג דאיכא איסורא לא מפקינן קנינו:

ועוד נראה לי דבנדון דידן כ"ע מודו דהמקח קיים ואין מוציאין מידו דהכא כיון שהפירות היו בוסר ה"ז יכול להקנותם לב מהשתא דהוי דבר שבא לעולם וכמ"ש במ"א בה'

מוכר דבר שלא בא לעולם סי' ב' וכ"כ התוס' בדף ס"ד סד"ה מה שעיזי חולבות מכור לך דההיא דפרדס' אייריי כשעדין לא הגיעו אפי' לבוסר ואע"ג דהרמב"ם ז"ל מפרש לה אפי' שכבר באו לעולם מ"מ איסורא דידהו לא הוי אלא משום דמתחזי כאגר נטר לפי שהמוכר צריך לעבוד בשדה וכמ"ש ה"ה בספ"ט יע"ש וכיון דלא הוי אגר נטר ממש אלא משום דמתחזי בדיעבד המקח קיים מכיון דאפי' אבק רבית לא הוי וכ"ש דלפי מ"ש התוס' נר' דההיי' דפרדסא אייריי כשעדין לא באו לעולם כלל אבל כל שבאו לעולם ה"ז נגמר המקח מהשתא ולית כאן מלו' ולא אמרינן קרוב לשכר ורחוק להפסד אסור אלא במלוה כמ"ש הנ"י גבי ההיא דחביתא והרמב"ם ז"ל כתב בההיא דמנה אין לי חטים במנה יש לי כיון דאינו אלא משום דמיחזי כרבית מוציאין מידו של לוה וכן הוא דעת הרשב"א יע"ש ובמוכר פירות עד שלא באו לעולם נראה מתוך דברי הגהת אשירי בשם מהרי"ח דף קמ"ג דאסור כיון דליכא עדין שום דבר זוזי הוו הלואה אבל מדברי הגהת אשירי שהביא בדף קמ"ה משם מהרי"ח גבי שינוייא דהתם זביני דלית ביה שום נדנוד עבירה וכן מוכח מהתוספתא דקתני מוכר אדם פירות שדהו וכ"כ הרשב"א בחי' דיותר שרי כשעדין לא באו הפירות לעולם מלאחר שבאו ועדין לא נגמרו דכל שלא יצאו כלל הוי כאומר מה שתעלה מצודתי מכור לך:

סימן לא

מרבין על השכר ואין מרבין על המכר כיצד אם מעכשיו אתה נותן לי הרי היא שכורה לך בי' סלעים לשנה אם בכל חדש וחדש סלע לחדש מותר ואמרו טעמא שם משום דשכירות אינ' משתלמת אלא לבסוף והאי כיון דלא מטא זימנא למיגבא לאו אגר נטר הוי משווא הוא דהכי שוייא והאי דקא"ל אם מעכשיו בי' אוזלי הוא דקא מוזיל גביה ע"כ וצ"ע דנראה דלא הותר בשכירות אלא בדשוה י"ב מדקאמר משווא הוא דהכי שוייא:

ואלו לפי עיקר הטעם משום דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף היה נראה דאפי' כי לא שוייא ג"כ לא הוי אגר נטר שהרי לא נתחייב לשלם שכירות עד סוף החדש ועוד מסיפא דמתני' נלמוד לרישא דקתני ואין מרבין על המכר וההיא אייריי בשאינו שוה כדמוכח מדברי הרמב"ם רפ"ח דאי בדשוה י"ב כי נמי התנה וא"ל אם מעכשיו וכו' ואם

לאח"ז בי"ב מה בכך הא ליכא אגר נטר ואם תאמר דאפי"ה אסור והוי אבק רבית דכיון דזביני בעי למיתן דמי מעכשיו מכי א"ל אם מעכשיו כבר נתרצה המוכר למוכרו בי' ומאי דא"ל אחר כך ואם לגורן בי"ב משום אגר נטר ליה ואסור אין זו סברא דלא מצינו אבק רבית במוכר שוה בשו' ומדברי הרמב"ם ז"ל שכתב וכשיתבענו בדין אינו נוטל אלא כפי מה שהיה שוה בשעת המכר מוכח דכל היכא דהיה שוה י"ב ה"ז נוטל י"ב ואע"פ שהתנה דלא כהרב מהריק"ו ז"ל בב"י שעל מ"ש הרמב"ם בלוקח חפץ בשוהו על מנת ליתן לאח"ז רשאי לומר תן לי עכשיו בפחות דאיירי אחר שנגמר המקח אבל קודם שנגמר המקח אם א"ל תן לי מיד בפחות ה"ז כמי שא"ל אם מעכשיו בי' ואם לאח"ז בי"ב דאסור לקבל ממנו אח"ז י"ב עכ"ל וזה אינו וכמ"ש:

והיה נ"ל לומר דמתני' איירי בדבר שאינו קצוב ואינו ידוע כגון קרקע ופרה וטלית שאין שומתו ידועה וגבי מכר כיון דבעי למשקל דמי מעכשיו כי א"ל אם מעכשיו בי' גילה דעתו שזהו שיווייו וכי א"ל ואם לאח"ז בי"ב משום אגר נער קא"ל ואיירי בדאוקיר גביה וכמ"ש הטור בריש סי' קע"ג ומ"ה אסור וכשיתבענו בדין לא יטול אלא כמו שהיה שוה בשעת המכר וכי האי גוונא בשכירות שרי דכיון דאינ' משתלמת אלא לבסוף ואין לו שומא ידועה דאין אונאה לקרקע אמרינן דמישווא שוייא ומאי דא"ל ואם בכל חדש וכו' אוזלי מוזיל גביה. ומיהו טעמא משום דאין שומתו ידיעה הא אי הוה שומתו ידועה אפילו בשכירות היה אסור דכיון דאוקיר גביה נמצא כאלו השכיר לו בי' ומה שנותן לו אח"כ סלע בכל חדש אינו בשכר ההמתנה. ומספקא לי אי איירי דוקא בשלא ביררו דבריהם עכשו ונכנס זה בבית על פי התנאי דכיון דיכול השוכר ליתן לו מיד י' והרי החצר שלו נמצא דמה שנותן אח"כ יותר הוי בשביל שכר ההמתנה אבל אם ביררו דבריהם קודם שהחזיק וא"ל השוכר אין לי ליתן עכשו אלא אתן לך סלע בכל חדש נמצא דמעיקרא לא נגמר השכירות אלא בי"ב. וכתב הב"י בסי' קע"ו בשם ת"ר דבשכירות נמי משכחת לה דאסור כגון אם השכיר לו חצרו בי' והחזיק בה ואח"כ אמ"ל שאם ימתין לפרעון חדש בחדש יתן לו סלע בחדש הרי זה רבית גמור עכ"ל. ונראה דאיירי בשאינו שוה י"ב דאי היה שוה אלא דאוזיל גביה מעיקר' כדי שיתן עכשיו א"כ כי לא נתן לו מיד נתבטל השכירות הראשון דאדעתא דהכי לא אוזיל גביה ומ"מ צריך להבין במ"ש דהוי רבית גמור מטעם דהוי כאלו נתן לו המנה וחזר ונטלו ממנו וכמ"ש הב"י נרא' דס"ל דאע"ג דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף מיהו כל שהתנה ליתן מידו ע"מ כן החזיק בבית נתקיים השכירות ומחוייב ליתן עכשו ומש"ה כי א"ל אח"כ שאם ימתין יתן לו סלע בכל חדש ה"ז רבית קצוצה דנמצא שנותן לו יותר בשביל שימתין לו על חובו.

אבל לע"ד נראה דלאו כולי עלמא מודים בזה דהא כיון דקי"ל ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף עדין לא זכה המשכיר בדמי השכירות אלא תנאי הוא דאיכא בינייהו ואי רוצה מקיים תנאי' ואם אינו רוצה הרי השכירות בטל. והתוספות כתבו בשם ר"י בפר' הגוזל גבי ישנה לשכירות בד"ה אלא במאי מקדשה כו' ועוד אומר ר"י שאפי' שניהם רוצים שיחולו הקדושין קודם הגעת ממון לידה אינה מקודשת כיון שאינה יכולה לתובעו בדין עד שיגיע הממון בידה ואיכא למימר דשאני הכא דכיון שהחזיק בבית נתחייב לתת השכירות מיד והשתא מתיישב מה שהקשינו לעיל, דכיון דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף והשתא ליכא חיובא כי נמי לא שוה אלא פחות אמאי אסור והא בכה"ג לא שייך אגר נטר וכמ"ש הרשב"א שהביא הב"י סי' קע"ז אלא תוספת הוא על השכירות. אלא היינו טעמא דכל שאינו שוה הרי הוא כאלו פירש ואמר שהשכירות אינה אלא בעשרה והשנים המוספים הוי משום אגר נטר וכיון שכן נמצא כאלו השכיר' לו בעשרה מיד דמשע' שהחזיק נתחייב בעשרה ונותן לו שנים יותר בשביל ההמתנה. ודע דאפי' השכיר לו בסתם בעשרה כדי ליתן לו מיד ולמחר מצאו וא"ל אם תמתין לי אתן סלע בחדש דשרי כיון דעדין לא החזיק דמה שא"ל מעיקרא בעשר' אוזלי הוא דהוה מוזיל גביה בשביל שתקדים השכירות שכל המתנה ליתן השכירות מיד סתמא מוזיל גבי' בשביל שתקדים השכירות ומינה ילפינן דאפילו במקומות שנהגו ליתן השכירות מקודם מותר לומר כן דכיון שנהגו כן סתמא אוזלי מוזילי' גבי שוכר. והוי יודע דהא דשרי לזלזולי בשכירות היינו טעמא משום דשכירות קרקע זכה ביה מהשתא זכיה גמורה ואין כאן הלואה כדי דנאסור משום אגר נטר אבל בשכירות פועל הואיל ולא משתעבד פועל לגמרי מהשתא דהא יכול לחזור בו הרי זה אסור לומר אם מהשתא בפחות ואם לאחר זמן בשיוויו וכמ"ש הטור בסימן קע"ג דאסור לזלזולי במכירה ולומר אם תתן לי מהשתא בפחות דכיון דאין המקח נגמר עדין הוי אגר נטר ואגב אורחין מתיישב מ"ש בגי"ת שם ממשנתינו:

וראיתי להרשב"א ז"ל שכתב דבפועל כל שאינו עושה מהשתא אסור לזלזולי בשכירותיה דנראה כרבית ואף על פי שלא התנה לומר אם מהשתא בפחות וראיה מההיא דהשוכר את הפועל בימי החורף לעשות עמו בקיץ דאסור לזלזולי. ולע"ד אינה ראיה דהתם שאני ששכרו לימים וכל יומא ויומא הוי שכירות בפני עצמו כדמוכח בסוגיין בפרק הספינה וכיון שכן נמצאו המעות הלואה אצלו שהרי עדיין לא חל כל השכירות ויכולים שניהם, לחזור אבל אם שכרו לזמן קצוב בסך מה דחל השכירות מהשתא בנתינת המעות או בקנין תו לא הוו הדמים מלוה ואף על גב דפועל חוזר בחצי

היום מכל מקום כל כמה דלא הדר גופיה קנוי וכי הדר ביה היינו טעמא משום דלא גרע מעבד עברי דמגרע מפדיונו ויוצא:

סימן לב

גרסינן בפרק הרבית ספינתא אמר רב אגרא ופגר' כלומר דשרי להשכיר ספינ' ולהתנות שאם תשבר ישלם אותה השוכר וכ"כ בשוכר פרה מחברו ולא חשיב רבית משום דלא עשאה דמים מחיים אלא לאחר מיתה ופירש רש"י ז"ל שלא עשאה דמים מחיים שאם יוזלו פרות בשוק לא ישלם וכל כמה דלא קביל עליה זולא לאו מלוה הוא עכ"ל וכן פי' הריטב"א ז"ל וכן כ' הרב בעל התרומות ולפי דבריהם לא שנא כלים שנפחתים מחמת מלאכה לא שנא כלים שאינם נפחתים מחמת מלאכה כגון כלי כסף וזהב הכל שרי כל כמה דלא קביל עליה יוקרא וזולא לאו מלוה היא וכ"כ בהגהת אשירי לדעת רש"י. אבל התוספות כתבו דאע"ג דקביל נותן יוקרא וזולא היה אסור משום דאחריות על המקבל ואע"ג דאחריות לא הויא אלא משעת שבירה ודקדקו הכי מההיא דאמרינן לקמן בעובדא דדודא דטעמא דשרי משום דקא מקבל נותן חוסרא דנחשא הא לאו הכי היה אסור ואע"ג דקא קביל עליה נותן חוסרא דנחשא ולפי דבריהם לא שרי להתנות הכי אלא בכלים שנפחתים מחמת מלאכה אבל בכלים של כסף וזהב שאינם נפחתים מחמת מלאכה אסור. ולע"ד נראה דליכא ראיה לאסור אפי' בכלים שאינם נפחתים דכיון דברשות בעלים לזולא קיימי נמצא שעד אות' שעה שנשבר הוא אצלו בתורת שכירות ואע"פ שנשבר ונעשה הלואה מ"מ כבר נתחייב בשכירות קודם שנעשה הלואה וכמ"ש הטור משא"כ בההיא עובדא דדודא דהוו שקלי ליה מעיקרא מיד נעשה הלואה וכמ"ש הטור משום הכי איצטריכא לומר מטעם דקא מקבל עלייהו חוסרא דנחשא ודעת בעל התרומות כסברת רש"י ז"ל. איברא דגבי נותן מעות לשולחני כדי להתנאות בהם כתב הרב בעל התרומות דאי קביל שולחני עלי' אונס הרי זה אסור ואע"ג דלא קביל עליה יוקרא וזולא. וראיתי להב"י ז"ל בסי' קס"ט בדין נותן מעות לשליח כדי שילוה אותם לעובד כוכבים ברבית דאי קביל שליח עלי' אונסין ה"ז אסור כתב הרב ז"ל דכל שקיבל עלי' אונסין הרי זה יכול להוציאם בההיא הנאה דקביל עליה אונסין ולפי דברים אלו אתי שפיר כמ"ש. אבל לע"ד אין דברי הרב שם נ"ל דמהיכא תיתי שיוכל להוציאם מכיון דלא נתנם לו אלא כדי להלוותם ברבית ומה שכ' הטור בדין השליח דאסור משום דזוזי לא הדרי בעיניה לאו למימרא דיכול השליח להוציאם לצרכו אלא הכי פירושו כיון דהשליח קביל עליה אונסין ואותם המעות לא הדרי בעיניה שהרי הוא מלוה אותם לעובד כוכבים ברבית ומחזיר אחרות. ולעיקר הקושיא נראה לי דמ"ש ב"ה דאם קיבל

שולחני אונסין הר"ז אסור היינו טעמא משום דבמעות לא שייך יוקרא וזולא וכדאיתיה בר"פ כ"כ מהרי"ק שורש קי"ט ודעת הרמב"ם ז"ל כפי מה שכתב הרב המגיד היה נראה דסבירא ליה כס' התוספות שכתב דע"כ לא שרי להתנות בכלים אנא מפני שהם נפחתים מחמת מלאכה אבל בצאן ברזל שאינו עושה בהם מלאכה לא שרי עכ"ד נראה דהבין בדברי הרמב"ם ז"ל במ"ש לפיכך אם קיבל עליו בעל הצאן שאם הוקרו או הוזלו או אם נטרפו הרי הם ברשותו הרי זה מותר היינו לומר שקיבל כולם יחד. אבל מדברי הרב בעל התרומות אין נראה כן אלא בחדא מינייהו סגי. ועוד נראה דאפי' למ"ש ה"ה דטעמא דהיתר כלים משום שהם נפחת מחמת מלאכה הא לאו הכי אסור ה"ד בקוצב דמים במעיקרא וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל אבל בקוצב דמים בשעת שבירה אפי' בכלים שאינם נפחתים שרי להתנות שאם תאנס ישלם כשעת שבירה ואין כאן מלוה אלא כדין ש"ש שמתנה להיות כשואל וכמ"ש הטור בסי' קס"ט דכל מידי דהדרא בעיני' אפי' קביל עלי' אונסין שרי ואין זה אלא שואל:

כללא דמלתא נראה לע"ד דכיון דכל הני רבוותא מסכימים להקל דבקבלת זולא תליא היתרא אזלינן לקילא ומה גם דפשטא דברייתא בפרק אלמנה לכ"ג דקתני כהן השם פרה מישראל מאכילה בכרשיני תרומה וטעמא דהואיל ואחריותו עליו משמע דאיירי בששכר' הכהן או כדפיר' לה הרמב"ם ז"ל בהלכות תרומות ששמה לעצמו כדי לפטמה ולחלוק הריוח לאמצע וא"א לאשכוחי בה היתרא אלא בדקביל הנותן יוקרא וזולא והיינו כסברת ריב"ן שהביאו התוספות בשמעתין וכן הוא דעת הרב בעל התרומות ז"ל:

סימן לג

ראובן שמכר לשמעון שטר חוב שהיה לו על העובד כוכבים ומסר לו השטר אבל לא כתב לו שטר הקנאה כדינו אי שרי לשמעון ליתן הרבית שעלה אחר כך על העובד כוכבים מי אמרינן כיון דשמעון לא קנה השטר נשארו המעות הלואה אצל ראובן וכי שקיל השתא הרבית מהעובד כוכבים נמצא דנוטל שכר מעותיו:

והנה במשכון של עובד כוכבים שביד ישראל והביאו לישראל חברו שילוה עליו ולכשיבא העובד כוכבים לפדותו שיקח הוא הרבית כתב הטור בסימן קס"ט בשם ר"ת דשרי ובלבד שיאמר לו הריני מוחל לך כל כח וזכות ושעבוד שיש לי על המשכון יע"ש והב"י הביא דברי המרדכי דפרק מי שמת שנראה מפשט דברי מהר"ם ז"ל דס"ל דלא קנה ישראל הב' המשכון וא"כ כל רבית שעלה על החובות כל היכא דאיתי' של בעליו הוא ואסור ללוקחו יע"ש ולכאורה נראה דטעמו של מהר"ם הוא משום דקי"ל דאין ישראל מעובד כוכבים או עובד כוכבים מישר' קני משכון וא"כ לא מצי המלוה לחזור

ולהקנותו לישראל אחר כמ"ש המרדכי בפרק מי שמת משם אביאסף וכ"כ המרדכי בפ"ק דקדושין בשם ראבי"ה סי' תפ"ד ור"ת ס"ל דאע"ג דאין ישראל מעובד כוכבים קונה משכון מכל מקום יכול להקנותו לאחר כיון דאית ליה שעבוד בעלמא ולטעמיה אזיל דס"ל דמכירת שטרות דאורייתא דשעבוד נכסים שיש לו למלוה בנכסי הלוה יכול להקנותו לאחר אבל רבים חולקים ואומרים דמכירת שטרות דרבנן משום דאין למלוה בנכסי הלוה כלום דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה וכמו שאינו יכול להקדישו כמו כן אינו יכול להקנותו ומהאי טעמא סבירא ליה להרשב"א ז"ל דאין אדם יכול לשעבד שטרי חובות שיש לו על אחרים אמנם כשנדקדק בדברי מהר"ם תראה דמאי דאסר מהר"ם ליקח הרבית לאו משום רבית קאסר ליה כמבואר באותה תשובה של מהר"ם שהביא הב"י בסמוך שכתב ז"ל נראה לי דאין כאן איסור רבית דהא ליכא הלואה דלאו אגר נטר לי הוא שהרי לא קיבל אחריות יע"ש ומאי דאסר הכא היינו משום גזל דכיון דלא קנה הלוקח את החוב לא קנה הרבית שעלה וכל היכא דאיתיה ברשותא דמוכר קאי ואעפ"י שאמר לו מעיקרא קרן ורבית היינו משום דסבור המוכר שבנטילת המעות זכה הלוקח בקרן וכי עלה הרבית ברשות הלוקח עולה והוא לא נתכוון למחול מידי והוי כמחילה בטעות דלא מהני דלא דמי למוכר פירות דקל דמעיקרא נתכוון המוכר לאוזלי גביה לוקח ולמחול לו מה ששווים הפירות יותר מהדמים שנטל אבל הכא מה שמניחו ליקח הרבית לא משום דהוא מחיל אלא משום דסבור שנתקיים המקח וכי שקיל לוקח הרבית דידיה קא שקיל והוי כמ"ש הרא"ש בעובדא דאת ונוולא יע"ש והר' מנחם ז"ל ס"ל דלא דמי לעובדא דאת ונוולא דהתם לא גמר המוכר למכור לא כן הכא דגמר למכור הילכך אף דיכול לחזור בו אין לו לחזור כי היכי דליקום בהימנותיה ולכך אית לן למימר דאפי' היה יודע שיכול לחזור לא היה חוזר כמ"ש התוספות ריש דף ס"ז יע"ש. עלה לנו מהאמור דמי שמכר איזה דבר לחברו אף דלא קנאו חברו או מחמת שהוא דבר שלא בא לעולם או חובות העובד כוכבים או של ישראל שהם מלוה ע"פ כל אחריות על הלוקח אין בזה משום רבית וכן נראה מדברי הרמ"ך ז"ל הביא דבריו הר"ב בחי' דף קמ"ג ע"ד: **אמנם** מדברי ר"ת הנז"ל אין נראה כן מדאיצטריך שיאמר לו הריני מוכר לך וכו' ואין לי עסק עמך ולא לך עמי וכו' ואם איתא דכל שקיבל עליו אחריות הלוקח סגי אמאי צריך שיאמר לו הריני מוכר לך כל כח וזכות וכן גבי חובות של אשראי הצריכו שיאמר אתה תפטור העובד כוכבים וכו' ולא די בקבלת אחריות בלבד ובסי' קע"ג כתב הטור שמי שיש לו שטר על חברו או מלוה ע"פ יכול למוכרו בפחות ואין בו משום רבית ובלבד שיהא אחריות של השטר והמלוה על הלוקח וכו' ומשמע מפשט הדברים דבקבלת

אחריות סגי ואף אם לא קנאו הלוקח אבל בהגהת אשירי הביאו הב"י שם משמע דס"ל דלא סגי בקבלת אחריות וצריך שימכרנו ללוקח בקנין הראוי לאותו דבר:

ונראה דשורש מחלוקתם תלוי באותה שאמרו בפ' הרבי' פרדיסא רב אסר וכו' ובהא מילתא איכא תרי פי' דהתוס' פ' א"נ דף ס"ד פי' דאיירי דוקא בדא"ל כך וכך הינין דאחריותו על המוכר ואיירי נמי כשלא יצא הפרי כלל יע"ש אשר נראה לפ"ז דאם מכר לו סתם בין רב למעט דאחריותו על הלוקח ולא קיבל המוכר אחריות כלל שרי ואפי' אם לא קנאו הלוקח שהרי איירי בדלא יצא הפרי כלל ואיכא מאן דמפרש לה דמיירי אפי' במכר סתם כל מה שיצא בפרדס בכך וכך ואע"ג דזמנין דאי' ביה תיואה ומפסיד הלוקח הכל אסור יע"ש הרי מבואר מזה דאפי' בדבר דליכא קנין איכא מאן דס"ל דשרי כל שאחריותו על הלוקח ואיכא מאן דס"ל דאסור אף שאחריותו על הלוקח ולכאורה נראה דאפי' בדקנאו הלוקח וגם אחריותו עליו ס"ל לבעלי הסבר' הזאת דאסור שהרי רש"י ז"ל ורבים עמו פי' גבי ההיא דפרדיסא דאיירי שלוקחין הפירות אחר שהם בוסר או סמדר אלא שעדין לא הגיעו לביכור יע"ש ורש"י ז"ל ס"ל דכל שחנטו הפירות מיקרי דבר שבא לעולם כמבואר בדבריו בפ' א"נ דף ס"ו ע"ב יע"ש וכיון שכן בנתינת המעות קנה דכל המחובר לקרקע נקנה בכסף ולפ"ז נמצא דבההיא דפרדיסא אסר רב אפי' דקנאו הלוקח וגם אחריותו עליו שהרי פי' רש"י ז"ל שם וז"ל כיון דאיכא תיואה פעמים שיש קיללקול בכרם כגון ברד או קרח ומפסיד הלוקח הכל עכ"ל הרי למדנו מההיא דפרדיסא דאיכא מאן דס"ל דאף דקנאו הלוקח ואחריותו עליו אסור אך קשה דגבי חובות של אשראי נראה דכ"ע מודו דכל שקנאו הלוקח ואחריותו ג"כ עליו דשרי ואין לומר דגבי פרדיסא תיואה לא שכיח ולא הוי קרוב לזה ולזה לא כן גבי אשראי דכיון דאשראי ספק אתי ספק לא אתי נמצא דהוי קרוב לזה ולזה דהלא במשכנתא דסורא שרי לכ"ע ומה שכתבו התוס' בדף ס"ד ע"א ליישב דשאני משכנתא שקונה קרקע מעכשיו במעות וכו' אינו עולה יפה לפירוש רש"י ושאר המפרשי' שפירשו גבי פרדיסא דנותן לו הדמים לקנות כל פירות הכרם אחר שהוא בוסר ועיין בחי' רב בצלאל גבי ההיא דפרדיסא שנראה משם שתירוץ התוס' רצו לאומרו גם לפי' רש"י יע"ש ויותר נכון לע"ד ליישב זה מ"ש ה"ה בפ"ט דשאני פרדיסא שצריך לעובדו והרי המוכר חסר בכך יע"ש וכן כתב הראב"ד ז"ל באו דבריו בחי' רב בצלאל ואיך שיהיה מהא דפרדיסא למדנו נמי דאיכא מאן דס"ל דכל שקיבל אחריות הלוקח שרי ואף דליכא קנין וכן נראה דס"ל לריטב"א ז"ל שכתב גבי ההיא דפרדיסא על דברי התוס' ז"ל הצ"ל ועדין אין הפירוש מחוור מאי אגר נטר ליה יש במי שלא לוה ואינו חייב באחריות המעות כלל עד ורבינו פי' דפלוגת' דרב ושמואל

בשקבל עליו המוכר שאם יאבדו פירות הקרקע לגמרי שיחזיר לו מעותיו דרב אסר כיון דאיכא תורת הלואה וכו' עכ"ל ולע"ד הכי נראה להוכיח מסוגיין דפ' כל הגט דף ל' גבי מתני' דהמלוה מעות את הכהן ואת הלוי ואת העני וכו' דאמרינן התם אמר מר פוסק עמהם כשער הזול ואין בו משום רבות מ"ט כיון דכי לית ליה לא יהיב ליה כי אית ליה נמי אין בו משום רבית ופירש רש"י ז"ל כגון נשתדפו שדותיו יע"ש הרי מבואר מהכא דכל שאחריותו על הלוקח שרי וע"כ צ"ל דההיא דפרדיסא שאני דאחריותו על המוכר או אף שאחריותו על הלוקח מ"מ על המוכר לעבדו כמ"ש הראב"ד וה"ה ז"ל והתוספות ז"ל שם הוצרכו לידחק דמשום תקנת כהן התירו יע"ש משום דס"ל דאף דאחריות על הלוקח כיון דליכא קנין אסור וכן נראה להוכיח מההיא דאמרינן דהמוכר פירות דקל לחברו דאף דקנין ליכא דהוי דבר שלא בא לעולם מכל מקום ליכא איסור רבית כן נראה מדברי המפרשים שם וכן כתב בהגהת אשירי דף קמ"ה ז"ל הצ"ל הכא זביני וליכא שום איסור הלכך הוי מחילה יע"ש וכן כתב הנ"י שם הן אמת כי דברי הגהת אשירי צ"ע דבדף קמ"ג ע"ד כתוב בהגהת אשירי וז"ל הצ"ל ולאידך לישנא שרי אפי' כך וכך וכו' עד מ"ש וכן מוכר פירות דקל צריך להחזיק בגוף הדקל לקנות יע"ש ועיין בהגהות מרדכי דף קנ"ב ע"ג ועדין צריך תבלין:

העולה מהאמור בנ"ד דאם אחריותו על הלוקח שרי וליכא משום רבית ומה שכתב ר"ת גבי משכון דצריך שימכור לו כל כח וזכות ושעבוד כו' היינו משום דאם לא כן נמצא דאחריותו על המשכון שהוא של ישראל מחמת השעבוד וגבי חובות של אשראי דהוצרכו לומר אתה תפטור וכו' היינו כדי שלא יוכל לחזור בו המוכר דכיון דהמוכר יכול לחזור בו הוי בסתמא האחריות עליו ואף שמדברי מהר"ם ז"ל נראה קצת דאף בדבר דליכא קנין אם מכרו בסתמא האחריות על הלוקח ממ"ש ז"ל הצ"ל נראה לי דליכא איסור רבית דהא ליכא הלואה דלאו אגר נטר לי הוא שהרי לא קיבל אחריות עליו יע"ש דאם איתא דאיירי בדפירש שאחריות יהיה על הלוקח לא הוה ליה לו' שהרי לא קיבל אחריות עליו כי אם שהרי קיבל הלוקח אחריות ועל פי האמור אפשר שמ"ש בהגה' אשירי שהביא הב"י בסי' קע"ג שהצריך שיהיה קנין במלוה ע"פ מעמד ג' ובמלוה בשטר כדינו היינו משום דאי ליכא קנין האחריות על המוכר ואותן שאסרו גבי פרדיס' כנז"ל אפילו כשאחריות על הלוקח שאני התם דצריך לעבוד המוכר או התם שאני משום דלא הוי קרוב לזה ולזה אבל אשראי ספק אתי ספק לא אתי ומה גם בחובות העובדי כוכבים דאינו אלא כמציל מידם. (א"ה כל הכתוב לעיל סדרתי לפי ע"ד כי בדברי א"א הרב ז"ל לא מצאתי כי אם רמז דברים):

סימן לד

ישראל שנתן משכון לעובד כוכבים כדי שילוה ברבית והלך העובד כוכבים ומשכנו אצל ישראל כתב ר"י דמותר ליקח הרבית מיד הישראל משום דמסתמא אקנייה ליה ישראל לעובד כוכבים משכונו ללות עליו ברבית והרמב"ן ז"ל חולק עליו דכיון דאחריותיה דישראל המלוה אההוא משכון אסור עכ"ד עיין בטור י"ד סימן קס"ט ונראה מדברי הרמב"ן ז"ל דכה"ג אסור מדינא ואפילו כי אין שליחות לעובדי כוכבים לחומרא שכן כתב אבל אם השאיל משכונו לעובד כוכבים כדי ללות לעצמו שרי משום דאקנויי אקני ליה משכונו עכ"ל הרי דאפי' כי לוה העובד כוכבים לצורך עצמו דאין שלוחו של ישראל אפ"ה איצטריך לומר דטעמא דשרי משום דאקנויי אקני ליה לעובד כוכבים המשכון הא לאו הכי הוה אסור משום דאחריותי' דישראל המלוה לעובד כוכבים על משכונו של ישראל קאי אבל מדברי התוס' ז"ל בפרק א"נ דף ע"ב נראה דליכא למיחש לזה משום דמשכון דין ערב יש לו ומותר לישראל להיות ערב בשביל עובד כוכבים דישראל המלוה לאו בתר ערבא קא אזיל והלוה ג"כ הוא מסולק מן המשכון שהרי אם אבד אין לו דין ודברים עם המלוה שהרי לא קיבלו אלא מיד העובד כוכבים וכן כתבו תלמידי הרשב"א ז"ל:

ונראה דר"י והרמב"ן ז"ל ס"ל דכיון דעובד כוכבים בתר ערבא אזיל ה"נ כי הלוה ישראל לעובד כוכבים בתר ערבא קא אזיל ונמצא דישראל המלוה אינו אלא אמשכון דישראל ואסור וכן נראה מדברי הסמ"ג שהביא הטור שכתב עובד כוכבים שמשכן לישראל בחובו ומשכן המשכון לישראל ברבית אסור ע"כ וכן הוא דעת בעל העיטור ז"ל שהביא הטור לקמן ואע"פ שהרא"ש בפרק כל שעה חולק עליו וכתב וכי אסור להלוות לעובד כוכבים על משכונו של ישראל ואע"פ שאין העובד כוכבים קונה משכון מישראל ואפי' כי משכנו מדעתו ודלא כמו שרצה להבין הב"י יע"ש מכל מקום מתוך דברי ר"י ז"ל שהביא הנ"י דף ק"ד והמרדכי דף קמ"ה נראה בהדיא דלא ס"ל הכי שהרי איהו ז"ל התיר בישראל ששלח לעובד כוכבים שילוה לו מישראל משום דמסתמא לא עביד איסורא ודעתו הי' שילוה העובד כוכבים מישראל ואח' כך יחזור וילוה לו ואפי הכי כי מסר משכון בידו של העובד כוכבים איצטריך לומר משום דסתמא אקנויי אקני לי' לעובד כוכבים המשכון וע"כ צ"ל דאע"ג דהעובד כוכבים אינו לוה כי אם לעצמו אפי הכי אסור משום דאחריותיה דישראל המלוה על המשכון הוא וחשיב כאלו הלוה לישראל עצמו שהוא בעל המשכון ולפי זה נראה דהיכא דיהיב ליה משכון לעובד כוכבים ללות עליו מעובד כוכבים והלך ולוה מישראל אם נתברר הדבר בעדים אסור ליטול ממנו רבית

דע"כ לא אמר ר"י דמסתמא אקנייה ניהליה אלא היכא דאמר ליה לעובד כוכבים ללות מישראל משום דלא שביק היתרא ואכיל איסורא אבל כי האי גוונא דאמר ליה ללות מעובד כוכבים והלך ולוה מישראל אף ר"י מודה להרמב"ן דאסור ואף דשינה העובד כוכבים שליחותיה ומטעם האמור לעיל ואף הרא"ש יודה בזה וראיתי להב"י שכתב על מה שכתב המרדכי דאם אמר ליה צא ולוה לי מן העובד כוכבים והלך העובד כוכבים ולוה מישראל מספקא לן מהו ונ"ל דשרי כיון דשני שליחותיה ע"כ דהאי שרי לא קאי אמלוה דאי ידע דשל ישראל הוא ליתסר וכו' יע"ש ולכאורה דבריו צריכים ישוב דהא טעמא בידע דאסור היינו משום דיש שליחות לעובדי כוכבים לחומרא וכיון דשני נלכ" שליחית דהא לר"ת דליתי' שליחות לעובדי כוכבי' כלל אפי' ידע המלוה מותר כמ"ש הרא"ש בהדי' בתשו':

סימן לה

כתב הריב"ש בסי' ש"ה דהא דכתב ר"ת ז"ל דאין שליחות לעובדי כוכבים לחומרא היינו כשכבר לוה אותם העובד כוכבים מן הישראל והרי הן של עובד כוכבים לגמרי אבל בנדון זה שהמעות מופקדות בידו של עובד כוכבים להלוותם ברבית לישראל הרי הוא רבית קצוצה והביא מן התוספתא ישראל שעשה סנטר או אפוטרופס אסור ללות ממנו ברבית ע"כ וראיתי במרדכי דף קמ"ה שהביא שגדול אחד פליג על ר"ת ז"ל וראיתו מן התוספתא הנז' והמרדכי ז"ל כתב דיש לדחות דסנטר או אפוטרופוס דבר מפורסם הוא ע"כ משמע דליכא איסור' אלא משום דידע שהמעות של ישראל וכ"כ בהגהת מרדכי דף קנ"ב ע"ד שהביאו ראיה מהתוספתא דקתני ישראל שאמר לעובד כוכבים טול שכרך ולוה מעותי ברבית מותר אבל אסור לעשות כן משום מראית העין יע"ש ומה שכתב שם שגם ר"ח ז"ל סבירא ליה כר"ת ז"ל התוס' והנ"י לא כתבו כן אלא דר"ח סבירא ליה כרש"י ז"ל:

סימן לו

כתב הריב"ש סי' ש"ח שאסור לישראל להלוות לישראל חבירו דינר זהב השוה כ' דינרים על אחריות ספינה ושיתן לו בשובה כ"ד דינרים והביא ראיה מדברי התוס' בההיא דר' חמא דהוה מוגר זוזי ופירשו התוס' שהיה ר' חמא מקבל אונסם ואפ"ה כתבו דהוה אסור ע"כ. ומשמע מדבריו דאפי' הי' מקבל הנותן מהשתא כל מיני אונסים אפי' גניבה ואבידה אסור יע"ש אמנם מדברי מהר"ם ז"ל במרדכי דף קמ"ג נראה דאם קיבל הנותן אף אחריות דגניבה ואבידה מותר והמבי"ט בסי' ו' כתב ראובן שלוה לשמעון מנה ונתן לו שמעון סחורה שיוליך לעיר אחרת ונתן לו דינר שיקבל עליו אחריות הדרך והשיב שהוא מותר

אפי' שהלוה על תנאי דהרי הוא כאלו הלוהו ע"מ שימכור לו חפץ פלוני בשוויו דמותר כדמוכח ממתני' דהמלוה את חבירו וכו' יע"ש ומדברי מהר"ם הנז' שהובאו במרדכי ז"ל ששאלת על הבחור שהלוה לך מעות וקצבת לו יציאותיו כדי שילמוד את בנך אע"פ שאינו נותן לו אלא כדי שילמוד את בנו אסור ע"כ ומשמע מדבריו דאפי' לא הוי אלא שוה שכר הלימוד א"ה אסור כיון שהתנה גם מ"ש דכיון שנתחייב כל אחריות הדרך אפי' גניבה ואבידה אין בזה צד רבית יע"ש כבר כתבתי דמתשוב' הריב"ש ז"ל אנ"כ ועיין מהר"ם אלשיך סימן ב' ובמהרש"ך ח"ג סי' ב':

סימן לז

מי שהלוה לחבירו ק' ע"מ שיתן לו אחר יב"ח מאה ועשרים או ע"מ שידור בחצירו חנם ואח"כ נודע למלוה שזה התנאי הוא בטל ובא לתבוע מעותיו מהלוה כי על תנאי זה הלוה לו וכיון שהתנאי בטל יחזיר לו מעותיו והלוה טוען שכבר זכה הוא במעות להשתמש בהם עד תשלום הזמן ואם התנאי הוא בטל המעשה יהי' קיים כדין מתנה עמש"ב וכן מי שמכר לחברו סחורה לזמן ביותר מכדי שווייה ואח"כ נודע למוכר שלא יוכל להוציא מהלוקח בסוף הזמן אותו היתרון ותובע מהלוקח עכשיו שיתן לו כמו ששוה עכשיו או יחזיר לו סחורתו והלוקח טוען שלא ישלם לו כי אם בסוף הזמן יורנו מורינו ושכמ"ה:

תשובההא מילתא דמתנה עמש"ב דתנאי בטל והמעשה קיים נחלקו בה הראשונים בטעמא דר"ת ס"ל דטעמא הוי כאותה שאמרו במתנה בדבר שא"א לקיימו בסופו מצד הדין הוי כאומר ע"מ שתעלי לרקיע והרמב"ן ז"ל בפרק יש נוחלין בחידושיו נחלק עליו וכתב דטעמא הוי משום דחשיב זה התנאי סותר המעשה דאין קדושין לחצאין ולכאורה נראה דנ"ד תלייא בהך פלוגתא דלס' ר"ת הכא נמי חשיב מעמש"ב כיון שאין הלוה יוכל לקיים תנאי זה והתנאי בטל והמעשה קיים אבל לפי ס' הרמב"ן כל כה"ג לא חשיב מעמש"ב ואע"פ שמצד הדין לא יכול הלוה לקיים תנאו אמרינן לי' שלא יעבור האיסור והמעשה יהיה בטל כההיא דאמרינן פ' המגרש באומר לאשה ה"ז גיטך ע"מ שתאכלי בשר חזיר אליבא דרבא דהלכתא כוותיה דהתנאי קיים דע"כ לא חשיב מתנה עמש"ב אלא ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה דודאי קא עקר אבל הכא מי קאמר לה לא סגייא דלא אכלה לא תיכול ולא תגרש ולכאורה פשטא דהך סוגיא לא אזלא בשיטת ר"ת דבתר דקאמר שם אליבא דרבא דע"מ שתאכלי בשר חזיר לא דמי לתנאי שא"א לקיימו בסופו משום דהכא אפשר דאכלה ולקייא אותיב עליה ותיפוק ליה דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה משמע דטעמא דמעמש"ב דתנאו בטל לאו מטעמא דרישא הוי

ומשום דהוי מפליגה בדברים אלא דס"ל דכל מעמש"ב דבריו בטלים ועדיין יראה דאיכא למימר דאפי' לשיטת ר"ת ז"ל דאית ליה דטעמא דמתנה על מה שכתוב בתורה דתנאו בטל משום דכיון דאי אפשר לקיימו מצד הדין הוי כאלו אי אפשר לקיימו בפועל והוי כמפליגה בדברים אינו אלא בדבר שאי אפשר לקיימו מצד הדין בשום צד כי ההיא דעל מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה דאין אישות לחצאין וכן הריני נזיר ע"מ שאהא שותה יין דאין נזירות לחצאין אבל כי האי גוונא דנדון דידן דאפשר לתנאי שיקיים ע"י שיעבור הלוה איסורא ויתן הרבית והוי כי ההיא דעל מנת שתאכלי בשר חזיר דהתנאי קיים דאפשר דאכלה ולקייא ואין לומר דהאי תנאה דמיא לעל מנת שתבעלי לאבא ולאביך דאמרינן דאפי' אליבא דרבא חשיב מתנה עמש"ב משום דנהי דהיא עבדא איסורא אינהו מי עבדי איסורא הכא נמי כיון שגם המקבל הרבית עביד איסורא נימא דחשיב מתנה על מה שכתוב בתורה דהא הכא המלוה גופי' הוא דעביד הך תנאה והרי גילה דעתו דניחא ליה לעבור האיסור:

איברא דאיכא למימר דהך דנדון דידן לא דמי להא דע"מ שתאכלי בשר חזיר דהתם בשעת התנאי לא קא עביד איסורא דהא אמרינן לא תיכול ולא תגרש אבל בנ"ד דבשעת התנאי קא עברי אלאו דלא תשימון כ"ע מודו דחשיב מתנה על מה שכתוב בתורה. וראיתי להתוס' בפרק הזרוע שכתבו גבי ע"מ שהמחמת שלי דהיינו טעמא דנותנם לכל כהן שירצה דחשיב מעמש"ב דהתורה נתנה לו רשות לתתם למי שירצה ולכאורה קשה דמאי שנא מעל מנת שתאכל בשר חזיר דאמרינן לא תיכול ולא תגרש ה"נ נימא לא תתן ולא יקנה ונראה דס"ל דע"כ לא אמרינן לא תיכול ולא תגרש אלא דוקא בכה"ג שאין מתנה שתאכלנו עכ"פ ואדרבה ניחא לי' שלא תאכלנו ולא תגרש והיינו דקאמר מי קאמר לה לא סגייא דלא תיכול אבל בהאי דעל מנת שהמתנות שלי שאנו רואים כוונתו שרוצה בקיום המקח אלא שיתן המתנות לו אז אמרינן דתנאו בטל ולפי זה אף בנ"ד אנו רואים כוונתו שרוצה בהלואה ורוצה ליקח הרבית יש לנו לומר דתנאי בטל ומעשה קיים כל זה הי' נראה **לכאורה**:

אבל מצאתי בתשובות הרשב"א החדשות סי' של"ב שכתב ז"ל ובר מן דין זה שהתנה מתחלה להשתמש בהם בשכר מעותיו אע"פ שרבית קצוצה היא מכל מקום תנאם תנאי לענין זה והר' זה כשוכר ולא תימא כיון דהתנו מעיקרא על תנאי של רבית קצוצה תנאם אינו תנאי והדברים בטלים הם וכאלו לא התנו דמי שהרי אמרו בפרק איזהו נשך אמר אביי האי מאן דמסיק בחברי' ד' זוזי דרביתא ויהיב ליה גלימא בהדייהו כי מפקינן מיני' ד' מפקי' מיניה גלימא לא מפקי' מיני' כלומר ולא אמרין כיון דבזוזי דרביתא הוא

דיהיב ליה גלימא הרי נעשה באיסור ואין מקחם מקח אלא דברים בטלים אלא אמרינן המקח קיים אע"פ שנעשה באיסור ואין האיסור מבטל המקח וכו' יע"ש הרי להדיא דס"ל להרשב"א ז"ל דהתנאי קיים וכיון דהתנאי קיים פשיטא דיכול לתבוע מעותיו דע"ת זה הלוהו וכן נראה ממ"ש הרשב"א והר"ן ז"ל בשם הראב"ד הביא דבריהם הרב הנימוקי פ' איזהו נשך גבי האי משכנתא באתרא דמסלקי ז"ל ומיהו אע"ג דקי"ל דלא מסלקינן לי' אם אמר לא בעינא דתיכול ארעאי וכי הוו לי זוזי פרענא מסלקינן ליה מפירי שכיון שזה מוחה עליו שלא י יאכל גזל הוא הלכך אפי' אכלן לאחר מכאן משלם לו ומכל מקום מוציאין מן הלוה למלוה חובו כדין כל ב"ח וכו' ופשיטא דמיירי בקבע לו זמן שלא יוכל לתובעו תוך הזמן דאי לא מאי קמ"ל דמוציאין מן הלוה למלוה חובו פשיטא וכי יאכל הלה וחדי אלא דמיירי בקבע לו זמן וכיון דמסלקינן ליה מאכילת פירות המשכנתא קמ"ל דאף דהוא תוך זמנו כופין את הלוה לפרוע למלוה ודברים אלו הביא הרב בצלאל ז"ל בשיטה מקובצת בשם הריטב"א ז"ל על הך סוגיא ז"ל ואפי' קבע זמן לא מועיל לו כלום וב"ד חייבים למחות בו ואם אחר כך אכל משלם מדין גזל ומחשבינן ליה אפילו בשטרא אחרינא ומ"מ כופין אותו לפרוע מיד שלא קבע זמן אלא ע"ד שיאכל הפירות וכו' יע"ש וכ"כ הרמ"ה ז"ל הביא דבריו הרב מהרר"א מונסון ז"ל במהרש"ך ז"ל ח"ג סי' ב' ז"ל משכונא באיסור שלא קנה המלוה זכות זו שהקנה במשכונא ומתוך שלא קנה המלוה זכות שהקנהו הלוה בחצרו לא קנה הלוה זכות שהקנה המלוה במעותיו והו"ל הלואה בטעות שהלוהו על מנת שיזכה ושבטלה הקנאת משכונא מן המלוה בטלה ההלואה מן הלוה וכו' הרי לדעת כל הנך רבוותא דיכול המלוה לתבוע מעותיו דכיון דהריוח שהתנה זה ליקח הוא בטל גם הלואתו בטלה:

ואל תשיבני ממה שכתב הטור בי"ד סימן קע"ה ובחה"מ סי' ר"ח ז"ל מקח שנעשה באיסור כגון שהוסיף בשיווי המקח בשביל המתנת המעות או שפסק קודם שיצא השער אין אחד מהם יכול לומר המקח בטל כיון שנעשה באיסור אלא המקח קיים והרבית שבו אין מוציאין אותו מיד המוכר ודין זה מקורו מרבינו האיי גאון ז"ל שלמדו מההיא סוגיא דגלימא וכתב מרן בב"י ז"ל בשם תלמידי הרשב"א ז"ל ומיהו בפוסק עד שלא יצא השער הלוקח ודאי יכול לחזור בו שלא ליתן כשער היוקר שהרי לא לכך ירד שמתחלה כשער הזול פסק עמו ומיהו רבינו כתב שאין אחד מהם יכול לומר המקח בטל וכו' יע"ש משמע דלא פליגי אלא בפוסק עד שלא יצא השער אם הלוקח יכול לחזור בו או לא אבל במוכר ביוקר בשביל המתנה כולי עלמא מודו דהמקח קיים ולא יתן הלוקח היתרון ועיין בספר מאירת עינים שנתן טוב טעם למה הלוקח יכול לחזור בו ולא יקח כשער היוקר שלא ירד

מתחלה לכך והמוכר לא יוכל לחזור וע"כ יקבל הדמים כמו שהיתה שוה בעת שמכר יע"ש הרי דאף דתנאי שהתנה למוכרה ביוקר הוא בטל מכל מקום המקח קיים הכא נמי נימא דאף שמה שהתנה ליקח הרבית הוא בעל ההלואה יהיה קיימת דאיכא למימר דהטור לא פליג עם כל הנך רבוותא דלא איירי אלא כשבא המוכר בסוף הזמן ותובע כמו שפסק שכבר המתין הזמן ואפי' הכי אמרינן לי' שלא ליקח כי אם כמו שהיתה שוה בעת המכר אבל הוא הדין שאם בא בתחלת הזמן ותובע לו שיתן מעותיו מיד כמו ששוה שלא קבע זמן אלא ע"ד ליקח ביוקרא שפסק עמו או שיחזיר לו סחורתו פשיטא שהדין עמו כמו שכתבו כל הנך רבוותא וכ"ש לדעת הרמב"ם והרב מהר"י ן' מיגאש דס"ל דגם המוכר יכול לחזור בו אם הסחורה קיימת כמו שנכתוב לקמן בס"ד:

איברא דמדברי הרמ"ך ז"ל שהביא הרב בצלאל על סוגיא דטרשא דרב נחמן נראה שחולק בדין זה שכתב ז"ל אבל אם נתאנה בשתות קנה ומנכה לו שיעור אונאתו מדמי מקחו ואינו יכול לבטל המקח כיון שמשך הלוקח והוא הדין שאינו יכול לכופו לפורעו עד הזמן שפסק עמו מתחלה כן נראה וצ"ע עכ"ל הרי דאף שאינו משלם כי אם מה ששוה תנאי ההמתנה הוא קיים ולא יכול לכופו **לפורעו** קודם **הזמן מכל** מקום הרב גופי' ספוקי מספקא לי' ואין ספיקו של הרב ז"ל כדאי לדחות ודאם של כל הראשונים ז"ל שכתבנו למעלה:

העולה בידן לענין הדין שיוכל המלוה לכפות ללוה שיחזיר לו מעותיו מיד וגם המוכר ביותר משוויו יכול לכוף את הלוקח שישלם לו המעות כמו ששוה עכשיו מיד ולא ימתין עד הזמן ומאי דאיכא לספוקי אם הסחורה קיימת והמוכר טוען שיחזיר לו סחורתו שאינו רוצה למוכרה כשער של עכשיו והלוקח טוען כבר זכיתי בה ואיני נותן לך אלא דמים כמו ששוה עכשיו והנה כבר כתבנו דלפי דברי רבינו האיי גאון ז"ל והרא"ש והטור ותלמידי הרשב"א והרמ"ך והרשב"א הדין עם הלוקח ולא יתן כי אם דמים אבל הרמב"ם ז"ל חולק בדין זה שכתב בפרק ח' מהלכות מלוה ז"ל אסור להרבות על המכר כיצד המוכר לחבירו קרקע או מטלטלין ואמר לו אם מעכשיו אתה נותן לי הדמים הרי הם שלך במאה ואם עד זמן פלוני הרי הם שלך במאה ועשרים הרי זה אבק רבית כו' כשיתבענו לדין אינו יכול ליקח מהלוקח אלא מה שהי' שוה בשעת המכר או יחזיר לו ממכרו מידו אם הי' קיים וכו' הרי דאף שזה המוכר גילה דעתו בתחלה שאם נותן לו המעות מיד הוא מוכר במאה אפי' הכי כשבא בסוף הזמן וסופן שיחזיר לו סחורתו או יתן לו מאה ועשרים כמו שפסק שהדין עמו כל שכן כשלא אמר אם מעכשיו בכך אלא שמכרה לו בסתם לזמן ביותר משוויה שיכול לתבוע סחורתו שיחזירנה לו וכן דעת

רבו הרב מהר"י ן' מיגאש בתשובה שהביא הרב בצלאל על הך סוגיא דטרשא דרב נחמן ז"ל מי שלקח מחבירו סחורה בהמתנה והוסיף עלי' בדמים לסיבת ההמתנ' אם היתה הסחורה בעינ' קיימת ורצה בעלה לחזור ולקחתה יש לו לחזור ולקחתה שיכול לומר לו אני מכרתי אותה לך באותו שער וכו' אלא שחילק הרב ז"ל בין התוספת יותר משתות או פחות שאם הוא יותר משתות ודאי יכול המוכר לבטל המקח ואם הוא פחות משתות אינו יכול לבטל המקח ומנכה לו הלוקח את התוספת אבל הר"מ ז"ל נרא' דס"ל דאף אם התוספת הוא פחות משתות יכול המוכר לבטל המקח שכתב שם וכן אם מכר לו מטלטלים במאה והיו שוים למי שקונה במעותיו מיד תשעים הרי זה אסור ואינו נותן לו אלא תשעים או מחזיר סחורתו מידו אם היתה קיימת עכ"ל הרי שהדמיון שלקח הרב ז"ל הוא עשירית ואפי' הכי כתב שחייב להחזיר הסחור' העול' מדבריהם שכשהתוספ' הוא יותר משתות חייב הלוקח להחזיר הסחורה ולכאורה קשה לדבריהם הסוגיא דגלימא ודשכירות דמינה יליף רבינו האיי והנמשכים אחריו דמקח שנעש' באיסור מסלקים האיסור והמקח קיים ואין שום אחד יכול לבטלו והרמב"ם גופיה כתב בסוף הפרק ז"ל מי שהיה נושה בחברו ד' דינרים של רבית ונתן לו בהם חפץ ששוה ה' כשמוציאין ממנו מוציאין ה' הואיל ובתורת רבית בא לידו משמע דדוקא הואיל ומשום רבית בא לידו מוציאין ממנו החמשה דלא ליתהני מרביתא הא לאו הכי המקח קיים. ועוד כתב ז"ל וכן אם נתן לו בהם כסות או כלי מוציאין ממנו את הכלי עצמו או את הכסות עצמו וכתב עליו ה"ה ז"ל ופירש דדוקא משום דהוי דבר מסוים הוא דמוציאין את הכסות בעצמו או את הכלי בעצמו דהוי טעמא משום דלא לימרו גלימא דמכסי דרביתא הוא הא אם הי' דבר שאינו מסויים אינו מחזיר כי אם דמיו ונראה דס"ל דדוקא כשהמקח עצמו לית ביה איסורא מצד עצמו אלא שהאיסור בא לו מצד אחר כה"ג דנתן לו גלימא בעד דמי הרבית שחייב לו או שהי' חייב לו ד' דינרים של רבית ונתן לו בהם דבר ששוה חמשה דאוזילי אוזיל גבי' שהמקח עצמו הוא היתר אלא שקנה בדמי רבית אז אמרי' המקח קיים ואם אותם הדמים אינם עולים לפרעון מפני שהם רבית יתן לו דמים אחרים אבל בהני גווני שכתב בתחלת הפרק האיסור הוא בגוף המקח שמכר שוה מאה במאה ועשרים אז המקח עצמו הוא בטל ויכול המוכר ליקח סחורתו. סלקא בידן שאם המקח הוא ברשות הלוקח פשיטא דאינו נותן כי אם דמים כדעת כל הראשונים שכתבנו דבריהם למעלה אבל אם תפס' המוכר יכול לומר קים לי כדעת הרמב"ם והרב ן' מיגאש דס"ל דהמקח בטל ואין מוציאין אותה מידו ודוקא כשהתוספת הוא יותר משתות דאז שוים הרמב"ם

והרב ן' מיגאש אבל אם התוספת הוא פחות משתות אז הרמב"ם הוא יחיד בסברתו דהמקח בטל:

סימן לח

מתנה על דברי סופרים אי תנאו קיים ע"ז גרסי' בפ' אע"פ אמתני' דכל הפוחת לבתולה מק"ק ולאלמנה ממנה ה"ז בעילתו בעילת זנות קאמר עלה אלמא קסבר ר"מ תנאו בטל והא שמעינן ליה לר"מ דאמר כל המתנה עמש"ב תנאו בטל הא בדרבנן תנאו קיים ומשני קסבר ר"מ כתובה דאורייתא והרמב"ם ז"ל פסק בפי"ב מה' אישות כר"מ דתנאו בטל והקשה הר"ן ז"ל עליו דע"כ לא אמרה ר"מ אלא משום דס"ל כתובה מן התורה אבל לדידן דקי"ל כתובה דרבנן ואפי' בדאורייתא בדבר שבממון תנאו קיים הכא ודאי תנאו קיים אלא שאינו רשאי לקיימה וכ"כ הרמב"ן ז"ל. וה"ה כתב לישב דעת הרמב"ם ז"ל דס"ל דחכמים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה עכ"ל. ואין להקשות ע"ז א"כ כי פריך בגמרא לר"מ אמאי לא משני הכי דכבר פירש"י ז"ל דמדקאמר ר"מ כל המתנה עמש"ב נראה דהא בדרבנן תנאו קיים. אבל לר"י דקי"ל כוותיה לא שנא בדאורייתא ול"ש בדרבנן תנאו בטל כיון דהוי מידי דאיסורא וכ"ת א"כ אמאי לא משני הכי בגמרא אליבא דר"י ואיצטריך לשנויי דס"ל לר"י דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה ה"ט דכיון דאשכחן דס"ל לר"י דרצה כותב לה התקבלתי ממך מנה ולית ביה משום בעילת זנות א"כ חשיב ליה האי דבר שבממון וכל דבר שבממון אפי' בדאורייתא תנאו קיים אבל לדידן דס"ל כר"מ בהאי דהוי מידי דאיסורא אפי' ר"י מודה דכל מידי דאיסורא אפי' בדרבנן תנאו בטל דר"י אינו מחלק בין איסור תורה לאיסור דברי סופרים דבכל גוונא תנאו בטל ויש קצת ראיה לזה שפי' דכי פריך בגמרא ולר"י טעמא דכתבה ליה הכי הא ע"פ לא אמאי דבר שבממון הוא וכו' ואמאי לא פריך ליה הא כל בדרבנן תנאו קיים אלא נראה דר"י אינו מחלק בין ד"ת לדברי סופרים אלא בין איסורא לממונא וכן מוכח בר"פ הכותב וכ"נ מדברי הרא"ש בפסקיו שכתב ז"ל הכי קא"ל ר"מ לר"י לא מבעיא אם כתבה לו התקבלתי דכיון דמחלה כתובה הווייא בעילתו בעילת זנות שהרי אין לה כתובה. אלא אפי' פיחת בתנאה בשעת הקדושין דתנאו בטל הוי בעילתו בעילת זנות:

וראיתי להרב בכ"מ ד' קט"ו שכתב דנראה מדברי הרא"ש דאם כתבה לו התקבלתי דמחילתה מחילה ואפילו לר"מ. ולע"ד זה אינו דכל בשעת הקידושין ל"ש בכתב ל"ש ע"פ תנאו בטל וכ"כ הטור בהדיא בסי' ס"ו ז"ל וכל הפוחת לא מבעיא אם כתבה לו אח"כ התקבלתי דאז אין לה כתובה משמע דלא מהני כתובה אלא אחר הנשואין ובסי' ס"ט כתב דאם כתב לה ק"ק ומחלה לו תנאו בטל וכי קאמר בגמרא כל הפוחת אפי'

בתנאה ה"ק לא מבעיא התקבלתי אחר הנשואין דמחילתה ודאי הויא מחילה דהוי בעילתו בעילת זנות אלא אפי' בשעת הקידושין דהוי תנאה אפי' בכתבה לו התקבלתי ותנאו בטל וכמ"ש הריטב"א ז"ל הוייא בעילתו בעילת זנות. ומכל מ"ש עלה לנו דמתנה לבטל ד"ס אם הוא מידי דאיסורא תנאו בטל. אבל אם הוי מידי דממונא ולא שייך ביה מחילה צריכא לן למידע אי תנאו קיים אי לא. וראיתי בפ"ק דקידושין גבי הנותן מתנה לאשה ע"מ שאין לבעלה רשות בה דתנאו בטל והא מה שהבעל זוכה בנכסי אשתו אינו אלא מדרבנן שחכמים תיקנו לבעל שיאכל פירות נכסי אשתו והתוס' כתבו בפ' חזקת דף מ"ט דאפי' אמרה האשה איני נפדית ואיני נותנת פירות אין שומעין לה כדי שלא תיטמע בין העובדי כוכבים ועוד דלא דמי למזונות שיכולה לומר איני ניזונת ואיני עושה דהתם לא מפקעת התקנה לגמרי שאם לא עשתה היום יעשה למחר אבל הכא מפקעת התקנה לגמרי ע"כ משמע מדבריהם לתירוץ שני דאפי' כי ליכא איסורא אינה יכולה להפקיע התקנה לגמרי ובירושלמי פ' הגוזל קמא קאמר ר' בון בר רב חייא אמר האומר ערכי עלי ע"מ שלא לסדר מחפץ פ' אין מסדרין לו מאותו החפץ וקאמר עלה זאת אומרת שאין שמין ערכין מן המטלטלין דבר תורה אלא מדבריהן. ולכאורה נראה דהירושלמי ס"ל דכל שמפקיע התקנה לגמרי תנאו בטל ולזה לא אמרו דמהני אלא באומר ע"מ שלא לסדר מחפץ פ' אבל אי אמר ע"מ שלא לסדר מן המטלטלין תנאו בטל כיון שמפקיע התקנה לגמרי דאל"כ אשמועינן חידושא דאפי' באומר ע"מ שלא לסדר מן המטלטלי תנאו קיים ומההיא דע"מ שלא תשמטנה שביעית דמשמט ואפי' האידנא דאינה נוהגת אלא מדבריהם אין ראיה דאיכא למדחי דהתם איסורא חשיב ומצוה מדבריהם להשמט אבל במידי דאינה אלא תקנת ממונא איכא למימר דכל שהתנה תנאו קיים. להרב מהרי"ט ז"ל בח"א סי' קל"ד דתפס במושלם דכל מידי שתנאו מפורש בתורה אם התנה תנאו **קיים**::

סימן לט

במאי דקי"ל מתנה עמש"ב תנאו בטל כתב ר"י בפ' אע"פ דף נ"ו דלא אמרינן הכי אלא היכא שמכוין לעקור וק"ל מההיא דפרק המגרש נענה ר' טרפון ואמר הרי שהלכה ונשאת לאחיו של זה שנאסרה עליו ומה בלא בנים לא נמצא זה עוקר דבר מן התורה אלא מעמש"ב מי קאמר לה לא סגייא לה דלא מינסיבא ליה לאחיה דההוא גברא משמע דאי הוה מתנה הכי הוה מתנה עמש"ב ואמאי הא כשהתנה זה לא אסיק אדעתיה דימות גם זה בלא בנים ותפול קמי יבם והכי אמרינן בס"פ ב"ש גבי יבמה שנדרה הנאה מן היהודים ומה שהביא ראיה מההיא דתנן הריני נזיר ע"מ שאגלח בבית חוניו דאם גילח

בבית חוניו יצא ופי' דה"ט משום דסבור זה שיש מצוה בבית חוניו כמו במקדש ולא הוי מתנה על מהן שכתוב בתורה לדידי ק"ל דאם כן מאי פריך שם אלא מעתה סיפא דקתני אם גילח בבית חוניו יצא ה"נ דנעשה כמי שאומר הריני נזיר על מנת שלא אתחייב באחריות קרבנותיו נזיר כל כמה דלא מייתי קרבנו לא מתכשר ומ"ק הא גברא זה תנאי קא מתני דיהיה נזיר על מנת שיגלח בבית חוניו ואי לא מצי עביד בבית חוניו אין זה נזיר ואין זה מתנה על מה שכתוב בתורה ובשלמא אי אמרינן דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה פריך שפיר דהוה מעמש"ב וכ"ת א"כ מאי משני האי גברא לצעורי נפשיה קא מכוין אמר אי סגיא בבית חוניו טרחנא כלומר דאם יכול לטרוח לא יהיה נזיר והא הוי מתנה עמ"ש בתורה ה"פ האי גברא לצעורי נפשיה קא מכוין וכשאמר הריני לא לנזיר הכתוב בתורה קא מכוין אלא לשון פרישות קא' ולנדר קא מכוין ולכן אם גילח בבית חוניו יצא דאיגלאי מלתא דלא לנזירות הכתוב בתורה קאמר אלא לנדר כיון ולצעורי אנפשיה והכי אמרו גבי מתניתין דהריני נזיר מן הגרוגרות ומן הדבילה דאינו נזיר אבל נדר הוי וכו' וכן נר' מדברי הרמב"ם בכאן בהלכות מעשה הקרבנות ולפ"ז מדוייק שפיר לישנא דמתני' דקאמר ואם גילח בבית חוניו יצא דמאי יצא דקאמר והא אין כאן לא נדר ולא נזירות לפי מ"ש התוס' אבל לפי מ"ש אתי שפיר ועיין בתוס' פ"ב דנזיר אמתני' דהריני **נזיר על מנת** לשתות יין שפירשו כמו שפירשתי:

סימן מ

אם הלוה לחברו סאה בסאה בדרך היתר דהיינו שהיה לו מאותו המין ואחר כך נתייקרה הסאה ובא המלוה ותבעה מהלוה ולא נתנה לו ואחר זמן הוזלה הסאה מה דינו אי סגי כשיתן לו עכשיו הסאה כמו שהלוה לו או אם מחוייב ליתן כמו שהיה שוה בשעה שתבעה שהיתה ביוקר ראיתי זה ימים לאחד מגדולי האחרונים ז"ל דס"ל דצריך שיפרע לו כמו שהיה שוה בזמן שתבעה ממנו שהיה ביוקר וכיון דלא פרעו אז חייב מדין מזיק עכ"ד. ולע"ד האי טעמא לא מחוורא דאין זה אלא גרמא בנזקין וכיוצא לזו כתב מהר"ם ז"ל בסי' י"ו דשותף שעיכב לחברו מלמכור בזמן מכירתה אין לו עליו אלא תרעומת:

אבל יש להביא ראי' לעיקר דינא שאנו בו מאותה שאמרו בירושלמי גבי הכותב לזון את בתה ה' שנים הרי זה חייב לזונה חמש שנים הראשונים היו ביוקר והוזלו אם העכבה ממנו נותן לה כשעת היוקר איברא דעדיין יש לדחות דהתם לא נתחייב לה בכ"כ חטים למזונותי' עד שנאמר יתן לה כמו שנתחייב אלא סתם נתחייב לזונה והיינו דמים ששוו המזונות והרי זה כמי שנתחייב בדמי מזונות חמש שנים אבל זה שנתחייב לתת כ"כ סאים כמו שלקח לא בדמים נתחייב כי אם בפירות וכל שיתן כ"כ סאים כמו שלקח

סגי אבל לפי מה שראיתי להרא"ש ז"ל אם בפרק הנושא שכתב גבי היו בזול והוקרו בין שהעכבה ממנו ופ' משלם בזול דמעיקרא דטעמא משום דכל הגזלנים משלמים בשעת הגזילה עכ"ד נראה דס"ל דלא בדמים נתחייב כי אם זוכות ולזה אם המזונות נתייקרו יתן כ"כ מזונות למדנו דכל שמחייב לתת לחברו מה בזמן פ' כנ"ד ובא הזמן ולא נתן הרי זה דין גזלן יש לו ומשלם כמו שהיה שוה באותה שעה:

סימן מא

מי שהפקיד מעות ביד חברו ואחר כך תבעו המפקיד להחזירם לו כדי ליתנה לעובד כוכבים ברבית והנפקד לא רצה להחזירם והלך הנפקד ונתנם כדי ליקח הרבית לעצמו לכאורה היה נראה דאפילו אם לא הרויח הנפקד בהם היה חייב לשלם למפקיד מה שהפסיד מלהרויח דכי אמרו המבטל כיסו של חברו פטור מלשלם היינו משום דמי יימר דמזבני ליה ולא הוי ברי הזיקא אבל זה שכבר היה מזומן להרויח בהם וע"י העכבתו של זה הפסיד מלהרויח הרי זה חייב מדינא דגרמי וכן נראה מדברי מהר"ם סימן רצ"ח "ל אבל מבטל כיסו של חברו אע"פ שאמר לו ליקח הפירו' אינו חייב דמי יימר דמזבני ולא דמי להההיא דמכות מעידים אנו שאיש פלו' שחייב לפלוני אלף זוז עד שלשים יום והוא אומר עד עשר שנים והוזמו אומדים וכו' דהתם היו המעות תחת ידו להרויח בהם ע"כ ובהלכות גזילה כתבתי שכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל אלא שנראה דלאו כ"ע מודו בהכי יע"ש ואף דברי מהר"ם הנז' יש מקום לדחות' דלא דמו לנ"ד שהיו המעות מופקדים ביד אחר. אמנם עדיין נראה דבכה"ג דנ"ד שהרויח בהם הנפקד חייב לשלם למפקיד ואע"פ שמיד כשתבעו ולא רצה להחזיר נעשה גזלן מ"מ לא קנאם הנפקד להיותם שלו כדי שיהא הריוח וכן כתב מהר"ם בסי' ת"ר ז"ל ונ"ל דגבי פקדון נמי אם תבע פקדונו מפני שאומר אני רוצה להרויח בו דבר או להלוות והלה מעכב ומרויח בו אין זה דומה למבטל כיסו ואם ידוע שמרויח בו חייב לתת לו מכיון שהרי הוא מזומן להלוותו עכ"ד הן אמת כי נראה קצת מדבריו דאינו חייב ליתן כל הריוח אבל מדברי הרמ"ה הביא דבריו הטור בח"מ סי' שס"ג נרא' בפירוש דחייב ליתן לו כל הריוח שכ' ז"ל דאם השכיר הגזלן הספינה לאחר אף אם לקח הגזלן השכירות צריך להחזירו לבעלים דלא קנאו הגזלן קנין גמור אלא להתחייב באונסין יע"ש וה"ה בנ"ד דשבח המעות הרי הוא לבעלים ועיין במרדכי בפרק המפקיד ותשובת מהר"ם הנז' הביא המרדכי בפרק הגוזל קמא דף ד"ן אלא שהוסיף המרדכי על דברי מהר"ם ז"ל שהקשה רשב"ם ז"ל דכיון דשלח בהם יד הו"ל הגזלן ותנן כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה ואמאי יתן לו מחצית הריוח ותי' המרדכי ע"ז ואומר אני דהגאון מיירי שזה תובע להחזיר לו פקדונו ואינו רוצה להיות

עמו קרוב לשכר ולהפסד דהתם ודאי אם מסרב ודחי ליה מחייב נמי בריוח למיפלג עכ"ד. ולע"ד נראה דאם נקבל תי' על הגאון ז"ל מכל מקום עדין קשה על דברי מהר"ם ז"ל דכתב דאם תבע פקדונו מפני שזה רוצה להרויח בו והלה מעכב ומרויח בו דאין זה דומה למבטל כיסו מאחר שהוא מזומן להלוותם והוא הרויח בהם עכ"ד דהלא כיון שזה תובעם והנפקד מעכבם הו"ל גזלן וקי"ל כל הגזלנין משלמים כשעת הגזילה וא"כ אמאי יתן לו ממה שהרויח אפי' מכאן ולהבא ומה שכתב המרדכי בחי' דריוח דמכאן ולהבא יתן לו התם אפשר לומר כן דאיירי שהנפקד היה רוצה מתחלה ליתן אלא שהיה רוצה שיהיה עמו קרוב להפסד וגם המפקיד היה רוצה שישתמש אלא שהיה רוצה להיות קרוב להפסד וכה"ג אפשר לעלות על הדעת דלא הוי כגזלן אבל דברי מהר"ם דלעיל אי אפשר לפרשם הכי כמבואר שם וגם אי אפשר לומר דאיירי דהמפקיד תבעם והנפקד עכבם ואמר לו שיתן לו ממה שירויח ולא דיברו עוד מלבד דהעיקר חסר עוד בה דא"כ אמאי איצטריך לטעמא שיהיה מזומן להלוותן ועיין בח"מ בסימן שס"ג שהקשה הב"י על דברי הרמ"ה כעין קושית הרשב"ם הנז' ומה שתירץ הסמ"ע שם. איך שיהיה בנ"ד נראה דב"ד יכולין להוציא מידו:

סימן מב

ישראל שלוה מעות מעובד כוכבים ברבית אם יכול ישראל חברו ליכנס ערב לעובד כוכבים נחלקו בו הראשונים ואיכא מאן דס"ל דאפי' לא נעשה הישראל כי אם ערב קבלן אסור וכן נראה מדברי הראב"ד ז"ל ממאי דסיים ואם קבל עליו מותר אע"ג דכי לית לי' שקיל מישראל קרן ורבית יע"ש מדברים אלו מוכח דלא שרי בקבלן ועיין בחידושי רב בצלאל דף קנ"ז ע"ג יע"ש והרשב"א ז"ל סבירא רא לי' דכי האי גוונא שרי ולא אסור כי אם כשאין דין המלוה עם הלוה כלל שיכול לדחותו אצל הערב כמבואר בסי' ק"ע אך צריך לעמוד באיסור זה למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה אם איסורו מן התורה או מדרבנן והנה הריב"ש בסי' ש"ה סבירא ליה דאיסורו מן התורה והוכיח כן דאם איתא דמן התורה שרי ומדרבנן הוא דאסור מאי מקשי תלמודא בדף ט' סוף סוף כיון דדיניה דעובד כוכבים וכו' למאי דילפינן מקרא יע"ש וכן נראה לכאורה דס"ל לר"ת דהא ס"ל דאין דילפינן לעובדי כוכבים אפילו לחומרא:

אמנם הרב בעה"ת בשער מ"ו ח"ד סי' י' סבירא לי' דאיסורו מדרבנן ומטעם יש שליחות לעובדי כוכבים לחומרא יע"ש ועדין יש לצדד דע"כ לא ס"ל להרב בעה"ת דאיסורו מדרבנן אלא בערב קבלן אבל בערב שלוף דוץ אפשר שיודה להריב"ש דאיסורו מן התורה ואף דלפי דבריו שם אין ראיה מסוגיין ולפי זה נראה דבערב שלוף דוץ אם פרע

הערב לעובד כוכבים אף אם פרע לו הישראל לערב יכול להוציא ממנו דהוי רבית קצוצה והוא הדין אם תבעו העובד כוכבים לערב הזה ואמר לו הערב לישראל המלוה שיפרע לעובד כוכבים ועשה כדבריו שיכול להוציא ממנו דהוי כאלו אמר לו אותו קרן ורבית שאתה חייב לי תנהו לו:

וראיתי להמרדכי בדף קמ"ה שכתב דגדול אחד פליג על ר"ת ז"ל במאי דס"ל דאין שליחות לעובדי כוכבים אפי' לחומרא וראייתו מדתניא בתוספתא עובד כוכבים שמינהו ישראל סנטר או אפטרופוס אסור ללוה ממנו ברבית ולי נראה דיש לדחות דסנטר או אפטרופוס דבר מפורסם הוא עכ"ד. ומדברים אלו נראה דס"ל דר"ת אמרה אף כשאחריות המעות על ישראל ודלא כסברת הריב"ש ז"ל דקאמר דמעותיו של ישראל המופקדות ביד עובד כוכבים ואחריותן על ישראל אף ר"ת מודה דהוי רבית קצוצה ואם כן קשה אמאי לא הקשה אותו גדול על ר"ת מהיא דערב דקי"ל דאסור דהשתא גבי ערב לעובד כוכבים שהעובד כוכבים הוא הנותן מעותיו לישראל אסור לישראל להיות ערב משום דאחריותו על ישראל הערב כל שכן כשהמעות הם של ישראל ובאחריותן קיימי דאף שהעובד כוכבים נותנם אסור ואפשר לומר לדבריהם דסוגיין דערב אייריי בעובד כוכבים שלוה מישראל או דס"ל דאף ר"ת לא התיר אף במעות ישראל המופקדים ביד העובד כוכבים ואחריותם על הישראל אלא כשאין מתחייב הלוה אלא לעובד כוכבים לא כן גבי ערב דערב נתחייב לעובד כוכבים וישראל חברו מתחייב לערב:

ועתה נשאר לנו להבין מאי דקי"ל דעובד כוכבים שלוה מישראל ברבית וישראל אחר יצא ערב בעדו דאסור כל שיכול לדחותו אצל ערב ואף דלגבי הרבית הוי כערב שלא בשעת מתן מעות דלא מחייב מדינא מ"מ אסור כנראה מדברי ראבי"ה ז"ל אם היינו דוקא כשלא זקף הקרן עם הרבית דאז כיון שיכול לדחותו אצל ערב הוי כאלו הלוה ישראל לערב והרבית מתרבה על ישראל הערב יום יום אבל כשזקף הקרן עם הרבית על העובד כוכבים שאין העובד כוכבים יכול ליפטר מאותו רבית אפי' אם בא ליפרע לישראל המלוה קודם הזמן אז יכול הישראל להיות ערב בעד העובד כוכבים ואף אם העובד כוכבים יכול לדחותו אצל ערב דהוי כאלו פטר את העובד כוכבים בשביל ערבותו אחר זמן דשרי ליקח מישראל הערב הקרן והרבית מטעם דהרבית נתרבה על העובד כוכבים הכא נמי הרבית נתרבה. על העובד כוכבים מאחר שזקפו ועשאו קרן וישראל הערב נכנס במקומו לפרוע חיובו או דילמא אפי' אם זקף הישראל המלוה על העובד כוכבים הקרן והרבית אסור לישראל להיות ערב בעד העובד כוכבים בשביל הקרן והרבית כל שהעובד כוכבים יכול לדחותו אצל ערב מאחר שחיובו של ישראל

הערב בא בבת אחת הוי כאלו הלוה ישראל לישראל חברו מאה במאה ועשרים וע"כ לא התירו מהר"ם ומהרי"ק ז"ל בשרש קל"ו יע"ש אלא כשנתחייב העובד כוכבים מעיקרא בקרן וברבית ואח"כ יצא הישראל ערב פרען לישראל חברו ופטר את העובד כוכבים אז ודאי שרי ליטול הקרן והרבית מישראל הערב ומדינא נמי חייב דהוי כערב בשעת מתן מעות מאחר דהרבית לא נתרבה כ"א על העובד כוכבים לא כן כשזקפן הישראל הקרן והרבית על העובד כוכבים וישראל יצא ערב בשעת מתן מעות אז ודאי נראה דכל שיכול העובד כוכבים לדחותו אצל הערב אסור דכה"ג הוי כאלו הלוה ישראל לישראל חברו מאה במאה ועשרים ומסתמא לית לן למימר דהוי כאלו אמר הערב שמתחייב אחר חיובו של עובד כוכבים ובשביל שפוטר את העובד כוכבים על פיו אלא הוי כאלו אמר לו תן לעובד כוכבים ואני ערב שאני מחשב מה שתתן לו כאלו נתת לי וכן נראה מדברי הרב בה"ת ז"ל דף רל"ז סוף ע"ד יע"ש. אמנם ראיתי להרשב"א בתשובות המיוחסות להרמב"ן ז"ל סוף סימן רכ"ה שכתב על נ"ד שהישראל יצא ערב בעד העובד כוכבים ואמר הישראל הערב בשעת מתן מעות קח מן העובד כוכבים הזה ה' זקוקין בכ"ב דינר וח' ואני אתנם לך ומידי תבקשם ז"ל הצ"ל וישראל נמי הבא אחר חיובו הרי הוא כמוהו ואין כאן צד רבית שכבר נתחייב העובד כוכבים בכל קבלת המעות וישראל כשקבל עליו לפרוע לשמעון השולחני אינו משלם אלא קרן בלבד שכבר נתחייב העובד כוכבים וה"ז כישראל שהלוה לעובד כוכבים ק' בק"ך ואחר שהגיע זמנו לפרוע נתן לו ערב שאין כאן צד רבית יע"ש ופשט דבריו אלו נוטים אל הצד הראשון שכתבנו ועיין במהראנ"ח ח"ב סי' ו' במ"ש שם ומטעם שזקף עליו הרבית וכתבו בשטר החוב והלוה מתחייב עליו מעתה אין להתיר וכו' יע"ש איך שיהיה מה שנראה עיקר הוא דאפי' אם זקף הקרן עם הרבית ועשהו הכל קרן כל שלא קבל העובד כוכבים שלא לדחותו אצל הערב ה"ז אסור דחשיב כאלו הלוה לישראל וחזר הישראל והלוה לעובד כוכבים ומיהו כל שקיבל לדון בדיני ישראל חייל הערבות גם על הרבית דהוי כערב בשעת מתן מעות ואף שמדברי הרשב"א בסי' רכ"ג נראה דלא פסיקא ליה מלתא וס"ל דאף בכה"ג שזקפן מאה בק"ך לא זכה מעכשיו ברבית מכל מקום למהר"ם ז"ל נראה דפשיטא ליה דזכה מהשתא ברבית ויכול להקנותו כדרך שמקנים שטר חוב עיין בב"י סי' קס"ט וסוף סי' ק"ע ומה שהביא הרשב"א מההיא דפי"נ לע"ד אין משם ראיה ואף לפי מה שפי' רשב"ם דמיירי ברבית שעלה דהתם ה"ט משום דהגם שהרבית שעלה חשיב כשטר מ"מ הוי ראוי שהרי לא היה בידו מעולם גם נראה לע"ד דלא אמרי' בכה"ג ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף אלא כיון שלקח המעות וזכה בהן והרי הן ברשותו לכל דבר נתחייב ברבית ולא אמרינן ישנה

לשכירות מתחלה ועד סוף אלא בשכירות בתים או פועלים שהרי אם יפול הבית בחצי הזמן ה"ז פטור מהשכירות מאותו זמן ואילך וכ"נ בפועלים שאם לא יגמרו מלאכתם אין להם ליטול אלא כפי מה שעשו משא"כ במלוה דלא שייך להני כיון שאינו רשאי להחזיר המעות בחצי הזמן ולחשוב עמו יום יום עוד ראיתי להרשב"א בתשובה הביא' הב"י בח"מ סי' ק"ד ז"ל כתב הרשב"א שאלת שנים שהלוו לעובדי כוכבים בזה אח"ז ואין בנכסי העובד כוכבים כדי לזה ולזה וכשבא ראובן המוקדם לגבות שטרו קרן ורבית טען שמעון קרן והרבית שהרווחת קודם אתה נוטל ומן המותר אגבה קרן חובי לפי שלא חל חוב הרבית מזמן השטר אלא בכל יום ויום הוא מתרבה והשיב דאין בדברי שמעון כלום לפי שמזמן השטר חייב עצמו בכל הרבית שיעשו מעותיו ובהדיא שנינו גבי פוסק לזון את בת אשתו שניזונית מנכסים משועבדים וכו' ומדברים אלו נראה דאפי' היכא דלא זקפן במלוה הוי הרבית כתוב בשטר ולפי מה שכתב באותה תשו' הנז"ל נראה דאפילו בזקפן הרבית עליו במלוה אפי' הכי לא חשיב כאלו כתוב הרבית בשטר משום דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף ולפי זה מה שדישון באותה תשובה לפוסק לזון את בת אשתו יע"ש לא דמי דהתם מעכשיו חל השעבוד על תנאי שיהא עמו וכל שמתקיים חל השעבוד למפרע אבל גבי קציצת הרבית לא חל החיוב והשעבוד למפרע (א"ה עיין בש"ך בח"מ סי' ס"ו ס"ק ק"ג):

סימן מג

גרסינן בפ' הרבית האי משכנתא באתרא **דמסלקי** השביעית משמטת' ואין הבכור נוטל בה פי שנים ובאתרא דלא מסלקי אין השביעית משמטת' והבכור נוטל בה פי שנים והקשה הרשב"א ז"ל בהא דאתרא דמסלקי דהשביעית משמט היכי דמי אי בגו זימני' אף ע"ג דלוה מצי מסלק ליה למלוה מכל מקים אין המלוה יכול לנגוש את הלוה לפורעו וא"כ הוי כמלוה לי' שנים דאין משמט ואי לאחר זימניה אפילו באתרא דלא מסלקי נמי דכל לבתר זימני' מסלקי הוא ע"כ נראה לי דכל אתרא דלא מסלקי הרי הוא כמכר עד דפרע ליה זוזי והילכך אפילו לאחר זימניה אין השביעית משמט ועל פי זה כתב דבסתם מקומות דסתם משכנתא שתא כיון דאינו יכול לסלוקי תוך שנה הוי כמכר לעולם בב"י בסי' קע"ב ונראה דרוב הפוסקים לא ס"ל הכי והב"י בסי' הנז' כתב בשם הרי"ף ז"ל דמשעבר זמנו הוי כאתרא דמסלקי ונן כתב הרא"ש בפסקיו דף קמ"ה וכ"כ הריב"ש בסי' ש"ה בשם הרמב"ן ז"ל וזהו דעת הר"י ן' מיגאש עיין בח"מ סי' רפ"ח והכי מוכח מההיא עובדא דר' מרי דמשכן לי' ההוא עובד כוכבים ביתא דפ' א"נ דף ע"ג יע"ש ומה שהקשה הרשב"א אי בנו זימניה אמאי משמע כיון דאין המלוה יכול לכופו לפרוע רבים

חולקים עליו בזה וכתבו דכמו שהלו' יכול לסלקו ג"כ יכול המלוה לכופו לפרוע לו המעות כמ"ש הרא"ש בפסקיו והטור בסי' המ' ועל פי זה מ"ש ר' ירוחם ז"ל גבי סתם משכנתא שתא דאחר שתא מעלה המלוה שכירות ללוה וכו' נ"ל דהיינו משום רבית דכיון דיכול לסלוקי הוי רבית דדמי למלוה ומ"ש הב"י שם משום גזל אינו נראה דהא אדעתא דהכי נחית מעיקרא שיאכל הפירות המלוה כל זמן המשכונא אלא שיש כח ביד הלוה לסלקי אחר שנה אם יחזיר לו מעותיו ומה שהקשה הב"י דאי משום רבית א"כ אפי' בגו זימני' ליתסר אפשר לומר דס"ל דפטור מלשלם מאחר דאיכא כמה רבוותא דס"ל דבאתרא דלא מסלקי שרי אפי' **בלא נכיית**'::

סימן מד

כתב המרדכי בפ' א"נ ועובד כיככים שמשכן משכון לראובן ברבית וחזר ומכרו לשמעון ושהה שמעון לפדותו מותר לראובן ליקח הרבית משמעון שהוא לא לוה מעט כלום וראיה מההיא דרב מרי וכו' עד ופרש"י ז"ל דאין זה רבית דהא רבא לא מחייב לי' אלא העובד כוכבים יע"ש ולכאורה משמע ושהה שמעון לפדותו דהיה החיוב על שמעון לפדותו אמנם נראה דאין זה אמת דא"כ היכי מייתי ראי' מההיא עובדא דרב מרי דשאני התם דרבא לא היה חייב לרב מרי וע"כ צ"ל דמאי דקאמר ושהה שמעון לפדותה לא שהיה מחוייב אלא שאם היה רוצה שמעון לפדותו היה יכול כיון דגופו קנוי לו וכל זה שכתבנו הוא לפי דברי רש"י ז"ל אבל שאר הפוסקים ס"ל דההיא עובדא לא מכר העובד כוכבים לרבא כי אם החליטה לבד ורבא היה מחוייב לפדות המשכונא וטעם ההיתר הוי דכיון דמשכנתא בדיניהם כל כמה דלא יהיב זוזי כזביני הוא והבא מחמת עובד כוכבים הרי הוא כעובד כוכבים וכן כתב הבה"ת בשער מ"ו ח"ד וכתב עוד מכאן למדנו שהבא מחמת העובד כוכבים הרי הוא כעובד כוכבי' בין לזכותו בין לחובתו עכ"ד ואין להקשות דלחובתו למדנו אבל לא לזכותו ובטור ח"מ סי' קנ"ה הביא הב"י דהבא מחמת עובד כוכבים הרי הוא כעובדי כוכבים אינו אלא לגריעותא וכ"כ הרשב"ץ ז"ל הביאו הב"י בח"מ סי' ק"נ דאפשר לומר דמשום רב מרי קאמר דאתי מכח עובד כוכבים כמבואר בדבריו וכל דשניהם אתו מעובד כוכבים הרי הוא כעובד כוכבים בין ליפות כחו בין להרע וכן הביא הב"י בח"מ הן אמת דנראה דלא שייך הכא לומר דשניהם באים מכח עובד כוכבים דבשלמא רבא הוה אתי מכח עובד כוכבים ואמרינן ביה הבא מחמת עובד כוכבים הרי הוא כעובד כוכבים וחשיב כאלו הי' השדה ביד העובד כוכבים וכל כמה דלא פרע לא מצי לסלק לי' אבל רב מרי לא שייך לומר ביה הכי:

הלכות גביית חוב

סימן א

מפני שראיתי מהמורים דס"ל דאחריות דאקני בעי קנין ראיתי להחזיק סברתי דס"ל דלא בעי קנין וראי' מההיא דפ"ק דמציעא ופ' מי שמת אמר שמואל ב"ח גובה את השבח ונתבאר שם דחולקין המלו' ולוקח דהוי כלוה ולוה ואח"כ קנה וכגון שכתב דאקני לשניהם למלוה וללוקח וכ"כ הב"ח והסכים עמו הש"ך עיין בח"מ סי' קט"ו וכן מוכח מדברי הרא"ש בפ"ק דמציעא שכתב והא דאמר שמואל ב"ח גובה את השבח לא אתא אלא לומר דשעבוד המלו' על השבח ולא שיטול כלו ופעמים שנוטל כלו כגון שכתב למלוה דאקני ולא כתב ללוקח דאקני יע"ש מוכח מהכא דכל שלא כתב ללוקח דאקני אין לו בשבח כלום הרי הוכחנו דאין הלוקח נוטל חצי השבח אלא כשכתב לו דאקני וקי"ל נמי דהחצי אחר גובה הלוקח מבני חרי ולא ממשעבדי ובפ' הניזקין איפליגו בטעמא דעולא אמר מפני שאינם כתובים ורבי חנינא אמר מפני שאינם קצובים ויש שפסקו כעולא ויש שפסקו כטעמא דר"ח ומ"מ כתבו דאם קנו מידו טורף ממשעבדי דקנין אלים מכתיבה. וכ"כ התו' והבעל התרומות שער מ"ג בשם הרמב"ן ז"ל וכ"כ בש"ע סי' סמך יע"ש ואם איתא דקנין דאקני בעי קנין א"כ היכי כתבו הפוסקים דהשבח שטרף ממנו ב"ח בין בחציו בין בכלו אין הלוקח גובהו אלא מבני חרי מפני שאינם קצובים הלא כשגבה הלוקח חציו ע"כ הטעם משום שכתב ללוקח ג"כ דאקני וכיון דכתב לו דאקני אם איתא דבעי קנין א"כ אמאי אינו גובה ממשעבדי. ואחר ימים מצאתי להרב בעל העטור במאמר ד' שכתב כדברי דשעבוד דאקני לא בעי קנין יע"ש:

איברא דעדיין צריך להבין דנרא' מדברי הרשב"ם והנ"י והרא"ש דהטעם דשעבודא דאקני מהני משום דאלמו' רבנן לשעבו' דב"ח כדי שלא תנעול דלת בפני לוין ולפ"ז יראה דבמתנה דלא שייך האי טעמא לא מהני שעבודא דאקני אפילו בדכתב לי' דאקני וכן הביא הבעל העיטור בשם י"א. ולפ"ז צריך להבין הא דכתב הרמב"ם בפ' כ"א וה"ה שם והטור בסי' הנז' ואם הנותן קיבל עליו אחריות אז דין מתנה כדין לוקח לענין שבח ופירות כלומר דחולקין המלוה עם המקבל מתנה בשבח ולפי מה שכתבתי לעיל דהא דנוטל הלוקח בשבח ה"ט משום דכתב לו ג"כ דאקני הא לאו הכי לא א"כ במתנה דלא מהני שעבודא דאקני איך נוטל המקבל מתנה חצי השבח. איברא דמדברי הרמב"ן ז"ל שהבאתי לעיל נראה דס"ל דשעבודא דאקני לא משום תקנה מטו בה אלא טעמא הוי משום דכל שעבוד דאקני הוא שמשעבד נפשי' ונעשה חוב עליו וגופי' איתא בעולם שכ"כ הרב בעה"ת שער ס"ד דבלשון חיוב יכול אדם לחייב עצמו לדבר שלא ב"ל

כדאשכחן גבי מאן דמשעבד לב"ח מה שיקנ' ע"כ ומאי ראי' שאני התם דמשום תקנה דשלא תנעול דלת נגעו בה משא"כ בבא לחייב עצמו בלא שום חיוב וצ"ל כמו שכתבתי דס"ל דשעבוד דאקני היינו טעמא דמהני משום דמשעבד גופי' לקיים תנאי זה לכשיבא לידו מידי דהוי אמחייב עצמו לחבירו להעמיד לו מה שיירש מאביו ועפ"י זה אתי שפיר ג"כ מ"ש בשער מ"ג בשם הרמב"ן שהמוכר או הנותן מה שעתיד לקנות ושיעבד נכסיו וקבל אחריות להעמיד בידו חייב להעמידה ואם לאו גובה מדין אחריות והוא שכתב לו דאקני וליכא למימר מתנה אין כאן שעבוד אין כאן שיכול אדם לחייב באחריות שאינו חייב בו על דרך חייב אני לך מנה בשטר וכ"ש בקנין ודאקני ע"כ. והקשה עליו דהב"ה כתב בריש דבריו הפך מזה דאם שיעבד נכסיו להעמיד מה שיקנ' לא מהני והייתי סבור לומר דהרמב"ן איירי כשקנו מידו אבל לא משמע כן דבסוף דבריו כתב ומיהו אם קנו מידו וכו' אבל מיני' גובה בכל ענין כלומר אפי' בלא קנין ולפי מ"ש אתי שפיר דסבירא לי' דכל שעבוד דאקני אינו אלא שמשעבד הוא עצמו לכך וכן דקדק וכתב שם ודאקני בכל דין חיוב ממון משתעבד הוא ומהאי טעמא נרא' דסבי' לי' לרמב"ן ז"ל דשעבודא דאקני אינו יכול לחזור בו כמ"ש בפ' חזקת דף מ"ד כיון שחייב עצמו בשטר ומהאי טעמא נראה דלא סביר' לי' אחריות דאקני טעות סופר כל שאינו כתיב בפי' דאקני דבאותו כתיב' שיעבד עצמו לחיוב זה וה"ה אם קנו מידו אפי' בלא כתיבה ולרשב"א ז"ל סביר' לי' דשעבוד דאקני היינו טעמא דמהני כמו שכ' רשב"ם והנ"י דמשום תקנ' מטו בה ולא שמתחייב עצמו אלא שמשעבד נכסיו לכשיבואו לעולם ולפיכך כתב דיכול לחזור בו קודם שקנ' ואמרינן בה אחריות ט"ס ונשאר לנו לבאר מה שהקשינו לעיל דאיך כתב הרשב"א ז"ל דבמתנה אם קבל אחריות דינו כדין לוקח לענין שבח ופירות כלומר דחולקין המלוה עם המקבל מתנה והא שעבוד דאקני לא מהני במתנה ולפמ"ש הסמ"ע בסי' קט"ו דלוקח נוטל חצי השבח אפי' לא כתב לו דאקני אתי שפיר וכן נראה ממ"ש הנ"י בפ' קמא דמציעא והא דאמרינן דמה שגוב' ב"ח השבח משום שכתב לו דאקני טע' לפי שאנו רואים שבח זה כאלו מכרו ללוקח והוי לי' כאלו לוה ולוה ואח"כ קנה ומכר אבל אילו היינו רואים אותו כאלו היום ברשותו של מוכר הי' גובה ב"ח אפי' לא כתב לו דאקני כדאמרינן מיני' ואפי' מגלימא דעל כתפי' ע"כ. ולפמש"כ דאיירי כשכתב ללוקח ג"כ דאקני א"כ לא הי' נוטל כלום בשבח דנשתעבד לב' שכתב לו דאקני וי"ל. (ע"כ מצאתי ונראה שיש חסרון):

סימן ב

ראובן שהקדיש נכסיו והנה אלמנתו תובעת כתובה וזאת אומרת שיגבו לה ממעות שהקדיש בעל' הנז' יען לא נמצאו לו נכסים אחרים יורנו המורה לצדק' אם הדין עמה מאחר דמפורש בכתובת' דשיעבד לה מקרקעי ואגבן מטלטלי או דילמא אין כח בידה להוציא מן ההקדש.

תשובה לכאורה נראה דהאי מלתא תלי' דפלוגתא דאפליגו רבותינו האחרונים ז"ל בההיא דכתב הרא"ש בתשוב' הביא' הטח"מ סי' סמ"ך דהגם דמדינא דגמ' יש למטלטלי דין מקרקעי לגבותם מן הלקוחו' היכי דשיעבדום לו אגב מקרקעי מ"מ מפני תקנת השוק אין לגבות לב"ח ממטלטלי שמכר או נתן הלוה שא"כ אין לך אדם שקונה חפץ מחבירו וכתב ע"ז מרן הב"י וז"ל ודבר פשוט הוא שאין דברי הרא"ש אמורים אלא במכר או משכן הלוה דהתם הוא דאיכא משום תקנת השוק אבל לענין ב"ח מאוחר שקדם וגבה מה תקנת השוק איכא הלכך דייניגן לי' כדינא שנתבאר בסי' ק"ד ופי' דבריו מרן עצמו בס' ב"ה דלא דמי למתנ' משום דגבי מתנה שייך תקנת השוק דאי לאו דעביד לי' נייח נפשי' לא הוי יהיב לי' ודמי' למכר משא"כ לענין ב"ח מאוחר ולפי שעתו ז"ל יראה דהכא נמי לעניין הקדש דייניגן לי' כדיני' דלא שייך בזה תקנת השוק אך הרב המבי"ט ז"ל בכמה מתשו' חלק על מרן בעיקר דין ב"ח מאוחר כנודע והנה מהרימ"ט חי"ד סי' ר"ן והש"ך סי' ט' החזיקו בסברתו של המבי"ט והם אמרו דכיון שנהגו שלא לטרוף ממשעבדי דלקוחות ומתנה גם בב"ח מאוחר שקדם וגבה אין מוציאין מידו ולא שני לן בין היכא דאיכא תקנת השוק להיכא דלא שייכא התקנ' ולפי שטה זו מהקדש נמי אינו יכול לטרוף דהקדשות כמשעבדי דמי כמ"ש הרשב"א בתשו' הביא' הב"י סי' קי"א וכ"נ קצת מדברי הטור בסימן קי"ג שכתב וז"ל וכתבתי למעל' סי' סמ"ך שאף על פי כן אין נזקקין לטרוף ממטלטלין המשועבדים משום תקנת השוק וסתמא דלישנא כל משיעבדי' במשמע ל"ש מכר או מתנ' ל"ש הקדישם או הגביהם לב"ח מאוחר והי' נרא' לי דפלוגתא דבתראי תליא בפלוגתא דקמאי הלא זה הדבר דהתו' בפ' השולח גבי הקדש מפקיע מידי שעבוד הקשו אמאי לא קחשיב נמי מכר כדאמר רבא עשה שורו אפותיקי אין ב"ח גובה ממנו ע"כ מוכח דהם מפרשי' דהא דאמר התם הקדש מפקיע מידי שעבוד איירי כשעשה שורו אפותיקי לחוד בלי שום אגב דאי ס"ל דמיירי כששיעבדם לו אגב קרקע מאי קושיא והלא בכה"ג אין המכר מפקיע שעבודו אלא ע"כ דס"ל כפשט דברי, רש"י ז"ל דמיירי שעשאן לו אפותקי לחוד בלי שום אגב ואפ"ה ס"ל דהא דהקדש מפקיע מדין שעבוד מיירי בהקדישם קדושת הגוף אבל לא קדושת דמים וכ"ש הקדש דידן

שהוא לעניים שאינם אלא כמקבלי מתנה וגרע מינה וכן פירשו התוס' בערכין אמתני' דהמקדי' נכסיו והיתה עליו כתובת אשה וחוב בדף כ"ג ד"ה משום דר' אבהו יע"ש ולזה נוטים דברי רש"י בכתובו' פ' נערה דף מ"ט גבי הכותב נכסיו לבניו הוא ואשתו נזונין מהם יע"ש לכאורה סוגיא דשמעתין פ' גט פשוט הכי אזלא דגרסינן התם שכ"מ שהקדיש נכסיו ואמר מנה לפ' בידי נאמן חזקה אין אדם עושה קנוניא על הקדש אלמא דאפי' מלוה ע"פ מוציא מיד ההקדש ונראה דהיינו טעמא משום דשעבודא דאורייתא אלא דחז"ל אמרו שלא יגבה מהלקוחות משום פסידא דידהו ולגבי הקדש לא שייך האי טעמא ואע"ג דאוקמוה התם דאיירי ביש לו שטר למלוה לאו מהאי טעמא הוא וזה נראה שהוא דעת הרז"ה ז"ל בספר המאור יע"ש באותה סוגיא

עוד ראיתי להתו' פ' הגוזל קמא דף ק"ח ובכתו' פ' נערה דף מ"ט שכתבו דהא דאמר רבא פ' ח"ה עשה שורו אפותיקי אין ב"ח גובה ממנו היינו דוקא מכרו דכיון דליכא קלא לא אפסידנא ללקוחות אבל נתנו במתנה דלא שייך פסידא דלקוחות ב"ח גובה הימנו דאין יכול ליתן מה שמשועבד יע"ש ומינה נמי גבי הקדשות והרי הדברים ק"ו דהשתא במתנה דדמיא למכר דאיכא למימר אי לאו דעביד לי' נייח נפשי' לא הוי יהיב לי' אפ"ה לא תקנו חז"ל כ"ש גבי הקדש דל"ש להאי טעמא. אבל ראיתי להרשב"א בתשו' סי' תרי"ח שחולק על דברי תו' הנז' וס"ל דהא דאמר רבא עשה שורו אפותיקי ומכרו אין ב"ח גובה ממנו דה"ה נתנו במתנה דהוי כמכירה כדאמרינן בריש פ' הנזקין וכן הדין בהקדש שהוא לעניים ע"כ. איברא דהא דמדמה הרשב"א ז"ל הקדש למתנה הרואה יראה דקשה לזווגם ולא ראי מתנ' כראי הקדש דמתנה שאני מטעמ' דקאמר התם בהנזקין דכיון דאי לאו דעביד לי' נייח נפשי' לא הוי יהיב לי' חשו חכמים לפסידא דמקבל מתנה אבל גבי הקדש ל"ש לומר כן. וא"ל דס"ל להרשב"א דכיון דהפקיעו חז"ל שעבודא דב"ח לגבי לקוחות ומקבל מתנה מעיקרא לא חל שעבודי' לגבי מטלטלי אפילו שעשאן לו אפותיקי דהרוא' בתשו' הרשב"א שהביא מרן הב"י בסימן ק"ד יראה דס"ל דכל ששיעבד לו מטלטלי דבעל חוב בפי' מדינא חל שעבודי' עלייהו לעניין שאם באו שניהם כאחד אין לב"ח מאוחר בהן כלום דיש בהן קדימה כל שהם עדיין ביד הלוה. ונראה דהרשב"א ז"ל ס"ל כמ"ש הר"ן פ' המדיר דכל היכא שאינו גובה ממקבל מתנה כמו כן אינו גובה מן ההקדש וטעמא שלא יהא כח הדיוט חמור מן ההקדש וצדקה ג"כ הרי הוא כהקדש לענין זה וכמ"ש הר"ן ז"ל בפ"ק דקדושין אמתני' דאמירתו לגבוה יע"ש למדנו מכל דברי הרשב"א ז"ל דאף בעשה שורו אפותיקי אין הב"ח יכול להוציא לא מהמקבל מתנה ולא מהב"ח מאוחר וכן נראה מדברי הרמב"ן הביא דבריו הב"י בסי' ק"ד וכן כתב הטור בסי'

קי"ז ס"ד אף דאית לי' לב"ח קמא שעבוד עליהם וגובה מהיורשים מדינא וקודם לב"ח מאוחר כל שלא קדם ותפסם ואף דלא שייך טע' תקנת חכמים דבשלמא מן הלקוחות איכא טעמא דפסידא משום דלית לי' קלא אבל מן ההקדש ומב"ח מאוחר לפי סברת מרן הב"י לא שייכא כ"כ אמנם מדברי התו' הנז"ל נראה דכל שעשאו אפותיקי גובה ממקבל מתנה וכ"ש מההקדש כל שהוא בהקדש דידן דהוי קדושת דמים והיה נראה שגוב' מב"ח מאוחר שתפס ומיהו עדיין יראה דאפי' הרשב"א לא אמרה אלא סברא דלא שיעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי אבל השתא דנהיגין לכתוב מטלטלי אגב מקרקעי הגם דמתקנת השוק נהגו שאינו טורף מהמשועבדים איכא למימר דהיינו דווקא במשועבדים דמכר ומתנה דשייך בהם תקנה כדי שלא יפסידו בני אדם אבל לשאר דברים דלא שייך בהו שום פסידא כגון הקדש או שנתנם לבניו דלא שייך לומר אי לאו דעביד לי' נייח נפשי' לא הוי יהיב לי' כל כה"ג טורף הב"ח מידם שהרי שעבדם לו באגב והא דאינו טורף מן הלוקח היינו משום דכיון שנהגו שלא לטרוף מהמשועבדים משום תקנת השוק הו"ל כאלו התנה מעיקרא כן בשעת כתיבה ע"מ שלא יטרוף מהמשועבדי' דשייך בהו לתקנת השוק אבל חוץ מזה לכל שאר הדברים הרי הם משועבדים דאל"כ למאי הלכתא שעבדם לו אגב קרקע אם תאמר להיכא דלא הוציאם עדיין הלוה מידו שיהי' לו דין קדימה וכמ"ש מוהר"י מטראני חי"ד סי' ר"ן והש"ך סי' סמ"ך הא לאו מלתא היא דכי נמי לא כתב לו אגב הכי הוי דיש לו דין קרימה וכדכתב הרשב"א בתשו' שהביא מרן הב"י סי' ק"ד דכל ששעבדם בפי' מדינא משועבדים ומאי דאין מוציאין מיד הלקוחות היינו טעמא משום דלית להו קלא ואיכא פסידא דלקוחות שהרי כתב וז"ל ואע"פ שאמרו יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם אין ב"ח חוזר וגובה מהם וטעמא משום דחובת אביהם שנפלה להם דין מטלטלי דיתמי אית להו ולא משתעבדי לב"ח. הכא שאני ששעבד ראובן אביהם לשמעון ולוי מטלטלין בפי' וכל ששעבדם בפי' ואפי' שלא באגב ואע"פ שנפלו לפני יתומים ב"ח גובה מהם דהא טעמא דעשה שורו אפותיקי ומכרו שאין ב"ח גובה ממנו היינו משום דלית לי' קלא הא לגבי יתומים טעמא דלית לי' קלא לא מעלה ולא מוריד וטעמא דמטלטלי דיתמי דלא גבי ב"ח מינייהו היינו משום דסתמא דמלתא אין דעת המלוה סמוכה עלייהו אבל כאן שפי' לו מטלטלין איגלי דדעתי' עלייהו והלכך גובה מהם ע"כ:

גם הרמב"ם פי"ז מהלכות אישות דין ח' כתב וז"ל כבר נהגו בכל המקומות שידענו וששמענו שיכתבו בכתיבה בין מקרקעי ובין מטלטלים וכתב שם ה"ה וז"ל מדברי רבינו נראה שאע"פ שלא כתב לה מטלטלי אגב מקרקעי אלא מקרקעי ומטלטלי גובה הוא מן

הדין מן היורשין אפי' מטלטלין. וכ"כ הרשב"א בסוף כתובות וכו' ע"כ. והטור אה"ע סי' ק' הביא דברי הרמב"ם הנזכר יע"ש הרי מבואר כדכתיבנא דכל ששעבדם בפי' מדינא משועבדים ואפי' שלא באגב וכן יש להוכיח מתשו' הרא"ש שהביא הטור סי' סמ"ך שכתב דאפי' לפי מנהג זה אם הי' ללוה שסר חוב על אחר ומכרו ב"ח גובה ממנו דלא שייך בשטרו' תקנת השוק דלא שכיח ע"כ ואם איתא כפי סברת הרב מהרימ"ט והש"ך דלא נכתב מטלטלי אגב מקרקעי אלא להואיל כשהם עדיין בידו של לוה שלא הוציאם מידו אבל לענין טירפא כמאן דלא כתיב דמי ומש"ה ס"ל דל"ש לן בין מידי דשייך בי' תקנת השוק או לא א"כ מאי מהני ליה להרא"ש טעמא דלא שכיח גבי שטרו' והלא כיון שמכרו ואינו בידו כמאן דלא כתיב דמי לענין טירפא:

והנה כבר נודע דרוב מנין ורוב בנין הסכימו לשטת מרן ז"ל כמבואר בתשו' מהריב"ל ומהרש"ך ומהרא"ש והר"ש הלוי והסמ"ע והרב בעל פ"מ ח"א סי' י"ד ושאר פוסקי' דכלהו קיימי בשטה חדא דבב"ח מאוחר דיינינן לי' בדיני משום דלא שייך בי' תקנת השוק ואף לסברת המבי"ט ומהרשד"ם ז"ל שחלקו על מרן ז"ל בדין ב"ח מאוחר לא אתו עלה אלא מטעמא דסבירא לו' דגם בב"ח מאוחר שייכא תקנת השוק כמבואר בתשו' המבי"ט ח"א סי' קע"ז וז"ל ונראה דאיכא תקנת השוק טפי במה שגבה בב"ח מאוחר ממה שיש במקבל מתנה דלאו מידי יהיב ואפ"ה לא מפקינן מיני' וכו' ובח"ב סי' ה' כתב וז"ל ואפי' לדעת הרשב"א דבמתנה לא עשו תקנת השוק היינו דוקא גבי מקבל מתנה דאפי' לא להוי בי' תקנת השוק ליכא חשש דלא מידי חסרי' אבל גבי בעל חוב מאוחר דהיה חייב הלוה שנתן לו המטלטלים המשועבדים ואית ליה דררא דממונא כמו לבעל חוב הראשון פשיטא דאית ביה תקנת השוק ע"כ. גם מהרשד"ם פה"מ סי' שפ"א כתב וז"ל אבל בשני ב"ח שאחד קודם וקדם המאוחר וגבה לא נתברר בדברי הרא"ש אם יש בזה תקנת השוק ואמרינן מה שגב' לא גבה. ונראה בעיני דכ"ש הוא דהשתא במתנ' אם נתן אין ב"ח חוזר וגובה מן המקבל אפי' שנראה שזה המקבל אינו מפסיד כ"ש וק"ו דנראה לומר כן בב"ח דאם אתה אומר שגם בב"ח מאוחר שגב' מטלטלים יכול ב"ח הקודם לגבות ממנו אתה נועל דלת בפני לוין דשום אדם לא ירצה ללות שיאמר למה אלוה שמא יש לזה ב"ח קודם ממני וכו'. הרי מבואר מדברי המבי"ט ומהרשר"ם דאינהו גופייהו מרא דהאי שמעתתא החולקין על מרן בדין ב"ח מאוחר וס"ל דהיכא דלא שייכא תקנת השוק חזר הדין לסיני:

באופן דסברא זו של מהרימ"ט והש"ך במאי דר"ל דלא שאני לן בין מידי דשייך בי' תקנת השוק להיכא דלא שייך הוא נגד רובא דרבוותא שהרי בין מדברי מרן וסייעתו

בין מדברי המבי"ט וסייעתו מבואר לאידך גיסא דכל עיקר מחלוקתם אינו אלא אי שייך תקנת השוק גבי ב"ח מאוחר או לא שייך וכיון שכן דון מינה ואוקי באתרין לגבי הקדש דלא שייכא בי' תקנת השוק ויש כח ביד האשה לגבות סכו' כתובתה שהקדיש בעלה שהרי שיעבד לה מטלטלי אגב מקרקעי דכל כי האי גוונא אזלינן בתר רובא כיון דמעות אלו שהקדיש הוא שהקרן יהי' קיים לעולם והריוח שיבוא מהם יתנו לת"ח שילמדו בישיב' בכל שנה ושנה וכל כי האי גוונא אין בהם זכיי' לשום אדם והרי זה ממון שאין לו תובעים כמבואר בתשו' מהרימ"ט חי"ד סי' מ"ה שכתב דבמעות שהוקדשו ע"מ שיהי' הקרן קיים לעולם ומהפירות יעשו צדקה לעניים או יתחלקו לת"ח ולבקור חולים נהגו היתר בפני רבני א"י להלוותם ברבית ואף הרא"ש יודה בזה משום דהני עניים לאו בעלי הממון מקרי כיון שאין להם בגוף הקרן כלום אינם זוכים אלא בפירות העתידים לבא והפקיד המשגיח בזה לאו שלוחו של בעל המעות הוא אלא לזכות העניים הוא משגיח ואין הענים מיוחדים דזה זוכה היום וזה למחר ולא קיץ להו אלא מחלקים להם לפי צורך השעה הכל לפי מה שהוא אדם ונמצא דאין כאן אדם מיוחד שיזכה בגוף המעות לפירותיהם דאין להם אלא לשעתם מה שנוטלים ונותנים לתוך פיהם ולאו בעלים מקרי אלו תורף דבריו בקוצר יע"ש וכיון שכן נמצא דמעות אלו שהקדיש המנוח הנז' אין כאן תפיסה בהם להקדש ואפי' היה בה מכח תקנת חז"ל להחזיק בהם הי' לנו כח להגבות מהם לאלמנה סכו' כתובתה דכל כה"ג לא אפוקי ממונא הוא דכיון שאין ההקדש תפוס בהם נמצא דאין אנו באין להוציא ממון מיד המוחזק בהם והמפקיד שמינה המקדיש נ"ע לפקח בענין זה לאו שלוחו של בעל המעות הוא כמו שנתבאר:

עוד אני אומר דאפי' הי' הדבר ספק שקול הנה האשה שעבודה וודאי כדת של תורה ולגבי הקדש מספקא לן אי שייכא בי' התקנה או לא ובענין כיוצא בזה ראינו להרא"ש בתשובה בענין תקנת ירושה שכל ספק שיארע בו יד התקנה על התחתונה וכתב מהרימ"ט חי"ד סימן מ"ם על דברי הרא"ש הנז' וז"ל ומסתמא שאפי' תפסו היורשים מוציאים מידם ואפי' אם היורשים היו חייבים לה מעות הבעל מוציאים מידם דיד התקנה על התחתונה וכן בתקנה שיחתמו ג' עדים בשטר כתב כיון שיש ספק אם נהגו לגבות בדיעבד בשנים אין למנוע לגבות מפני ספק תקנתכם ולכך כתב הרא"ש לענין שמיטה כיון דשביעית בזה"ז דרבנן אזלינן בי' לקולא דלא אתי ספק דרבנן ומפקיע חיובי' דאורייתא ע"כ. הרי מבואר שהקילו כח התקנה דכל דבר שיש ספק בה חזר הדבר לדין תורה אפי' להוציא מיד המוחזק בנכסים ואף דמהריב"ל ח"א סי' מ"ו נראה דפליג בזה וגם הרב בעל פרח מטה אהרן ח"א סי' י"א האריך בפרט זה והעלה דהמחזיק בנכסים

מצי למימר קים לי אפי' היכא דיש ס' בתקנה הנה הדבר ברור דלא נאמרו דבריהם אלא גבי תקנת חז"ל דאלימא טובא וחמירי דברי סופרים אשר כח בהם להפקיע ממונא ואף בספק שיהי' בתקנתם ראוי שלא להוציא מיד המוחזק אבל תקנת בני העיר דרך התגרים שמתקנים איזו ענינים בטוב מו"מ לפי ראות עיניהם דור דור ומנהיגיו כנדון דידן שנהגו שלא לטרוף ממטלטלי המשועבדים מפני תקון העולם שלא יפסידו בני אדם בכה"ג וודאי דאין כח ביד שום אדם לבטל דין תורה מפני ספק תקנתם דאעיקרא דדינא אינו אלא מנהג בעלמא ובהא כ"ע מודו דאין ספק מוציא מידי וודאי כי ע"כ בהצטרפות כל הני טעמי תרוצי דכתיבנא נראה דיש ליפות כח האלמנה שיגבו לה סכו' כתובתה ממעות הקדש שהקדישׁ בעלה כאמור:

סימן ג

מי שאסר נכסיו על ב"ח מהו דינו:

ראיתי להתוס' בפ' אע"פ גבי קונמות מפקיעין מידי שעבוד שכתבו וא"ת א"כ כל אדם יפקיע כל ממונו מב"ח ע"י קונם ותי' דכי היכי דאלמוהו רבנן לשעבודי' דבעל ה"נ אלמוהו לשעבודי' דב"ח ומשמע מדבריהם שם דהיינו דווקא כשאוסרים לב"ח לחודי' הוא דאלמוה אבל כשאוסרים לכל העולם לא אלמוה דלא שכיח שיאסרם לכל העולם כיון דהוא לא מרויח מידי וכן נראה מדברי הריב"ש (ובעל המפה) בח"מ סימן קי"ז וכ"כ הר"ן בנדרים פרק השותפין אמתני' דהמודר הנאה מחבירו ויש לו שם מרחץ מושכרין בעיר אם אין לו תפיסת יד מותרים לרחוץ בהם כ' הר"ן ז"ל והקשה ר"ת דאפי' הכי היכי שרי והא מ"מ גוף המרחץ של המשכיר הוא ויכול לאסור אותו על השוכר כדאמרינן בערכין המשכיר בית לחבירו והקדישו הדר בו מעלה שכר להקדש ותי' ר"ת דדוקא גבי הקדש יכול לאסור משום דהקדש מפקיעין מידי שעבוד אבל גבי קונמות אע"ג דמפקיעין מידי שעבוד ה"מ בקונם כללי דהוי כמו הקדש אבל בקונם פרטי אלמוהו רבנן לשעבודי' עכ"ל. ונראה דכל זה אינו אלא לשיטת ר"ת דס"ל דקדושת דמים מפקיע מידי שעבוד אבל לדידן דאית לן דאין קדושת דמים מפקיע מידי שעבוד נראה דהוי איפכא דבקונם כללי כיון דאין בו קדושת הגוף שהרי יש לו פדיון וכדאיתא בפ"ד נדרים אינו מפקיע מידי שעבוד ולא אמרינן קונמות מפקיעין מידי שעבוד אלא בקונם פרטי שאין לו פדיון והוי קדושת הגוף וכן מבואר עפ"י פי' רש"י והר"ן והרא"ש בפ' בתרא דנדרים יע"ש:

איברא דדעת הרמב"ן נראה שהוא כסברת ר"ת דאפילו בקדושת דמים מפקיע מידי שעבוד ולפ"ז הי' נראה דהוה ספיקא דאורייתא ואזלינן לחומרא ומ"ש התו' דאלמוה רבנן לשעבודי' דב"ח נראה דאין זה מוסכם דהא פי' רש"י בפ"ב דנדרי' ובפ' אע"פ דהא

דאלמוה רבנן לשעבודי' דבעל ואינו מפקיע מידי שעבוד ה"ט משום דבעל עשאוהו כלוקח ולא כמלוה כלומר דלא אמרו אלא מפקיעין מידי שעבוד שאין לו בהם למלוה אלא שעבוד לבד אבל בעל קנין הגוף אית ליה בנכסי אשתו שהרי עשאוהו כלוקח ומינה נלמוד לב"ח כיון שאין לו אלא שעבוד לחוד לא אלמוה וכ"נ מדברי הרמב"ם בפ' י"ב מהלכות נדרים דדוקא גבי בעל אלמוה משום דשעבודי' דבעל הוי מדבריהם וחכמים עשו חזוק לדבריהם יותר משל תורה ולפ"ז נראה דבקונם כללי הוי ס"ס ומפקיע מידי שעבוד ד"ת. ואם מפקיע דלמא חכמים אלמוה לשעבודי' אבל בקונם פרטי דודאי מפקיע מידי שעבוד לא אתי ספק תקנה ומוציא מידי וודאי איסור תורה:

איברא דצריך להבין לפ"ז א"כ מאי מקשה תלמודא בפ' המדיר וכיון דמשועבד לה היכי מצי מדיר לה ומאי קושיא נימא דקונמות מפקיעין מידי שעבוד וההיא דקונם שאני עושה לפיך שאני משום דבעל עשאוהו כלוקח ונראה דהאי תרוצא לא שייך הכ' דבשלמא כשאדם אוסר נכסיו לב"ח כיון דהשתא נכסי דלוה נינהו דב"ח מכאן ולהבא הוא גובה שפיר מצי לאוסרן ואע"פ שמשועבדי' לב"ח אבל כשבא לאסור הנאתו על אשתו שהוא משועבד לה היכי מצי להפקיע חיובו שהוא מחויב מן התורה לזונה דלאו כל כמיני' לאסור עצמו במה שהוא משועבד מן התורה:

ונראה לע"ד דכל זה לא הוי אלא כשאסר הלוה נכסיו למלוה אבל אם א"ל הנאתי עליך כיון דב"ח בחובי' הוא דשקיל אינו מקרי שנהנה מן הלוה כלום דחשיב כאלו לקחה בדמים ונראה ראי' לזה ממ"ש הרמב"ם בה' נדרים דהשותפין שנדרו הנאה זמ"ז דבחצר שיש בו חלוקה אסורים לכנוס עד שיחלוקו והקשה הר"ן ז"ל ע"ז דאפי' לאחר שיחלוקו אמאי מותרים דהא אמרינן לעיל ככרי עליך ונתנה לו במתנה ה"ז אסור משום דעליך א"ל ושויתי' כהקדש וה"ה אם לקחה ממנו דאסור כל כמה דלא אפסקי' אחר ע"כ. אבל לע"ד נראה דטעמו של הרמב"ם ז"ל כמו שכתבתי דשאני הכא דלא אסר עלי' כי אם הנאתו והשתא שלקחה ממנו אינו נהנה מחבירו כלום ולא דמי לככרי עליך דהתם לא הזכיר לי' הנאתי אלא ככרי א"ל ואסרו עלי' אע"פ שאינו נהנה מן המדיר כלום. וכ"ת הא כיון דהשותפין אסרו זע"ז אינם יכולין ליקח זה מזה כלום וכדתנן שישראל נהנין לי ואני להם אינו מותר כי אם באומות דהכא כיון דמעיקרא של שניהם הי' בשוה לא שייך לומר הנאת לוקח או הנאת מוכר יע"ש וע"פ הדברים האלו הי' נראה לי ג"כ ליישב מה שהקשו הראשונים דהי' לו מרחץ מושכרין בעיר דשרי המודר לרחוץ בהם שהבאתי לעיל דאמאי והלא המשכיר יכול לאסור הבית לשוכר ולע"ד מעיקרא לק"מ דוודאי אי הוי מפרש המדי' ואסר עלי' אפילו המרחץ שהיה א"ל כל נכסי אסורים עליך ה"נ אבל

השתא דלא א"ל כי אם הנאתי אסור עליך אין המודר נהנה משל מדיר כלום שאינו משלו כלום אלא משל שוכר שהרי כל ימי מיגר השכירות הנאתו של שוכר הוא:

וראיתי להרב מהרימ"ט בח"א סי' ה' שהסכים לדברי אלו אלא דאתי עלי' מטעם דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו ואינו בידו ודבריו נוטים לחילוק שחלקתי לעיל אבל מדברי התו' שכתבו דההיא דמקשה תלמודא בר"פ המדיר דכיון דמשועבד לה היכי חייל נדרא היינו משום דאלמוה רבנן לשעבודי' משמע דאפילו באומר הנאתי עליך מדיניה מפקיעו מידי שעבוד שהרי מתני' איירי באומר לו הנאתי עליך ומה שהביא מהרי"ט ז"ל ראיה מדברי התוס' בפ' אע"פ גבי נדרה שלא להניק את בנה שכתבו דאין לפרש שאסרה הנאת יניקתה עליו דכיון דמשעבדה ליה אין הנדר חל ואם איתא דהא דאין הנדר חל על השעבוד היינו משום דאלמוה רבנן אבל מדינא חייל א"כ יכולים היינו לפרש הברייתא בנדרה ואסרה הנאת יניקתה דב"ש סברי כיון דהוא נתן אצבע בין שיני' שקיים לה ולא עבדו רבנן תקנתא אלא וודאי משמע דכל כה"ג לא חייל כלל דהנאת יניקה לא מצי לסלוקי בזוזי ולא אמרו דקונמות מפקיעין מידי שעבוד אלא היכי דאפשר לסלוקי אותו שעבוד בדמים. ולע"ד אין משם ראיה כלל דהא וודאי כל שנדרה היא בלא רשות בעלה אף על פי שקיים לה הוא אחר כך מ"מ כיון דבשעת נדרה הי' שלא ברשות לא חייל דכיון דהשתא לא חייל לקמי' נמי לא חייל דאלמוה רבנן לשעבודי' כל ימי היותה תחתיו. אבל אני כתבתי במ"א דכל מידי שמחויב מהתורה לעשותו לא מצי לאסור עצמו באותו דבר ולא אמרו נדרים חלים על דבר מצוה אלא היכי דאוסר חפצא שאין החפץ מושבע על המצוה אבל היכי דאוסר עצמו ואמר הנאתי עליך דאז האסור קאי על גופי' ומהאי טעמא אסור אפי' במה שירויח אח"כ דעדיין לבל"ע וכמ"ש הר"ן בנדרים אמתני' דישראל נהנים לי כה"ג לא חייל על דבר מצוה כדי לאסור הנאתו על אחרים לבטל את המצוה דהא כבר מושבע ועומד הוא על דבר מצוה ורבינו ירוחם ז"ל כתב דאם אסר הנאתו על כל העניים נוטלין ממנו בע"כ ונותנין לעניים ולא אמרי' קונמות מפקיעין מידי שעבוד:

עוד ראיתי בתשו' מהרי"ט הנ"ל שכתב על ראובן שהי' משועבד לשמעון ואסר הנאתו עליו דאעפ"י ששמעון ג"כ אסר הנאת ראובן עליו לא בשביל כך נמחל שעבודו דאם אחד אסר על עצמו בקונם הנאת חוב שיש לו אצל אחרים לא מסתבר לומר שאם מת לא יטלוה יורשיו עכ"ד וקשה לי עליו מההיא דכתב הר"ן פ' ואלו נדרים דף פ"ה גבי מתני' דקונם כהנים נהנין לי כו' דקאמר רבא התם שאני תרומה דהיינו טעמא דיטלו ע"כ משום דתרומה לא חזיא אלא לכהנים וכו' וז"ל ומהא שמעינן שהאוסר הנאת פירות על עצמו יכולים אחרים ליטול בע"כ ואינו יכול לעכב כ"ז שלא אתשיל והיכי דאיתשיל

הרשב"א ס"ל דחייבים לשלם ומדברי הר"ן שם נראה דאף א' אי. עלה כבר זכו אחרים דמשעה שאסרו הפקירם:

עוד כתב מהרי"ט שם שאין לקהל לפטור עצמם מאותו חלק בטענה דאיהו דאפסיד אנפשי' דמ"ש מההיא דתנן בפרק אע"פ נדרה שלא להניק בית שמאי אומרים שומטת דד וב"ה אומרים כופה ומניקתו ומפרש בגמרא דבנדרה היא וקיים לה הוא קא מיפלגי דבית הלל סברי היא נתנה אצבע בין שיני' הא קמן דאפי' בקיים לה הוא דיכולה היא לומר כסבורה הייתי שיפר ואפי' הכי סברי בית הלל היא נתנה וכופה ומשמשתו וכו' ומלבד שאין הנדון דומה לראיה כמבואר למעיין עוד ק"ל דמאי מייתי דההיא אוקמתא אדחייה. ובפרק המדיר דף ע"א ע"א אוקימנא סתם מתני' כמ"ד הוא נתן אצבע בין שיניה ועיין בהרמב"ם סוף פי"ב מה' אישות. הן אמת שראיתי בהגהת אשירי פרק אע"פ שכתב משם מהרי"ח כאוקמתא קמייתא ודבריו צ"ע:

עוד כתב מהרימ"ט על מה שכתב הרשב"ץ דכל דמחוסר גובייני' יכול לאסור ז"ל איברא דיכול לאסור חפץ אחד על בעל חובו ואפי' הוא משועבד לו אבל לאסור כל נכסיו על בע"ח הא ודאי אינו יכול דאם כן כל אדם יפקיע שעבודו של חברו יע"ש ודין זה במחלוקת שנוי עיין בהר"ן פרק אע"פ ובה"ע סי' קי"ז, עוד כתב הרב וז"ל וחוץ מזה אפי' לא היה מקום כאן לומר דאלמוה רבנן לשעבודי' הנדר מעיקרו אין בו ממש דהא דכתבו התוס' דאלמוה רבנן לשעבודי' זהו באוסר כל נכסיו על ב"ח דאי בתר הכי נפלו לי' זוזי יכול הב"ח ליהנות מהם אבל אם הדירו לוה לב"ח קונם הנאתי עליך מי חייל קונם עליה ויש לי ראיה מהא דאמרינן פרק המדיר הנאת תשמישי עליך כופה ומשמשתו וכו' ע"ש ותמהני עליו דהא ריש פרק המדיר את אשתו מליהנות לו קאמר בגמרא היכי מצי מדיר לה והא משועבד לה הקשה הר"ן ז"ל ומאי קשיא לי' והא אמרינן בפרק אע"פ דקונמות קדושת הנוף ומפקיעין מידי שעבוד י"ל דכי היכי דאמר התם דאלמו' רבנן לשעבודיה דבעל ה"נ אלמוה רבנן לשעבודה דאשה וכ"כ הרא"ש בפרק אע"פ ופ"ב דנדרים ומה שהביא מדברי התוס' דפרק אף ע"פ גבי נדרה שלא להניק אין ראי' משם דכי היכי דאלמוה רבנן לשעבודי' אע"ג דהוה מצי מיפר ה"נ אלמוה אע"פ שקיים לה הוא ומן התימה על הרב ז"ל דהתוס' הכריעו ההיא דב"ח מההיא דפרק המדיר דפריך וכיון דמשועבד לה היכי מצי מדיר לי' ונימא דמפקא שעבודא ע"י קונם ע"כ ואע"ג דהתם איירי באוסר הנאתו עליה. וראיתי להרב בעל לחם משנה בפי"ב מהל' אישות הקשה לדברי הר"ן ז"ל דכ' דאנן קי"ל דקונמות מפקיעין מידי שיעבוד מההיא דכ' הרמב"ם פי"ד אמר לה תשמישי אסיר עליך שאינו חל מפני שהוא משועבד והא קונמות מפקיעין מידי

שעבוד ותירץ דדוקא גבי ממון קונמות מפקיעין אבל גבי עונה דאין התנאי מועיל ולא ניתן למחילה אין הקונם מועיל להפקיעו עכ"ד ותמהני עליו דבפ"ב דנדרים גבי תשמישי אסור עליך כו' הקשה הר"ן והא קי"ל דקונמות מפקיעין מידי שעבוד ותירץ דכי היכי דאלמוה רבנן לשעבודי' דבעל הכי נמי אלמוה לשעבודיה דידה:

סימן ד

השאלה נאבדה ומתוך דברי התשובה יובנו דברי השאלה:

תשובה ראיתי את השאלה ומה שהשיב עליה החכם נר"ו לחייב את ראובן מטעמים שונים אם מטעם שמה שאמרו פורע חובו של חברו שלא מדעתו הניח מעותיו על קרן הצבי ה"ד היכא שעשה כן מדעתו בלי שום אונס אבל כל שאנסוהו לזה לפרוע חובו של זה הרי זה חוזר ונפרע ממנו וכמ"ש מוהריי"ט בח"א סי' קס"ד:

ואיברא דזה לי ימים ושנים שעמדתי על דברי הרב אלו דמדברי הטור לא משמע הכי שכתב בסי' שפ"ח ז"ל ראובן שהיה חייב לעובד כוכבים מעות ואנס העובד כוכבים את שמעון עד שפרע בשבילו אין ראובן חייב לשלם אלא אם כן היה החוב מן המס וכו' ע"כ ומסתימת דברים אלו משמע שאע"פ שהחוב הוא ברור עם כל זה אינו חייב לשלם כיון שהעובד כוכבים אנסו לשמעון שלא כדין ומה שדקדק הרב מדברי הרמב"ן ז"ל והביאם הטור סי' ק"ה דנפקד שמסר הפקדון לב"ח של המפקיד דפטור ולא מצי טעין מפקיד לומר מפייס הוינא ליה ומחיל לי כדאמרינן בפורע חובו של חברו דהתם עילה מצאו שלא לחייבו לזה מפני שעשה שלא ברשות וכ' הרב ומדבריו אתה למד דהיכא דנטלו ממונו של זה כנגד חובו של זה דלא שייך לומר שעשה שלא ברשות ודאי מחייב לשלם לזה לע"ד עדין ליכא למילף מידי דכל שאנסוהו לזה או לממונו בעד חברו כיון שאינו בדין לא מיחייב אידך דמשמיא אנסו להאיך כמ"ש הרב בעה"ת ז"ל משם הרמב"ן ז"ל בשער ע' אלא דלגבי פורע חובו של חברו דלא שייך לומר משמיא אנסו לזה כתב הרמב"ן ז"ל דעכ"פ עילה מצאו שלא לחייבו מפני שעשה שלא ברשות מה שא"כ לגבי נפקד שמסר הפקדון דאין לחייבו מה"ט דמי יימר דהוה מתפייס עלה בידינו דכל פורע חובו של חברו אפי' היכא דאנסו אותו לפרוע אבד מעותיו אמנם מדברי תשו' הרא"ש כלל ע"ג סי' ט' וכלל פ"ט סי' ט' נראה כדינו של מהריי"ט ועוד נראה לע"ד לחייב לראובן כיון דהוא גרם שנתפס שמעון בעדו שע"י שא"ל לעובד כוכבים ששמעון לא הביא לו מאומה נתחייב שמעון לשלם לעובד כוכבים נמצא שראובן הכריחו לשמעון שיפרע בעדו לעובד כוכבים ודמי למ"ש התוס' בפרק הכונס גבי מבריח ארי מדעתו האי שלא מדעתו כלומר שחברו מכריחו שיבריח ארי ומשום הכי ראוי שיתחייב וה"נ בנ"ד.

ובר מן דין יש לחייבו לראובן מכיון דמה שנתפס שמעון היה ע"י ששלחו ראובן ליקח לו בהלואה מן העובד כוכבים שכל המעמיד את חברו נגד העובדי כוכבים עלי' רמי לסלוקי לעובד כוכבים מעליו מטעם דארי' ארבע עלי' כמ"ש מהר"ם ז"ל בתשו' סימן רנ"ו והרא"ש ג"כ כלל י"ח סימן ו' שכתב ז"ל כיון שמודה ראובן שהכניסו ערב לעובד כוכבים חייב לפרוע לשמעון כל מה שהוצרך ליתן לעובד כוכבים ואפי' אם היה העובד כוכבים תובע ממנו שלא כדין ואנסו ליתן לו כי הדבר ידוע שידם תקיפא עלינו וזה ידע ראובן כששם אותו ערב וקבל עליו שעבוד זה לפצותו ולסלקי מכל היזק שיבא לשמעון מחמת ערבות זה ואע"פ שלא פירש זה בפירוש הוה ליה כאלו פירש והתנה בו ודמי האי מלתא להההיא דאמרינן זבין ארעא לעובדי כוכבי' אמצרא דחברי' משמתינן לי' עד דמקבל עליה כל אונסא דאתי לי' מחמתיהם משום דאמ"ל אריה ארבעת אמצראי עכ"ל ואין לומר דמ"ש הרא"ש כן היינו משום דס"ל דכל כי האי גוונא חשיב ברי היזקא כמו שנראה מדברי הב"י ז"ל בח"מ סי' קע"ה גבי זבין לעובד כוכבים דמשמע מדבריו שאם לא קבל עליו כל אונסא דאתי ליה ובא לו היזק מהעובד כוכבים שחייב לשלם אבל לדידן דלא חשיב זה ברי הזיקא כמ"ש הב"י שם ה"ז פטור זה אינו דא"כ לא היה צריך הרא"ש לומר דמסתמא ידע ראובן כששם אותו ערב וקבל עליו לפצותו דבלאו הכי ה"ז מתחייב כיון דהוי ברי היזקא אלא ודאי נראה דהרא"ש ג"כ ס"ל כסברת הרמב"ן והרשב"א ז"ל דאינו אנא גרמא בניזקין וכ"כ הנ"י בפרק הגוזל משמיה דהרא"ש ז"ל ולהכי איצטריך הרא"ש לומר דראובן ידע וקביל עליה כל אונסא דאתי לי' מחמתיה ואע"פ שלא פירש כאלו פירש דמי ומתחייב בשעבוד זה בקבלה בעלמא בלי שום קנין כיון דאריה ארבע עליה ואע"ג דלא הוי ברי היזקא כיון דקביל עליה מתחייב. (א"ה ע"כ מצאתי ועיין מ"ש א"א הרב ז"ל בסוף הלכות נזקי ממון):

סימן ה

כתב הטור בח"מ סי' ס"ט מי שהוציא כתב יד הלוה על יורשיו אם מודים שהוא כתב יד אביהם אם הוא תוך הזמן גובים מהם ע"כ וכתב הבש"ך דין זה צ"ע כי מה בכך שהם מודים מ"מ אלו היה אביהם קיים והיה מודה שהוא כתב ידו אע"פ שהיה בתוך הזמן היה נאמן לטעון פרוע במיגו א"כ נטעון ליתמי ונראה דהטור לטעמיה אזיל דס"ל דלא טענינן ליתמי נאנסו וכן י"ל דס"ל להבעה"ת משום דמלתא דלא שכיח לא טענינן ליתמי וא"כ קשה על המחבר שהביא לקמן גבי נאנסו ב' דעות וכאן סתם כדברי בעה"ת והטור ואפשר דס"ל דחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו גרע טפי ממלתא דלא שכיח אבל באמת נ"ל דמאן דפליג התם פליג הכא עכ"ד ולע"ד דברי המחבר עיקר וראיה לזה דהרב ב'

התרומות ס"ל דטענינן ליתמי נאנסו כנראה מדבריו ריש שער ה' והביאו הבש"ך סי' ק"ח ובשער י"ג כ' הבעה"ת דאם הוא תוך זמן גובים מהם וע"כ צריכין אנו לחלק דחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו גרע טפי ממלתא דלא שכיח וראיתי להרב מוהר"א ששון סי' ק"ל ז"ל הכלל העולה שאפי' בחששא רחוקה שהיא שהאב הודה ואח"כ הוציא כ"י הלוה אם אין היתומים מודים שהיא חתימת יד אביהם מיפטרי והטור כתב דברי בעה"ת ולא חילק עליהם וכו' עד הן אמת שמתוך דברי בעה"ת נראה שיש מקום לדחות זה שהרי כתב אבל טענו יתמי דמשמע דווקא שהם טוענים אבל אנן לא טענינן להו מכל מקום המעיין יראה שמה שטוענים הוא טענת שמא הרי לך דאפי' בטענת שמא מהניא טענתם עכ"ד ומלבד דהטור ס"ל דלא טעני' ליתמי מלתא דלא שכיח כאמור עוד דבריו צ"ע במה שרצה לייחס דאית ליה להטור דמלתא דלא שכ"ח אי טענו יתמי אף שהיא טענת שמא מהניא וזה אינו דבסי' רצ"ז ושס"א נראה בבירור דאית ליה להטור דבמלתא דלא שכיח טענת שמא לא מהניא ליתמי יע"ש בב"י גם מה שראה מדברי הרב ב' התרומות דדוקא שהם טוענים דמשמע דמלתא דלא שכיח לא טענינן להו קשה דהא כבר כתבנו דאית ליה דטענינן ליתמי נאנסו וי"ל ועדין צ"ל במ"ש דחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו גרע ממלתא דלא שכיח ושגם הרב בעה"ת מודה בזה דלכאורה קשה דמדברי הבעה"ת בסוף שער כ"ז אין נראה כן וז"ל הצ"ל ואיכא לעיוני אם מת אביהם תוך הזמן של שטר זה שהאמין המלוה ללוה מהו כיון דכ"ז שיאמר כתב ליה דליהוי נאמן אישתכח דלוה אפי' תוך זמן מהימן ומסתברא כיון דאתני אתני ואינו מהימן אפי' תוך זמן וטענינן ליתמי דאלו אבוהון הוה קיים הוה טעין פרעתי תוך זמן ומהימן אינהו נמי מהימני עכ"ל:

סימן ו

כתב מהרא"ש ז"ל בסי' ע"ד דהא דאמרינן חזקה אין אדם פורע תוך זמנו היינו במלוה וכיוצא שנתחייב לפרוע דמים אבל נתחייב ליתן סחורה לא יע"ש. ולע"ד אין נראה כן וכן יש לדקדק מתוך דברי הרשב"א ז"ל הביא דבריו ה"ה פ"י מהלכות מלוה דין ב' וז"ל הצ"ל ואין דינם מחוור בעיני שקביעות זמן פרעון לתועלת הלוה הוא שאין המלוה יכול לכופו בנתים אבל אלו בא לוה לפרוע בנתים פורע שאין אדם עשוי לפרוע תוך זמנו אמרו אין אדם רשאי לפרוע תוך זמנו לא אמרו יע"ש ועיין במוהר"י אדרבי ז"ל סימן קי"ג:

סימן ז

כתב ה"ה בפי"ד מה' מלוה דין א' ז"ל אבל אני חוכך בדין פוגם את שטרו דהא איבטילא לה חזקה דאין אדם פורע לגבי האי שהרי פרע והלה מודה לו במקצת יע"ש ונראה לומר דמאי דחזינן דפרע פרע ומאי דחזינן דלא פרע לא פרע וחילוק זה כתבו התוס' בפרק

חזקת דף מ"ה בדוחק יע"ש ולדעת הרמב"ם ז"ל יש לי קצת כדמות ראיה ממאי דאמרי' באלו נערות אמר רב פפא ש"מ האי שטרא ריעא לא מגבינן ביה ה"ד שטר' ריעא כגון דאמר זייפו לי שטרא וכתב הר"ן דדעת הרמב"ם דלא מרעינן שטרא אלא על אותו פ' מאותו סך אבל שאר שטרות שיש לו על אותו פ' לא ריעי אלמא אע"פ דאיתרע חזקתו במקצת לא איתרע בכוליה:

סימן ח

כתב הב"י בסי' קי"א בשם בעל התרומות ז"ל וכתב עוד שאם לוה הבעל עמה וקני ממנה תחלה או שקנו ממנה אחר בעלה וכתבה אחריות בכל אלו נשתעבדו למלוה אף באותן ג' שדות ע"כ. וראיתי למהר"ש ז"ל בסי' קכ"א שנשאל על שטר שכתב בו וליותר יפוי כח נכנסה פלו' בעד בעלה ערבנית קבלנית ושמו ראובן ואשתו בתיהם אפותיקי וכתב הרב שם דכיון שכתוב בשטר שהוא ואשתו מנו בתיהם אפותיקי לא גרע מאחריות ע"כ וראיתי בספר נתיבות משפט נתיב כ"ג ח"ד שתמה עליו דאפילו לדברי הרמב"ן שכתב דבהלואה לא שייך טענת נחת רוח כתב אבל אם לוה הבעל ושעבד נצ"ב שלה באפותיקי וחתמה לו בכי האי גוונא שייך נחת רוח ע"כ ולע"ד נראין דברי מהר"א ששון דעד כאן לא קאמר הרמב"ן אלא כשיו' הבעל ושעבד לו שדה והיא חתמה לו דהיא אינה מתחייבת לב"ח ולא חתמה לו אלא על אותו שדה המשועבד לה אבל בנדון מהרא"ש ז"ל דהיא נתחייבה ונכנסה ערבנית קבלנית ודאי כשמינו בתיהם אפותיקי לא גרע מאחריות וחילוק זה מבואר בדברי הרמב"ן שכתב ז"ל לפי שהיא אינה מתחייבת לבע"ח ואינה מפסדת אלא אותו שדה המשועבד לה. (עיין בתשו' מהראנ"ח סי' צ"ב):

סימן ט

במאי דקי"ל דמדינא דגמרא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח ראיתי להרא"ש בפרק יש נוחלין דף ר"ה גבי אין הבכור נוטל פי שנים במלוה ז"ל ואע"פ שהורע כח הבכור לענין מלוה דהוי ראוי לגבי כתובת אשה הוי כמוחזק כדתנן בפ' הכותב מי שמת והניח אשה וב"ח ינתנו לכושל שבהן ומפ' בגמרא דהיינו כתובת אשה ואפי' ר"ע לא פליג אלא משום שכולם צריכים שבועה עד ומיהו אין ראיה דלעולם אם גבו היתומים את המלוה אינו גובה מהם משום דהוי ראוי אבל בעוד שלא גבו יפה כחן לגבות כי היכי דיפה כח המלוה ואשה לגבות אע"פ דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח וה"ה לענין ראוי כיון שהם ביד אחרים עכ"ד משמע מדבריו דגם לר"ע אי לא הוי טעמא משום שבועה היו גובין לב"ח דע"כ לא אמרינן מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח אלא כשהם בידם אבל כל שהם ביד אחרים משתעבדי לב"ח וכ"נ מדברי התוס' בפ' הנז' דף קכ"ה

וכן כתבו התוס' בפ' יש בכור דף נ"א ע"ב ד"ה ולא בראוי כבמוחזק יע"ש וצ"ע דהא אמרינן בפסחים בפ' כל שעה ד' ל"א גבי ב"ח אי למפרע גובה או מכאן ולהבא דרבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה ופריך תלמודא ומי אמר רבא הכי והאמר רמי בר חמא ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות וזקפן עליו במלוה ומת ראובן ואתא ב"ח וטריף ליה משמעון ואתא שמעון ופייסיה בזוזי דינא הוא דאתו בני ראובן ואמרי ליה לשמעון אנן מטלטלי שבק אבון גבך ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח הרי דהתם המעות עדין לא באו בידי היתומים אלא הם ביד אחרים ואפילו הכי אמרינן מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח. שוב מצאתי בירושלמי הביאו הרא"ש בפרק הכותב על מתניתין דלר' עקיבא אפי' אי לא הוה טעמא דשבועה לא היו גובין יע"ש ולייישב דברי התוס' והרא"ש דפ' יש נוחלין מסוגיין דפ' כל שעה עיין בתוס' בפ' מי שהיה נשוי דף צ"ב סד"ה ראובן שמכר שדה לשמעון וכו'. (א"ה העולה מהאמור דלדברי התוספת והרא"ש דפי"נ אם פטרו הלוה משבוע' הדין הוא שיפרע מהמטלטלין ומעות שיש לו אצל אחרים אף מדינא דגמרא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח אמנם לפי דברי הרא"ש בפ' הכותב והירושלמי נראה דמדינא דגמרא אפי' מטלטלי שביד אחרים אמרינן מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח וכן מצאתי להריטב"א בחי' כ"י לפ' הכותב שכ' ז"ל נראה מפי' רש"י ז"ל שאם פטרם משבועה בחייו ינתנו לכושל שבהם אבל בירוש' אמרו הגע עצמך שפטרם משבועה זו תורה וזו אינה תורה כלומר דלא בשבועה ממש תלייא מילתא אלא בדין גוביינא שכולם מחוסרים גוביינא והיורשים אינם מחוסרין גוביינא דכל היכא דאיתיה ברשותייהו קאי והכי מוכח לקמן בגמרא דעבדי צריכותא למאי דקתני תרתי מלוה ופקדון דאי כתב פקדון הוה אמינא דוקא פקדון אמר ר"ע והא אמאי תיסק אדעתיה דהא במלוה נמי כלן צריכים שבועה ואין היורשים צריכים שבועה אלא ודאי ה"פ דה"א דבפקדון כיון דהוי בעין ה"א שעומד בחזקת יתומים אבל מלוה דלהוצאה נתנה אינה עומדת בחזקת יתומים יותר מחזקת ב"ח וכתובה קמ"ל עכ"ל וכן נראה מדברי הר"מ ז"ל בפי"א מה' מלוה וכ"נ מדברי הטור בסי' ק"ז יע"ש ונראה דנ"מ מזה גם עתה שתיקנו הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי לב"ח דקי"ל דאם לא כתב לו בשטר שיגבה מהמטלטלין והיתומים רוצים שיגבה ממקרקעי ולא ממטלטלי שומעין להם כמבואר בסי' ק"ז ועיין בש"ך ס"ד דלדברי התוספת והרא"ש דפי"נ יכול המלוה ליקח המעות והמטלטלין שביד אחרים כל שפטרו הלוה בחייו מהשבועה ולדברי הרמב"ם והטור והריטב"א הדין עם היתומים):

סימן י

כתב מהראנ"ח בסי' צ"ב בנתן ש"ח ללאה ולאה חייבת ללוה דכי האי גונא לא מהנייא מחילה דהא ודאי במוכר שט"ח דגבה מקבל השטר עד שלא מחלו הנותן מחילה דבתר הכי לא מהניא והכא כיון שלאה היתה חייבת לו הרי מתנה שנתנו לו השטר חשיבא כגבוי ועומד וכו' יע"ש והש"ך בסי' ס"ו ס"ק ע"ג חילק עליו וז"ל ודבריו תמוהים דאדרבה מוכח בההיא סוגיא דהתם וכ"כ הריב"ש הרבה פעמים דזה גובה וזה גובה וכו' הלכך לאה אע"פ שחייבת ללוה יכולה למחול עכ"ד ולע"ד דברי מהראנ"ח ז"ל ברורים דע"כ לא אמרו בגמרא דזה גובה וזה גובה אלא היכא דהאחד עידית והאחד בינונית אבל היכא דשניהם שוים בפירו' אמרו שם אפוכי מטרתא למה לי אמנם צריך להבין במאי דכתבנו דכל היכא דלא מחוסר גוביינא לא מצי מחיל מההיא דאמרינן בפרק החובל דף פ"ט ע"ב אלא הא דתניא וכן היא שחבלה בבעלה לא הפסידה כתובתה אמאי תזביננה ניהליה לכתובתה לבעלה בהא חבל' דאי מחלה לגבי בעל ליכא פסידא ע"כ דמוכח מהכא דאפי' היכא דלא מחוסר גוביינא מצי מחיל ושמא שאני כתובה דלא ניתנה לגבות מחיים ועיין בנ"י בפ"ק דב"ק גבי פרה שהזיקה טלית אין אומרים תצא זה בזה ובנ"י גבי מתני' דפרק המניח שני שוורין תמין שחבלו זה בזה משלמין במותר אמר המחבר וכו':

סימן יא

בעניין ב"ח אי קונה משכון כבר ידוע מחלוקת הראשונים אי ב"ח קונה משכון בשעת הלואתו דדעת התוס' דאינו קונהו וכדאמרינן בס"פ האומנין אימור דאר"י בשעת הלואתו שלא בשעת הלואתו מי אמר יע"ש ולע"ד אינה ראיה לפי מ"ש רש"י ז"ל שם וז"ל אימור דאמרינן שלא בשעת הלואתו וההוא ודאי קני ליה דלגוביינא נקטיה עכ"ל ודבריו מבוארים דכי הוו מפלגינן בין משכנו שלא בשעת הלואתו למשכנו בשעת הלואתו ה"ט משום דס"ל דמשכנו שלא בשעת הלואתו לאו לגוביינא נקטיה אלא לזכרון בעלמא הוא דנקטיה ולפי מאי דקי"ל בפרק הזהב דמשכון דנקיט אפילו בשעת הלואתו לגוביינא נקטיה תו ליכא טעמא לפלוגי בין משכנו בשעת הלואתו למשכנו שלא וכו' ומשום הכי הוה בגמרא דהיאך קאמר דר"א לית ליה לדר"י והלא מודה ר"א כל היכא דנקטי' לגוביינא כגון דהוה מלוה בשטר וכן נראה מפירוש רש"י ז"ל והשתא אתי שפיר מאי דקאמר שם בשמעתין בתר הכי לימא דר"י תנאי היא אבל לרבא ל"ק מידי דאיהו סבר דבהא פליגי דמר סבר לגוביינא נקטי' והוי כמשכנו שלא בשעת הלואתו דקני ליה משו' דלגוביינא נקטיה וה"ה בשעת הלואתו ומר סבר משכנו בשעת הלואתו לאו לגוביינא נקטיה אלא לזכרון דברים והכי אמרו, בפרק הזהב ולפי זה אין אנו צריכים למה שכתבו

התוס' גבי אומן ש"ש הם וכ"ת אם כן מאי קאמר בפרק האיש מקדש גבי עשה לי שיריים ואקדש אני לך דאינה מקודשת משום דאין אומן קונה בשבח כלי ותיפוק ליה משום דב"ח קונה משכון וכבר ראיתי להראשונים ז"ל שהקשו זה ותירצו דמשכנו בשעת הלואתו או שלא בשעת הלואתו על פי ב"ד דעתיה אמשכון וקני ליה כר"י אבל אומן לאו אדעתא דמשכון נקטיה וממילא תפיס לי' ואפי' הכי הוי ש"ש מטעם דקא מרווח ביה ומשום הכי כי אמר לו גמרתיו לא הוי אלא ש"ח משום דסתם אומן לא תפיס ליה כאגרי' עד שיפרש בהדיא ועיין בהר"ן בפ"ק דקדושין גבי מנה אין כאן משכון אין כאן ובפרק האיש מקדש בסוגיא הנז' והיכא דתפס מידי מלוה מיד לוה ג"כ קונה אותו מדר"י ואפי' נכנס לביתו ומשכנו בלא רשות ב"ד וכדאמרינן בפ"ק דמכות גבי בטלו ולא בטלו והרי משכון דרחמנא אמר לא תבא יע"ש בפירוש רש"י והוא הדין לענין שאינו משמט:

איברא דראיתי להר"ן ז"ל בפ' השואל גבי הלואת י"ט לא ניתנה ליתבע דאי תפס מלוה מידי לא מפקינן מידו דלא ניתנה ליתבע קא אמרי' אבל אי תפיס תפיס ולא עוד אלא דאי אזל לוה ותפיס מידו דמלוה מפקינן מיניה דהשתא לאו הלואת י"ט מפקינן מיניה אלא גזילה הוא דמפקינן ומיהו היכא דלא תפס מלוה זוזי אלא משכון והדר לוה ותפס ההוא משכון גופיה לא מפקינן מיניה דהא לא קנייה מלוה לגמרי וכי הדר תפיס לוה לדידיה קא תפיס הלכך אי מפקינן מיניה הלואת י"ט הוא דמגבינן עכ"ל וצ"ל הא כיון דב"ח קונה משכון ואפי' שלא בשעת הלואתו א"כ כי תפיס ליה לוה מיד מלוה גזל הוא בידו ולא פקע קנינו של מלוה ואפי' במשכון של ישראל הממושכן ביד עובד כוכבים כתב הנמקי יוסף ז"ל בפרק החולץ דאין הישראל יכול לגוזלו הימנו ואע"פ שאין עובד כוכבים קונה משכון (ואין לומר דכה"ג אין ב"ח קונה משכון דמתוך דברי הר"ן הנז' נראה דאף בתופס המלוה שלא ברשות קנאו וכן נראה מתוך דברי הרמב"ם ז"ל בפ"ג מהלכות מלוה דין ה' יע"ש) אף על פי שדברי הריטב"א אלו שהביא הנמקי יוסף קשים הם אצלי דהא כיון דעובד כוכבים לא קני משכון אלא לשעבוד בעלמא א"כ כי בא ישראל ולקחו שלא מדעתו של עובד כוכבים דליכא חילול ה' לא מיקרי גזל וכדמוכח בפרק הגוזל בתרא דאי לאו דע"ע גופו קנוי לא הוה חשיב גזילה ואע"פ שמשועבד לעובד כוכבים שקנאו ולכן היה נראה לפרש דמ"ש הנ"י וכאלו היא מלוה שיש עליה משכון דכי שקיל למשכומי' מיני' שלא כדין הוה ליה גזל לאו אמשכון דעובד כוכבים קאי אלא אמשכון אצל ישראל קאי דקנוי לו לב"ח וע"ע הנמכר לעובד כוכבים הוי כמו כן דגופו קנוי לעובד כוכבים כמו משכון אצל ישראל. העולה לנו מכל מ"ש דב"ח קונה משכון בין בשעת הלואתו בין היכא דבא לידו בתורת משכון שנתנו לוה מדעתו ובין היכא דתפיס ליה למשכון

שלא מדעת הלוה וכגון שהיה מופקד בידו ותפיס ליה מלוה אזוזי כמ"ש הטור ז"ל בא"ה סי' כ"ח בשם הרמ"ה יע"ש וכן נראה מדברי הר"ן ז"ל בפרק האיש מקדש גבי אין אומן קונה בשבח כלי יע"ש ואפי' היכא דנכנס מלוה לביתו של לוה ותפס מידי אף ע"פ דהוי גזלן כמ"ש הרמב"ם ז"ל בהלכות גזילה ספ"ג מ"מ קנאו מלוה למשכון (עיין מ"ש ה"ה בפ"ג מהל' מלו' דין ד' ודבריו מגומגמים ולע"ד נראה ליישב מה שהקשה דהיאך לוקה ומשלם וכו' דאנן לא קי"ל אלא דאינו לוקה ומשלם אבל אפשר דקי"ל דלוקה ומפסיד וכ"ש לפי מה שפירש רש"י ז"ל בפרק השוכר את הפועלים דף צ"א ע"א דכל קים ליה בדרבה מיניה אם תפס לא מפקינין מידיה כיון דחייב לצאת ידי שמים יע"ש) ומה שכתב הר"ן ז"ל גבי הלואת י"ט דאי תפס משכון והדר לוה ותפס לא מפקינן ה"ט כיון דהלואת י"ט לא ניתנה ליתבע לא קנה המלוה למשכון:

אמנם ראיתי להר"ן ז"ל בפרק שבועת הדיינין דף שי"ט גבי מה שנחלקו הראשונים ז"ל במודה מקצת הלואה ורוצה ליתן משכון באותו מקצת אי מיקרי הילך כתב ז"ל הצ"ל כי אמרינן בבע"ח דקונה משכון ה"מ בשמשכנו בשעת הלואתו וטעמא דמלתא מפני שמעותיו קונות לו משכון ואי נמי במשכנו שלא בשעת הלואתו קני ליה משום דלגובייא דב"ד נקטיה וגזרת הכתוב הוא דקני ליה כדר"י אבל בנתן לוה למלוה משכון שלא בשעת הלואתו כיון שמלוה אינה קונה במה קנאו א"ת במשיכ' זו היא שלמד הרב ר' יוסף ז"ל מההיא דקדושין שאין המטלטלין נקנים במשיכה למשכון בעלמא עכ"ד יע"ש נמצא לפי דבריו אלו דאין המלוה קונה משכון אלא או בשעת הלואתו או שלא בשעת הלואתו כשהגביהו לו ב"ד אבל באופן אחר לא אבל הרואה יראה שדבריו אלו הם הפך מ"ש הוא עצמו בפ"ק דקדושין גבי מנה אין כאן משכון אין כאן והעולה מדבריו שם דכל היכא דאמר ליה קני משכון בשעבוד מנה קניא ליה משכון להההוא שעבודא והוי ככסף לקנות בו יע"ש:

הלכות ערב

סימן א

בעיקר שעבוד הערב שמשתעבד למלוה משמע לכאורה דהוי טעמא משום דבההיא הנאה דקא מהימן ליה והוציא ממון על פיו הוא שמשתעבד בדברים לחוד:

איברא דמדברי הרמב"ם ז"ל בפרק י"א מה' מכיר' שכתב דיכול אדם לחייב עצמו בדברים אף על פי ששניהם מודים שלא היה אצלו כלום שהרי חייב עצמו כמו שישתעבד הערב עכ"ד נראה דמה שאמרו גבי ערב דמשתעבד בההיא הנאה דקא מהימן ליה היינו

להוציא מידי אסמכתא דכל ערבות הוי אסמכתא והוה ס"ד לומר דלא גמר נפשיה לשעבודי' דסבר היה שיפרענו הלוה ולהכי איצטריכו לומר דבההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ושעבד נפשיה וקצת משמע כן מדאמרו שם בפרק גט פשוט ולמ"ד אסמכתא לא קניא ערב אמאי קא משתעבד ומשני בההיא הנאה וכו' גמר ושעבד נפשיה משמע דלא איצטריכו להאי טעמא אלא לאפוקי מדין אסמכתא ולפי זה הא דאמרינן בפרק השוכר גבי מתנה ש"ח להיות כשואל במאי בדברים ומשני בההיא הנאה דקא נפיק עליה קלא דאיניש מהימנא הוא גמר ומשעבד נפשיה וכו' דמשמע דבדברים לחוד אינו יכול להתחייב היינו נמי משום דחיוב שמירה הוו אסמכתא ולא גמר לשעבד נפשיה ולזה קאמר דבההיא הנאה גמר ומשעבד נפשיה ואתי שפיר לפ"ז לישנ' דגמרא דלכאורה היה נראה דהוה סגי באומרו בההיא הנאה משעבד נפשיה אבל כדי לאפוקי מדין אסמכתא נקיט האי לישנא דגמר נפשיה והשתא יתפרשו דברי הרמב"ם במ"ש שהרי חייב עצמו כמו שישתעבד הערב דאע"ג דגבי ערב אמרינן משום דבההיא הנאה גמר ומשעבד נפשיה לאו למימרא דההיא הנאה עביד קנין אלא ה"ק כיון דאית ליה הנאה גמר ומשעבד נפשיה וכ"ת א"כ בקבלנות דליכא משום אסמכתא אמאי צריך קנין כשהוא לאחר מתן מעות י"ל דלשון קבלנות לא הוי לשון חיוב אבל אי אמר בלשון חיוב הניחהו לו ואני חייב לך בפני עדים אפי' לאחר מתן מעות ה"ז משתעבד:

אבל צריך להבין הא דאמרי' בפ"ק דקדושין דאי אמרה איהי תן מנה לפ' ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב ערב לאו אף על גב דלא קא מטיא הנאה לידיה משתעבד האי איתתא נמי אף ע"ג דלא מטיא הנאה לידה מיקדשא נפשה והשתא איכא למידק דהיכי יליף קדושין מערבות דערבות שאני שאינו אלא שמתחייב עצמו ויכול אדם לחיובי נפשיה במה שאינו חייב כל שגמר נפשיה להשתעבד אבל גבי קדושין שאין האשה מתקדשת אלא בכסף ולא בדברים לא יהא מקודש' בהכי וע"כ צ"ל דעיקר חיוב' דערבות הוי משום דההיא הנאה דקא מהימן ליה חשיב ממונא שנהנה בשוה פרוטה כמ"ש הריטב"א ז"ל יע"ש איכא למימר דלא מייתי התם מערבות אלא למילף דאותה הנאה שהוציא ממון על פיו חשיבא ממונא ומה"ט משתעבד הערב ואע"ג דהוי אסמכתא העולה מדברינו דנראה דהאי מלתא דאמרינן דטעמא דערב הוא משום דבההיא הנאה שהוציא ממון על פיו איכא מאן דס"ל דלא איצטריך אלא לאפוקי מדין אסמכתא ואיכא מאן דס"ל דאיצטריך ג"כ דאם לא כן הוו דברים לחוד וכן נראה מדברי הר"ן בר"פ הנושא על ס"ד יע"ש הצד השוה דבערב כל דלא חסריה ממונא לא משתעבד:

אמנם ראיתי לר' ירוחם ז"ל הביא דבריו הב"י בסי' קכ"ט ז"ל מי שנעשה ערב למי שמחייב עצמו בקנין לתת מתנה לחברו אע"ג דלאו מידי חסריה כיון דלא עביד מצוה משתעבד ואפי' לא קנו מידו עכ"ל ונראה דיליף לה מדברי התוס' בפרק הניזקין דף ן' גבי ערב דכתובה לא משתעבד משום דמצוה עבד ולא מידי חסריה שכתבו התוס' אבל היכא דליכא משום מצוה כגון אחר הנשואין הרי זה מתחייב ואע"פ דלא מידי חסרי' עכ"ל ולכאורה נראה דמיירי בלא קנין אבל הוא תמוה דהא קי"ל דערבות לא משתעבד אלא משום דבההיא הנאה דקא מהימן ליה שהוציא ממון על פיו וע"כ צ"ל דהתוס' אית להו כסברת הרמב"ם בפרק כ"ה מהלכות מלוה דערב דכתובה כיון דמצוה עביד אפי' קנו מידו לא משתעבד יע"ש ולמד כן מדאיצטריך תלמודא לומר דמצוה קא עביד ולא סגי להו בטעמא דלאו מידי חסריה לחוד ונסתלק מה שהקשה ה"ה דמ"ש מערב לאחר מתן מעות דאם קנו מידו משתעבד יע"ש ועל פי זה כתבו התוספת דלאחר הנשואין דלא שייך לומר מצוה קעביד משתעבד בקנין:

וראיתי מי שרצה לומר דהיינו טעמא דרבי' ירוחם שכל שנעשה ערב במה שמתחייב לו חברו השתא חשיב כשעת מתן מעות וכאלו חסריה דאי לאו דעבד ליה נייח נפשיה לא הוה יהיב ליה חבריה ולע"ד נראה שאינו מחוור דנהי דאמרינן אי לאו דעבד ליה נייח נפשיה לא הוה יהיב ליה מכל מקום הערב לא משתעבד אלא היכא דהוציא חברו ממון על פיו ועל אמונתו הלוהו וגדולה מזו כתבו המפרשים בפ"ק דקדושין דאם א"ל זרוק מנה לים ואתחייב אני לך דלא מתחייב ואע"פ שהוציא ממון על פיו שאין הערב משתעבד אלא בזכות שמגיע ללוה על פי ערבותו איברא דאיכא לאקשויי ע"ז ממה שכתבו התוספת והרא"ש ז"ל בפרק השואל דכל השומרים מתחייבים בשמירה אפי' קודם שמשך והיינו טעמא משום דעל פי דיבורו של זה סילקו הבעלים שמירתן מעליהם ולכאורה נראה דמדין ערבות הוא דקא מתחייבי שעל פיו של זה הניחו ממונם בר"ה שהוא מקום האבוד וזה הוא כסברת הר"ן שהביא הרב בעל נ"י שם דזרוק מנה לים ואתחייב אני לך משתעבד מדין ערב ואין לומר דטעמו של הרא"ש גבי שומרים דמתחייב הוי משום דינא דגרמי שע"פ דבורו סמך המפקיד והפסיד דהאי טעמא לא סגי לשואל לחייבו באונסין שאין ההפסד בא לו בגרמת הנפקד, ולדעת ר"י ז"ל שחילק בין שואל לשאר השומרים אתי שפיר אבל לדעת הרא"ש ז"ל דס"ל דאפילו שואל מתחייב בלא שום משיכה קשה דאיהו גופיה כתב בפ"ק דקדושין דאין הערב מתחייב אלא בזכות שמגיע לאחרים על פי ערבותו ואגב אורחין ראיתי להב"י בסי' ר"ז שהביא תשובת הרא"ש ז"ל בראובן שהיה לו פרה והיה ירא לשוחטה פן ימצא טריפה וא"ל שמעון שחוט אותה

ואם ימצא טריפה אני אתן לך בעד בשרה כך וכך דכתב הרא"ש דפטור שמעון מלשלם דהוי אסמכתא ועוד דבמאי נתחייב זה לשלם והקשה הב"י דאמאי לא מתחייב מדין ערב שהרי על פי דיבורו שא"ל לשלם שחטה יע"ש ולפי מ"ש לק"מ דהרא"ש ז"ל ס"ל שאין ערב מתחייב אם לא שיגיע הנאה לאחרים על פי דיבורו דחשיב כאלו הגיע אותה הנאה ליד הערב:

(א"ה נמצא עולה לפי דברינו דלשיטת הרמב"ם ז"ל דערב דכתובה לא משתעבד אפילו קנו מידו ולהכי איצטריך תלמודא לומר דמצוה עביד ולא מידי חסריה א"כ בנדון רבינו ירוחם ז"ל אין ללמוד דמשתעבד אלא בקנו מידו דוקא אמנם לפי שיטתו של הראב"ד ז"ל דסוגיין דפרק הניזקין איירי כשלא קנו מידו כמבואר פי"ז מהלכות אישות ובפרק כ"ה מהלכות מלוה יע"ש אפשר ללמוד דבנדון ר' ירוחם ז"ל דליכא למימר מצוה קא עביד משתעבד אפילו לא קנו מידו וכן נראה מדברי הרב בעל התרומות בדף קמ"ח דנדון ר"י תלוי בזה שאחר שכתב מי שהוא ערב לכתובה אע"פ שקנו מידו אינו חייב וכו' כתב בסוף דבריו ז"ל אבל קנה בקנין גמור להיות ערב במתנה שאדם עושה לחברו בממון אע"ג דלאו מידי חסריה כיון דלאו מצוה קא עביד משתעבד ותו דאנא אמינא דחסריה דאי לאו דעביד ליה נייח נפשיה לא הוה יהיב ליה ויש מן המורים שהורו דבקנין נשתעבד ערב דכתובה ולא מסתבר כותייהו וכן סברת הראשונים ז"ל עכ"ל כן נראה להבין ממ"ש דין ערב במתנה וכו' בין שתי הסברות ומ"ש ותו דאנא אמינא דחסריה וכו' הוא מפני דס"ל דכל היכא דלא חסריה אף דלאו מצוה קעביד אפשר דלא משתעבד אפילו בקנין וא"ת מ"ש מערב לאחר מתן מעות דמשתעבד בקנין כבר תירץ זה ה"ה בפרק כ"ה מהלכות מלוה יע"ש וא"ת א"ה אמאי צריך קנין כיון דלא מצוה עביד וחסריה לק"מ דס"ל דהוי כערב שלא בשעת מתן מעות א"נ דמהאי טעמא דעבד ליה נייח נפשיה לא חשיב חסרון גמור אי משום שלא הוציא ממון ואי משום שלא יצא הנותן מידי חיוב המתנה וכן ראיתי לאדוני אבי הרב זלה"ה שרישם על דברי הרב ב' התרומות הנז' וז"ל ואין להקשות ממ"ש הרב בעל התרומות לעיל דף קכ"ה תשובה לקמאי בראובן שהקנה מנה במתנה לחברו במעמד שלשתן ואותו הנכנס ע"ז נתן לזה ערב אף על גב דלא הוי ערב בקנין משתעבד וכו' דהתם שאני שע"י ערבותו של זה קביל זה מתנה מחברו ויצא הנותן מחיובו שהיה חייב לתת לזה מתנה משום דעבד ליה נייח נפש וזה הטעם לא שייך כשנעשה ערב במתנה שאדם עושה לחברו דעדין לא יצא הנותן מחיוב המתנה שרוצה לתת עכ"ל. העול' מהאמור דבנדון ר"י אם לא קנו מידו לא משתעבד כמבואר בדברי הרב בעל התרומות ז"ל ושכל הראשונים פירשו סוגיין דפרק הניזקין דאיירי אפי' בקנו מידו

ואף הראב"ד בהשגות ואותם המורים שהביא הרב בעה"ת דס"ל דסוגיין איירי בשלא קנו מידו מ"מ אפשר דס"ל דבחדא מינייהו דמצוה קעביד או דלא חסריה לא משתעבד אלא אם כן קנו מידו וכן נראה מדברי הרשב"א ז"ל הביא דבריו ה"ה בפכ"ה מהלכות מלוה בדין ו' גבי קבלן של כתובה יע"ש וכ"כ הש"ך ובסי' ק"ט ס"ק י"ג וכן נראה דס"ל לא"א הרב ז"ל):

סימן ב

ראובן שא"ל לשמעון דבר לשלטון בשביל לוי ואני קבלן כ"כ חל השעבוד כיון דשמעון לא נחסר שהרי היה בטל ממלאכ' לכאור' היה נרא' דלא משתעבד כדאמרי' בערב דכתוב' דלא משתעבד אפי' בקנין וכתב ה"ה הטעם משום דערבות הוי אסמכתא אלא דמשום דאית ליה הנאה דקא מהימן ליה גמר ושעבד נפשיה ומשום הכי בכתיבה דלאו מידי חסריה וליכא חסרון כיס לא גמר ושעבד נפשיה אבל כד דייקינן בה נראה שלא נאמרו דברים אלו דכל היכא דליכא חסרון כיס לא משתעבד אלא בערב בלבד משום דערבות הוי אסמכתא אבל בקבלנות דליכא אסמכתא הרי זה מתחייב אפי' בלא קנין בההיא הנאה דמטיא לחברו על פיו ומשום הכי בקבלן דכתוב' כתב הרמב"ם דמשתעבד אפי' בלא קנין שהרי מטייא הנאה לחברו על פיו של זה שנתרצית לינשא לו ושפחה מסר' לו לשמשו כדאמרי' בפרק אין בין המודר ובפרק חרש נמי אמרי' מאן חכים כרב מלכייו אלו בעי שפחה לשמשו מי לא זבנינן ליה וכ"כ הטור בא"ה דקבלן דכתוב' משתעבד אפי' בלא קנין כל שאמ"ל הנשאי לזה ואני קבלן דחשיב כשעת מתן מעות ובנ"ד אלו לא היה אלא ערך בלבד הי' נראה כיון דשמעון לא נחסר מידי לא נשתעבד ראובן לפי דעת הרמב"ם ז"ל אבל לפי דעת הראב"ד והטור אפילו בערבות נשתעבד כיון דליכא הכא לומר מצוה עבד ועיין בתשו' ספר תולדות אדם סי' כ"ה שכתב שאם השאיל ראובן כלי לשמעון בתנאי שאם לא יחזירהו לזמן פ' שיתן לו בעד הכלי כ"כ דמים ויצא לו ערב ע"ז שאין הערב משתעבד ע"ז אם לא שקנו מידו משום דהוי אסמכתא וכשם שאין השואל משתעבד ע"ז משום דהוי אסמכתא דלא מפסיד המשאיל מידי שהרי מחזיר לו הכלי כמו כן הערב לא נשתעבד ע"כ משמע דס"ל דאין משתעבד אלא במאי שנחסר המלוה שכנגדו על פיו אבל במה שאינו נחסר לא משתעבד ואע"פ שעל פי ערבותו השאיל לו הכלי לשמעון כללא דמלתא דערבות דהוי אסמכתא לא מתחייב אם לא שחיסרו ממון וקבלנות דלא הוי אסמכתא כל שמגיע הנאה לאחרים ה"ז מתחייב ולפי זה אם הרויח לו הזמן המלוה בשביל שיצא זה קבלן נראה דמשתעבד הערב אפילו בלא קנין ועיין בהרמב"ם ז"ל בפרק ה' מהלכות אישות דין ט"ו ומ"ש ה"ה שם דנראה דבמחלוקת שנוי

ואם הוא קבלן לאחר מתן מעות אם שיעבד נפשיה בשטר שכתב ואני חייב לך הרי זה חייב ובערב לא מהני אפילו חייב עצמו בשטר כל שהוא לאחר מתן מעות משום דהוי אסכמתא ובקנין דמהני היינו משום דחשיב כאלו הגיע ממון לידו דמתנה על מנת להחזיר שמה מתנה ולפי זה יראה דאף ע"פ שערב שנתן משכון לו חל ערבותו כיון שלא האמינו עד שנתן משכון כמ"ש הב"י בסי' ר"ז ה"ד בערבות אבל בקבלנות מהני איברא דעדין איכא למימר דלשון קבלנות לא הוי לשון חיוב וכן נראה מדלא מתחייב הקבלן לאחר מתן מעות בלא קנין ואע"ג דליכא ביה אסמכתא:

סימן במי שנשתעבד וחייב עצמו לפרוע לכל מי שילוה לשמעון עד סך מה אי חל השעבוד מי נימא כיון שלא שעבד עצמו לאיש ידוע לא חל השעבוד וכ"כ מהרשד"ם בסימן ל"ח שכל שלא אמר בלשון צווי ולא ייחד אדם לא משתעבד והביא ראיה לזה מר"פ המדיר דמותר אדם לומר כל הזן אינו מפסיד דכיון דלא אמר בלשון צווי ולא ייחד שום אדם לא משתעבד הבעל לנותן ולהכי שרי אבל הרב מהר"א ששון ז"ל בסי' קכ"ב חולק ע"ז וכתב דההיא דפרק המדיר שאני משום דלא קאמר כל הזן אני מתחייב דאי הוה אמר הכי הוה מתחייב בי' מדין ערבות אבל לא קאמר אלא כל הזן אינו מפסיד שאינו לשון שעבוד ולכאורה נראה לחלק בהכי אבל עדיין צריך להבין דהא חזינן דבאומר בלשון צווי שאמר יזון ולא יפסיד מוכח שם דמשתעבד משמע דלישנא דלא יפסיד הוי לשון חיובא ופורע ואפי' הכי כשלא אמר בלשון צווי לא משתעבד משמע דהכל תלוי בשאמר לשון צווי הוא דמשתעבד אבל כל היכא דלא אמר בלשון צווי לא משתעבד וכבר ראיתי שהרב הרגיש בזה וכתב דשאני התם דטעמא דעושה שליח הוא כו' כלומר דלעולם לישנא דאינו מפסיד לא משמע חיובא ומיהו כל שאמר בלשון צווי ה"ז מתחייב לנותן משום דשליחותי' קעביד ואפי' לא אמר אלא תנו לפ' לבד שליחותי' קא עביד דתנו ע"מ לשלם הוא דקאמר וכ"כ לה הריטב"א בחידושיו בפ' המדיר וז"ל ושמעינן מהכא דהאומר יזון לפ' ע"מ לשלם הוא אף ע"פ שלא פי' וכו' אבל באומר כל הזן דמשום שליחות ליכא ומשום חיובא נמי ליכא שהרי לא קאמר אני מתחייב או אני נותן אלא שאמר אינו מפסיד ולישנא דאינו מפסיד אינו משמע שמתחייב ולהכי שרי כך היה נראה לכאורה בשיטת ההלכה ובהכי אתי שפיר דלא אוקמה למתני' באומר כל הזן אני נותן לו משמע דבכה"ג ה"ז מתחייב משום ערב ולפי דרכנו נראה דטעמא דבאומר כל. הזן אינו מפסיד דלא מתחייב היינו טעמא משום דלא הוי לשון צווי ומשום שליחות ליכא ומשום חיובא ליכא דלישנא דאינו מפסיד לא הוי לשון חיובא נראה דהוא הדין באומר לחברו אם תזון לא תפסיד דה"ז לא מתחייב לפורעו וכן נראה מדברי התוס'

בשמעתין שכתבו בשם רשב"ם ז"ל דאסור לומר למודר אם תזון לא תפסיד משום דמיחזי כשלוחו משמע דמדינא שרי משום דכה"ג לא מתחייב זה לפורעו. אבל מדברי הריטב"א ז"ל שכתב דבאומר אם תזון לא תפסיד שליחותיה דבעל קא עביד וחייב לפרוע לו נראה דבאומר כל הזן אינו מפסיד דשרי ה"ט משום דאמר דרך כלל ולא ייחד שום אדם וכ"כ הרב בעל התרומות בשער ס"ה נראה כסברת מהרשד"ם ז"ל דכל שלא ייחד שום אדם ה"ז לא משתעבד משום ערב ואפי' אמר בל' חיוב שאמר כל הנותן לפ' אני נותן לו וכ"נ מדברי הר"ן פ"ק דקדושין גבי ההיא דאומר אדם לבתו צאי וקבלי קדושיך כתב הר"ן שפי' הראב"ד דטעם משום דהוי כאלו אמר כל מי שיתן לך מנה מעלה אני עליו כאלו נתנו לי דמקודשת מדין ערב והר"ן ז"ל דחה זה הפי' וכ' דמשום ערבות לא שייך הכא שכל שאינו מתנה עם אדם ידוע לא גמר ומשעבד נפשיה וכ"כ התוס' שם והרא"ש ג"כ דמשום ערב ליכא כיון שאינו מדבר עם המקדש אלא עם הבת ונראה שר"ל כמ"ש הר"ן שכל שאינו מדבר עם אדם ידוע לא גמר ומשעבד נפשיה ולפי זה נראה דהאומר לחברו או לבנו צא וקח מן השוק ואני אשלם לא משתעבד כיון שלא דיבר עם אדם ידוע וההיא דכל השומע קולי יזון דמשמע דמשתעבד היינו משום דאמר בלשון ציווי ועשאם שליח אבל כל שלא אמר בלשון שליחות ה"ז לא גמר להשתעבד כל שאינו מדבר עם אדם ידוע וכ"ז לדעת הריטב"א והתוס' והר"ן אבל לדעת הראב"ד שם בפ"ק דקידושין נראה דאפי' בשאינו מדבר עם אדם ידוע ה"ז משתעבד מדין ערב וכן הוא דעת הרשב"א והרמב"ן ז"ל שם שכתב בדף ט' ז"ל וכן אם אמר כל הנותן כסף לבתי קטנה מקודשת בההיא הנאה שהוציא זה כספו לאיבוד על פיו עכ"ל ול"ד לאומר כל הזן אינו מפסיד דהתם לא אמר ואני אשלם:

ולכאורה היה נראה להביא ראיה לזה דאפי' כשאינו מדבר עם המלוה הרי זה משתעבד מדין ערב מדאמרינן בר"פ בתרא דעי"ז דבי רבי ינאי הוו יזפי פירות מעניים בשביעית ופרעי להו בשמיני אתו ואמרו להו לר"י וא"ל יאות הן עבדין ומותיב ליה מהברייתא דקתני דאם א"ל לפועליו צאו ואכלו ואני פורע ה"ז חושש משום שביעית ומשום י"נ אלמא כי קא פרע דמי איסורא קא פרע ומשני התם בחנוני המקיפו ופריך וכי חנוני שאינו מקיפו לא משתעבד והאמר רבא תן מנה לפ' ויקנה נכסי לך קנה מדין ערב כלומר והכא נמי בדר' ינאי אף ע"פ דהוי בחנוני שאינו מקיפו הרי הוא נשתעבד מדין ערב. אלמא דאף על פי דר' ינאי לא דיבר עם העניים אלא שאמר לבני ביתו צאו ואכלו ואני פורע נשתעבד משום ערב והטור בא"ח כתב דאסור לומר לעבדו צא ואכול ואני פורע אלמא דאע"פ שלא ייחד לחנוני משתעבד יע"ש. אבל יש לחלק דהתם ר' ינאי גמר

להשתעבד עצמו במה שהיו לוקחים בני ביתו כיון דהיו סמוכים עליו לפרנסם ולכך חל השעבוד ואף על פי שלא היה מדבר עם המלוה והא דהאומר כל הזן לא משתעבד ואפי' גבי מזונות אשתו שמוטל עליו לפרנסה היינו משום דקאמר אינו מפסיד דלשון זה לא משמע ערבות אבל אי אמר אני ערב או אני אתן לו הרי זה משתעבד:

וראיתי להרב מהרא"ש שהביא הוא ג"כ ראיה לזה מאותה שכתב הנ"י בפ' גט פשוט דשטר שכתוב בו שמשתעבד בו לכל המוציאו דכשר ואי משום שלא נתברר כשכתבו למי נתחייב וקיי"ל דאין ברירה שאני הכא דכיון דהוא ראוי להתחייב בו לכל אדם אין כאן דין ברירה עכ"ל אלמא שאע"פ שלא שעבד עצמו לאיש ידוע חל החיוב אלו דבריו ז"ל. ולכאורה איכא למישדי בהו נרגא וממקום שבא שהרי כתב הנ"י דהכא לא שייך לדין ברירה משום שהוא ראוי להתחייב בו לכל אדם כלומר שאפשר שיהא משועבד לכל העולם זה אחר זה ע"ד שכתב הר"ן בפ"ק דגיטין גבי משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך משא"כ בנ"ד דלא אפשר לומר הכי דאי משתעבד להאי לא משתעבד להאי ה"ז דומה להההיא דכל היוצאה מפתח ביתי דאינה מגורשת משום דאין ברירה שא"א להתגרש בו אלא אחת מהם בדוקא וה"נ באומר כל מי שיתן מנה לראובן אני ערב לו א"א להשתעבד בו לכל העולם אלא לאחד מהם דוקא ואין ברירה:

איברא דיראה דבנ"ד לא שייך לדיני ברירה ול"ד לההיא דשטר שכתוב בו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתיך דאי לאו טעמא משום שראוי להתחייב בו לכל העולם לא הוה מועיל משום דאין ברירה דהתם ע"י מסירת השטר הוא מתחייב ואינו מבורר בו למי מתחייב אבל בנ"ד שמתחייב ע"י מה שהוציא ממונו על פיו ובשעה שהוציא ממון על פיו כבר הוא מבורר מי הוא שזכה בשעבוד וכיוצא לזה כתב הרב מהרימ"ט בח"א והביא ראיה לזה מההיא דהמבשרני מה תלד אשתי אם זכר יטול מנה. דאלמא זכה המבשר במנה ואע"פ שבשעה שנדר. זה ליתן לא היה מבורר מי הוא שיזכה משום דבשעה שעשה שליחותו כבר הוא מבורר ובאותה שעה זכה במנה משום שכר אמירתו אפי' בלא קנין וכדבריו מצאתי בהגה' מיימון לספר שכתבו הכי משם התוס'. (איברא במ"ש בההיא דהמבשרני דשליחותיה קא עביד קשה דהא לית כאן לשון שליחות). אבל ראיתי להרב מהרי"ט בח"מ סי' כ"ג שאחר שכתב כ"ז הביא תשו' הרב מהרשד"ם על מי שנתחייב בשטר למי שיתן לפ' סחורה עד סך מה דהשטר כשר והוא חולק עליו דקי"ל דאין ברירה יע"ש נראה שמחלק בין הך דערבות להההיא דהמבשרני דהתם שכירות הוא ובשעה שעשה שליחותו זכה בשכרו אבל בערבות דאין זה שקיל מידי ואין הערב מתחייב אלא משום דעל אמונתו הלוהו כיון דלא מתחייב באותה שעה שנדר שעדין

אינו מבורר לא מתחייב נמי בתר הכי בשעה שנתן המנה לשמעון כיון דלא מטי ליה לערך שום הנאה. אבל מדברי הר"ן שהבאתי מפ"ק דקידושין נראה דהא דלא משתעבד הערב כל שלא יחדו למלוה לאו משום דין ברירה הוי אלא משום דלא גמר זה לשעבד אנפשיה כל שאינו מתנה עם אדם ידוע ולפי מש"ל נראה דע"כ לא אמרה הר"ן אלא באומר כל מי שיתן לפ' אני ערב לו אז הוא דלא גמר להשתעבד כל שלא יחדו כיון דלא אמר בל' ציווי תנו אבל אם אמר בלשון ציווי כל הרואה כת"י יתן לפ' מנה ואני ערב לו אע"פ שאינו מבורר המלוה ה"ז גמר להשתעבד לכל מי שיתן כיון שציוה ליתן ואע"פ שאין חיובו של זה אלא מדין ערב דהא לא מטייא לידיה מידי וכדאמרינן פ"ק דקידושין תן מנה לפ' ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב אלמא דאפי' אמרה בלשון ציווי אינה מתחייבת אלא מדין ערב. אלמא דכל כה"ג דערבות לא שייך לדיני ברירה אלא כל שגמר נפשיה להשתעבד חל השעבוד בשעתא דיוציא חבירו ממון על פי כת"י ובאותה שעה הרי הוא מבורר מי הוא המלוה:

וראיתי להר"ן שכתב בפ' אין בין המודר גבי כל הרוצה לתרום יבא ויתרום דהאי לישנא מציעא הוא ומ"ה נהי דלגבי מודר לא הוי שליחות לתרומה מיהא הוי' שליחות אבל אי אמר כל התורם אינו מפסיד אפשר דאפי' לגבי תרומה לא מהני דלאו לישנא מעלייא היא והכי מוכח דהא האומר כל הזן אינו מפסיד והלך אחד וזן אינו חייב לשלם דלאו שוייה שליח כלל עכ"ל משמע בהדיא דאפי' כשלא אמר בלשון ציווי וג"כ לא יחד אדם ה"ז מתחייב כל שאמר כל הזן אני אשלם לו וכמ"ש מהרא"ש דהוי לשון שליחות. ומ"ש הרשב"א בתשו' שהביא ב"י בא"ה סי' קמ"ה דאפשר שאם אמרה כל מי מכם שירצה הבעל ליתנו יהא שלוה לקבלה שנאמר בזה אין ברירה כענין לאיזו שארצה אגרש בו דאין ברירה עכ"ל לכאורה דבריו תמוהים דהא באומר כל השומע קולי יזון או יכתוב גט לאשתי אינו מבורר השליח ומהני השליחות:

הלכות עדות

סימן א

עדים שמעידים על דבר אחד ומאותו עדות מטי ליה הנאה דממילא לקרובי העדים אף על פי שאותו קרוב היה פסול לאותו עדות משום דנוגע בעדות וכגון באומר תנו מנה לעניי עירי דקי"ל אין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר משום דהוו נוגעים בעדות מ"מ קרובי אנשי העיר יכולים להעיד וטעמא דפיסול הקרובים לאו משום דחשידי להעיד שקר דאין אדם חוטא ולא לו אלא גזרת הכרוב היא כדמוכח בפ' מי שמת גבי היה יודע

בעדות עד שלא נעשה חתנו יע"ש והילכך דוקא כשמעיד על קרובו הוא דפסול אבל כל שאינו מעיד על קרובו אלא על אדם אחר אע"פ דממילא מטי הנאה לקרובו כשר ולא דמי להיא דאמרינן בפ"ק דמכות דקרובי הערב פסולים ללוה מטעמא דאי לית ליה ללוה לאו בתר ערבא אזיל דהתם כיון דהערב ג"כ משועבד לאותה מלוה כשמעידים ללוה נמצאו שמעידים נמי לערב ובפרק זה בורר איבעיא להו מהו שיעיד אדם לאשת חורגו ופי' רש"י בהשפטה עם אחר על נכסי מלוג ומסיק אשה כבעלה משמע דאי לאו האי טעמא דאשה כבעלה היה כשר להעיד לה ואע"פ שבעדותי מטי לי' הנאה לחורגו בנכסי מלוג אשתו שלמחר יאכל פירות אפי' הכי כיון דלאו אחורגו קא מסהיד ה"ז כשר ואפי' לפי' ריב"א שהביא המרדכי דטעם פיסול אשת חורגו הוי משום דמה שקנתה אשה קנה בעלה מ"מ אינו דומה לנדון דידן וכמ"ש דהתם כשמעיד לאשה נמצא שמעיד נמי לבעל שהוא קרובו דשותפים הם דמה שקנתה אשה קנה בעלה והב"י בסי' ל"ז הביא בשם הריטב"א דיכול להעיד על קרובו שנעשה גזבר למ"ד טובת הנאה אינה ממון וכ"כ מור"ם בהגה והרב בעל ש"ך השיג על זה דנהי דטובת הנאה אינה ממון לענין נגיעת עדות לא בעינן נגיעה דממון דנגיעה של שום הנאה נמי פוסל והאריך בזה יע"ש נראה שהבין דטעם פיסול הקרובים הוי משום דחשידי לאסהודי שיקרא משום קורבה וכ"נ מדבריו בסימן נ"ח שכתב דאם נגנב דבר לשנים ובאו עדים הרחוקים לחד וקרובים לחד דיש לחוש שמעידים כן משום הקרוב אבל לע"ד אין נראה כן וכמ"ש ומ"מ בעיקר הדין כך נראה לי דכל שמעידים שנגנב דבר אחד לשנים א"א לפלוגי דיבורא שאין הנכסים מוחלקי' ודמי למ"ש הרא"ש בספ"ק דמכות גבי אילא וטוביה דהא דלא פלגינן דיבורא ולהאמינם לחייב ללוה ולא לערב משום דא"א כיון שיש שטר יע"ש וה"נ בשנגנב דבר אחד לשנים כיון שהם שותפים בה א"א לפלוגי דיבורא להאמינם לזה ולא לזה:

סימן ב

ואם ראובן ושמעון מעידים על לוי שגזלה מצטרפים לפוסלו ואע"ג שאינם נאמנים לגבי עצמן להוציא ממון ואין לומר דאינם נאמנים משום דאלו נוגעים בעדותם שרוצים להעיד על עצמן כדי להוציא ממון דכ"ע ידעי שאין אדם יכול להעיד לעצמו ואינם באים להעיד מחמת עצמם להנאתם אלא לפוסלו ולא דמי לאריס שאינו מעיד דהתם אם אתה מאמינו בודאי מטי ליה הנאה דלא שייך שם לומר פלגינן לדיבורא וכ"כ הריב"ש ז"ל בתשובה בסימן שנ"ט והרשב"א ז"ל ג"כ כ' דנאמנים לפוסלו וראיתי להש"ך בסי' נ"ד שהאריך להשיב על דברי הריב"ש ז"ל וכתב דאיירי הרשב"א בשאינם נוגעים בעדותם וכגון שאומרים מחלנו לו הגזילה. ולע"ד אין נראה כן דלפ"ד לא היה צריך הרשב"א ז"ל

לומר משום דפלגינן דיבורא. איברא דראיתי תשובה אחרת להרשב"א שכתב דב' מלוין שמעידים על הלוה שעבר על שבועתו אינו נפסל על פיהם דנוגעין בעדותם הם וכו' אבל נראה לע"ד לחלק דכל שהנגזלים אינם באים לתובעו ממון אלא שמעידים לבד שגזלם סתמא אמרינן דלא באו אלא לפוסלו בלבד אבל בההיא דב' מלוין שמעידים על הלוה שעבר על שבועתו הא ודאי נוגעים בעדותם הם דאי אפשר לפלוגי לדיבורייהו:

סימן ג

יבאר לן רבינו דעתו במאי דקי"ל דאם העדים קרובים לזה ורחוקים לזה דפסול השטר אי הוי אפילו בנכסים מוחלקים:

גרסינן בירושלמי בפ"ק דגיטין כתב כל נכסיו לעבדו הוא גיטו הוא מתנתו מה את עבד כגט הוא ועררו בטל אי כמתנה הוא ועררו קיים יבא כהדא כתב כל נכסיו לב' בני אדם כאחת והיו קרובים לזה וכשרים לזה ר"י אמר מאחר שהם פסולים לזה פסולים לזה ור"ל אמר כשרים לזה ופסולים לזה ע"כ. והנה כת אחת מהגאונים פסקו כר"ל משום דבגמרא דידן ס"ל לרבא בעבד דפלגינן דיבורי' ועצמו קנה נכסים לא קנה ולפי הירוש' נראה דהא אתא כר"ל דקאמר כשרים לזה ופסולים לזה דפלגינן דיבורא אבל לר"י דאית ליה דלא פלגינן דיבורא כמו כן בעבד נמי לא פלגינן דיבורא זו היא שיטתם ז"ל. ועיין בנמוקי יוסף פ"ק דמכות. ולע"ד עם שאיני כדאי מכל מקום יש להשיב על דבריהם דמאי מדמה הירושלמי הא מלתא דעבד שהביא גיטו לפלוגתא דר"י ור"ל דע"כ לא פסל ר"י אלא משום דמדמי לה למתני' דנמצא אחד מהם קרוב או פסול דעדותן בטלה משום דנטפלו הכשרים בעדותן עם הפסולים כדמוכח שם בפ"ק דמכות אבל בעבד שהביא שטר מתנה ליכא שום ריעותא בעדים ואם משום דלא נתקיים ולא קנה שאר נכסים כיון שאין פסלות בשטר אמרינן פלגינן דיבורא ועצמו קנה נכסים לא קנה והרי זה כמי שהקנה שני דברים בשטר אחד שאע"פ שאין קנין השטר מועיל לאחד משום דאינו מבורר לשני מיהא מועיל וכל שכן הכא בעבד שהביא שטר מתנה שאע"פ שאינו מקויים מדין תורה מועיל לכל דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן דמי ורבנן הוא דאצריכו קיום ומשום הא לא מבטלינן לשטרא לגמרי ואפשר דאפי' הירושלמי לא מספקא ליה בהא וכמ"ש וכ"כ התוספו' בפ"ב דכתובות גבי מתני' דאנוסים היינו יע"ש. אלא בדאיכא עירור הוא דמספקא להו דאז דבר תורה צריך קיום ואפילו בהא עדיין ל"ד לההיא דר"י וכמ"ש דהתם איכא ריעותא בעדות עצמו שאחד מהם פסול אבל הכא אי משום דלא נתקיים ליכא ריעותא בעיקר העדות והעיקר בפירוש הירושלמי כמ"ש הר"ן שם בפ"ק דגיטין יע"ש ומה שהביאו הגאונים ז"ל ראיה מפרק יש נוחלין דבתרי גופי פלגינן דיבוריה

לע"ד לא דמי וכמ"ש רשב"ם ז"ל דהתם נשאר כל העדות קיים לאחד מהם אבל הכא שמעידים על ראובן שנתן כל נכסיו ואין עדותן קיים אלא לחצאין לא ועוד דלפי דבריו איכא לאקשויי שם אשמעתין דפריך דאמאי אין הבעל נאמן להבא וע"ש מדרבא דאמר פ' בא על אשתו הוא ואחר מצטרפין להורגו אבל לא להורגה אלמא פלגי' דיבוריה. והשתא איכא לאקשויי כי לא פלגינן דיבוריה נמי הוה אמינא מיגו דנאמן על הבועל נאמן נמי על אשתו והכא נמי נימא מיגו דנאמן לרבא יהא נאמן לשעבר ולכן נראה לע"ד עיקר כמו שפיר' הרא"ש והראב"ד והריטב"א שהביא הב"י בסי' ל"ג והר"ן פ"ק דגיטין דכי אמרי' דבתרי גופי פלגינן דיבורא היינו במעיד על עצמו או על אשתו דכגופיה דמי דאינו בתורת עדות ובהא הוא דפלגי' דבורא משום דלא ממקיימי דבר הוא. אבל בעדות קרובים שהם עדים לא פלגי' דיבורא דהא לא פליג בהו רחמנא דאמרינן מה שנים נמצא אחד מהם קרוב וכו' ואין להקשות א"כ מאי מדמי תלמודא שם בפרק יש נוחלין ההיא דבעל שאמר גירשתי את אשתי להההיא דפ' בא על אשתי והא בבעל שאמר גירשתי עדות הוא ובעדות לא פלגינן דיבורא לאו קושיא היא דההיא נמי לאו עדות היא דאפי' בלהבא לא מהימן אלא משום מיגו וכל מידי דלא מהימן בלא מיגו לאו עדות מיקרייא כמ"ש הריטב"א והר"ן בקדושין בפ"ב ועוד דההיא נמי ליכא משום פיסול עדות דקורבה ולכאורה היה נראה דהרמב"ם ז"ל והטור לא סבירא להו כפירוש הראב"ד ז"ל שכתב בפי' דאם אמר פ' רבע את שורי הוא ואחר נאמנים להרוג לשור משמע שמפרש כפירוש רש"י ז"ל שם בסנהדרין וכ"כ הבכ"מ וכן מצאתי להרב מוהרא"ש ז"ל בקונטריסו לעיגונא אבל עדיין יראה דליכא ראיה לזה דאפשר דס"ל כפירוש הראב"ד שם בבעל שאמר פ' בא על אשתי דנאמן משום דכגופו דמי הא לאו הכי לא הוה פלגינן דיבורא אלא אמרינן כיון שבטלה מקצתו משום קורבה דהא ודאי קרוב הוא לה בטלה כולה אבל גבי שורו כיון דמסקינן דאין אדם קרוב אצל ממונו תו לא שייך עדות קורבה ולכאורה נראה להביא ראיה לזה דעדות שנפסל מקצתו מחמת קורבה נפסל כולו מדאמרינן בריש פרק מרובה דעדים שהעידו שגנב ואחר כך טבח והוו ע על הטביחה דאמרי' עדות שבטלה מקצת' בטל' כולה משום דכיון דשתי העדיות העידו זה בתוך כדי דיבור של זה עדות אחת קא חשיב כמ"ש פ"י שם ואין לדחות ולו' דהתם שאני משום דמעידים על חד גופא ובחד גופא לא פלגינן דיבורא דמה שאמרו הכי היינו דוקא היכא דהוי הכל בדבור אחד הוא דאמרינן דבחד גופא לא פלגי' דבורא משום דהוי עדות חד אבל בתרי גופי שני עדיות קא חשיב והכי נמי בההיא דמכר דגנב ומכר שני עדיות הם ואפי' הכי כיון שנתבטל

מקצתו בטל כולו אם לא שנחלק כמו שכתב הראב"ד ז"ל דבעדות עצמו לא אמרינן עדות שבטלה מקצתו:

ודאתן עלה לידן דלפי סברת הראב"ד והרא"ש והרב אב ב"ד והר"ן והריטב"א כל עדות שבטל' מקצתו מחמת עדות קורבה בטלה כולה מן הדין דרחמנא לא פליג בהו אם כן נראה דלא שנא בין עדות בשטר לעדות שהעידו בעל פה וכן נראה מדבריהם שכתבו דההיא דפלוני בא על אשתי דמהימן על הבועל ולא על אשתו היינו משום דלגבי עצמו לא שייך עדות אבל המרדכי כתב משם רבי' יואל דההיא דפוסל בירושלמי היינו דוקא בעדות שבשטר אבל לא בעדות דעל פה ואזיל לשיטתיה שכתב דטעם הירושלמי לאו מדינא אלא משום גזירה דילמא אתי לאחלופי בשאר שטרות וע"ד הרא"ש בתשובה יש לדקדק שהסכים לדברי הראב"ד ז"ל וכתב ג"כ לדברי ר"י שהם נכונים. ולכאורה נראה שחילוק גדול יש ביניהם ואפשר ליישב דמ"ש שדברי ר"י הם נכונים היינו לומר דאין תלמוד דידן חולק עם הירושלמי וגם ע"ד הריטב"א ז"ל יש לדקדק דנראין דבריו סותרין אלו את אלו מה שהביא הב"י בסי' כ"ג עם מה שהביא בסי' ל"ז משמו וראיתי בהגהת אשירי פרק זה בורר שכ' דקרובי המוכה יכולים להעיד על המכה כדי לגרשו מב"ה עכ"ל. ולכאורה יראה דזה אינו מוסכם ולא מיבעיא לסברת הראב"ד וסיעתיה דס"ל דבעדות קרובים אפילו בתרי גופי לא פלגינן דיבורא אלא אפי' לסברת החולקים איכא למימר דהא דפלגינן דיבורא בתרי גופי היינו משום דלגבי עדות שמעידים על גופו של זה מהימנינן להו על כל מה שהעידו עליו וכמו שפי' רשב"ם שם בפי"נ אבל כי מעידים על המכה אפי' כי פלגי' דבורא מ"מ בטלה מקצת עדותן לגבי המכה שהם מעידים עליו לחייבו ממון ואינם נאמנים לזה. ומתוך דברי הרמב"ם ז"ל בפ"י מה' עדות נראה דהא דהכותב נכסיו לב' בני אדם והעדים קרובים לזה ורחוקים לזה דפסול כל השטר הוי אפילו בנכסים מחולקים וכגון שכתב שדה פ' לפ' ושדה פ' לפ' ואפ"ה חשיב עדות אחת כיון שכתב חד לישנא דמתנה לב' שאמר ונתתי שדה פלוני לפ' ושדה פ' לפלוני עד שיכתוב נתתי לפ' שדה פ' ונתתי לפ' שדה פ' שזה שני עדיות שאינם צריכים זה לזה כיון שלכל אחד ואחד כתב נתתי והכי מפורש בדבריו ודלא כהב"מ שנראה מדבריו שכל הנכסים מוחלקים סגי:

סימן ד

עדים שנוגעים בעדותם אם סלקו עצמם מאותה הנאה מעידים ודוקא שסילקו עצמם קודם שהעידו אבל אם כבר העידו בב"ד אע"פ שנסתלקו אח"כ לא מהני עדותם שאח"כ דחיישינן שמעידים כן כדי לאחזוקי דבריהם הראשונים כ"כ הב' העיטור והביאו הש"ך

בסי' ל"ג וכ"כ מהר"ם בח"ב סי' קי"ח אבל מדברי מהריב"ל בח"ב סימן ק"ב ח"א וא"ה סי' ל"ז אין נראה כן שכתב דעדים שנטלו שכר להעיד שאם החזירו השכר כשרים להעיד:

סימן ה

סי' י"ד דכל היכא דלית לי' הנאת ממון לא מיקרי נוגע בעדות והביא מדברי התוס' פ' ח"ה דף מ"ג המוכר שדה שלא באחריות אין מעיד לו עליה מפני שמעמידה בפני ב"ח והק' וא"ת ת"ל דלא ניחא לי' דתיתי תרעומת עליה וי"ל דלא מפסיל משום כך אי נמי במכיר בה שהי' שלו וכ' הרב הנז' בח"מ סימן פ' דתירוץ ב' אינו חולק עם הא' אלא דלרווחא דמילתא כתבו הכי כלומר מהכא לא תלמוד דיש לדחות ורואה אני דהטור בסימן ל"ז תפס תירוץ ב' ומוקי במכיר בה שהיא שלו וכתב מוהרי"ק משום דקי"ל דמאי פריך אי דלית לי' ארעא וכו' הא נ"מ דלא ניחא ליה דלהוי ליה תרעומת עלויה ומהרי"ט הק' לפי' ב' דאי חיישינן דמשקר ואינו מעיד אלא מפני התרעומת כיצד נאמר שמכיר בה שהיא שלו אטו כי אמר הכי מי מהימנינן לי' עכ"ד ולא ירדתי לסוף דעתו דבהדיא אמרו בההוא פרק' ת"ר מכר לו פרה וטלי' מעיד לו עליו ופריך האמר רב פפא אע"ג דאמור רבנן המוכר שדה לחבירו שלא באחריות ובא ב"ח וטרפה אינו חוזר עליו נמצאת שאינה שלו חוזר הכא במ"ע שמכיר בה שהיא בת חמורה וכתב הר"ן דה"מ כשהודה שהיא בת חמורה מעיקרא אבל אם הודה לו עכשיו כשבא המערער לא דאיכא למימר דמודה לו כדי שיעיד לו איברא דראיתי להתוס' בפרק מי שהיה נשוי דף צ"ב דתפסו בפשיטות כתי' קמא ומה שהביא מוהרי"ט ז"ל ראי' מההיא דאריס מעיד ולא חיישינן דמעיד כן להנאתו דחיישינן לשמא יסלקהו ויטרח בתר ארעא אחריתי ל"ד דהתם משום חששא דשמא יסלק אותו לא חיישינן שיעיד שקרא אבל אי הוי ודאי דידוע לן שזה האחר יסלק לזה האריס אה"נ דהוי נוגע בעדות:

סימן ו

בשני עדים המכחישים זה את זה:

גרסינן בפ"ב דכתובות עד אחד אומר תנאי הי' ועד א' אומר לא היה שם תנאי תרוייהו בשטרא מעליא קא מסהדי והאי דקאמר תנאי היה הוה ליה חד ואין דבריו של אחד במקום שנים וכתב הריטב"א ז"ל דאיירי שהשני אומר זה כתב ידי ולא שמעתי בו תנאי אבל ליכא לפרושי שאמר בודאי לא היה בו תנאי ומכחיש את העד דע"כ חד מינייהו משקר והוה ליה עד אחד בהכחשה ולא נתקיים כלל השטר על פיו עכ"ד וכה"ג כתב הר"ן שם בפרקין גבי ע"א אומר אשת איש היתה ונתגרשה וע"א אומר א"א היא ולא נתגרשה תרווייהו בא"א קא מסהדי והאי דאמר נתגרשה הו"ל חד ואין דבריו של אחד במקום

שנים הקשה הר"ן ז"ל וא"ת והיכי מתוקמא בחזקת א"א אפומייהו והא כיון שמכחישין זה את זה ע"כ חד מינייהו פסול הוא דמה"ט אמרינן בשני כתי עדים המכחישין זו את זו באה בפני עצמ' ומעיד' וזו באה בפני עצמה ומעידה אבל לא אחד מכת זו ואחד מכת זו לאו קושיא היא דמיתוקמה כגון דתרווייהו מודו בגירושין אלא דפליגי בקרוב לו ובקרוב לה דכה"ג עבידי דטעו הילכך לא מיפסיל חד מנייהו עכ"ד:

אבל מדברי הר"מ ז"ל נראה דמירי אפי' במכחישין זה את זה ממש שכתב בפ' י"ב מה' גירושין זה אומר זו אשתי וזה אומר זו אשתי ה"ז מותרת לכל ואע"פ ששניהם החזיקוה בא"א הואיל וכל אחד מעיד לעצמו אינם נאמנים עכ"ל משמע מדבריו אלו דטעמא דאינם נאמנים משום שכל אחד מעיד לעצמו אבל אם לא היו מעידים לעצמם אלא שהאחד מעיד שהיא אשת ראובן והאחד מעיד שהיא אשתו של שמעון היתה מוחזקת בא"א על פיהם ואע"פ שמכחישין זה את זה ולפי זה הא דכתב תחלה בע"א אומר נתגרשה וע"א אומר לא נתגרשה מיירי כפשטא אפי' במכחישין זה את זה ממש וכ"ת תיקשי לן קושית הר"ן דהוי ע"א בהכחשה דע"כ חד מינייהו משקר, ופסול לעדות לע"ד לק"מ דהכא בשעה שמעיד ואמר א"א היא ולא נתגרשה עדיין לא נפסל זה לעדות דהא יכול הוא לחזור תוך כדי דיבור ואינו נפסל אלא לאחר כדי דיבור הלכך במאי דאיתכחש איתכחש דהיינו בגירושי' אבל במה שלא איתכחש ששניהם מודים שהיתה א"א עדותן קיימת כיון שבשעת העדות עדיין לא נפסלו לעדות עד לאחר כדי דיבור ומשם ואילך הם נפסלים כדאמרינן בפ' מרובה דמקשה לאביי דאית ליה עד זומם למפרע הוא נפסל מהברייתא דקתני דעדים זוממין משלמין תשלומי כפל ותשלומי ד' וה' ואי אמרת עד זומם למפרע הוא נפסל איגלאי מלתא למפרע דבשעה שהעידו על הטביחה פסולים הוי ומוקי לה כשהעידו על שניהם בבת אחת כלומר ועדיין לא נפסלו לעדות כיון דהוי תוך כדי דיבור ויכולים גם לחזור ולא שייך לומר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כדאמרי' גבי עדים זוממים שהעידו על הגניבה וטביחה בעדות אחת והוזמו על הטביחה דכיון דעדות אחת היא בטלה נמי עדות הגניבה דתוך כדי דיבור כדיבור דמי דהתם שאני דמקצת העדות נתבטל בודאי שהרי נמצאו זוממין ושייך לומר בטלה כולה אבל הכא דליכא הזמה אלא הכחשה לא נתבטל אפי' מקצת העדות אלא ספיקא הוי דאפי' לא היה כאן חזקת א"א אלא ע"א אומר נתקדשה וע"א אומר לא נתקדשה אמרי' דספיקא הוי וה"ז לא תנשא. ויש לי להביא ראי' לזה דבעידי הכחשה לא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה מפ' חזקת גבי זה אומר של אבותי ואכלתיה שני חזקה וזה אומר של אבותי ואכלתיה שני חזקה האי אייתי סהדי דאבותיו ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלה שני

חזקה אמר רב נחמן אוקי אכילה בהדי אכילה ואוקי ארעא בחזקת אבהתא א"ל רבא הא עדות מוכחשת היא ותיבטל עדותן לגמרי א"ל נהי דאיתכחיש באכילתא באבהתא מי איתכחיש אלמא דעדות מוכחשת במקצת לא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ואל תטעה בדברי רשב"ם שם שפי' באבהתא איתכחוש והכל מודים בה ותדחה לומר דשאני התם דכל שני הכתי עדים מודים שהוא של אבהתא של זה והילכך קיים עדות אבהתא דכת אחת ודאי כשרים אבל הכא כיון דהעד האחד ודאי קא משקר כיון שנתבטל מקצתו בטל כולו זה אינו דע"כ צ"ל דהתם נמי איירי שהכת השניה אינו יודע עדות אבהתא של זה או של זה דאם כן מאי קמ"ל רבא שם והא עדות מוכחשת היא ופי' רשב"ם וע"כ אחת מהם פסולה ואחרי שאין לברר איזו היא הפסולה תבטל עדותן לגמרי עכ"ל ומאי קושיא אדרבא לימא כיון דכל השני כתות מודים על עדות אבהתא וכת אחת ודאי כשרה מוקמינן לה בחזקת אבהתא ומה שפי' רשב"ם באבהתא מי איתכחוש והכל מודים בו ר"ל שאינם מכחישים בזה לאחריני שאינם יודעים:

סימן ז

ושני עדים המכחישים זה את זה שהאחד מעיד שפשע השומר והא' מעיד שלא פשע ראיתי להב' תרומות הדשן סי' של"ה שכתב דהעד המסייע פוטרו משבועה ולא אמרינן אוקי חד לבהדי חד ותתחייב שבועת השומרים אלא שעד המסייעו פוטרו משבועת השומרי' ג"כ אבל מדברי הטור בסי' מ"ו אין נראה כן שכתב דעד אחד אומר תנאי היה וע"א אומר לא הי' שם תנאי ה"ז נשבע שבועת היסת מוכח מזה דעד המסייעו אינו פוטרו אלא משבועת התורה שמחייבו העד שכנגדו אבל משבועת היסת שמתחייב בלא שום עדות אין העד המסייעו פוטרו אלא אמרינן אוקי חד בהדי חד וחייב לישבע ומדברי הר"מ נרא' דאין העד המסייעו פוטרו אפי' משבועת העד שמחייבו שכתב בע"א אומ' תנאי הי' וע"א אומר לא הי' תנאי הרי כאן ע"א ואפשר דטעמו משום דס"ל כסברת הרמ"ה ז"ל דהעד המחייבו חשיב כשנים ואין דבריו של אחד במקום שנים ובפ' האומר דקדושין גבי אשה וחבילה עמהם זה אומר זו אשתי וזה אומר זו אשתי אוקמוה בדאיכא ע"א לזה וע"א לזה ופריך ותיסברא ע"א בהכחש' מי מהימן ופי' רש"י והלא אין הע"א קם אלא לשבועה משמע דאפי' בעד אחד בהכח' ה"ז נשבע ל"ד. (א"ה נראה שיש כאן חסרון חבל על דאבדין):

סימן ח

בהכחשה דעת הר"ם ז"ל בפ"י מה' גירושין דהוי ספק ולפיכך כתב דאם נשאת לאחד מעדי' לא תצא כמו בתרי ותרי אבל הרמב"ן חולק ע"ז וס"ל דע"א בהכחש' לאו כלום

הוא. ולכאור' הי' נלע"ד להביא ראי' לסברת הר"מ ז"ל ממתני' דספ"ה דטהרות דקתני ע"א אומר נטמא וע"א אומר לא נטמא ברשות היחיד טמא וברפ"ג דכריתות נמי תנן א"ל ע"א אכלת חלב והוא אומר לא אכל ה"ז מביא אשם תלוי משמע מכל הני דע"א בהכחש' ספיקא הויא ולפ"ז יראה דבנד"ז שאחד מעיד שנתנסך וא' מכחישו ואומר לא נתנסך ה"ז אסור ואפילו בהי' לו חזקת היתר תחלה וכ"נ מדברי הר"מ ז"ל בפ"ט מה' אישות שכתב ע"א אומר נתקדש' וע"א אומר לא נתקדש' לא תנשא ואם נשאת לא תצא שהרי היא אומרת לא נתקדשתי ומשמע דאם היא מסופקת ה"ז תצא ואפי' להראב"ד שחולק ע"ז מ"מ כתב דכל שהיא אינה יודעת וא' אומר קידשה אביה וא' אומר לא קדשה לא תנשא לכתחל' והא דאמרי' בפ' האומר דקדושין גבי אשה וחבילי' עמהם ותסברא ע"א בהכחש' מי מהימן ופרש"י עד אחד בהכחש' דמכחיש לי' חד סהדא מי מהימן הנכפש עכ"ל משמע מדבריו אלו דאפי' בדבר שאינו ערוה אין ע"א נאמן לאסור כל היכא דמכחיש לי' אח' איברא דמהר"ם מפדווה כתב בתשו' שיש נוסחאות שונות בדברי רש"י ואיכא מאן דמפרש הכי ע"א בהכחש' בעל דבר מי מהימן:

סימן ט

עד אחד אומר שנתקדש' והיא אינ' מכחישתו מהו:

כתב הרמב"ם בפ"ט מה' אישות ע"א אומר מקודשת וע"א אומר אינה מקודשת לא תנשא ואם נשאת לא תצא שהרי היא אומרת לא נתקדשתי עכ"ל. ודבריו הם מהברייתא דפ"ב דכתובות וכאוקימתא דרב פפא וראיתי להר"ן שהקש' ע"ז דאמאי לא תנשא והא ע"א בקדושין לאו כלום הוא דאין דבר שבערו' פחות משנים וכיון דטעמא משום הכי הוא הוה משמע דאפי' אמר נתקדש' בפני ובפני אחר לאו כלום הוא ועוד דהוי ע"א בהכחש' וע"א בהכחש' לאו כלום הוא לפיכך נ"ל דהב"ע כגון ששניהם מודים שזרק לה קדושין אלא שהם חולקים שזה אומר קרוב לה וזה אומר קרוב לו וכיון שיש כאן שני עדים בזריקת הקדושין ועבידי אינשי דטעו בכך אמרינן דמדרבנן לא תנשא דחיישי' שמא בשעת הקדושין שניהם ראו דקרוב לה וזה טועה עכשיו עכ"ל. והתוס' ג"כ כתבו קרוב לזה דהכא מיירי שאנו יודעין שזרק לה קדושין ומספקא לן אי קרוב לו או קרוב לה ואתו תרי סהדי א' אומר קרוב לו ואחד אומר קרוב לה דכיון דודאי זרק לה הקדושין לית לן למימר אוקמה אחזקת' להתיר' לכתחלה עכ"ד אבל מדברי הראב"ד בהשגות בפ"ט נרא' דאפי' כשהעדים מכחישים זה את זה וכגון שא' אומר אביה קדשה וא' אומר לא קדש' אפ"ה לכתחלה לא תנשא ואע"פ שבחזקת פנוי' הוה קיימא וכ"נ שהוא דעת הר"מ ז"ל מדסתם דבריו ומשמע עוד מדברי הרמב"ם ז"ל דכל שאין האשה מכחישתו

לעד אפי' אם נשאת תצא ומ"ש הר"ן דע"א בקידושין לאו כלום הוא דאין דבר שבערו' פחות משנים וכיון שכן הוא הוה משמע דאפי' אי אמר בפני ובפני אחר נתקדשה לאו כלום הוא. איברא דהכי מוכח שם בסוגיא דפ' האומר דפריך לי' מההיא דחביל' יע"ש אבל עכ"ז איכא למימר דהיינו דוקא כשהאשה מכחישתו לעד אבל כל שהאשה אינה יודעת להכחיש לעד ה"ז אסורה מספק מידי דהוה אנטמאו טהרותיך דכל שהוא שותק ה"ז נאמן ואע"ג דטהרות בחזקת טהרה הוו קיימי וכ"ת והא אמרי' התם בעובדא דההיא סמיא דאשתו מותרת משום דהוי דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים ואע"פ שלא היה מכחיש לעד לק"מ דהתם הוי לאפוקי אשה מבעלה והלכך אינו נאמן דילפינן דבר דבר מממון וכי היכי דגבי ממון צריך שני עדי' לאפוקי ממונא ה"נ כל קיום דבר שבערוה בעי שנים כדי שיתקיים הדבר שיהיו הקידושין קיימים או הגט או להוציאה מבעלה אבל לאסור לאשה מספק כשהוא אומר שנתקדשה והיא אינה יודעת למה לא תחוש לעצמה מספק אבל בההיא עובדא דחביל' אין לה לחוש לדברי העד כיון שהיא מכחשת לעד ומ"ה הוה פריך ליה דאמאי צריכה שני גיטין ע"כ דלא ילפינן דבר דבר מממון וזה נראה שהוא דעת הר"מ ז"ל שכתב דאם א"ל עד אחד מקודשת היא זו והיא אומרת לא נתקדשתי ה"ז מותרת משמע דוקא במכחשת את העד הא לאו הכי אסורה וכ"כ הראב"ד וכ"נ שהוא דעת התוס' שם בשמעתין. ומ"ש התוס' בשמעתין דהא דלא מוקמינן לה אחזקת פנוי' ותנשא לכתחילה משום דאיירי בשאנו יודעין שזרק לה קדושין אלא דהוי ס' אי קרוב לו או קרוב לה וכיון שכן ליכא למימר אוקמה אחזק' להתירה לכתחלה עכ"ד ודברים אלו צ"ע דהא בפ' ד' אחין אוקמוה למתני' דכולן שהיו להן ס' קדושין בשזרק לה קדושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה דעד א' אומר קרוב לו וע"א אומר קרוב לה ואפ"ה קתני חולצת ואע"ג דבחזקת היתר ליבם קיימא ולא מתייבמת וכדקאמר שם אשה זו בחזקת היתר ליבם קיימא וכפרש"י אלמא דאפי' ע"א אוסרו לזה ליבם כיון שאינו יודע ועיין במהרי"ט ח"א סי' ט"ו:

סימן י

בהא דאמרינן ע"א נאמן באיסורין מוכח מתוך הסוגיא דפ"ק דגיטין דה"ד היכא דלא אתחזק איסורא כגון חתיכה ספק חלב ספק שומן אבל איתחזק איסורא אין ע"א נאמן להתיר וכמו כן אי איתחזק היתרא ואתי ע"א לאסור אינו נאמן אם לא דהוי בידו או שהבעלים שותקים ובמקום שהיו יכולים להכחיש דכיון דשתק חשיב כהודאה וכ"כ התוס' בפר' האומר דקדושין אבל האחרונים ז"ל חלקו ע"ז ופי' דאפי' באיתחזק איסורא ע"א נאמן להתיר וכמו כן באיתחזק היתרא ואתא ע"א לאסור דנאמן ואיברא דסוגיא

דשמעתין דקדושין הכי ריהטא ואזלא דאיירי אפי' במקום שאינו יודע להכחיש. העד וכעובדא דמייתי שם מאשתו זנתה וה"ט דנאמן משום דע"א נאמן באיסורין זולת בדבר ערוה וכן מוכח מההיא דנאמן אדם לומר בני זה בן י"ג שנים לקרבנות והתוס' נדחקו שם וכתבו דהא דנאמן משום דחשיב כידו ונראה דאפי' למ"ש התוס' דכל שאינו יכול לידע אינו נאמן העד דלא שייך לומר שתיקה כהודאה דמיא אינו אלא כשמעיד לחברו כגון שא"ל נטמאו טהרותיך שמפסידו ומ"ה אינו נאמן אבל כשמעיד ואינו מפסיד לשום אדם בעדותו כל היכא דליכא דקא מכחיש ליה ה"ז הוחזק ע"פ דבורו של עד אחד וכמ"ש הר"מ פט"ו מה' סנהדרין וז"ל א"צ שני עדים אלא כשמעיד בשעת מעשה אבל האיסור עצמו בע"א יוחזק כיצד אמר ע"א חלב הוא זה אשה זו גרושה היא ה"ז הוחזק על פי ע"א ודבריו הם מהירוש' פ' מי שקנא וכמ"ש ז"ל בפ"א מהלכות איסורי ביאה דהאיסור בע"א יוחזק וכ"ת יקשה עלינו ההיא דפרק האומר דא"ר חסדא נאמן אדם לומר בני זה בן י"ג שנה בתי זו בת י"ב ויום אחד לנדרים כו' אבל לא למכות ולעונשין ומשמע דאיירי אפילו כשהעיד כן קודם מעשה ואלו הרמז"ל כתב דכל שהוחזק על פי ע"א ה"ז לוקה איכא למימר דהתם איירי במכחישו קודם שעבר:

וראיתי להב"י בי"ד סי' קכ"ז שהביא מצאתי כתוב מה שפירש ר"ת דע"א שאמר נתנסך יינך ומכחישו או שאומר איני יודע דאינו נאמן נראה דהיינו לב"ה ולבני ביתו דוקא שמפסיד ממון להם אינו נאמן אבל אחרים לא כל כמיניהו לסמוך על הכחשה דבע"ה דעד אחד נאמן באיסורין ומורי הג' אמר דע"א נאמן באיסורין אלא להיתר היכא דלא אתחזק איסורא אבל לאסור דבר שבחזקת היתר לאו כ"כ כיון דמכחשי ליה לא מהימן כבי תרי וק"ל דבפ' האומר אמרי' מקוה פיסולו ביחיד אם אמר ע"א שחסר משום דע"א נאמן באיסורין כדפ"ה עכ"ל ומתוך דברים אלו למדנו כמש"ל דכל שאינו מפסיד לחברו בעדותו ה"ז נאמן ואפילו באומר איני יודע אבל במ"ש דאפילו במכחיש ליה ב"ה ה"ז אסור לאחרים אינו נראה דהא אמרו בפ' האומר גבי חבילה ותסברא ע"א בהכחשה בעל דבר מי מהימן והר"מ ז"ל כתב בסוף ה' מטמא משכב וז"ל א"ל נטמאו טהרותיך והלה שותק ה"ז נאמן ואם הכחישו וא"ל לא נטמאו הרי הן בחזקתן עד שיעידו ב' עכ"ל ולמדנו מדבריו דכל שהכחישו שרי אפי' לאחרים דאי לעצמו אפי' בשיעידו שנים מותר וכמ"ש בפט"ו מהלכות שאר אבות הטומאה דלענין טהרות הוא נאמן ע"י עצמו:

סימן יא

גרסינן בקדושין פרק האומר גבי מתני' דקדשתי את בתי ובא א' ואמר אני קדשתיה נאמן לפטור ורב אסי אמר אפי' נאמן לכנוס כתב הר"ן ואע"פ שאין דבר שבערוה פחות משנים

התם הוא להוצי' הדבר מחזקתה אבל זה שמשמיד' בחזקתה אלא שאומר שנתקדשה לו נאמן וכתב מהריב"ל ח"ג סי' ק"ב דלא איצטריך הר"ן לה"ט אלא אליבא דמ"ד דנאמן אפילו לכנוס אבל לפטור נאמן בלאו ה"ט משום דאין אדם חוטא ולא לו עכ"ד וק"ל ע"ד דבמ' גיטין פרק התקבל גבי האומר לחברו צא וקדש לי אשה דאסור בכל הנשים שבעולם כתב הר"ן בשם הרמב"ן ז"ל דאם באו הקרובות ואמרו שלא קידש להן שמותרת היא והקשה הר"ן ע"ז דאין ע"א נאמן בדבר שבערוה יע"ש אלמא דאין ע"א נאמן בדבר שבערוה מטעם שאין אדם חוטא ולא לו ואפי' לא בא לכנוס וכן מוכח מפ"ק דגיטין יע"ש וגבי מתני' דמי שאמר בשעת מיתתו יש לי בנים נאמן אוקמוה אפי' במוחזק דלית לי' וה"ט משום מיגו אבל מטעם דאין אדם חוטא ולא לו לא אמרו ושוב ראיתי להמרדכי בפר' מצות חליצה שכתב דכל היכא דאיתחזק איסורא לא מהני ה"ט דאין אדם חוטא ולא לו:

סימן יב

כתב הרמז"ל בפי"ב מה' מעשר חשוד שהעיד על של אחרים נאמן חזקה אין אדם חוטא ולא לו והקשה הב"י ע"ז בי"ד סי' קי"ט ממתני' דדמאי דקתני הלוקח פירות ממי שאינו נאמן שואלו בשבת א"ל אחד שאינו נאמן כו' ה"ז אוכל בשבת חשכה מוצאי שבת לא יאכל עד שיעשר ואמאי הא קי"ל החשוד על הדבר נאמן על של אחרים ולע"ד לא ק"מ דנהי דחשוד נאמן על של אחרים מ"מ אין ע"א נאמן במידי דאיתחזק איסורא כל כמה דאין בידו לתקנו כדמוכח בפר' האשה רבה אלא דבדמאי הקלו גבי שבת והכי אמרו שם בירושלמי ומ"ש הרמב"ם דהחשוד על הדבר מעיד על של אחרים איירי באחר עומד עמו:

סימן יג

עד א' שאמר אשה זו גרושה היא ושתקה איהי ואחר זה נתקדשה לכהן מהו:

וראיתי להרמב"ם בפי"ו מהל' סנהדרין שכתב דהאיסור יוחזק בעד א' כיצד בא ע"א ואמר אשה זו גרושה היא ובעל אח"כ ה"ז לוקה ואיברא סוגיא דשמעתין דפ' האומר משמע דבכה"ג אין ע"א נאמן דמייתי שם מעובדא דינאי דאין ע"א נאמן לומר שנשבית וכמו כן אינו נאמן לומר בן גרושה הוא ונראה לכאורה דה"ט משום דאין דבר שבערוה פחות משנים וכ"כ הריטב"א שם וז"ל ומשמעתין ילפינן דאין ע"א נאמן לומר אשה זו גרושה היא או נשבית והיה נרא' לומר לדעת הרמז"ל דשניא ההיא שכבר נשאת לכהן והויא ערוה עליו וכן נמי בנה הוי בן הערוה ולהכי אין ע"א נאמן לומר בן גרושה הוא אבל כל שלא נשאת עדיין לכהן אין הגרושה שם ערוה עליה אלא הרי היא כשאר פנויה שאינה נקראת ערוה אלא לאחר שתנשא לכהן. שוב ראיתי דנראה דאין איסור כהונה

חשיב ערוה אפי' לאחר שנשאת לכהן כדמוכח בפרק הבא על יבמתו דקתני איסור ערוה או מפסולי כהונה וכן מוכח בשמעתין. ולפ"ז צריך להבין היכי מדמה שמעתין ההיא דינאי לדבר שבערוה ואם אינו דבר שבערוה ע"א נאמן כל היכא דשתיק אם לא שנאמר דה"ד היכא דמעיד על הדבר לאוסרו לאחרים כגון חלב הוא זה או גרושה היא זו שמעיד על הדבר כדי שלא יוכלו אחרים לאוכלו או לבעול אותה אבל להעיד על האדם כדי לפסלו אין ע"א נאמן דלאכשורי גברא או לפוסלו בעינן שנים כיון שאין זה מעיד לומר זה הוא דבר האסור ועוד יש לחלק והוא הנכון דכשמעיד לומר שהוא בן גרוש' ה"ז בא להוציאו מחזק' כהונה שהיה הוא מוחזק בה דאסור לישא גרושה או להטמא לה וזה בא להוציאו מחזקתו ולאחתתיה מכהונתו שהוא מוחזק בה:

סימן יד

כתב הש"ך בח"מ סי' ל"ד ס"ק ל"ג דכל הפסולים מחמת עבירה כשרים כשחזרו בתשובה אפי' בעדות שראו בשעה שהם פסולים בעבירה דלא בעינן תחלתו וסופו בכשרות א"ד ז"ל וזה אינו כמבואר בדברי הרא"ש פ"ב דגטין והביאו הטא"ה סי' קמ"א ובתשו' הרא"ש הביאה הב"י ר"ס י"ז. (א"ה עיין ש"ך סי' ל"ה סק"ו כי לעד"ן ממ"ש שם בסוף דבריו שחזר בו):

סימן טו

מי שנתחייב שבועת היסת והביא ע"א הנתבע כדי לאיפטורי נפשיה משבועה ואשתכח סהדא דקרוב ונתרחק הוא כיון דשבועת היסת מדבריהם היא לא בעי' תחלתו וסופו בכשרות כאותה שאמרו ואלו נאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן:

סימן טז

כתבו התוס' פ' האומר דקדושין גבי שלח ואחוי מכאן יש להוכיח דכל דבר שיכול להתברר ע"א נאמן והש"ך בסי' ל' כתב שלא נאמר דין זה כי אם באיסורין משום דע"א נאמן אבל לענין ממון אין חילוק בין דבר שיכול להתברר או לא ע"כ ולע"ד לכשנדקדק בשמעתין שם אנ"כ דהלא לפי תירוצא של אביי ברייתא הכי מתפרשא דבעל מום פסולו ביחיד משום דיכול להתברר אבל בן גרושה הוי פסולו בשנים משום דאינו יכול להתברר משמע דאי הוה יכול להתברר אף בגרושה היה הדין כן ואע"ג דבכה"ג דאיכא מאן דמכחיש ליה אפי' אביי מודה דאין דבר שבערוה פחות מב' כמ"ש התו' שם בריש שמעתין:

סימן יז

והתם ידו של אדם כמאה עדים דמי וכמ"ש הריטב"א במסכת קדושין דף ס"ה לענין שטר קידושין שהוא בכתיבת ידו דאיכא מאן דאמר דלא מהני משום דאין דבר שבערוה פחות משנים אבל רבינו אומר בשם רבו דכתב ידו כמאה עדים דמי ונראה דאפי' החולקים לא אמרו אלא דחב לאחרים אבל כל היכא דלא חב לאחרים שפיר דמי וכיון שכן מקיימין חתם ידו שלא בפניו דמן התורה חתם ידו כמי שנחקרה עדותו דמי וכן נראה מדברי הרשב"א בתשובות המיוחסות והיא בסי' כ"ב:

סימן יח

וכתב יד היוצא על היתומים ועד אחד מעיד שלא נפרע נראה מדברי רש"י בפ' יש בכו' אמתני' דלאחר שלשים יום בחזקת שנפדה עד שיאמרו לו שלא נפדה ופרש"י ובאמירה סגייא בלא עדות גמורה דהך חזקה דמחזיקינן בחזקת שנפדה לא היא חזקה גמורה דרובא דאינשי לא עבדי למפרע חובו מיד כמו כן י"ל בכתב ידו ולא עבר זמן רב:

סימן יט

ואע"ג דעד אחד נאמן על האיסורין להעיד ואפי' אם הוא חשוד היינו להעיד על גוף הדבר אבל להעיד על האדם שהוא כשר אין עד אחד נאמן ובעי' שני' כדמוכח בר"פ אם אינן מכירין אותו וכן נראה מדברי הטור בחה"מ סי' ל"ד גבי עדות ע"ה ובזה נסתלקה השגת הראב"ד על הרמב"ם בפרק י"ב מהלכות מעשר גבי חשוד שהעיד על של אחרים:

סימן כ

עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן דמי ומיהו אם הדיין רואה שום אמתלא שהדין הוא מרומה צריך דרישה וחקירה כך מבואר בר"פ דיני ממונות דף ל"ב ע"ב וכן כתב הרא"ש בתשובה הביאה מוהריק"ו בסי' ס"ז ומה שהקשה מוהריק"ו מפ"ב דכתובות דלא משמע הכי נ"ל לחלק דה"ד היכא דהדיין בלא דברי העדים כבר הוא רואה שהדין הוא מרומה ע"י שום אמתלא אבל כל היכא דלא חזי שום אמתלא כי אם ע"פ העדים שחוזרים ומגידים כיון דלא חזי שום אמתלא דריעותא אין העדים חוזרים ומגידים כיון דכתב ידם יוצא ממקום אחר:

סימן כא

כתב הנ"י ברפ"ק דמציעא דע"א המחייבו שבועה וע"א מכחישו דאין כאן עדות ואפי' ע"א המחייבו תחילה וחייבהו על פיו וקודם שנשבע אתא ע"א והכחישו דמי לאתו שניהם בבת אחת כיון דמחוסר מעשה וראינו מדאמרי' בפ' האשה שלום ע"א אומר מת והתירוה להנשא ובא אחר ואמר לא מת לא תצא מהיתרה הראשון וטעמא דהתירוה

להנשא וזכתה איהי בעצמה הא לאו הכי לא עכ"ד ומדבריו אלו יש ללמוד דכל היכא דבא ע"א מעיקרא לפוטרו ופטרו אותו ואח"כ בא אחד לחייבו אין דבריו של שני כלום וכ"ז אליבא דמאן דאמר דע"א פוטרו משבועה וראיתי להש"ך סי' פ"ז ס"ק י"ד וסובר ז"ל דע"כ לא אמרינן דכל שנתקבל האחד תחילה שוב אין דבריו של שני כלום אלא במקום שהעדות האחד חשיב כשנים דאמרינן כיון שנתקבל עדותו של זה תחילה בלא שום עירור ה"ז חשיב כשנים וכי אתא ע"א בתר הכי ומכחישו אין דבריו של אחד במקום שנים דאין השני האומר לא מת חשיב כשנים אבל הכא שכל אחד חשיב כשתים אפילו אתא ע"א הפוטרו תחילה ופטרוהו ב"ד אי אתא בפר הכי ע"א ומחייבו הך סהדא בתרא מהימן כמו הראשון אלו דבריו

אבל לע"ד אינו כן דבשלמא סהדא קמא חשיב כשנים כיון דבשעה שנתקבל עדותו לא היה שום מערער עליו ונתקיים עדותו בב"ד אבל סהדא בתרא לא חשיב כשנים ולא נתקיימו דבריו אפי' שעה אחת שהרי יש אחד שמכחישו ועיין בפרש"י ותראה כן. והיכא דאתא ע"א המחייבו תחילה וקודם שנשבע אתא ע"א והכחישו שכתב הר"ן דאין כאן עדות כיון דמחוסר מעשה עדין כתב הרב בש"ך בסי' פ"ז ס"ק י"ד דמדברי רש"י והתוס' בר"פ מי שקינא נראה שאין לחלק בהכי אלא כל שבאו בזאח"ז אע"פ שלא נגזר עדיין מעשה ע"פ הראשון אמרינן הראשון חשיב כשנים עכ"ד ואני אומר דאיברא דכן נראה מדברי התוס' אבל מפי' רש"י ליכא ראיה דאיכא לפלוגי ולומר דההיא דע"א אומר נטמא משעה שהעיד נתקיימו דבריו ונתקבל עדותו ואינו מחוסר שום מעשה משא"כ היכא דמחוסר מעשה כי ההיא דע"א אומר מת שכל זמן שלא התירוה ב"ד על פיהם עדין לא אחשיבניה לעדותו ולכך אם בא אחד אח"כ והכחישו לא תנשא דחשיב כאלו אתו שניהם בבת אחת וע"פ הדברים האלו נסתלקה קושית התוס' שם במ' סוטה על פירש"י וג"כ אין אנו צריכים למה שנדחקו התוס' ברפ"ג דכריתות לומר דמתני' איירי בבאו בבת אחת:

חידושי הרב המחבר ז"ל שנמצאו סביבות הרי"ף ומפרשיו

למסכת שבת

בפ"ק דשבת דף ק"ד ע"ב כתב הר"ן ז"ל כיון שהוא שוכרו לימים וכו' נ"ב ומדברי הרמב"ם בה' שבת במי ששכר את העובד כוכבים לכתוב ס"ת לא משמע הכי:

בפרק כירה דף קי"ח ע"ב כתב הר"ן ז"ל וז"ל ומהא שמעינן דמוקצה לעשירים וכו' נ"ב מהא לא שמעינן אלא דהוי מוקצה לעשירים אבל דהוי מוקצה אף לעניים לא ול"נ דכל

היכא דמותר לעניים לטלטלו שרי לעשירים ג"כ וההיא דמקשה מבגדי עניים היינו לומר דכל דבר שאינו חשוב אצל עשיר לא מהני מה שהוא חשוב אצל עני ואם כן היכי בטל המחתה אגב קרטין כיון שאין הקרטין חשוב:

שם הרב בשה"ג הק' לסברת הר"ן מההיא דתרומה נ"ב לק"מ דתרומה עומדת לנותנה לכהן דהא לא חזי לו מה שאין כן הכא דאינו עומד לינתן לאחרים ובה"ג חילק הר"ן בס"פ נוטל:

עוד שם דף קי"ט ע"א כתב הר"ן וז"ל לפי שאין המים מכבים אלא מונעים שלא יתפשט וכו' נ"ב דברים אלו צ"ע דבפרק כל כתבי אמרו גרם כיבוי מי אסור כלומר וכשיגיע למים הוא כבה:

בפרק במה אשה דף קכ"ו ע"ב כתב הר"ן ז"ל משמע דס' דתלמודא דהאי וחילופיהן לענין חיוב ופטור כו' נ"ב בפירוש כתב ר"ת דהאי וחלופיהן אחיוב חטאת ולא לענין פטור אבל אסור שם כתב השה"ג ואם המפתחות של כסף כו' נ"ב עיין בהר"ן ריש פרקין והירוש' בענין זה יש שני פי' מחולפים זה מזה והטור הביא שניהם וצ"ע:

שם בדף קכ"ח ע"א כתב בשה"ג ז"ל ועוד היאך יהיב סמ"ג טעם לאיסור פירות ע"ג מטבע משום דמיחזי כמערים וכו' נ"ב מ"ש משום דנראה כמערים הוא לתת טעם למה אינו ראוי לטלטול כיון דהוקצה לכך מידי דהוה אאנן דאם הקצה לכך ראוי לטלטול לכך כתב משום דנראה כמערים כדי להוציאה ולא לצורך מלבוש ולא בר טלטול הוא משא"כ גבי אבן והא דאיבעיא בגמרא אי מצי להערים היינו משום דאגוז בר טלטול הוא ואף שהקצה לכך א"צ ומ"ה בעי כיון דיכול לטלטל מהו להערים כיון דאין דרך הוצאתו בכך ומ"ה לא מצי לפשוט ממטבע דהתם לאו בר טלטול כלל וכי אין דרכו בכך מאי הוי ורש"י וסמ"ג ז"ל שוים בטעמם ודו"ק:

בפרק שמנה שרצים דף קל"ט ע"א כתב הר"ן ז"ל ומיהו כי שריא אפי' שבות ע"י ישראל וכו' נ"ב ודוקא שהוא שבות כדרכו אבל ע"י שינוי קיל טפי ע"י ישראל משבות כדרכו ע"י עובד כוכבים כמ"ש הר"ן דף קס"ג ומדברי הר"ן שם נראה דכל שא"א ע"י ישראל מותר ולפ"ז קשה ההיא דפי"ט דהתם נמי א"א בלאו הכי:

בפרק כל כתבי דף תמ"ה ע"א כתב הרב בעל שה"ג וז"ל שהרי גבי מאכילין נתן טעם להיתר שאלת שכרו משום שלא היה שם איסור נ"ב עיין מ"ש הרב המגיד ז"ל בפי' דברים אלו:

עוד שם ע"ב כתב הבשה"ג וז"ל ומסופקני בכל מלאכת שבת הנעשה בלא מתכוין ע"י גורם וכו' נ"ב לא ידעתי במאי נסתפק דהא נר שאחרי הדלת הוי גורם ואינו מתכוין דאי

במתכוין היכי סבור לומר דאתי כר"ש הא ר"ש לא אמר אלא בשאינו מתכוין וא"ה אסרו מטעמא דפסיק רישיה וגבי דליק' התירו והכי משני גמרא ועיין סביבות פ"ד מיתות בש"ס:

בפרק שואל דף קס"ז ע"א כתב הר"ן וז"ל דכיון דלחברו הוא מותר וכו' נ"ב האי טעמא לא סגי אלא לו' שיעשה לו בחול אבל לא בשבת כמ"ש הר"ן בסמוך והא דמותר לומר לחברו שמור לי פירות ה"ט רשום דכיון דלחברו מותר כמ"ש הרשב"א ז"ל:

בפרק מי שהחשיך דף קס"ט ע"א כתב הר"ן וז"ל ותשו' איני מכיר וכו' נ"ב לא ידעתי מה שייך הכא טלטול ד' אמות דבחצר המעורבת מיירי:

עוד שם כתב הר"ן וז"ל דאיסורא דרבנן ספינן בידים כו' אין מכאן ראי' דהכא אי לא שרית לי' אתי למיעבד איסורא דאורייתא עוד שם נ"ב ואף בדבר דלא שכיחא כגון דלוקה חיישי' דילמא אתי למיסרך וזה הפך ממ"ש הר"ן בפרק תולין בשם התוס':

למסכת יבמות

בפרק האשה שהלך דף תל"ה ע"א כתב השה"ג וז"ל כתב ריא"ז היתה אחות אשתו וכו' עד מה שכתב שנראה כנושא אחות גרושתו כמבואר בקו' הראיות ע"כ. נ"ב דברים אלו צ"ע והיא הפך הסוגיא וכעת אין בידי קונטריס הראיות:

בפרק בית שמאי דף תמ"ב ע"א כתב הנ"י וז"ל הלכתא כאותו הזוג וכו' עד מ"ש אין לך מיאון גדול מזה וכו' נ"ב עיין בהריטב"א בקדושין פרק האומר גבי לא חזרה בה מהו דבעינן חזרה בפני שנים:

עוד שם כתב הנ"י וז"ל ואפשר דלר"ח בן אנטיגנוס אף הקטנה שאינה יכולה לשמור קידושיה אינה יוצאה בכדי אלא במיאון וכו' נ"ב לפי זה קשה הא דאמרינן בגיטין פר' האומר דף ס"ה וכנגדן בקטנה מתקדשת למיאון עוד שם דף תמ"ד ע"א כתב הנ"י וז"ל ומיהו צריך לן למימר שנחרצ' בו לבסוף להיות לו לחוטף אשה דאל"כ לא הוה צריך לן לטעמא דאפקעינהו לקידושיה וכו' נ"ב כלומר למה לן לטעמא דאפקעינהו משום חוטף אשה מבעלה תיפוק ליה משום דתלוה וקדיש לאו קדושיו קדושין ועיין במהר"ש סי' ח"י:

בפרק האשה שהלכה דף ת"ן ע"א כתב הנ"י וז"ל וא"ת וכו' עד מ"ש דלית ליה דרבא כלל נ"ב התם הוא משום דבא בטענה ועיין בהר"ן שם:

עוד שם דף תנ"א ע"א כתב הנ"י וז"ל ובודאי דכשבאו בבת אחת וכו' אפילו לכתחלה תנשא וכו' נ"ב לא ודעתי מק"ל לימא דלא תנשא משום דרב אסי כדאמרי' בפ' האשה שנתארמלה:

עוד שם דף תנ"ד ע"א כתב הנ"י וז"ל וכתב הריטב"א וכו' עד מ"ש ולהכי מייתי הא דר"י לתרוצי אפי' קושיא דשד עכ"ל נ"ב אבל הר"ן בפרק האומר דף תקפ"ו ע"א דקדק מדברי הרי"ף איפכא:

בפרק הבא על יבמתו כתב המרדכי בסמי' נ"ו וז"ל אבל המדיר וכו' עד מ"ש כדפירש ר"י וכו'. נ"ב צ"ע דר"י אית ליה דכופין בשוטי' ועיין בפרק המדיר וצ"ל ר"ח:

למסכת כתובות

בפ"ק דכתובות דף תע"א ע"א כתב הר"ן וז"ל וכתב הרשב"א וכו' עד מ"ש וחזקה דגופא. נ"ב משמע מהכא דחזקה דגופא ורובא עדיפא מחזקת ממון וזה אינו תדע ממתני' דהיא אומרת בתולה נשאתני והוא אומר אלמנה נשאתיך דאיכא רובא וחזקה ואפ"ה צריך ראיה וכ"כ התוס' בבכורות דף כ':

עוד שם דף קע"ב ע"א כ' הרי"ף וז"ל לימא דרב הונא ור"י דאמרי כר"ג וכו' נ"ב ק"ק לפי מאי דהוו סברי דטעמא דרשב"ג דברי ושמא ברי עדיף הא אי שתיהם טוענים ברי כגון שטוען בעולה מצאתיה הוא נאמן ואמאי והא רשב"ג אית ליה דכתובה דאורייתא ולעיל אמרינן דטוען פתח פתוח נאמן משום דכתובה דרבנן הא אי הוה דאורייתא אינו נאמן:

בפרק האשה שנתארמלה דף תע"ג ע"ב כתב הר"ן וז"ל וא"ת דכיון דפלגינן דבורא וכו' עד סוף לשונו ולא מפלג דיבורא נ"ב עיין בנ"י בפ"ב דיבמות דף ת"ט ע"א וצ"ע מפ' בא על אשתי דאיתא בסנהדרין דף ט':

עוד שם דף תע"ה ע"ב כתב הר"ן וז"ל וההיא דצא תן לו וכו' עד מ"ש מסתמא יפרעהו לאלתר וכו' נ"ב כ"כ הרמב"ן בחי' לפ' חזקת דף מ' ואפי' קבעי לי' ב"ד זימנא דעביד איניש דפרע בגו זימניה דב"ד כדאמרינן בפרק שנים אוחזין ולפי זה צ"ע מה ראיה מייתי הכא:

עוד שם דף ת"פ ע"ב כתב הר"ן וז"ל אבל בירוש' משמע וכו' עד מ"ש ומשמע מיהא דבלא נשאו אפי' בחצר שרי כו'. נ"ב וק"ל דנישאו ה"ק אם נישאו ונתגרשה מן הנשואין לאפוקי אם נתגרשה מן האירוסין וא"ש הא דמסיים בירוש' וארוסה ביהודה כנשואה היא כלומר משום דלבו גס בה וראיתי למוהראנ"ח דקדק כן מלשון נישאו ולא ידעתי אמאי איצטריך לזה דבפי' נראה כאשר כתבתי:

בפרק אע"פ דף תצ"ג ע"ב כתב הר"ן וז"ל ואיכא מ"ד וכו' עד מ"ש ומוכיחים לה מדאמרי' בירוש' וכו' נ"ב אין ראיה דהמדיר את אשתו היינו שהדיר את עצמו:

בפרק המדיר דף תק"א ע"ב כתב הר"ן וז"ל וא"ת ומ"ק וכו' עד מ"ש ומפקיעין מידי שעבוד ומש"ה מצי מדיר לה וכו' נ"ב היינו בקונם כללי אבל במדיר לא תדע דפריך בירושלמי וכי אדם נודר שלא לפרוע לב"ח ומ"ש דכי היכי דאלמוה לשעבודיה ה"נ

אלמוה לשעבודא דידה ל"ד דבעל עשו אותו כלוקח ראשון וזה לא מצינו באשה כי אם חוב יש לה אצלו:

עוד שם דף תק"ג ע"א כתב הר"ן וז"ל ואי דלא ידע נסמוך עד מ"ש דהכא מוכח מקרא דמצי למסמך עילוה עכ"ל נ"ב עיין בהר"ן בריש פסחים דף רכ"ח ע"א גבי בדיקת חמץ ונראה דט"ס נפל בכאן:

עוד שם דף תק"ו ע"א כתב הר"ן וז"ל ומשום ה"ט וכו' עד מ"ש אפי' בשמא ושמא נמי חייב הבעל וכו' נ"ב ק"ק דבר"פ האשה שנתארמל' דקאמר מתני' דלא כרשב"ג ומשני ע"כ לא קאמר רשב"ג אלא בברי ושמא והא במתני' שם לא שייך ה"ט דכאן נמצאו וכאן היו ובכהאי גוונא אפילו בשמא ושמא אמרה ר"ש בן גמליאל:

עוד שם כתב הרב בשה"ג וז"ל ונראה בעיני שאם לא מצא וכו' עד מ"ש לא היה כונסה. נ"ב עיין במלחמת ה' דף תפ"ב ע"ב שחולק ע"ז:

בפרק אלמנה ניזונית דף תקכ"ה ע"ב כתב הר"ן וז"ל ומיהו כל הני מילי דוקא לדינא דגמרא אבל עכשו כבר תקנו הגאונים וכו' נ"ב הר"ד ן' לב בח"ב סי' כ"ה הקשה דנפקא לן אחר התקנה אי אמרינן דלא מהניא אלא דוקא כשתפס מסימטא או מרשות הרבים אבל מרשות היורש לא ואישתמיטתיה מ"ש הר"ן בפרק הכותב גבי מתני' מי שמת וכו' וז"ל ובגמרא אפליגו אי בעיא דוקא שתפס מר"ה וכו' ומיהו השתא לדידן לא נפקא לן מידי דהא תקינו רבנן דבכל מקום תפיסה מהניא:

עוד שם דף תק"ל ע"ב כתב הרי"ף וז"ל ולא פירות ירושלמי שאינה יכולה להוציא ממנו פירות שאכל ע"כ. נ"ב אבל בתו' בד"ה אילימא אממאנת וכו' כתבו דאפי' פירות שהן בעין וצ"ע:

בפרק שני דייני גזירות דף תקל"ה ע"ב כתב הר"ן וז"ל וכתב הרא"ה דדוקא מה שיש בגוף השטר הוא שאין צריכין לקרות וכו' נ"ב משמע דהעדים אכוליה שטרא באי' להעיד וז"א דממתני' מוכח דוקא משום שחתום העורר הא לאו הכי אין ראיה מעדים החתומים דהעדים לא קא מסהדי אלא ע"פ מ"ש להו מוכר וכ"כ הפוסקים ז"ל ועיין בהר"ן בפ"ב גבי אני פ' כהן כדברי

כתב הרב בשה"ג סביבות, המרדכי פ' האשה שנתארמלה דף תקל"ח ע"ב וז"ל ולא דמי להא דתנן וכו' עד מ"ש שוב אינו חוזר ומגיד נ"ב כל אלו הדברים לא הבנתי' וצ"ע:

עוד שם כתב הרב בעשה"ג וז"ל וצ"ע בפ' גט פשוט וכו' נ"ב גם זה צ"ע:

בפרק מציאת האשה כתב המרדכי בסימן קצ"א וז"ל מעמלא דבתי כגון שהשכיר לשנה וכו'. נ"ב לא ידעתי אמאי לא מוקי לה כגון שהשכירוהו היורשים ואין לומר משום דהוי ראוי דהא כתב דנגבית מן הראוי:

בס"פ המדיר כתב המרדכי וז"ל וההיא דרבי נתן דאזיל בתר השתא משום דמעיקרא בריא הוה וכו' נ"ב עיין במרדכי פ' מי שמת סימן תרכ"א תשו' לר"מ דנראה דהאי טעמא דחזקת בריאי' בדרך דחיה איתמר:

בפרק מי שהיה נשוי כתב המרדכי בסי' רל"ט וז"ל אבל אם ישנן בעיר צריכים לבא שניהם עכ"ל. נ"ב זה נראה הפך ממה שפירש לעיל דהיכא דהוה בעיר שליחותי' קעביד והכא קאמר איפכא וצ"ע:

בפרק שני דייני גזירות כתב המרדכי בסימן רע"ח וז"ל מכאן משמע ראובן שהיה חייב לשמעון מנה וכו' עד מ"ש וראיה מדברי חכמים וכו' נ"ב נראה מדבריו שהחוב ברור וא"כ צריך להבין ראייתו:

למסכת גיטין

בספ"ק דגיטין כתב הר"ן וז"ל ומשמע מהא דבש"מ וכו' אבל תמה אני וכו' נ"ב עיין בתוס' דף י"ד ע"ב בד"ה הא בשכיב מרע וכו':

בפ"ב דגיטין דף כ' ע"ב כתבו התוס' בד"ה לא ידעא לאקנויי וז"ל אע"ג דאמרינן לעיל דדמי כתיבת סופר אקנו ליה רבנן מדידה מ"מ טבלא דידה לא מקנו ליה וכו' הקשה הרשב"א אם כן מאי מייתי ראיה רב אסי מהא דתנן האשה כותבת את גיטה דהתם שאני דאקנו ליה רבנן בזוזא דספרא ולא ידעתי מק"ל דהא כתבו התוס' דרב אסי משמע ליה דאיירי בקלף שלה:

עוד שם דף תקס"ג ע"ב כתב הר"ן וז"ל וגבי חרש שוטה וקטן דלא שכיח כלל מוקמי ליה טופס אדיניה ושרינן ליה אפי' לכתחלה עכ"ל נ"ב ובחידושי הרשב"א כתב איפכא וכתב עוד דבמחובר לא גזרו שאר שטרות:

עוד שם דף תקס"ד ע"ב כתב הר"ן וז"ל ולא עוד אלא וכו' עד מ"ש דלא גזרינן טופס אטו תורף נ"ב אבל הר"ן כתב בפרק כל הגט דהלכתא כר' אלעזר אף בגיטין:

עוד שם דף תקס"ה ע"א כתב הר"ן וז"ל וכי תימא אם כן וכו' עד מ"ש שאין בידו להשתחרר נ"ב וגר נמי אינו בידו כדאיתא בקידושין דף ס"ב אלא דמ"מ בדעתו להתגייר אי מזדקקי תלתא משא"כ בעבד דאינו בדעתו:

בפרק כל הגט דף תקס"ו ע"ב כתב הר"ן וז"ל אבל הרמב"ם ז"ל וכו' עד מ"ש דלא גזרינן טופס אטו תורף נ"ב אין ראיה משם דהתם נמי בשאין גדול עומד על גביו גזרו טופס אטו תורף ועיין בהר"ן שם בפ"ב:

בפרק השולח דף תק"ע ע"ב כתב הר"ן וז"ל וזו הראיה איפשר וכו' עד מ"ש אפ"ה כיון שהיא אומרת וכו' נ"ב עיין בהר"ן בפרק מי שאחזו תקצ"ב ע"ב וכתב הרשב"א בחידושיו פרק מי שאחזו דמעיקרא הכי מתנה ואדעתא דהכי גמר ויהיב לה דאי אמרה לא בא ולא פייס דליהוי גיטא מעליא ומבטל תנאו מעתה וצ"ע לישב שם עם מה שכתב כאן בפירקין:

עוד שם דף תקע"א ע"ב כתב הר"ן וז"ל וכתב הרשב"א שאנו וכו' עד מ"ש צריך לכתוב שם הישראל והשם האחר וכו'. נ"ב וצ"ע שלדעת הרשב"א דכל שיש לו שני שמות במקום אחד א"צ לכתוב אלא האחד ועיין ברישׁ סי' קכ"ט בב"י:

עוד שם דף תקע"ג ע"ב כתב הר"ן וז"ל רשב"ג אומר וכו' עד מ"ש וה"א בתוס' דגרסי' התם עבד שנשבה ופדאוהו לשם עבד ישתעבד ורבו נותן דמיו לשם בן חורין לא ישתעבד וכו' נ"ב הך תוספתא לא אתייא לא כת"ק ולא כרשב"ג:

עוד שם דף תקע"ד ע"א כתב הר"ן וז"ל כל המשחרר עבדו עובר בעשה משמע דלאו עשה גמור וכו' עד מ"ש ויש מתרצים וכו' נ"ב ק"ק דבפרק שלשה שאכלו דף מ"ז מייתי האי עובדא ופריך והא מצוה הבאה בעבירה היא יע"ש:

בפרק התקבל דף תקפ"ג ע"ב כתב הר"ן וז"ל מהא שמעינן דהלכתא כרב חסדא זהו דעת הרי"ף ז"ל ואין זו ראיה וכו' נ"ב כתב הרשב"א ונ"ל דטעמו של הרי"ף מדקאמר וליהמניה לשליש דאילו לרב הונא לא שייך נאמנות לגבי גט דאיסורא:

עוד שם דף תקפ"ג ע"ב כתב הר"ן וז"ל והרמב"ן ז"ל הקשה דאי הכי מאי מוכח מהא דחזקת שליח עושה שליחותו וכו' עד מ"ש וז"ל לכך פי' דכל הנשים מותרות אפי' קטנות שמת אביהן לפי שבחזקת פנויות הן וכו' עד סוף לשונו נאמנות הן לזה נ"ב עיין בתוס' פ' האיש מקדש דף מ"ה בד"ה בפירוש אמר מר עד מחלוקת ר' מנחם ור"ת יע"ש ובתוס' בפרק התקבל ד' ס"ה בדיבור המתחיל התקבל לי גיטי אסורה לאכול בתרומה ובהריב"ש סימן פ"ב:

עוד שם כתב הר"ן וז"ל ולא נתבררו לי דבריו דהיאך מותר בעד אחד הוה ליה דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים אף על גב דלא איתחזק איסורא וכו' עכ"ד ויש לדקדק מדאמרינן בר"פ דגיטין ולרבה דאמר לפי שאין בקיאין ליבעי תרי מידי דהוה אכל עדיות שבתורה ע"א נאמן באיסורין ופריך אימור דאמרינן ע"א נאמן באיסורין היכא

דלא איתחזק אבל הכא איתחזק איסורא אלמא דכל היכא דלא איתחזק איסורא ע"א נאמן אפי' בדבר שבערוה מדלא פריך אלא משום דאיתחזק איסור וכ"כ מוהר"י קולון בשורש ע"ב:

עוד שם דף תקפ"ה ע"ב כתב הר"ן וז"ל ור"ח ז"ל פי' דהאי כך וכך דמים ר"ל ומיהו להכי קאמר מחמרא כי היכי דלא לידחי זה אשאר נכסי וכו' נ"ב ק"ל היכי מיירי אי דאית ליה זוזי היכי מצו מדחי ליה הא זוזי קאמר ואי דלית ליה זוזי אינו נוטל כלום דשוה לא קאמר ועיין ב"י סי' רנ"ג והרשב"א כתב דליפות כחו כי היכי דלא לידחו אשאר נכסי ולא הבנתי דבלאו הכי לא מצו מדחי ליה:

עוד שם דף תקפ"ו ע"א כתב הר"ן גבי מתני' מי שהיה מושלך בבור ז"ל וגבי תרומה אפי' גלויי דעתא נמי מהני וכו' נ"ב עיין בהר"ן פרק האיש מקדש גבי ההיא גברא דקדיש בפרומיא דשכרא ומדברי הרמב"ם ה' תרומות נראה דבגלוי דעת לבד מהני:

בר"פ מי שאחזו כתב הר"ן וז"ל ואני חוכך להחמיר וכו' עד וכי תימא אי בבדיקה קאמר מאי פרכי' מינה וכו' ולא סגי ליה בבדיקה וכו' נ"ב צ"ע דנשתתק ג"כ דפירושו שהוא חולי שיגעון אמאי מהני בדיקה:

עוד שם דף תקצ"ג ע"א כתב הר"ן וז"ל וכתב הרמב"ן ז"ל שלפי פירוש רש"י וכו' עמ"ש אבל בש"מ דאמר מהיום אם מתי דילמא מסוף היום קאמר וכו' נ"ב מדברי רש"י בפי' דמתני' דלעיל גבי מה היא באותן הימים משמע דמהיום אם מתי משעת נתינה קאמר:

עוד שם ד' תקצ"ג ע"ב כתב הר"ן וז"ל כי שרו לה לאלתר שרו לה כו' עד מ"ש ולי ה"ט משום דאיהו ודאי לא הוה חייש למיתה דידיה וכו' נ"ב עיין בהר"ן בנדרים פ"ג ד' כ"ז גבי מתני' נדרי אונסים דפריך מהכא:

עוד שם ד' תקצ"ד ע"א כתב הר"ן וז"ל הלכך נקטינן וכו' עמ"ש דהיינו האי גוונא בתרא שבדברי הרב ז"ל עכ"ל צ"ב האי גוונא בתרא חידושא אשמועינן דאע"ג דאיכא למימר שמא חזרה בה מה שאין כן בגוונא קמא דלא שייך לומר שמא חזרה:

עוד שם ד' תקצ"ו ע"א כתב הר"ן וז"ל כתב לשם מלכות שאינה הוגנת וכו' עד מ"ש כך כתב רש"י וליתא וכו' נ"ב עיין בירושלמי שהביא ה"ה פרק י"א מהלכות גירושין באשת חרש שהלך בעלה למדינת הים באו ואמרו לה מת בעליך ונשאת לפקח תצא מזה ומזה דמשמע כפרש"י

בפרק המגרש ד' תר"ב ע"א כתב הר"ן וז"ל ואינם נראין לי וכו' עד מ"ש למה לא תכרות בגטין וכו' נ"ב בממון ה"ט משום דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי משא"כ בגיטין דבעינן עדי מסירה כדי להחזיקה בגרושה כמ"ש בירושלמי הביאו הר"ן פרק קמא דמכלתין:

עוד שם דף תר"ד ע"א כתב הר"ן וז"ל וכתב הרמב"ן ז"ל וכו' עד מ"ש בסתם תלו להקל וכו' נ"ב עיין בתשובות משאת בנימין סי' נ"א דאישתמיטיה דברים אלו ולכך כתב מ"ש בספ"ק דגיטין כתב המרדכי וז"ל תני חדא הולך מנה לפלוני וכו' עד מ"ש ואין נ"ל דא"כ אפי' בריא כל זמן שלא חזר בו וכו' כ"ב דברים אלו צ"ע דבבריא כיון דהולך לאו כזכי איך יתנו ליורשים וזה לא שלחם ליורשים:

למסכת בבא קמא

בפ"ק דב"ק דף ג' ע"ב כתב הנמקי יוסף וז"ל ובמאי קא מיפלגי בדעולא קא מיפלגי מאן דאזיל בתר שעבודא וכו' נ"ב לדברי שניהם האי נשתעבד מעיקרא אלא למאן דלית לי' לדעולא מעיקרא נשתעבד מן הדין ומש"ה אזיל בתר שעבודא כמעיקרא אבל למאן דאית ליה לדעולא כיון דלא נשתעבד מעיקרא אלא מן התקנה היכא דחזר ליה עדות לא תקון:

בפרק המניח דף י"ד ע"ב כתב הנימוקי יוסף וז"ל אבל היכא דהוה מצי לעיוני חייב וכו' כדמפרש לעיל בפרק כיצד הרגל נ"ב ק' דהיינו דוקא כשהוא מזיק בעצמו אבל ממונא שהזיק לא כמ"ש הוא בעצמו דף קי"ד ע"ב:

עוד שם דף י"ו ע"א כתב הנ"י גבי מאי דאמרו שם ושני חייב בנזקי שלישי וכו' וז"ל ומיהו דוקא בשלא היה לו פנאי לסלק וכו' כדכתיבנא בר"פ ע"כ נ"ב צ"ע דא"כ מה חילוק יש בין ראשון לשני:

בפרק שור שנגח ד' וה' דף כ"א ע"א כתב הרב בשה"ג ז"ל ועוד צ"ע דבפ"י מהלכות נזקי ממון עד מ"ש פטור ממיתה ומתשלומין גם כן נ"ב לא ידעתי מאי ק"ל דבבהמה דרשינן אם כופר מה ת"ל אם לרבות כופר שלא בכוונה:

בפרק שור שנגח את הפרה דף כ"ב ע"ב גבי הא דנפל לבור והבאיש מימיו כתב הנ"י וז"ל הרי"ף ז"ל לא הביאה בהלכות ונראה משום דסבר וכו' ואנן קי"ל כמאן דדאין דינא דגרמי עכ"ל נ"ב לפי מ"ש הרא"ש בפרק הגוזל קמא דלא דיינינן דינא דגרמי אלא היכי דבשעת מעשה נעשה היזק אבל כל שלא בא ההיזק מיד לא אין מקום לתינוק:

בפרק הכונס ד' כ"ז ע"ב הבשה"ג על תשובת הרא"ש גבי לאה שטוענת שמסרה ראובן בידי ישמעאלים וכו' וז"ל הצ"ל ועוד היאך כתב דבהוכחות לא מפקינן ממונא וכו' עד מ"ש וה"ה דבהוכחות טובא נ"ב לא ידעתי מאי מייתי מדין מזיק למסור דבמזיק עשו בו תקנת נגזל ובמסור סלקא בתיקו ולא מפקינן באומדנא וצ"ע:

בפרק הגוזל קמא דף ל"ה ע"א כתב הרב בשה"ג וז"ל דלממון מוכח דקני כל שבח דממילא וכו' עד מה שכתב כי יוקרא וזולא נ"ב דברים אלו צ"ע דהטור סי' שנ"ד כתב דביאוש כדי קני בפיטום דממילא וכן ביוקרא וזולא וצ"ע:

עוד שם דף ל"ו ע"ב וז"ל ומראה דינר לשולחני וכו' עד סוף לשונו אם יקבלוהו ממנו נ"ב וכן נראה ממ"ש הרא"ש לחלק בדינא דגרמי בפרקין בין היכא דבא לו ההיזק מיד ובין היכא דבא לו לאחר זמן וכתב שם וזה לשונו וכן מראה דינר לשולחני ואומר שהוא טוב מיד סומך עליו ונעשה לו ההיזק כי פטר אותו שנתנו לו ע"כ ועיין בתשו' הרא"ש כלל ק"ב סי' ג':

עוד שם ד' ט"ל ע"ב כתב הרב בעשה"ג על לשון הרמ"ה גבי ראובן שאמר לשמעון זבין לי וכו' וזה לשונו ותמהתי עליו דהא איפסיק התם וכו' נ"ב כתב הרא"ש ז"ל דה"ט דהמוכר מכוין להקנותו לשליח ויד השליח כיד בעל המעות והאי שליח רוצה לזכות לבעל המעות אבל הכא דפי' לו השליח שהוא קונה לראובן דעתו של מוכר להקנותו לראובן:

בפרק הגוזל בתרא דף מ"א ע"א כתב הרב בעל שה"ג וז"ל לפי מ"ש הטור ח"מ סי' שס"ב פטור מלשלם עד סוף לשונו מבלי ידיעתו נ"ב הטור לא נקט נטלו מבלי ידיעתו אלא בשלא האכילו אבל באכלו והוא קודם יאוש חייב בכל ענין:

עוד שם כ' הרב בעשה"ג דף מ"ג ע"ב ז"ל ומסופקני היכא שהדבר בעצמו אמת כו' עד סוף לשונו ולאו בר תשלומין נ"ב עיין בפרק שבועת העדות דף ל"ב גבי מי שכנגדו חשוד על השבועה מי יימר דמשתבעו ובפרק כל שעה דף ל"ג ע"ב גבי הא דתניא הא למה זה דומה לתרומת תותים דאין בה לא היתר אכילה ולא היתר הסקה הא היתר אכילה אית בה דאי בעי דריך להו פחות מכביצה כלומר ואמאי אין בה תשלומין אמר רבא גזרה דלמא אתי לידי תקלה ודו"ק:

עוד שם דף מ"ד ע"ב כתב הנ"י וז"ל וקשה לי אמאי לא יהיבנא וכו' עד מ"ש כיון שיכול להתנות וכו' נ"ב עיין מ"ש הנמוקי יוסף בפרק אלו מציאות ריש דף ע"ו:

עוד שם דף מ"ה ע"א כתב הבשה"ג וז"ל אם מתחלה לא היו וכו' עד מ"ש לעצמי אני מציל נ"ב מדברי כל הפוסקים נראה דבשותף אפילו אין יכול להציל כלל אם לא אמר לעצמי אני מציל הציל לאמצע:

עוד שם דף מ"ה ע"ב כתב הרמב"ן בספר המלחמות וז"ל הא למדת שכל שאינו יכול לסבול ויש בו סכנת נפשות ומסר פקדון פטור עכ"ל. נ"ב נראה דדוקא משום שיש בו סכנת נפשות פטור אבל משום שלא יקחו ממונו הרי זה חייב ולא ימסור ממון הפקדון אבל מדברי הרא"ש והמרדכי נראה דאפי' משום אונס ממון פטור וה"ל שלא קבל זה שמירה אדעתא דהכי ועיין בתשו' הרא"ש כלל ס"ד:

עוד שם דף מ"ו ע"א כתב הרי"ף וז"ל הגוזל את השדה ונטלוה מסיקין וכו' הב"ע כגון דאנסוהו ואמרו ליה אחוי ארעתך ואחוי נמי ההוא בהדייהו עכ"ל נ"ב אם אנסוהו

להראות והראה שלו ובאותו מקום שהראה היה ממון של חברו גם כן ונטלו האנסים שלו ושל חברו נראה דפטור ולא דמי לאנסוהו על שלו והראה שלו ושל חברו שאמרו שחייב דהתם היה יכול להראות שלו מבלי שיראה של חברו כמ"ש התוס' ובאנסוהו על שלו והראה של חברו שהוא חייב התם משום דקא משתרשי ליה ודמי למ"ש בפ' הזרוע מי שאנס המלך את גורנו:

עוד שם ע"ב כתב הנ"י וז"ל ודרך רבינו האיי גאון ז"ל במשפטי השבועות עד סוף לשונו דומיא דסיפא דנשא ולתן ביד נ"ב לא ידעתי מי דחקו לפרש כן דדברי הגאון ברור מללו דאפילו בממון זה מחייב אם לא אנסוהו להביא כי אם לראות ובכה"ג הוא דפטור אם הראה אבל בממון סתם בהראה לבד חייב ודוק בס' המלחמות ותמצא כדברי:

חידושי הרב המחבר ז"ל שנמצאו סביבות המרדכי למס' בבא קמא

בריש פרק הכונס כתב המרדכי וז"ל אלא תחתיו דשומר דאורחיה למימסרה לברזיליה וכן לכל אדם שמסר למי שידוע שרגיל למסור לו עכ"ל נ"ב כגון שותפו וכ"כ הוא עצמו בפרק המפקיד בסימן רע"ד אבל לפי מ"ש הרא"ש בתשו' לפי שאין דרך בני אדם לשמור כל חפציהם בתיבות ואדעתא דהכי הפקידו דיניחנו ביד אשתו ובניו אין ראי' לשותף דדוקא לבני ביתו הוא דקאמרינן הכי משום דאין דרך לשמור בתיבות אלא מניחים ביד בני ביתו לשומרם אבל כל שאינו מבני ביתו הגם שהוא שותפו לא שלא הפקידו אצלו אלא כדי שישמרנו אצלו וכן נראה מדברי הר"מ ודו"ק:

בפרק הגוזל קמא סי' קי"א כתב המרדכי וז"ל וגזלן נמי אם הוציא עד סוף לשונו כשעת הגזילה הוא נ"ב עיין בפ' כ"ש דף ל"ב גבי איבעיא להו כשהוא משלם לפי מדה משלם או לפי דמים משלם וכו':

עוד שם בסי' קי"ד כתב המרדכי גבי הזורק מטבע של חבירו לים וז"ל ותדע שיש חילוק בין נזקי גופו לנזקי ממונו כי ההוא דגזל אפדנא וכו' נ"ב אין ראיה משום דגזלן שאני דאינו משלם אלא כשעת הגזילה:

עוד שם בסי' קט"ו כתב המרדכי וז"ל והיינו טעמא דאמרינן עד סוף לשונו משום גרמא בנזקין נ"ב מדברי מהר"ם שהביא המרדכי בפרק הגוזל בתרא סי' ק"ס גבי מי שמעמיד את חבירו ערב נראה דאע"ג דלא קביל חייב וכ"כ בשה"ג בפרק המקבל דף ק"ל ע"ב וא"כ צ"ע איך הביא המרדכי סתם את דבריו ולא הזכיר חולק:

עוד שם בסי' קכ"ד כתב המרדכי וז"ל מצאתי תשובה אחרת בפנינו ח"מ תקף ראובן לשמעון כו' עד סוף לשונו דלא משוי נפשיה רשיעא נ"ב ה"ט משום דלא היה קשר

משונה ויכול להשתמש בהם אבל לא לזוקפן עליו במלוה ולהיות גזלן משא"כ דאם הי' קשר משונה דכיון דשלח בהם יד נעשה עליהן גזלן ועיין בס' פ"מ ח"א סי' ע"ט:

עוד שם סי' קכ"ה כתב המרדכי וז"ל ובתשו' לרבי' האי מצאתי וכו' עד סוף לשונו נותן מחצית שכר נ"ב היינו טעמא משום דבאתה הנאה על ידו וכ"כ רבי' שמחה הביאו הבשה"ג סביבות המרדכי פרק אלמנה ניזונת דף תקמ"ה ע"א ובירושלמי הביאו הב"י בסי' קפ"ג וז"ל בשקיים שליחותו נתכוין לזכות לבעל המעות לא קיים שליחותו נתכוין לזכות ללוקח ולמה חולק עמו הא הואיל ובאתה הנאה על ידו כלומר דהמעות גרמו וכ"כ הרא"ה הביאו נ"י בהגוזל קמא דף ל"ח ע"א גבי הנותן מעות לשלוחו וזו היא דעת הרב בעל העיטור:

עוד שם בסי' קל"א כתב המרדכי וז"ל פסק רבינו אבי העזרי שאם היה חייב ראובן לשמעון זקוק ושלח לו על יד שלוחו ונאבד אין שמעון יכול להשביע לשליח עד שיבא ראובן עכ"ל נ"ב ומיהו אם מודה שפשע חייב לשלם ולא מצי לומר לאו בעל דברים דידי את דכיון דאמ"ל הולך זה לפ' זכה לו והרי זה ממון של שמעון כמ"ש הטור בסימן קכ"ה וה"ט דלא מצי להשביעו משום דלאו שומר דידי' הוא זולת היכא דלא אפשר לגבות מן הראשון דאז אמרי' תחזור פרה לבעלים:

עוד שם כתב המרדכי בסס"י קנ"ז וז"ל פסק ר"ת על ישראל היודע לעובד כוכבים כו' עד סוף לשונו אע"פ שמעיד אמת נ"ב המרדכי עצמו כתב בפרק הגוזל קמא הפך זה ועיין בשה"ג פ' הגוזל בתרא דף מ"ג ע"ב:

עוד שם בסי' קס"ח כתב המרדכי וז"ל אדעתא דאריא אפקריה מעשה היה וכו' נ"ב עיין בנ"י בפרק נגמר הדין דף רפ"ה ע"א גבי מותר המת ליורשיו:

עוד שם סס"י קע"ג כתב המרדכי וז"ל על ראובן שטען לשמעון השכרתני וכו' עד מ"ש כי כמה שדכנים יגעים לריק ומוציאים הרבה ואינם מצליחים ומפסידים טרחם ויציאותם וישבע שמעון שלא נדר לו כלום אלא א"כ יגמר הזיווג ויפטר וגם ישבע שלא שינה מן התנאים שעשה עם ראובן ולא גרם העיכוב עכ"ל נ"ב כלומר דמ"ה אפי' שכר טורחו לא שקיל ול"ד להיא דירד להציל ולא הציל דנוטל שכר טורחו דהתם דרך הוא להשכיר פועל אפי' על הספק אם יוכל להציל משא"כ בשדכנות דאין דרך לתת שכר כי אם בגמר הענין וממ"ש וגם ישבע שלא שינה מן התנאים ולא גרם העיכוב נראה דכל שבא העיכוב מצדו חייב לשלם לפחות שכר טורחו ויותר נרא' מדבריו דחייב לשלם כל מה שנדר לו:

עוד שם כתב המרדכי סי' קפ"ג ז"ל ועוד השיב אשר שאלת מענייני המס עמ"ש כי לא נשתתפו אלא משועבדים וכו' נ"ב עיין בשה"ג פרק המקבל דף קכ"ז ע"א וע"ב:

חידושים להרב המחבר ז"ל שנמצאו סביבות הרי"ף ומפרשיו למס' בבא מציעא

בפ"ק דב"מ דף ס"ב ע"א כתב הרי"ף וז"ל הכופר במלוה וכו' עד מ"ש עד דמשתבע נ"ב משמע דכל היכא דשייך לומר אישתמוטי אי משתבע מפסיל והוא הדין במלוה ודלא כמהרשד"ם בח"מ סי' קצ"ה:

עוד שם דף ס"ג ע"ב כתב הנ"י וז"ל והא דאמרינן קטנה אית לה יד וכו' עד מ"ש אבל אית לה אב ולא נשאת אין לה יד כלל נ"ב כתב הש"ך בחה"מ סי' רמ"ג סכ"ג דהיינו דוקא בגירושין אבל אם נתנו לה מתנה אית לה יד וזה אינו ועיין לקמן דף ס"ד ע"א בנ"י גבי זהו קטן ומציאתו לאביו וההיא דמזכה להם על ידי בנו ובתו הגדולים:

עוד שם כתב הנ"י וז"ל בחצר המשתמרת דלא בעי' שיהא עומד בצד שדהו צריכא טעמא וכו' נ"ב לפי סברת הרי"ף והרמב"ם ניחא דרב אסי ה"ק גבי מתנה דזכות הוא לו זכין לאדם שלא בפניו אפי' כשאין רשות אחרת מקנה כגון מציאה:

עוד שם דף ס"ד ע"א גבי מציאת קטן כתב הש"ך בח"מ סי' רמ"ג סט"ו דמציאת קטן זוכה מן התורה ולא משמע כן בשמעתין:

עוד שם דף ס"ז ע"א גבי בעא מיניה שמואל מרב הלוקח שדה מחברו כתב הנ"י וז"ל ודוקא בלא הכיר בה אבל בהכיר בה לא קנה דלא שייך למימר הני טעמי דלא ניחא עכ"ל נ"ב תימה דאף דהכיר בה שאינו שלו גובה ממשעבדי ובפרק איזהו נשך דף ע"ב אמרו דטעמא משום דניחא ליה דליקום בהימנותיה:

עוד שם ע"ב כתב הרב בנ"י וז"ל ולפי זה לא שייך תהא במאמינו אלא בשלא הכיר בה אבל לא בהכיר נ"ב בספר התרומות שער מ"ז חולק ע"ז ודברי רי צ"ע:

עוד שם כתב הנ"י וז"ל ולענין דינא נפקא לן אליבא דרבנן דקי"ל כותייהו בדבר שבא לעולם נ"ב כלומר היכא דאמר שדי מכורה לך מעכשו ולאחר שלשים יום אף על גב דנקרע השטר קנה דגופא מקנה ליה מהיום ואין כאן חזרה:

עוד שם דף ס"ח ע"א כתב הנ"י וז"ל ואע"ג דקי"ל דהעמדה בדין כשטר דמיא עד מ"ש ה"מ היכא דלא ציית דינא אבל היכא דציית לדינא וכו' נ"ב לא ידעתי אמאי איצטריך לחלק בין ציית דינא ללא ציית לימא דההיא דקי"ל דהעמדה בדין כמאן דכתיב דמי היינו לטרוף ממשעבדי ומכל מקום יכול לומר פרעתי והכי כתב הרמב"ן בפרק ח"ה דף מ'

בפרק המפקיד דף פ"ד ע"ב כתב השה"ג וז"ל וצ"ע קצת על דברי הרא"ש עד ס"ל דפטורים לכשיגדילו נ"ב לא ידעתי מאי ק"ל דגבי קטנים היינו טעמא דלאו בני דעת נינהו ולא

שייך לומר כן בממונם ועוד כיון דמעמידין להם אפוטרופוס לא יפסידו כל ממונם מה שאין כן בהיזק דידהו מה יהנה אפוטרופוס:

עוד שם בפרק הזהב דף פ"ח ע"ב גבי דבר תורה מעות קונות כתב הנ"י וז"ל אבל איכא למימר דיליף מק"ו דגופו כו' עיין בנ"י בפרק הספינה דף ר"ד ע"א:

בפרק איזהו נשך דף ק' ע"ב כתב הנ"י בכל משכנתא אפי' כו' נ"ב היינו באתרא דמסלקי דבאתרא דלא מסלקי אף על גב דלא כתב ליה וכן כתב הנ"י לקמן דף ק"א ע"א בשם הרשב"א:

עוד שם דף ק"ג ע"א כתב הנ"י וזה לשונו וכן גבי מודר הנאה כו' נ"ב עיין בפרק אין בין המודר דף ל"ו באומר כל הרוצה לתרום יתרום והא דאיצטריך שם לטעמא דאדם בהול על ממונו היינו משום דאמירה לעובד כוכבים שבות הוי אפילו בגלוי הדעת לבד וכן מוכח בפרק השוכר את הפועלים:

בפרק השוכר את האומנין דף ק"ט ע"ב כתב הנ"י וזה לשונו ודוקא כשאמר להם בפי' מלאכה זו עד סוף לשונו קשה מצפרא נ"ב עיין בפרק השואל דף קכ"ד עמוד ב' גבי המשכיר בית לחברו ונפל מ"ש בשם הריטב"א וגבי הקדישו משכיר מ"ש הרמב"ן בתשו' בשם ר"ת:

בפרק השוכר את הפועלים דף קי"ו עמוד ב' כתב הנ"י וזה לשונו ושמעינן נמי מהכא וכו' עד סוף לשונו לעשות מלאכה בשבת נ"ב התם ה"ט משום דנעשית מלאכתו בשבת ודרשו בספרי ולא אחרי' עושים מלאכתו ועוד דהתם מיירי בשנתנו לו אחר שהחשיך ודברי הרא"ש שם צ"ע אי סבירא ליה כסברת הרשב"א והגאון:

בפרק השואל דף קי"ט עמוד ב' כתב הנ"י וז"ל אליבא דרבנן עד סוף לשונו כ"ד הרשב"א שפטור אפי' מפשיעה נ"ב צ"ע דהא בע"ז דף ט"ו נושא ונותן אי שכירות קנה ופי' הנ"י בפ' הזהב דהיינו אי קנה לו קנין הגוף כלומר והוי כלוקח פרה לשלשים יום ואעפ"כ ה"ז נעשה שומר עליו או כש"ש או כש"ח נראה דבלוקח פרה לא נחלקו זולת ביתומים או בעל משום דממילא קא זכה בה

עוד שם דף קכ"א ע"א כתב הנ"י וז"ל וכתבו המפרשים ז"ל עד מ"ש אבל הרא"ה כתב וכו'. נ"ב נראה שהמפרשים שהביא קודם חולקים ע"ז וליתא שהם לא כתבו אלא שיכול לחזור אפי' בתוך זמנו משא"כ בשוכר שאם בא לחזור אינו יכול לחזור בתוך זמנו

עוד שם דף קכ"ד ע"א כתב הנ"י ז"ל וכתב הרנב"ר עד מ"ש ואין למשאיל זכות בו בעודו שלם וכו' נ"ב ול"נ דכיון דנשבר כגר נשלמה שאלתו וחייב כמו שהי' שהי' שוה בשעת שבירה:

ע"ש ע"ב כתב הנימוקי יוסף וז"ל ואני תמה וכו' עד מ"ש עד שיהא עפר וכו' נ"ב ל"ד דכשחוזר ותקן הכלי הוא הכלי הראשון:

בפרק המקבל דף קכ"ז ע"ב כתב הרב בשה"ג וז"ל ונראה דהא דלא סגי ליה למהר"ם וכו' עד מ"ש כי לא נשתתפו וכו' נ"ב עיין בשה"ג ריש בתרא דכתב דהא דשותף חולק שלא מדעת במקום פסידא ה"ט דאמדינן דעתייהו דאדעתא דהכי לא נשתתפו מתחלה:

בפרק הבית והעליה דף קל"ד ע"ב כתב הנ"י וז"ל איכא למידק וכו' עד מ"ש ואמרינן בפרק המוכר את הבית כו' נ"ב לא ידעתי מה מקשה מהתם דהתם היינו שאם רצה לבנות על גבי עמודים בונה אבל לבנות ע"ג הבית להכביד על הבית אינו יכול וכן כתבו כל המפרשים שם והרשב"א בחי' מכ"י ג"כ וצ"ע:

בפ"ק דמציעא כתב המרדכי סי' רמ"א וז"ל אע"ג דבפ"ק וכו' שאני התם שהי' מקנה להם חצירו נ"ב מכאן נראה לי דשטרא אע"ג דאין גופו ממון יכול לשעבדם אגב קרקע:

בפרק המפקיד כתב המרדכי סי' רע"ח ואם לא ימכרם וכו' עד מ"ש דהוי שולח יד בפקדון וכו' נ"ב עיין במרדכי פ' הגוזל קמא סי' קכ"ב ומ"ש דהוי שולח יד כלומר ונעשה גזלן אין נראה כן דכל שלא נתכוין לגזול לא נעשה גזלן כדמוכח בפ' הגוזל גבי הנותן ליקח חטים ולקח שעורים דלא נעשה גזלן כיון דלא נתכוין לגזול כי אם להנאת הבעלים:

בפרק האומנין כתב המרדכי סי' שנ"ה וז"ל ונראה דוקא היכא דאמר בית סתם וכו' נ"ב האי ונראה חולק הוא והכי קאמר האי דינא הוי בבית סתם אבל בבית זה מזלו דשוכר גרם והמשכיר אינו מחזיר כלום דשניהם אינם יכולים לקיים התנאי וכן כתב בהגהת מיימון:

למסכת בבא בתרא

בפרק חזקת דף קע"ז ע"ב כתב בספר המלחמות וז"ל א"כ יהא נאמן וכו' עד מ"ש מגו דאי בעי אמר מינך זבנתא וכו' נ"ב לא מהני האי מגו משום דמעיקרא לא ידע מה הוה טעין זה וכ"כ התוס' שם:

בפרק המוכר את הספינה דף קצ"ט ע"ב כתב הנ"י וז"ל וכתב הר' יוסף הלוי דאף בקנין ומסירה וכו' עד מ"ש דהא אינו יכול להקדישן דקי"ל כרבא וכו' נ"ב לא ידעתי אמאי אצטריך להביא ראי' מהקדיש דבפי' אמר רבא שם מכרו אינו מכור:

עוד שם דף ר"ד ע"ב כתב הרב בשה"ג וז"ל ולאו דוקא גבי עובד כוכבים כו' עד מ"ש מ"מ ליכא למ"ד שיעכבם השליח וכו' נ"ב לא הבנתי זה דהתם ה"ט דאי הולך כזכי זכו בו יורשי מי שנשתלחו לו אבל היכא שמי שנשתלח לו לא רצה לזכות בהם מנ"ל:

בפרק מי שמת דף רל"ד ע"א כתב הנ"י וז"ל והיכא דאמר מקרקעי ומטלטלי וכו' עד מ"ש דכיון דנייד אינו נקרא לא מקרקעי ולא מטלטלי וכו' נ"ב זה אינו דלא אמרו הכי אלא היכא דמכר את העיר דאז ודאי אין העבדים בכלל דשאני קרקע דנייד אבל היכא דאמר קרקע סתם אי עבדא כמקרקעי דמי ודאי שהוא בכלל אלא דאיכא לספוקי שמא כמטלטלי הוי ומשום הכי לא נפשטא בעיא מההיא דמכר את העיר והיכא דאמר מקרקעי ומטלטלי לא קנה עבדים כיון דהוא ספק אם הוא קרקע או מטלטלי לא הי' דעתו של נותן אלא ודאי קרקע או מטלטלי ואפי' בהקדש אמרי' הכי דתניא בפ' אלו מותרין המקדיש חייתו ובהמתו הקדיש את הכוי ופירש"י שהקדיש כל חיות ובהמות וכ"פ הרא"ש והטעם שלא הי' דעתו אלא על ודאי בהמה או חי' איברא דהר"ן פי' דחייתו או בהמתו קאמר ובפ"ב דבכורים תנן הכותב חייתו ובהמתו לבנו לא כתב לו את הכוי ופי' הרמב"ם דחי' או בהמה כתב אבל מדברי המפרש שם לא משמע הכי ועיין בריש פרקין גבי אם ילדה זכר יטול וכו' ילדה טומטום אינו נוטל:

בפרק השותפין כתב המרדכי סי' תק"ע וז"ל השיב רבי אברהם וז"ל המפריש וכו' עד מ"ש אלא לגבאי העיר יתננה וכו' נ"ב חולק עם תשובת מהר"ם שהביא לעיל סימן תפ"ז:

למסכת סנהדרין

בפרק נגמר הדין דף רפ"ה ע"א כתב הרב בשה"ג וז"ל כתב ריא"ז ואם היו מזרקים וכו' שאינם מתכוונים אלא לאבד את שלהם עכ"ל נ"ב צ"ע דאמאי איצטריך להאי טעמא דהא קי"ל דהזמנה לאו מילתא היא:

למסכת מכות

בפ"ק דמכות דף רצ"ט ע"א כתב הרי"ף וז"ל וחזינן לגאון דקאמר ה"מ בעדות ע"פ אבל שטר שיש בו שלשה עדים וכו' נ"ב דוקא ג' דאיכא שנים כשרים אמרינן מספיקא לא מבטלינן שטרא דכיון דאיכא שנים תתקיים העדות בשאר אבל היכא דליכא אלא שנים לבד לא:

עוד שם כתב הרי"ף וז"ל ההיא מתנתא דהוה חתימי עליה תרי גיסי וכו' עד מ"ש והא מודה ר"א במזוייף מתוכו שהוא פסול ואמר ליה ר' יוסף וכו'. נ"ב היינו משום דהיו שנים לבד אבל קשה דאפי' בג' איכא למיחש למזוייף מתוכו דשמא תתקיים העדות בחד כשר וחד פסול או גזרת ג' אטו שנים:

למסכת שבועות

בפ"ג דמסכת שבועות דף שי"א ע"ב כתב הר"ן וז"ל אלא מתנה לעשיר וכו' עד מ"ש גטין שאני וכו'. נ"ב דברים אלו צ"ע דבפ' מי שאחזו משמע דגיטין וממון שוין הם וה"ק התם

בלישנא בתרא מתקנתו של הלל נשמע ע"מ שתתני לי מאתים זוז נתנם בע"כ מגורשת ועיין שם בהר"ן:

עוד שם דף שי"ב ע"ב כתב הר"ן וז"ל האדם בשבוע' פרט לאנוס וכו' עד מ"ש כגון בשבועה לשעבר וכו'. נ"ב פרט לאנוס ואפי' אונס ממון ומיהו נראה מדברי התו' שם דהיינו לפוטרו מקרבן וכ"נ מדברי הר"ן דאיירי בשבועה לשעבר אבל בשבועה להבא כגון שאונסין לישבע בודאי שחלה עליו השבועה שאונס ממון אינו פוטרו זולת אונס מיתה ומש"ה כתבו התוספות בפרק הגוזל שכשמשביע השר שלא יברחו מן העיר צריך שיחשוב בלבו היום:

עוד שם דף שי"ג ע"ב כתב גבי שתיהן במזיד וכו' וז"ל ותמהני אכלי' לאיסורא וכו' עד מ"ש לא עשתה איסור נ"ב כל מעשה שתולה באם יעשה דבר פלו' כגון זה שנשבע שלא אוכל זו אם אוכל זה אין השבועה חלה שהיא המעשה אלא לאחר שיאכל הב' ומ"מ מתחייב למפרע על כל מה שאכל כמו שפרש"י ז"ל:

עוד שם דף שי"ד ע"א כתב הר"ן וז"ל ואני רואה בזה ספק וכו' עד מ"ש כאלו אכל עפר כו' נ"ב עיין לעיל בהר"ן גבי מתני' שבועה שלא אוכל ואכל נבלות:

בפרק שבועת העדות דף שי"ז ע"א כתב הרב בשה"ג וז"ל ראובן תבע לשמעון בדין עד מ"ש תשובה לא אמרו בכל מקום אלא כדי דיבור תוך כדי דיבורו שלו ולא תוך כדי דיבור של חברו וכו' נ"ב ק"ק מהא דתנן בפ"ק דמכות ר"ש אומר מה שנים אינם נהרגים עד שיהו שניהם זוממין אף ג' אינם כו' ומנין אפי' מאה עד אמר רבא והוא שהעידו כ"א תוך כ"ד של חברו ועיין במהר"י אדרבי סי' קנ"ג:

עוד שם ע"ב כתב הבשה"ג וז"ל ודעת המיימון בפ"ו מה' יסודי התורה עד מ"ש אלא שמדבריו נראה דלא שרי אלא בדלא אפשר בע"א נ"ב זה אינו דהתם משום טעם אחר כדמסיק הרמב"ם:

בפרק שבועת הדיינין דף שכ"א ע"א כתב הנ"י וז"ל הלכך שכיב מרע וכו' עד מ"ש דמנה דוקא קאמר כו' נ"ב נהי דמנה דוקא קאמר שיתנו ואם לא הניח מנה בעין ה"ק שימכרו מנכסיו ויתנו מנה:

בפרק כל הנשבעין דף שכ"ט ע"א כתב הר"ן גבי קציצת אומן וז"ל ומשמע דאי לא מייתי ראיה שקיל אומן בלא שבועה וכו' נ"ב עיין בפי' רשב"ם בפרק חזקת דף מ"ה דאין נראה כן וכן מוכח מן הסוגיא שם ומהתימה מהרמב"ם בפ' י"א מה' שכירות שפסקה להאי ברייתא דמהגמרא מוכח דאתיא דלא כהלכתא:

למסכת ע"ז

בפ"ק דמסכת עבודת כוכבים דף שנ"א ע"א כתב הר"ן גבי דמי עבודת כוכבים ביד עובד כוכבים וז"ל ואין אלו קושיות אצלי וכו' עד מ"ש הא לאו הכי אחזוקי איסורא לא מחזקינן וכו' נ"ב כיון דהלך לירידו ועבד איסורא אחזוקי' איסורא מחזקינן:

עוד שם דף שנ"ב ע"ב כתב הר"ן גבי הלוקח כלים לשגר לבית חמיו וז"ל וטעמא דמלתא שכיון שהדבר תלוי ברשות לוקח הרי הן שלו וכו' בפ"ד נדרים פירש הר"ן דטעמא משום דכל הנאתו שלו והוי כשואל וזה לא הוי כ"א בזבינא חריפא כדאיתא התם וצ"ל דתרתי איתי' שכל מוכר לחברו ונתנו בידו לבקרו אחר פסיקת הדמים מיד נתרצה המוכר וגמר להקנותו ללוקח אם ייטיב ללוקח ואין המוכר יכול לחזור וזה הוי בין בזבינא חריפא בין בשאר זביני אלא דבזבינא שאינה חריפא כיון דהלוקח לא גמר להקנותו לא הוי עליה כי אם ש"ש דהוי הנאת שניהם אבל בזבינא חריפא דהוי הנאת לוקח בלבד ה"ז חייב אף באונסין כיון שהדבר תלוי ברשותו וכל הנאה שלו וכן נראה מדברי הר"י הלוי ן' מיגאש בחידושיו לבתרא שכ' שם בפרק הספינה שכל מוכר כלי ונתנו ביד הלוקח כדי לבקרו הרי הוא ברשות לוקח לחזרה אבל לא ביד מוכר דוק וחשכה וזה הוי בכל זביני יע"ש:

עוד שם דף שנ"ד ע"א כתב הרב בשה"ג גבי מכירת בתים וז"ל וכן נראה שטת ההלכה שם כו' נ"ב שטת ההלכה לא משמע הכי וצריך עיון:

עוד שם דף שנ"ה ע"א כתב הר"ן וז"ל וישראל ועובד כוכבים שלקחו מרחץ בשותפות וכו' עד מ"ש נ"ל דשרי כו' נ"ב ה"ט משום דאין חמום המרחץ מוטל על ישראל כמ"ש הר"ן ז"ל לעיל מה שאין כן במשתתף עם העובד כוכבים במלאכה שעל שניהם מוטל לטרוח ועיין בב"י:

עוד שם בדין זה כתב הר"ן וז"ל הוה ליה כבעל שדה לגבי אריס וכו' עד מ"ש אף על גב דמטי לישראל רווחא שרי הכי נמי וכו' נ"ב ל"ד דהכא נהנה משכר שבת דאותו ריוח לא יבא אם לא יחמם ביום שבת משא"כ גבי אריס דאם לא יעשה מלאכה בשבת יעשה ביום אחר:

בפרק אין מעמידין דף ש"ס ע"ב גבי מדות העובד כוכבים כתב וז"ל אבל בכלי חרס אפי' חדשים וכו' עד מ"ש אף על פי שהם כלים שאין מכניסין לקיום כו' נ"ב אינו כן אלא טעמא משום דכלי חרס מכניסו לקיום:

בפרק כל הצלמים דף שס"ח ע"ב כתב הר"ן גבי טבעת וזה לשונו אבל לפי לשון האחרון וכו' מאי קא מוכח וכו' נ"ב שפיר מוכח דלשון אסור להניחה משמע ביד דוקא הא לקיימה שרי:

עוד שם דף ש"ע ע"א גבי מתני' שלשה בתים הן כתב הר"ן וז"ל וטעמא דמלתא וכו' נ"ב עיין בטא"ח סי' מ"ב בדין סודר דאי צר ביה לעולם סגי בהא ועיין בנ"י בפ' נגמר הדין גבי מחלוקת אביי ורבא אי הזמנה מלתא היא ובהכי מתיישבין דברי התוס' בכאן בד"ה בית שבנאו מתחלה לעבודת כוכבים ולפי זה קשה איך תני ואם סלקה מותר ודעת הרמב"ם כדעת התוספת:

עוד שם גבי מתני' שלש אשרות הן כתב הר"ן וז"ל ומיהו כי בעינן בטלה וכו' עד מ"ש כדי להעמיד תחתיו עבודת כוכבים וכו' נ"ב וכגון ששמש לעבודת כוכבים קודם השרשה דאי לאו הכי מה מהני מה שנטעו לכך הא משמשי עבודת כוכבים אינם אסורים עד שיעבדו:

עוד שם גבי לא ישב בצלה כתב הר"ן ז"ל וז"ל ומסתברא דלעבור בצלה שרי וכו' עד מ"ש אבל העברה בעלמא דלא חיישי' למיחש בה כולי האי שריא וכו' נ"ב עיין בפרק אין בין המודר גבי המודר הנאה מחברו ונכנס לבקרו עומד אבל לא יושב ושם גבי שביעית ר"ש בן אליקי' אמר גזרה שמא ישהא בעמידה ובפרק האיש מקדש דף נ"ד דקאמר לא ניתנה תורה למלאכי השרת ובפסחים שם:

עוד שם דף שע"א ע"א כתב הר"ן וז"ל ואסיקנא לדבריהם דרבנן וכו' עד מ"ש אפי' היכא דהאי לחודיה קאי והאי לחודיה קאי שרי וכו' נ"ב וצ"ע מ"ש מההיא דפת דכל שאבוקה כנגדו אסור משום דהוי האיסור בעין ושמא התם אף בלא תנור היה מתבשל הפת מחמת האבוקה:

עוד שם כתב הר"ן אבל הרמב"ן ז"ל כתב וכו' דאינהו גופייהו נינהו רבנן דמתני' דירקות האי גינתא דבאיזדבל בזבל וכו' נ"ב צ"ל נתערב הזבל עם הקרקע ואם ישליך הזבל ישאר הקרקע בור והוי בדיעבד:

עוד שם גבי מתני' נטל ממנה עצים כתב הר"ן וז"ל וה"מ כשאבוקה כנגדו דלא קלי איסורא אבל על גבי גחלים הפת מותרת דמקלא קלי איסורא והכי איתא התם ובנחלים לוחשות וכו' נ"ב ואף על גב דגחלים של עבודת כוכבים אסורות מ"מ כיון שאין אבוק' כנגדו כי מתבשל הפת מחום התנור הוא מתבשל והוי זה וזה גורם ואין האיסור בעין ודלא כהש"ך בסי' קמ"ב שכתב דבעבודת כוכבים אפילו בשאין אבוקה כנגדו הפתא אסורה ומ"ע אם בישלה ע"ג גחלים בלא תנור הפת אסורה בעבודת כוכבים:

עוד שם ע"ב כתב הר"ן וז"ל שהרי אין המדומע זהמחומץ ומים שאובים פוסלים אלא לפי חשבון ע"כ נ"ב התם מטעם ביטול הוא וכל דאיכא בהיתר כדי לבטל האיסור שיש במדומע הוי כאלו נפל עכשיו האיסור אבל בעבודת כוכבים דאפי' באלף לא בטילי מה

יהנה אם נתערב אותו הפת באחרות ואף אם היה האיסור נתערב מתחלה אף במאה היה אוסר' לכולם משא"כ גבי מדומע דאם היה שנתערב מתחלה באותו סך שנתערב אחר כך היה בטל:

עוד שם כתב הר"ן וז"ל ורב חסדא דפליג עליה לא פליג עליה אלא בחבית דאמר אפילו חבית וכו' נ"ב הא דנקט חבית חידושא הוא דאפי' האיסור הוא בעין ולא נתערב מותר ומאן דאסר סובר דדוקא פת דהאיסור אינו בעין דהרי נתערב בהיתר וכמו כן יין ביין אבל חבית בחבית דהאיסור עדין בעין אסור:

בפרק ר' ישמעאל דף שע"ד ע"א כתב הר"ן וז"ל ואפי' תימא דלגבוה מאיסי אמאי לא פרקינהו לאשתמושי בהו הדיוט וכו' נ"ב צ"ע דכלי שרת אין להם פדיון ועיין בבעל המאור בדף קודם לזה:

עוד שם כתב הר"ן וז"ל והזקיקו לומר כן וכו' עד מ"ש ומאי ראיה דילמא ע"י מעשה אסרום דהא אמרי' דאדם אוסר דבר שאינו שלו על ידי מעשה וכו' נ"ב לא הבנתי זה דהא דאדם אוסר דבר שאינו שלו היינו מדרבנן אבל מן התורה ליכא איסור' עוד שם כתב הר"ן וז"ל דאם איתא דס"ל הכי היכי מוכח מכלים דאחז דעשה בו מעשה מיתסר אפי' להדיוט וכו' נ"ב הא דהוכיח מכלים דאחז הכי הוי מדאסרום לגבוה ע"כ דאדם אוסר דבר שאינו שלו על ידי מעשה ולית ליה לר"י כסברת רבי דלגבוה אסורים משום קנסא והכי כ' בעל המאור וזה נכון:

עוד שם כ' הרב בשה"ג וז"ל ואפילו לא היו הכלים האלה מתחלה להקדש וכו' נ"ב ז"א דדוקא היכא דנשתמשו קודם לגבוה אז נאסרו ומשום קנסא אבל אם לא נשתמשו עדין לגבוה דין גבוה ודין הדיוט שוה והכי אמרו בפרק כל הצלמים דף מ"ז בעי רבה המשתחוה למעין מימיו מהו לנסכים ופריך ומים של רבים נאסרים ומ"ק שאני לגבוה דאפי' דבר שאינו שלו יכול לאסור אותו ומה שהביא ראיה מכלים דבית חוניו אינה ראיה דהתם כיון דנשתמשו בהו מאיסי לגבוה ונפקא מינה דלדידן אם השתחוה עובד כוכבים לכליו של ישראל ולא עשה בהם מעשה אפילו לגבוה מותרים ועיין מ"ש בדף זה על דברי הר"ן:

בפרק השוכר את הפועל דף ש"פ סוף ע"א כתב הר"ן וז' והא ודאי לא קשיא לי דאם איתא תיקשי ליה במכרן וקדש בדמיהן וכו' נ"ב עיין הר"ן בס"פ האיש מקדש וצ"ע עוד שם כתב הר"ן וז"ל אלא ודאי ה"ט דאע"ג דדיעבד שרי לכתחלה מיהא אסור וכו' נ"ב וכן נראה בפרק כל שעה דף ל"ג ע"ב דקאמר אלא הא דתניא הא למה זה דומה לאוכל תותים וענבים שאין בה לא היתר הסקה הא היתר אכילה אית בה דאי בעי דריך ליה פחות

מכביצה ואמאי אין בה תשלומין גזירה דילמא אתי לידי תקלה ועיין בספר התרומות שער מ"ו ח"ו:

ע"ש ע"ב כתב הר"ן וז"ל ומשמע דט' דליתיה בשעת ביאה הא לאו הכי אסור אע"פ שנתנו לה וכי' נ"ב התם ה"ט משום דנתנו על תנאי ובשעת ביאה נגמר' המתנה דאם לא תתקיים התנאי נתבטלה המתנה וה"ה נמי במכר לעובד כוכבים ע"מ שיתן הדמים לזמן פלוני דאם בעין דאסור:

עוד שם כתב הר"ן וז"ל ודאמר אבל אם אמר לו המתן וכו' עד מה שכתב ואינו מחוור וכו' נ"ב וצ"ע בלוקח גרוטאות מן העובד כוכבים ומצא בהן ע"ז עד שלא נתן מעות יחזיר ואמאי והא רוצה בקיומו שלא יאבדו עד שיחזירם לעובד כוכבים וכן כתבו הפוסקים בלוקח מקח ונמצא בו מום דחייב הלוקח באחריותו עד שיחזיר:

עוד שם כתב הרב בשה"ג ז"ל ואם הניח עובד כוכבים וכו' עד מ"ש משום אותו ממון נקיט משכון נ"ב עיין בפרק כל שעה גבי ישראל מעובד כוכבים ומ"ש הרא"ש שם:

עוד שם דף שפ"א ע"א כתב הר"ן וז"ל אוקמה רבא דאמר ליה וכו' עד מה שכתב שמא לא שכרו כלל נ"ב עיין בפ' ר"י גבי האי עובד כוכבים דנסכיה לחמרא דישראל מ"ש הר"ן שם:

עוד שם ע"ב כתב הר"ן גבי בת תיהא וז"ל והכא אפשר וקא מכוון הוא וכו' נ"ב בפרק גיד הנשה דף תש"ט ע"א כתב הר"ן הפך מזה ומדברי התוס' בפרק כל שעה נראה דאפשר ולא מכוין מותר היינו דלא הוי פסיק רישיה:

עוד שם דף שפ"ז ע"א כתב הר"ן וז"ל וכתב הראב"ד וכו' עד סוף לשונו מפני שהוא כגופו של יין נסך נ"ב לפי מ"ש הראב"ד דיבש דחתיכה עצמה נעשה נבילה בכל מקום חוץ מיין ביין דהוי לח בלח וכ"כ הר"ן בפג"ה משמו אם כן ביבש בלח קאמר הירושלמי מטעם דחתיכה נעשה נבילה:

עוד שם דף שפ"ח ע"א כתב הר"ן וז"ל והקשו עליו והא קי"ל וט' עד מ"ש זה דעת הרמב"ם ז"ל נ"ב דעת רש"י בשבת כדעת ר"ת ואפ"ה כתב דמותר לערות מכלי ראשון לתוך מים צוננין משום דתתאה גבר כמ"ש הב"י טור או"ח גבי אמבטי:

בפרק ר"י כתב המרדכי בסס"י תתמ"ז וז"ל ואפי' ביוחסין דעבוד וכו' עד מ"ש ואע"ג דאי אפשר דלא עקר חד מינייהו ובעיל עכ"ל צ"ע דהיכי חילקו שם בגמרא בין ההיא דב' שבילין דהתם ודאי טומאה הכא מי יימר דאיטמאו:

חידושים על הרמב"ם ומפרשיו

על ח"ב:

הלכות אישות

פ"ב דין י"ב כתב הרב המגיד ז"ל הגיע לשנת עשרים וכו' עד ולפי שיטה זו יש לתמוה כו' למה הוזכרו שאר סימנין וכו' ע"כ נ"ב להכי הוזכרו לומר דאם לא הביא מתחלת לידתו לא הוי ודאי סריס אלא ספק וק"ק דבפרק יוצא דופן תנן בן עשרים שנה שלא הביא שתי שערות יביא ראיה שהוא בן עשרים והוא הסריס ע"כ והשתא היכי מיירי אי הביא שתי שערות בזקן הא להראב"ד לא הוי סריס ואי לא הביא א"כ מאי פריך בגמרא והוצרך להעמידה בשנולדו בו סימני סריס הא בסימן זה די:

פ"ד דין ז' כתב הרב בכ"מ בסוף הלשון ואני אומר שאין כאן תמיהא כלל דנבונת לחש דקאמר היינו לומר שהיא חריפה כפי שנותיה ומ"מ כיון שהיא פחותה מבת שש חזקה על הרוב שאינה יודעת לשמור קדושיה ע"כ נ"ב מדברי רבינו פי"א מה' גרושין דין ז' אין נראה כן:

שם דין כ"א כתב הבכ"מ ז"ל המקדש את האשה וכו' או לתוך חצרה כו' לכאורה נראה דלתוך חצרה מקודשת אפילו אינה משתמרת ואינה עומדת בצדה וכו' עד וכך הם דברי ה"ה ע"כ נ"ב זה אינו דהרב המגיד ז"ל לא כתב אלא דעדיפי קידושין מגט ולא בעינן עומד בצדו אבל חצר המשתמרת בעינן:

שם דין כ"א כתב ה"ה ז"ל היתה עומדת ברשות של שניהם וכו' עד שאע"פ שבמקח וממכר אין חצר של שניהם קונה מזה לזה וכו' יש לחוש שמא הוא משאיל לה זכותו ע"כ נ"ב דברים אלו צ"ע דאפי' אם פירש ואמר שהוא משאיל לה זכותו במאי קנאתו אותו הזכות:

פ"ה דין ט"ו כתב ה"ה ויש מי שכתב דלפי זה כל שכן אם מחל המלוה בעצמה ע"כ נ"ב אם מחל המלוה בתוך זמנו כיון דאינה יכולה לתובעה בדין נראה מדברי התוס' בב"ק דף פ"ט דאינה מקודשת (א"ה ע' מ"ש א"א הרב ז"ל בהלכות קנין מעות סי' ג'):

פ"ד דין א' כתב הרמב"ם ז"ל האומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שירצה אבי רצה האב מקודשת כו' והראב"ד ז"ל השיג עליו יע"ש נ"ב ע' בפרק המדיר גבי ההיא דפריך מההיא דהריני בועליך וכו' דיש ראיה לסברת רבינו:

שם כתב ה"ה בסוף לשונו והאומר ע"ת שלא ימחה הרי התנאי בשב ואל תעשה וכל זמן שנעשה המעשה נתבטל והרי זה כאומר לאשה הרי זה גיטך ע"מ שלא תשתי יין

שהכונה שלא תשתי יין אפי' פעם אחת לעולם ע"כ נ"ב עיין במהריב"ל ח"א דף קמ"ה דנראה דלא זכר מזה:

שם דין כ"ב כתב הרמב"ם ז"ל המקדש ע"ת כו' עד לפיכך המקדש ע"ת וכנס סתם או בעל סתם הרי זו צריכה גט אע"פ שלא נתקיים התנאי וכו' ע"כ נ"ב היינו דוקא כשבעל שלא בפני עדים דשמא אינו רוצה למחול תנאו כדי שלא יהא לה כתובה וסבור שיתקיים התנאי אבל כל שבעל בפני עדים אמרינן נהי דאינו מוחל תנאו אבל עכשו בועל לשם קידושין כדי שלא תהא בעילתו בעילת זנות:

פ"ח בדין הנזכר כתב הבכ"מ המקדש ע"ת וחזר וכו' עד וא"ת והא תנן בפ' האיש מקדש ע"מ שאני עשיר ונמצא עני כהן ונמצא לוי ואם איתא דיכולה למחול אמאי אינה מקודשת ע"כ נ"ב ה"ד בשאר תנאים שדעתו של אדם במתנה מעיקרא אם יקפיד בהם כשידע אבל במתנה ע"מ שאני כהן או לוי הרי הקפיד בהכי:

בסוף לשון זה סיים הבכ"מ ז"ל נתבטלו קידושין לאלתר שלא להנאתה התנית ע"כ נ"ב לא הבנתי דאם שלא להנאתה התנית א"כ יכול הוא לבטל התנאי וכ"נ מהירוש' גבי ע"מ שביתי רחוק מן המרחץ ונמצא קרוב דיכולה לומר בעיתי מטרפסא אזלא וכו' אלא נ"ל דכיון דהוא התנה להנאתה והיא היתה צריכה להתנות לא מצית היא למחול התנאי דלא אמרו למחול אלא במי שהוא בעל התנאי:

פ"מ דין כ"ד כתב הרמב"ם ז"ל יצא עליה קול שנתקדשה לפ' ולאחר ימים אמרו אמתלא אם נראין הדברים לב"ד שהוא כן וכו' נ"ב כלומר שבירר בעדים דע"ת קידש וכי אמרו לאו כל כמינך דמוחזקת אמתלא התם לא הוו עדים בזה והכי דייק הלשון ולפ"ז סבירא ליה לרבינו דמבטלינן קלא כה"ג:

פי"א דין ה' כתב הר"מ נשא חרשת וכו' נ"ב פ"ק דכתובות פריך בירושלמי וחרשת יש לה קנין ומוקי לה כשכנסה פקחת כנס':

פי"ב דין י"ט כתב ה"ה ואין נראה כן דעת הראשונים אלא אפילו במפרנס סתם אבד מעותיו ע"כ נ"ב לא ידעתי זה דהא כל המפרשים כתבו דלותה הוא שגובה מן הבעל דשליחותא דידיה קא עבדא ובפרנסה ג"כ כיון דלשם הלואה נתנה ומהר"ם כתב דכל היכא דהיא פטורה הבעל נמי לא מחייב:

שם באותו לשון ואלו לא זן אותה היתה ניזונת מנכסי הבעל או היתה לוה ואוכלת ע"כ נ"ב ק"ק דגם אם היתה לוה היתה נפרעת ממנו וכ"כ רש"י והרשב"א והר"ן ז"ל בנדרים כתב על דברי הרשב"א דנהי דלאו בתורת מתנה קעביד מיהו סתמא זו אדעתא דבעל נחית ולא אדעתא דידה שכבר הוא יודע שאין לאשה נכסים ע"כ ודבריו קשים ג"כ דנהי

דאין לאשה נכסים יפרע מן הבעל מדר' נתן והכי כתב הר"ן ז"ל בפרק השותפין גבי האומר לאשתו קונם שאיני נהנה לך וב"ח באים ונפרעים:

פי"ו דין כ"ו כתב ה"ה ז"ל האשה שאמרה לבעלה וכו' עד ולעניין גביית הכתובה הכריע הרמב"ן ז"ל כדברי רבינו וכו' ע"כ נ"ב צ"ל דכיון דאיכא חזקה אלימתא מטעם זה תגבה כתובה ותוספות דכל חזקה שהיא תלויה בסברא אלימא מחזקת ממון איברא דגבי מת בעלי אינה גובה כתובה אלא מטעם זה והטוען פתח פתוח מצאתי לא היה נאמן אי לאו משום דחכמים האמינוהו ואע"ג דאיכא חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה:

פכ"א דין ט' כתב הראב"ד ז"ל אלא מפני שהיא שמירה בבעלים וכו' נ"ב לא הבנתי זה דהאי טעמא לא סגי הכא בששברה כלים דאדם מועד לעולם וחשיב מזיק בידים ולא נפטרו בבעלים אלא כשנאבד בפשיעה ע"י גרמא. ונראה דאם הפקיד בידה ופשעה בשמירתה לדעת הראב"ד פטורה ולפי מ"ש ה"ה אפשר דחייבת דלא שייך האי טעמא דשלום הבית בכה"ג ולתרץ מ"ש על הראב"ד ז"ל אפשר דס"ל כסברת רבינו פרץ ז"ל דשכיר לעשות מלאכה לא אמרינן האי דינא כיון דצריך להתעסוקי בהו:

פכ"ב דין ח"י כתב הרב בכ"מ ז"ל כיצד האשה שמכרה או נתנה לבעלה מנצ"ב וכו' עד יש לדון דרבינו לא איירי אלא במוכרת או נותנת ולא במוחלת וכו' ע"כ נ"ב בפי"ז כתב הבכ"מ גבי המוחלת דהיינו דוקא בעיקר וכ"נ מדברי רבינו שכתב דהיכא דנגבו צריך קנין ואע"ג דהוי מחילה וזה שכתב הראב"ד ז"ל מעתה אפי' בלא קנין דהוא ז"ל סובר דבמחילה ליכא טענת נחת רוח ולפ"ז ליתא למ"ש מהראנ"ח ז"ל סי' כ"ד לדעת הרב המגיד:

פכ"ד דין י"ד כתב ה"ה וז"ל וכ"ש לדעת רבינו שכתב פי"ד מהלכות מלוה שהטוען בשטר חוב שטר אמנה אינו יכול להשביע המלוה ע"כ נ"ב התם ה"ט משום דלמעקר שטרא קא אתי ולאו כל כמיניה וכ"כ הרב בעל התרומות שם אבל הכא דהטענה היא מבחוץ בכה"ג משבעינן ליה וכ"נ מדברי רבינו ע' בדין י"ז:

שם דין י"ח כתב ה"ה ז"ל אמרה לו אשתו כו' עד ומסוגיא זאת יש ראיה למ"ש רבינו בכאן שהיא מפסדת כתובתה בהודאתה ע"כ נ"ב צ"ע למשנה ראשונה היאך היתה נאמנת והא אין אדם משים עצמו רשע:

פכ"ה דין ו' כתב ה"ה ז"ל בא על אשתו וכו' עד אבל אם בעל ושהה ולא טען וכו' ע"כ נ"ב מהרי"ק בשרש ק"ה נראה דס"ל דבבעל תליא מלתא וז"א דבירוש' דשמעתין פליגי ר"י ור"ל וקי"ל כר"י וכ"נ מדברי ה"ה ז"ל דצריך בעל ושהה ועיין בריא"ז אבל מדברי הרמב"ם בפט"ו מה' מכירה משמע דכל שנשתמש סגי:

שייך קצת לדין הנז' האומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שתתן לי מאתים זוז ובעל סתם דאמרינן אחולי אחליה לתנאיה נראה דנהי דאין הקדושין תלויין מ"מ חייבת לתת לו הר' זוז מתורת חוב ונעשו עלה מלוה וראיה מההיא דירושלמי שהביא הר"ן בפ' האומר בקדושין במי שקדש ע"ת וכנסה בתוך הזמן נתבטל התנאי לענין שאין הקדושין תלויין ואע"פ שלא קיים אותם בזמנו מקודשת אבל הדמים נעשו עליו מלוה וט' בטא"ה סי' ל"ח סעיף כ"א וכ"ב ול"נ כדברי הירושלמי דכל שכנסה הרי בחזקת בעולה ולא מצי לומר איני רוצה לקיים התנאי ולא בקידושין כשאר התנאים דאם אמר איני רוצה לקיים התנאי הרשות בידו דהתם ה"ט משום דאומר איני רוצה במתנה ולא בתנאי משא"כ הכא שכבר נהנה מהמתנה הגע עצמך מי שנתן לחבירו שדה מלאה פירות ע"מ שיעשה לו דבר פ' אם אכל הפירות מי מצי לומר אחר כך איני רוצה לקיים התנאי ועיין בנ"י פ' מצות חליצה

(**א"ה** על ח"ב לא מצאתיו מסודר כי אם זעיר כאן זעיר כאן וסדרתים לפי ענ"ד):

סימנים בהלכות אישות

סימן א

על אודות הקטנה שקידשוה אמה ואחיה בסבלונות כמנהג קושטנ' ואחר שמנה חדשים מת הארוס ואח"כ מיאנה הבת ולא נודע אם הבת הזאת הגיע' לכלל שנותיה ונבדקה עפ"י נשים ולא מצאו בה סימנים:

בהא מילתא נחלקו הראשונים ז"ל שהרשב"א כתב בתשו' דאע"ג דאיכא הכא שני ספיקות ספק אם הגיעה לכלל שנותיה ספק לא הגיעה ואת"ל הגיעה שמא זו עדיין לא הביאה סימנים מ"מ עדיין צריך להתיישב בדבר ע"כ. ואם כי דבריו באו סתומים רבותינו האחרונים ז"ל בקשו למצא דברי חפץ לתת טעם לדבריו מהם אמרו דטעמא דמילתא משום דכל כי האי חדא ספיקא הוי דהיינו אם היא גדולה או קטנה. דאת"ל שהגיעה זו לכלל שנותיה חזקה הביאה סי' וכרבא דאמר קטנה שהגיעה לכלל שנותיה חזקה הביאה סימ'. ולע"ד הא מילתא לא מחוורא דהמעיין שם בשמעתין דפ' יוצא דופן נראה דחזקה דרבא לא נאמרה אלא בסתמא שלא נבדקה. אבל היכא דבדקו ולא אשכחו לא. וכ"כ התוס' בהדיא בפ' מי שמת דף קכ"ו יע"ש. ומיהו אהני לן חזקה דרבא אף היכא דבדקו ולא אשכחו כדי לחוש לשמא נשרו וליהוי האי כשאר כל הספיקות דאי לאו האי חזקה דרבא לא הוה חיישי' לשמא נשרו כיון דליכא קמן סי' נערות וכ"כ התוס' בפ' בא סימן יע"ש. והשתא דהיכא דנבדקה ולא אשכחו בה סימן אינו אלא ספיקא בעלמא כי

נמי נסתפקנו אם הגיעה לכלל שנותיה הרי אית בה שני ספיקות ספק הגיעה ספק לא הגיעה ואת"ל הגיעה שמא עדיין לא הביאה זאת סימניה:

וראיתי עוד מי שפירש דטעמא של הרשב"א הוי משום דס"ל כר' ברוך דלאו בכל ס"ס אזלינן לקולא. ולע"ד כל זה אינו מספיק לפי מ"ש התוס' בפ' בא סימן דאי לאו חזקה דרבא לא הוה חיישינן לשמא נשרו ואע"פ שהגיעה לכלל שנותיה והטעם משום דהוה מוקמינן לה בחזקת קטנותא שהיתה לה מקדם כמ"ש הריב"ש סי' קפ"ב א"כ בקטנה זו שנסתפקנו אם הגיעה לכלל שנותיה אם לא כל היכא דבדקו ולא אשכחו בה סי' אין לחוש לשמא נשרו דהא לא שייך הכ' לחזקה דרבא. וכבר נחלקו על הרשב"א בזה מגדולי דורו והעלו להקל כאשר הביא הרב מהר"ב בששו' סי' ך'. ומיהו נראה מדבריהם דלא הקלו אלא כשנבדקה ולא אשכחו לה סי' דבכי האי כיון דלא הוברר לן שהגיעה לכלל שנותיה ולא חיישינן לשמא נשרו כדכתיב נמצא דאיכא בהא שני ספיקות אבל היכא דלא נבדקה יש לנו לחוש משום דחדא ספיקא הוא דהוי דאת"ל דהגיעה לכלל שנותיה ה"ז בחזקת שהביאה סימ' דהאי חזקה דרבא חזקה אמיתית היא וכדכתב הריב"ש והא דבודקין לחליצה ולא סמכינן אחזקה איכא למימר דה"ט משום דכל חזקה דאפשר להתברר אין סומכין עליה וכדכתב הר"ן ז"ל בפ"ק דחולין אבל בדיעבד ולא נבדקה וא"א לן לברורה עכשיו סמכינן אחזקה ואף להקל וכ"נ מדברי התוס' בפ' מי שמת גבי ההוא שמכר בנכסי אביו ומת ובאו ושאלו את ר"ע מהו לבודקו ואמר להם סימנים עשויין להשתנות. והקשו דלמה יש לנו לומר שהוא קטן והא אמרינן בנדה קטנה שהגיעה לכלל שנותיה א"צ בדיקה חזקה הביאה סי' ותרצו דשאני הכא דאחר שהגיעה לכלל שנים לא היה בו שום סי' מסימני גדלות ולהכי איכא לספוקי שמא קטן היה ע"כ מבואר מדבריהם דסמכינן אהאי חזקה דרבא לגמרי ואף להוציא ממון:

ולכאורה נראה דהאי מילתא במחלוקת שנויה שהב"י בא"ה סי' ל"ח הביא תשובה להרשב"ץ ז"ל. במי שקדש בתו וכששמעה איהי מחאה שאם יש עדים שהיו לה בשעת הקידושין יותר מי"ב שנה ושש חדשים ויש נשים שמעידות שראו לה קודם הקידושין ביותר מו' חדשים סימן נערות ודאי אין חוששין לקידושין ובלאו הכי חוששין ע"כ משמע מדבריו דאף אי איכא עדים שהיו לה בשעת הקידושין יותר מי"ב שנה ושש חדשים אי ליכא נשים שמעידות שהי' לה סי' נערות קודם הקידושין יותר משש חדשים ה"ז ספק ולא סמכינן אחזקה דרבא דאמר קטנה שהגיע לכלל שנותי' חזקה הביאה סי' ואע"ג דהרי היא בוגרת לפנינו כנראה דס"ל דחזקה דרבא לאו חזק' אלימתא היא לסמוך עליה להקל ואפי' בדיעבד דלאו אפשר למבדקה וכ"נ לכאורה מדברי הרמב"ן ז"ל בחידושיו

גבי אותו מעשה שא"ל ר"ע א"א לבודקו סי' עשוי' להשתנות דמשמע דאי הוי בחיים היו בודקין אותו דמוקי לה כשמכר ומת מיד ולהכי אי הוה בחיים היו בודקין אותו משמע מדבריו דאי הוה מיירי דעבר זמן בנתיים יום או יומים לא הוה סמכינן אבדיקה דאימור השתא הוא דאתא ואף ע"ג דקי"ל כרבא דאמר קטנה שהגיעה לכלל שנותיה חזקה הביאה סימ' לא סמכינן אהאי חזקה לגמרי וקצת איכא למידק הכי מתשו' הרא"ש כלל ל"ה על מי שהעיד ובדקוהו בשעה שהעיד והמעשה שהעיד עליו היה שבועים קודם שהעיד והשיב דכיון שבדקוהו עכשיו ומצאו לו סי' מחזיקין לו בגדול משעה שהגיע לכלל שנותיו דחזקה הביא סי' ע"כ משמע לכאורה דטעמא דבדקוהו עכשיו ומצאו לו סי' הא לאו הכי דליתיה קמן למבדקיה כגון שמת או הלך למ"ה לא סמכינן אחזקה והכי איתי לן למידק משמעתין דפ' יוצא דופן דקאמר שם דרב המנונא מגופ' דמתני' קא דייק דקתני לאחר י"ג נדריו והאי לאחר י"ג היכי דמי אי דלא הביא שתי שערות קטן הוא אלא לאחר שהביא שתי שערות:

השתא איכא למידק דאמאי לא אוקמוה למתני' בסתמא שלא בדקוהו דמסתמא כיון שהגיע לכלל שנותיו א"צ חזקה דחזקה הביא סימ' כנראה דהאי חזקה דרבא לאו חזקה ומתא היא. הן אמת דעדיין איכא לאקשויי דלא יהא אלא ספק כל ס' בדאורייתא אזלינן לחומרא ואף כי בדקו ולא אשכחו חיישינן לשמא נשרו אשר ע"כ היה נראה לדחות ולומר דר' המנונ' ליה לחזקה דרבא וזה נראה שהוא דעת הרמב"ם מהלכות שם שכתב דלאחר הזמן נדריה קיימין אפי' לא הביאה סי'. ומה שאמרנו דחזקה דרבא הוייא חזקה אלימתא והיכא דלא אבא אין כאן אלא ספק אחד דהיינו ספק הגיע' לכלל שנותיה אף דאת"ל הגיע' ה"ז בחזקת שהביא' סי', א"כ בנ"ד הגם דלקו לה נשים ולא אשכחו לה סי' כאילו לא נבדק' דמי חדא שהרי כתבו התוספות דעכשיו אין אנו בקיאין בבדיקת גומות דנשים אינן נאמנות להקל באיסורי תורה וכמ"ש כל זה הרב הר"ב ז"ל כך היה נראה לכאורה. אבל כד דייקינן בה שפיר דבנ"ד אין לחוש למה שאין אנו בקיאין עכשיו בבדיקת סי' כיון דזאת הבת משעה שנתקדשה עד שעה שמיאנה עברו עליה חדשים ועכשיו ג"כ כשמיאנ' בדקוה ולא אשכחו לה שערות איכא הוכחה גדולה דבשעה שנתקדשה לא היה בה שום סי' מסימני גדלות מכיון דעכשיו אחר שעברו ח' חדשים לא מצאו לה ב' שערות דאי הוו לה שום סי' מסימני גדלות בעת שנתקדשה. עכשיו שבדקו לאחר ח' חדשים היו נמצאים בה רבוי שערות ורבוי שערות נשים ג"כ נאמנות משום דהוי מילתא דעבידא לאיגלויי כמ"ש הסמ"ק ובדיקת הנשים ג"כ נהי דלא מהני כדי להתירה על פיהן משום עדותן בלבד מ"מ מידי ספק מיהא לא יצא וכיון שכן איכא

הכא שני ספיקות ספק אם בשעה שנתקדש' הגיעה לכלל שנותיה ס' לא הגיעה ואת"ל הגיעה ספק אם הביאה אז סימניה אי לא דליכא למימר בהא את"ל שהגיעה לכלל שנותי' חזקה הביאה סי' מכיון דבדקו נשים ולא אשכחו לה סי' בדיקת המום מועלת מיהא כדי למשווייה ס' ונמצאו דבנ"ד השנים והסי' הכל בספק. ואף לסברת הרשב"א שכתב דהגם שבדקו ולא אשכחו לה עדין חיישינן שמא נשרו אפשר דבנ"ד יודה להקל דלא חישינן לזה כיון דאשה א' משכנותיה מעידה על זמן לידת הבת שהיה באותה שנה באותו חדש שהיו שרויים בצער מחמת שנהרגו ג' יהודים ולא היו מביאים מנגנים בשמחות וגיל וכפי דבריה נמצא שזאת הבת כשקבלה הקדושין היתה בת י"א שנה וד' חדשים ועכשיו ג"כ בעת שמיאנה עדין היא עומדת בספק אם הגיעה לכלל שנותיה:

והגם דאין נשים נאמנות לומר קטנה היא כדי שתמאן כדקתני בפ' בא סימן איכא למימר דה"ד אליבא דר"י אבל מאן דפסק הלכתא כת"ק והם הרי"ף והרמב"ן ורשב"ם והרשב"א ז"ל וכמ"ש ה"ה בפ"ב מה' אישות הביאם מהריב"ל ח"א סי' י"ז שכתבו דנאמנות הנשים אפי' להקל בשל תורה דהלכה כת"ק דכל הנבדקים נבדקות ע"פ נשים וס"ל לה"ה דה"נ ס"ל להרי"ף והא דאיצטריך הרי"ף לומר דטעם נאמנות האשה לומר גדולה היא כדי שתחלוץ משום דאיכא חזקה דרבא דקא מסייעא לה דמשמע דאי לאו האי טעמא לא היתה נאמנת היינו שם משום דבחזקת איסורא קיימא והיכא דאיתחזק איסורא אין ע"א נאמן אבל היכא דלא איתחזק איסורא קי"ל דע"א נאמן ואפשר דנשים נאמנות בכה"ג כיון דלא איתחזק איסורא כדמוכח בשמעתין בפ"ק דגיטין וכ"כ הרמב"ן בהדיא כמו שהביא הר"ן בשמו בפ' התקבל דאפילו בדבר שבערוה ע"א נאמן כל כמה דלא איתחזק איסורא והמרדכי ג"כ הביא הכי במס' קידושין מתשו' מהר"ם וכ"כ ג"כ מהריק"ו ונ"ד לא איתחזק איסורא הוי וכ"כ בהדיא בתשו' למהר"ם סימן פ"א דמהאי טעמא נאמנות הנשים לומר שלא הגיע לכלל שנים יע"ש:

האמנם רואה אני למהר"ם עומד לנגדי שהרי איהו ס"ל דע"א נאמן אף בדבר ערוה כל היכא דלא איתחזק איסורא וכמ"ש ועכ"ז נראה מדבריו בתשו' סי' רפ"ו דאין הנשים נאמנות לומר שלא הגיעה לכלל שנותיה כל היכא דבעל כנראה דחשיב ליה להאי איתחזק איסורא וכמ"ש מהרי"ט ז"ל, ומ"מ עדין יראה דכל כה"ג דנ"ד דלא נודע לנו אם הגיעה לכלל שנותיה או לאו ובדקוה ג"כ ולא אשכחו לה סי' כיון דאיכא הכא ס"ס וכדכתיבנא בכל כה"ג סמכינן אנשים שאומרות שלא הגיעה זו לכלל שנים דאין זה אלא גילוי מלתא בעלמא דבלאו הכי ה"ז בחזקת קטנה עומדת מכיון דנבדקה ולא אשכחו לה סי' וג"כ לא הוחזקה בשנים ה"ז בחזקת קטנה עומדת כדמוכח מדברי הריב"ש שהבאתי

לעיל ובכה"ג כדי לאוקמה אחזקת' אפי' אשה נאמנת וכ"כ מהרשד"ם בסי' פ"ט יע"ש ואף הרשב"א שהחמיר לחוש לשמא נשרו יהני עדות נשים להוציא מידי חשש זה והא דכתב מהר"ם באותה תשובה דאין הנשים נאמנות לענין השנים כל היכא דהוי ס' של תורה מיירי שם כשהביאה שתי שערות וכדפריש לה מהריב"ל בח"א ובח"ד אבל בזו שנבדקה ולא אשכחו לה שערות כיון דאיכא שני ספיקות יועיל לנו עדות האשה הזאת שאמרה שלא הגיעה זו לכלל שנותיה ומה גם בהאי סבלונות דידן דהם עצמם הוו ספק אם הם קדושי תורה או דדבריה' וכמ"ש הרב פ"מ בח"א על מעשה שאירע בנ"ד והגם דבנ"ד מצא עוד מקום להקל מטעם ספק צירופי עדויות מ"מ הרואה יראה דנ"ד עדיף מנ"ד דאילו בנ"ד לא בדקוה כלל משא"כ בנ"ד דבדקוה עכשיו ולא אשכחו לה סי' כללא דמלתא כי דעתי נוטה להקל בנ"ד אך אמנם להיותי מיראי ההורא' לא אסמוך על דעתי עד אם יסכימו עמי שנים מגדולי המורים הרבנים המובהקים ה"י כה דבר הצעיר אפרים נבון:

סימן ב

כתב הרשב"א בתשו' וז"ל קטן שאנו מסופקים בו אם הגיע לכלל שנותיו ובדקנוהו ולא הביא ב' שערות אזלינן ביה לחומרא דחיישינן לשמא נשרו עכ"ל. קשיא לי ע"ד דע"כ לא חיישינן לשמא נשרו אלא בקטן שהגיע לכלל שנותיו וכדקאמר רבא קטנה שהגיע' לכלל שנותי' אינה צריכה בדיקה חזקה הביאה סימני' ר"ל דאפי' בדקנוה ולא מצאנו לה כיון שהגיע' לכלל שנותיה חיישינן לשמא נשרו זו מבואר בסוגייא דשמעתין בפ' יוצא דופן וכ"כ התוס' בפ' בא סימן דף מ"ח ע"ב שכתבו דלר"י דאית ליה תוך הפרק כלאחר הפרק אי בדקו ולא אשכחו לה לא חיישינן לשמא נשרו כיון דליכא לחזקה דרבא ואהני לן החזקה דרבא להיכא דבדקו ולא אשכחו מבואר מדבריהם דכל היכא דלית לן חזקה לא חיישינן לשמא נשרו וה"ט דמוקמינן לה בחזקת קטנה כמ"ש הריב"ש ז"ל בסי' קפ"ב ודלא כמהרי"ט בח"א סי' מ"א. (א"ה בהיותי עומד בסוגיין דפ' בא סימן הנז"ל הנה ראיתי שיש לדקדק ממנה כסברת מהרי"ט ז"ל דחזקת קטנות לא הויא חזקה והוא ממאי דגרסי' התם כל הנבדקות נבדקו' ע"פ נשים ר"י אומר לפני הפרק ולאחר הפרק נשים בודקו' תוך הפרק אין נשים בודקות וכו' עד ונאמנת אשה להחמיר אבל לא להקל וכו' ואמרינן בגמרא דה"ט דר"י דלאחר הפרק דאיכא חזקה דרבא סמכינן אנשים תוך הפרק דליכא חזקה דרבא לא סמכינן אנשים ואמרו עוד דחלוקה דנאמנת אשה להחמיר אבל לא להקל הוי או סברת ר"י ותוך הפרק או סברת ר"ש ולאחר הפרק ולית ליה לחזקה ע"כ והשתא אם איתא דחזקת קטנות הוייא חזקה איך אמר ר"י או ר"ש דאין

נשים נאמנות לומר קטנה היא שתמאן הלא כל שהחזקה מסייע להם נשים נאמנות אף להקל דמהאי טעמא נשים נאמנות לאחר הפרק לומר גדולה היא שתחלוץ דחזקה דרבא מסייע להו והסברא נוטה דאי חזקת קטנות חזקה היא כל דליכא חזקה דרבא אית לה חזקת קטנות אלא נראה דחזקת קטנות לא הוייא חזקה אמנם כד דייקינן שפיר נראה דאפשר לדחות דהיינו טעמא דאין נשים נאמנות לומר קטנה היא שתמאן ואף דתוך הפרק אליבא דר"י או לאחר הפרק אליבא דר"ש איכא חזקה דקטנות המסייע להו משום דאי אמרינן דנאמנת להקל בכה"ג אתו לומר דנאמנות נמי תוך הפרק לומר גדולה היא שתחלוץ וכה"ג ודאי לא מהימנא דליכא חזקה דמסייע להו. ואין להקשות דא"כ אמאי אחר הפרק נאמנות לומר גדולה היא שתחלוץ אף דאיכא חזקה דרבא דמסייע להו ניחוש כה"ג שיאמרו דנאמנות לומר קטנה היא שתמאן וכה"ג אינם נאמנות לק"מ וק"ל):

ובפרק האומר דקידושין נמי אמרו נאמן אדם לומר בני זה בן י"ג שנים ויום א' לנדרים וערכין והקדשות ופרש"י ז"ל דמיירי שהביא ב' שערות ואפ"ה צריכין אנו לידע שנותיו דאם לא אמרינן שומא נינהו. אלמא דאפי' היכא שהביא ב' שערות אם לא היתה עדותו של אביו הוה אזלינן לקולא ואמרינן עדין קטן הוא ואפי' למ"ש התוס' ז"ל שם דאם הביא ב' שערות אין צריך עדות היינו משום דס"ל דשומא לא שכיח ומטעם זה כתב הרמב"ן ז"ל (עיין במהריב"ל ח"ד סי' ט') דאם נסתפקנו במספר שנותיו והביאה שערות אזלינן לחומרא אבל כל שלא הביאה ב' שערות יראה דלא חיישי' לשמא נשרו:

וצריך להבין לפירוש רש"י דהא כיון דמהימנינן לאב שהגיע לכלל שנותיו כי נמי אין לו שערות אמאי לא חיישינן לשמא נשרו לחומרא. וראיתי להר"מ ז"ל גבי מאי דאיבעיא לן בפרק מי שמת ש"מ שהקדיש נכסיו ועמד אם חוזר בו אם לאו ולא אפשיטא ופסקה הרב ז"ל לקולא נראה משם דכל ספק הקדש כיון דממונא הוא אזלינן לקולא ואפי' הרא"ש ז"ל שחלק עליו שם ה"ט כמ"ש שההקדש הקדש בודאי ולא אתי ספק אומדנא ומבטל מעשה דס"ל דכיון שכבר חל ההקדש בודאי מחיים דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אלא שאנו מסופקים בו דשמא לא הקדיש זה אלא מפני שהיה סבור שימות וכיון שכן לא אתי ספק אומדנא ומבטל מעשה, אבל כל ספק בתחלת הקדש אם חל אם לא מוקמינן אחזקתא קמייתא ואע"ג דהוי ספק איסורא וכ"כ הרשב"א בתשו' סימן תרנ"ו וכן נראה מההיא דאמרינן בפ' בכל מערבין (דף ל"ו) אמר ככר זה היום חול ולמחר קדש מערבין לו בה היום קדש ולמחר חול אין מערבין לו בה ופריך עלה מ"ש רישא ומ"ש סיפא ומשני היום חול ולמחר קדש מספיק' לא נחתא לי' מקדושתה היום קדש ולמחר חול מספיקא לא פרקא קדושה וכה"ג כתבו התוס' גבי הא דק' דקי"ל כל תענית שלא

שקעה עליו חמה אינה תענית דהיינו סוף שקיעת החמה ומה שנהגו העולם להמתין עד צאת הכוכבים היינו מפני שאינם בקיאים בשקיע' ואף ע"ג דגבי ט' באב מוכח בגמרא דאי לאו משום חומרא דט"ב בין השמשות הוה שרי היינו להכנס בתענית דספקא שרי אבל אפוקי יומא מספיקא לא נפיק ובפרק יוצא דופן איבעי' להו תוך זמן כלפני זמן או כלאחר זמן ומייתי רב המנונא ממתני' דקתני לאחר זמן אע"פ שאינם יודעים נדרם נדר וכו' והאי לאחר זמן ה"ד אי דלא אייתי ב' שערות קטן הוה אלא לאו דאייתו ב' שערות ודוקא לאחר זמן הא תוך זמן לא. ולע"ד הוה קשה בשמעתין דלימא דמתני' איירי אפי' בשלא הביא ב' שערות אלא כיון דהא לאחר זמן חיישינן לשמא נשרו דקי"ל כרבנן דאמרי קטנה שהגיעה לכלל שנותיה א"צ בדיקה חזקה הביאה סימנין אבל תוך הזמן אם לא הביא חיישי' לשמא נשרו והכי אמרינן בפ' בא סימן תוך הפרק לית לן חזקה דרבא. אבל לפי מ"ש א"ש דכל ספק כה"ג מוקמינן אחזקת קמייתא והכי דייק פי' רש"י שם שכתב גבי קטן הוא ואמאי נדרו נדר הא לאו בחזקת גדול כל זמן שלא הביא ב' שערות וזה נוטה למה שפי' בקידושין ודלא כהרב ש"ך שכתב בי"ד דלאחר זמן נדרו נדר אפי' לא הביא ב' שערות אבל עדין נשאר לן להבין דבפ"ק דנדרים איבעיא לן אם יש יד לצדקה אם לאו לן איפשטא וכתבו המפרשים ז"ל דנקטינן לה לחומרא ולכאורה נראה דסותר למ"ש דכל ספק בתחלת ההקדש אזלינן לקולא. אבל לע"ד נראה לחלק דההיא דפ' מי שמת דמספקא לן בממון זה אי ברשותי' דמארי' קאי או ברשות ההקדש בהא דוקא הוא דאמרינן מוקמי ממונא אחזקה קמייתא אבל בההיא דנדרים אין הספק על גוף הממון אם הוא ברשות הבעלים אם לאו עד דנימא אוקי ממונא אחזקת קמייתא דאפי' אי הוי צדקה בודאי עדין ברשותי' דבעלים קאי ויכול לשנות' וליתן אחר תחתי' כדאמרי' בערכין אלא ענין חיובא בלבד הוא דמספקא לן אי חייב לקיים נדרו משום בפיך זו צדקה וכל ספק נדרים להחמיר ובההיא דפ' מי שמת לא שייך לומר הכי דהתם לא הוי לשון נדר כמ"ש המרדכי ועוד דאזלינן בתר חזקה ואין כאן הקדש:

וראיתי להרב בפ"מ בח"ב שכתב לחלק בין ההיא דנדרים דאיכא אומדנא דמוכח ואנן סהדי דמאי דאמר מהדין לאו לנפקותא נתכוון אלא לצדקה ומש"ה אזלינן לחומרא עכ"ד ז"ל ולע"ד לא הבנתי אותם דאי ודאי אי קים לן דאין יד לצדקה היינו אפי' דלאו ידים מוכיחות טפי משתמע לצדקה יותר מלומ' לנפקותא. אלא דאי לא הוו בלשון זה כי אם משמעות אח' כי נמי אין יד לצדקה הוה אמרינן לצדקה כמ"ש הרא"ש ז"ל שם אלא מפני שיש צד משמעות לומר לנפקותא הוא דחשיב יד ואע"ג דאומדן דעתא איכא דלצדקה קאמר מ"מ יד קחשיב:

סימן ג

כתב הטור בא"ה סימן ל"ז ז"ל קדשה אביה בבקר וקדשה עצמה בערב והוא בתוך הששה חדשים ונמצאו לה סימנים הוי ספק וצריכה גט משניהם וכתב הב"י זה מבואר בגמ' ונראה דטעמו מדקאמר אימת אילימא בתוך ששה בהא נימא רב הרי היא בוגרת לפנינו השתא הוא דבגרה. משמע דלשמואל אתי שפי דאתי ספק ומזה אין ראיה דאה"נ דלשמואל נמי לא אתי אלא משום דפריך ליה לרב נקט הכי והכי משמע מדברי התוס' בד"ה ושמואל מ"ש ממקוה וא"ת לרב נמי דע"כ לא אמר רב דמצפרא נמי בוגרת הוייא אלא משום דליכא חזקה דנערות. אבל אי הוייא חזקה דנערות מודה רב דאוקמא אחזקתא אלמא משמע דתוך ששה מוקמי' אחזקת' דנערות וההיא דמקו'. לרב נמי ה"ט משום דאיכא תרתי לריעותא כמו שנרא' מהתוס' ומסתייע האי סברא מההיא דמייתי בגמרא לימא רב דאמר כר' נתן ושמואל כר"י ומשני אמר לך רב אנא דאמרי אפי' כר"י ע"כ לא קאמר ר"י התם דאיכא למימר העמד ממון על חזקתו אבל הכא מי איכא למימר העמד הגוף על חזקתו כלומר ותהוי נערה יומא דמישלם שית אין בה חזקה דנערות. משמע דאי הוה לה חזקה דנערות הוה מוקמינן לן אחזקת' דנערות:

איברא דמההיא ברייתא גופא איכא למוכח אפכא דקאמר אם ש"מ הוה עליהם להביא ראיה ולא אמרינן כיון דאיכא חזקה דכ"ע בחזקת בריאים קיימי נימא השתא הוא דחלה אלמא אפי' במקום חזקה אזלינן בתר השתא ולא מוקמינן ליה אחזקת בריא דמעיקרא. ומ"מ עדין איכא למידחי דהתם נמי איכא תרתי לריעותא חדא דהרי חלה לפנינו ועוד דהעמד ממון על חזקתו. ועיין מוהריב"ל ח"ג סי' ע"ב ועיין בהר"ן פ"ק דחולין גבי גבינות שנעשו מבהמה שיצאת' טריפה ובטור בה' אבילות ובתוס' ריש פ"ב דגיטין דף י"ז ע"א ד"ה משום בת אחותו שלא יחפה ומהסוגייא דפ' מי שמת נראה דכל היכא דהוי עכשיו מת לא מוקמי' אחזקה והוי ספק ועיין בהר"ן פ' המדיר גבי נמצא החמור מת ועיין בלשון הטור בהלכות נדה בדין כיבוס החלוק ונמצא כתם ועיין לשון ר' שמחה שחילק בין חזק' שאינה פוסקת הביאו הרב תרומת הדשן בדין סבלונות ועיין בתשו' מהרי"ט ח"א ובפני משה ח"א וצריך להבין בפרק בכל מערבין גבי מתני' דתרומה ונטמאת אם ספק ר"מ אומר ה"ז חמר גמל ור"י אומר הרי זה עירוב פריך בגמרא ממתניתין דטמא שירד לטבול ספק טבל ספק לא טבל ר"י מטמא ומשני שם אמר רבא ה"ט דר"י התם העמד טמא על חזקתו ואימור לא טבל אדרבא העמד מקוה אחזקתו ואימור לא חסר שלא נמדד ופרש"י העמד טמא על חזקתו כולי חזקה לחומרא איכא לקולא ליכא אבל מתניתין איכא חזקה לקולא ולחומרא העמד אדם על חזקת עירוב ביתו ואימור לא עירב העמד

תרומה אחזקתה ועירב ובדרבנן אזלינן לקולא עכ"ד וק"ל דהא איכא שם תרתי לריעותא חדא דהעמד אדם בחזקת שלא עירב וכ"ת הא איכא תרומה דהעמד תרומה אחזקתה בחזקה שהיתה טהורה הרי טמאה לפניך וכל היכא דאיכא תרתי לריעות' אפילו בר"ה טמא דחשיב ודאי ואיתרע חזקה דהעמד תרומה אחזקתה. ונ"ל לתרץ דע"כ לא אמרינן הכי דכל היכא דאיכא תרתי לריעותא איתרע חזקת דכשרות דמעיקרא אלא בחזקת דמריה דכיון דאשתכח חסר לפניך איתרע חזקת דמעיקרא משום דאיכא למימר חסר ואתא חסר ואתא ואיתרע לה חזק' מקמי הכי טובא הוה ידעי' מאימת הלכך ריע טפי מתרומה דלא שייך לומר הכי ומש"ה אמרינן השתא הוא דאיטמי וחזק' דמעיקרא לא איתרע ומ"ה הוי ספר וכה"ג מחלק תלמודא ברישׁ נדה וכן נראה מדברי התוס' שם בד"ה התם תרתי לריעותא. אבל לע"ד נ"ל דר"מ ור"י אית דאפילו היכא דאיכא תרתי לריעותא ספיקא הויא ומ"ה אמר מ"מ במקום שלא נמדד ונמצא חסר ספיקו טהור היכא דנטמא בטומאה קלה ואפי' ר"י לא פליג עליה אלא בשלא נמדד המקוה כדמשני רבה הא אם הי' נמדד אזלינן בתר חזק' דמקו' כיון דספיקא היא בדרבנן אזלינן לקולא ולא אמרינן כיון דאיכא תרתי ריעותא דהעמד טמא על חזקתו ועוד דהרי חסר לפניך והוי ודאי אלא ס"ל כר"ש דפליג אחכמים ואומר בר"ה טהורות ומ"ה ני עירוב אע"ג דאיכא תרתי לריעותא מכשיר דהוי ספיקא בדרבנן מי ליתנהו לדברי התוספות שכתבו הוה מצי לשנויי הרי חסר וז"א דגבי עירוב נמי הרי טמא' לפניך וכן פסק הרמב"ם בפ"י מהלכות מקואות כר"י במקוה שנמדד ונמצא חסר בטומאה והם להקל ובפ"ה מהלכות תרומות ג"כ פסק דספיקא הוי וא"כ כ"מ לא זכר שם דר"י ור"מ כולהו סברי כר"ש וא"ש השתא בפרק כל הגט גבי המניח פירות ומצאן שעברו ה"ז חושש מעת עי וקאמר חלוקים עליו חבריו דתנן מקוה שנמדד ונמצא חסר עי מהרוח שנעשו על גביו כו' וקאמר עלה פשיט' ומשני מהו דילמא מאי מעת לעת למפרע משמע דאי הוה מפרשינן הכי לא ס"ט אומרים חלוקים ואע"ג דלר"א ספק קאמר וכ"פ הרמב"ם י"ל שם ה"ז חושש למפרע מכיון דר"ש ור"י ור"מ סברי כותיה. ונשאר לנו לבאר דעת הטור שכתב דבתוך ו' חדשים ספקא הויא ס"ל להכריע כן וסוגיא דשמעתין שפיר דייקא כוותיה דקאמר אדרבה העמד מקוה על חזקתו ומשני הרי חסר לפניך כלומר ואיתרע לה חזקה דמקוה ומאי דקאמר בגמרא בתר הכי בין לרב בין לשמואל מי קא נפקא נפשיה מחזקה דמקמה כלומר הכא ליכא שום חזק' דמה תאמר העמד הגוף בחזקת נערה הרי בגרת לפניך והוי ספק משא"כ הכא דאמרינן אוקמי' אחזקת בריא כיון דהשתא הוא בריא ולא איתרע חזק' דבריאים ומאי דקאמר ר' נתן אם ש"מ הוא עליהם להביא ראי' דהשתא ליכא למימר אוקמה

אחזקת בריאים דהרי חולה לפניך וכ"נ מההיא דנגע באחד בלילה ולא ידע אם חי אם מת ולמחר השכים ומצאו מת ר"מ, מטהר וחכמים מטמאים שכל הטומאות כשעת מציאתן שלה היכא דנבדק מבערב דאז לא שייך לומר כל הטומאות כשע' מציאתן אפ"ה ספיקא הויא וכי אמרינן בריש חולין דאזלינן בתר א חזק' היינו היכא דלא איתרע חזק' וההיא דאיצטריכו לומר ברפ"ק דנידה דה"ט דהילל דלא אזיל בתר חזקה כיון דמגופה קא חזיא פי' מועדת ועלולה היא לכך דמשמע דאי לאו האי טעמא הוה מוקמינן לה אחזקת טהורה ואף ע"ג דהשתא ודאי טמא' היא ואיתרע חזקת' ה"ט משום דנהי דאשה איתרעא טהרות מי איתרעו וכה"ג מחלק תלמודא בפ"ק דחולין גבי סכין איתרע בהמה מי איתרע אבל התוס' שם אזלי לטעמייהו וכתבו דאי לאו האי טעמא הוה מוקמינן לה אחזקתה אע"ג דהשתא ידרי טמאה כמו בנגע בא' דמטהרי רבנן בראהו חי מבערב אע"ג דהשתא הוא מת וזה תימה דהא מסיים עלה דכל ס' בר"ה טהור הן אמת דהתוס' בריש דף ד' דחקו בתוספתא זו יע"ש אבל הרמב"ם תפיס לה כפשטה וכן נראה מדברי התוס' בפ"ב דגיטין דף י"ז ד"ה משום בת אחותו דכל שהיא גרושה לפנינו לא אמרינן אוקמה אחזקת' אלא ספק' הויא וכן נראה מההיא דפסחים שהביא בעט"ז וכ"נ מדברי התוס' ביבמות הביאו הרב מהרי"ט סי' י"א ז"ל גבי' מתני' ספק בן ט' ספק אינו הקשו התוס' ולמה לא נעמידנו בחזקתו ראשונה שהי' קטן ותירצו כיון דהשתא דאתי קמן הוא ודאי בן ט' דחזק' קמייתא איתרע לה. ואיברא דצ"ל דנראה כסותרים מ"ש בפ"ק דנידה דכל היכא דליכא ריעותא בגופה מוקמינן לה אחזקת' קמייתא והרב מהרי"ט תירץ דהך דיבמות דמיא להההיא דנידה הקטן כל יום ויום לגדל קאי ולע"ד אין אנו צריכים לכל זה. אלא החילוק מבואר בדברי הר"ן פ"ק דחולין בי גבינות שנעשו מבהמ' שנמצאת טריפה עכשיו דמוקמי' בהמה אחזקת כשרה שהיה מקודם ואע"ג דהשתא טריפה לפניך ודוקא בטרפות דאיכא למימר עכשיו סמוך לשחיטה נעשה אבל בטרפות דסירכה דא"א לומר סמוך לשחיטה נעשה לא מוקמי' בהמה אחזקת' דכיון דיצאה מחזקת' וע"כ קודם לזמן מציאתה יצאת ואין אנו יודעים כמה אנו אוסרים אותה למפרע וכענין שאמרו בכתמי' כתם שנמצא בחלוק מטמא למפרע אלמא כיון שכתם זה יבש הוא וא"א לומר עכשיו ראתה מטמאינן לה למפרע וזהו מ"ש התוס' דעכשיו דאיתיה קמן הוא ודאי בן ט':

אלא דצ"ל הראיה דמייתי הר"ן מההיא דהתם שנמצא מטמא למפרע וכ' אלמא כיון דכתם זה יבש וא"א לומר עכשיו ראתה מטמאינן לי' למפרע ולפיכך סיפא דמתני' ק' ליה דקתני אבל אם הי' לח ה"ז טמא משעה שאפשר להיות לח ולא אמרינן עכשיו ראתה אע"ג דאיכא למימר עכשיו ראתה וגדולה מזאת אמרו שם ל"ש אלא שנמצא שרץ

דאם נמצא יבש אינו מטמא למפרע אבל כתם אפי' לח הרי זה טמא למפרע אימור יבש היה ונפול עליה מיא וכן הלכה. וברפ"ק דנידה אמתניתין דבש"א כל הנשים דיין שעתן פריך ממתני' דהשרץ שנמצא במבוי ה"ז מטמא למפרע ומשני התם כיון דאיכא דמעלמא ושרצים דגופה כתרתי לריעות' דמי אלמא משמע דאי לאו ה"ט הוה מוקמינן אחזקתיה. ואין לומר דהאי שינוייא לב"ש היא אבל לב"ה א"ש בלאו ה"ט דהא אפי' ב"ה לא קאמר אלא באשה משום דמועדת ועלול' היא בכך כמו שפרש"י והתוס' הא לאו הכי הוה מוקמי' ליה אחזקתו וגבי קבר הנמצא דמטמא למפרע ואם בא א' ואמר אני בדקתי וברי לי שלא היה כאן קבר אפי' קודם לכ' שנה אינו מטמא אלא משעת מציאה ואילך. וכתבו הרמב"ם ז"ל בפ"ח מה' ט"מ והי' נ"ל לפרש דמאי דקאמר הגמרא כיון דמגופה קא חזייא לא אמרינן אוקמה אחזקתיה ה"פ הא דאמרי' אוקמי' אחזקתי' היינו היכא דהריעותא אתיא מעלמא כגון קבר הנמצא וכו' אבל היכא דהריעותא אתיא מגופה כגון גבי אשה ושרץ הנמצא וכיוצא להם ולדברי התוס' איכא למימר דמבוי נמי מועד ועלול הוא בכך דרגילות היא דשכיחי ביה שרצים ומ"מ מתיישב שפיר מה שהשיג הראב"ד ז"ל.

הגה ונ"ל ראיה לחילוקו של הר"ן מרפ"ק דנידה דקאמר נימא השתא הוא דחסר ומשני הכי השת' התם איכ' למימר חסר ואתא חסר ואתא כלו' ואיתרע לה חזקה מקמי הכי טובא ולא ידעי' מאימת ופרש"י שם ואע"ג דדחי ליה אשה נמי אימא הגס הגס חזיתיה כלומר ואיתרע לה חזקה מקמי הכי טוב' לאו בעיקר טעמא פליג עליה דודאי האי טעמא חריצא היא אלא דמקש' ליה למ"ש דהכא ודאי והכא ספק וכן נראה מהתוספות שם דלפי האמת ג"כ קאי שכתבו דע"כ לא אמרינן כל היכא דאיכ' תרתי לריעותא כודאי משוינן ליה אלא היכא דאיתרע חזק' מקמי הכי טובא וכ"נ מההיא דערובין שהבאתי לעיל דהתם נמי הוי תרתי לריעותא וא"ה ספיקא משוינן ליה ואזלינן לקולא אלא ע"כ אנו צריכין לחלק במ"ש דהתם לא איתרע חזק' מקמי הכי וכ"ז כתבתי לדעת התוס' והר"ן ז"ל אבל לדעת הרמב"ם ז"ל נראה דלפי האמת לא קאי הכי וההיא דערובין לק"מ דלפי המסקנא דמסיק דסוגיין דנדה דה"ט דחכמי' גבי מקוה דמטמאין בר"ה לאו משום דמשוה לי' כודאי אלא משום דסוף טומאה לא ילפי' לה מסוט' וכי ילפי' מסוטה לטהר ברה"ר היינו בתחל' טומאה והשתא א"ש דגבי מקוה פסק הר"מ ז"ל כחכמים ובפ"ו מהלכות תרומות לגבי חבית כתב דהוי ספק אף ע"ג דהוי תרתי לריעותא וא"ש סוגיין דמסכת עירובין דכי פריך העמד מקוה אחזקתו לא משני לי' הרי חסר לפניך דמ"מ ספקא הויא ואפילו ר"י לא פליג על ר"מ אלא כשלא נמדד המקוה הא נמדד ספיקא הויא:

ולענין ספק שמועה אם היא קרובה רחוקה ירא' דאזלינן לקולא דליכא למימר כיון דהשתא מת מעיקרא נמי מת ובההיא דאמרינן כל הטומאות כשעת מציאתן דכבר כתבו התוס' דרפ"ק דנדה ובפרק המדיר דזה אינו אלא לענין קדשים וההיא דקידושין דקאמר רב מדהשתא בוגרת בצפרא נמי הויא בוגרת ה"ט משום דבצפרא ליכא חזקה דנערות אבל הכא אוקי גברא בחזקת שהי' חי זה ל' יום ואף לפי מ"ש לדעת הטור דכל דהשתא בוגרת מעיקרא נמי ספק הויא ואפי' בתוך שש דאיכא חזקה דנערות מטעם דהרי בוגרת לפניך מ"מ לענין אבילות אזלינן לקולא:

מהחכם השלם הדיין המצויין כמה"ר יעקב אלפאנדארי נר"ו:

סימן ד

בפנינו ב"ד הבאים על החתום בא החכם הנעלה הרופא כה"ר משה בכ"ר שלמה אשכנזי יצ"ו ואחר האיום העיד בתורת עדות גמורה איך בהיותו בספינ' שהי' נוסע בה החכם השלם כמה"ר יעקב ן' פורנה זלה"ה ושם היתה בתו אשר היתה משודכת לה"ר מרדכי בכ"ר משה פירימון ובאת אמו של מרדכי הנזכר שם ובאת הנערה בת החר"י הנז' ונתקה ידה ונתנה האשה אמו של מרדכי הנז' להנערה הנז' טבעת א' בשתיקה ולא אמרה לה מענין קדושין ולא מענין סבלונות כלל ועיקר אלה הדברים שהעיד ה"ר משה הנז' שעבר בפניו ושאלנו לו אם הי' עד אחר עמו באות' שע' ואמר שלא ביה שום אדם כי אם הוא לבדו ומה שעבר בפנינו כתבנו וחתמנו שמותינו יום כ"ח תמוז התפ"ג פה קושט' וקיים. יעקב בכמה"ר יאודה אלפאנדארי אליה גואקיל יעקב כולי:

על פי מעב"ד זו שאל ישאלו אם יש חשש סבלונות לנערה הזאת כפי מנהג העיר יען וביען כי הנערה הנז' כשקבלה הסבלונות הנז' היתה קטנה וקבלה שלא בפני אביה ואביה הי' שלא היה בה חשש סבלונות והיה מכחיש בדבר והי' רוצה להשיאה לאחר ורבני עירנו הי' מיחו בידו מפני קול הברה הנשמע שקבלה סבלונות והן עתה מת הבחו' מרדכי הנז' והנערה גדלה ונשארה זקוקה ליבם קטן כבן ה' שנים ע"כ נשאל לחכמים אם יש מקום פיטור להתירה מכבלי העיגון ושכמ"ה:

הלא זה הדבר מנהג מדינ' אתרא דחיישי לסבלונות מכלל ופרט שנו חכמים מפי כתבם ופר"ש פריש"א על ספר חקה את ראשונים ואת אחרונים העמיקו הרחיבו ויפתוה"ו בפיהם אשר אין מקום לבאים אחריהם להתגדר בו אפילו כמלא נימא והיה כל מבקש דינא רבה ודינא זוטא עיניו יביטו היא בספרתם וקמץ משם קומץ משביעו והניחו יתרם אפס לא יהי' תפארתו כשם הגדולים מורי הוראות ולא לי לכבוד ע"כ אמרתי אעלה על

ספר דבריהם כגחלי אש שמא מתוכם אבנ"ה גם אנכי להוציא לאור משפט הנער' אשר אין לה אב וגם דל"ה דל"ה ונפשה מרה לה וה' יעזור לי יושב בסתר עליון על גב מעלה: **והנה** אמור רבנן בטעמא של סבלונות דחוששין להם משמא דגמרא המה יעלו לשני ראשים הראש הא' לדעת רש"י ז"ל דסובר דחששא דסבלונות הוא שמא הם עצמם קידושין. והראש הב' הוא לדעת ר"ח ז"ל דסובר דחששא הוא שמא מקודם קדשה וע"ז שלח סבלונות אלו כמו שבא זה שנוי ומשורש בכל ספרי הפוסקים איש על מקומו. ומה שנזרע ביניהם ומשם יפרד הוא דלרש"י ז"ל צריך עדים בנתינת הסבלונות ולר"ח אין צריך ועוד רבות נפקותות לא נצרכ' לנ"ד. נקוט מיהא דלדעת רש"י אין מקום לחוש בנ"ד משום שנתינת הטבעת מאם החתן ליד הכלה סי' שלא בפני ב' עדים כי אם בפני ע"א וקיימא לן המקדש בע"א אין חוששין לקדו' ורש"י ז"ל כתב בהדיא שצריך ליתנם בפני עדים וכמ"ש הטור סי' מ"ה והר"ן בפרק האיש מקדש וכן הרשב"א בחידושיו והריב"ש סי' ה' ותע"ט וא"כ לדעתם ז"ל כל שלא היו בפני ב' עדים לאו כיום הוא לדעת רש"י ז"ל. הן אמת זאת מצאנו להרב תה"ד סי' ר"ז שכתב משם ר"ש ז"ל דלדעת ר"ב אין צריך ב' עדי' בשולח סבלונות משום דהוי חזקה ברורה הבאה מכח הרוב וכו' והתה"ד פי' דבריו דה"ק דלעולם בעינן ב' עדים בשעת נתינתם ליד השליח אבל א"צ עדים בשעה שנותנם לאשה דכיון דשולח בעדים אנן סהדי דלשם קידושין שלח ובודאי עשה שליח שליחותו ונתנם כאשר צוה המשלח דחזקה שליח עושה שליחותו וכו' יע"ש. וראיתי למהריב"ל ח"ג סי' צ"ה הקשה עליו דמאי דאמרינן חזקת שליח וכו' הוי דוקא בדבר שביד השגיח לעשותו אבל הכא אינו ביד השליח דשמא האשה לא תקבל וכמ"ש התוס' פרק התקבל אהא דאמרינן האומר לשלוח צא וקדש לי אשה סתם דאסור וכו' דמשום קנסא בעלמא הוא דקנסינן ליה אבל מן הדין מותר דאין זו חזקה גמורה כו' יע"ש ואם נאמר דתה"ד ס"ל דר"ש איירי בשנודע שקבלה הסבלונות מיד השליח א"כ למאי איצטריך לי' למי' חזקת שליח וכו' אלו דבריו ז"ל ולכאורה קושית הרב ז"ל נראית חזק' וכבר ראיתי להרב הגדול אבוה דמרן זקני זלה"ה בספר מגיד מראשית סי' ג' כי הגדיל לעשות קונט' נפלא בענין סבלונות ולא הניח פנה וזוית ושם האריך בדף י"ט ליישב קושית מהריב"ל ותוכן דבריו דכיון דלרש"י בעי' שדיך א"כ חשיב כבידו כיון דאיכא שידוכין ובודאי חזקה שליח עושה שליחותו ונתנם ליד האשה בתורת קדושין ולא דמי להה"א דתוספות דהתם ליכא שדיך ועל מ"ש מהריב"ל דאי איירי בידוע וכו' למאי איצטריך לחזקת שליח כתב זלה"ה דאיצטריך לשלא נאמר שנתנם בתורת דורון דבזה ליכא חששא כמ"ש הריטב"א ומהריק"ו יע"ש שהאריך וכיוצא לזה כתוב בתשו' מהרימ"ט א"ה סי' כ"ט תשו' לא'

קדוש שכתב דחשיב כבידו שלא לתת לה כי אם לקדושין כו' והן הן הדברים הנאמרים להרא"ם סי' ס"ט ונעלמה מעיני מהריב"ל כמ"ש הרמ"ז ז"ל יע"ש ומהרימ"ט ז"ל כתב שם וז"ל וכיון דאנו רואין הסבלונות בידה למאי איצטריך חזקת שליח וכ"ת ניחוש שמא לא נתנם לה בפני עדים להכי לא מהני חזקת שליח שהרי לא א"ל שיתנם בתורת קידושין בפני' ולא בפני עדים אלא סתם שלחם בידו ואם לחוש שמא לא רצתה לקבלה סתם אלא בתורת דורון הרי לא א"ל תנהו לה לשם קדושין אלו דבריו ז"ל. ואחרי המחילה שותי' דמר לא ידענא דאמאי לא מהני חזקת שליח דאע"פ שלא א"ל שיתנם בתור' קידושין מ"מ כיון דשלחם ע"י בפני עדים אין לך ראי' מזו דודאי לשם קידושין שלח וכמ"ש בהדיא הבת"ה דכיון דשולח בעדים אנן סהדי דלשם קדושין שלח וא"כ אמאי לא מהני חזקת שליח לומר דבודאי יתנם לשם קדושין ולא לדורון כיון דהבעל קפיד לשולחם בפני עדים כונתו מודעת דלקידושין שולח והשליח לא יעשה דבר נגד רצון משלחו כי אנחנו היודעים ועדים דלקידושין שלח ונפשו יודעת מאד וזה ברור. גם מ"ש הוא ז"ל ליישב קושית מהריב"ל אינו עולה יפה כמ"ש המעיין. אמנם לע"ד כמעט הוא יר' דקושיא ליתא שהרי כתבו התוס' בפרק התקבל דף ס"ה ד"ה התקבל לי גטי אסורה לאכול בתרומה מיד וז"ל הול"ל אוקי אשה בחזקת שלא נתגרשה אלא חומרא בעלמא החמירו חכמים משום דחזקת שליח עושה שליחותו ואע"ג דאין ביד השליח לעשות שמא לא יתן לי הגט כמו דאמרינן לעיל שאסור בכל הנשים וכו' יע"ש וכ"כ הר"ן ז"ל שם ולא קשיא דמה דמות יערכו להההיא דלעיל שאסור בכל הנשים דהתם שאני דהוי משום קנסא כמ"ש הם ז"ל משא"כ הכא דלא שייך טעמא דקנסא דירא' ברור לדעתם דס"ל דאף דאין חזקה זו חזקה גמורה כגון זו שאין בידו אפ"ה חכמים החמירו בדבר כמ"ש כאן בפי' ולא הוצרכו לעיל לטעמא דקנסא אלא משום דהתם איכא למימר ניזל בתר רובא כמ"ש שם וא"כ כיון דאיכא טעמא לומר ניזל בתר רובא מש"ה הוצרכו לטעמא דקנסא ולא למימר דחכמים החמירו דכיון דאיכא רובא אינו לנו להחמיר משום חזקה גרוע' אבל היכא דליכא רובא אף שהחזקה אין בידו חכמים החמירו וא"כ מה זו תמיהא על ר"ש אי ס"ל כהך דתוס' דחכמים החמירו אף שאין בידו מש"ה כתב דאף אם נתנם שלא בפני עדים מחמרינן בה כדאחמור רבנן דס"ל לר"ש דחששא דסבלונות הויא חזקה גמורה כמ"ש התה"ד יע"ש. ואיך שיהיה הרי דלר"ש אין צריך שיתן הסבלונות בפני עדים מ"מ רבו החולקים עליו כמ"ש מרן בב"י וכן כתב הרמ"ז ז"ל שם וכמו שדחה דבריו מהריב"ל ז"ל. ובר מן דין בנ"ד אפילו לר"ש אין כאן בית מיחוש כיון שאין עדים שנתן בפניהם החתן הטבעת לאמו שיתנהו לנערה ובזה אפי' ר"ש מידה כמ"ש התה"ד והרא"ם שם ואם באנו נחוש

למאן דס"ל דהמקדש בע"א חוששין לקדושיו הא נמי ליתא כמ"ש מהריק"ו שורש כ"ח וק"א וז"ל וכבר כתבתי דאין לחוש לדברי הר"א אמיץ שכתב להחמיר במקדש בע"א ונחלקו עליו כל חכמי הראשוני' והאחרונים ועוד להוסיף חומרא על חומרא לחוש לפי' רש"י בסבלונות דע"א יע"ש וכ"כ הר"ב פ"מ ח"ב סי' ק"ח וק"ט יע"ש. עוד יש לצרף להקל לדעת רש"י מ"ש מהריק"ו בשורש ק"ע דלרש"י אין לחוש לקדושין אא"כ עשה שני שלוחין שיוליכו לה הסבלונות ובלאו הכי אין לחוש יע"ש אף שכל הפוסקים חולקים עליו מכל מקום מצינו מי שצרפ' למעשה לסניף הוא הרב מהרימ"ט ז"ל שם והרב בעל פ"מ ח"א סימן מ"ח ופ"ח יע"ש:

והנה אנחנו באים לומר דיש מקום להקל בנ"ד בין לר"ח ובין לרש"י ז"ל והוא מטעם כי הנער' הזאת כשקבלה הטבעת חמותה היתה קטנה וקבלה שלא מדעת אביה וכבר פסקו רוב מנין מהפוסקים המפורסמים דלית הלכתא כרב ושמואל דאמרינן בפרק האיש מקדש דקטנה שנתקדשה שלא לדעת אבי' שחוששין שמא נתרצ' האב אלא קי"ל כרבינא דאין חוששין כמ"ש הרי"ף ז"ל וכ"כ הרמב"ם והרא"ש והרשב"א ויותר מהמ' כמ"ש מרן ז"ל בב"י סי' ל"ז והוסיפו על השמוע' הרי"ף והרמב"ם והסמ"ג וריא"ז דאפילו נתרצה אח"כ לא מהני והר"ן הוסיף לדעת הרי"ף דאפי' נתרצה מעיקרא לא מהני כמ"ש באורך בפי' ההלכות יע"ש וכמו שהאריך בכל זה מהראנ"ח סי' א' יע"ש וא"כ בנ"ד ליכא למיחש כלל לדעת רש"י ז"ל דסוב' דהן עצמן קדושין כיון שנתקדשה שלא לדעת אבי' ואף דקצת מרבוותא פסקו כרב ושמואל לית דחש להו כמ"ש מהראנ"ח שם אמנם לדעת ר"ח עדין צריכא רבה דאף דלא חיישינן שמא נתרצ' מ"מ כיון דסבלונות הם הורא' לקדושין שקדמו א"כ איכא למיחש שמא קידש' מקודם ע"י אבי' וע"ז שלח סבלונות וכן נראה מדברי מהראנ"ח ז"ל שם דף י' שכתב ז"ל וז"ל ומן הטעם הזה ג"כ אין לחוש בנדון זה לומר שאחר שהם בעיר דחוששין לסבלונות אע"ג שהיא קטנה ולאו בת קדושין אנו נחוש שמא קבל אבי' קידו' לשיטת ר"ח וכמ"ש הר"ן בקטנה ששדכה אבי' וכו' ולדברי האומרים דקטנה שנתקדשה אם נתרצה האב בפי' חיישי' ואפי' בקטנה חיישינן לסבלונות וכו' יע"ש הרי מבואר דלר"ח חיישינן בסתמא וכמ"ש. אבל ע"כ זה בנ"ד ירא' דליכא למיחש מידי אפי' לר"ח דע"כ לא חיישי' אלא דוקא בסתמא ששלח סבלונות שלא מדעת אבי' והיא קבלתם אמרי' דהוי הוראה שקדמו קידו' אבל בנ"ד שהאב לא נתרצה בקבלה זו והיה רוצה לקדשה לאחר א"כ ל"ח אפי' לר"ח דעד כאן לא חיישינן אלא היכא שאין האב טוען שום דבר ואיכא למימר דיש רגלים לדבר דאם לא קידש לא היה שילח וחיישינן אפי' בקטנה אבל היכא שקבלה הקטנה בלא דעת אבי' ואבי' אינה

מרוצה בדבר א"כ הו"ל קבלתה כמאן דליתי' וליכא למימר רגלים לדבר דאין השליח גורם אלא קבלתה גורמת וכיון דקבלה כלא חשיבא אין כאן חששא כלל ויש הוכחה לזה מדברי הריטב"א ז"ל בחידו' הביאם מוהרימ"ט ז"ל וז"ל תו איכא בינייהו קטנ' ששדכה האב ומת ושלחו לה סבלונות בעודה קטנה דלרש"י ליכא למיחש דהא קטנ' היא אבל לר"ח חוששין שמא קיבל אבי' קידושי' ומיהו לכ"ע אם לא נתרצתה לקבל סבלונות אלו תו ליכא למיחש כלל והוי כאומרת לא קידשתני אבל לאחר שקיבלה אותם אפילו שניהם מודים שלא היו קידושין כלל אין סומכין עליהם עכ"ל הריטב"א ז"ל:

וראיתי להרב מרן זקני ז"ל שם נתקשה בכונת דברי הריטב"א ופי' דבריו יע"ש אמנם מהרימ"ט ז"ל פירש דבריו שם על נכון והיא האמת וז"ל אך דברי הריטב"א בעיני פשוטים שהוא ז"ל כ' תחלה דאיכא בין רש"י לר"ח קטנה כו' וע"ז כתב ומיהו לכ"ע אם לא נתרצי' לקבל אין חוששין כלו' כיון שקטנה שאין לה דעת ורצון שתקבל אמרת דחיישי' א"כ שלוחו של איש גורם לה לאיסור א"כ אפי' לא קיבלה האשה ניחוש לה לכך כתב דהא ליתא דאפילו לר"ח בסתמא הוא דחיישינן וכו' הלכך אף בקטנה אמרינן אסרינן לה דרגלים לדבר אבל אם ידענו שלא רצתה לקבל סבלונות אין כאן הוכחה ולא רגלים לדבר אבל לאחר שקבלתם כלומר בסתמא אפילו שניהם מודים שלא היו שם קידושין אין סומכין עליהם שכבר הוחזק' במקודשת בקבלתם סתם עכ"ל ויותר היה לו להרב ז"ל נוח לפרש דברי הריטב"א ז"ל דכולה בקטנה מיירי דהיכא דלא קיבלה ליכא למיחש דאין רגלים לדבר ואין כאן הוחזקה דאטו אם בא המקדש ואמר קדשתי' בפני פלו' ופלו' והלכו למ"ה מי מהימן וכ"ש בשלוח סבלונות ולא קיבלם אבל היכא דקיבלם אפי' שניהם מודים דלא היו שם קידושין אין סומכין עליהם משום שאין האב לפנינו שכבר מת אלא שאחר העיון הרב ז"ל בקעה מצא בדברי הריטב"א לפ' פי' ונימוקי עמו כמו שיראה המעיין הרי מבואר בבירור מדברי הרב ז"ל דאין השלוח גורם אלא קבלתה היא הגורמת והמוכחת משום דרגלים לדבר וא"כ אמור מעתה דע"כ לא קאמר הריטב"א ז"ל דלאחר שקיבלה הוחזקה במקדש ותו לא מהימני לומר דלא היו קידושין אלא דוקא באשה גדולה דיש לה דעת ורצון ואיכא הוכחה מדקבלה דהיא מקודשת דאם לא לא היתה מקבלת וקבלת' אסורה אבל בקטנה דאין לה דעת ורצון וקבלה בלא דעת אבי' כיון שאביה אומר שאינו מרוצה בדבר הויא קבלתה כאלו לא קבלה מעולם ובזה ליכא למיחש לכ"ע תדע דאי לת"ה אדאשמועינן הר"ן והריטב"א דאיכא בין רש"י ור"ח קטנה ששדכה אביה ומת כו' דלר"ח אסור' לישמעינן רבותא טפי במי שאביה חי ושלח לה סבלונות בלא דעתו ואינו מרוצה אחר כך דלרש"י לא חיישינן דהוי לקטנה

שנתקדשה שלא לדעת אביה ואביה מוחה דאינה מקודשת ולר"ח חיישינן כיון ששלח סבלונות אלא ודאי דבהא לכ"ע לא חיישינן כדבר האמור דאין השלוח גורם אלא דוקא קבלתה ובפירושא איתמר להרא"ש ז"ל סימן ס"ט ולהר"א ן' יעיש סימן י"ח יע"ש ואף דהרב מהריב"ל בח"ג סימן צ"ה עלה במחשבתו לומר שאף אם לא תרצה האשה לקבלם דחיישינן מ"מ הדר ביה מכח דברי התה"ד שכתב דדוקא צריך שיבאו ליד האשה וכו' ולא הביט לדברי הרא"ם שם דהוא מארי' דשמעתא ומרן זקני זלה"ה כלכל דברי במשפט לחלק בין כשהאשה אינה רוצה לקבל דלא חיישינן ובין היכא דמקבלת ואומרת דאינה רוצה לקבל לקידושין דחיישינן כמ"ש הרא"ם בסימן י"ז וז"ל ונ"ל לתת טעם לדבריהם דאם נאמר דאפילו לא קיבלה האשה מדשלח לה ודאי קדמו לה קידושין א"כ כל ערום יעשה בדעת ואחר השידוכין ישלח סבלונות ואפי' אם לא תרצה לקבלה מסתמא קדמו קידושין אבל היכא שקיבלם דודאי אין אדם שולח אא"כ אגוד' בי' א"כ אם אינה רוצה בקידושין ואין כאן קידושין מה לה לקבל כיון דידעה דאתרא דמקדשי תחלה הוא הו"ל לחוש ולא לקבל וכו' יע"ש באופן דנתבאר לן טעמא דמלתא באר היטב דכל שלא קבלם אין כאן חששא כאמור א"כ בנ"ד דקיבל' הקטנ' בלא דעת אבי' הויא קבלתה כאלו לא קיבל' דבקטנה לא שייך טעמא דכיון דידעה וכו' דמנא ידעה ולא דמי לקטנ' שמת אבי' וקיבלה דחיישינן דהתם שאני וק"ל והכא אין לחוש כלל כיון דלא נתרצה אח"כ דל מהכא קבלתה וליכא חששא וזה ברור. וכל זה היא ע"פ המונח שהאב לא היה מכחיש בקבלה אלא שלא היה מתרצה אבל אם אעיקרא דדינא היה מכחיש בקבלתה לומר שמעולם לא קיבלה בתו סבלונו' בזה לכ"ע ליכא למיחש כלל כמ"ש הר"א ן' יעיש שם ומהרא"ם סימן ס"ט ועיין במהריב"ל ח"ד וכן הסכים הר"ב פ"מ ח"א סימן מ"ח יע"ש ואף דאיכא ע"א ע"א בהכחשה לאו כלום הוא ועוד בה כיון דאין עדים בדבר אם הנערה תכחש בדבר אף כי אבי' לא דבר בחייו כלום ליכא חששא ופשוט:

עוד יש מקום לנו"ח בנ"ד ולא לחוש בסבלונות אלו מטעמא דלא קיבלה הטבעת מיד החתן כי אם מיד אמו וכתב הרב מהר"א ן' יעיש שם בסימן ח"י דליכא למיחש וז"ל ולכן נראה לע"ד שבנדון שלפנינו אין שום הוכח' על הקידושין שהמסרק לא נתנו הארוס לארוסה רק אמו נתנו לה וכו' וא"ת ניחוש שמא נתנה האם איתו בשליחות בנה וא"כ הרי הוא כסבלונות הנשלחים מהארוס לארוס' י"ל שאין לנו לחוש לזה כל שלא ידענו אותו בבירור שאם לא כן לא הנחת בת וכו' ואין לנו לומר שאני הכא שקבלתו מאם המשדך ואיכא למיחש טפי שבאה בשליחות בנה הא ליתא שאפילו באבי' המשדך מוכח בגמרא דלא חיישינן להכי דגרסינן בפרק האיש מקדש הנהו בי תרי דהוו. שתו חמרא תותי

ציפי בבבל שקל חדא מינייהו כסא דחמרא יהיב ליה לחברי' א"ל מקדשא ברתך לברי א"ר אפי' למאן דאמר חוששין שמא נתרצה האב שמא נתרצה הבן לא אמרינן ודילמא שליח שויי' לא חציף איניש לשויי' לאבוה שליח ודילמא ארצויי ארצי קמיה ושתיק א"ל רבא בר שימי בפי' אמר מר לא ס"ל להא דרב ושמואל ופרש"י כו' והר"ן הוסיף עוד בפי' ההלכות דאפי' בדשדיך לא חיישינן שמא נתרצה הבן הנה נתבאר בהדיא דלא חיישינן שמא עשה הבן שליח לאב אלא אם כן שמענו וכן פסק הרי"ף והרמב"ם והגאונים דהלכה כר' דאמר דאין חוששין שמא נתרצה הבן ואע"פ שגאונים אחרים חולקין עליהם בזה וס"ל דהלכה כרב וכו' אפ"ה ע"כ לא פליגי אלא בקדושין שקדש האב בהדיא בשם בנו אבל בסבלונות אפי' אם היה מסבל בשם בנו אם היה שלא ברשותו אפשר דמודו דלא חיישינן משום דהוי ס"ס שמא נתרצה הבן ואפי' אם ת"ל שנתרצה עדין הסבלונות לדעת ר"ח אינן קדושין אלא דחיישינן להו שמא קידש כבר וכולי האי לא חיישינן וכ"ש בנ"ד שהאם לא נתנה המסרק לארוסה בשם הארוס רק בשמה שאין לחוש בזה עכ"ל. ואחריו האיר מהריב"ל בח"ג סימן צ"ה וכתב דדין זה תלוי בפלוגתא דרבוותא דלפוסקים כרבינא דלא חיישינן שמא נתרצה האב ה"נ לא חיישינן בשום אדם אף שאינו אביו דילמא שליח שווייה ודילמא ארצויי וכמ"ש הטור סימן ל"ו והרא"ש אבל לפוסקים כרב ושמואל באביו חיישינן דילמא ארצויי ובשאר אדם דילמא שליח שויי' יע"ש ולא נחית הרב ז"ל לומר דאף להפוסקים כרב ושמואל לא חיישי' משום ס"ס כמ"ש הר"א ן' יעיש משום דהך ס"ס אינו מתהפך וחייש הרב למ"ד דכל שאינו מתהפך לא מיקרי ס"ס. ואולם מרן זקני זלה"ה גמגם על מהריב"ל בזה וכתב דעדין תלי תניא בדלא תניא דלהרי"ף דס"ל דאפי' נתרצה האב מקודם לא מהני א"כ עדין איכא למיחש בשאר כל אדם דלמא שליח שוייה כמו שנראה מדברי הר"ן ז"ל. ומ"מ אינו גמגום כלל דכבר כתב הר"ן שם דאפשר דלהרי"ף ז"ל ג"כ אם נתרצה מקודם מהני וכמו שהוכיח כן מהרימ"ט סימן מ"ג יע"ש ועוד דכבר כתב הר"ן ג"כ משם התוס' דדוקא באב הוא דחיישינן דילמא שליח שויה ולא לאדם אחר יע"ש וא"כ צדק מהריב"ל לכ"ע:

אמנם אשקוטה ואביטה להרא"ם ז"ל עשה פלילות להר"א ן' יעיש ז"ל וכתב עליו וז"ל עוד כתב שאפי' באבי המשדך מוכח בגמרא דלא חיישינן דלמא שליח שוייה הבן לאב דלא חציף וכו' לא דק בל' דמל' אפי' באבי המשדך דנקט משמע וכ"ש באם המשדך ואין הדבר כן דגבי אב הוא דלא חציף אבל גבי אם חציף וחציף אלו דבריו ז"ל ואחרי נשיקת כפות רגליו לע"ד הר"א ן' יעיש גריס ודייק ומעולם לא כ' דאפי' באבי המשדך לא חיישינן דילמא שליח שויי' משום דלא חציף כמו שיעיד לשונו שכ' מוכח בגמרא

דלא חיישינן להכי וכו' ולא מטעם דלא חציף אתי עלה דאם כן למה לו להכביר במילין ולהביא סוגיית הגמ' ופרש"י ומחלוקת הגאונים אי קי"ל כרב ושמואל או כרבינא וכי טעמא הוי משום דלא חציף בזה הכל מודים אלא שדבריו ז"ל ברור מללו דמ"ש דלא חיישינן להכי הוא לומר דלא חיישינן דילמא שליח שוייה מכיון דקי"ל כרבינא דאין חוששין שמא נתרצה א"כ לא חיישינן ג"כ דילמא שליח שוייה לא באב ולא באחר ולא מטעם דלא חציף אלא משום דחששא לא חיישינן וכמ"ש הר"ן ז"ל בפי' לפי' רש"י ז"ל דכיון דאמרינן דלא ס"ל לדרב ושמואל תו לא צריכנא לתי' דלא חציף וכו' יע"ש שזה מוסכם לכל הפי' זולת להרי"ף ז"ל וא"כ יפה דק מהר"א ן' יעיש לומר דאפי' באבי המשדך כלומר לא מיבעיא באחר ובאמו דלא חיישינן דילמא שליח שוייה כמו שכתבו התוס' ז"ל דדוקא באב הוא דחיישינן דילמא שליח שוייה ולא באחר כמ"ש לעיל ואף הריטב"א דכתב דבאחר ג"כ חיישינן מעיקרא הוה ס"ל כסברת התוספות ז"ל אלא דאחר כך לחומרא קאמר דחיישינן יע"ש וא"כ יפה כיוון הר"א ן' יעיש ודבריו נכונים עוד תמה הרא"ם עליו וז"ל עוד כתב משום דהוה ס"ס שמא נתרצה הבן ואפי' את"ל וכו' כולי האי לא חיישינן תימה מה ס"ס נופל בכאן והלא ספק דשמא נתרצה הבן לא שייך אלא היכא דלא שדך כלל או בששדך ועדיין לא נתרצית לו אבל היכא דשדך בה ונתרצית לו וכו' היאך יפול ס' וכו' ע"כ ונוראות נפלאתי שהרי פלוגתא דרב ושמואל ורבינא בשמא נתרצ' הוי בדשדיך כמ"ש רפ"י והר"ן והרא"ש והטור וריא"ז וא"ה פסקו כרבינא דלא חיישינן שמא נתרצה ולרב ושמואל הוי חששא שמא נתרצה ולא ודאי והריטב"א דפוסק כרב ושמואל כתב בהדיא בין ברצוי דאב בין ברצוי דבן דהוי בדשדיך וא"כ מה זו תימא דאיך יפול ספק כיון דאפי' בשדיך אמרינן שמא ולא ודאי ומה שחילק הרב בין שדיך ולא נתרצית לנתרצית לא ידעתי פי' ועוד אני תמה על שניהם המלכים דאפי' בודאי שנתרצ' הבן רצוי דבתר קדושין לא מהני גבי בן כמו שאמרו בגמ' אפי' למ"ד שמא נתרצה האב שמא נתרצ' הבן לא אמרינן וכתב הרא"ש בפי' דרצוי הבן דאח"כ לא מהני וכ"כ הטור בהדיא והריטב"א ז"ל וכן הוכיח מרן ז"ל בתשו' סימן ז' דבין לרב ושמואל בין לרבינא רצוי דאח"כ דבן לאו כלום והוא מוכרח מסוגית הגמרא יע"ש וא"כ אמאי הוצרך הר"א ן' יעיש לס' ומה הקשה עליו הרא"ם דהוי ודאי ובין הכי ובין הכי לאו כלום הוא וצ"ע:

אנקוט בודאי לנ"ד שנתינת הטבעת היתה מיד אם החתן לכלה לדעת הני רבוותא דס"ל כרבינא דלא חיישינן לשוייה שליח ה"נ לא חיישינן ואין כאן בית מיחוש לפי סברי הר"א ן' יעיש ומהריב"ל ואף למאן דפסק כרב ושמואל אעיקרא דדינא מ"מ בנ"ד איכא ס"ס דהר"א ן' יעיש ועוד ס"ס אחר והוא דילמא הלכתא כרבינא דלא חיישינן ואת"ל

דהלכתא כרב ושמואל דילמא הלכתא כרש"י ז"ל דסובר דהן עצמן קדושין ובנ"ד אין לחוש לזה כמ"ש לעיל. ועוד איכא ספק אחר מ"ש הר"ן משם התוס' דדוקא באב הוא דחיישינן לשוייה שליח ולא אחר ואף יש חולקים הוי ס"ס והוי מתהפך שניהם כא' ואע"פ שהרא"ם חולק בכל זה מ"מ לע"ד דבריו תמוהים כמ"ש וגם מהריב"ל ז"ל לא הזכיר סברתו ואם באנו לחוש לדבריו הואיל ונפק מפומיה הוי ס"ס כנז'. והגם שמרן זקני ז"ל כתב דאין לומר ס"ס מפני רבוי הסברות הוא ז"ל לטעמיה אזיל דס"ל כמהריב"ל ז"ל דאין לומר ס"ס בפלוגתא דרבוותא ז"ל כמ"ש ז"ל שם באותה תשו' אמנם סוגיין דעלמא דלא כותייהו כמ"ש האחרונים איש על מקומו ואין דבר עומד לנגדי בזה זולת דברי הריב"ש שכתב בסי' תע"ט שאם אבי החתן נתן לסבלונות לשליח דלרש"י ליכא למיחש אבל לר"ח עדיין הם הוראה לקידושין שקדמו יע"ש ומרן זקני ז"ל חשש בדבר וכתב דהריב"ש לא למעשה אמרה ואף אם אמרה מהריב"ל ז"ל חולק וכו' ומ"מ מי לא יחוש לדבריו כי גדול שמו אמנם יראה לע"ד דנ"ד אין כאן חששא אפי' לדברי הריב"ש ז"ל דע"כ לא קאמר הריב"ש דלר"ח חיישינן אלא דוקא כששלח הסבלונות בשם החתן ונתנם השליח לכלה בשם החתן כמ"ש הריב"ש שם בפי' וכן כתב הרמ"ז ז"ל שם אסוף דיניה להחמיר כששלחו בשם החתן יע"ש אבל כל שלא נשלחו בשם החתן כנ"ד שנתנה לה הטבעת בסתם שלא בשם החתן בזה יאמר הריב"ש ז"ל להקל ועוד נראה לע"ד חילוק ברור דשאני ההיא דהריב"ש ששלח אבי החתן ואין דרך אבות החתנים לתת לכלתם משום הכי אמרינן דאיכא למיחש דהוי כמו ששלח החתן בעצמו אבל בנ"ד שנתנה אם החתן ומנהג העולם דנהיגי נשי כי תמצאנה לכלותיהן ונושקו' ידיהן לתת לבן מתנה ואם לא תתנו בוז יבוזו להן בזה אפי' הריב"ש יודה דאין זה הוראה לקידושין שקדמו דאנא אמינא שאם ידע' שהוא מהחתן לא היתה מקבלת משום דלא קדמו קידושין אלא משום דסברא דזו היא מתנת חמותה כי דרך נשים להן וכ"ע ידעי זה ושמה מוכיח עליה דקרו לה מתנה מנשיקת יד ומש"ה קבלה כגון זו לכ"ע לא הוי הוראה לקידו' שקדמו ואזיל ומודה הריב"ש דאין לחוש ובהצטרף שלא נזכר שם החתן ועוד דהריב"ש דרך אפשר אמרה ונ"ד דיש הני טעמי יקל ידו ואולם ראיתי להרא"ם ז"ל בקומו למשפט עם הר"א ן' יעיש ז"ל כתב וז"ל עוד כתב כ"ש שהמסרק לא נתנו המשדך רק אמו וכו' וזה אין צריך לפנים אדרבה זה צריך לפנים ולפני פנים שהרי המסרק יש לחוש שמא בנה נתנו לה להוליכו לארוסתו או אמו נתנו לארוסתו במקום בנה שזכתה אותו לה שרוב הסבלונות ששולחין האבות לארוסות בניהם אינם אלא שמזכים אותו לבניהם וכו' יע"ש והנה מ"ש יש לחוש שמא בנו נתנו לה וכו' הא ודאי ליתא דלא חישינן לשליח שוייה

כמ"ש לעיל גם מ"ש שזכתה אותו אם קבלה כשקבל דזכיה זו לא ידענא מאי עבידתה אם היא זכי' ע"י אחר צריך שיתברר בעדים או בהודאת הנותן כאותה שאמרו נתתי שדה ות' חוששין שמא זיכה לו ע"י אחר אבל בסתמא באין דובר דבר מנין לנו זה במקום שאני יכול לומר שמתנה מעצמה נתנה לכלתה זה צריך תלמוד לע"ד. ומ"מ אין מדברי הרב ז"ל תברא לנ"ד דהתם קאי לדעת רש"י כמו שיראה המעיין שכתב שמא הם קידושין וכו' אבל לר"ח יודה הרב בנ"ד דאין לחוש מהני טעמי דכתיבנא. עוד יש לצרף סניף אחר לנ"ד והוא מ"ש מהריק"ו בנים המרדכי דלר"ח לא חיישינן אא"כ אמר שקדשה בפני פ' ופ' והלכו להם למ"ה יע"ש בשורה כ"ח וכאשר צרפו זה הרמ"ז ז"ל ומהרח"ש סי' נ"א וס' והר"ב פ"מ סימן הנז' יע"ש:

עוד אחרת הנה באה בנ"ד קולא אחריתי מטעם שאבי הנערה הוא היה אומר שלא היתה בתו מקודשת והי' רוצה לקדשה א' כנז' בשאלה א"כ הרי הוא אומר שלא קדמו לה קידושין וכתב מהריק"ו ז"ל בסוף שרש קע"א דהיכא שלא טען הבעל קדושין מעולם והיא אומרת שלא קיבלה קידושין קודם הסבלונות דנאמנת לר"ח ע"ש ואף על פי שהתה"ד כתב משם ר"ש דאפי' שניהם מודים שלא היו קדושין דאינם נאמנים וכ"כ הרא"ם ז"ל דאפי' נשבעו אינם נאמנים ומהריב"ל בח"ב סי' מ"ג כתב דחיישינן לדבריהם מ"מ הריב"ש חולק עליהם כמ"ש מהריב"ל שם ומהרימ"ט סימן כ"ט הביא תשובת הרשב"ץ דסובר כהריב"ש דנאמנים וגם התה"ד חזר וכתב משם תשו' א"ז דלר"ח אם אמר שלא קדמו קידושין נאמן ולרש"י אינו נאמן יע"ש והכריח הרימ"ט ז"ל סי' כ"ח דלא חששו הרא"ם והתה"ד לומר דאינם נאמנים אלא דוקא לפרש"י אבל לפר"ח לא ולא חש הרא"ם לו' דלר"ח יש להקל כיון דלא פלטי' מרש"י וגם הריב"ל לא חש להקל לפר"ח מטעם זה וכ"כ עוד הרב בפשיטות בסי' כ"ט וז"ל ולענין דינא כ"נ ודאי דלפרש"י ליכא למיחש כל שלא היו עדים בדבר ולר"ח לא חיישינן כל שהם מודים שלא קדמו קידושין וכבר הוכחתי שהתה"ד והנמשכים אחריו לא חששו אלא לפרש"י אבל לא לר"ח כו' יע"ש וא"כ בנ"ד כי האב היה טוען שלא נתקדשה נאמן לפר"ח שאנו דנין עליו כמ"ש הר"ב ז"ל. ומרן זקני ז"ל הוכיח מדברי הרא"ם בסי' ס"ט דלא פליג אהריב"ש דהריב"ש היינו טעמיה משום שהמקדש לא טען שקדשה אלא מכח הסבלונות היה רוצה להחזיקה במקודשת משום הכי כתב הריב"ש ז"ל דנאמן משום דאיכא הוכחה רבה דאם איתא דקדשה הל"ל קדשתיה ומה לו לטעון סבלונות אבל הרא"ם איירי במי שהודה מעצמו שלא קידש ובהכי הוא דלא מהימן מטעמא שכל מקום שהכריעו חכמים כו' כמ"ש התה"ד וכ"כ מהרח"ש שם וכן מוכרח מדברי הרא"ם שם וא"כ הוא הדין בנ"ד הוכחה כזאת שלא

נשמע מפי המשדך שטען שקדשה אלא כל טענתו ועכבתו מלתת גט באשר גרשו חמיו מביתו ועד פה בא ובקשו ממנו רבני העיר יצ"ו שישלח גט לארוסתו והי' ממאן באומרו שהיתה ארוסתו אגודה ביה ולא היה רוצה לפוטרה ולא טען שהיה מקודשת לו מכח קידושין גמורין וגם אביו עקש ופתלתול שהיה מעכב ע"י מלגרש לא נשמע מפיו שום דבר של קידוש אחרים כי אם מה שנתנה אשתו בספינה ואם איתא דקידשה הול"ל. ואם זה לא יספיק מ"מ הוכחה מיהא הוי ובפרט עם מ"ש מהרי"ט דאליבא דכ"ע לר"ח נאמן לומר שלא קדמו קידושין וכבר הורה זקן מוהריק"ו דלר"ח נאמנת האשה לומר שלא קיבלה קידושין קודם הסבלונות וא"כ בנ"ד ליכא חששא דהוי ס"ס ס' אי קי"ל כרש"י ואת"ל קי"ל כר"ח ס' אי הלכתא כמאן דס"ל דנאמנת לר"ח. ונוסף ע"ז בנ"ד יש להקל מטעם אחר והוא דבנ"ד ליכא עדים שבאו הסבלונות לידה ונאמן האב לומר שלא נתקדשה אם היה מכחיש בקבלת הסבלונות במיגו שנאמן לומר דלא קיבלה כלום כמו שכתב שם מהרימ"ט ז"ל באורך וכן הסכים הר"ב פ"מ ח"ב סי' ק"ט ואף דבנ"ד איכא ע"א שקבלה ואין לומר מגו שצריך להכחיש את העד מ"מ כבר כתב שם הרב בעפ"מ דאיכא מאן דסבר דאמרי' מיגו במקום שצריך להכחיש את העד ולישבע ואף דרבו החולקים מ"מ בנ"ד שהאב לא קיבל כי אם הבת ולא שייכא שבועה לכ"ע נראה דנאמן במיגו וזה פשוט:

עוד ראיתי מ"ש מהרימ"ט ז"ל שם וז"ל עוד יש לברר בשולח דורונות בקושט' סתם ולא פירש כמנהג המדינה שאם אין לחוש בהם לשם קידושין כיון דורון קרי להו א"נ שלא היו עדים בדבר יש טעם לחוש לפי שבקושט' אין לחוש לקדושין שקדמו אלא לסבלונות שקדמו שהרי אין מנהג העיר לקדש קדושין גמורין אלא בשעת כניסתם לחופה ואין גם אחד שעשה כן בהקפדה לפי שהסבלונות עצמן חוששין להם לזיקה ואם יארע שקדש לשום סיבה צריך עשרה וכו' ואם יעשו במטמוניות יענש ולא חיישינן להכי וכו' ואם באנו לומר שהדורונות הם חשש' והלא סבלונות אלו עצמן הם חששא בעלמא כמ"ש מהריב"ל והוה ליה תרי חששות ולא חיישינן להו עכ"ל הרב ז"ל ופתח לנו שערי אורה בנ"ד שנתינת הטבעת היתה בסתם בלא עדים ולרש"י ליכא למיחש ולר"ח ליכא למיחש אלא לסבלונות שקדמו ולדעת כמה מרבוותא ס"ל דסבלונות אלו הם קידושי דרבנן כמ"ש האחרונים ז"ל וכמו שהאריך הרב בעל פ"מ ז"ל בתשובה ואף דאיכא מאן דס"ל דהוו קידושי ספק וכמו שכתב מהריב"ל מ"מ בסבלונות של קושט' כבר הסכימו הרמ"ז בסוף תשו' והרב בעפ"מ ח"ב סי' ק"ל שהם מדרבנן וא"כ בהצטרף כל הספיקות הנז"ל אל מקום אחד יראה לע"ד דיש צדדים וצדדי צדדים להקל בנ"ד כיון שהחששא היא שמא

קדמו להם סבלונות דרבנן וכמ"ש מהרימ"ט ז"ל. עוד ראיתי לצרף לנדון דידן מה שכתב הרא"ם סוף סי' ס"ט וזה לשונו ועוד שהמפשר שהיה ביניהם שהוא דון שמואל שעל ידו נגמר כל דבר והוא נטל הקנין מידה אלו היו הסבלונות לשם קדושין או שקדמו להם קדושין איך לא ידע הוא מזה כלום וכו' ובנדון דידן גם כן אשר שאלנו להשדכנים ולמי שנטל הקנין אם קדמו איזה קידושין והם המדברים שלא ידעו כלום אם כן הוי הוכחה שלא היו קידושין בעולם כמו שכתב הרא"ם ז"ל:

ואם באנו לחוש בנ"ד מחמת הקול הנשמע שקבלה סבלונות הלא נמצא להרא"ש בתשו' שנראה מדבריו דלקלא דסבלונו' לא חיישינן וכ"כ בפירוש מהרי"א בכתביו סי' רכ"ו דסבלונות הם חששא ותרי חששות לא חיישינן והביא דבריו מרן בב"י וכ"כ הריב"ל בח"ד וכ"כ הרמ"ז ז"ל בסוף תשו' יע"ש. איברא ראיתי להרב בעפ"מ שגמגם בזה ח"ב סי' ק"ל וכתב דע"כ לא כתבו רבוותא דלקלא דסבלונות לא חיישי' אלא דוקא בסבלונות הנזכר בתלמוד דהם משום חששא אבל בסבלונות הנהוגות פה קושט' דאנו תופסים אותם לקדושין דרבנן עדיין איכא למימר דחיישינן לקלא דידהו והאריך לדבר אי חיישינן לקלא בקדושין דרבנן יע"ש כנראה מדבריו ז"ל דלא פסיקא ליה מלתא להקל בקלא דסבלונות אלו מ"מ יראה הרואה בנדון הרב ז"ל שהקל מתרי טעמי חדא דלא אתחזק קלא וחדא דכבר הסכימו כמה אחרונים ז"ל דמבטלינן קלא כמו שהאריך הרב שם וא"כ הן הנה היו בנ"ד דלא אתחזק קלא בב"ד באופן המועיל כי אם קול הברה יצא בעיר שזאת הנערה קיבלה סבלונות בספינה ולא נודע מי בעל דברים כלל וכמדומה לי שזה הקול יצא מהבחור המקדש בבואו הנה מא"י והוא הוציא הקול הזה ועל פיו נתמלא העולם ובא האות שהנה עתה שחקרו ב"ד לידע מבטן מי יצא הקול הזה ומה שורש דבר נשמע בו ועכ"ז אין יודע ואין מקיץ ואין בא להעיד זולתי העד הזה שהעיד מה שהעיד אחר החקירה באופן דאין בקול זה דין קלא דאתחזק בב"ד ולא חיישינן ליה כמ"ש הרב ז"ל ועוד בה דכיון שכבר היתה הסכמת האחרונים כדברי הראשונים דאמרי מבטלינן קלא בנ"ד ג"כ כיון שלא נמצא שורש וענף בסבלונות אלו ומקום לחוש אפי' כמלא נימא מבטלינן קלא כמו שכתב הרב ז"ל בכל פרטי דינים וכל מ"ש שם וצידד להקל בנדון שלו כלהו איתנהו בנ"ד ואין צורך להאריך בזה כי ממנו יראה הרואה וכן יעשה בנ"ד וכדאי הוא הרב ז"ל לסמוך עליו בכל פונות שהוא פונה. באופן דאף מחמת הקול אין כאן בית מיחוש בנ"ד כאמור מכל הני מילי נראה לע"ד דיש מקום פטור לנערה הזאת להתירה מכבלי העיגון ובפרט בזיקת יבם דקיל. הלא זה הדבר שומה בלבי לפקפק בנ"ד מטעם חזקה שזאת הנערה הוחזקה למקודשת זה שני' כנודע ורבני עירנו ה"י עשו להבחור הנז'

שיפטרנה בגט וכן עשה וכתב לה גט ולא הגיע לידה עד שמת וכיון שכן הויא חזקה גמורה וכבר ראינו למהר"י קולון שורש פ"ז הפליג להחמיר בזה וכמ"ש הרב בעל פ"מ שם ואם כן בנ"ד הציקתני רוח חזקה זאת וחשבתי דרכי לומר שכבר הסכים מהרשד"ם והרב בעפ"מ דכי היכי דמבטלינן קלא ה"נ מבטלינן חזקה ובנ"ד שנתבטל הקול על פי העד המעיד ה"נ נבטל החזקה כמ"ש הרב בעפ"מ שם. ועוד נראה לומר דחזקה זאת דנ"ד לא חשיבא חזקה גמורה משום דבעת שיצא הקול יצא ג"כ מה שהיה טוען אביה של הנערה לומר שלא נתקדשה בתו אלא שרבני עירנו הצריכוה גט מהיות טוב ולא חששו לעיין בדינה אם היתה צריכה גט ואפשר שאם היו חוקרין בדבר היו פוטרין אותה בלא גט ומפני דבר זה הוחזקה וא"כ כיון שנמצא הדבר דאעיקרא דדינא אינה צריכה גט א"כ לא הויא חזקה אלא חזקה עם אמתלאה חשיבא וחשיבא ג"כ אמתלאה היוצאה עם הקול כיון שעל פי טענות אביה הותרה בלא גט זה נראה לע"ד ואין אני סומך ע"ז עד יעמדו דברי למשפט לפני מורי ורבותי הרבנים הגדולים הי"א ישפוטו הם למראה עיניהם ועל פיהם יקום הדבר נאם הגבר מתחמם כנגד אורן ומאיר ובא לי יאירי אניש מצער כירק עשב דלעת המצרי הצעיר יעקב בכמה"ר יהודה אלפאנדארי:

על דבר הנערה בת החכם השלם כמהר"י ן' פורנה אשר מכבר היתה משודכת עם ה"ר מרדכי פירמון ואח"כ נכנסה קטטה ביניהם ונתפרדה חבילתם וחזר ה"ר מרדכי פה קושט' ומאז יצא הקול שהנערה הנז' כבר קיבלה סבלונות מה"ר מרדכי הנז' כשהיו נוסעים בספינה לא"י וכשנשמע הדבר לרבני עירני שלחו לאמר לאבי הנערה שלא יקדשנה לאחר משום חששא דסבלונות ואבי הנערה היו דבריו לאמר שלא היו דברים מעולם ונשתהה דבר זה ימים הרבה עד שלבסוף כפו ב"ד את ה"ר מרדכי שיפטרנה בגט לצאת מידי חששא וכן עשה שכתב לה גט אלא שלא הספיק להגיע הגט לידה עד שנפטר ה"ר מרדכי וכשראו ב"ד כך עמדו עכשיו לחקור על הדבר ומהיכן יצא הקול ובכן בא ע"א והעיד איך בהיותו בספינה באתה אמו של מרדכי ואז באת הנערה ונשקה ידה ואז נתנה לה אמו של מרדכי טבעת אחת בשתיקה ולא הי' שם אדם אחר כי הוא לבדו זה מה שהעיד. הן עתה שאול ישאלו אם יש חשש סבלונות לנערה הזאת יען כי באותו פרק היתה הבת קטנה וקבלה הסבלונות שלא מדעת אביה כפי דברי העד ומה גם כי אביה הי' מכחיש בדבר שלא הד"מ:

והנה ראיתי להחכם השלם דגמיר וסביר כמה"ר יעקב אלפאנדארי נר"ו הרבה להשיב להציל את הנערה מכבלי העיגון ותחלה הביא מ"ש הרא"ש דלקלא דסבלונות לא חיישינן ושוב חזר בו וגמג' מתוך מה שראה כתוב להרב בעל פ"מ דלא אמרינן כן

אלא בסבלונות הנז' בתלמוד שהם משום חששא להכי לקלא דידהו לא חיישי' דהוו תרי חששי אבל סבלונות דידן שאנו תופסים אותם לקידושי ודאי דרבנן איכא למימר דחיישינן לקלא דידהו זהו תורף דברי החכם השלם שיחיה. ואנא אמינא ליה דבנ"ד לא שייך כ"ז שהרב בפ"מ מיירי בסבלונות הנהוגים פה העירה שנותנים בפומבי בתורת סבלונות שהם הוו קידושי ודאי דרבנן ובהו נסתפק הרב ז"ל אי חיישינן לקלא דידהו אבל סבלונות הניתנים בסתמא כנ"ד בהא ודאי ליכא לספוקי שאינם אלא משום חששא וגריעי טפי מסבלונות הנזכרים בתלמוד דאע"ג דהוה איכא למיחש בהו לאיסור תורה עם כל זה לקלא דידהו לא חיישינן דכיון דהוו תרי חששי במכ"ש בהני סבלונות דידן דליכא למיחש בהו לאיסור תורה שכל עיקרן אינם אלא מדרבנן ובסתמא לא חיישינן לקלא דידהו ואף גם זאת כשיצא הקול שקבלה סבלונות בפומבי שנסתפק הרב בעפ"מ אי חיישינן לקלא דידהו כיון דאינם אלא מדרבנן מתוך דברי הרמב"ם היה נראה לאוכחי דכל מידי דרבנן לא חיישינן לקלא דידהו שכתב בהלכות א"ב דלקלא דחליצה לא חיישינן וכתב ה"ה דטעמו משום דאיסור חליצה אינה אלא מדבריהם וסבר אמרו דבספק חליצה לא אמרו וכ"ש לקלא דידהו הן אמת שזה שנים שהקשה לי על זה מאותה שאמרו בפרק חזקת והביאה הרמב"ם ז"ל בפרק עשרים ז"ל מי שהוחזק אביו כהן ויצא עליו קיל שהוא בן גרושה או בן חליצה חוששין לו ומורידין אותו הרי דלקלא דחליצה ג"כ חיישינן וכבר הייתי מיישב דברי הרב עם מ"ש הר"ן בפ"ב דכתובות על האי מימרא דהא דנחתינן ליה על פי הקול היינו משום דמעלה עשו בתרומה. אבל כל רשב"ם ז"ל שם בשמעתין כתב דהא דנחתינן ליה על פי הקול היינו משום דמעלה עשו בכהונה ולפי זה אפשר לומר דאפי' הראב"ד ז"ל שחולק עם הרמב"ם וס"ל דלקלא דחליצה נמי חיישינן ואע"ג דהוי מידי דרבנן היינו משום דמעלה עשו בכהונה. אבל בשאר איסורי דרבנן אף הוא יודה ג"כ דלא חיישינן לקלא דידהו וכל זה כתבתי לרווחא דמלתא דלקושטא דמלתא בכ"ד וא"ל לכל זה כיון שלא הי' אלא קלא דסתם סבלונות ובהא ודאי לא חיישינן. ומה גם שלא הוחזק הקול בב"ד כ"א קול ה הברה בעלמא ולא הי' מקום לחוש בו מעיקרא אבל השתא שנשתהה הדבר הרבה ונתארך הקול מזה כמה שנים שזאת הנערה היתה אגודא ביה לה"ר מרדכי ובכן הוצרכו ב"ד לעשותו לה"ר מרדכי שיפטרוה בגט וכן עשה אלא שלא הספיק להגיע הגט ליד הנערה עד שמת ה"ר מרדכי נמצא בזו כמי שהוחזקה מקודשת לה"ר מרדכי וכמ"ש מהריק"ו והרב מהרדב"ז ז"ל יע"ש בדבריהם וכבר ראיתי להחכם השלם שיחיה שנרגש מזה אלא שכתב שמצא מקום להקל שכבר הסכימו הרשד"ם והרב בפ"מ דכי היכי דמבטלינן קלא ה"נ מבטלינן חזקה ובנ"ד שנתבטל הקול

ע"פ העד ה האחד תד שהעיד נתבטלה ג"כ החזקה אלו ת"ד ואנא אמינא ליה דאי מהא לא איריא שלא אמרו הרבנים נוחי נפש דמבטלינן לה לחזקה אלא דוקא בדאיכא שני עדים שמעידים לאפקועי הקדושין אבל ע"פ עד אחד לא שמענו ואפי' לבטולי קלא שהוחזק בב"ד נראה מתוך דברי הפסקנים דה"ד כשבאו אותם שע"י הוציאו הקול ואמרו שהוא שקר ומשמע לכאורה דע"פ עד אחד לא סמכינן לבטולי קלא שהוחזק בב"ד. אלא שמאותה סוגיא שהבאתי מפרק חזקת נראה בהדיא דעד א' מועיל לבטילי קלא איברא שמתוך דברי רשב"ם שם בשמעתין והר"ן בפ"ב דכתובות היה נרא' לומר דההיא מיירי בשלא אתחזק הקול בבית דין מדאיצטריכא למיהב טעמא דהא דנחתינן ליה ע"פ הקול היינו משום דמעלה עשו וכו' ונחתינן לי' עד שיבדקו הדבר כו' יע"ש. הן אמת דלפי זה היה נראה דאין מקום למה שהוקשה להם לתוס' שם בשמעתין דהיכי מסקינן לי' ע"פ ע"א והא קי"ל דלא מבטלינן קלא ומאי קושיא שדנו הכא דלא אתחזק הקול בב"ד ובכי הא ודאי מבטלינן ליה לקלא וכמו שכתב הריב"ש אשר על כן נראה דס"ל. כהתוספת דמיירי הכא בקלא דאתחזק בב"ד וכן כתב מהר"ם אלשקאר ואפ"ה סמכינן אעד א' לבטילי קלא כיון דהוי מידי דרבנן ומ"מ כל זה אינו אלא לבטולי קלא. אבל להפקיע החזקה נראה ודאי דלא סמכינן ע"פ ע"א. אלא שעדיין נראה לע"ד שבנ"ד דלא חשיבא חזקה שמה שנתארך הקול עד השתא היינו משום דרבני עירנו מיחו בידה עד שיבדקו הדבר ולצאת מידי חששא ולא חשיב' חזקה אלא היכא דנתארך הקול ממילא בלי שום אמתלא ועוד בה שנ"ד דמעיקרא ועד השתא לא היה הקול אלא משום חששא דסבלונות ומה שהצריכו לפוטרה בגט לא היה אלא כדי להוציאה מידי חששא וכל מידי דנפל בה ספק אפי' שנתארך, הספק ימים הרבה מידי ספק לא יצא ולא חשיב חזקה אלא היכא דהוחזקה בלי שום ספק שהקול הולך ומתחזק שזו היא ארוסתו של פ' בלי שום ערעור אבל זו שאחר שבאו לידי פירוד יצא הקול דחשש סבלונות ואביה היה מכחיש ואומר שלא היו דברים מעולם נראה לע"ד דלא חשיב חזקה וכן נראה מדברי הרב מהרדב"ז ז"ל שכל שיש ערעור בדבר לא חשיב חזקה ומה שהיה נראה לגמגם בה עדיין מתוך מה שכפו ב"ד את ה"ר מרדכי שיפטרנה בגט וכן עשה שכתב לה גט ולא הגיע לידה וכבר יצא הקול מזה והשתא שרואים אותה שתנשא לאיש אחר יאמרו מתירין א"א לעלמא והוי כאותה שכתב הרא"ש בתשו' על מי שיצא עליה קול שנתקדש' ולא הוחזק הקול בב בב"ד כי אם קול הברה וקרובי לאה הכריחו למקדש ליתן לה גט לרווחא דמלתא ושוב נתקדשה לאחר קדושי ודאי וגרשה ורוצה לינשא אא לראשון והשיב דאסורה כי היודע שנתגרשה מי יודע שהגירושין לא פיו כי אם לרווחא דמלתא וכ"ת יכריזו עליה

איכא דשמע בהא ולא שמע בהא עכ"ל. מ"מ יראה לע"ד דה"ט לא סגי לאוסרה אכ"ע כיון דמדינה שריא ומשום שמא יאמרו נאסריה לה לאתנסבה ובה"ג חילקו התוס' בפרק חזקת שהבאתי יע"ש ועוד דלה"ט דשמא יאמרו מתירין אשת איש לעלמא לא חיישינן כ"כ דלא נפיק מיני' חורבא דכ"ע ידעי בהא וליכא למיטעי לשמא יאמרו אם לא משום זילותא דב"ד ולזילותא דב"ד לא חיישינן בכה"ג כמ"ש התוס' כיון שאתה רוצה לאוסרה אכ"ע ומדינא שריא באופן שנר' לע"ד דאתתא דא שריא לאתנסבא אך לא אסמוך על דעתי לבד אם לא שיסכימו עמי שנים מהמורים ובפרט גדול שבדורנו הוא מורינו הרב שיחיה ועל פיהם יקום דבר נאם הצעיר אפרים נבון:

ראיתי את השאלה על דבר הנערה בת החכם השלם כמהר"י ן' פורנה זלה"ה אשר היתה משודכת להר"ם פירמון והר"ם פירמון מת ונשאר זקוקה ליבם קטן וגם ראיתי מה שנגזר עליה מאת גבר עמיתי החכם השלם זה סיני כמה"ר יעקב אלפאנדארי נרו והרבה להשיב לומר שהנערה הנז' לית בה שום זיקה כלל ושרייא לאתנסבה ואחריו החזיק במעוזו אחד מגדולי הדור הלא הוא החכם השלם הדיין המצויין עצום ורב כמהרר"א נבון נר"ו והסכים בשריותא דהנערה הנזכר ומענותנותיה כי רבה היא רצה לעמוד על דעתי אף כי לאו למודעי הוא צריך ועמדתי על כל הצדדין וצדדי צדדין וראיתי שהדין דין אמת שאין לנערה הנז' שום זיקה כלל ושריא להתנסבא לכל גבר דתצביין ולאפושי גברא קא אתינא הצעיר יהודה רוזאניש:

הלכות גירושין

פרק א דין י"ד כתב הרמב"ם ז"ל בד"א כשהי' הגט בכתב יד סופר אבל אם כתב הבעל הגט בכתב ידו וחתם עד אחד ונתנו לה ה"ז גט פסול ע"כ נ"ב משמע דהא אם נתנו לה בעדי מסירה כשר ולית כאן למיחש כיון דניכר מתוכו כמ"ש הרב בכ"מ פ"ג ומ"ש רבינו פ"ג שאם היה בו עד אחד כשר ונמסר בעדים די"א שהגט בטל ולא יראה לי דבר זה אלא פסול מדבריהם ע"כ לא קאי אלא אכתבו שלא לשמה וה"ק ול"נ דלא הוי מזוייף אלא כמזוייף דילמא אתי למיסמך אעדי חתימ' ופוסל מדבריהם וממילא דבע"א לא שייך האי חששא:

פ"ב דין ח' כתב הרמב"ם ז"ל הבעל שהביא גט בידו חתום ע"כ נ"ב הא דנקט חתום לחידושא נקטיה וכמ"ש ועיין מהרש"ך ח"א:

שם אמר לאחרים וכו' נ"ב הל"מ תמה על הרב ב"י ז"ל דכיון דדעתו דרבינו ס"ל דנאבד כ"ש דפסול אם כן למה באותה בעיא דכתבו ותנו לשליח כתב דכיון דהרמב"ם לא כתבה זאת אלא בנמצא פסול משמע דבנאבד לא אבעיא לן והגט בטל וכו' ע"כ נ"ב לק"מ

דכשעשאו שליח לנתינה אם כשכתבו ונתנו לה ונמצא פסול והרי גמרה שליחותן אפ"ה מטעם דנתינה מעליא קאמר כותבין כ"ש בנאבד דעדיין לא נתנו כלום אבל כשעשאו שליח לכתיבה לבד נהי דאיכא לספוקי היכא דכתבו פסול שמא כתיבה מעליא קאמר מ"מ כשכתבו גט ראוי ונאבד הרי נגמר שליחותן:

פ"ג דין ט' כתב הל"מ וז"ל ואולי י"ל לדעתו דמחמירין טפי גבי מתה דאמרינן כי היכי דמת זה מת האחר אבל בנפילה אם נפל מהאחד לא חיישינן בהוחזקו ע"כ נ"ב על כרחין צ"ל כן דאל"כ קשה ההיא עובדא בההוא גיטא שתבא בסירא כדאיתא בפרק האשה שלום והכי כתבו התוס' שם וכ"נ דברי הטור:

פ"ג דין ט"ו כתב הרמב"ם ז"ל הכל כשרים לכתוב את הגט חוץ מחמשה כותי ועבד וכו' מפני שהכותי על דעת עצמו הוא כותב וחש"ו אינם בני דעה והעבד אינו בתורת גיטין וקידושין ע"כ נראה דטעמא דעבד פסול משום דלאו בני כריתה נינהו והתוספות והרשב"א והר"ן כתבו דלא שייך משום דלאו בני כריתות נינהו אלא בעדות אבל כתיבה כיון דלאו משום עדות הוא ושליחו' נמי לא בעינן לא שייך למיפסל משום דלאו בני כריתות נינהו כי היכי דלא פסלינן מילה בעובדי כוכבים אע"ג דלאו בני מילה נינהו ולע"ד נראה כדברי הרמב"ם מדאמרינן בגמר' גבי מתניתין דכל השטרות העולי' בערכאות של עובדי כוכבים ר"ש אומר אף אלו כשרים ופריך בגמרא והא לאו בני כריתה נינהו ופי' רש"י דכיון דלא שייכי בתורת גיטין אינם נעשים עדים בדבר דכתיב וכתב ונתן מי שישנו בנתינה ישנו בכתיבה ואע"ג דגמ' איירי אליבא דר"מ מ"מ מדר"מ נשמע לר"א דס"ל דכתב דקרא אכתיבת סופר קאי דדרשינן מי שישנו בנתינה ישנו בכתיב' וכ"נ מפרש"י בגמרא גבי ההיא דפריך והא ערכאות של עובדי כוכבים דפסול' דאורייתא הוא ופי' רש"י דכתיב וכתב ונתן מי שישנו בנתינ' ישנו בכתיב' ומשני ר"א היא דאמר עדי מסירה כרתי ופירש רש"י וכתב אכתיבת הגט כתיב ואיירי כשכתבו סופר ישראל והתוספות כתבו דיש לפסול לעבד בכתיבה דבעי' שליחות אכתיבה מדאמרינן צריך שיאמר לסופר כתוב והרשב"א ז"ל הביא עוד ראי' מדאמרי' בההיא דהוו קרו נפאתה וכתבו אינהו טפאתא דאין חוזרין ועושין לה גט אחרת משום דעשו שליחותן. הן אמת דלפי מ"ש הר"ש בר צמח ז"ל שם דלא אמרו עשו שליחותן אלא כשנכתב ונחתם אין ראיה והרמב"ן ורשב"א והר"ן דחו זה והביאו ראיה מריש זבחים דתנן כל הזבחים שנזבחו שלא לשמן כשרים ופריך בגמרא הא סתמא כשרים ורמינהי הכותב טופסי גיטין צריך שיניח התורף ומשני זבחים בסתמא לשמן קאי אשה לאו לגירושין קיימא ואם איתא דלכתיבה ג"כ בעינן שליחות מאי פריך נהי דסתמן לשמן קאי מ"מ בעינן שיניח

תורף שיכתבנו בשליחות הבעל ומאי משני אשה לאו לגירושין עומדת דמשמע דאי הוה קיימא לגירושין היה יכול לכתוב תורף ולא בעינן שליחות ומאי דפסלינן לכתוב תורף בלא צואת הבעל משום דבלא צואת הבעל לא חשבינן כונתן לשמה אע"פ שמתכוונין לשמה לשם אשה זו:

איברא דהרמב"ם ז"ל רפ"ב כתב וז"ל זה שנאמר בתורה וכתב לה אחד הכותב בידו או שאמר לאחר לכתוב לו וכתב ה"ה דהטעם דבכל התורה שלוחו של אדם כמותו ורבנן דרשי האי וכתב בכתיבה מתגרש' וכו' עכ"ל נראה בפירוש דלכתיבה נמי בעינן שליחות אמנם צריך להבין מאי דמסיים הרמז"ל וכתב לא נאמר וכתב אלא לומר שאינה מתגרשת אלא בכתב והא איצטריך וכתב לה שיהא הבעל כותב או שלוחו ובפרק מי שאחזו אמתניתין דאמרו לו לכתוב גט קאמר בגמרא מני ר"מ היא דאמר מילי מימסרן לשליח אימא סיפא עד שיאמר לסופר כתוב וכו' אתאן לר"י דאמר מילי לא מימסרן לשליח ופירש רש"י מילי מימסרן לשליח דשלוחו של אדם כמותו ור"י סבר לא מימסרן לשליח אלמא דנכתיבה נמי בעינן שליחות וכתב הר"ן בשם הרמב"ן בפ' התקבל דאע"ג דעושה אדם שליח שלא בפניו שאני גט דבעינן לשמה ובעי' נמי וכתב לה כלומר שיכתבנו הבעל ואין הסופר והעדים במקום הבעל אלא כששמעו הם מפיו ובס"פ המגרש קאמר בגמרא וליחוש דילמא אימלוכי אימליך כתב הר"ן בשם הרמב"ן פי' שמא מתחלה אמר לסופר כתוב גט לאשתי וכתב חציו ונמלך ומנעו מלהשלים הגט ונתבטל שליחותו וכשחזר אחר כך וא"ל לשליח לא עשאו שליח אלא לחצי הגט ולא ניתן לגירושין והקשו על דבריו הרשב"א והר"ן דכיון שמתחלתו ועד סופו נעשה כמצותו המלכה שבנתים למה פסלו ולפי מ"ש לק"מ דנהי דבמצות הבעל נעשה מ"מ חציו הראשון נכתב שלא בשליחות הבעל דכיון דנמלך נתבטל שליחותו ובעינן כתיבה בשליחות הבעל ובפרק השולח איבעיא להו חוזר ומגרש בו או אינו חוזר ומגרש כלומר מי אמרינן בטלי' לדבור ראשון שצוה לכתוב הגט לשמה והוי כאלו לא נכתב הגט לשמה כלל או דילמא שליחות דשליח הוא בטיל אבל גיטא לא בטיל ומסיק גיטא גופי' לא בטיל ויש מקצת נוסחאות שגורסות גיטא גופי' מי קא בטלי' דמשמע דאלו בטל הגט בפי' הרי זה בטל ואינה מתגרשת לעולם בגט זה וזו היא שיטת הרמב"ם והתוס' ואם איתא דמאי דבעינן צואת הבעל לאו משום שליחות הוא אלא משום דבלא צואת הבעל לא חשבינן כונתן לשמה א"כ גט זה שנכתב בצואת הבעל הרי נכתב לשמה א"כ מה יכול עוד הבעל לבטל דבשלמא אי בעינן שליחות הבעל לכתיבה אתי שפיר דכיון דבטליה לשליחותיה נמצא כאלו לא נכתב לשמה והוי כאלו אמר כל הרוצה לכתוב גט לאשתי יכתוב ואפילו לגירסאות דגרסי

גיטא גופי' מי קא בטיל הא פירשו טעמא משום דכתיבת הגט לשמה חשיב מעשה ולא אתי דיבור ומבטל מעשה ואי שליחות לא בעינן לכתיבה מה שייך לומר אי אתי דיבור ומבטל מעשה דהכא לאו לדיבורי' בעינן אלא כדי שיכוון הסופר לשמה וכיון שנכתב לשמה מה שייך כאן לביטול וע"כ לא אמרו אתי דיבור ומבטל מעשה או לא אלא היכא דבעי' שליחות והראי' שהביאו הרשב"א והר"ן מזבחים אינה ראי' דלפי הגמרא דפ' מי שאחזו דקאמר תנייא כותי' דרב אשי כתב סופר לשמה וחתמו עדים לשמה ה"ז גט בטל עד שישמעו קולו א"כ מאי מקשה בריש זבחים הא סתמן פסולים כלומר ומ"ש מזבחים דסתמן לשמן הוו והא בגט אפי' כתבו הסופר לשמה פסול כל שלא שמע קול הבעל ואפי' אם צוה הבעל אמרו לסופר פ' שיכתוב גט לאשתי:

איברא דקשה דבפ' מי שאחזו איתא אמר רב כהנא אמר רב חרש שיכול לדבר מתוך הכתב כותבין ונותנין גט לאשתו ואם איתא דבעי' שליחות לכתיבה הא חרש לאו בר שליחות ואינו נעשה משלח ג"כ כמ"ש הרמב"ם בה' שלוחין ואע"ג דלא קי"ל כרב כהנא היינו מטעם אחר משום דבעינן קולו ואפי' בפיקח לא מהני כתב ולסברת הרמב"ם שסובר דלא ממעטינן כתב ידו אלא בחרש דכיון דלאו בר דעת הוא אין סומכין על כתיב' ידו להחשיבו בן דעת לק"מ דרב כהנא סבר דעל כת"י סמכינן להחשיבו בן דעת וכיון דבן דעת הוא עושה שליח ג"כ אבל לסברת הטור דסובר דמקולו ממעטינן אפי' כתב פיקח קשה ועיין בחי' הרשב"א כדברי והתוספות בעירובין דף י"ג כתבו ז"ל והא דתניא כתב סופר לשמה וכו' ה"ז פסול עד שישמעו קולו מדרבנן היא א"נ בסוטה אין הכהן מקפיד אם יכתוב שום אדם ומסתמא ניחא ליה אבל גבי גט מסתמא לא ניחא לי' לבעל עכ"ל ונראה דהיו גורסים פסול ומ"מ דבריהם תמוהים דהא אמרינן עד שישמעו לאפוקי באומר אמרו קולו לאפוקי כ' ידו אלמא אפי' בדניחא לי' לבעל ואמר אמרו לפ' שיכתוב לא מהני ואפי' כתב בכתב ידו. וראי' אחרת מפרק מי שאחזו קורדייקוס דתנן כתבו גט לאשתי ואחזו קורדייקוס אמרו עלה בגמרא אמר רשב"ל כותבין ונותנין לאלתר ור"י אומר אין כותבין אלא לכשישתפה וטעמא דר"י דמדמה לי' לשוטה ע"כ והשתא קשה אם איתא דלכתיבה לא בעינן שליחות ומאי דבעינן קולו היינו משום דבלאו הכי לא חשבינן כוונתו כונה כמ"ש הרשב"א אם כן זה שצוה בעודו בריא ואמר כתבו גט לאשתי ואחזו שטות אח"כ למה לא יכתבו הגט ואם כתבו אמאי הוא פסול מכיון שכתבו לשמה ובצווי הבעל ובשלמא לסברת הסוברים דבעי' שליחות לכתיב' אתי שפיר דכיון דנשתטה נתבטל השליחות וכ"ת אם איתא דבעינן שליחות לכתיבה א"כ ש"מ שמצוה לכתוב גט וכן מגוייד או צלוב דכותבין ונותנין לאשתו ומי איכא מידי

דאיהו לא מצי עביד ומצי משוה שליח ובשלמא למ"ד דלא בעינן שליחות לכתיבה ניחא ויש ליישב כאשר נבאר לקמן ובפ' ר"ג איתא בעי רמי בר חמא הרי אמרו אמר ללבלר כתוב גט לארוסתי לכשאכנסנה אגרשנה ה"ז גט מפני שבידו לגרשה ולאשה בעלמא לא מפני שאין בידו לגרשה יבמתו מאי תיקו ופירשו התוס' דלאשה בעלמא לא טעמא כיון דאין בידו לגרשה בשעה שעשהו שליח אלמא בפי' דבעינן שליחות לכתיבה וכ"ת התם ה"ט משום דהוי מקנה לדבר שלב"ל וכ"כ התוס' בשם ר"י דהיינו דוקא למ"ד אין אדם מקנה דשלב"ל. אבל למ"ד מקנה הוי גט כי היכי דמהני לענין שיחרור בלוקח עבד ע"מ לשחררו וכ' לו הרי גופך קנוי לך מעכשיו עכ"ד דבריהם קשים לשמוע דהתם בעבד באותה כתיבה זכה מעכשיו העבד והוי דשלב"ל אבל הכא אין כאן הקנאה ואם ירצה שלא לגרשה הרשות בידו אחר כך מצאתי בירושלמי פ"ק דתרומות דפריך לרשב"ג דאמר פקח ונתחרש כותב ואחרים מקיימין כת"י שתרם טבלו ממתני' דמי שאחזו הרי שכתב בכת"י ואמר לסופר כתוב ולעדים חתמו אינו גט עד שישמעו קולו ומשני אר"י בחרש אנן קיימין ואין שליחות לחרש ע"כ ובמסכת נזיר גבי מי איכא מידי דאיהו לא מצי עביד ומצי משוה שליח כתבו התוס' וההיא דר"ג ה"ט דכיון דאיהו לא מצי עביד השתא לא מצי משוה שליח איברא דלפי זה קשה דהא קי"ל דיכולה אשה לומר לחברתה לושי לי קמח והפרישי לי חלה וטעמ' דיש ביד' להביא עיסה מגולגלת ולו' עיסה זו תהא חלה על הקמח לכשיהי' נילוש ואין זה דבר שלא בא לעולם כיון דבידה לעשות קרוי שפיר דשב"ל ואלו בפ' ר"ג בעי ליבמתו מהו ומאי קמיבעיא לי' והא, בידו לבא עליה ולגרשה אלא ודאי כיון דהשתא לא מצי לגרשה לא מצי משוי שליח כיון דמחוסר מעש' לבא עלי' ומחמת זה כתבו התוס' דגבי חלה נמי לא מהני אמנם מצאתי ראי' לדין זה ממתני' דהאומר כתבו גט ותנו לאשתי שכותבין ונותנים והא בעינן שליחות לנתינה והשתא לא מצי עביד דעדין לא נכתב הגט, וע"כ ה"ט כיון דבידו לעשותו קרוי שפיר דשב"ל וההיא דיבמתו אין בידו לבא עליה אם היא לא תרצה דאזיל ועקת לעלמא:

ולפי מה שהעלינו דצריך שליחות לכתיבה גם כן צריך ליישב מה שהקשינו לעיל ממגוייד או חולה שמשוה שליח לכתוב גט לאשתו ומי איכא מידי דאיהו לא מצי עביד ומצי משוי שליח והכי אמרו גבי כהני' אי שלוחי דידן הוו מי איכא מידי דאנן לא מצי עבדי ומצינן לשוויי שליח ולכאורה היה נראה לחלק דהתם ישראל לאו בני קרבנות נינהו כלל מה שאין כן הכא דחולה בר כריתות הוא והכי מחלק בגמרא פרק קמא דקידושין. גבי עבד אמנם צריך להבין עדין דבמסכת נזיר אמרינן מי איכא מידי דאיהו לא מצי עביד השתא ומצי משוה שליח ומהאי טעמא לא מצי משוה שליח לאשה דהיא נשואה

השתא וכן להפר נדרי אשתו דמי איכא מידי דהשתא לא מצי עביד ומצי משוה שליח ואמרו שם דסבירא ליה לר' יאשיה כמ"ד דאדם מצי מפר נדרי אשתו קודם שתדור:

איברא דהרמב"ם ז"ל כתב בהלכות נדרים דשליחות לא מהני משום דכתיב אישה יקימנו ואישה יפירנו וכ"כ מהרי"ק וצ"ע דלמה איצטריך להאי טעמא כיון דפסק כחכמים דאמרי דהאומר לאשתו כל הנדרים שתדורי עד זמן פ' דלא מהני משום דכתיב אישה יקימנו ואישה יפירנו את שבא לכלל הקם בא לכלל הפר וע"כ לא איצטריך ר' יאשי' להאי קרא אלא משום דס"ל כר"א דמצי מפר כל שתדור וע"כ הי' נראה דס"ל להרמב"ם ז"ל דאדם מצי משוה שליח אפילו למאי דאיהו לא מצי עביד וה"ט משום דבר הפרה הוא וכההיא דעבד אבל זה אינו דבהלכות אישות פסק' הרמב"ם להההיא דנזיר ולא דמי להההיא דעבד דאמר עבד בר כריתות הוא ומשום הכי משוה שליח אע"ג דאיהו לא מצי לקבלו דהתם אין במעשה שום גריעות דהמעשה שהוא הגט יכול להתעביד השתא וכיון דהמעשה יכול להתעביד השתא מצי משוי שליח כיון דשייך הוא בגטין מה שאין כן התם דמאי דלא מצי עביד הוא אינו משום גריעות דילי' אלא משום דאין המעשה בא לעולם וההיא דאיצטריך הרמב"ם ז"ל בנדרים דשליחות. לא מהני לקרא אפשר דאירי לנדרים שכבר נדר אמנם עדין קשה דפרק הגוזל עצים תניא ואם היה זקן או חולה נותנו לכל כהן שירצה ועבודת' ועורה לאנשי משמר ופריך האי זקן או חולה ה"ד אי דמצי עביד עבוד' עבודת' ועורה נמי תהוי דידיה ואי דלא מצי עביד עבודה היכי משוי שליח ומשני עבודה דכי עביד ע"י הדחק עבודה היא משוי שליח ומאי קושיא דהא כי אמרינן מי איכא מידי דאיהו לא מצי עביד לא משוי שליח היינו היכא דלאו בר עשוי הוא כלל כגון ישראלים דלאו בני קרבנות נינהו או היכא דהגריעות הוא במעשה כגון דהוי דשלב"ל:

פ"ה דין ב' כתב הטור בסי' קל"ט בשם הרמ"ה דצריך דבשעה שנותן לה הבעל בחצרה שתהא היא עומדת בצד' אבל אם בשעה שנתן הגט בחצרה לא היתה שם ואח"כ באתה שם אע"פ שאמר לה הרי זה גיטך אינה מגורשת וכמו כן בגיטה וחצרה באין כאחד בעי' שעומדת בצד החצר בשעת נתינ' הגט לתוכו ע"כ ונראה שטעמו משום דכל שבשעה שנתן הגט לא היתה היא עומדת בצדה לא קרינן ביה ונתן בידה דמה ידה הסמוכה אף חצרה הסמוכה בעינן ומרן הב"י הביא דברי הרשב"א והר"ן ז"ל שחולקים ע"ז שכתבו דאם נתן הגט כבר בחצרה שהיא משתמרת וא"ל הא גיטך בחצרך ואמרה תזכה לי חצרי שבעכו נעשית כמי שהיתה ידה ארוכה ולא עוד אלא שאם לא נתנו שם עדין אלא שאמרה היא זרוק לי גיטי בחצרי ותזכי לי חצרי ה"ז מגורשת דהא חצר לא גרע משליחות עכ"ד הרשב"א והר"ן ז"ל פירש הירושלמי בכה"ג בהדא שאמרה היא תחלה

ואח"כ זרק לה דאלו נתן הוא כבר בחצרה ואח"כ אמרה היא תזכה לי חצרי לא ידעתי האיך היא מתגשת דהא בשעה שזרקו שם חצר לא הוי לא שליח דידיה ולא זלית דידה ואנן בעינן שיאמר ה"ז גיטך ואם כשאמר לה כן לאחר שאמרה תזכה לי חצרי אמר לה ה"ז גיטך אם כן היינו גונא בתרא עכ"ל ותחלה צריך לבאר דברי הרשב"א דנראה דאיירי בחצרה שהוא משועבד לבעלה ואע"פ שכשנתן לה הגט לא היתה עומדת בצדה ע"מ כל שאמרה היא אח"כ תזכה לי חצרי וא"ל הוא הא גיטך ב"ח מועיל ואע"פ שאינה עומדת בצדה משום דכיון דגילה דעתה לזכות הוא זכתה לה חצרה כמו מתנה וליכא למימר הא כשנתן בחצרה לא היתה בצדה ולא קרינן בה ונתן בידה ועכשו ג"כ כשאמר לה ה"ז גיטך אף עפ"י דחשיב כאלו עומדת בצדה מ"מ הא נא בא מידו לידה והוי כטלי גיטך מע"ג קרקע דכיון וחצרה משועבד לו חשיב כאלו היה בחצרו וכשאמרה היא אחר כך תזכה חצרי ה"ז כמי שנטלו מידו שהרי מרשותיה בא לרשותה כיון דגיטו וידה באים כאחד אבל אם כשנתנו בחצרה שאינו ששועבד לבעלה ולא היתה עומדת בצדה אע"פ שאח"כ באתה היא לצדה וא"ל ה"ז גיטך לא מהני דלא קרינן בי' ונתן בידה שהרי בשעת הנתינה לא היתה ידה ואח"כ כתב הרשב"א ז"ל דאפי' אם אמרה היא זרוק גיטי ותזכה חצרי דאע"פ דאיכא למימר שמא חזרה אח"כ ותו לא חשיב זכות וכאותה שאמרו בירוש' במזכה גט לאשתו במקום יבם הגע עצמך שהיתה צווחת להתגרש אני אומר חזרה בה מ"מ אמרינן דחצרה נעשה שליח קבלה וכמו דגבי שליח קבלה לא חיישינן לזה ולפי זה א"ש דלא תיקשי מה שהקשה הר"ן ז"ל ע"ד הרשב"א דאי איירי בשא"ל אח"כ ה"ז גיטך אחר שאמרה היא תזכה חצרי א"כ היינו גוונא בתרא וזה אינו בפ"ש דהסברא בתרייתא איירי דאחר שאמרה תזכה לי חצרי שבמקום פ' הלך הבעל ונתנו שם דמדין זכי' אי אפשר למיתי עלה דהא איכא למיחש לשמא חזרה בה אם לא שנאמר דנעשה החצר שליח קבלה. ובזה לא איירי הירושלמי דהא לא אתי מדין יד אלא מדין שליחות אלא מיירי כשנתנו כבר בחצרה שבצפורי ובשעה שאמר לה הא גיטך אלו היתה עומדת היא בצדה כיון דהחצר משועבד לבעל הוי גט שהרי החצר מכחו של בעל בא לה ודמי להיכא דהיה הגט בחצרו ואח"כ הקנה החצר לה דאז ודאי מהני וכדמוכח מההיא עובדא דש"מ דכתב לה גיטא לדביתהו בהדי שניא דמעלי שבתא יע"ש ועכשו שאינה עומדת בצדה כיון דאמרה תזכה לי חצרי זכתה לה ולפי זה איכא למימר דהרשב"א לא פליג אהרמ"ה בזרק גיט' בחצרה שאינו משועבד לבעל דאם נתנו שם כבר ואח"כ באתה האשה בצדה וא"ל השתא ה"ז גיטך בחצרך דלא הוי גט משום דהוי כטלי גיטך מעל גבי קרקע וכן נראה מדברי הרשב"א ז"ל בחידושיו דף כ"א יע"ש אבל במ"ש הרמ"ה ג"כ דהיכא דגיטו

וידה באים כאחד בעינן נמי שתהא עומדת בשעת נתינה בצד חצרה דבריו צ"ע דע"כ איירי כשהחצר משועבד לבעל א"כ כי היתה נמי בשעת נתינה בצד החצר עדין לא קרינן בי' ונתן בידה שהרי בשעת נתינת הגט שם לא היתה ידה שהרי היה משועבד לבעל וליכא למימר גיטה וחצרה באין כאחד שהרי בשעת הנתינה שם לא נתנו לשם גירושין. וגם על דברי הרשב"א יש לתמוה במ"ש דאם עשהו לחצר שליח מהני דהא חצר לא גרע משליחות דבפ"ב דגיטין אמרו אמר אביי מכדי חצר מידה איתרבאי מה ידה דאיתא בין בע"כ ובין מדעתה אף חצרה ג"כ והא מתנה מדעתה איתיה בע"כ ליתי' כלומר בהיכא דנתן הגט בחצרו וכתב לה שער מתנה דקאמר רבא דהויא מגורשת ע"כ ואם איתא דחצרה כל שהיא מדעתה אתיא מדין שליחות ממש א"כ מאי ק"ל לאביי לימא ליה דכי האי גוונא חצר מדין שליחות אתיא והתוספות כתבו שם דכי אמרינן חצר לא גרע משליחות ה"ד לענין שלא בפניו אבל לשאר דברים בעינן דומיא דידה דאל"כ חצר מהלכת אמאי לא קנה מטעם שליחות כמו שליח מהלך אע"ג דמטעם יד לא קנה:

פ"ו דין ז' כתב ה"ה גם הראב"ד השיג ואם נתקיים בחותמיו ולא הוצרך לומר בפני נכתב למה אם הביאו פסול ע"כ נ"ב נראה לי דטעמו של רבינו משום דאינו נאמן לומר שעשאהו שליח והו"ל ספק אם עשהו שליח או לא ואפי' יודה הבעל כמ"ש ה"ה פ"ט דין ל"ב:

שם דין י' כתב ה"ה אבל אם א"ל הולך וכו' עד אמר אביי נקטינן שליח מתנה כשליח הגט למאי נ"מ להולך לאו כזכי וה"ה לתן נ"ב ק"ל דבגמ' אמרו שליח מתנה כשליח הגט ובמתנה כתב הרמב"ם דתן הוי כזכי ועיין בהרשב"א פרק כל הגט דף ל"ו:

שם דין י"א כתב ה"ה שליח האשה וכו' עד וזה דעת רבי' שהאריך בבאור הא לך גט כמו שאמרה ע"כ נ"ב קאי באם אמר לו הולך ותן לה ולא אמר כמו שאמרה:

שם דין י"ד כתב הראב"ד ז"ל דברי' בגו שאם הביאו השליח ממקום שצ"ל בפ"נ ובפ"נ וכו' נ"ב לא הבנתי זה דהא דשליח נאמן היינו משום דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן דמי וא"כ כל שלא קראו העדים הגט לא שייך לומר כן:

שם דין ח"ו כתב הר"מ ז"ל יכול לבטל לזה שלא בפני זה ואפי' בפני ב' אחרים ע"כ נ"ב ר' איירי לעיקר הדין והא קמ"ל דלא אמרי' מילתא דאיתעביד באפי עשרה צריכה באפי עשרה למישלפה וזהו דקאמר ואפי' בפני שני' אחרים וסובר הוא ז"ל דפלוגתא דרבי ורבנן בהכי הוא וכלישנא בתרא והשתא א"ש הא דכתב בסמוך ואפי' היו י' משבטלו וכו' דבהא לא פליג ר' ורבנן:

פ"ז דין ב' הקשה הבל"מ מ"ב כיון דלדעתו דכשהבעל מערער אינו גט מן התורה א"כ מה תירצו בגמרא לבעי תרי מדאורייתא לא בעי קיום ורבנן הוא דאצרוך ומשום עיגונא אקילו א"כ כשבא בעל וערער למה אינו ערעור וסומכין על עד אחד שאמר בפני נכתב ונחתם וכו' נ"ב הא דאמרינן עדים החתומים על השטר כמי שנחקר' עדותן היינו היכא דליכא מערער אבל היכא דאיכא מערער לא וכ"כ רבינו בפרק זה ועל פי זה נתיישב מ"ש הבכ"מ בה' עדות פ"ג ומשום הכי כל היכא דליכא מערער ובא השליח ואמר בפני נכתב ונחתם נאמן כבי תרי ושוב כשבא הבעל ומערער אינו נאמן:

שם דין ה' כתב הר"מ ז"ל שליח שהביא גט ממקום למקום בח"ל וכו' אם היה השליח עומד בשעת כתיבתו וחתימתו ה"ז אומר בפני נכתב ונחתם בא הבעל ועירער אין משגיחין בו ע"כ וכתב הטור בסימן קמ"ב ואפי' אם הביא עד אחד וכתב מרן הב"י זה פשוט מדאמרינן בפרק' קמא דהאמינוהו לשליח האומר בפ"נ ובפ"נ כבי תרי ופשיט' דאין דבריו של אחד במקום שנים ע"כ וצריך להבין דגבי מתני' דהמביא גט בא"י דא"צ לומר בפ"נ ובפ"נ ואם יש עוררין יתקיים בחותמיו בעי בגמ' ערער דמאי אילימא עירער חד והאמר ר"י אין עירעור פחות משנים אלא ערעור דבעל ע"כ והשתא בא"י כיון דאין צריך לומר ב"נ וב"נ א"כ ע"כ לא האמינוהו חכמים כבי תרי וע"כ צ"ל כן דאם הוא נאמן כבי תרי היאך מהני ערעור דבעל וא"כ אמאי לא מהני ערער חד ועיין בטור בסימן קמ"א שכתב ז"ל המביא גט מא"י אם בא עד אחד וערער לומר שהוא מזוייף אין שומעים לו ע"כ וכי תימא אפי' במביא בא"י ע"כ צ"ל דהאמינוהו כבי תרי לענין שהבעל עשהו שליח דנהי דאין צריך לומר בפני נכתב ונחתם כיון דמצויין לקיימו אבל לעניין שהבעל עשהו שליח ע"כ צ"ל דהאמינוהו רבנן כבי תרי זה אינו דא"כ אמאי מהני ערעור דבעל כיון דנאמן כבי תרי שעשהו הבעל שליח תו מה יכול בעל לערער והא כל שיש עדים על השליחות תו א"צ לומר ב"נ וב"נ והרמב"ם כתב במביאו בא"י דאם בא הבעל וערער ה"ז יתקיים בחותמיו ואם לא נתקיים ה"ז גט בטל ע"כ:

איברא דצריך להבין כיון דמן התורה עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן דמי ורבנן הוא דאצרוך קיום כי אתי בעל ומערער ליכא אלא לעז בעלמא וגבי המביא גט ממ"ה דנאמן עד א' פריך תלמודא האי קולא הוא חומרא דאי מצרכת תרי לא אתי בעל ומערער וכו' כתבו התוס' דאינו אלא לעז בעלמא דהא מן התורה עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן דמי אמנם לפי מאי דמסיק שם כיון דאמר מר בפני כמה נותנו לה חד אמר בפני ב' וחד אמר בפני ג' מעיקרא מידק דייק כשאמר בפני נכתב ובפני נחתם דלא מרע אנפשיה, (א"ה מתוך דברי א"א הרב ז"ל למדתי דאפשר לומר דהא

דס"ל להרמב"ם דהא דקי"ל עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן דמי היינו היכא דליכא מערער אבל היכא דאיכא מערער לא דלמדו ממאי דפריך תלמודא ברפ"ק האי קולא הוא חומרא הוא דאי מצרכת תרי לא אתי בעל מערער ופסיל לי' וכו' ומאי קושיא הא קאמר תלמודא לעיל מזה דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד ורבנן הוא דאצרוך והכא משום עגונא הקלו וכיון שכן אף אם יבא בעל ויערער לא משגחינן בי' דהרי הוא ד"ת אלא ודאי נראה דע"כ לא אמרינן דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן דמי מדאורייתא היינו היכא דליכא מערער אבל כל שבא הבעל וערער הגט בטל מן התורה ולכך פריך תלמוד' האי קולא הוא חומרא הוא וכו' ותירץ תלמודא דכיון דאמר מר בפני כמה נותנו חד אמר בפני ב' וחד אמר בפני ג' מידק דייק וכו' כלומר כיון דזה העיד קודם שבא מערער שדין תורה מסייע ליה כדאמרן והוא מידק דייק האמינוהו כבי תרי ושוב אין הבעל נאמן אף לדין תורה):

וכתב הרא"ש בפסקיו גבי אתיוה בי תרי ואמרי שהבעל שלחם דתו לא מהימן בעל לומר לא שלחתיו וכיון דודאי שלחם לא חיישי' לשמא החתימו הבעל בעדים פסולים דאינו חשוד לקלקלה במתכוין אבל בחד אי לא אמר בפ"נ ונחתם מצי לומר בעל לא שלחתיו ומזוייף הוא אבל כי אמר בפני נכתב ונחתם כי היכי דהאמינוהו לומר בפ"נ ובפ"נ נאמן לומר שהבעל עשהו שליח ולפ"ז נראה דבא"י כיון שאינו אומר בפני נכתב ונחתם אין להאמינו על השליחות וכן נראה מדברי הטור דבא"י צריך שיביא ראיה על השליחות האמנם הרמ"ה כתב דבא"י נאמן על השליחות וכן נראה מסברא דהא טעמא דבא"י אין צריך לומר בפני נכתב ובפני נחתם ותנשא לכתחלה ה"ט משום דמן הדין עד אחד נאמן בכאן כיון דקיום שטרות דרבנן אלא דבח"ל חיישינן לערעור דבעל כיון דאין מצויין לקיימו אבל בא"י ליכא למיחש לערעור דבעל דאם יבא ויערער הרי עדים מצויין לקיימו ומש"ה תנשא לכתחלה כיון דהשליח אומר הבעל שלחני מן הדין נאמן כיון דגיטו יוצא מתחת ידו קושטא קאמר והא דמפסיל כשבא הבעל וערער אינו אלא משום לעז כמ"ש התוס' ולפיכך המביא גט בא"י נאמן לומר שהבעל עשהו שליח אלא דאם בא הבעל וערער מפסיל משום לעז וערעור דאחד לא מהני דכיון דהוי מלתא דעבידא לאגלויי דאם בא הבעל וערער ערעורו ערעור נאמן כבי תרי לגבי ע"א הבא לערער:

אלא דצריך להבין דבפ"ב דיבמות תנן המביא גט ממ"ה ואמר בפ"נ ובפ"נ לא ישא את אשתו ובגמרא טעמא במ"ה דעליה קא סמכינן אבל בא"י דלאו עליה קא סמכינן כלומר דבא"י א"צ לומר בפ"נ ובפ"נ ישא את אשתו וכתב הרב בעל נימוקי יוסף ז"ל בח"ל דעלי' הא סמכינן דאי לאו משום עדותו שאמר בפ"נ ובפ"נ כתב הגט לא מעלה הלכך

יש לחושדו שמא מעיד שקר וק"ל דהא בא"י ג"כ אינה מותרת לינשא אלא מפני שמעיד שהבעל עשהו שליח ואיכא למימר שמא עיניו נתן בה ומעיד שקר ואילולי דבריו הייתי מפרש כך טעמא דמ"ה דעליה קא סמכינן כלומר דאם בא הבעל וערער אין ערעורו כלום ואיכא למיחש לשמא משקר אבל בא"י דלאו עליה קא סמכינן דאם בא הבעל וערער ערעורו ערעור מירתת ולא משקר והכי אמרו בפ"ב דגיטין גבי מתניתין דאף הנשים שאינם נאמנות לומר מת בעליך נאמנות להביא את גיטה פריך בגמרא והתניא אינם נאמנות ומשני כאן בארץ כאן בח"ל בארץ דלאו אדיבורא דידה קא סמכינן מהימנא בח"ל דאדיבורא דידה קא סמכינן לא מהימנא כלומר דאי אתי בעל ומערער משגחינן ביה נאמנ' כיון דהוי מלתא דעבידא לאיגלויי וע"כ לא פריך שם אדרבה איפכא בארץ דאי אתי בעל ומערער משגחינן ביה דאיכא למימר לקלקלה קא מכוונא לא מהימנא אלא משום דהיא אינה מפסדת כלום ואדרבה זו היתה כונתה כדי לקלקלה אבל הכא אי אתי בעל ומערער הרי הוא מפסיד ומפקינן לה מיני' לא עביד דמשקר ומדברי כלם נלמוד דשליח המביא גט בח"ל האמינוהו חכמים כתרי חד על קיום הגט וחד על שהבעל עשהו שליח ובא"י האמינוהו לומר שהבעל עשהו שליח לדעת הרמ"ה ולדעת הטור צריך שיביא ראיה על שליחותו וע"כ לא האמינוהו בח"ל לומר שהבעל עשהו שליח אלא מפני שאומר בפני נכתב ובפני נחתם וכן דייק דברי הרא"ש ז"ל שכתב דכל שאומר בפ"נ ובפ"נ האמינוהו חכמים לומר שהבעל עשהו שליח וגבי מתני' דהמביא בא"י דאם יש עליו עוררים יתקיים בחותמיו מוקי לה בגמרא בערעור דבעל וכתב הרא"ש אבל בלא ערעור דבעל תנשא ולא חיישי' לזיופא לפי שהבעל אינו חשוד לקלקלה בידי שמים ומש"ה ערעור דלקוחות לא חיישינן ותנשא עכ"ל וצריך להבין לפי סברת הטור דבמביא גט בא"י צריך שיקיים שליחותו א"כ תו מה ערעור שייך הא כתבו הפוסקים דכל שיש עדים על השליחו' ליכא למיחש לזיופא ומשמע מדבריהם דאפילו אם בא הבעל וערער לא מהני:

איברא דהטור כתב דאם בא הבעל וערער חיישי' ואני כתבתי לקמן דזו היא סברת רש"י ז"ל אבל מדברי הרא"ש ז"ל אין נראה כן כמ"ש הב"י וכ"ת דהא דכתבו דכל שיש עדים על השליחות ליכא למיטען היינו טענת מזוייף כלומר לא כתבתיו אבל אם טוען שלא נכתב לשמה או שהחתימוהו בעדים פסולים חיישינן דהא כתב הרא"ש דכל שודאי שלחם ליכא למיחש לשמא זייפו הבעל דאינו חשוד לקלקלה ב"ש:

איברא דדברי הרא"ש ז"ל בעצמם צריכים להבין שכתב אבל בלא ערעור דבעל לא חיישינן לזיופא דאינו חשוד לקלקלה ב"ש ע"כ ונהי דליכא למיחש לשמא זייפו הבעל

דאינו חשוד לקלקלה בידי שמים מ"מ ניחוש לטענת מזוייף והבעל לא שלחו ואמאי ערעור הלקוחות לא מהני והוא הדין ערעור דחד אלמא מוכח דאיירי בדליכא למיטען מזויף ולא שלחתיו דאיירי בדאיכא עדים על השליחות וערעור דבעל היינו שנכתב שלא לשמה או שהחתימו בעדים פסולים ואע"ג דאינו חשוד לקלקלה בידי שמים היינו בסתמא לא חיישינן להכי אבל אם בא הבעל וערער בהא חיישינן ואיכא למימר דהרא"ש ג"כ סובר כסברת הרמ"ה דאף בא"י נאמן השליח לומר שהבעל עשהו שליח כשם שנאמן בח"ל ומש"ה אם בא הבעל וערער לא שלחתיו ומזוייף אין ערעורו כלום להכחיש לשליח כיון דחכמים האמינוהו כבי תרי אלא דיכול לערער ולומר לא נכתב לשמה או עדים פסולים הם ואע"ג דבסתמא לא חיישינן להא מכל מקום כל שבא הבעל וערער חיישי' וצריך לקיימו וגבי הביאו שנים כיון דהוי מלתא דלא שכיח לא חיישינן לשמא יטעון הבעל שזייפו דהא נמי הוי מלתא דלא שכיח והוי תרי דלא שכיח ולא חיישינן והשתא אתי שפיר דהא בא"י איצטריכא לטעם דמצויין לקיימו ואף ע"ג דנאמן על השליחות כבי תרי ושוב אינו יכול לומר לא שלחתיו ומזוייף הוא דלפי' הראשון ק' מ"ש דבא"י אצטריכא לטעם דמצויין לקיימו ותיפוק לי' כיון דב' הביאו שוב אינו יכול לערער כלום מידי דהוה בשנים שהביאו בח"ל דאצ"ל בפ"נ ובפ"נ:

והשתא דאתינא להכי דאף בא"י האמינוהו על השליחות אתי שפיר מ"ש הרמ"ה ז"ל דהפסול מן התורה פסול להביאו בא"י דע"כ לא האמינוהו רבנן לומר שהבעל עשהו שליח אלא בעד כשר וכ"ת ואפילו לא יהא נאמן מצד עצמו ליהמניה במיגו דאי בעי הוה יהיב לה דמטעם זה נאמן השליח לומר לגירושין נתת לי ואע"ג דהתוס' כתבו בפרק האומר דאין זה מיגו דשמא האשה לא תרצה לקבל הגט כיון דבעל אומר לפקדון ועוד דבלא שום מיגו הימנוהו רבנן לשליש כדמשמע ס"פ זה בורר גבי ההיא סבתא דאפקידו גבה מלוגא דשטרא ואמרה דפריע הוא והימני' רב נחמן בלא שום מגו דכיון דאיתחזק בב"ד אי בעי קלתי' לא אמרי' אבל דעת הרמב"ם הוא דנאמנות השליש הו' מטעם מגו. וכ"כ הרא"ש ומ"ש דאין זה מגו דשמא האשה לא תרצה לקבל הגט כיון דהבעל אומר לפקדון אין זה כלום דמ"מ מתחלה היה בידו ליתנו לה קודם שיערער הבעל וכן בההוא עובדא בסבתא נמי מתחלה היה בידו לקורעו ואיכא למימר דהתוספות ג"כ סברי דנאמנות השליש הוי מטעם דאי בעי קלתי' קודם שיבא לב"ד ומ"מ אין זה חשיב מגו גמור כדי להאמינו מן התורה אלא שחכמים האמינוהו כיון דהימני' מעיקרא. איברא דהרא"ש בריש מסכתין כתב דכי היכי דהימנוהו חכמים לשליח לומר בפ"נ ובפ"נ האמינו נמי לומר שהבעל עשהו שליח כיון שהגט יוצא מתחת ידו ולא מצי לומר בעל

לא שלחתיו וצריך להבין דכיון דהימנוהו חכמים לומר ב"נ וב"נ א"כ אמאי איצטריכו תו ליהמני' לומר שהבעל עשהו שליח דלמאי איכא למיחש למזוייף ליכא למיחש דהא נתקיים הגט לנפילה ליכא למיחש כמ"ש התוס' לפקדון ליכא למיחש שהרי השליש נאמן במגו דאי בעי הוה יהיב ליה עכשיו אפילו התוס' שכתבו דאין זה מגו טוב דשמא האשה לא תרצה לקבלו היינו היכא שהבעל טוען לפקדון אבל היכא דליכא שום מערער הא ודאי אי הוה בעי הוה יהיב לה עכשיו. וראיתי לרב מהרימ"ט א"ה סי' ט' שכתב דטעמו של הרא"ש הוי מטעם דאי בעי הוה יהיב לה ועוד מטעם שבידו ע"כ וכבר כתבתי ואין זה במשמעות לשון הרא"ש וכבר ראיתי להרב מהריב"ל שדקדק כדברי:

זה מצאתי שהשיב בימי חרפו והשאלה נאבדה:

ראיתי את השאלה ומה שנגזר עליה מאת הרב המובהק הפוסק ה"י והגם שדבריו אינם צריכים חיזוק ומה גם מאיש כמוני כי ידעתי שאין ידיעתי מכרעת וכמה פעמים מנעתי עצמי להניף ידי בטיב גיטין וקדושין כי מיראי ההוראה אני ועכשיו לא יכולתי להתאפק כי הייתי עלי מצוה לשמוע דברי הרב המובהק מהר"ר יוסף ה"י ולכן אמרתי לגלות דעתי כי גם אני מסכים הולך בשריותא דהך איתתא והגם שהיה נראה לומר דנהי דאין שליח הגט צריך שום ראיה לומר שהבעל עשהו שליח שחכמים האמינוהו כל שאומר בפני נכתב ובפני נחתם מ"מ היכא דהחזיק עצמו ובא מכח שטר הרשאה ושטר הרשאה קא מכחישו יראה דאינו נאמן ודמי לאותה שאמרו הבא לידון בשטר ובחזקה נידון בשטר ד"ר רשב"ג אומר בחזקה ואסיקנא דבלברר קא מפלגי כלו' דאם נמצא השטר מזוייף בטל חזקתו ואע"ג דכל שיש לו חזקה א"צ לשטר מכל מקום כיון שבא לידון בשטר ומהשטר אין ראיה בטלה חזקתו וה"ה נמי בנדון דידן אף על גב דהיה השליח נאמן לומר שהוא שליח בלא שום שטר כיון שבא להחזיק עצמו מכח השטר והרי השטר מכחישו בטלה נאמנותו והגם דאיכא כמה מרבוותא דפסקו הלכה כרשב"ג ה"ה רשב"ם ור' משלם ואור זרוע ומהרי"ח הביאה בהגהת אשירי בפ' ז"ב היינו לומר דא"צ לברר ולהביא עדים אבל אם הביא עדים ואמרו להד"מ אפילו רשב"ג מודה דבטלה חזקתו תדע דהכי הוא דהא בפ' שבועת העדות אמרו גבי פרעתיך בפני פ' ופ' ואתו ואמרו להד"מ הוחזק כפרן ואמר רבא עליה כל מילתא דלא רמייא עליה דאיניש אמר ולאו אדעתי' הא לאו הכי הוה אמינא הוחזק כפרן אלמא דאפי' במידי דנאמן אדם בלא שום ראיה מ"מ כל שבאו עדים ואמרו להד"מ הוחזק כפרן ובפ' האשה שלום נמי גבי מתני' דהית' קטטה בינו לבינה ובאה ואמרה מת בעלי אינה נאמנת ובעו בגמרא ה"ד קטטה ואמרו באומרת לבעלי גירשתני והקשו וליהמנא לדידה מדרב המנונא דאמר רב המנונא האשה

שאמרה לבעלה גירשתני נאמנת חזקה אין האשה מעיזה פניה בפני בעלה ומשני כגון דאמרה גירשתני בפני פ' ופ' וששיילנא להו ואמרו להד"מ אלמא אע"ג דהאשה נאמנת לומר גירשתני אפ"ה כל שהחזיקה עצמה על פי עדים ואתו עדים ואמרו להד"מ אינה נאמנת ואל תשיבני מההיא דפ' המדיר גבי מתני' דמשמשתו נדה דפריך בגמרא אי דלא ידע ניכול ומוקי לה באומרת פ' חכם טהר לי הכתם ואזל ושייליה ואשתכח שקרא ואמרו עלה בירושלמי וכולהו בעדים כלו' שבאו עדים ואמרו עמנו הי' ביום פ'. אבל ע"פ כהן וחכם אינה מפסדת וכ"כ הרשב"א והרא"ש דאלמא דכל מידי דנאמן אדם בלא שום ראיה אפי' אם תלה נאמנותו באחרים אע"ג דבאו ואמרו להד"מ נאמנת היא וכ"כ מהר"י קאר"ו בתשו' בדיני מל"ת ז"ל ואפי' אם בא העד והכחיש האשה היא נאמנת והביא ראיה מפ' שבועת העדות דאמרו הכל מודים בע"א שהוא פטור כגון דאמר לה לדידה ולא אמר להו לב"ד לפי שהיא יכול' לבא לב"ד ולומר מת בעלי ונאמנת ואע"פ שהעד כופר ונשבע שאינו יודע לא משגחינן ביה וכ"כ הבש"ה ביבמות:

אבל הא לאו מילתא היא דהתם ה"ט משום דהוי ע"א בהכחשה דהאשה קמכחיש אותו ואומרת אתה תקנת לי את הכרי ואינה מן הדין שתפסיד כתובתה אבל לענין ודאי שאינה נאמנת כל שבא החכם ואמר להד"מ וכ"כ הב"י בה' נידה ומן התימה על הרב מהר"י קאר"ו בתשו' שלא שת לבו לדברי הר"י שכתב דאין האשה נאמנת ואפי' הרשב"א והרא"ש לא אמרו אלא לענין כתובה ודלא כמשמעות הב"י בא"ה סי' י"ז וכ"ת הא דאמרינן דאם באו עדים ואמרו להד"מ דהוחזק כפרן ה"ד במידי דאתי מכח עדים דאע"ג דהוא נאמן בלא שום ראיה מ"מ כל שבא לדון מכח ראיה ואתו עדים ואמרו להד"מ הוחזק כפרן אבל במידי דלא אתי מכח ראיה כנדון דידן דאפי' לא הי' שטר הרשאה מעולם הוה מהני אפי' אם באו עדים ואמרו להד"מ נאמן ולא הפסיד נאמנותו זה אין לחלק דהא בההיא דפרק שבועת לא הוחזק כפרן אלא מטעם דלא רמי איניש אדעתי' הא לאו הכי כגון שהזמינם לעדים דבכה"ג רמי איניש אדעתי' הוחזק כפרן כמ"ש הפנ"י בפרק גט פשוט ואף על גב דפריעת החוב אינה תלוי' בעדים וכתבתי כ"ז מפני שראיתי למי שכתב דאפי' אם הזמינם לעדים ובאו ואמרו להד"מ דנאמן ואתו עליה מטעם דפריעת החוב לאו מכח עדים קא אתי וזו היא סברת מהרימ"ט בח"א סי' ק"ט:

האמנם עדיין איכא למשרי בנדון דידן דמ"ש בשטר השליחות חסר מסימני הגט דברא' השטר כתוב ולאהבתי ואלו בגט כתוב ולאבהתי הרבה מוכיח מתוכו שזה טעות סופר דאין אהבה בגט וכמ"ש הרא"ש והמרדכי דכל היכא דהדברים סותרות זו לזו תלינן בט"ס ואיכא למימר דאפי' רבינו תם שחילק על ריב"ח היינו טעמיה משום דקי"ל עד רובו של

חדש לא טעו אינשי אבל בטעות הכתיבה כ"ע יודו דתלינן בט"ס ומטעם זה כתב בעל העיטור משמיה דרבוותא באם לא האריך או שלא כתב יודין היתרות שהוא פסול ה"ד כשבא הבעל ואומר כוונתי לטעות כדי לקלקלה אבל אם לא בא הבעל וערער תנשא לכתחלה דתלינן בט"ס וגדולה מזו כתב מהרשד"ם בסימן פ"ב בגט שהי' כתוב בו פ' בן ראובן ובשטר הרשאה כתוב פ' בן שמעון שיש לדון אותו בט"ס וראיתי להרב המובהק הפוסק ה"י הביא מתשו' ה"ר ישראל שכתב דלא תלינן בט"ס אלא היכא שמוכיח מתוך השטר שהוא ט"ס דהדברים סתרי זו לזו וע"כ איכא ט"ס לא כן היכא שהכרח הוא מבחוץ וכן נראה מדברי הרא"ש שכתב דע"כ איכא למיתלי בטעות שהרי דבריו סותרים זה את זה וע"כ טעה הסופר אבל אין זה ראיה דהא דאיצטרך הרא"ש לזה היינו משום דבנדון דידיה הטעות הוא בחשבון הימים וקי"ל דמשעבר רובו של חדש לא טעו אינשי ואם לא היו הדברים סותרים זו לזו דע"כ טעה לא הוה תלינן בט"ס אבל היכא דהטעות הוה בכתיבה דעבידי אינשי למטעי כנ"ד אע"ג דהכרח הוא מסברא תלינן בט"ס וכן מוכיח מתשו' ר' יונה שהביא הרא"ש וכבר ראיתי לה' הפוסק שדחה תשו' מהרר"י מכח תשובת הרא"ש ואני אומר דבנדון דידן גם מהרר"י מודה דתלינן בט"ס ואע"ג דהכרח הוא מסברא מוכיח מתוכו הוי שאין דרך לכתוב בגט שום אהבה וע"כ לא אמר מהרר"י אלא היכא שהכרח הוא מבחוץ דמתוך השטר לית שום הכרח למיתלי בטעות כנדון דידיה שדילג הק"ק שכתוב הזמן כהלכתו ואין מוכיח מתוכו שום טעות אלא דידוע לנא מבחוץ לפי רוב השנים דטעות יש כאן דמסתמא לא נכתב גט זה לפני כמה אלפים אבל היכא דהטעות מוכיח אפי' מסברא תלינן בט"ס ועוד אחרת יש לי טעם לשבח דע"כ לא אמר מהר"י דכל היכא שהכרח הוא מבחוץ לא תלינן בט"ס אלא היכא שהטעות הוי בגט דהרואה הגט בידה אומר לא זהו גיטה אבל, היכא דהטעות הוה בשטר השליחות ליכא למיחש בהאי שמא תאמר דאין כאן מוכיח מתוכו אלא דלשון אהבתי הכתוב בגט הוי ט"ס מכיון שאין אהבה בגט אבל אין מוכיח מתוכו מה הי' צריך לכתוב במקומו והוי כאלו נמחק התיבה מכל וכל וכבר כתבנו לעיל דהבא לידון גם בשטר ומהשטר אין ראיה כגון באתו עדים ואמרו לא ידענא מזה דהפסיד נאמנותו והוא הדין נמי הכא כיון שבא לידון מכח שטר השליחות ומשטר השליחות אין שום ראיה דהפסיד נאמנותו לאו מלתא היא דכי אמרו דהבא לידון אף בעדים ואתו סהדי ואמרו לא ידענו מזה דהפסיד נאמנותו ה"ט משום דהוחזק כפרן שהרי אמר פרעתיך בפני פלוני ופלוני ונמצא שקרן אבל הכא אפי' תימא דחשיב כאלו נמחק התיבה של אהבתי מכל וכל ואין כאן סימני הגט לא הוחזק כפרן ואי משום דאין כאן סימני הגט מה בכך דל מהכא השטר כאלו

נאבד הוא נאמן ועוד דהא איכא סימנים אחרים וע"פ יקום דבר ועוד נ"ל דכגון דא מוכיח מתוכו הוי דצריך לומר לאבהתי במקום לאהבתי שהרי כיון שאתה באת לחוש מכח דבגט כתוב לאבהתי בראש השיטה הדבר מוכח דכותב שטר השליחות טעה ובמקום לאבהתי טעה והקדים ה"א לבית ולאהבתי הכתוב בשטר השליחות צ"ל לאבהתי. כל זה כתבתי להלכה ולמעשה אחר שיסכימו עמי מורי ורבותי הרבנים המובהקים ה"י גם אני אהיה סניף לדבריהם נאם הצעיר אפרים נבון:

שם דין י"ד כתב הרמב"ם שנים שהביאו גט בח"ל וכו' עד שהרי אין הבעל יכול לערער בגט זה ע"כ והטור בא"ה סי' קמ"ב כתב וז"ל ואם שנים שלוחים להביאו א"צ לומר בפ"נ ובפ"נ אלא ינתן לה אע"פ שאינו מתקיים בחותמיו ומ"מ יכול לערער כשיבא הבעל ולומר מזוייף הוא ויתקיים בחותמיו ע"כ ונראה דס"ל להטור כסברת רש"י דהא דב' שהביאו גט אצ"ל בפ"נ ובפ"נ משום דהרי עדים מצויין לקיימו ומ"ה כל שבא הבעל וערער יתקיים בחותמיו. אבל דעת רוב המפרשים הוי דהיינו טעמא דכל דאייתוה בי תרי ואמרו שהבעל שלחם תו לא מהימן לומר לא שלחתים דמה אלו יאמרו בפנינו גירשה מי לא מהימני והכי אמרו בגמרא ולפי זה תו אין הבעל יכול לערער. וכ"ת כיון דכל שאומרים שהבעל שלחם ליכא למיחש לשמא החתים עדים פסולים א"כ אמאי איצטריך ליהמוני מטעם מיגו דמה אלו יאמרו בפנינו גירשה בלא שום מיגו ליהמני להו כיון דשנים אמרו שהבעל שלחם ובפרק האיש מקדש אמרו אמר לב' צאו וקדשו לי אשה הן הן שלוחיו הן הן עדיו וכן בגירושין אם שלח גט לאשתו ע"י שנים:

אמנם בירוש' איתא עשה שליח ליתן גט לאשתו צריך ליתנו לה בפני שנים ואין השליח עולה משום השנים וכתב הרא"ש בר"פ השולח הא דקאמר צריך ליתנו לה בפני שנים היינו כר"א דאמר עידי מסירה כרתי ואין השליח משום השנים שהרי הוא עומד במקום הבעל וכ"כ הרמב"ם בפ"ו ז"ל שליח שהביא גט כשהוא נותנו לה נותנו לה בפני שנים ואותן השנים צריכין לקרותו ואח"כ ינתן לה בפניהם שדין השליח עם האשה כדין הבעל עמה שתחתיו הוא קם. אבל הרשב"א כתב בריש פרק השולח דבעידי מסירה השליח עולה במקום ע"א והוי מהשנים דהא לכ"ע שליח נעשה עד ע"כ. איברא דמדברי הרשב"א בפ"ק אין נראה כן שכתב ז"ל ומיהו נראה דכיון דקי"ל כר"א דאמר עידי מסירה כרתי אף המביא בא"י צריך ליתנו לה בפני שנים דליהוי מגורשת אלא דמביא בא"י אינו צריך אלא שנים להיותם עידי מסירה ומביא בח"ל פעמים שצריך שלשה כשהביאו קרוב או פסול דאינן כשרים לקיים את הגט ע"כ נראה מדבריו דבא ליישב דלפי מאי דקי"ל כר"א דבעינן ליתנו בפני שנים אף בא"י אם כן מה חילוק יש מא"י לח"ל ולזה קאמר דבח"ל

פעמים שצריך ג' כגון שהביאו קרוב וכו' ולפי מ"ש בפ' השולח דהשליח הוי משום השנים הא ודאי בא"י א"צ ליתנו לה בפני שנים אלא השליח ועד אחד עמו סגי וצ"ע. ומ"ש הרמב"ם והרא"ש ז"ל דבעידי מסירה אין השליח עולה אפי' במקום אחד מפני שהוא במקום בעל דבר צריך להבין דא"כ שנים שהביאו את הגט דקי"ל דלא צריך לומר בפ"נ ובפ"נ וכתב הרמ"ה הביאו הטור בסוף סי' קמ"ב דלא סגי דלא מסרי לה תרווייהו ומקיימא כולא מילתא בבת אחת אבל חד דמייתי אע"ג דאיכא תרי דמסהדי אשליחותי' אי לא מסר באפי עדי שליחות גופייהו אע"ג דמסר לה באפי סהדי אחריני לא מתכשר דהוה לי' שליחות דכל כת וכת חצי דבר ולא מצטרפי ע"כ (א"ה עיין מ"ש הטור בסימן הנזכר בשם הרמ"ה גבי ואומר בפני נכתב ונחתם בשעה שנתנו ליד האשה או סמוך לה וכו' דנראה דתלויים בזה):

והשתא לפי דעת הרמב"ם בשנים שהביאו את הגט דצריך ליתנו לה באפי סהדי אחריני דהשלוחים עומדים במקום הבעל אם כן הוי חצי דבר ובפ"נ גבי מתני' דאחד אומר בפני נכתב ושנים אומרים בפנינו נחתם כשר אמר ר' אמי ל"ש אלא כשהגט יוצא מתחת ידי עדי כתיבה דנעשו כשנים ע"ז וכשנים ע"ז אלמא קסבר ב' שהביאו את הגט צ"ל בפ"נ ובפ"נ והשתא קשה דהא עדות דכל כת וכת חצי דבר אלא מוכח דבדרבנן לא אמרינן דבר ולא חצי דבר:

שם דין כ"ג וכ"ד כתב הר"מ ז"ל האיש שנתן גט לאשתו וכו' עד בד"א כשהתנה עליה הבעל תנאי זה אבל אם לא התנה אלא נתן לה גיטה והרי הגט יוצא מתחת ידה אינה צריכה לומר כלום דאין חוששין שמא זייפה אותו שהרי אינה מקלקלת עצמה וכתב ה"ה ראיה לרבינו שהרי אמרו האשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת ע"כ. ודברים אלו קשים דהתם היינו טעמא דחזקה אינה מעיזה פניה בפני בעלה ונראה דטעמו של רבינו הוא מההיא דפ' התקבל דף ס"ד בעל אומר לפקדון ושליש אומר לגירושין רב חסדא אמר שליש נאמן ופרש"י ז"ל שהוא בשליח קבלה וע"כ בשלא נתקיים בחותמיו איירי תדע מדפריך תלמודא על ר' חסדא ממתני' דקתני צריכה שתי כתי עדים ואיצטריכו לאוקמי לה דלא נפק גיטה מתותי ידיה וכו' אלמא דשליח קבלה ונפיק גט מתחת ידו נאמן ובנפיק גיטה מתותי ידה ג"כ נאמנת וכן נראה מההיא דאמרו שם בעל אומר לגירושין והיא אומרת נתן לי ואבד וכו' הא לאו הכי אע"ג דליכא עדים מהימן ואפי' רב הונא לא פליג אלא בשליש אבל אי אמרה היא קמאי דידי לגרושין יהביה ניהליה מהימנא מגו דאי בעיא אמרה לדידי יהביה ניהליה בעל ואע"ג דכל היכא דאיכא עד דקא מסייע לה מעיזה פניה ואינה נאמנת כי נפיק גיטה מתותי ידה מהימנא וזה מוכרח בפי' הסוגיא

ומעתה לא תיקשי מ"ש הרשב"א לסברת ר' מההיא דתנן א"א הייתי וגרושה אני דאם יש עדים דאינה נאמנת דהתם שאני דאין גיטה נפיק מתותי ידה וכ"כ הבכ"מ:

איברא דצריך להבין דבגמרא אמרו ומודה רב הונא דאי אמרה איהי קמאי דידי יהבי' ניהליה לגירושין מהימנא במיגו דאי בעי אמרה לדידי יהביה לגירושין ואינו יכול לטעון ולומר לפקדון נתתיו ואלו רבינו כתב בפי"ב בהוציאה גט מתחת ידה דאם בא הבעל וערער ואמר לפקדון נתתיו לה יתקיים בחותמיו ועוד קשה כיון דהיא אומרת גירשתני אמאי לא תהיה נאמנת דחזקה אין האשה מעיזה פניה בפני בעלה וליכא למימר דהיינו טעמא דכיון דנפיק גיטה מתותי ידה מעיזה ומעיזה דזה אינו דהא אמרו בגמרא דאי אמרה אתתא קמי' דידיה יהביה ניהליה לגירושין מהימנא במיגו דאי בעי אמרה לדידי יהביה ניהליה לגירושין ומהימנא וכתב ה"ה בפי"ב דה"ט מדר' המנונא דהאשה שאמרה לבעלה גירשתני נאמנת ולא אמרינן כיון דנפיק גיטה מעיזה פניה וכ"כ הב' העיטור ולמד כן משמעתין וכ"כ הרי"ף בתשובה שכל שהוציאה גט מתחת ידה וטען הבעל שלא נתנו לה אינו נאמן וכ"כ הרשב"א בחי' יע"ש ונלע"ד דע"כ לא קאמר הר"מ ז"ל דאם בא הבעל וערער ואמר לפקדון נתתיו דצריך לקיים בחותמיו אלא בהוציאה גט מתחת ידה ואמרה בעלי נתן לי שלא בפני בעלה דע"ז קאמר דנאמנת ותנשא בו וע"ז כ' דאם בא אח"כ הבעל וערער לומר פקדון נתתיו נאמן דלא שייך כאן לומר חזקה אינה מעיזה פניה דכיון שקודם שבא הבעל אמר' הכי קי"ל דשלא בפני בעל' מעיזה ומעיזה ומה שהיא אומר' גירשתני כשבא הבעל להחזיק דבריה אמרה כן וכ"כ הטור בסי' קנ"ב אבל אם תוציא האשה גיט' בפני בעלה ותאמר גירשתני נאמנת דחזקה אינה מעיזה פניה ונ"ל דהיינו דוקא כשטוען הבעל לפקדון נתתיו ואז אינה מעיזה פניה לומר לגירושין נתתה לי דאין הגט יסייע כלום שהבעל אינו כופר בגט אלא שטוען לפקדון נתתיו אבל כשהבעל טוען מזוייף הוא אזי ודאי מעיזה פנים שהגט מסייע לה דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן הוי ולמדתי כן מתשו' הרי"ף שהביא ה"ה:

איברא דצריך להבין הא דתנן מצא גט אשה בשוק דאם אין הבעל מודה לא יחזיר לא לזה ולא לזה וכתבו התוס' בפרק כל הגט דף כ"ז ז"ל ואינה נאמנת לומר גירשתני דכיון דאיכא גט מעיזה ומעיזה וכן כתב הרא"ש בפרק אלו מציאות ואלו בשמעתין נראה דאפי' בדאיכא גט נפיק מתחת ידה נאמנת ולפי מ"ש הרשב"א ז"ל בחידושיו דלדידה לא עביד איניש דמפקיד לה ניחא דמ"ה נאמנת כיון שהוא מודה שכתבו ולפקדון לא חיישינן כמ"ש ולנפילה ע"כ לא חיישינן כמ"ש הרמב"ם והרשב"א וכיון שהגט יוצא מתחת ידה בודאי שהבעל נתנו לה לגרושין אבל לפי מ"ש ה"ה דטעם נאמנות דידה הוא מדרב

המנונא וכ"נ מדברי הרא"ש בשמעתין וכ"כ הרב בעל העיטור קשה ועיין מ"ש הוא עצמו בדיני שטרות בדף כ"א וצריך ישוב ובגופא דשמעתין צריך להבין דלמה לי לומר במיגו דאי בעיא אמר לדידי וכו' ותיפוק לי' דבאותה טענ' עצמ' דקאמרה קמאי דידי יהביה ניהליה הרי היא אומרת גרשתני ומהימנא מנא מטעם חזקה ונראה לומר דכי קאמרה קמאי דידי אין להאמינה מטעם חזקה דאינה מעיזה דאיכא חזקה אחרת כנגדה דחזקה דאם איתא דלגירושין יהביה לדיד' הוה יהיב לה ומ"מ מטעם מיגו מהימנא ודע עוד דהא דכתב רבינו דאשה שגיטה יוצא מתחת ידה דנאמנת משום שאינה מקלקלת עצמה אין זה עיקר הטעם דהלא אפי' שליח קבלה נאמן אף דלא שייך האי טעמא כנראה מדברי רבינו פ"ו דין ב' ובפי"ב דין י"א ודין י"ג:

פ"ה דין א' כתב ה"ה וז"ל ובהלכות כתוב שם קשיא דרב אדרב דהכא פסק הלכה כר"י והתם בהמגרש אמר לאפוקי מדר"י ע"כ נ"ב הא דקי"ל היינו כשכתוב התנאי בשטר אבל בע"פ לא ועיין בפ' מי שאחזו:

שם כתב ה"ה וז"ל ושם נתבאר וכו' עד יש מי שסובר כדברי רבינו בע"מ והיא שיהא בידה לקיימו ומ"מ לא דחו הברייתא ע"מ מאתי' זוז שאינו בידה לגמרי שאם הוא אינו רוצה לקבלם הגט פסול נ"ב ונראה דר' סובר כיון דאינו אלא פסול דרבנן לא חיישינן לשמא לא ירצה לקבל המעות וכיוצא לזה כתב ה"ה בפ"ד מהלכות אישות ועיין מ"ש ה"ה בפ' זה דין כ"א:

שם דין ח"י כתב הרמב"ם ז"ל הנותן גט לאשתו ע"ת שתתן לו מאתי' זוז כו' עד ואין עד א' מן הראשונים וא' מן האחרונים מצטרפין ע"כ נ"ב מכאן נ"ל דעדות מיוחדת בגיטין אינם מצטרפין:

שם דין י"ט כתב ה"ה והאריך ובסוף דבריו כתב וצ"ע ע"כ נ"ב עיין בפ"ז מהלכות אישות דכתב ה"ה שכל האומר ע"מ שיהיה כן כיון שהי' פעם אחד נתקיים התנאי ועיין במהרי"ט ז"ל סימן מ':

פ"ט דין ט' הקשה הרב בעל ל"מ ז"ל על תשובת הרי"ף שהביא ה"ה טובא חדא דאמאי לא ניחוש שמא פייס הוא לה ובטלו שניהם התנאי של ק"ק ע"כ נ"ב עיין בתוס' בפ"ב דלא חיישינן לזה אלא כשהיה הולך דלטובתה נתכוון ולא לצעורה וא"ש השתא ומחל לה התנאי וכ"כ הרא"ש:

שם באותו דין כתב ה"ה ז"ל וכן האומר לאשה זה מבואר שע"כ לא אמרו בגמרא אבל אמתני' הא לא אתא אלא כשאינו בעיר אבל כשהוא בעיר לדברי הכל חוששין ע"כ נ"ב מדברי התוס' בפרק המביא תניין דף ח"י ע"ב נראה דכל שהוא עמה בעיר מסתמא

מחמת קטטה קמכוין ולא להתפייס שם דין י"ו כתב הר"מ ז"ל שכיב מרע שכתב גט לאשתו וגירש ועמד אינו יכול לחזור שאין גיטו כמתנתו וכו' בפ' מי שאחזו אמר רב הונא גיטו של ש"מ כמתנתו ואם עמד חוזר ולית הילכתא כרב הונא גזיר' שמא יאמרו יש גט לאחר מיתה ע"כ ובהאי מימרא רבו הפירושים דמדברי רש"י ז"ל נראה דהא דלא קי"ל כרב הונא היינו דוקא בסתמא שלא התנה כלום אבל באומר אם מתי דברי הכל אם עמד חוזר אפי' מת מאותו חולי והיינו דוקא כשהלך בלא משענת אבל אם הלך על משענתו אם אמר מחולי זה אומדין אותו אם מת מאותו חולי משום דמחולי זה קאמר אבל באומר אם מתי סתם גיטו גט ושיטה אחרת יש דאפי' באומר אם מתי סתם אומדין אותו והוא דעת הטור והרמב"ם כמ"ש ה"ה בה' זכיי' ונראה דטעמייהו היו משום דבאומר אם מתי סתמא מחולי זה קאמר אמנם יש חילוק בין סברת הרמב"ם לסברת הטור דלדעת הרמב"ם בכל גוונא בעי אומדנא בין הלך במשענת בין הלך בלא משענת ולדעת הטור כל שהלך בלא משענת לא בעי אומדנא ואע"פ שחזר וחלה מחולי הראשון בטל הגט כיון שנתרפא שעה אחת. והתוספות אזלי לשיטה אחרת והעלו דאפי' באומר אם מתי מחולי זה בעי אומדנא גזירה שמא יאמרו כשמת מאותו חולי ורואים שהגט בטל יאמרו שאין התנאי גורם שהרי מת מאותו חולי אלא מיתה גורם ולכך לא הוי גט כשעמד ויש גט לאחר מיתה אבל השתא דעמד אינו חוזר כיון דמת מאותו חולי יאמרו שתנאי החולי גורם ולפי דבריהם בין הלך במשענת בין שלא במשענת בעי אומדנ' אם מת מאותו חולי אלא שבהלך על משענתו בעי אומדנא משום דמחולי זה קאמר ושמא לא מת מאותו חולי ובהלך בלא משענת מדינא לא היה בעי אומדנא דהרי כבר נתרפא שעה אחת ואפי' מת אח"כ מאותו חולי אלא דמשום גזירה דשמא יאמרו בעי אומדנא ולפי זה באומר אם מתי סתם והלך על משענתו כיון דליכא עמידה לא בעי אומדנא ובהלך בלא משענת ועדין לא הבריא לגמרי נראה לכאורה דכיון דאיכא עמידה והרי נתרפא שעה אחת דבעי אומדנא דודאי כל האומר אם מתי סתמא כאומר מחולי זה קאמר ולאו תנאה דלעולם כמ"ש הרשב"א והר"ן ז"ל:

איברא דעדין יש לדקדק דלא ליבעי אומדנא באומר אם מתי ולא אמר מחולי זה דכיון דטעמא דבעינן אומדנא הוי משום גזירה דשמא יאמרו כשרואים שמת אח"כ מאותו חולי והגט בטל שאין התנאי גורם שהרי מת מאותו חולי כל זה שייך באומ' חולי זה אבל באומר אם מתי סתמא לא שייך האי גזירה כשרואי' עמד שהרי הכי התנו אם מתי והרי עמד שעה אח' אמנם עדין איכא למימר זיל לאידך גיסא ולא ליבעי אומדנא ואפי' כי מת מחולי אחר ליהוי גיטא כל עוד שלא הבריא לגמרי דבשלמא באומר מחולי זה

מחמת חולי זה קאמר וכל שנתרפא שעה אחת ומת אח"כ מחולי אחר מדינא נתבטל הגט דמחולי זה קאמר ולא מחולי אחר וגם לא שייך למיגזר אבל באם מתי סתמא כל עוד שלא הברי' לגמרי אע"ג דנתרפא שעה א' מאותו חולי מדינא לא נתבטל הגט דאם מתי סתמא כל עוד שלא יבריא כמו שהיה מקודם קאמר ולא אזלינן בתר אומדנא ולומר דכל שעמד חזר ביה מידי דהוי אמתנה דכל שעמד בטלה מתנתו וזו היא שיטת ר' ירוחם:

שם דין י"ז וח"י כתב הר"מ ז"ל הרי זה גיטך אם מתי מחולי זה אינו גט וכו' אם לא יעמוד מחולי זה ונפל עליו בית או שנשכו נחש הרי זו ספק מגורשת וכן פסק בש"ע. ונראה דההחילוק בין רישא לסיפא דמחולי זה משמע מחמת חולי זה וכשאכלו ארי הרי לא מת מחמת אותו חולי. ובאם לא יעמוד מספקא לן אם ר"ל אם לא יעמוד מחמת זה החולי או דילמא אם לא יעמוד מתוך אותו החולי קאמר ולפ"ז מוכרח דכי אמרו אין אונס בגיטין הויא אפי' באונס דלא שכיח ומן התימא על הב' ש"ע דבסימן קמ"ד פסק דאונס דלא שכיח חשיב אונס והיא סברת הטור ולפי מש"ל דדעת הרמב"ם והטור דאומר אם מתי סתמא הוי כאלו אמר מחולי זה ובעי אומדנא ה"ה אם אכלו ארי דלא הוי גט וכן אם אירע לו אונס דשכיח ולא שכיח דהא לדעת הרמב"ם ז"ל דס"ל דאפי' אונס דלא שכיח כלל אין אונ' בגיטין כמ"ש ואפ"ה כל שאמר מחולי זה לא הוי גט וה"ט דמחולי זה קאמר והרי לא מת מחולי זה ולפ"ז נראה דאפי' אם אירע אונס דשכיח ומת מחמת המאורע דלא הוי גט דלא שייך הכא לומר הו"ל לאתנויי דהא התנה בהפך ופירש דלא קביל אונס אחר ולדעת הטור כל שאינו אונס דלא שכיח כלל הוי גט:

שם דין כ"ג כתב מרן בכ"מ ז"ל אמר כתבו גט לאשתי אחר השבוע וכו' עד ונ"ל שאפשר לומר שטעמו של רבינו שכל שהוא אחר שבוע אפילו מופלג לא נפיק מכלל אחר השבוע ע"כ נ"ב צ"ע בפ"ג דנזיר אבעיא לן אמר הריני נזיר לאחר כ' יום ונזיר מעכשיו:

שם דין כ"ה ה"ה בסוף לשונו אבל כאן שאחר שנתיחד לא עשה כלום כבר נתבטל שליחותם ע"כ נ"ב ק"ק דבס"פ מי שאחזו מייתי תניא כותי' דר"י ה"ז גיטך כ"ז שאעבור מכנגד פניך ל' יום וכו' הואיל ולא נתייחד עמה ה"ז גט ולגט ישן אין חוששין כיון דלא נתייחד עמה דמשמע דאם נתייחד עמה לא נתבטל הגט ואע"ג דלא עשה שום מעשה אחר היחוד:

שם דין ל"ב כתב ה"ה אמר לסופר כתוב לי גט וכו' עד ואפילו יודה הבעל הויא לה ספק מגורשת ע"כ נ"ב זה אינו דאם יודה הבעל הוי גט כשר אבל כשאינו מודה הוא דהוי ספק שמא אין הבעל שלחו:

דין ל"ג כתב הרמב"ם האומר לשליח תן גט זה לאשתי במקום פ' וכו' עד תנהו לה ביום פ' ונתנו לה בתוך הזמן אינו גט ע"כ נ"ב כתב המבי"ט ז"ל ח"א סימן קצ"א דאם נתנו אחר הזמן כשר יע"ש וזה אינו דלעיל כתב רבינו הרי שאיחרו הזמן ונתנו לה ה"ז פסול: **גט** שניתן לשליח שיתנהו לאשה ע"ת שאם לא אבא עד זמן פלו' יהא גט ואם אבא לא יהיה גט ונתאחר השליח בדרך עד שעבר הזמן שקבע לו המגרש מהו ליתנו לאשה השתא אם הוא כשר אי לא:

מלתא כדנא נחלקו בה רבותינו האחרונים הללו פוסלין והללו מכשירין שהגאון מהרא"ם ז"ל היה מחמיר ביה טובא מתרי טעמי אי משום קפידא דבזיון דבעל שיחשבו העולם ששלח לגרש את אשתו בגט מוחלט בלתי שום סיבה ואי משום שינוי דעת הבעל שהרי הבעל לא עשהו שליח אלא בגט על תנאי וכאלו א"ל אל תגרשנה אלא בתנאי כיון דאיכא קפידא גדולה שרוצה לגרשה בתנאי כדי שאם ירצה לבא תוך הזמן לא תהיה מגורשת וכיון דמאמר תנהו בתנאי ממעט שלא יתנהו לה בלתי תנאי והבלתי תנאי כולל בין אם נותנו לה תוך זמן בין אם נותנו לה לאחר זמן איך נוכל לחלק בין הבלתי תנאי דתוך זמן ובין הבלתי תנאי דלאחר זמן שבזה יהיה גט פסול ובזה יהיה גט כשר זת"ד הרא"ם ז"ל. ואיש שכנגדו היה חלוק עליו הוא הרב הר"י ן' בולט ז"ל ועשה מעשה והתירה. גם הרב מרן ב"י כתב ע"י היה מעשה בצפת ת"ו והתרצו בכנופיא וכן הוא דעת מהרדב"ז ונראה שכל אלו המורים דלא חששו להני מילי שכתב הרא"ם טעמייהו הוה דאי משום קפידא דבזיון דקא' הרב לא שייך הכא מכיון דהבעל הרחיק נדוד וחושש פן יקראנו אסון בדרך ותשאר אשתו עגונה,, א"כ אין לך סיבה גדולה מזו במה ששלח לה את גיטה ומה שלא קבע זמן בגט היינו משום דידע בנפשי' שלא יוכל לבא אצלה ואינו קובע זמן אלא מי שהוא בטוח בנפשיה שיוכל לבא כמ"ש המרדכי בפ"ב דגיטין גם מהטעם השני שכתב הרא"ם דאיכא שינוי דעת הבעל שהבעל לא עשהו שליח אלא בגט על תנאי וכאלו א"ל אל תגרשנה אלא בתנאי ולא בלתי תנאי כיון דאיכא קפידא גדולה והבלתי תנאי כולל בין נותנו לה תוך זמן בין אחר זמן ואיך נוכל לחלק ביניהם איכא לאקשויי עליו דכיון שכל מה שאתה אומר דהוי כאלו א"ל אל תגרשנה בלתי תנאי אינו אלא משום דאיכא קפידא גדולה מהא גופא נמי נשמע דהבלחי תנאי לא הוי אלא במקום דאיכא קפידא דהיינו כשנותנו לה תוך הזמן לא כשיתנהו לאחר זמן דאז ליכא קפידא שהרי כבר גמר לגרשה ועוד הדבר בעצמו א"א לאומרו שהבלתי תנאי כולל שניהם בין נותנו לה תוך זמן בין אחר זמן שהרי בכל מקום מכלל הן אתה שומע לאו וכיון דהנתינה בתנאי לא שייך אלא כשנותנו תוך הזמן ולא לאחר זמן הבלתי תנאי ג"כ לא קאי אלא

כשיתנו תוך הזמן ולא כשיתנו לאחר זמן וכבר ראיתי למוהרא"ש שהקשה עליו כמו כן וכתב דאין לחוש לטעם השני שכתב הרא"ם ושגם הרב עצמו לא עמד בסוף דבריו ואם יש לחוש אינו אלא מהטעם הראשון ולפי דברים אלו זכינו לדין להתיר בנ"ד דלא שייך לומר משום בזיון דבעל שהרי זה שגירשה לא מדעת עצמו גירשה אלא מחמת שהאשה תבעתו בכך ושורת הדין חייבו כיון שאינו יכול לבא אצלה ושמעתי שהרב מוהרא"ש התיר דכוותה דנ"ד מטעם דאיש אשר כזה שהרחיק נדוד זמן רב ואת אשתו לא זכר לא קפיד אבזיון וה"ט נמי איתי' בנ"ד שזה המגרש יותר משבע' שנים הלך לו:

ברם חזי הוית חד מגדולי דורנו שעמד על מבוכה זו ועם היות כי הוא ג"כ לא ס"ל לקפידת הבזיון וכמ"ש עכ"ז החזיק בכל עוז להעמיד דינו של הרא"ם מן הטעם השני בלבד משום דאיכא שינוי מדברי המגרש והגם דליכא קפיד' וע"ז הרבה בראיות והעל' דיש להחמיר הרבה דאפי' אם נשאת תצא. אבל. לע"ד לא כן אנכי עמדי ולבבי לא כן ידמה אשר ע"כ צריך אני להביא את דבריו ולהשיב עליהם כפי ע"ד. ראשונה הביא ממתני' דשקיל מינה חפץ והב לה גיטא דאע"ג שבא החפץ לבסוף ביד השליח וליכא קפידא אפ"ה לא הוי גט משום ששינה השליח בדבר שדרך בני אדם להקפיד בתחלתו הגם שנתגלגל הדבר דליכא קפידא וה"נ בנ"ד שהבעל צוהו לגרשה בתנאי והוא דבר שדרך בני אדם להקפיד הגם שנתגלגל הדבר שעבר הזמן ונסתלק' הקפידא מ"מ אנן בתר מעיקרא אזלינן זהו ת"ד. ולדעתי לא דמי כלל דהתם בשעה שעשה שליח שליחותו איתי' לקפיד' ונתבטל מיד שליחותו דאין לך שינוי גדול מזה. משא"כ בנ"ד שבשעה שעושה שליח שליחותו ליכא קפידא כל עיקר דכבר נסתלקה משם לגמרי וכיוצא לזו כתב הרב בעפ"מ בח"א סימן מ"ד באש' שמינתה שליח שיקבל לה גיטה מיד בעלה דמהאי לישנא משמע שהקפידה האשה שיקבלהו מיד בעלה ולא מיד שלוחו כמ"ש הרשב"א ז"ל ואי טעמא דקפידא דידה הוי משום דבזיון בכי הא דאסתלק טעמא דבזיון שהרי הבעל לטוב' האשה נתכוון במה שמסרו לשלוחו א"כ יש לנו לומר דבכה"ג לא הקפיד' ע"כ וכמו כן יש לנו לומר בנ"ד שמעיקרא לא צוהו הבעל שיתנהו לה ע"ת אלא כשיתנהו לה תוך הזמן שקבע כדי שאם יבא תוך הזמן תהיה אשתו אבל כל שיעבור הזמן ולא יוכל לבא תו לא איכפת לי' בתנאי' דאינו רוצה שתתענן דכל עצמו לא שלח לה את גיטה אלא כדי שלא ומה"ט גופי' כי מת תוך הזמן לא חשיב אנוס אפילו לרבא כדפרש"י בריש פ"ק דכתובות והכי איתי' בהדי' בפ"ג דנדרים עוד הביא המורה להחזיק דבריו מהירושלמי דקאמר עלה דמתני' ז"ל לית הדא פליג' אר"י דר"י אומר שומר שמסר לשומר ר' חייא בר אבא אמר משום תנאי גיטין מה נפק מביניהון קדם הבעל ונטלו אין תימר משום תנאי גיטין

יאות אין תימר משום שאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר הא אין פקדונו ביד אחר ע"כ. הרי דאע"ג דכי קדם הבעל ונטלו ליכא קפידא בין שליח ראשון לשני מ"מ כיון שבשעה שא"ל שקול חפץ והב לה גיטא הויא קפידא שלא ישלחנו ביד אחר אף על גב דהשתא דקדם הבעל ונטלו אסתלק ההיא קפידא אנן בתר מעיקרא אזלינן זת"ד. וגם זו אינה ראיה דלע"ד הירושלמי בפשיטות מיירי דקודם שנטל בעל את החפץ כבר שליח ראשון נתן הגט לשליח שני שיוליכנה לה וכיון שכן למ"ד משום תנאי גיטין והוי כאלו א"ל שלא ישלחנו ביד אחר נמצא דבשעה שמינה שליח שני לא הי' יכול לעשות שליח דהא איתיה לקפידא. ובר מן דין אפילו תימא דהירושלמי מיירי בכל גוונא ואפי' קדם הבעל ונטל החפץ מעיקרא עם כל זה לא מצי משלחו ביד אחר ואע"ג דכבר נסתלקה הקפידא ה"ט משום דדעתיה דבעל מעיקרא שלא ישלחנו ביד אחר וכאלו צוהו וא"ל אל תגרשנה אלא אתה משא"כ בנ"ד דמעיקרא לא צוהו לשלוחו שיתנהו לה ע"ת אלא כשהיה נותנו בתוך הזמן שקבע אבל לאחר שיעבור הזמן ולא יבא כבר גמר בדעתו מעיקרא לגרשה כדי שלא תתעגן דכל עצמו כששלח לה גיטה מחמת זה הוה ואנן סהדי דאלו הוה ידע מעיקרא שלא יוכל לבא לאלתר הוה קא מגרש ולא היה מתנה כל עיקר:

שבתי וראה דאעיקרא דמלתא אין מכל אלו שהביא המורה ראיה לנדון שלנו דשנא ושנא בין מגרש את אשתו בהחלט ובין שולח לגרש את אשתו בתנאי אם לא אבא דכל מגרש את אשתו בהחלט מסתמא מחמת קטטה שיש ביניהם מגרשה וכי התנה וא"ל בקול חפץ והב לה גיטה לצערה נתכוין ורוצה הוא שתתקיים תנאו ממש כמו שאמר וזהו כונת הירוש' במה שאמרו משום תנאי גטין כלומר דתנאי גיטין שאני משום דלצעורה נתכוין והכי אמרו בירוש' אמתניתין דע"מ שתתן לי אצטלתי דטעמא דחכמים משום תנאי גיטין והוא הוא מה שאמרו בתלמוד דידן משום דלצעורה נתכוין ואיצטלית דוקא קאמר מה שא"כ בשולח לגרש את אשתו בתנאי אם לא אבא וכו' דמסתמא לטובתה נתכוין שלא תתעגן וכמ"ש התוס' בפ"ב דגיטין דף ח"י וכ"נ הרא"ש בתשוב' לא קפיד זה שיתקיים תנאו ממש כמו שהתנה אלא כל שנסתלקה הקפידא תו ליכא למיחש לתנאיה ומה שהביא עוד המורה מדברי מהריק"ו ז"ל שכתב בשרש ז"ך דכל שהשליח משנה אפילו שינוי כל דהו פקע שליחותיה מיניה וראיה מהא דתנן במעיל' הבא לי מן החלון והביא לו מן הדלוסקמא או שאמר תן בשר לאורחים ונתן להם כבד השליח מעל משום שלא עשה שליחותו ע"כ הרי דאף ע"ג דבין בשר לכבד ליכא שום קפידא דבשר עדיף מכבד ואם הוא נתרצה בבשר כ"ש בכבד ואפ"ה בשינוי כל דהו מתבטל השליחות זת"ד. ולענ"ד אין נראה כן משמעתין דפרק הנודר מן הירק דקאמר שם אפי' תימא מתני' ר"ע

מי לא מודה ר"ע דשליח בעי לאמלוכי ופרש"י דהשליח פשע כיון דאיבעי לי לאימלוכי ואם כדברי המורה שהכבד בכלל הבשר ואם נתרצה בבשר כ"ש בכבד א"כ מאי פשיעה איכא והרשב"א שם בחי' פי' דלגבי שליח אין הכבד בכלל הבשר דפעמים שאין דעתו של אדם אלא כל בשר ממש ולא על מינו עכ"ד ואפשר דטעמא הוי משום שהוא רוצה להתכבד עם האורחים. והנה זה לי ימים שעמדתי על דברי מוהריק"ו ז"ל והייתי מייתי עלה משמעתין דפרק האומר התקבל דקאמר שם האומר לחבירו ערב לי בתמרי' ועירב לו בגרוגרות תני חדא עירובו עירוב ותניא אידך אין עירובו עירוב ומשני אמר רבה ל"ק הא רבנן והא ר"א ורב יוסף אמר הא והא רבנן ול"ק כאן בשלו כאן בשל אחרים ופירש רש"י דלרבה אפי' במידי דלא איכפת לי' אמרינן כל מאי דאמר איניש לשלוחי' אי שני לאו שלוחו הוא ולרב יוסף לא אמרינן קפידא אלא במידי דאיכפת למשלח כגון הכא דלא ניחא לה שתתבזה במקום אחר מוכח מהכא דלרב יוסף בשינוי דלא איכפת לי' למשלח לא בטיל השליחות. ובפ"ב דקדושין גבי ההיא דמוקי תלמודא למתני' כגון שא"ל הלוני דינר כסף וקדש לי אשה והלך וקדשה בדינר של זהב דמר סבר קפידא ומר סבר מראה מקום הוא כתב הרשב"א בחדושיו ז"ל ק"ל היאך אפשר לומר מראה מקום ודלמא ניחא ליה למיהב מתנה מועטת ולא למיהב מתנה מרובה תירצו בתוספות שהלך וקדשה בזהב שוה דינר של כסף. ואינו מחוור דהא בדינר של זהב קתני ועוד שהשליח מוחל לו המותר שעל דינר של כסף וגם זה אינו מחוור דא"כ אמאי אינה מקודשת שאין לומר קפידא במה שאינו מפסיד כלל כדאמרינן בפרק התקבל גבי ערב בתמרים וכו' עד כאן בשלו כאן בשל אחרים. ומסתברא דמ"ד מראה מקום הוא ס"ל דאנן סהדי דמינח ניחא לי' דחזקה רוצה הוא להתייקר בבית חמיו ולא להתבזות וחכמים סברי כאן וכאן קפידא דאיכא דלא ניחא לי' למיהב מתנה מרובה ואיכא דלא ניחא לי' למיהב מתנה מועטת והכל הולך אחר דבריו עכ"ל הרי שתפס עיקר כשינוייא דרב יוסף ואיכא למימר דהתוס' נמי הכי סבירא ליה דכל מידי דלא איכפת לי' למשלח אין השינוי מבטל השליחות אלא דהכא איכא מקום לקפידא דאין אדם רוצה לקדש אשה בממון חבירו דמצוה דרמיא עליה דאיניש ניחא ליה למיעבדה בממוניה כדאמרי' בפ' אין בין המודר גבי התורם כריו של חבירו וכ"נ שהוא דעת הר"ן ז"ל שכ' בר"פ התקבל דמתני' דהאשה שאמרה הבא לי גיטי ממקום פ' והביאו לה ממקום אחר דכשר דהאי שליח הבאה שליח דידה הוי וכאלו קבלתו האשה מיד הבעל אלא שהיא מתנה שאינה מתגרשת עד שיגיע הגט לידה וקמ"ל דכיון שאינה מתגרשת בקבלתו ליכא קפידא כשהביאו לה ממקום אחר עכ"ל הרי מוכח מדבריו גם כן דכל מידי דלא איכפת לי' למשלח אפילו כי שינה לא בטיל השליחות:

ואם לחשך אדם לומר דהרי הר"מ בה' עירובין פסק כשינוייא דרבה וכפי מה שפרש"י לרבה אפי' במידי דלא איכפת ליה למשלח אי שני לאו שלוחו הוא אבל יקשה עליו דבפרק האיש מקדש דף מ"ט אמימרא דאביי ר"ש ור"א כלהו ס"ל מראה מקום הוא פי רש"י כלומר שם תמצאנו ולת"ק הוי קפידא אי אפשי שתקבלנו אלא שם ואין זה שלוחה במקום אחר ע"כ מבואר מדבריו דטעמא דרבנן דפליגי אר"א היינו משום דס"ל דכי אמרה האשה לשלוחה התקבל לי גיטי במקום פ' ה"ז קפידא שאינה רוצה להתגרש במקום אחר וכפרשב"ם ז"ל בפ' גט פשוט וטעמא משום כדי שלא תתבייש שם ולישנא דקפידא דקאמר בשמעתין הכי דייקא וע"כ צ"ל דמ"ש רש"י בשמעתין דלרבה אפי' במידי דלא איכפת לי' למשלח אי שני לאו שלוחו הוא היינו לומר דאף על גב דבסתמא לא הוה לה למיקפד על זה שהרי בע"כ היא מתגרשת עכ"ז זאת שהזכירה לו מקום ואמרה לו התקבלי לי גיטי במקום פלו' מה שלא היתה צריכה לומר גילתה דעתה שהיא מקפדת על זה וכה"ג כתבו התוס' בשמעתין דטעמא דמתני' דהבא לי מן החלון וכן ערב לי בתמרי' דאע"ג דאין דרך בני אדם להקפיד ע"ז מ"מ זה שהזכיר מה שלא היה צריך גילה דעתו שהוא מקפיד ע"ז. והשתא דאתינא להכי איכא למימר דמ"ש מהריק"ו דבשינוי כל דהו פקע השליחות היינו היכא דאיכא הוכחה בדברי המשלח שאמר דבריו בדרך קפידא ואף על גב דרוב בני אדם לא קפדי ע"ז מכל מקום זה שהזכיר לא הזכיר אם לא שהוא מקפיד וכפי דעתו ולשונו הא חזינן דמקפיד וזהו כונת ה"ה בפ"ט מה' גירושין דין ל"ז יע"ש ובנ"ד כבר כתבנו דליכא שום שינוי וקפידא במה שנותנו לה השתא בלי שום תנאי דמעיקרא לא צוהו הבעל שיתננו לה בתנאי אם לא אבא אלא כשהיה נותנו לה תוך הזמן שקבע משום שהי' סבור שיוכל לבא וכמ"ש המרדכי בפ"ב דגיטין אבל כל שיעבור הזמן ולא יוכל לבא כבר גמר בדעתו לגרשה שכל עצמו ששלח את גיטה מחמת כן עבד כדי שלא תתעגן ואנן סהדי דאלו הוה ידע מעיקרא שלא יוכל לבא תוך הזמן לא היה מתנ' כל עיקר כדהוכחנו מההיא דפ"ג דנדרים. ומה גם בנ"ד שאשתו שלחה שליח ותבעתו בדין שלא לעגנה דזה לו זמן רב יותר משבעה שנים שהלך והניחה אלמנות חיות דודאי אם לא הי' מגרשה היה עושה עצמו רע לשמים ולבריות וכיון שכן נסתלק מכאן קפיד' הבזיון דאדרבה אם לא הי' מגרשה יותר בזיון הי' לו ושמעתי שמוהרח"ש הסכים להתיר מטעם קרוב לזה:

ועתה אבא להגיד את הרשום בכתב כי בבא השליח לפנינו וראינו שעבר הזמן זאת עשינו שמסר השליח הגט לאשה בפני ב"ד ובפני עדי מסירה וכה אמר לה בעת המסירה ה"ז גיטך ששלח ליך בעליך ע"ת אם לא יבא וכו' וכבר עבר הזמן והרי את מגורשת מעכשיו

ואחר שמסרו לאשה עוד חזר ונטלו מידה ואח"כ מסרו לידה ע"ת וכך א"ל ה"ז גיטך ששלח בעליך והרי את מגורשת ממנו אם לא יבא לזמן פ' ועשינו כל זה כדי שתמתין האשה ולא תנשא כדי לכדביני ביני נכתוב לב"ד הצדק של מצרים שאם איש הזה המצא ימצא שם יעשו שיסדר לשליח שימסור הגט לאשה בלי שום תנאי וארווחנא בהא ג"כ דהשתא שתמתין האשה מלהנשא כ"ע ידעו שבעלה לא שלח לגרשה בהחלט ובאז לא יהי' לו בזיון וכשכתבו משם שהבעל חלף הלך לו ולא נודע את מקומו התרנוה להנשא אחר שעבר הזמן וכל זה נעשה בהסכמת כל הרבנים נאם הצעיר אפרים נבון:

על דבר ששאל כת"ר מאתי במי שגירש את אשתו לזמן ובתוך הזמן רוצה להתירה בהחלט והלכה והיתה לאיש כיצד יעשה. הנה כבר גליתי דעתי וכמדומה שלא הגיעו הדברים לידו כי על כן הנה נא הואלתי לבא במגילת ספר וזאת שנית עוד חזון למועד כי אין מדרש בלא חדוש וזה החלי בס"ד. שמועה זו נאה הנה שמענוה מתורתו של הרא"ש ז"ל שכתב שיש תקנה לדבר הזה ע"י שיבטל התנאי משום דמחילת התנאי הוי כקיומו כל שלא היה התנאי כדי לצעורה יע"ש בתשו'. ואיברא שדבריו צריכין ביאור דלכאורה נראה דבריו סתרי אהדדי דמתחלה כתב ודייק בלישניה משום שלא היה התנאי כדי לצעור' ובכה"ג ההוא אמר דמחילות התנאי הוי כקיומו אימא סיפא דיהיב טעמא למלתיה משום דאתי דבור ומבטל דבור וכמו שהביא מדברי הרמב"ם ז"ל ולפי זה חזר הדין דאפי' בתנאי דלצעורה הביטול מועיל ותפוס לשון אחרון ואשר נראה ליישב דהרא"ש ז"ל חדא ועוד קאמר חדא דמחילת התנאי הוי כקיומו כיון שלא היה התנאי כדי לצעורה זאת ועוד דביטול התנאי עדיף טפי ממחילה דאלו לשון מחילה מורה שעדיין רוצה בתנאו הראשון אלא שמוחל לו את הדמים וכיון דלקיומי תנאיה קא מכוין לא חשיב זה כאלו נתקיים כיון דמעיקרא נתכוין לצעורה והא לא ציערה מה שא"כ בביטול התנאי דהו"ל כאילו לא התנה מעולם זהו הנרא' בכוונת הרא"ש ז"ל:

הן אמת שמדברי הרשב"א והר"ן ז"ל בשמעתא דמחולין לך נראה שאין ביטול התנאי מועיל כי היכי דליהוי גיטא משעת נתינה קמייתא אלא צריך שעכשיו יחזור ויאמר ליהוי גיטא בלי שום תנאי ויחול הגט מהשתא גם מדברי הרמב"ם שהביא הרא"ש לפי מה שפי' ה"ה ז"ל נראה בהדיא דלא סבירא ליה האי טעמא דהרא"ש דאתי דבור ומבטל דבור:

גם לרבות הטעם הראשון שכתב הרא"ש דמחילת התנאי הוי כקיומו מכיון שלא היה התנאי כדי לצעור' לכאור' נראה דהרשב"א חלוק עליו וכמ"ש הרב המבי"ט דאיהו ז"ל אית ליה דאין מחילת התנאי כקיומו אלא בדבר שבממון דבאומר הריני כאלו התקבלתי כאלו נתקיים התנאי דמי דאפוכי מטרתא למה לי אבל בשאר תנאים לא והגם דסברת

הרשב"א הלזו מיחזי כיחידאה וכפי הנראה שדעת הרמב"ם ושאר כל המפרשים ס"ל שאין לחלק בין תנאי לתנאי וכן נראה מדברי הר"ן בפרק המדיר וגם סוגייא דשמעתין לפי נסחת ספרינו הכי משמע דמסיק עלה משמי' דעולא המקדש על תנאי ובעל דברי הכל צריכה גט ומשמע דפלוגתא דרב ושמואל כשלא בעל והא לא מתפרשא לפי סברת הרשב"א מ"מ המעיין יראה בעיניו דהר"ן ז"ל בפ"ג דנדרים הביא מחלוקת זה ולא הכריע ועוד בה דלפי מ"ש הר"ן שם בפ' המדיר דטעמו של דבר היינו משום שכל תנאי שמתנה להנאתו אין דעתו שיתקיים אלא אם הוא מקפיד משא"כ בתנאי דלצעורה דבדוקא התנה ולהכי אין מחילתו מועיל דלפי זה יש לנו לומר בנ"ד דכי התנה זה שאם יבא לא תהי' מגורשת כיון דבקושי קא מגרש בדוקא התנה ודעתו היה שיתקיים התנאי ממש ומה שדקדק הרא"ש מההיא דפרק מי שאחזו דמשמע דאי לאו טעמא דלצעור' התנה היה מהניא מחילתו שנייא ההיא שכבר גמר בדעתו לגרשה משא"כ בנ"ד דעדיין לא גמר בדעתו לגרשה ולא מסר לה הגט אלא כדי שלא תתעגן מחמתו אם לא יבא אבל כשיבא בדעתו ודאי שתהי' אשתו דלא נתכוין אלא לטובתה כדי שלא תתעגן ע' בתוס' בפ"ב דגיטין וכבר גליתי דעתי מאז ומקדם להצריכה לזאת גט אחר והן עוד היום אנכי הרואה לכת"ר מגמגם בהא מתוך שלא ראה מי שיאמר תיקון זה ואי איתנהו להנהו מילי וכו' וכמדומה שלא ראה כת"ר דברי הרא"ש במקומם שכתב בהדיא ונשאנו ונתנו אם יצטרך לשלוח לה גט אחר וכו' הרי מבואר כדכתיבנא גם ההוא טעמ' דברירה שכתב כת"ר לא ברירא לי דלא שייכא כאשר עיניו תחזינה בדברי התוס' פ' כל הגט הם אמרו דע"כ לא אמרינן ברירה אלא בדבר שאינו עומד להתברר בודאי אף דהשתא לא בריר לן לית לן בה:

ומה שכתב הרא"ש בתשו' אחרת דבתנאי דע"מ שלא תנשאי לפ' אין תקנה להתירה לאותו פ' וכו' שאני התם שכבר נתגרשה ממנו לגמרי ולא אגודא מחמתיה שהרי בידה לקיים תנאה שלא להנשא לאותו פלוני והוברר מלתא למפרע לא אמרינן כיון דמעיקרא אינו עומד להתברר מה שאין כן בנ"ד בתנאי אם לא אבא לזמן פלוני דעדיין אגודא מחמתיה שהרי בידו של בעל לבא עוד לביתו ולו תהי' לאשה וכבר ראיתי להרשב"ץ והמבי"ט וכמו כן כמה גדולים שחילקו כמו כן וקיימו את שתיהן וכן נראה מדברי הטור שהביא שתי התשו' ואף לפי מה שהבין הרב מהרימ"ט ז"ל דשתי תשו' הללו סותרות זו לזו וכתב דיש לחוש ולהחמיר וכו' יש לפרש ולומר דהיינו שלא לסמוך אביטול התנאי אבל כל שיחזור ויגרשנה בגט זה או בגט אחר בהא יודה הרב ז"ל דאין להחמיר והמקל בזה סמוך לבו לא ייראֿ כיון דמיתנייא בהדיא בתוספת' ומכל מקום על צד היותר טוב

יש דרך ישר לפנינו לעשות שתיהם דהיינו למחול התנאי ולבטלו ביטול גמור ואחרי כן לחזור לגרשה בגט אחר או בההיא גיטא גופי' שיטלנו ממנה ויחזור ויתנהו לה בהחלט בלי שום תנאי ושלחה מביתו והשתא לזאת יקרא אשה מגורשת מטעם ס"ס ספק אי הלכה כהרא"ש דביטול התנאי הוי כקיומו וא"כ זה שמחל התנאי וביטלו הו"ל כאילו נתקיים התנאי ואת"ל דהלכה כהרשב"א דמחילת התנאי לא הוי כקיומו אכתי איכא לספוקי שמא הלכתא כרובא דרבוותא דס"ל דנתינת גט ב' מעלה ארוכה לגרשה בהחלט ואת"ל דנתינת גט ב' לא תוסיף תת כחה שמא הלכתא כהרא"ש דביטול התנאי מועיל באופן כי על פי דרך זה היא מגורש' לפנינו מטעם ס"ס ואף ע"ג דלכתחילה אין לנו לבא אל בית הספק כדי להתיר מ"מ בנ"ד דרובא דרבוותא הם אמרו דנתינת גט ב' מועיל הנה כי כן יש לנו לסמוך עליהם:

שם דין ל"ה כתב הרמב"ם ז"ל ואם א"ל טול ממנה חפץ פ' ותן לה גט זה וכו' עד סוף דין ל"ז נ"ב הטור בסי' קמ"א כתב ז"ל אמר הבעל טול ממנה חפץ פ' אם לא הקפיד שיטול ממנה החפץ תחילה אפי' הגיע הגט לידה תחילה ואח"כ נטל החפץ הויא גט אבל אם הקפיד שיטול החפץ תחילה אינו גט עד שיגיע לידו תחילה אפי' אם תתן החפץ ליד השליח השני תחילה כו' עד ויחזור השליח הראשון ויקחנו מידה ויחזור ויתננו לה אחר שהגיע לידו החפץ ע"כ וכ"כ הרא"ש בפסקיו וק"ל דאיברא דהתוספות כתבו דכל שתולי שליחות הגט בחפץ כל ששינ' ומשלחו ביד אחר אפי' לא שינ' השליח הב' מ"מ שינה מדעת הבעלים שאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר ולפי דבריהם אם שינה ושלחו ע"י אחר נתבטל שליחותו וכדכתב הב"י בה' שלוחין ושוב לא מהני לנוטלו מיד' ולחזור ולנותנו לה אבל לדעת הרא"ש ק"ל דכתב דיכול לחזור וליתנו לה ולפי דבריו כששינ' השליח שנתן לה גיטה ואחר כך נטל החפץ וכן באומר אל תגרשנה אלא בימין לוקח הגט מידה ואחר כך נותנו לה בתורת גירושין ודבר תימא הוא דכיון ששינה נתבטל שליחותו וצ"ל דסבירא ליה להרא"ש דבאומר טול ממנה החפץ ותן לה הגט הם שתי שליחות אחד שיטול החפץ והב' שיתן לה הגט אלא שהקפיד שלא יעשה שליחות הגט אלא עד אחר שיטול החפץ ולפיכך כשנתן הגט תחילה לא שינה בשליחות הגט אלא שלא נתקיים שליחותו עדיין לכשיהי' שליח לגירושין כל עוד שלא עשה תחילה שליחות החפץ מה שאין כן באומר אל תגרשנה אלא בימין וגירשה בשמאל ששינה בשליחות הגט כבר נתבטל שליחותו ולא מהני שיחזור ליטלו מידה ולחזור ולנותנו לה:

ומ"ש הטור אלא יקחנו הראשון מידה ויחזור ויתננו לה נראה מדבריו דאם לקח השליח הב' הגט מידה אחר שהגיע החפץ ליד הראשון וחזר הב' ונתן לה הגט לא מהני ואילו

בגמ' אמרו דכ"ע היכא דנפקא לאפי' ופי' הרא"ש לאפי' של שליח ראשון ויהב לה חפץ ואח"כ נטל הגט מיד השליח שני כשר הכא ה"ט דלא מהני דהשליח הב' כבר עשה שליחותו ואין בידו להיות שליח. והיכא דאמר תן לה גיטה וטול ממנה חפץ פ' נראה מדברי כולם דאין הגט תלוי בנטילת החפץ ומהאי טעמא אע"ג דשינה דאין אדם רוצה שיהא פקדונו ביד אחר אפי"ה כשר ולפי זה נרא' דאם נתן לה הגט והיא לא רצה ליתן החפץ הוי גט כיון דאין תלוי זה בזה אמנם מדברי הטור שכתב אפי' הגיע הגט תחילה ואחר כך נטל החפץ הוי' גט לא משמע הכי דלישמו' חידושא אפי' לא נתנה החפץ וכ"כ ה"ה דאם לא יתן החפץ אינה מגורשת ולא ידעתי מנ"ל הא דלשון זה בעלמא לא הוי תנאי וכ"ת גילוי דעת יש והוי כי ההיא דהמוכר נכסיו לעלות לא"י זה אינו דע"כ לא מהני גילוי הדעת אלא בממונא אבל באיסורא לא וכ"כ מהר"ם אלשיך סי' ע"ח והכריח כן מדברי התוס' פרק השולח גבי ההיא דהמוציא את אשתו משום שם רע דאי אמר הכי מצי מקלקל דחששא זו אינה כי אם לעז בעלמא ולא שיהא גט בטל ובני' ממזרים דהא לא אמר ע"מ אע"ג דבכמה דוכתי מהני גילוי הדעת כמו שטר מברחת הכא ליכא למימר הכי מדבעי לר"מ תנאי כפול ע"כ משמע מדבריהם דגילוי דעתא בגיט' לא מהני ואני אומר דאין זו הבנת דבריהם וכדי למיקם עלה דמילתא צריך להקדים דברי התוס' בפ' האיש מקדש גבי המוכר נכסיו למיסק לא"י ובעידנא דזבין לא אמר מידי דברים שבלב אינם דברים כתבו התוס' משמע דאם פי' ואמר בשעת המכר שהוא מוכרם לפי שהוא רוצה לעלות לא"י המכר בטל וקשה אמאי הא בעינן תנאי כפול ותירצו דיש דברים שאינם צריכים תנאי כפול אלא גילוי מילתא דאנן סהדי דאדעתא דהכי עביד והכא אנן סהדי דאדעתא למיסק לא"י זבין ע"כ נראה מדבריהם דלא מהני גילוי אלא במידי דאנן סהדי דאדעתא דהכי עביד דאין דרך בני אדם למכור קרקעותיו שהוא מתפרנס מהם אם לא היה בדעתו לעקור דירתו מכאן ומה"ט כתב הרא"ש דאם מכר כל מטלטלין שלו אפי' אומר בשעת מכירה אדעתא למיסק המכר קיים אם לא שהתנ' הרי שלא אמרו דגי"ד מילתא אלא היכא דאיכא אומדנא ואנן סהדי דאדעתא דהכי עביד (וכ"ת אי איכא אומדנא דמוכח ל"ל גילוי הדעת בשעת מעשה מידי דהוה שטר מברחת דא"צ גילוי הדעת כבר כתב הרא"ש בפרק אלמנ' ניזונית דה"ט דבעינן גילוי הדעת ומשום דליכא אומדנא דמוכח כולי האי בלא גילוי הדעת דלפעמים אדם מוכר קרקעותיו ואין ידוע למה הוא מוכרם) אבל כל היכא דליכא אומדנא דמוכח קצת אפי' גילה דעתו לא מהני עד דיתנ' בתנאי כפול דקי"ל כר"מ אפי' בממונא וע"כ הרמב"ם ולפי זה ע"כ צ"ל דבההיא דהמוציא את אשתו משום שם רע ליכא אומדנ' דמוכח קצת וגילוי דעת הראוי לבטל את

הגט דא"כ אמאי בעי ר"מ תנאי כפול וכן דקדק הרשב"א בלשונו שכתב שם ז"ל וכ"ת גילוי הדעת יש ובתר הכי קאמר גילוי דעת הראוי לבטל את הגט ר"ל כמו שפי' ומהר"ם אלשיך נדחק:

אמנם מדברי הרמב"ם נראה דס"ל דמוציא אשתו משום שם רע איכא אומדנא קצת ומהני גילוי דעתא וה"ט דאין דרך בני אדם לגרש את אשתו דקשין גירושין וכל היכא דגילה דעתו אנן סהדי דאדעתא דהכי גירש ואין להקשות לפי דבריו כיון דאיכא גילוי הדעת הראוי לבטל את הגט כי אמרינן ליה שאינו יכול להחזיר מאי הוי כמ"ש הרשב"א ז"ל דכל שאומרים לו דע שאין אתה יכול להחזירה אף הוא גומר בדעתו ומגרש לגמרי וכה"ג כתב הר"ן ז"ל בפ' השולח וכ"ת אי איכא גילוי דעתא הראוי לבטל את הגט א"כ אמאי בעינן תנאי כפול לר"מ איכא למימר דבהא לא קי"ל כר"מ תדע דהא המוציא משום שם רע ע"כ במגרש' מעכשיו איירי דאל"כ לא מצי לאינסובי ואילו בכל תנאי שהוא במעכשיו אנן לא בעינן תנאי כפול:

והשתא אתי שפיר דהרמב"ם פסק דאפי' בלא התנה תנאי גמור משום שם רע אני מגרשך לא יחזיר ואין להקשות מההיא דאתקין שמואל בגיטא דש"מ אם מתי ואם לא מתי ודעת הרמב"ם דמדינא אתקין הכי ולמה לן לתנאי כפול והא איכא גילוי הדעת ואפילו בסתמא אם עמד היה יכול לחזור אי לאו משום גזירה דשמא יאמרו יש גט לאחר מיתה כבר תירצו התוס' דטפי עדיף גילוי הדעת לבד מתנאי שלא נעשה כהלכתו דכיון שהתנה ולא התנה כהלכתו גילה בדעתו שאינו רוצה בקיומו ואינו רוצה בביטול המעשה אע"פ שמתבטל התנאי וכ"כ הר"ן בפ' האיש מקדש והרב בעל המאור בפ"ב די"ט אמנם בפרק מי שאחזו דחה הר"ן האי סברא מכח ההיא דהמוציא את אשתו וכבר כתבנו דלא קי"ל כר"מ בהא וכ"ת והא דאתקין שמואל ע"כ במגרש מעכשיו הוא דאל"כ לא אמר כלום וכ"כ ב' העיטור דהא דלא אדכר הכא מעכשיו משום דהא כתיב בגיטא מן יומא דנן וא"כ אמאי בעינן תנאי כפול והא קי"ל דבמעכשו לא בעינן תנאי כפול. והרב המגיד כתב דהכא איירי שאין כתוב בו מעכשיו וסבור ר' שהכפל מוציא מידי משמעות לאחר מיתה ומכניסו בכלל משמעות תנאי והטעם שכשלא כפל הוא סבור שהוא כאומר לאחר מיתה ומפני כך א"צ לכפול אבל כשכפל גילה דעתו שהוא אומר כן בתנאי:

איברא דהטור בסי' קמ"ד כתב ואם לא אמר מעכשיו אלא אם לא באתי תוך שלשים יום יהא גט ואם באתי בתוך שלשים לא יהא גט כתב הר"מ ז"ל שלא חל הגט עד תשלום שלשים יום ואם מת תוך הזמן אינו גט וכן כתב הר"מ ז"ל בפ' זה דין ז' הרי דאין הכפל מוציא מידי משמעות לאחר מית' ואין להקשות שם דכיון דאין הגט חל אלא לאחר

שלשים א"כ למה לן לכפלות התנאי כיון דכל המגרש לאחר שלשים א"צ למשפטי התנאים דההיא ברוצה לגרש ע"ת ובלשון אם לא באתי שהוא לשון תנאי וכל שאומר בלשון תנאי אע"ג דאינו מגרש אלא לאחר זמן צריך לכל משפטי התנאים. והרא"ש ז"ל כתב בתשו' הביאה הטור בסי' קמ"ז בגט שהי' כתוב מעכשיו אם מתי דלא חשיב תנאי מ"ש מעכשיו אם מתי אלא הוי כאומר מעכשיו ושעה אחת קודם למיתתו והוי כאומר לאחר שלשים יום דלא חשיב תנאה ע"כ וצריך להבין כיון דס"ל דבאומר מעכשיו אם מתי אינו כמתנה אלא כקובע לאחר זמן א"כ ע"כ א"צ למשפטי התנאים ואם כן ק"ל מאי דאיתקון שמואל בגיטא דש"מ אם מתי יהא גט ואם לא מתי לא יהי' גט וכתב הרא"ש ז"ל בפסקיו דבאומר מעכשיו אירי וכ"כ הטור ז"ל וא"ל בשעת מסירת הגט אם מתי יהא גט מעכשיו ואם לא מתי לא יהא גט ע"כ ולפי מאי דסבירא להו דמעכשיו אם מתי אינו תנאי אלא שעה אחת קודם שמת קאמר א"כ אמאי צריך למשפטי התנאים ואיכא למימר דכל שמתנה בלשון מעכשיו אם מתי וכפל תנאו הרי מגלה בדעתו שאינו כאומר שעה אחת קודם שמת דאם כן לא היה צריך לכפול התנאי אלא מעכשיו ממש קאמר ובתנאי ואף ע"ג דאין משמעות הכפל מוציאו מידי משמעות לאחר זמן באומר אם מתי לבד מיהו באומר מעכשיו אם מתי הכפל מוציאו מידי משמעות לאחר זמן והטעם דהכפלות משמעותו לשון תנאי ואינו כקובע זמן ובאומר מעכשיו אם מתי וכפל כל שכפל ע"כ אם מתי דקאמר הוא לשון תנאי ומעכשיו חל הגט ע"ת אבל באומר אם מתי לבד וכפל אף על גב דהכפלות משמעותו לתנאי עדין איכא למימר דה"ק אם מתי ויתקיים אזי יהיה הגט ונשאר לנו לבאר מ"ש הר"מ דההי' דאתקין שמואל כשאינו רוצה לגרש מעכשיו יע"ש ודבריו תמוהים דהא אין גט לאחר מיתה וצ"ל כמ"ש הב' העיטור דכיון שכתוב בשטר מן יומא דנא אצ"ל מעכשיו וכ"כ ה"ה בפ"ח דההיא דאתקין רב מן יומא דנן משום גט דש"מ שאמר אם מתי אתקין ואין לומר כיון שלא כתב התנאי אצל היום דילמא כי מסרה ניהליה הדר ביה ממה שכתוב בגט וכמ"ש הרמ"ה סי' קמ"ד דהיינו דוקא כשאין כתוב בו מהיום וכ"כ התוספות דף ע"ב ע"ב וכן נראה מדברי הר"ן ס"פ מי שאחזו והר"ש בר צמח כתב דסברת הרב בעל העיטור הוא יחידא' ולא סמכו עלי' וכתב דלענין הלכה חולצת ולא מתייבמת וכבר הוכחתי (א"ה ע"כ מצאתי חבל על דאבדין):

והיכא דאמרה היא כתוב לי גיטא ואי קיימת דידך אנא וכתב לה גיט' ונתנה לה בסתמא אי אמרינן אדעתא דידה קא עביד אם לאו. הא מילתא איתא בפרק א"נ ההוא ש"מ דכתב גיטא לדביתהו חזייה דהוה קא מתאנה אמרה ליה אמאי קא מתאנחת אי קיימת דידך אנא ואמרי' פטומי מילי הוא דקאמר לי' ופריך ואי לאו פטומי מילי מאי בדידה קיימא

לאיגרושי ולמישדי תנא' בדידיה קיימא למשדי תנאה מהו דתימא איהי גופיה אדעתא דידה קא עביד קמ"ל ופי' התוס' קמ"ל דכי נמי אדעתא דידה קא עביד אינו חוזר דגם היא לא אמרה אלא פטומי מילי כלומר אם תרצה היא מוכח מהכא דכל היכא דליכא למימר בדידה פטומי מילי הוא דקאמר כגון שאמרה באמת ובשבוע' כמו שפרש"י או דאמרה היא מעיקרא כתוב לי גיטא ואי קיימת דידך אנא כמו שכתבו הפוסקים כי קא עביד אדעת' דידה קא עביד ויכול לחזור כך היה נראה לכאור' וכן הבין מהר"ם מלובלין יע"ש בס' אבל כד מעיינינן עדיין ליכא הוכחה לומר דודאי אדעתא דיד' קא עביד דאיכא למימר כיון דהוא לא התנה בפיו שמא לאו אדעתא דידה קא עביד ולא דמי למוכר שאמר קני לך שדי ואי טרפה לך מנך דהוי תנאי גמור דהתם לא בעינן דעתיה דלוקח אלא בדיבוריה דמוכר עצמו משעבד איהו אנפשיה והכי דייק לישנא דתלמודא דקאמר מהו דתימא הוא גופיה אדעתא דידה קא עביד כלומר דאי לא הוה משום פטומי מילי עדין היה אפשר לומר שמא אדעתא דידה קא עביד והיה מקום לספק קמ"ל דכי נמי תימא אדעתא דידה קא עביד אינו חוזר דגם היא לא אמרה אלא פטומי מילי:

ואיברא דעדין איכא למימר דהא דקאמר בגמרא מהו דתימא אדעתא דידה קעביד דמשמע דהוי ספיקא היינו היכא שנתרצה לגרש בלא שום תנאי אז אע"פ שאמרה היא אי קיימת דידך אנא באמת ובשבועה וליכא משום פטומי מילי מ"מ איכא למימר שמא הוא לא קפיד בהא והראיה שדעתו היה לגרש בלא שום תנאי וכיון שכן אפי' כי אמרה היא באמת איכא למימר אדעתי' דידיה קא עביד ומגרש בלא שום תנאי אבל היכא דאמרה היא מתחלה כתוב לי גיטא ואי קיימת דידך אנא וכתב לה איכא אומדנא דמוכח דעל דעתא דידה קא עביד ולא היה כותב אלא מפני שסמך על דבריה וליכא משום פטומי מילי כמו שכתבו הפוסקים וכ"ש היכא דלא היה רוצה לגרש' וכשאמרה היא כך כתב לה גיטא אז איכא למימר דודאי אדעתא דידה קא עביד ויהיב וראיתי להרב בעל נמקי יוסף שכתב צ"ע אם אמרה קודם כתיבה אי אמרי' אדעתא דידה קא גמיר ויהיב דהשתא לא שייך פטומי מילי וכו' ואיכא למימר דהוא לטעמי' קא אזיל שפיר דכי פריך בדידה קיימא למשדי בדידי' קיימא ה"ק ואפי' אמרה קודם לכן:

וש"מ שאמרו לו שיכתוב גט לאשתו ולא היה רוצה ואמרו לו מה בכך אי קיימת דידך היא ועפ"ז עשה שליח ונתן גט לאשתו ובשעת נתינה לא התנה אלא נתנו בסתמא אי אמרינן הא ודאי אדעתא דהכי קא יהיב גיטא הרב מהראנ"ח סי' נ"ב הביא ראיה מהא דתניא בפרק מי שאחזו אמ"ל בפני ב' כשאמסור גט זה לאשתי ע"מ שתתן לי מאתים זוז וחזר ואמר בפני ב' אחרים ע"מ שתשמשי את אבא לא בטלו דבריו האחרונים את

הראשונים מכאן אתה למד באומר תחלה ע"מ כך ואח"כ נתנו בסתם דע"ד תנאי שהתנה נתן ועיין במ"ש ה"ה בפ"ח סוף דין ח"י וראיתי מי שהקשה ע"ז מאותה שכ' הרמב"ן והרשב"א הביאו ה"ה בפרק זה דאם הזכיר התנאי ע"פ קודם התורף בתנאי דע"מ ולא הזכירו בשעת נתינה דאם היה סומך על התנאי היה לו להזכירו בשעת נתינה יע"ש ויש ליישב וק"ל. ועוד נ"ל דבש"מ דאיכא אומדנא דמוכח דאדעתא דהכי קא מגרש הא ודאי לא בעינן שיתנה בשעת מעשה כמ"ש הרא"ש בפרק אלמנה נזונית דכל היכא דאיכא אומדנא דמוכח לא בעינן אפילו גילוי הדעת וכן נראה מההיא עובדא דפא"נ:

והשתא איכא לאקשויי על דברי התוס' והרא"ש שכתבו בפרק מי שאחזו דף ע"ה דההיא דפרק א"נ דמשמע דלא בעינן תנאי כפול אתי אליבא דרבנן אבל לדידן דקי"ל כר"מ בעי' תנאי כפול יע"ש ולפי מה שכתבו בפרק האיש מקדש דכל היכא דאיכא אומדנ' דמוכח לא בעינן תנאי כפול וכל שגילה דעתו דאדעת' דהכי עבד חשוב כאלו התנה וכפל והכא גבי גט איכא אומדנא שאינו מגרש אלא אם ימות וכדאמר רב הונא בפרק מי שאחזו גיטו של ש"מ כמתנתו מה מתנתו אם עומד חוזר אף גיטו אם עמד חוזר ואע"ג דלא קי"ל כותיה היינו משום טעמא דגזירה דשמא יאמרו יש גט לאחר מיתה והאי גזירה לא שייכא אלא היכא דלא התנה אבל היכא דהתנה או שגילה דעתו דחשיב כאלו התנה יראי' דאם עמד חוזר ונראה דהתוס' והרא"ש ז"ל ס"ל דגבי גט ש"מ גילוי הדעת לא מהני משום גזירה דשמא יאמרו עד שיתנה בהדיא תנאי כפול שהכפל מוציא מידי משמעות לאחר מיתה וכמ"ש ה"ה בפרק זה והשתא יתיישב הא דאיצטריך שמואל לתקוני בגט ש"מ להתנות אם מתי ואם לא מתי ואע"פ דמעכשיו מגרש ולדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל בכה"ג לא בעינן תנאי כפול ועיין במבי"ט ח"ב סי' ש' ובמהרי"ט חא"ה סי' י"ג

פ"י דין ג' כתב הבכ"מ ז"ל וכן אם גירש את אשתו בגט פסול וכו' עד אלא ודאי פשיטא דבספק קידושין לא שייך לומר שתצא והולד ממזר ע"כ נ"ב עיין בפט"ו מהלכות א"ב דין י' שכתב רבינו ז"ל וממזר ספק כגון הבא על האשה שנתקדשה ס' קידושין:

שם דין י"ב כתב הר"מ ז"ל המוציא את אשתו משום שם רע וכו' עד ומפני מה המוציא את אשתו לא יחזירה לעולם גזירה שמא תנשא לאחר וכו' נ"ב הוצרך לטעם זה דקלקול דלפי טעם זה צריכים שיאמרו לו דע שאין אתה מחזירה והיינו היכא דאמר לה מפני מה מוציאה ועיין במהרש"ך בח"ב סי' כ"ו:

שם דין ח"י כתב הרמב"ם ז"ל נתייחד עמה בפני עדים אם היתה מגורשת מן הנשואין חוששין לה שמא נבעלה והן הן עדי יחוד הם הם עדי ביאה לפיכך צריכה גט מספק ע"כ נ"ב ראיתי מי שרצה לומר דבמוציא את אשתו משום זנות אע"פ דבעל בפני עדים

אין לחוש לקדושין כיון דאין בידו להחזיר' ע"ב ואנ"כ וראי' מההיא דאוקימנא מתני' דהמגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי דב"ש אומרים א"צ גט ב' וב"ה אומרים צריכה גט ב' דמיירי כשלא ראוה שנבעלה ובדאיכא עדי יחד וליכא עדי ביאה דב"ש סברי לא אמרינן הן עדי יחוד הם עדי ביאה דמשמע אם יש עדי ביאה צריכה גט ב' וקאמר בירושלמי אר"י בר בון ב"ש כדעתהון דאינון אמרי לא יפטור אדם אשתו אלא א"כ מצא בה ערוה דמזוהמת היא מלפניו ולפיכך א"צ גט ב' אלמא דאפילו במוציא את אשתו משום זנות אי לאו טעמא דאית לי' דלא אמרינן הן הן עדי יחוד וכו' הוה מצרכי' גט ב':

פי"א דין כ"ב כתב ה"ה ז"ל כבר כתבתי מחלוקת ר"י וק' יוסי באנוסה ומפותה ע"כ נ"ב כן משמע בס"פ אלמנ' לכ"ג ודו"ק:

פי"ב דין כ"ג כתב ה"ה אם נשאת לאחד מעדיה וכו' עד א דתנן לא ישא את אשתו אינו אלא בעד אחד אבל בתרי לא וכו' נ"ב כלומר ליכא חשדא כיון דאין אדם חוטא ולא לו ומשום הכי מצטרף זה עם האחר ולית בהם אפילו חשדא וליכא למימר דהאי' דנשאה כמאן דליתא וכיון דעדותו לא מהני לא יצטרף עם האחר ז"א דלית ביה אלא משום חשדא לבד וכל היכא דאיכא אחר עמו אף משום חשדא ליכא ומ"ש הרב בעל"מ גם מה שיחס לר"ח כל דבריו צ"ע:

פי"ב דין ג' כתב מר"ן ז"ל כי איבעיא לן בלא הוחזקה מלחמה ספיקא דרבנן ולקולא ע"כ עיין רדב"ז דף י"ב ובפ"מ ח"א סי' י"א ומהרי"ט סי' נ"א דף נ"ו ע"א:

הלכות יבום

פ"ב דין ה' כתב ה"ה ז"ל יבמה שנתייבמה וכו' עד פרש"י דאע"ג דאמרה יבמה לא נבעלתי צרתה ודאי לא מיתסרא דחזק' כונס את האשה בעל לאלתר וכו' נ"ב זה אינו דהא אמרו שם זמנין דמבייש בייש מינה אלמא דלא הוי חזקה גמור' ולפיכך כשאומרים ב' שלא בעל נאמנים אבל אם טוען שבעל לא לאסור צרתה כיון דאיכא חזקה דעל רוב בועל לאלתר אלא דעדיין קשה דנראה מדבריו דההיא דשניהם מודים איירי אפי' לאחר שלשים יום וכ"כ התוס' ואפ"ה אי הוו אמרי שלא בעל היו נאמנים ואע"ג דאיכא חזק' גמורה לאחר ל' יום:

שם באותו לשון שאלו כפרש"י לא היו צריכים להביא ההיא דהנהו ב' מודים ע"כ נ"ב אם כדבריו מאי קא פריך והתניא צריכה גט וחליצה דשאני התם דשניהם מודים ובריית' באומר בעלתי:

שם דין י"ב כ' הר"מ ז"ל אמר הגדול איני רוצה לא ליבם ולא לחלוץ וכו' נ"ב ע' תשו' להרשב"א ז"ל אלף קס"ה:

פ"ג דין א' כתב הר"מ ז"ל האומר זה בני הרי זה נאמן וכו' נ"ב כתב רשד"ם בי"ד סי' קצ"ו לדעת ר' נאמן אפי' במקום עדי' ע"כ וק"ל דהיכי אתי חזקה ומרע לעדים:

שם דין ב' אמר זה אחי אינו נאמן וכתב ה"ה ז"ל ומתבאר בגמרא בב"ב שאין הלכה כרבי אלא כר' נתן וכתב הבל"מ כוונתו וכו' ותמה דאפילו כר' נתן לא אתיי' ההיא וכו' נ"ב לפי תירוץ ב' של התוס' לק"מ ודו"ק:

שם באותו לשון כתב הבל"מ ז"ל אלא ודאי דמאי דקאמר בגמרא דלא מחזיק לן בבני הוא דלא ידיע אי אית לי' בני אי לא ע"כ נ"ב לפי דבריו קשה מאי הקשה הר"ן ז"ל דאמאי לא אוקמוה מתניתין במוחזק לן באחי דהא מתני' איירי במוחזק לן דלית לי' בני וע' במהרש"ך ח"ג סוף הספר ומהרשד"ם בי"ד סי' קצ"ו:

שם דין ה' כתב הר"מ ז"ל נאמן עד אחד ליבמה וכו' עד או שניתן לבעלה בן להתירה לזר ע"כ נ"ב נראה דטעמו משום דרוב נשי' מתעברות ויולדות ובפ"ק דגיטין אמרו ד"ת ע"א נאמן משום דרוב סופרי דדיינין מגמר גמירי:

שם בזה הלשון כתב ה"ה ז"ל ואני אומר שאף בבעל אין הדין פשוט שכבר נתבאר שאם אמר יש לי בנים אע"פ שמוחזק באחין נאמן ע"כ נ"ב התם משום מיגו מהימנינן לי':

שם דין י"ו נ"ב בפ' האשה בחדא תנן האשה שהלך בעלה וצרתה למ"ה ובאו ואמרו לה מת בעליך לא תנשא ובעי עלה בגמרא אמאי לא תנשא הלך אחר רוב נשים ורוב נשים מתעברות ויולדות לימא ר"מ היא דחייש למיעוטא ומשני מחוורתא מתני' ר"מ היא ופריך אימא סיפא היתה לה חמות' אינה חוששת אמאי הלך אחר רוב נשים ורוב נשים מתעברות ויולדות וכו' עד אלא אמר רבא רישא חזקה ליבום ורובא לשוק וחזקה לא עדיף כי רובא ואייתי מיעוטא דמפילות וסמיך לי' לחזק' והוייא פלגא ופלגא סיפא חזקה לשוק ורובא לשוק הוי זכרים מיעוטא דמיעוטא ולא חייש ר"מ ע"כ וכתבו התוס' ז"ל מיהו אנן לא קי"ל כר"מ והרמב"ם והטור פסקו למתני' וצריך להבין כיון דאנן לא קי"ל כר"מ א"כ סיפא דמתני' דיצאתה מלאה ע"כ כר"מ אתייא דבשלמא רישא אתייא אפי' כרבנן כיון דהוי פלגא ופלגא אבל בסיפא אין כאן אלא מיעוטא דזכרים דסמיך מיעוטא דמפילות למחצה דנקבות הוייא זכרים מיעוטא ונהי דאיפרע חזקה דהתורה דלשוק כיון דיצאתה מלאה כמ"ש התוס' מקום ליכא חזקה לאיסור' ונלע"ד דלדידן דקי"ל כרבנן דלא חיישינן למיעוט' היינו לומר דאזלי' בתר רובא לגמרי דהרוב חשוב בכולו ולא חיישינן למיעוטא כלל זולת היכא דאיכא חזקה בהדי מיעוטא כגון דמתני' דבחזקת יבום קיימא אבל כל היכא דליכא חזקה אזלי' בתר רובא דרוב חשוב כודאי ומשום הכי ביצאת' מלאה אזלינן בתר רובא דרוב נשי' מתעברות ויולדות והוי כאילו ודאי ילדה בן

קיימא ולא אמרינן סמוך מיעוטא דמפילות למחצה דנקיבות דאנן לא חיישי' למיעוטא ולא חשבינן לי' כלל וכי אמרו בגמרא סמוך מיעוטא דמפילות למחצה דנקבות היינו לר"מ דחשוב לי' למיעוטא וכי תימא א"כ ביצאתה ריקנית אמאי אינה חוששת היינו טעמא משום דאיכא חזקה לשוק. והשתא צריך להבין לדברי התוס' והרא"ש דס"ל דהיכא דאיכא חזקה בהדי מיעוט' חיישי' למיעוט' דהא בפ"ק דחולין אמרינן מנא הא מילתא דאזלינן בתר רובא ומייתי מפרה אדומה והא התם איכא חזקה בהדי מיעוטא דמוקמינן גברא בחזקת טמא שהיה וגבי שחיטה נמי אמרו רוב מצויים אצל שחיטה מומחים הם ואם שחט אחד והלך לו כשר ואע"ג דאיכא חזקה דאיסורא דבהמה בחייה בחזקת איסור עומדת ועוד קשה דהיכי אזלינן בתר רובא דרוב מצויים אצל שחיטה מומחי' הם מכיון דהוי רובא דתלי במעשה דהלא בפ' הלוקח בהמה מסיק דכי אזלינן בתר רובא במידי דלא תלוי במעשה אבל בתלוי במעשה לא וכן פסקו הרא"ש והרמב"ן ז"ל ונלע"ד לחלק דכל היכא דהחזקה והרוב הם בגוף אחד כיצד כגון מתני' דהלכה צרתה למ"ה שהיא בחזקת ריקנית שלא היו לה בנים והרוב סותר לחזקה דרוב נשים מתעברות ויולדות בכי הא חיישינן למיעוטא כיון דהחזקה סותר הרוב לגמרי כלומר דאי אזלינן בתר חזקה אינה מעוברת ואי אזלי' בתר רובא הרי היא מעוברת אבל היכא דהחזקה והרוב אינם בגוף אחד כגון גבי פרה אדומה וכן ברוב מצויים אצל שחיטה מומחים הם דבבהמה ליכא חזקה דטריפה אלא דאיכא חזקה דטמא ואין זה סותר לרוב דבהמה דאינם טריפות ועפ"ז יתיישב מאי דקאמר בגמרא רישא חזקה ליבום ורובא לשוק וחזקה לא עדיף כי רובא ואייתי מיעוטא דמפילות סמוך לחזקה והוייא ליה פלגא ופלגא ע"כ וקשה לי דכיון דקאמר וחזקה לא עדיף כי רובא אלא דרובא עדיף מחזקה היינו לומר אע"ג דאיכ' מיעוטא דמסייע לחזק' דכל רוב יש מעוט כנגדו וא"כ מאי קאמר בתר הכי סמוך מיעוטא והוי פלגא ופלגא אבל לפי מ"ש אתי שפיר דה"ק וחזקה לא עדיף כי רובא היינו רוב דאינם בסוג אתך כי ההיא דרוב מצויים אצל שחיטה והתוס' ז"ל בפ' הלוקח בהמה כתבו דההיא דרוב מצויים אצל שחיטה מומחים הם הוי רובא דשכיח טפי והמיעוט לא שכיח וקרוב לזה כתב הרא"ה ז"ל בס' ב"ה יע"ש ולדבריהם קשה דרובם של גדולים כתבו דכל היכא דאיתיה קמן בדקינן ליה ולא סמכינן ארובא ואי הוי מיעוט דלא שכיח אמאי צריך בדיקה דמטעם זה אין צריך בדיקה הבהמה בשבעים טרפיות כיון דהוי מיעוטא דלא שכיח וע' בהרא"ש פ"ק דחולין ונראה כמ"ש וע' בחידו' מהרי"ט למ' כתובות בפ' המדיר גבי הלוקח פרה

פ"ד דין י"ו כתב הבל"מ ז"ל וא"ת כיון דתנא פסולה וי"ל וכו' דחליצת קטנה אינה כלום כחליצת קטן ע"כ נ"ב כלומר מן התורה כמו חליצת קטן וכיון דקי"ל דחליצת קטן אינה פוסלת ה"ה קטנה וע' בת"ה ותראה כן:

שם דין ח"י כתב הרמז"ל או מנעל של סיב או של שעם כו' נ"ב קשה דר' בה' שבית' עשור כתב דמותר לנעול מנעל של שעם ושל סיב אלמא דלא מיקרי מנעל:

פ"ה דין י"ז כתב הבכ"מ וא"ת מ"ש מהאשה שהלך בעלה וצרתה למ"ה וכו' נ"ב כל היכ' דתלוי במעשה לא חיישינן לזה ואפילו ברובא תלוי במעשה לא חיישינן וע' פ"כ מהלכות א"ב:

שם דין כ"ג כתב הבל"מ ז"ל י"ל לזה דהך חליצה הוי פסולה ומדרבנן וכו' נ"ב לא הבנתי זה דמן התורה אינה חליצה כלל אלא מדרבנן הוא דהויא חליצה לפסול:

שם דין ל' כתב הל"מ ז"ל כתב הנ"י שהקשה הרשב"א כו' נ"ב נ"ל דהיינו טעמא משום דביאת' לא פסל את הגדולה אלא שצריך למאן משום שאינו יכול לקיים ב' בתים משא"כ בקטנה וחרשת דביאת הקטנה פסלה לחרשת ושוב אינו יכול לבנות:

הלכות נערה בתולה

פ"א דין ה' כתב הרב בכ"מ וז"ל מ"ש רבינו אפי' מחייבי עשה ואפי' שניה וכו' עד אבל שניה קשה כיון דמדאורייתא היא אשה שהיא ראויה לו כו' נ"ב לא ידעתי מאי ק"ל דהא כתב רבינו לקמן למה לא יבא עשה וידחה ל"ת שהרי אפשר לקיים את שתיהן עשה ול"ת:

הלכות סוטה

פ"ב דין ח' כתב הראב"ד ז"ל האי דלא כהלכתא וכו' נ"ב עיין ביבמות דף נ"ח נראה כהראב"ד:

הלכות איסורי ביאה

פ"ד דין ט' ז"ל כל הנשים שיש להם וסת בחזקת טהרה לבעליהן וכו' עד וראיתי להרשב"א ז"ל שהקשה למה אמרו הכי איתמר וכו' הוה להו למימר ל"ש אלא שיש לה וסת אבל אין לה וסת אסורה וכו' ע"כ נ"ב לק"מ דא"כ מאי איריא ישנה אפי' נעורה אינו יכול לבא עליה שלא בבדיקה:

שם דין י' כתב ה"ה האשה שאמרה לבעלה וכו' עד וכבר נתבאר שהאשה שהוחזקה נדה בשכנותיה בעלה לוקה עליה ע"כ נ"ב נ"ל דהחילוק תלוי בין היכא דאיכ' הוכחה לאמתלא כי הכא שתבעה לפני אחותו ורגלים לדבר שמפני הבושה אמרה כן משא"כ

בהוחזקה נדה בשכנותיה דליכא רגלים לדבר וכן נראה מדברי הראב"ד בהשגות פ' ח"י דין ט':

פ"ט דין ו' כתב ה"ה ז"ל נמצא טפין טפין וכו' עד ואף הרמב"ן והרשב"א ז"ל כתבו שאין דין הברייתא אלא בבגדה אבל בבשרה אפי' טפין טפין מצטרפין לכשיעור ע"כ נ"ב צ"ע דהרשב"א כ' דלענין צירוף אין חילוק בין נמצא בבשרה לבגדה:

שם דין ל"ב כתב הר"מ ז"ל וז"ל שלש נשים שלבשו חלוק זו אחר זו ואח"כ נמצא עליו כתם וכו' נ"ב מלשון רבינו נראה דנמצא הכתם אחר דפשטו אותו כל השלשה דאם נמצא הכתם בעוד החלוק בשלישית אמרי' כאן נמצא וכאן, היה וכן נראה מדברי התוס' בפ' הרואה כתם ד"ה ולענין דינא תנן ודוק איבר' דהטור כתב דאם השאילתו לחברתה וחזר' ולבשתו ששתיהן צריכין לחוש ואמאי לא אמרינן כאן נמצא וכאן היה ועיין בדין כ"ט גבי השאילה אותו לזבה קטנה וחזרה ולבשתו קודם בדיק' ונמצא עליו דשתיהן מקולקלות שם בדין הנז' סיים הר"מ ז"ל ואם בדקה אחת מהן עצמה מיד ומצאה עצמה טמאה הרי השתים טהורות עד כאן נ"ב משמע אפילו בלא בדיק' כיון שיש לה במה לתלות ולא דמי לשאר ספק דהיכא דאפשר להתברר בעי בדיק' אפי' בדרבנן:

שם דין ל"ו כתב הרמב"ם ז"ל כל כתם שנמצא על הבגד שאין לה במה יתלה כו' נ"ב כלומר נהי דצריך בדיקה היינו טעמא משום דכל חזקה דיכולה להתברר צריך לברר ונפקא מינה דאם נאבד הבגד בחזקת טהורה עומדת ומ"ש הרשב"א דמהגמרא מוכח שיהא בחזקת טמאה אינה ראי' דהגמרא איירי בכתמים שלא נסתפק לנו בצבע דהיא בחזקת טמאה ומה שמעברין עליו ז' סמנים היינו כדי לבטל הדם ודוק משא"כ הכא בנסתפק אם הוא דם או צבע כיון דספקא דרבנן הוא מוקמינן אחזקת' אלא דלכתחל' צריך בדיקה:

פמ"ו דין ג' כתב ה"ה ז"ל כותי ועבד כו' עד ויש מי שכתב שאם ילדה בת שהיא פסולה לכהונה וכו' נ"ב בפ' ח"י כ' רבינו דכותי ועבד הבא על הישראלית נעש' זונה וצ"ע אי אית לרבינו כל שאתה נושא בתו אתה נושא אלמנתו ועיין בפי"ט דין גר עמוני:

שם דין י"א וי"ב כתב ה"ה ז"ל ומה שכ' רבינו שאפי' היא אומרת לפלוני הממזר נבעלתי אינה נאמנת הוא מפני שהאשה אינה נאמנת בפסול אלא האב בלבד כו' עד ולא נתנ' תורה נאמנת אלא לאב דקי"ל כר"י ואע"פ שחיה נאמנת שאני הכא שאין אדם משים עצמו רשע וכו' נ"ב קשה לכאורה במאי דכתב דלא נתנה תורה נאמנות אלא לאב וכו' דהא דלא נתנה תורה נאמנות אלא לאב היינו היכא דמוחזק בכשרות דאי לא הוה קרא מן הדין לא היה נאמן אבל היכא דאינו מוחזק בכשרות אימא דאף היא יהא נאמנת ומה

שכתב לחלק בין ההיא דחיה להכא משום דאין אדם משים עצמו רשע וכו' קשה דמה יענה באומר זה בן גרושה דנאמן ואמאי לא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע וע"כ צריך לומר דהיינו באומר שוגג הייתי ולפי זה הכא נמי אם היא אומרת נבעלתי לממזר שאח"כ ידעתי שהוא ממזר יהיה נאמנת ולע"ד נראה דהא דאינה נאמנת הכא היינו משום דכשם שזנתה עם זה כך זינתה עם זה ובדרבנן דוקא הימנוה ולא דמי לחיה דהתם היא יודעת בבירור שזה הבן הוא בן ממזר או נתין או כשר:

שם דין י"ו כתב הרמז"ל וכשם שנאמן לומר בני זה וכו' עד והאומר על עצמו שהוא ממזר נאמן לאסור עצמו בבת ישראל ואסור בממזרת וכו' נ"ב צ"ע מההיא עובדא דראה ר' לההוא גברא בבית הקברות א"ל וכי לאו בן פלוני כהן אתה א"ל עיניו של אבא היו גבוהות ועיין בהרא"ש ז"ל בההוא שאמר נתגיירתי ביני לבין עצמי:

שם דין ח"י כתב הרמז"ל היו העם מרננים אחרי' והיא ארוסה עם ארוס ועם אנשים אחרים כו' נ"ב עיין בפ"מ ח"א סי' נ"ב דף רל"א ע"ד כנראה שלא ראה דברים אלו:

שם דין י"ט כתב הרמז"ל א"א שהיתה מעוברת וכו' עד אמר האב אינו בני ה"ז בחזקת ממזר ואם אמרה מכותי ועבד נתעברתי הרי הולד כשר ע"כ נ"ב כתב הרב מהרי"ט בא"ה ז"ל וזהו ברוב פסולי' אבל אם רוב עובדי כוכבים אפילו לא בדקו את אמו אזלי' בתר רובא ואף ע"ג דלכתחלה בעי' תרי רובי לגבי וולד חשיב דיעבד עכ"ל ודבריו תמוהים הם דבפח"י כתב ה"ה דדין הולד כדין האשה שנשאת ובשאינה טוענת כגון אלמת כתב הרמב"ם ז"ל דאפי' אם נשא' תצא כל היכא דליכא תרי רובי:

שם דין ך' כתב הרמז"ל א"א שיצא עלי' קול שהיתה זונה וכו' עד אבל היא עצמה חוששין לה משום זונה וכו' ע"כ נ"ב מל' חוששין נראה דהיינו לכתחלה אבל אם נשאת לכהן לא תצא והתוספות כתבו דלא איירי בקלא דלא פסיק ראם כן אפי' נשאת תצא וכ"כ התוס' גבי אוכל בשם ר"ת ז"ל דאע"ג דאינה אסורה לבעל בקלא דלא פסיק מ"מ אסור' לבועל דהוי קלא דקודם נשואין ועיין במהריב"ל ז"ל ח"א דף ק"ג:

שם דין כ"ה כתב הרמז"ל האסופי שנמצא בעיר שיש בה כותים או רוב כותים וכו' הרי הוא כשאר אסופים וכתב הראב"ד ע"ז אם רוב עובדי כוכבים קרוב אני להכשיר כותי הוא ונתגייר ע"כ וכתב ה"ה ואין כן דעת רבינו והטעם משום קבוע כמחצה על מחצה דמי ומ"מ נ"ל שהוא מותר בבת ישראל משום דאיכ' תרי ספקי ובתרי ספקי לא גזרו ע"כ ויש לי לעיין בדבריו אם במ"ש משום דהוי קבוע וכל קבוע כמחצה על מחצ' דמי וכו' דאם כן היאך מאכילין אותו כל היכא דרוב העיר כותי' דאין מפקחין עליו את הגל כתב הרמב"ם משום דאין כאן קבוע' והתוספות כתבו שם דתינוק הנמצא לא חשיב קבוע וכן

מוכח מהסוגיא שם ומה שכ' ה"ה להתיר משום דאיכ' תרי ספקי לע"ד אינו נראה דהא בהדיא כתב הרמז"ל בפרק י"ט משפח' שנתערב בה ספק ממזר אסור לישראל ליקח מאותה משפחה ואם נשאת לא תצא מפני שהם שתי ספקות ע"כ משמע דלגבי יוחסין החמירו ואפילו בתרי ספיקי ויש ראיה לדברי רבינו דהא רב ושמואל בפ"ב דיומא בענין אחד אייריי ולישנא הכי אזלא דקאמר ושמואל אמר וכ' דמשמע דשמואל קאי ע"ד רב וכיון דמסקינן דשמואל אריש' קאי ע"כ צ"ל דרב נמי אריש' קאי וה"ק לא שנו דאמרינן אם רוב עובדי כוכבים עובד כוכבים אלא להחיותו אבל ליוחסין לא מחזקינן אותו עובד כוכבים לענין שאם יתגייר יהא מותר בבת ישראל ולאפוקי מסברת הראב"ד ז"ל וכ"כ הרמז"ל בתשו' דרב ושמואל, חולקים זה עם זה ומשום הכי פסק במחצה על מחצה דמצוין להחיותו משו' דפסק כרב דאמר אם רוב עובדי כוכבים אין מצוין הא מחצ' על מחצה מצוין להחיותו והריני חוזר להקשות ע"ד הראב"ד במ"ש דאם רוב עובדי כוכבים כשר כותי הוא ונתגייר דהא משמע שם בגמרא דבחד רובא אינם מכשירין ומוכח לה מדאמר רב אבל ליוחסין לא אלמא דביוחסין לא אזלינן בתר רובא ואפילו דיעבד כיון דאינו טוען בריא וכמ"ש ה"ה בפר' ת"י דכל שאינה טוענת בריא אפי' נשאת תצא כל היכא דליכא תרי רובי ודין הולד הוי כדין האשה שנשאת וכמ"ש ה"ה ג"כ שם ודלא כמהרי"ט ז"ל בא"ה שכתב דאפי' באינה טוענת בחד רובא סגי להכשיר הולד דחשיב דיעבד:

שם כתב הכ"מ ז"ל האסופי שנמצא בעיר שיש בה כותים וכו' עד ורבינו לא נראו לו דבריהם ולפי זה כי אמר רב ל"ש אלא להחיותו בין לרוב ישראל בין למחצה על מחצה ע"כ נ"ב בפירוש כ' רבינו בהלכות שבת פ"ב דכי קאמר רב להחיותו למחצה על מחצה קאי וכי פריך מחצה על מחצה למאי הלכתא היינו לשמואל דקאמר דאפי' ברוב עובדי כוכבים מפקחין א"כ הוא מצוה להחיותו וא"כ מחצה על מחצה למאי הלכתא אפי' ברוב עובדי כוכבים מצוה להחיותו וכ"כ רש"י יע"ש:

שם דין כ"ט כתב הרמז"ל ומנין אני אומר שאין השתוקי אסור בכל אשה שאפשר שתהיה ערוה עליו שהרי הכשר שנבדק' אמו אינו אסור וכו' נ"ב ע' בפ"ט מהלכות אישות דין כ"א במקדש אחת מה' נשים ונ"ל דהתם שאני דאיתחזק ערוה ואינו יודע איזו היא וכן באומר לשלוחו צא וקדש לי אשה ומת דאסור בכל נשיהן שבעולם:

פי"ז דין כ"א כתב ה"ה ז"ל יצא לה שם מזנה בעיר אי חוששין וכו' נ"ב ע' בפט"ו שכתב יצא עליה קול שהיתה זונה חוששין לה משום זונה:

פח"י דין א' כתב ה"ה ז"ל באמצע הלשון ז"ל וסובר הראב"ד ז"ל שאין הקש זה אלא לתרומה אבל לאסור לכהונה לא מצי לאקשויי וכו' נ"ב בפירוש אמרו בת חלל זכר פסל' מן הכהונ' ותנן כל שאי אתה נושא בתו אי אתה נושא אלמנתו ועוד תנן יש מותרות לבעליהן ואסורות ליבמיהן כיצד חלל שנשא את הכשרה וכו'

שם דין ט"ו כתב הרמב"ם ז"ל ראוה שנבעלה בעיר או נתעברה אפי' לא היה שוכן שם אלא כותי א' וכיוצא הרי זו לא תנשא לכהן שכל הקבוע כמחצה על מחצה דמי וכו' ע"כ נ"ב נראה מדברי רבינו דכל שנבעלה בעיר אפי' איכא רוב סיעות כשרים לא תנשא שכן כ' כל הקבוע כמחצה וכו' משמע דאי לאו הכי היתה נשאת ואי ליכא רוב סיעו' לכתחל' אינה יכולה להנשא וכ"כ בכ"מ וכתב עוד דאפילו אזל בועל לגבה חשיב קבוע גזירה אטו וכו' ודברים אלו תמוהים דכל דאיכא תרי רובי לא גזרו ומשום גזירה הצריכו תרי רובי אלא טעמו של רבינו הוא דכל שנבעלה בעיר אפילו אזל בועל לגבה קבוע איקרי ולא משום גזיר' אלא משום דהדרי לקביעותייהו והכי אמרו בנזיר גבי קן דקאמר אשה הדרא לקביעותה וכ"כ ה"ה ז"ל בפט"ו מהלכות אלו גבי דין האסופי ודלא כמ"ש התוספות ורש"י וזו היא סברת הטור גם כ' דכל דאזל בועל לגבה אפי' בעיר לא מיקרי קבוע והא דכתב הרמז"ל בפרק ט"ו דברוב עובדי כוכבים אין מפקחין עליו דלא מקרי קבוע היינו משום דשוב לא הדר לקביעותים כיון דנפל הגל עליו:

שם דין י"ז כתב הר"מ ז"ל השבויה שנפדית והיא בת ג' שנים ויום א' וכו' עד הואיל ואסור כל הספקות כלן מדברי סופרים לפי' הקלו בשבוי' ע"כ נ"ב נראה דהיינו דוקא גבי שבוי' אבל בשאר איסורין אין עבד ושפחה נאמנין אבל הרשב"א כתב דנאמנין ובהלכות סוטה פ"א כתב רבינו ואפילו עבד ושפחה וקרוב נאמנין הואיל והתורה האמינה עד אחד ונראה דשאני התם דאיכא רגלים לדבר ואין להקשות דבפרק הגוזל פריך והרי שבויה דאיסור דאורייתא דהכי קאמר דאיכא למיחש לאיסור דאורייתא. וה"ה כתב בדין זה ז"ל ולי נראה שבנה ובתה בין גדולים בין קטנים צריכין שיהיו מסיחין לפי תומן וכו' עד משמע מדקאמר באדם אחד דגדול היה עכ"ד ודע דבפרק הגוזל בתרא איתא דקטן היה:

במותב תלתא כחדא הוינא נחנא בי דינא דחתימין לתתא יען כי שמענו מפי אנשים מהוגנים מערערים על האשה ע' ג' אמילה אשת ה"ר יעקב בכ"ר אלחנן אשכנזי על פי נשותיהם שסיפרו להם שמרת ג' אמילה הנז' אמרה להן שנאנס' מישמעאל אחד שבא עלי' בזמן היותה במצב הפירוד עם בעלה מחמת מריב' שהיתה לה עמו ונתעברה מן הישמעאל הנז'. לכן הוזקקנו אנחנו לברר הדבר בחקירה מעליא והנה ירוד ירדנו בתחלה ושאלנו את פי האשה מה זה הקול הנשמע עליה ואף שאיימנו עליה לא הודית זולת שבא

ישמאל אחד בביתה וכבה נרה וסתם את פיה לבא עליה ומרוב צערה היתה כמתעלפת ולא הרגישה אם בא עליה ושאלנו לה למה אמרה לקרוביה שבא עליה והשיבה להגזים הענין שיקבלוה ביניהם שתגורר עמהם בביתם ואל יניחוה שתשב לבדה בבית אחד ושאלנו על העבור ואמרה שהיא לא ראתה שום אות עיבור אלא שעברו כמו חדש ימים מוסתה וחששה אולי אירע לה מחמת צערה אך לא עשתה תרופות להפיל ולא ראתה נפל. ובכן שהזמננו להאשה מ' ג' אמילה ובעלה לפנינו קם עד אחד כשר על רגליו ואחר האייום והגזום כדחזי ואחר קבלת עליו חומרת התורה העיד בתורה עדות גמורה לפני האשה והבעל איך שמע מפי האשה מ' ג' אמילה שנאנסה מישמעאל אחד שבא עליה ושאשתו הכירה עיבורה ושהוא יודע שהיתה מחזרת בתר תרופות וסמנין להפיל עוד העיד לפנינו ה"ר אברהם הלוי בתורת עדות גמורה אחר האייום והגזום איך שמע מאשתו שהיתה מעוברת ושבפניה הודית בביאת הישמעאל ושאחי מ' ג' אמילה שאל ממנו סממנין צודקים להפיל והרגיש שהם לאחותו ולא נתן לו ובכן איימנו וגזמנו ביתר שאת על ג' אמילה שתגיד האמת איך היה לה המעשה עד שהיא גם היא הודית בפיה את כל הקורות אותה ואמרה לנו איך בלילה אחד בהיותה יושבת לבדה בביתה פרושה מבעלה בא לביתה ישמעאל א' ותכף לביאתו כבס לה את הנר לבא עלי' והיא התחילה לצעוק ותכף סתם את פיה ושם סכין בלועה וישכב עמה ובהיות דירתה סוגרת ומסוגרת בבתי גוואי ובהחבא הגם שצעקה ובמסתרים תבכה נפשה אין שומע ואין מושיע לה ומן הישמעאל ההוא נתעברה והפילה. ושוב באה לפנינו היקרה מ' וידה אלמנת ה"ר משה סאבאן ועמדה והעיד' איך היא יודעת מאד מכל המעשה הזה שספר לה מ' ג' אמילה הנז' זה לשעבר ככל הנז' וגם שם נמצא ושם היתה בשעה שהפילה מ' ג' אמילה מן ההריון הנז' וראתה את הנפל בעיני' וגם אנחנו הלכנו אל בית האשה וראינו והנה המקום מקום מופנה במסתרים שאם תצעק האשה ג' אמילה הנז' אינה נענית ויש חשש אונס בדבר. את הדברים האלה העלנו על ספר על פי האשה ג' אמילה הגם ע"פ האלמנה מ' וידה ומפיהן אנו חיים בעסק זה ולראי' חתמנו ביום ח"י לתשרי התפ"ו בגאלאטה וקיים. משה הכהן שבתי בכ"ר אברהם גבאי חיים אלי' פיפאני׃

תשובה בריש כל מראין נקרב ונבאר למחלוקתן של ראשונים שהביא ה"ה פי"ח מהל' איסורי ביאה בההיא דפ"פ מצאתי שאם היא טוענת ברי שלא נבעלה תחתיו או טענת אונס ומ"ע י"א שנאמנ' להיות מותר' לו כמו שנאמנ' לר"ג דקי"ל כותיה בההיא דמשארסתני נאנסתי או מוכת עץ אני לענין ממון הכתוב' כיון שהיא טוענת ברי והוא שמא ושיש מן המפר' חלוקים ואומרים שאין משגיחין לדבריה ענין איסורא יע"ש

ולכאורה איכא למידק דכוותה בממונא נמי היכא דחייש לה הבעל שנבעלה ברצון מנ"ל דמהימנא נימא דכיון דאיכא רוב רצון כמו שהוכיחו התוס' והרא"ש בסוגית פ"פ מן הירוש' עד שאמרו שם דעדיף מחזקת כשרות דידה א"כ כיון דאית ליה חזקת ממין ורוב דרצון לא תוציא ממון ממנו אף בברי ושמא וההיא דמשארסתני נאנסתי שנאמנת לר"ג להוציא בברי ושמא היינו משום דאיכא הודאת בעל שנאנסה אלא שטוען שמא עד שלא אירסתיך נאנסת וכיון שמחזיקה בצדקת שבאונס היה הדבר מוציאה ממנו הא לאו הכי אה"נ דלר"ג נמי לא מהימנא מטעמא דאמרן ומה גם שהיא אינה זוכה להוציאו אלא בב' ספקות שתחתיו נבעלה ושהיה באונס והוא זוכה להחזיק באחד מהם שמקודם נבעלה או תחתיו וברצון:

ונראה דמשמע להו דהתם נמי בדר"ג חושש הוא לרצון אלא דעדיפא מינה טעין הן לו יהי שנאנס' שמא עד שלא ארסתיך מדלא קאמר בהדיא ר"ג דבחושש לרצון אינה נאמנת וכן נראה שהבינו התוס' בסוגיית פ"פ בד"ה אי למיתב לה כתוב' שהקשו למ"ד בההיא דמשארסתני נאנסתי דמנה אית לה לכ"ע דאמאי כיון דיתכן דברצון הוא ומזה הולידו דבס"ס מפקי' מיד הבעל יע"ש וכן נראה עוד בהדיא ממ"ש עוד שם בד"ה אי דטעין טענת דמים וכדברי הרא"ש שם כמו שיראה המעיין וצריכים אנו למודעי אם האוסרים הוא אף בדאית לי' מגו דלכאורה משמע דבדאיכא מגו נמי קאמרי דהא אמרו בפ"ק דכתובות אמתניתין דמשארסתני לשינויא קמא דטעמא דמהימנא לר"ג משום מגו והכי אמרי' בהדיא בפשיטות בר"פ האשה שנתארמלה ואפי"ה הם המדברים שאין ללמוד איסור ממון ומיהו אפשר דלא גרסי בפ"ק שינוייא דמגו כמו שראיתי להריטב"א ולמהר"ר דון וידאל קרישקש ז"ל בחידושיהם מכ"י שהעידו דאיכא נוסחי טובא דל"ג לי' והיא גי' הנגיד והם גמגמו שם על מגו זו דמ"ע אני תחתך דכי אמרה הכי נמי לא מהימנא לר' יהושע והכריחו הענין אחר דבלא מגו נמי אר"ג דמהימנא עד שכתבו דאף לנוסחי דגרסי הך שינויא דמגו אינו אלא לסניף בעלמא במ' כל דהו דשינויא דחזקה הוא עיקר דמשום חזקה דידה הוא דמהימנא לר"ג ואף בלי מגו ונראה שהרי"ף והר"ן שהשמיטו בההיא דמשארסתני הך שיטיא דמגו לא הוו גרסי לי' ואי נמי גרסי לי' משמע להו שאינו עיקר מטעמא דכתבינן משמא דהריטב"א ומהר"ר דון וידאל זלה"ה:

ולא תיקשי מההיא דר"פ האשה שנתארמלה דמסיק תלמוד בההיא דמודה ר' יהושע דטעמא דר"ג במשארסתני דנאמנת משום מגו דלע"ד אדרבא מהתם סיעתא דהא התם קאי למ"ד בההיא דמ"ע אני דטענתייהו במנה ומאתים ולית לה מגו ועכ"ז האמינה ר"ג להוציא ממון ואיך נאמר שלא האמינה בטענת אונס אלא משום מגו ואין לומר משום

דטענת אונס ריעא טפי דאיכא רובא דרצון דה"ל לתלמוד לפרשו תו דסוף סוף יקשה להרא"ש וסיעתו דס"ל דמ"ע לא שכיח עד שכתב הרב המגיד שם לדעת האוסרים הנז"ל דאע"ג דבס' אונס ורצון שרינן היכא דאיכא ספקא אחרינא בההיא דפ"פ עכ"ז מ"ע דלא שכיחא אף דאיהי טענה ליה ואיכא ס"ס אסורה כנראה דטענת מ"ע קלישא מטענת אונס וכיון דטענת מ"ע בלי מגו מהימנא לר"ג להוציא ממון היכי בעי מגו בטענת אונס אלא עכ"ל דר"ג לדידיה מאמינה בלי מגו ור' יהושע הוא דקאמר דאף במשארסתני דלכאורה איכא מגו דמ"ע דמסייע לסברת ר"ג להאמינה ועכ"ז פליגנא התם מודינא מיהא בההיא דשדה זו של אבותיך והיינו נמי דקא' התם שור שחוט וכו' לפי' התוס' שם ואה"נ שגם ר"ג מודה בקלישותא דהך מגו אלא דבלא מגו נמי מאמינה מטעם החזקה וכיון שזה מוכרח ליאמר למ"ד טענתייהו בק' ר' אף דקי"ל כמ"ד טענתייהו במנה ולא כלום מ"מ יש לנו לומר ששוים הם בענין זה דר"ג בלי מגו נמי מאמינה ומה גם שיש ביד הריטב"א וה"ר וידאל ראי' מכרחת ממקום אחר דבלא מגו נמי מהימנא. נקטינן מיהא שלא נתברר אם המפרשים האוסרים שהביא ה"ה הוא בדאיכא מיגו נמי ומדברי הפוסק שבאו בתשו' מהר"ם די בוטון סי' נ"ה נראה דפשיט' לי' דבמיגו מודו להתיר אולי בקונטריסו הכריח כן מאיזה מקום ונרא' שם מודו לו בזה יע"ש ולכאורה נראה שהתוס' אוסרים אפילו במקום מיגו לפי מה שהעיד בשמם ה"ר וידאל ז"ל בסוגית משארסתני נאנסתי דגרסי שינויא דמגו שכתבו דמיגו מעליא הוי כיון שלפי דעתה שיאמינו בטענתה היה לה לטעון טענת מ"ע דעדיפא דשריא לכהונה וחזי' להר"ם אלשקאר בסי' צ"ד שהבין ממ"ש התוספת בד"ה ואבע"א באשת ישראל כדעת האוסרי' בטענת אונס מטעם רוב רצון דעדיף מחזקת כשרות יע"ש וא"כ אם עדות ה"ר וידאל הוא על תוס' שלנו נפשוט מינייהו דבמקום מיגו נמי אסרי בטענת אונס:

איברא דלכאורה היה נראה ג"כ עוד להוכיח מהתוס' כדברי מהר"ם אלשקאר דאסרי בטענת אונס ממה שהק' באותה סוגיא דפ"פ בד"ה אי דטעין ט"ד שתהא נאמנת לענין הממון במגו דנאנסתי ודמ"ע וסיימו דאי לא אמרינן מגו להוציא אתי שפי' יע"ש והניחא להפסד כתוב' אבל מה יענו למה שאמרו בגמרא שאסור עליו ולא הרגישו שם שתהא נאמנת במיגו דנאנסתי וכבר הרגיש שם הריטב"א בחידושיו ותירץ דאין זהו מ' דמיפסלא לכהונה ומינו דמ"ע נמי לא מהני דלא שכיח והשתא אי ס"ל להתוס' דכי טענ' אונס נמי לא מהימנא לענין איסור וכדברי הר"ם אלשקאר ז"ל ניחא מה שלא הוקשה להם בתחלת הסוגיא שתהא מותרת במיגו דטענת אונס ואחר העיון נראה שאין הכרח כלל דהא ודאי בטענת מ"ע ס"ל לתוס' דשריא מטעם ס"ס כמתבאר מדבריהם בד"ה ואבע"א

באשת ישראל וא"כ תיקשי לן על כ"פ שתהא מותרת במכחישתי במ' דמ"ע ולמה לא הרגישו בזה ולא היה מספיק תירוצם שתירצו לענין הממון דהוי מ' להוציא ולא עליהם תהיה תלונתי לבד כי גם על הר"ן וה"ר וידאל שהם ז"ל בסוגית פ"פ התירו בטענת אונס ומ"ע ולא הוקשה להם שתהא מותרת גם כן במכחישתו במיגו דאונס ומ"ע אלא הוקשה להן כן בסוף הסוגיא לענין הכתובה ותירצו דכיון דמ"ע לא שכיח לא אמרי' מ' להוציא ממון וזה לא יספיק למה שאסרוה בגמרא בתחלת הסוגיא בסתמא אף אם באה להוציא ממון לכן נלע"ד דס"ל להתוס' והר"ן וה"ר וידאל דכיון דשויא אנפשיה חתיכה דאיסור' באומרו פ"פ מצאתי וכב' עדים דמי כמ"ש בגמר' שם עכ"פ נאסרה עליו דקים לי' דמשקרא ולא גרע מתשו' הרשב"א בענין הטבח שאמר לא שחטתי' שאסור עליו אף במקום העדים האומרים ששחטה וכ"ש בזו דלית לה עדים להיתר ואדרבה הוי לדידיה מגו במקום עדיה והרב האשכנזי בחידושיו לא ירד לזה בד"ה אי דטעין ט"ד ואסיק דברי התוס' בקושיא יע"ש ומי' הריטב"א ודאי פליג אהך תשו' הרשב"א כיון דלדידיה נאמנת במכחישתו להתירה לו אם היה לה מגו כ"ש אם היו עדים ממש להיתר וכבר נסתפק מהריב"ל ז"ל בתשו' אי אמרי' שויא אנפשיה חתיכ' דאיסורא כנגד עדים ולא הזכיר להגדולים הללו ובמקום אחר עמדתי בזה אין כאן מקומו:

מעתה אין בידינו ראיה מהתוס' בטענת אונס לאסור ואדרבה אפשר דכיון דלדידהו שריא בטענת מ"ע כדהוכחנו לעיל כי טענ' אונס נמי תהא נאמנ' במיגו כיון דלא שויא עליה בעל חתיכה דאיסור דדילמא באונס היה ומה גם דהכא מגו זו אלים מההוא דגבי משארסתני נאנסתי שפקפקו בו הריטב"א וה"ר וידאל דהתם לענין ממונא דלר' יהושע כי טענה מ"ע נמי לאו כל כמינה להוציא ממון לא כן לענין האיסור דבטענת מ"ע אית לה ס"ס להתירה כדברי התוס' דשריא וא"כ תהא מותרת ג"כ בטוענת אונס בברי ואיהו שמא כיון דאית לה מגו מעליא דמ"ע. ולפ"ז גם ממ"ש התוס' בד"ה ואבע"א דלא מוקמי' לה בחזקת כשרות משום רוב דרצון דעדיף מחזק' אין ראיה לאסור בטענת אונס דהא במכחישתו הוקשה להם דנוקמ' אנן בחזקת כשרות ולזה הוצרכו לגרוע כח החזקה מחמת הרוב והא ודאי אף להמתירים בטוענת אונס צ"ל כן למאי דלא שרי לה תלמודא לאוקומה בחזקת כשרות ודנבעלה באונס ואה"נ דאי טענה הכי דנאנס' יודו התוס' להתירה דהשתא איכא טענת בריא ושמא ומגו דמ"ע דמעלי בהדי חזקת כשרות ויועילו ולהחליש כח הרוב דרצון ומה גם שאינו רוב גמור אלא מדרבנן כמו שסיימו התוס' עצמה שם אם התוס' היו אוסרים דטענת אונס לא הוו שתקי הר"ן והריטב"א וה"ר וידאל ז"ל דאינהו בתראי מלהזכירם. ואם כן גם מ"ש מהר"ם אלשקאר ז"ל שהריב"ש

מן האוסרים ממ"ש כדברי התוס' אין מזה ראיה כאמור ואדרבה מהרדב"ז בעודפסות סי' קצ"ה כתב בשמו שהוא מן המתירים איברא שהיתר זה כעת לא מצאתיו בתשו' הריב"ש ואולי כתב כן בחידושי כ"י. גם מ"ש מהר"ם אלשקאר שהרא"ש מן האוסרים ממה שהשיגו לה"ר יונה וסוף דבריו לא היו אלא ליישב דעת הר' יונה ולי' לא ס"ל אחרי נשיקות עפרות זהב לו על פי שנים עדים דבקיאי במילי טפי אנו חיים והם הטור בסי' ס"ח ורבינו ירוחם תלמידו חלק אדם נכ"ב ח"ב שהבינו שהסכי' הרא"ש עם ה"ר יונה להתיר. ומ"ש עוד מהר"ם אלשקר שכן נראה דעת רש"י לא הראה לנו מקומו ואדרבה כל פירושו בסוגית פ"פ הוא במכחישתו ודשויא אנפשי' חתיכה דאי' ודקי' ליה בפ"פ ומ"ש שכן נראה דעת הרי"ף שלא חילק אין ראיה משם שהרי נתן טעם דשויא אנפשי' חתיכה דאיסורא שלא יצדק בטענת אונס ואדרבה אי ס"ל הכי ה"ל לפרש דאף בטענת אונס דליכא הך טעמא אמורה מטעם אחר והוא לא הזכירו ומ"ש שכ"כ הרמב"ם הוא אשגרה לישן שלא כתב כן בפי' רק ה"ה כתב שכן נראה דעתו ומהרדב"ז סימן קצ"ה כתב שאין מדבריו ראיה לאסור והאריך בזה יע"ש נקוט מיהא שלא מצינו לאסור רק להיש מן המפרש שהביא ה"ה ומשמעותו של הרמב"ם לפי עדותו של ה"ה ותשובת ר' האיי שהביא מהר"ם אלשקר וסתמייהו משמע אף במקום מגו:

ועתה נלכה נא לידע ולהודיע מי ומי הם המתירים מלבד המפ' והרמב"ן והרשב"א שהעיד בשמם ה"ה שלמדו מדין הכתוב להתיר בחד ס' בטוענת ברי וראיתי להרב דון וידאל בסוגית פ"פ דפשיט' ליה מסתמא דמתני' במשארסתני נאנסתי דנאמנת אף להתיר ומזה הכריח דהא דאסור בפ"פ דוקא במכחישתו. ואני בעניי אחרי נשיקת עפר רגליו לא זכיתי להבין ראיה זו דשאני התם דאיכא ס"ס ס' שנבעלה מקודם ס' שנבעל' באונס ובכה"ג הא שרי תלמודא בההיא דפ"פ ואף על גב דהתם היא מודית שתחתיו נבעלה הא גבי פ"פ נמי במכחישתו הרי היא כמודית בתחתיו וברצון כדאמרינן בעלמא כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ועכ"ז קאמר תלמודא דשריא ליה בס"ס והיינו טעמא של דבריה היא אומרת שבתולה היתה ולדידיה נמי כיון דאית לי' ס"ס שריא ה"נ בההיא דמשארס תני שלדבריה אנוסה היתה ומותרת ואנן בדידן אית לן בה תרי ספקי משום הכי שריא אבל בהך דפ"פ בס' א' מנ"ל למישרי ונראה דס"ל דדוקא בההיא דכל האומר לא לויתי דהלה תובעו ברי שלא פרעו הוא כמודה לו הא לאו הכי לא ומש"ה עביד תלמודא ס"ס גבי פ"פ מה שאין במשארסתני שהרי הודית וליכא ס' תחתיו אלא חד ס' ומ"מ ק' דאדרבה אמרו בירושלמי אהא דמשארסתני נאנסתי דנאמנת הדא דתימא לענין ממונא אבל אסור לקיימה משום ס' סוטה וזה דלא כה"ר וידאל:

וראיתי להריטב"א בחידושיו ההיא דפ"פ שכתב בשם י"א דהך ירוש' פליג אגמרא דידן דנאמנת דקאמר לגמרי הוא ודשריא אפי' בחד ס' משום חזקת גוף וברי דידה וזו קשה מן הראשונה שאחר שראו הירוש' דמוקי מתני' דוקא לממון מה ראו בגמ' דידן דבאיסור נמי והא סוגיא דגמ' דידן גבי משארסתני נמי לא קאי אלא בממון ואולי כונתן דכיון דלהירוש' אף בס"ס אסור דהא בדינא דמתניתין איכא ס"ס שכן נראה מדבריהם שם והכי איתא בהדיא בירוש' בההיא דפ"פ דאף דאיכא ס"ס לא חשיב להתירה כיון דחד מינייהו ס' אונס ריע דקול יוצא לאנוס' וכיון דגמ' דידן גבי פ"פ שרי בס"ס מינה דנאמנת דמתני' דמשארסתני להיתרא נמי הוא ודלא כהירושלמי והם הוסיפו להתיר אף בס' א' דומיא דממון מטעמא דיהיב בגמרא דידן דמפקינן ממון מחזקת מריה משום חזקת גוף וברי דידה ה"ה שתהא מותרת מטעם זה. והנה הוא שם התיר מכח לשון אחר דירושלמי הביאו הר"ן בסוגיית פ"פ ודנקטינן כותיה משום דאידך ירוש' פליג אהך ירוש' ואגמרא דידן ואפילו תימא דלא פליגי והא בחד ספקא והא בב' ספיקי מ"מ גמרא דידן לא מפליג בין חד לתרי ובכל ענין נאמנת בברי ושמא עכ"ד ולא ידענא איך יתכן דאידך ירושלמי בחד ס' כיון דאמתני' דמשארסתני קאי והתם איכא ס"ס כמ"ש הוא למעלה בשם י"א אלא ודאי דהירושלמי אזיל לשיטתי' דבפ"פ אפי' בס"ס אמרו דאסורא דכיון דקול יוצא לאנוס' לא חשיב ס' אונס ס' כלל וע"ק שאם יש מקום לעשות שלום בין ב' לשונות הירוש' בזה מה ראה על ככה שלא להשלימו ג"כ עם הגמר' דידן דלא חזינן דשרו אלא בב' ספקי בפ"פ ובסוגית משארסתני לא אמרו דמשום חזקה דידה מהימנא אלא בממון דקיימי התם:

נקוט מיהא שהריטב"א והי"א שהביא וה"ר דון וידאל מן המתירי' גם ר' יונה התיר בטענת אונס והסכים עמו הרא"ש כדכתבנו לעיל גם הר"ן בסוגית פ"פ כתב להתיר בפשיטות גם פטור ורבי' ירוחם התירו כדלעיל ולא עוד אלא שמדברי ה"ה ורבי' ירוחם שהתירו בטוענת שנבעלה קודם קידושין מוכח דהיתרא דידהו אף כשהורע חזקתה דבהא נהי דאית לה חזקת כשרות מ"מ איכא לאידך גיסא חזקת הגוף שבשעת קדושין היתה בתול' עדין כמ"ש התוס' בסוגית פ"פ בד"ה אבע"א באשת כהן והוא פשוט מעצמו ועכ"ל דס"ל להני רבוותא דדוקא בדאי' לבעל חזקת ממון דאיכא למימר אוקי ממונא בחזקת מרי' לר"ן דקי"ל כותיה איצטריך תלמודא בסוגית משארסתני נאנסתי לחזקה דידה להוציא אבל לענין איסור דליכא חזקת ממון המנגדת לאשה היא נאמנת בבריא ושמא לחוד דבריא עדיף. אבל מהר"ם אלשקאר בסי' הנז"ל כתב בשם המתירים דצריכה נמי חזקה דגופה ושכ"כ הרשב"א ז"ל ושידוע דבנדון דידיה שהיתה נשואה לא שייכא הך

חזקה וליכא למימר דאית לה חזקת כשרות כיון דאיכא רוב דרצון כמ"ש התו' והרא"ש יע"ש ושותי' דמר לא ידענא שהמתירים באונס ומ"ע מאי חזקה דגופא איכא הלא היא מודית שפ' פתוח בעת הנשואין וחזקת כשרות הוא דאית לה ומאי קא' נמי דלא מהני משום רוב דרצון הא לכת המתירים עכ"ז שריא. גם מה שכתב שלא התירו אלא מטעם חזקת גוף ושכ"כ הרשב"א כבר כתבנו דמדברי ר' ירוחם וה"ה דנראה דלא כותי' וסיים ה"ה שכן דעת הרשב"א והתם אדרב' חזקת הגוף מסייע לאסור נגד חזקת כשרות ועכ"ז שריא כאומר:

מעתה יש לחקור אם המתירים הוא אף בלא מגו והא ודאי דהריטב"א וה"ר וידאל בלי מ' נמי התירו כיון שהם המדברים דקליש הך מ' דטענת אונס במ' דמ"ע ודלא א"ל תלמודא אלא לסניף ואיכא נוסחי דלא גרסי' ליה כדמייתי' לעיל והתירו בטענת אונס ותו שכתבו בטוענת מ"ע ואיכא חד ספקא דשריא והיינו באשת כהן בקבל אביה קידושין פחות מבת ג' דהיא טוענת מ"ע אני תחתך ובהא לית לה שום מגו דדוקא בנאנסתי ומ"ע דקודם קידושין אמרו ר"פ האשה שנתארמלה דאיכא מ' דמ"ע אני תחתך אבל בטוענת מ"ע אני תחתך תו לית לה מ' אך בהיתר הר"ן והמפרשים שהביא ה"ה אין הכרח דיתכן דלא התירו אלא במ' ומ"ע שהתירו יהיה בדאית לה ס"ס דהיינו בישר' או בכהן בלא קבל אבי' קדושין פחות מב' ג' אבל בחד ס' לא יתירו בלי מ' ומ"מ יותר נראה דבלא מ' נמי אמרו כיון דבדין משארסתני לא הזכירו טעם המגו כנראה דל"ג לי' או דקליש כדלעיל וכאן למדו ההיתר מדין הממון ותו דסתמא משמע שהתירו גם באשת כהן בטענת מ"ע תחתך אף דקבל בה קידושין פחות מבת ג' דליכא אלא חד ס' בלי מגו. והמרדכי פ"ב דכתובה באשה שאמרה שנתייחדה עם ב' אנשים ואנסה אחד מהם כ' שהרבנים התירוה משום מ' דלא נבעלתי ורבי' שמחה אסרה דאי אתו עדי יחוד הפסידה המ' כיון שעברה על דת ותו שאם יבא הב' ויעיד שנבעלה ברצון לא מהימנא ונראה שם דראבי"ה מודה בהא דעד רצון אם היה כשר לעדות ולכאורה הוא תמוה דע"א בהכחשה בעל דבר לאו כלום הוא ואשתו זינתה בע"א א"ר בהאומר דמותרת עכ"פ וצ"ל דכיון דמשמע להו דטענת אונס ריעא מצד עצמה עד שאינה נאמנת בהא אלא במ' כל שיש ע"א המכחישה ג"כ לא מהימנא בחשש רצון דהוי רובא כדלעיל וצ"ע. והראיה שהביא משבויה באומרת שהיא טהורה ובא ע"א ואמר שהיא טמאה דלא מהימנא משום העד לכאורה אין מקום לדבריו דהתם מוקי לה בדאיכא עדי שביה כדאיתא בגמר' בהדיא ובהא בלא עד טומאה נמי אסור כיון דלית לה מגו וכמ"ש שם רש"י והר"ן והוא מוכח וצ"ל דמפרש דליכא עדי שביה כאוקמתא דרב פפא אלא על חברתה ולא עליה והוכרח לפרש כן מדאוקי תלמוד'

באו' לה ע"א את טמאה כנראה דאי לאו הך עד הוה שריא במגו דלא נשביתי דליכא עליה עדי שביה ועכ"ז אסורה ע"פ עד המכחישה. נקוט מיהא דבין לראבי"ה בין לר"ש ושאר הרבנים לא שריא בטענת אונס אלא בדאיכא מ' ומ"מ אפשר דדוקא התם שלדבריה קרוב הדבר שברצון נבעלה כיון שמרצונה נתייחדה עמהם והלכה בשדה ומעשה דאביי יוכיח שחשד' לדבר עבירה בפ' החליל כנודע אבל בעלמא יודו להאמינה בלא מגו אלא שמתשו' הר"ם אלשקר נראה דבכל גוונא קא' המרדכי:

אך נתנה ראש בדברי הרא"ש שכשהשיג על ר' יונה כתב דהכא מגו איכא דמשמע דר' יונה בלי מ' נמי שרי אלא שדבריו תמוהים כמ"ש מהרי"ט בחידושיו דה"נ איכא מ' דהתם דהיינו במ"ע ותי' כשיטת ר"ח דבפ"פ ליכא מ"ע ותימא שבאותה סוגיא כשבא הרא"ש לענין הכתוב' כתב דהתם ודאי אם טוענת אונס ומ"ע נאמנת על הכתוב' כנראה דבעי למימר אף לפי מה שהשיג על ר' יונה שאינה נאמנת על ההיתר נאמנת על הכתוב' ואמאי הא בפ"פ לר"ח ליכא מ' דמ"ע ולענין הממון נמי לא תהא נאמנת כיון דלית לה מ' כפי מ"ש הוא כשהשיג על ר' יונה וצ"ל דלהרא"ש ס"ל דר"ג בלא מ' נמי האמינה כמו שהכריחו ה"ר וידאל והריטב"א ומ"ה כתב למטה שנאמנת אלא דסבירא לי' דאי איכא מ' נאמנת אף בלא חזקה לשינוייא קמא דתלמוד' גבי משארסתני ולכן כתב למעלה דלההוא שינוי' נמי הכא מאי מ' איכ' ועי"ל דהתם איכ' מ' דבתולה הייתי ולאו כ"ע ידעי מסק' דתלמו' דחזקה אין אדם טורח בסעודה וסבורה דמשום מה הועילו חכמים תגבה הכתובה שבידה עד שהתוס' ס"ל הכי לדינא דלא קי"ל הך חזקה דאין אדם טורח ועדיף טענה זו שאין לה גנאי ונראה בתשו' הרא"ש ריש כלל ק"ו דסבירא ליה דאמרינן מגו דהעזה. איך שיהיה נקטי' מיהא שכל המתירים והרא"ש כשהסכים להתיר הוא אף בלי מ' וא"כ יש לנו לומר שגם ר' יונה התיר אף בלי מ' וכן נראה שהבין מהרי"ט בחא"ה סי' ט"ו שהביא היתר ר' יונה וסיעתו אף דבנדון דידיה לית לה מ' כמו שיראה הרואה:

ועתה נלכה נא דרך נדון שלפנינו דלכאורה נראה שיש לחוש בו לאסור לדעת המפרש' שהביא ה"ה שאין להאמינה בטענת אונס וסיעתם כמו שחשש מהרי"ט בחידושיו ואף שבתו' הנז"ל לא הזכיר להאוסרים כפי הנראה לא נדפסה כל שאר התשו' כי לא באה שם חתימתו ויתכן ששוב הזכירה ותו דנדון דידי' לא היה בו חשש איסור דאם נבעלה לאחר נמי שריא כיון דלא היתה תחתיו אבל בתחתיו ודאי חייש להאוסרים כמ"ש בחידושיו ומה גם דאיכא נמי סברי' הגדולים שבמרדכי שאף כשהתירו לא התירו אלא בדאיכ' מגו ובדליכ' מגו מיהא. לא מהימנא בטענות אונס. ובנ"ד נר' דלית לה מ' דלא נבעלתי מאחר שהעד העיד בפניה ששמעה מפיה שנבעלה ואף ששוברו עמו שאמרה ג"כ שהי' באונס

מ"מ כיון שהי' שלא בב"ד לא מהניא לה כמ"ש הרא"ש בתשו' והטור ח"מ סי' קל"ג שהכל תלוי בב"ד שיהא אז המגו קיים ואפי' נימא דלא א' הרא"ש אלא בתביעת ממון שטענות בעלי הדבר תלויות בב"ד דוקא ואיכא נמי תשו' הריב"ש סי' שצ"ג דמשמע בתוך התש' דפליג אהרא"ש אפי' בתביעת ממון ותו דמצית למימר שלהגזים הענין אמרה כן בפניו כמו שאמרה בפני ב"ד בתחלה מ"מ הרי העיד שהיתה מחזרת אחר תרופות להפיל שמורה על הבעילה והעיבור ונהי דאין כאן אלא עד אחד שהשני לא העיד אלא מאומד ויתכן שהיו לצורך אשה אחרת מ"מ כבר האריך הרב המאסף בכללי המגן סעיף קנ"ג ומתבאר שם דהיכא דבטענ' שטוען ליכא העזת בעל דבר לא אמרי' מגו להכחיש ע"א דלא חציף כולי האי וניחא ליה למיטען דבר שאין בו הכחשה כלל ומי' יש לדון בזה מדברי הרמב"ם והטור בנשבתי וטהור' אני שהאמינוה אף דאיכא ע"א שנשבית ולקמן נעמוד בזה:

ועוד בה בנ"ד שיש נשים שהכירו בעיבורה ואחת מהן העיד' בפנינו ולא מיבעיא לדעת הרמ"ה הביאו הטח"מ סי' כ' דכל דליכא עדים לפנינו כשחזר וטען טענה שניה נמי והי' לו אז מגו דקאי בטענה ראשונה עכ"ז לא מהימן אם באו עדים אח"כ המכחישים טענה ראשו' שירא פן יבאו ויכחשוהו דהכא נמי בתחלה לא הודית בבעילה ואחר כך אמרה שנבעלה באונס ואין לה מגו כי יראה מהנשים שיכחישוה אלא אף לר"י ן' מיגש והרמב"ם דפליגי על הרמ"ה מ"מ לפי מ"ש הרב בעל פני משה ז"ל בח"מ סי' ע"ח ליישב מה שתמה עליהם מהר"י קצבי ז"ל מההיא דא"א הייתי וגרושה אני דלהפוסקים בחד לישנא דתלמו' התם שכל שיש עדי נישואין אף שלא באו אלא אחר שאמרה גרושה אני אינה נאמנת דה"נ לא יהא נאמן כי ירא שיבאו ויכחישוהו ותירץ הוא ז"ל דהתם כיון שכל אשה נשואה אינה נאמנת לומר גרושה אני בלי מ' אין זה מגו טוב משא"כ בההיא דר"י ן' מיגש שהטענה הב' מצד עצמה נאמן בה בלי מגו אלא לפי שטען בתחלה טענה אחרת כדי שלא יוחזק כפרן אמרי' ביה האי מ' יע"ש ולפ"ז נ"ד דמי להההיא דא"א דבעי' מגו ממש ואין זה מגו. אלא שאני בעניי מגמגם על זה דמלשון הפוסקים שהביאו דברי הר"י ן' מיגש משמע דחשיב לי' מגו מעליא כמו שבא בדברי מהריק"ץ שם ולעיקר תמיהתו נלע"ד דשאני הכא שכבר טען בתחלה שלא כדברי העדים ומורא לא עלה על ראשו פן יבאו ויכחישוהו כי על כן כל זמן שלא באו חוזר וטוען במגו שיעמוד בטענה א' דהשתא הוא מגו טוב כיון שסמוך לבו לא יירא פן יבאו ויכחישוהו כיון שטען כן מתחלה משא"כ בההיא דא"א הייתי דתלינן דמעיקרא כשאמר' א"א הייתי וגרושה אני יראה שמא יבאו עדי הנישואין ומעיקרא איגלאי מילתא דלא הי' לה מגו ולפ"ז נראה לכאורה

דבנ"ד נמי איכא מ' ומ"מ אף לחילוק זה כיון דמודי ר"י ן' מיגש מיהא כשבאו עדים קודם טענה ב' דתו לא חציפא ולית לה מ' דה"ה בנ"ד כיון שבאו שנים ששמעו הכרת העיבור מב' נשותיהם לא חציפא תו כולי האי ותו דהשתא מורא עלה עליה כיון שידענו מי הן הנשים שהכירו העיבור ונוכל לקרוא להן שיכחישוה בפניה כמו שבאמת הגזמנו לה כן הוכרחה להודות בעיבור. ואף שעדות נשים לא יספיק ותוכל להכחישן מ"מ ידוע מ"ש הרא"ש בתשו' דמגו במקום עדים פסולי' לא אמרי' דלא עדיף ממגו במקום קול וכזה ראו וקדמו רבנן בתראי בכמה מקומות וכתב מהר"א ששון ז"ל בסימן ק"א דלפי זה ה"ה בעדות נשים דאמרינן דלא חציף להכחישה וה"ה בנ"ד ומה גם שהכרת העיבור מסור לנשים יותר ומ"מ רפיא בידי לפי דרכי הפעוט בישוב דברי הר"י ן' מיגש דיתכן דהכא נמי כיון שתחל' הכחיש' העיבור ולא חששה לנשים שיבאו ויגלו קלונה יתכן דעדיין סומכת עליהן שלא יבאו ויעידו על העיבור ומ"מ יותר נר' דהשתא ודאי הא אזדא לה המגו כאמור וכן מפני העדאת העד בחזרתה על הסמנין והצטרפות סניף העד השני ומה גם אם נאמר שהמפרש שהביא ה"ה והרמב"ם ור' האיי שאסרו בסתם בטענת אונס הוא אף במקום מ' דא"כ אף אם יהא לה מגו טוב לא מהימנא:

ואחר העיון נראה שאין כל זה מספיק לאסור בנדון שלפנינו כיון שאין לנו עדות כשרים על העיבור והבעילה ומפיה אנו חיים ולכאורה היה נראה שמותרת לפי מה ששנו חכמים בלשון המשנה אחרונה דסוף נדרים בטמאה אני לך שאינה נאמנת והא ודאי ליתא חדא דנלע"ד כעת דאפשר בכה"ג שאמרה נאנסתי ליכא למימר דעיניה נתנה באחר דכ"ע ידעי שאנוסה מותרת לבעלה יש' ובהכי ניחא לי מה שאסר ר"ש בההוא עובדא דמייתי המרדכי על פיה בלא עדי בעילה ואפי' נימא שאין זה מוכרח דיתכן שאשה בכל אלה לא תדע וסבורה שאנוסה אסורה עליו או שהבינה שלא יאמינוה בענין האונס כדעת האומרים כן ומפני הבושה אמרה נאנסתי או אערומי מערמה ע"ד שכתב מהרא"י בכתביו סי' רכ"ב באשה שבתחלה לא רצתה להודות בטומאתה אלא לבסוף יע"ש ולההי' דהמרדכי נאמר שבעלה הי' מאמינה שנטמאת דבכה"ג אסירא ליה ואף שהר"ם די ביטון סי' נ"ה באומרת נאנסתי בעיר כתב דיתכן דעיניה נתנה באחר וידעה שסתם עיר דיינין לה בחזקת רצון כדעת הרמב"ם אפשר דדוקא בזה דסברא הוא כך מה שאין כן בנ"ד שהמקום דומה לשדה ככתוב במעשה ב"ד שלפנינו וכעת אין לי פנאי לחפש בזה. מ"מ עוד זאת בנ"ד דאיכא עד א' על התרופות ועדות הנשים בהכרת. העיבור ולא גרע מרגלים לדבר וכבר הכריח מהרא"י בסי' הנז' מדברי התוס' וסיעתם דברגלים

לדבר אסרי' בטמאה אני לך ולמד מזה הפ"מ בח"א סי' פ"ט בדאיכא ע"א ועדות נשים עיין עליו:

ברם מאי דאיכא למיסרי בנ"ד הוא מטעם דכיון דאין כאן עדות כשרים בענין העיבור ויכולה להכחישם לא הוחזקה באיסור דאף דאיכא ע"א כשר כבר ראינו להרמב"ם פ"ח מה' איסורי ביאה בההיא דנשביתי וטהורה אני דמהימנא דהפה שאסר הוא שהתיר אף דאיכא ע"א שנשבית ויהיב ה"ה טעמא לפי שלא הוחזקה ליפסל ע"פ ע"א ואינה נפסלת בפחות מב' והטור הביא דברי הרמב"ם בדין השבויה וכתב מרן ב"י שהוא פשוט כיון דנקט במתני' אם יש עדים שנשבית כנראה דע"א לאו כלום הוא ונאמנת ולפי דברי ה"ה ומרן הכי נמי בההיא דא"א הייתי וגרושה אני אף שיש ע"א על נישואיה נאמנת והפה שאסר התיר וגדולה מזו כתב ה"ה פי"ב מה' גירושין שאף שאחר זמן שהודית בנישואיה חזרה ואמרה גרושה אני נאמנת כיון שאין כאן חזקת איסור בעדי נישואין אלא על פיה אף שכשאמר' גרושה אני לית לה מגו ואף להחולקים עליו היינו משום שכבר הוחזקו הנישואין על פיה הא מיהא כשמתחלה אמרה א"א הייתי וגרושה אני לא מצינו שנאסרת אלא בעדי נישואין כשרים כסתם עדים שבכל מקום הא לאו הכי אף דאיכא ע"א או עדות פסולים ולית לה מגו כדכתבי' לעיל מ"מ סוף סוף לא הוחזקה אצלנו באיסור אלא על פיה ונאמנת בכל דבריה וה"ה בנ"ד ע' בחידושי הרמב"ן פ' חזקת הביאו הש"ך ח"מ סי' ק"ח שמדמין להא דהפה שאסר למגו וכמ"ש הש"ך שם והרימ"ט ח"א ס"ב ניחא בזה דלא הוי מ' למפרע שנתקשה בזה הרש"ח בחדושיו סי' קמ"ו ושוב ראיתי כעין זה בס' נתיבות משפט אלא דאתי עליה מטעם אחר יע"ש ולא מצינו להאוסרים אלא בההיא דפ"פ דלגבי דידיה כב' עדי בעיל' דמי כמ"ש בגמ' והוחזקה אצלו לבעולה ולכן אמרו שאין משגיחין לדבריה וכן ס' ר' האיי ומהר"ם אלשקר שראינוה מעוברת הא לאו הכי אה"נ שיודו להמתירים להאמינה שנבעל' באונס וסתמא אמרינן בסוף נדרים באשת ישראל האומרת נבעלתי באונס דשריא אף למשנה ראשונה:

ואפשר עוד שלא אמרו המפרשים שהביא ה"ה והרמב"ם לאסור בפ"פ בטענת אונס ומ"ע אלא משום דאם איתא היה לה לפרסם הדבר כשאירע לה תכף כיון שבעל' עתיד למצוא פ"פ ובטוענת קודם קידושין נבעלה נמי היה לה להודיעו תכף בשעת הקידושין כיון שעתיד למצוא פ"פ ואית בי' ריעותא אחריתי דחזקת הגוף מנגד לה שהיתה בתולה בשעת הקידושין עדיין והא לא שייך בנ"ד כמבואר אלא שתשו' ר' האיי ומהר"ם אלשקר דקיימי באשה נשואה אסרי בכה"ג נמי ועם כל זה עומד כנגדנו תשו' המרדכי בכותל של ברזל שאף שלא הוחזקה אצל שום אדם לבעולה בזנות ומעצמה באה לב"ד ואמרה

נבעלתי באונס ועכ"ז אסרה ר"ש ומרן ב"י סי' ו' וה' ב' המפה סי' קע"ח הביאו ב' הסברות שבמרדכי ולא הכריחו וגם הרבנים המתירים באותו מעשה הצריכו מיהא מגו ואף דלכאורה איכ' התם ס"ס ס' בבעילה וס' באונס ובס"ס הא שרי תלמו' גבי פ"פ עכ"ל דס"ל דהתם נמי משום דאית לה מ' דמ"ע א"צ דלא עבדי' ס' בבעולה כיון שהיא הודית בה וכן' עדי בעילה דמי כמו שהכרחנו לעיל שכן דע' ה"ר וידאל והריטב"א בחדושיה' דאף דאית לן ס"ס ולדבריה נמי אנוס' היתה ומותרת מ"מ אזדא לי' חד ספקא דבעילה כיון שהודית שנבעלה ומכאן תשוב' על הר"ם די בוטין בסי' הנז"ל שכתב בסוף תשובתו להתיר בפשיטות בס"ס כה"ג ואף אם לא ראה דברי ה"ר וידאל והריטב"א שהם בכ"י דס"ל דאין זה ס"ס מ"מ היה לו לחוש לסברת כל הגדולים שבמעשה מרדכי ובנדון דידיה ליכא מ' מפני הקול כמ"ש בתחלת תשובתו ואולי דס"ל שלא אמרו במרדכי אלא משום שנתייחד' מרצונה ומודה שברצון נבעלה ועכ"ז ה"ל לפרש ולחלק כן ומה גם דמתשו' מהר"ם אלשקר נראה שהבין דבכל גוונא קא' המרדכי:

סוף דבר לענין דינא ודאי שאין בידינו לכוף להוציא והי' אפשר לכאורה להתיר כיון שרבו המתירים בטענת אונס הלא המה רבי' יונה והמפ' שהביא ה"ה והרמב"ן והרשב"א והרא"ש והר"ן וה"ר, וידאל והריטב"א והטור ור' ירוחם והריב"ש ויש כאן ס"ס לכאורה כדע' הי"א שהביא הריטב"א אף שהיא הודית בבעילה וכמ"ש בפשיטו' מהר"ם די בוטון אלא שכבר כתבנו דה"ר וידאל והריטב"א לא חשיבי ס"ס כיון שהיא הודית בבעיל' ומ"מ אפשר דבנ"ד יודו האוסרים כיון דלא הוחזקה לבעילה בזנות אלא על פי' דלא לאפושי פלוגתייהו אך עכ"ז ירא אנכי מפני חומר הענין להתיר בפה מלא מאחר שכל הגדולים בעובד' דמרדכי הצריכו בכה"ג נמי שיהא לה מגו ובנ"ד נר' דליכא מגו כמו שצדדנו לעיל עד כי יבא הדבר לפני גדולים בעלי הוראה ועל פיהם יקום דבר על לאו ועל כל אשר בה"ן הצעיר משה הכהן:

כל ראתה עיני את כל דברי החכם השלם הדיין המצויין הן משה ספרא רבה דישראל נר"ו מסכים והולך להתיר את האשה לבעל' משני טעמים אי משום דאיכא הכא שני ספיקי ואי משום דהפה שאסר הוא הפה שהתיר:

ואני לע"ד הא' מלתא דספק ספיקא לא שמיע לי הכא כלומר לא סבירא לי משום דכל שהאשה אמר' נבעלתי באונס תו ליכא לספוקי בבעיל' דאם איתא דלא נבעל' מי דחקה לומר נבעלתי וכמ"ש התוס' בשמעתא דפ"פ מצאתי (ובזה סרה תלונת מעכ"ת מעל המרדכי) וכ"ש הכא בנ"ד דאיכא ג"כ רגלים לדבר אעד אחד ושתי נשים אומרות כמו כן. ואי איכא למישרי הכא אינו אלא מהטעם השני דהיינו הפה שאסר וכו' ואחר האחרון

אני בא ואיכא לעיוני ולמיקם בהאי מלתא שאמרו בכל מקום הפה שאסר הוא הפה שהתיר מאיזה טעם הוה אי משום מגו מטו בה דחזקה לא משקר מגו דאי בעי הוה שתיק או דלמא טעמא לאו משום מגו הוייא אלא משום דכל מקום שאין לנו חזקת איסור אלא על פיו נאמן הוא להתיר מה שאסר:

ולכאורה נראה שזו מחלוקת ישנה בין המפר' נ"נ דאיכא מאן דפריש לה להאי מלתא דמיירי דוקא כשאומרת כן תוך כדי דבור ואיכא מאן דפריש לה ואפי' לאחר כ"ד ונראה דבהא פליגי דמאן דפריש לה בתוך כ"ד סובר דטעמא דנאמנת הוא משום מגו ולהכי לאחר כדי דיבור לא מהימנא דמגו למפרע לא אמרינן ומאן דפריש לה אפי' בלאחר כ"ד סובר דלא צריך למגו אלא כיון שאין לנו איסור אלא ע"פ נאמן הוא להתיר מה שאסר וכ"כ הרב בנ"מ נכ"ו ח"ג. הן אמת דסוגיין דשמעתין כפום פשטא מטעם מגו רהטא דגבי מתניתין דמוד' ר"י באו' שדה זו של אביך היתי' ולקחתיה ממנו נאמן דהפה שאסר הוא הפה שהתיר קאמר עלה בגמרא דהוי משום מגו וכן מטין דברי התו' שם גבי ההיא דאמרינן מנין להפה שאסר וכו' יע"ש. ולפ"ז היה נראה דבנ"ד אין האשה הזאת נאמנת לומר שבאונס נבעלה כיון דלית לה מגו שהיתה יכולה לו' לא נבעלתי שהרי איכא עד אחד ושתי נשים שיודעות שנבעלה ולא הוה ניחא לה לומר לא נבעלתי ולהכחישם ואע"ג דפסולים נינהו. וכמ"ש הרא"ש בתשו' על אותו שטר שהיה חתום בעדי' קרובים וטען הלה אמת כי לקחתי קנין אבל היה בשביל מעות של צחוק דלא מהימנינן לי' בהאי מגו דאי הוה בעי אמר לא הקניתי כלום כיון דאיכא עדים שהקנ' ואע"ג דפסולים נינהו מ"מ ניחא לי' למימר טענ' זו שאין העדים, יכולים להכחישו ע"כ. הרי הכא דאע"ג דהאי שטרא חספא בעלמא הוא אלמא דהוא קא מודה שנטל קנין ואפ"ה לא מהימן במאי דקאמר שהי' בעבור מעות של צחוק מכיון דהוו עדים על הקנין ואע"ג דפסולים נינהו:

איברא דצריך להבין מה בין זו לאותה שאמרו בפ"ק דמציעא דרבי סבר מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו מ"ט דחספא בעלמא הוא מאן קא משוי להאי שטרא לוה הא קאמר דפרוע הוא אלמא דאע"ג דלית לי' להאי מגו וכמ"ש התוס' בפ"ב דכתובות כי ירא לאמר מזוייף הוא פן יכחישוהו אפ"ה כיון שאין זה יכול לתובעו אלא עפ"י הודאתו אמרי' הפה שאסר הוא הפה שהתיר. ואלולי דברי הרא"ש היינו יכולים ליישב ולו' דכי אמרי' הפה שאסר וכו' משום מגו הוא דמהימנינן לי' מגו דאי בעי הוה שתיק וכפשטא דשמעתא דפ' האשה ומיהו אלים האי מגו דהפה שאסר וכו' משאר מגו דעלמא דאף במקום דלא אמרינן מגו משום דניחא לי' לטעון הך טענה מלטעון הטענה שהיה יכול לטעון הכא כיון שאי אתה יכול לתופסו אלא על פי הודאתו ואי בעי הו"מ לכפור מעיקרא

עכשיו שהודה לו ואמר שלקחה ממנו נאמן דהפה שאסר וכו' ונמצא דאין כאן הודאה של כלום אבל דברי הרא"ש עומדים לנגדינו. וכמדומה לי שראיתי לאחד מהגדולים לא ידעתי מי מקדושים דיהיב טעמא לדברי הרא"ש משום דמעיקרא ריע טענתי' במה שטען שהיה הקנין בעבור מעות של צחוק אי משום דלשון השטר מיחזי כמכחישו שכתוב בו אני מקנה לך מנכסי אלף זהובים דמשמע דלא היה הקנין בשביל חוב דמעיקרא אלא שעכשיו נתחייב בקנין זה ועוד שהצחוק עצמו לא היה ידוע מעיקרא ואף גם זאת לא עבידי אינשי דכתבי שטר' בשביל מעות שהרויח לו דרך צחוק ומלתא דלא שכיחא הוא שירויח ממנו סך רב כזה בצחוק ובהצטרפות כל הני טעמי מוכחא מלתא כי שקר ענה באחיו וכיון דלא מהימנינן לי' בטענ' זו באומרו שהיה בעבור צחוק כיון דמיחזי כשיקרא ורגלים לדבר מש"ה לא מהני לי' מגו במקום עדים פסולי' וכדי להאמינה היה צריך שיהיה לו מגו אלים וחזק' דהיינו שהיה יכול לטעון טענ' מעלייתא יותר מאותה שטען. אבל בעלמא כל היכא דאמרינן הפה שאסר וכו' כיון דלא ריע טענתיה ואי אתה יכול לתופסו אלא על פי הודאתו אף הוא יהיה נאמן להתיר מה שאסר ואפילו שיהיה במקום עדים פסולים:

והשתא אי בנ"ד לית לה האי מגו דמגו במקום עדים פסולים לא אמרינן וכמ"ש, המורה נר"ו ויליף לה מדברי הרא"ש הנז' ליכא להאמינה. אבל מדברי הרב פ"מ שם באותה תשובה נראה דאפי' בכה"ג ליכא לאוסרה ונראה דס"ל להרב ז"ל דחשיב שפיר שהיה לה מגו דיותר טוב היה לה להעיז פניה ולהכחיש את אלו העדי' המעידי' מפי נשים ולא יאמינו אותם ולא להן מלהודות ולומר כן הוא שנבעלתי אלא שבאונס היה דהשתא כל העם אשר בשער יצחקו לה ולא יאמינו לדבריה דמסתמא ברצון הי' ויחזיקו אותה בזונה:

ודוגמא לזה מצינו באשת איש שאמרה גרוש' אני ונשאת לאחר שאפי' אמרה אח"כ לבעלה גרשתני אינה נאמנת ואף על גב דחזקה שאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה עכ"ז כדי שלא תעשה עצמה זונה מעיזה ומעיזה. ונוסף על זה דבנ"ד כיון דמעיקרא הודיע' לאלו הנשים שנבעלה באונס ושהיתה מחזרת לחפות על עצמה שוב לא היתה יראה להכחיש בפני ב"ד ולומר לא נבעלתי דאין זו כמכחישה את העדים שיודעים היו אלו העדים שמפני הבושה היתה אומרת כן כדי לחפות על עצמה. ועוד בה דהיא גופא מעיקרא לא הודית בבעילה ואפילו לאחר שבאו העדים אלמלא שאיימו וגזמו עליה ושפיר היתה יכולה לעמוד בטענתה. וכ"ש דעיקרא דמלתא זה הכלל דכייל לן הרא"ש דמגו במקום עדים פסולים לא אמרינן לאו מלתא פסיקתא היא ומחלוקתו בצדו וכמ"ש הרב מהריב"ל בח"א דאף גם זאת במחלוקת שנויה וכן נראה מדברי ה"ה ג"כ בפי"ד

מה' טוען. דלפי זה נמצא דאיכא הכא כמו ס"ס ספק אי שייך הכא לומר מגו ואת"ל דלא שייך הכא לומר מגו אימור דבלא מגו ג"כ נאמנת משום דהפה שאסר הוא הפה שהתיר ואפילו למה שצידדנו לעיל דאפשר דבאומרת נבעלתי באונס לא אמרינן הכי כיון דאיכא רוב דרצון שעומד כנגדה הכא בנ"ד אתרע האי רובא כפי מה שבא כתוב במעשה הב"ד שהלכו וראו את בית האשה והנה המקום מקום מופנה במסתרים שאם תצעק האשה אינה נענית ויש חשש אונס בדבר. דלפי זה קרוב הדבר דליחשיב זאת כאלו נבעלה בשדה ומסתמא תלינן דבאונס היה באופן דעל פי הדברים האלה נלע"ד ג"כ שהאשה הזאת מותרת לבעלה כאשר הורה המורה לצדקה מר ניהו רבה עליון למעלה ולהיות כי הוא פקד עלי לבא על החתום לעשות רצונו חפצתי הנה באתי והנה פי כפיו בכל אשר דבר. נאם הצעיר אפרים נבון:

שם דין כ"ז כתב הבכ"מ ועל מ"ש רבי' שאם היתה מחביאה אפילו אמר' לא נחבאתי וכו' עד כתב הר"ן מכלל דסבירא לי' דלא מטהרים לה אלא כי אמרה טהורה אני במיגו דנחבאתי ע"כ. נ"ב לפי מאי דמסיק בגמרא דאמרינן כי האי גונא מגו ה"ז מצלת על הכל דנאמנת לומר לא נטמאתי במגו דנחבאתי וע"כ לא מספקא להו אי מצלת על הכל אי לא אלא קודם שלא היה יודע זה המיגו ולפ"ז אין מקום לי"א שכתבו דכיון דלא נפשטא הבעיא אין להקל לכתחלה:

פי"ט דין ד' כתב ה"ה ז"ל כהן גדול שנשא בוגרת וכו' עד אבל אם בא על הבעולה שלא כדרך נשואין אינו מוזהר בה יותר מאדם אחר ע"כ. נ"ב קשה לי דבסמוך גבי הבא על הגיורת כתב דלדעת הראב"ד אפשר שהולד חלל והא ההיא איירי שלא כדרך נישואין ולדעת הראב"ד לית בי' כי אם משום בתולות מזרע ישראל ובפ"י יוחסין אמרינן בעל ולא קידש לוקה ולא יחלל זרעו אמר רחמנא והרי חלל ובפ' החולץ אמרו דיש חלל מחייבי עשה משום דלא יחלל קאי ג"כ אאם בתול' מעמיו יקח אשה:

שם דין כ"ג כתב הבכ"מ ומ"ש רבינו וה"ה אם נתערב בה ספק ממזר וכו' עד מ"ש בסוף הלשון ומכל מקום אין משם ראיה שהרי העמידוה במסקנא דה"ק איזהו אלמנת עיסה כל שאין בה וכו' נ"ב יותר היה לו להקשות דבגמרא משמע דאין חילוק בין ספק חלל לממזר ולנתין ונראה דהראב"ד גורס כגירסת התוספות דלא גריס אלמנת עיסה אלא הברייתא איירי בעיסה גופא ומאי דכתב הראב"ד הכי איתא בכתובות אדלעיל קאי שהביאו מתני' ופירשו טעמא משום דהוי ספק ספיקא:

פ"ך דין ד' כתב הר"מ ז"ל מי שהעידו עליו עדים שראוהו שהיה אוכל בתרומה וכו' עד ואין מעלין ליוחסין ולא מחלוק תרומה ע"כ נ"ב אף על גב דר' פסק דאין חולקין תרומה

לעבדים ואלו בגמר' אמרו דלמ"ד אין חולקין מעלין ליוחסין ה"ד בעבד שאוכל אותה ואלו היינו מחלקין לו היו סבורים שבשבילו אוכל והוא כהן אבל מחילוק גרנות בלבד בלא ראינו אוכל אין ראיה דשמא החזיק עצמו בכהן ולוקח אותה ומכרה לאחרים:

שם דין י"ג כתב הר"מ ז"ל מי שבא בזמן הזה ואמר כהן אני וכו' עד ואם נשא או נטמא לוקה ע"כ נ"ב נראה דמיירי אף על פי שלא הוחזק עדיין ולא דמי להההיא דקידושין דף ס"ג דאינה נהרגת על פיה ועיין בסוף פ"א דהתם כיון דמתחלה היתה בחזקת פנויה להחזיקה מקודשת צריך ב' עדים או שהוחזק אבל הכא דלא הוחזק מתחלה אם כהן או ישראל ועד אחד נאמן לומר שהוא כהן כמו כן הוא נאמן על עצמו וכן נראה קצת כדאמרן ממ"ש ה"ה דכאשה אינה לוקה על פיו אם איתא דאיירי הכא בשהוחזק בעיר ימים רבים שהוא כהן על פי עצמו וכה"ג חשיב חזקה אם כן היא עצמה אמאי לא תלקה דהא מלקין על החזקות אלא ודאי נראה דאיירי הכא כשלא הוחזק או אפילו אם הוחזק כיון שאינו נאמן ואין מעלין אותו לכהונה על פי עצמו לא חשיב חזקה כדי שתלקה היא על פיה וע' בתשו' מור"ם סי' ב' ובתשו' מהרדב"ז סי' רמ"ה וע' בהל' סנהדרין פ' י"ו דין ו':

שם דין י"ו כתב הר"מ ז"ל מי שהוחזק אביו כהן ויצא עליו קול שהוא בן גרושה או בן חליצה חוששין לו ומורידין אותו ע"כ נ"ב ואע"ג דכתב רבינו ס"פ י"ז דאם יצא עליה קול חלוצה אין חוששין לה הכא שאני דמעלה עשו בתרומה כ"כ הר"ן ז"ל בפ"ב דכתובות:

שם כתב ה"ה בלשון הנזכר בסוף לשונו ומ"מ כיון דספיקא דרבנן היא ודאי מחמירין בתרומה דאוריית' ע"כ. נ"ב עיין בפי"ב ועיין בפרק בכל מערבין דף ל"ו וצריך לחלק בין לכתחל' והכא כדיעבד דמי וכ"כ הריטב"א:

הלכות מאכלות אסורות

פ"ב דין י"ו כתב ה"ה בסוף לשונו והיה אפשר לומר דבדרבנן מבטלין איסור לכתחלה וכו' ע"כ נ"ב נ"ל דהיינו טעמא כיון דהוי ספק אם יש כאן איסור דאי מטעם חד בתרי בטל עדיי לא נתבטל כיון דהוי האיסור ניכר כמ"ש הכ"מ:

פ"ה דין י"א כתב ה"ה ז"ל ואם נחתך אחר שחיט' וכו' עד ומ"ש למעלה דאמר ר"י אין בהם אלא מצות פרישה פירושו שהן אסורין מן התורה וכו' נ"ב בס"פ העור והרוטב נראה קצת כדברי רבי':

פ"ו דין י"ו כתב הר"מ ז"ל האוכל כזית וכו' נ"ב כן נראה בפרק דם שחיטה אמנם בס"פ חרש נראה דאינו חייב אלא עד רביעית וצ"ל דאתו כמ"ד כזית קרוש בעינן וצריך שיהא רביעית לח ועיין בה' ט"מ:

שם דין ו' כתב ה"ה אבל אם הי' לב בהמה וכו' עד אבל דם שבשלו וכו' כדאיתא בהקומץ וט' נ"ב ומדברי ר' בפ"ט נר' דההיא דהקומץ אינה הלכה:

פ"ח דין י"ד כתב ה"ה לפיכך מותר וכו' עד וחתוכה לא גזירה שמא יתננה לו וכו' נ"ב כלומר כשיתנה לו בפני ישראל יחזור וימכרנה לישראל ומ"ה לא יתננה לו בפני ישראל גזירה שמא יחזור וימכרנה לישראל דאם לא כן הוי גזירה לגזירה וכן הוא דעת הרי"ף ונסתלקה קושית הרשב"א ז"ל:

שם בסוף לשון זה כתב ה"ה ודקדקו קצת מן המפרשים מכאן שרוב מצויים אצל ניקור וכו' נ"ב קשה והא אפשר להתברר הענין וכו' שאמרו ברוב מצויים אצל שחיטה מומחין הן:

שם דין י"ו כתב הר"מ ז"ל מאכל שהוא אסור בהנאה אם נהנה כגון שמכר וכו' מכין אותו מכת מרדות והדמים מותרים ע"כ. נ"ב רש"י ז"ל סבירא ליה דאיסורי הנאה שעבר והחליפן הדמים אסורים למחליף דאי אמרת הדמים מותרים מצינו דמים לחמץ בפסח אבל הרמב"ם סבירא ציה שהדמים מותרין אף למחליף כיון שאין תופסין דמיהן לפי שכיון שלא היה לו רשות להחליפן ואיסורי הנאה הם דמיהן וחלופיהן אינן אלו כגזל ביד המוכר והר"ן ז"ל הביא ראיה לזה מהירוש' דקידושין בההיא דמכרן וקידש בדמיהן דאמר ר' חגי לפי שאין תופסים דמיהן ואמר ר' חנינא זאת אומרת שמקדשין בגזל כלומר לפיכך היא מקודשת לפי שאינן דמי ערלה דהא אינם תופסים דמיהן וגזל בעלמא הם ביד המוכר עכ"ל ולע"ד דברים אלו צ"ע דמ"ש דהדמים מותרים משום דגזל הם ביד המוכר התינח במכרן לישראל דכיון דלוקח לא הכיר בהם ולא מצי להתהנויי בהו מקח טעות הוא וגזל הם המעות ביד המוכר אבל במכרן לעובד כוכבים כיון דעובד כוכבים מצי להתהנויי בהו הא ודאי אין כאן גזל בי דאפי' ידע בהם העובד כוכבים היה לוקח אותם ועוד כי נ הוי טעות מה בכך טעות העובדי כוכבים שרי ואדרבא נלע"ד לדקדק מהירושלמי כסברת רש"י ז"ל דכל היכא דמכרן לעובד כוכבים הדמים אסורים למחליף ליהנות מהם לכתחילה ולקח בהם אשה דאם לא כן אמאי לא אוקמא ר' חנינא דמתני' אי כשמכרן לעובדי כוכבים דאז ודאי לא הוו גזל שפיר מצי לק בהו אלא ודאי משמע דמכרן לעובדי כוכבים כיון דלא הוי המעות אסורים למחליף מדרבנן כדי שלא יהנה באיסורי הנאה וכ"כ הרא"ש ז"ל דכיון דבנדרים איבעיא לן ולא איפשטא אזו לחומרא וכ"פ הר"מ ז"ל בה' נדרים לחומרא הן האמת דקשה לי דברי הר"מ ז"ל דאיהו גופיה פסק כאן להאי בעיא לקולא ובפרק י"ב מהלכות בכורים כתב דהמוכר פטר חמור הדמים אסורין בהנאה ובודאי דאיסור זה אינו אלא מדרבנן תדע דהא אם מכרן וקידש בדמיהן

ה"ז מקודשת וראיתי להרא"ש בפ"ק דבכורות שכתב דהמוכר פטר חמור הדמים אסורים ואיברא דהכי אמרו שם בגמרא אבל לא איתפרש שם אי איירי בהכיר בהם ה אי לא ולפי מ"ש נראה דאיירי בהכיר בהם הלוקח או שנתנם לעובד כוכבים דאילו מכרו לישראל ולא הכיר הא ודאי י למסרינהו בהנאה כיון דהמעות גזל הם ביד המוכר ונראה דהא פרש"י ז"ל בבכורות דהדמים אסורים דאמרו היינו שהש למלאכה, אבל הרא"ש ז"ל כתב דאפי' לא הכיר בהם ה הדמים אסורים וצריך טעם למה וכי תימא אי איירי כשהכירו הלוקח ג"כ תיקשי אמאי הדמים אסורים הלא כיון שהכיר בה הלוקח המעות הרי הן מתנה וכמ"ש הרא"ש בקידושין. הא לאו קושיה דאפ"ה קנסו אותו חכמים דלא להתהנויי בהו גזירה אטו כמ"ש הרא"ש שם וראיתי להרא"ש ז"ל בקידושין שהסכים לכ רש"י מיהו כתב דהיינו דוקא הדמים אסורים אבל אם עבר שלקח באותן דמים כלים מותרים בהנאה ונראה שכתב כן לפי מאי דפי' דאיסורא דדמים הוי משום גזירה אטו גופן אבל חליפי וחליפין ליכא למגזר אבל לפי הטעם שפירש רש"י דאסורים למחליף משום דקא מטייא ליה הנאה מאיסורי הנאה נראה דאין לחלק ן בין חליפין לחליפי חליפין דס"ס הא קא מטייא ליה הנאה וכן נראה מדברי התוס', בר"פ השוכר את הפועל שכתבו דאף כי ליכא למיגזר חליפין אטו גופן מ"מ למחליף עצמו אסורי' משום דמעיא ליה הנאה ועיין בהרא"ש שם ובנדרים ג"כ כתבו התוס' בהדיא כמ"ש:

עוד שייך לדין הנז' עמדתי במ"ש הר"מ ז"ל דהתיראקה אסור לאוכלה בפסח נראה מתוך דבריו דאיירי אפי' בחולה דהא סתמא לזה קאי וא"כ צ"ע דהא כתב ר' בה' יסודי התורה דכל האיסורין מותרין לחולה שלא כדרך הנאתו כגון שעירב דבר מר פה דברים האסורים ה"ז מותר כיון שאין החיך נהנה ממנו וא"כ ביראקה כמי הא ודאי אין החיך נהנה ממנו כנודע וכדי לעמוד ע"ד נקדים שורש דברים אלו איתנהו בפ' כל שעה א"ר כל האיסורין שבתורה אין לוקין עליהן אלא דרך הנאתם למעוטי הניח חלב ע"ג מכתו וכ"ש אוכל חלב חי משום שאינו כדרך הנאתו ובתר הכי קאמר רבינא שייף לברתיה בגוהרקי דערלה עד א"ל מידי דרך הנאתו עבידנא ע"כ הרי מבואר דכל האיסורין מותרין לחול' שלא כדרך הנאתן ולפי זה צריך לומר דמאי דאסורין לבריא אינו אלא מדרבנן והשתא צריך להבין דברי ה"ה במ"ש כאן על מ"ש הר"מ ז"ל דכל האיסורין בהנאה אם עבר ומכרו לעובד כוכבים אינו לוקה, וכו' דהיינו טעמא משום דכל האיסורין אין לוקין עליהם אלא כדרך הנאתן וכל דבר שעומד לאכילה אין דרך הנאתו אלא באכילה ואפי' סיכה שהיא כשתיה אמרו דשרי לחולה שאין בו סכנה כל היכא דהוי שלא כדרך הנאתו ולפי זה הרי איסור הנאה כדין חצי שיעור שאסור מן התורה ואין לוקין עליו עכ"ל ולע"ד ק"ל ע"ד דאי

איסור מכירה אע"פ שאינו כדרך הנאתו אסור מן התורה א"כ אמאי התירו לחולה לסוך בו שלא כדרך הנאתו ומה גם דסיכה קרובה לשתיה ונראה דהרמב"ם ז"ל ס"ל דאינו לוקה על איסורי הנאה בהנא' בלחוד מטעם דאין זה חשיב מפורש בתורה דלא ידעינן דלא תאכל א' איסור אכילה וא' איסור הנאה אלא מכח דפרט היתר בנבילה ומסתייע האי סברא מההיא דפרק הלוקין גבי יש אוכל אכיל' אחת וחייב עליה חמש ומוקי לה כשבישלו בעצי אשירה ופריך ולילקי שש וכו' והשתא אמאי לא מוקי כשבישלו בעצי ערלה ותו לא הוה קשה ליה ותו כיון דקי"ל דשאר איסורין אינם תופסין את דמיהן היכי ילקה בהו משום שנהנה באיסורי הנאה דכיון דאין תופסין דמיהן לא מתהני מאיסורי הנאה ולפי מה שחילקנו נראה דהיתר הנאה כגון להניח רטיי' ע"ג מכתו שרי אפי' בחול' שאינו נופל למטה כיון דהוי שלא כדרך הנאתו אבל איסור אכילה כיון דחמיר שלוקה עליו כדרך הנאתו החמירו לאוסרו לחולה לאוכלו אפילו שלא כדרך הנאתו זולת בחולה שנופל למטה כמו שהתירו לו בשבת לעשות לו כל צרכיו על ידי עובדי כוכבים והיינו דוקא בחול' שנופל למטה:

עוד בדין הנזכ' בענין סיכ' שהיא כשתיה כתבו התוספת והרשב"א שהיא מדבריהם והכריחו כן מדהתירו סיכת חטטין בי"ה ולע"ד נראה דאין משם ראיה ללמוד שאין איסור הסיכ' מן התור' דאפילו אי הוי הסיכה מן התורה אינו אלא בסיכה של תענוג דחשיבא כשתי' אבל סיכת חטטין שאינה של תענוג הא ודאי לא חשיבא כשתיה וראי' לזה מפירות שביעית דניתנו לאכילה ולסיכ' משום, דהוי כשתיה ואפ"ה למלוגמא אסור משום דלאכלה אמר רחמנא ולא למלוגמא ומדברי הרמב"ם ז"ל בפ' י"ה ובהלכות תרומות פי"א ובה' מ"ש נראה דאסור מן התורה ובפ"י מה' תרומות נמי כתב דזה הסך בשמן של תרומה משלם קרן וחומש ומ"מ אפילו יהיה מן התורה אינו אלא בסיכ' של תענוג אבל שאינה של תענוג אינה אסורה בי"ה אלא מדרבנן וכל שהוא חולה התירו וראיתי להרשב"א ז"ל שכתב בתשובה דאסור לרחוץ לחולה בסתם יינם משום דרחיצה חשיבא כשתיה ואע"פ שכל האיסורין שלא כדרך הנאתן מותרים לחולה אפשר לומר שאף היין אין כל דרך הנאתו בשתיה שהרי מזלפים בו ואחד מגדולי הנאתו בכך וכו' ע"כ:

ולע"ד אין נראה כן דבהדיא תנן בפ"ב דמ"ש לא יסוך יין וחומץ אבל סך הוא את השמן וה"ט משום דיין וחומץ אין דרכן אלא לשתיה ואין דרכן לסיכה והכי אמרו שם בירושלמי יין שפיטמו אסור לסוך בו שמן שפיטמו מותר לסוך בו מ"ט זו דרכו בכך וזו אין דרכו בכך ומה שהביא ראיה מזילוף ללמוד דיין דרכו לזילוף אינו כן דגבי שביעית דרשו

לאכילה ולא לזילוף כדאיתא בפ' הגוזל קמא איברא דהתוס' בפ"ב דע"ז דף ס"ו ע"ב כתבו דזילוף הוי הנאה גמורה והביאו מההיא דשותין מלוג כ"ב ומזלפין בסלע יע"ש:

וראיתי עוד לה"ה שכתב דסיכ' דהוי כשתיה הוי כמו חצי שיעור שאסור מן התורה אלא שאין לוקין עליו משום דכל מידי דמאכל אין דרך אכילתו אלא כתקנו ע"כ ודבריו צ"ע במאי דמייתי מההיא דרבינא שייך לברתי' בגוהרקי דערלה וכו' והא התם חול' שאין בו סכנה הויא וע"כ צ"ל דאין איסורו מן התורה משום דהוי שלא כדרך הנאתו. ולענין חלב אם מותר לסוך בו כתב באו"ה כלל ל"ט דאין היתר סיכה בחלב חזיר אלא היכא דאיכא צערא אבל לתענוג אסור נרא' דה"ט דאסר לי' משום דסיכ' חשיב כשתיה וכבר כתבתי דאין סיכ' אלא בשמן בלבד והתוס' כתבו בפ"ב דיומא דאין איסור סיכ' אלא באיסורי הנאה אבל חלב דהיתר הנאה מותר ודברי התוס' צ"ע במה שכתבו דחלב של איסורי הנאה חשיב כשתי' והביאו ראיה מההיא דחלב חי ע"ג מכתו שהוא פטור הא מהותך אסור ולפי פשטא דשמעתין בפ' כל שעה נראה דאפי' חלב מהותך פטור והיינו טעמא משום דחלב אין דרך הנאתו אלא בהבער' ולמשוח עורות וכמו שפרש"י ז"ל. ועוד דלכאורה נראה דהתם לאו משום דסיכ' חשיב כשתיה הוא דאסור לבריא דגבי חלב לא שייך בי' סיכ' אלא משום דהוי מאיסורי הנאה לבריא אסור ליהנות ממנו ואע"ג דהוי שלא כדרך הנאתו ולחולה התירו כיון דהוי שלא כדרך הנאתו וכ"כ בההיא דרבינא דשייף לברתי' בגוהרקי דערל' דא"ל שלא כדרך הנאתו קא עבידנ' משמע דאי הוה כדרך הנאתו הוי אסור לעשותו אפילו לחול' שאין בו סכנה משום דהוי איסור מן התורה לאו משום איסור סיכ' כשתי' דהא כבר כתבו התוס' דאין הסיכה אלא מדבריהם אלא ע"כ צ"ל משום דאסור ליהנות מאיסור הנאה וכ"כ בהניח חלב של שור הנסקל ע"ג מכתו שהוא פטור דאר"י משום דהוי שלא כדרך הנאתו משמע דאי הוה כדרך הנאתו הוה חייב מלקות לאו משום דסיכ' חשיב כשתיה דא"כ היכי הוה מחייב מלקות. וראיתי להתוס' במס' נדה בדף ל"ב שכתבו משום ר"ת כדברי דלא אמרו סיכ' כשתי' אלא בשמן לבד וההיא דחלב של איסורי הנאה משום איסור הנאה הוא דאסור:

עוד שייך לאיסורי הנאה עמדתי במי שנתן החמץ לעובד כוכבים מתנה ע"מ להחזיר דלא מהני אם עבר ועשה כן אי שרי בהנאה לאחר הפסח דלפי מ"ש הר"ב ת"ה ואחרים עמו דכל זה אינו אלא משום חומרא דחמץ אבל מדינא לא עבר על ב"י וב"י נראה דשרי בהנאה אבל לפי מ"ש מהרדב"ז ז"ל ואחרים עמו דמדינא אסור לעשות כן ועבר על ב"י וב"י ואע"פ שנתקיים התנאי ונמצא שלמפרע הי' החמץ של עובד כוכבים מ"מ קודם קיום התנאי כבר עבר הישראל ולא יועיל קיו' התנאי לבטל הלאו שכבר עבר ע"כ נראה

דאם עבר ועשה כן אסור בהנאה הואיל ועבר על ב"י. איברא דלע"ד סברת מהרדב"ז אין בה טעם כעיקר דהלא כיון שנתקיים התנאי נמצא שלמפרע היה חמצו של עובד כוכבים ולא עבר עליה הישראל כלל דמ"ש מישראל שהרהין חמצו אצל עובד כוכבים וא"ל אי לא הבאתי לך מכאן ועד יום פלוני קנה חמץ מעכשיו דשרי אם הגיע הזמן ולא פרעו ולא אמרי' דכל זמן שהתנאי תלוי הוי פקדון וראיתי להרב פ"ח בסי' תמ"ח שהחזיק בסברת מהרדב"ז וחילק דשאני התם דהוי תנאי שבידו לקיימו אבל הכא שאינו בידו של ישראל לקיימו דאפשר שהעובד כוכבים לא יחזירנו אע"פ שהחזירו ונתקיים התנאי הרי זה עובר ומצא לה סמוכות מדגרסי' התם בפרק כל שעה עובד כוכבים שהרהין פת פורני אצל ישראל אינו עובר ואם א"ל הגעתיך עובר ואקשינן מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא ומשני שאני היכא דא"ל מעכשיו להיכא דלא א"ל ופרש"י הגעתיך מעכשיו קאמר אם לא אפרע לך עד יום פ' עובר ואע"פ שלא הגיע הזמן שמא כשיגיע הזמן לא יפרע ונמצא עובר למפרע בב"י פי' לפי' כיון שאם אינו פורע אף אם לא הגיע הזמן עובר וכדברי רדב"ז ז"ל עכ"ד ולע"ד דברי רש"י בפירושו למתני' ברור מללו דכל שנתקיים התנאי לא עבר עליה וז"ל שם ישראל שהלוה לעובד כוכבים על חמצו אחר הפסח אסור בהנאה ופירש רש"י כיון דהרהינו אצלו ומטי זימניה ולא פרעי' מההיא שעתא דאוזפיה קם ליה ברשותי' הרי בהדיא דאינו אסור אלא היכא דמטא זימני' ולא פרעי' ולפי זה הא דקתני בברייתא ה"ז עובר היינו נמי כשהגיע הזמן ולא פרע והכי קאמר לכתחלה ה"ז אסור לעשות כן דשמא לא יפרע לו ונמצא עובר למפרע אבל אם נתקיים התנאי ופרע לו אין זה עובר ושרי בהנאה ולפ"ז נלמוד דה"ה נמי בנתנו לעובד כוכבים מתנה ע"מ להחזיר דנהי דלכתחלה אסור לעשות כן משום דשמא לא יתקיים התנאי ונמצא חמצו של ישראל מיהו אם עבר ועבד וקיים העובד כוכבים תנאו ה"ז לא עבר דנמצא שהי' חמצו של עובד כוכבי' ושרי בהנאה לאחר הפסח דמתנ' ע"מ להחזיר שמה מתנה:

האמנם עדיין יש לפקפק בה דנהי דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה מ"מ הרי זה מוזהר בו לבערו משום ב"י דאפילו דעכשיו אינו שלו לאחר זמן מיהא הוי שלו כיון דהעובד כוכבים חייב בדין להחזירו ובפרק כל שעה תניא האוכל חמץ של הקדש במועד ה"ז מעל וי"א לא מעל ואמרו עלה דה"ט דמ"ד מעל משום דאע"ג דהשתא לא חזי לאחר זמן מיהא חזי ודבר הגורם לממון כממון דמי ואף על גב דאסיקנא שם דדבר הגורם לממון לאן כממון דמי היינו לענין שלא לחייבו בתשלומין אבל לענין לעבור עליו בב"י נראה דעבר והכי אמרינן בפ"ק דמכלתין דעובד כוכבים שהפקיד חמץ אצל ישראל ה"ז עובר ואפי' למ"ד דבר הגורם לממון לאו כממון דמי שאני הכא דאמר קרא לא ימצא.

איברא דלפי מ"ש דנלע"ד דכל כה"ג שאין גופו של חמץ של ישראל ואין אתה מחייבו לבערו אלא משום לא ימצא ה"ד היכא דהחמץ עומד בביתו של ישראל בפסח אבל היכא דאינו עומד ברשותו אלא בביתו של עובד כוכבים לא מחייב משום בל ימצא שהרי אינו מצוי בידו אבל הא מלתא צ"ל רבה היכא דעובד כוכבים לא קיים תנאו אלא שמכרו לישראל אחר מהו דינו מי אמרינן כיון שלא נתקיים תנאו נמצא למפרע שהוא חמצו של ישראל והרי זה אסור בהנאה ובעודו החמץ ביד ישראל זה הב' שלקחו לא קא מיבעיא לי כי קא מיבעיא לי היכא דישראל א' הוציאו מידו של ב' מכח תנאו מי אמרינן כיון שמכרו העובד כוכבים לישראל אחר ה"ז לא קיים תנאו וביטל המתנה או דילמא ע"כ לא אמרינן דהיכא דביטל התנאי ביטל המעשה ה"ד בתנאי דאיתי' בידי' דמקבל דאי בעי מקיים לי' אבל מתנה ע"מ להחזירו קיומי' לאו בידי' דמקבל הוא דאי בעי מקיים אי בעי לא מקיים אלא בע"כ מקיים ליה ומהדר ליה ומצאתי כתוב בתשובה להגאון הר"י ן' מיגאש ז"ל וז"ל הא דאמרינן הא לך ע"מ שתחזירנו לי קא מיבעיא לן היכא דאמר כהן לא מהדרנא מי כפינ' לאהדור' ההוא מני' או לא הכי חזינא כיון דישראל על הדין תנאה הוא דיהב' ניהלי' אשתכח דלא אקנייי' ניהלי' אלא ע"מ שיחזירנו לו הלכך כי אמר לא מהדרנא כפינא לי' ומהדר ואם תשאל כי אמר כהן אנא לא מהדרנא לי' בלא בעינא לקיומי לתנאה דילי' להוי כדין כל מאן דיהיב מתנ' לחברי', על תנאי דהיכא דלא נתקיים התנאי בטלה המעשה מעיקרא ה"מ בתנאי דאיתא בידא דמקבל דאי בעי מקיים לי' ואי בעי לא מקיים אבל הכא לא והא דאמרו בגמרא לא החזירו לא יצא היינו דוקא היכא דאכלו וכ"כ רשב"ם ועיין בהריב"ש סי' שמ"א:

סמוך ונראה למש"ל בדין עובד כוכבים שהפקיד חמץ אצל ישראל ובא הפסח ואין העובד כוכבים בעיר. נ"ל דיניחנ' בבית עובד כוכבים אחר וסגי דהא חמצו של עובד כוכבים הוא ואין הישראל מחויב לבערו אלא משום דכתיב לא ימצא וכדאמרו שם לדידן דקי"ל דבר הגורם לממון לאו כממון דמי, וכיון שכן כל שאינו עכשיו בביתו של ישראל אף על פי שהוא באחריותו של ישראל שרי וכ"נ מדברי התוספות גבי יחד לו בית דשרי אפילו קבל עליו הישראל אחריות ואפילו לסברת הרמב"ם דס"ל דחמצו של ישראל ברשותו של עובד כוכבים ה"ז עובר ה"ד בחמצו של ישראל דכל היכא דאיתיה ברשותיה של ישראל קאי אבל חמצו של עובד כוכבים ברשות של ישראל שאינו אסור אלא משום לא ימצא כל היכא שהניחו עכשיו ברשות העובד כוכבים ה"ז אינו מצוי בידו וכ"ש אי קבל עליו העובד כוכבי' הב' אחריות דהשתא לא חשיב כ"כ באחריות ישראל והכי דייק לישנא דרבא דא"ל בעירו חמירא דבני חילא מבתייכו וכו' משמע שלא חייבם

אלא לבערם מביתם. אבל מתוך פירש"י ז"ל נראה דכל שהוא באחריות דישראל אפי' אינו ברשותי' אסור שפי' דיחד לו בית שרי היינו בלא קבל עליו אחריות וכ"כ בספר פ"ח שהוא דעת הרמב"ם ז"ל ע"כ מדכתב דחמצו של ישראל ביד עובד כוכבים ה"ז עובר וכבר כתבתי דאין ראיה משם ואפשר לומר דרש"י ג"כ יסבור הכי דכל שאינו עומד ברשותו של ישראל אעפ"י שהוא חייב באחריותו שרי אלא דס"ל דברייתא דמייחד לו בית דשרי היינו משום דכל שמייחד לו בית ה"ז כמי שפירש שאין מקבל שמירה אלא מקום קא מקני לי' ואפי' נימא דדעת רש"י ז"ל הוא דאפי' ביחד לו בית ה"ז אסור כל שהוא באחריות ישראל מ"מ כולם חלקו עליו ואמרו דסוגי' לא אזלא כותי' דא"כ כי לא יחד נמי ומ"ש הר"ן ז"ל ליישב זה ולומר דסתמ' כאלו קבל עליו עד שמיחד לו בית זה אינו דהא עובדי כוכבים אימעיטו משמירה וכ"כ הר"מ ז"ל והטור בח"מ יע"ש. ועוד קשה לפרש"י דהיכי מסיק בסמוך למימרא דשכירות קניא לימא דשאני הכא משום דלא קבל עליו אחריות. וראיתי להרב בעל פר"ח ז"ל שרצה ליישב פרש"י ע"פ דבריו של הר"ן ז"ל והיינו לומר דאי שכירות לא קניא ה"ז כמי שאומר כנוס שורך ברשותי שהוא חייב באחריותו. ואיני מבין דבריו דא"כ מאי קמשני ליה שאני הכא משום דכתיב לא ימצא והלא בעלמא ג"כ הדין כן דכל שמייחד לו בית או זוית כאלו פירש לו שלא באחריות שאינו מקבל עליו שמירה כמבואר בפרק הזהב ובפרק משילין ואפי' לרבנן דאית להו בסתמא קביל עליה באחריות ונמצא סברת רש"י היא יחידא' ואפי' למאן דס"ל דדעת הרמב"ם ג"כ כסברת רש"י דכל שהוא באחריות ישר' ה"ז עובר אפי' עומד ברשות הנכרי מ"מ בנ"ד אפי' הר"מ מודה דשרי דהא בהדיא כתב דאחריות זה איירי דשל גניבה ואבידה והכי הוא סברת רבי' ולכאורה היה נראה להביא ראיה לזה מההיא דיוחנן חקוקאה דא"ל רבי צא ומוכרה בשוק מפני השבת אבידה הא לאו הכי לא ואם איתא דאפי' ש"ח חייב לבערו משום שעומד באחריותו כי נמי לית ליה להשבת אבידה ה"ז חייב לבערו כיון שעומד באחריותו וכן כתב הפ"ח. אבל לע"ד אין משם ראיה דאי לאו טעמא דהשבת אבידה היה יכול להניחו עד אחר שנאסר ולשורפו אח"כ בשעה ששית קודם שיעבור. ועוד דאי לאו טעמא דהשבת אבידה לא שייך לחייבו לנפקד לבערו משום שהוא חייב באחריותו שהרי כיון שנכנס שעת איסור נאסר בהנאה ואפילו פשע ונגנב אח"כ ה"ז פטור מלשלם דלאו שוה מידי אבל לע"ד נראה לומר דמסתבר כסברת הרמב"ם ז"ל דכל שאינו חייב אלא כש"ח הא ודאי מכי נתנה במקום הראויה לשמירה ונעל בפניו תו לא נשארה עליו שמירה מה שא"כ בש"ש והכי איתא בירושלמי והביאה הטור בח"מ וז"ל ש"ח כיון ששמרו כראוי ה"ז פטור אבל ש"ש אפי' הניחו בחומה של ברזל חייב ונרא'

לי דאפי' רש"י יודה בנ"ד אפי' למאי דנר' מפירושו דכל שקבל הישראל אחריות אסור ואפי' יחד לו בית כל כה"ג דנ"ד דהישראל מפקידו ביד עובד כוכבים אחר הא ודאי לא חשיב שעומד בבית ישראל ומאי דאסר במקבל אחריות ואפילו יחד לו בית ה"ט משום דשכירות לא קניא ובביתו של ישראל חשיב עומד החמץ וע"פ הדברים האלו יתיישב מ"ש הראב"ד מהא דא"ל ר' נחמן אייתו חמירא מבני חילא דמהיכן בא להם החמץ כיון שכבר ביערו אותו אבל לפי מ"ש דלא ביערו אותו אלא מבתיהם דוקא א"ש:

פ"י דין ו' כתב הל"מ באמצע לשונו ז"ל ואי אית לי' לר' דזריעה וכו' א"כ אמאי לא לקי וכו' נ"ב עיין בתוס' שם בקידושין וליתנהו לדברי הרב המחבר:

שם דין י"א כתב מרן בכ"מ ז"ל באמצע לשונו וכתב הר"ן שהרמ"ך השיגו כו' עד נראה מדבריו שמפרש וכו' נ"ב לא ידעתי היכן נראה כן דאדרבה הר"ן כתב דרבינו השוה את הרואה ללוקט כלומר כמו שאינו יכול ללקוט ביד כן הוא הרואה ואם מפני מה שכתב הר"ן ז"ל בסוף דבריו דכיון דקי"ל כמר ברי' דרבינא נקטינן כותי' הבין כן גם זה אינו דכונת הר"ן לומר דנקטינן כמר בריה דרבינא כל דמשו' ערל' לכלאים דהא נקטינן כותי' והכי סיים הר"ן אבל לא במה דשני לקולא:

שם דין י"ד כתב הר"מ ז"ל ישמעאל וישראל שהיו שותפין בנטיעה וכו' עד ואם לא התנו מתחלה אסור ע"כ. נ"ב נראה דהיינו דוקא לכתחלה אבל בדיעבד מותר דהו"ל חליפי ערלה כמבואר פ"ח:

שם דין כ"ב הקשה הל"מ באמצע לשונו על הרמב"ם ז"ל דבכלאים אי מפרש וכו' נ"ב ול"נ דרבי' סובר דכלהו ילפי מתרומה וחד מהנך דהיינו חלב וע"כ אפי' שאר משקין דהא חדש וחלב לאו זתים וענבי' נינהו והא דנתמעטו בתרומה זתים וענבים היינו מדין מלקות והא דלא לקי בזתים וענבים אלא גבי ערל' וכלאי הכרם ולא באינך היינו משום דלא כתיב בהו זתים וענבים:

פי"א דין ט"ו כתב הר"מ ז"ל נודות הישמעאלים וכו' עד ואם נתן לתוכם יין קודם שיטהר אותם הרי זה אסור בשתיה:

פסק זה הוא מבן הרב המחבר הוא החכם השלם כמה"ר יהודה נבון נר"ו שייך לדין הנז':

מעשה שהיה שלקחו החביות של עץ מן הישמעאלים ואחר שעשו להם עירוי שני פעמים הכניסו בהם יין ושהה כמה ימים ואח"כ הוציאו אותו יין ונתנו בהם יין אחר עתה לשאול הגיעו אם מותר בשתי':

תשובה אף שידעתי שעדין לא הגעתי לעונת הפעוטות מ"מ תורה היא וללמוד אני צריך וקודם כל דבר ראיתי לעמוד במ"ש מרן ב"י בסי' קל"ה על מ"ש הטור ואם רצה לעשות

עירוי ביין אינו כלום דבא"ח כתוב דיש מי שאומר על פי הירושלמי שאם יעשה מילוי ועירוי ג' פעמים ביין כשר בדיעבד הקנקנין והרמב"ן כתב על הירושלמי זה דבר חדש לא מצינו לו רגלים בגמרא שלנו ולפיכך אין להקל ולהורות כן עכ"ל. ולכאורה נראה דהיינו טעמו של הרמב"ן ז"ל משום דס"ל דשאר משקין מבלעין ולא מפליטין דמטעם זה נמי ס"ל דאין להגעיל בשאר משקין כאשר כתב מרן הב"י בא"ח סי' תנ"ב ז"ל כתב הרשב"א ז"ל בתשו' שהרמב"ן היה אומר שאין מגעילין אלא במים ולא בשאר משקין והוא ז"ל חולק עליו וכתוב בא"ח שכל זה לכתחלה אבל בדיעבד מותר עכ"ל:

וטעמו של הרמב"ן ז"ל מפורש בתשו' הרשב"א סי' תק"ג כמו שכתבתי והרשב"א חולק עליו וס"ל דשאר משקין מפליטין יע"ש ולפי זה נראה דהרשב"א ס"ל דיש לעשות עירוי ביין דאין לומר דע"כ לא אמר הרשב"א ז"ל דשאר משקין מפליטין אלא בהגעל' אבל לא ע"י עירוי שהרי כתב הרשב"א ז"ל גם על שאר משקין אמרתי שהם מפליטין על כרחנו שהרי קנקני' של עובד כוכבים שנינו קנקנים של עובד כוכבים ויין ישראל כנוס בתוכם אסור בשתי' יע"ש וגם אין לומר דגבי עירוי ס"ל להרשב"א ז"ל דמפליטין אך אין מפליטין כמו המים שהמים מפליטין יותר דחוש הדעת נוטה דהיין שהוא חזק אם אמרי' דמפליט ודאי דמפליט יותר מהמים ותדע דהכי הוא מדהבי' ראי' הרשב"א לשאר משקין דמפליטין מההיא דקנקנים ומאי ראי' אפשר דהרמב"ן ז"ל משקין דהיין מפליט כל שהוא וסתם יינם אוסר במשהו אלא ודאי דס"ל להרשב"א דאי אמרינן מפליט מפליט הכל ואי אמרי דאינו מפליט אינו מפליט כלל וכן כ' הרא"ש ז"ל בפסקיו בפ' אין מעמידין ז"ל שאלוני כמה ישהה היין בקנקנים ויאסר וכו' עד מ"ש דכל ששהה מעת לעת אסור אפי' לסבר' ר"ת דסתם יינם בטל בס' וקצת ראי' יש מעירוי ומה שהיין מפליטה הכל מע"ל לפי שהוא חזק ויש לו כח להפליט כל הבלוע בדופני הכלי מע"ל וכן אמר לי שכתב אבי העזרי עכ"ל ולפ"ז נתקשתי איך כתב הטור דאם עשה עירוי ביין אינו כלום ולא הזכיר סברת אביו דנראה דס"ל דאם עשה עירוי ביין אפילו פעם אחת די ואף אם תאמר דמלת כל אינו בדקדוק מ"מ מוכח מיהא דס"ל דמפליט יותר מהמים וכן נתקשתי במ"ש הש"ך בסי' הנז' דמשמע דס"ל למור"ם גבי עירוי דלא סגי ביין ואפי' בדיעבד יע"ש ואלו בא"ח בסי' הנז' כתב דבדיעבד מהני הגעל' בכל משקה וצ"ל ע"כ דמחלק כמו שחילקתי בין עירוי להגעל' ואף שאינו כ"כ נכון לע"ד עוד נתקשתי בעומדי בתשו' הרא"ש הנז' דאיך אסר את היין בכלי שאין מכניסו לקיום ואפי' אי איירי בכלי' מזופתין כשקולף הזפת ומשכשכן מותרי' כמ"ש הש"ע בסי' קל"ה וא"כ לסברת ר"ת דסתם יינם בטל בס' הא איכא ס' כנגד הקליפה וצ"ל דר"ת ס"ל דנודות של עור שהוא רך מבליע היין ע"י זפיתא

יותר מכדי קליפה איך שיהיה לפי האמור נמצא דבמחלוקת שנוי דלפי דעת הרמב"ן ז"ל אם עשה עירוי ביין אין להורות להקל ולסברת הרשב"א והרא"ש ז"ל נראה דיכול לעשות עירוי ביין ואפי' לפי סברת הרמב"ן ז"ל לא אמר דאין להורות להקל אלא להכניס בהם יין אבל אם הכניס בו אחר שעשה עירוי ג' פעמים ביין אפשר דאף הרמב"ן ז"ל מודה להתיר ואי לא דמסתפינא הייתי אומר דבנ"ד ודאי מודה הרמב"ן אף להכניס לכתחלה והוא כשנבין מה יענה הרמב"ן ז"ל למתני' דקתני נודות העובדי כוכבי' וקנקניהם ויין ישראל כנוס בהם אסורים ואם איתא דאין מפליטין למה אסורין ואי משום יין הדבוק בדופני הכלי היה ראוי להתיר בניגוב ולמה אמרו דצריך עירוי ג' ימים ומה שנראה לע"ד הוא דס"ל להרמב"ן דשאר משקין תחלת פעולתם הוא דנבלעים, עד שהכלי שבע ואח"כ מפליטין ומשום הכי אסר מתניתין דאיירי דהכניס בהם יין לקיום כמו שפרש"י ז"ל ולפי זה בנ"ד דשהה היין הראשון זמן ארוך אפשר דאף הרמב"ן ז"ל יודה להתיר אך כד דייקינן עוד נראה דעדין אפשר לומר דאדרבה בנ"ד כ"ע מודו דאסור בשתיה דאין הכי נמי אם היה מוציא היין אחר כ"ד שעות היה מקום לומר דלפחות נ"ד במחלוקת שנוי אבל כיון ששהה זמן מה אפשר שאף שנפלט חזר ובלע הכלי ואף שמה שבלע לא היה אסור אלא בשתי' ואינו אוסר במשהו מ"מ להתירו בשתי' ס' בעינן דכיון דלא ידעינן כמה בלע צריך לשער בכל הכלי וכבר כתבו הפוסקים דאין מה שבתוך הכלי ס' כנגד הכלי ואף שלדברי מור"ם דבטל בס' אף היין הראשון מותר בשתי' דבסתמא אף הש"ך ז"ל מודה דאינו צריך אלא קליפה מ"מ לדידן דאוסר במשהו נאסר היין הראשון ואי אמרי' דחזר ונבלע בכלי צריך לשער בכל הכלי כיון דשהה היין הראשון זמן ארוך דהרי כתב הש"ך בסי' קל"ז סק"ט דהיכא דידוע דעמד בו מע"ל כ"ע מודו דצריך לשער בס' נגד כל הכרי יע"ש דע דלע"ד אחרי נשיקות עפרות רגליו נראה שאינו אמת דאף שהש"ך רצה לומר דאף ע"ג דחביות. וכלים שמכניסין לקיום דרך הוא לעמוד מע"ל מ"מ מידי ספקא לא נפקא וכו' לע"ד כה"ג כיון שדרך הוא לעמוד מע"ל אינו נכנס בסוג ספק גם מ"ש דילמא לא נתן בהם יין או נתן בהם יין מבושל וכו' הרואה יראה בתשו' הריב"ש סי' תל"ג דאף בנ"ד דאמר דהוי אתחזק איסורא דוודאי נשתמשו בקנקן יין והיו כלים שמכניסם לקיום ואפ"ה אמר דלא בלע אלא כדי קליפ' ועוד דלפי דבריו נמצא דלדברי האומרי' דעירוי אינו מפליט אלא כדי קליפה כמ"ש הרשב"א בשם גדולי המורים כל שידע שעמד מע"ל לא סגי בעירוי ולא מצינו מי שאמר כן ואף הש"ך הניחו בצ"ע בסי' קל"ה גם מ"ש דילמא נתן יין מבושל לא הבנתיו אם לא שנאמר שלקח יין מבושל של ישראל ונתנו בכליו והוא רחוק לע"ד ואין לעשות ספק מזה להתירו בשתי' וגם מדברי הרשב"א ז"ל בת"ה

יש להוכיח דאפי' שהה מע"ל אינו בולע יותר מקליפה והילך לשונו בדף קמ"ט אבל לדידי קשה דהא קנקנים של עובד כוכבים ויין ישר' כנוס בהם לכ"ע אסור בשתי' כו' עד ורחוק הוא לו' שתהא פליטת הקנקן ביין שמכניסין בו עד כדי שיהא בו יתר מכדי אחד בס' יע"ש עכ"ל ולפי דברי הש"ך דאף בכלים אמרינן דכבוש הרי הוא כמבושל וצריך לשער בכל הכלי אין זה רחוק אלא ודאי דאין בו ס' אלא דתלינן דילמא לא נתן יין או נתן יין מבושל אלא ודאי נראה דס"ל להרשב"א דאף אם שהה מע"ל אינו בולע יותר מקליפ' ואף שניישב דברי ר"ת ז"ל דלא תיקשי לי' מתני' דנודות העובדי כוכבים וכו' צריך לומר דבולע יותר מקליפה מ"מ הרשב"א וגדולי המורים לא ס"ל הכי והכי מוכח מדברי הרשב"א ז"ל בת"ה הביאו מרן הב"י בסי' קל"ה וז"ל כתב הרשב"א יש מגדולי המורים שאמרו שאפי' שמכניסו לקיום אינו בולע יותר מכדי קליפה עד וכן אמר לי מורי ה"ר יונה ז"ל לפי שהיין הנבלע בצונן דבר מועט הוא והרמב"ן חלוק בדבר שאין קליפה מתרת ובשל דבריהם להם שומעין שאמרו להקל עכ"ל ובודאי דטעמו של רמב"ן ז"ל הוא משום דכיון שהוא כלי שמכניסו לקיום ושהה בו מעת לעת בלע יותר מקליפ' וה"ר יונה אמר דכיון שבליעתו בצונן לא בלע יותר מקליפה אף דשהה מעת לעת דאם לא כן היה לו לומר דמשום הכי די בקליפה משום דתלי' דלא שהה היין מעת לעת או לא נתן יין ותדע עוד דהא עירוי אמרו שאינו מפליט יותר מכדי קליפה אף ששהה ג' פעמים מעת לעת ואלו בכבוש קי"ל דאם נפל איסור לתוך היתר אינו ניתר בנטילת מקום דכבוש הרי הוא כמבושל כמ"ש מרן הב"י בשם הרשב"א בסי' ק"ה יע"ש וע"כ צריכים אנו לומר דיש חילוק בין כבישת אוכלים שהם דברים רכים לכבישת כלים שהוא קשה ובעומדי על דברי הרמב"ן הנז' נתקשתי דמהכא משמע דבכלי עץ אף קליפה לא סגי ואלו הטור לעיל מזה כתב משם הרמב"ן ז"ל דלא החמירו בשביל שמכניסו לקיום אלא בכלי חרס אבל כלי עץ בשכשוך סגי ויש ליישב וק"ל. ועוד קשה לי על הש"ך דכפי דבריו אפי' בלי עירוי יהיה מותר כיון דאיכא לספוקי שמא לא נתן בו יין מע"ל או לא נתן כל עיקר:

ועוד נראה לי דאפי' לדברי הש"ך יש להתיר בנ"ד משני טעמים ראשון לציון הוא דאפשר דאף הש"ך מודה בנ"ד משום דאין לנו לחוש כ"כ שמא נפלט הקליפה ביין הראשון וחזר ובלע יותר וחזר ופלט כל מה שבלע וליכא ס' שנית נראה יותר והוא כשנקדים מ"ש הש"ע בסימן קל"ז ז"ל יין שניתן לקנקני' של עובדי כוכבים שלא הוכשרו ואחר כך הריק אותו יין ועירבו עם יין אחר מרובה שהיה לו בקנקנים אחרים כשרים אם יש ביין השני ס' ביין הראשון מותר עכ"ל ולכאורה צריך להבין אמאי צריך ס' כנגד היין הראשון ולא סגי בס' כנגד הקליפה וכמו שאמרו בסיפא דבששה חלקים מים כנגד

הקליפה סגי והוא מטעם דאין חתיכה נעשית נבילה ומה שנראה ליישב והוא פשוט דבשלמא כשנפל היין הראשון ליין השני אם באנו לשער כנגד הקליפה בלבד לא עשינו כלום דהקליפה היא אסור' בהנאה ואוסר במשהו אבל כשאנו משערין גם כנגד היין די בס' דהיין הראשון לא היה אסור כ"א בשתי' ובטל בס' לא כן כשנפל לתוך יין המעורב עם מים דאף אם אתה משער כנגד הקליפה אינו אוסר במשהו. ולפי זה נראה לע"ד דבנ"ד נמי די לנו כשאנו משערי' כנגד הקליפ' דכשאתה משער כן אינו כנגד קליפת האיסור בלבד אלא אף כנגד יין המעורב דהלא קליפת האיסור נפלט בכל היין הראשון ואח"כ כשנבלע בכלי ודאי לא נבלע כל קליפת האיסור כמעיקרא אלא כל שהוא וכשאנו משערין עתה כנגד הקליפה נמצא דאנו משערין כנגד קליפה שאינה אסור' אלא בשתיה ודי בס' וא"ת תינח כל זה אם נפלט הקליפה ביין הראשון אבל אם לא נפלט מאי איכא למימר אף לזה נראה דיש להתיר והוא דכבר כתבנו דדברי הרמב"ן שאמר דאין להורות להקל במחלוקת שנוי ואף להרמב"ן ז"ל מספקא לי' מלתא על כורחין כיון דלא מצא הפך דברי הירושלמי בתלמוד ועוד דאם היה פשוט אצלו לא היה או' כדברים אלו אלא בסכינא חריפא הוה פסיק למלתא ואמר אם עשה כן ונתן בו יין אפי' אחר שעשה עירוי ג' פעמים ביין אסור בשתיה וכיון שהוכחנו שאף להרמב"ן מספקא לי' ודאי דלא אמר אין להורות להקל אלא ליתן בו יין לכתחלה אחר עירוי ג' פעמים ביין אבל אם עבר ונתן נראה ודאי דאף הרמב"ן היה מכשיר היין הניתן בפע' רביעית דהא קי"ל ספקא דרבנן לקולא ועוד דבכלים של עץ כנ"ד יש לנו לסמוך על סברת הרמב"ן ז"ל דאפי' במכניסו לקיום די בשכשוך ובשכשוך כבר כתב הש"ך דכ"ע מודו דיש להקל ביין ומכ"ש דעשה עירוי במים ב"פ ואפי' לסברת האומרים דאף בשל עץ צריך עירוי וגם ס"ל דאם עשה עירוי ביין אינו כלים יש להתיר מטעם דשהה ביין בפעם השלישית זמן מה ובכה"ג נראה דכ"ע מודו דהיין מפליט וכמ"ש. העולה מהמקובץ דבנ"ד. נראה לע"ד להתיר היין בשתיה משום כמה ספקי חדא דעיקר הדבר אם עשה עירוי ביין אי מהני אי לא מידי ספקא לא נפקא ועוד ב' דבשל עץ בשכשוך בלבד סגי כמו שכתב הרמב"ן ז"ל והביא סברתו הש"ע בסי' קל"ה. שלישית דנדון דידן אפשר דכ"ע מודו כאמור. כל זה כתבתי להלכה ולא למעשה עד שיעמדו דברי לפני מורי ורבותי ועל פיהם יקום דבר ואם לאו יהיו דברי בטלים כה דבר איש צעיר עבד כל יודעי דת ודין יהודה נבון:

שם דין י"ז כתב הרמב"ם ז"ל הלוקח כלים חדשים וכו' עד ואם היו מזופתין וכו'. נ"ב והא דקתני בברייתא ישנים או מזופתין אסורים ה"ק אסורין להשתמש בהם כל שלא הוכשרו דהיינו ישנים בערוי מזופתין כיון שהן חדשים סגי להו בהדחה:

שם באותו דין כתב מרן בכ"מ באמצע לשונו וכלים אלו כיון שנראי' חדשים ודאי לא הכניס בהם יין לקדוש וכו'. נ"ב והא דאמרינן בגמרא כל שמכניסו אפי' לפי שעה גזרו בו רבנן היינו כשהכלי של ישראל גזירה שמא ישהא אצלו אבל בכלים של עובדי כוכבים בעינן שכנסו לקיום אע"פ שמדברי התוס' בפ' אין מעמידין לא נראה כן:

שם דין י"ח כתב הר"מ וחכמי לוניל וכו' עד וכיצד יהיה הכוס ששתה בו הכותי וכו'. נ"ב מכאן משמע דכלים שאין מכניסם לקיום אפי' נשתמשו בהם הכותים כמה פעמים די בשכשוך דהרי הכוסות אף ע"פ ששתה הכותי בו כמה פעמים סגי בשכשוך:

שם דין כ"ב כתב מרן הכ"מ השגת הראב"ד ז"ל. נ"ב כונת הראב"ד דבעינן שיכניס גחלים ולא סגי כשיחם אותו עד שירפה הזפת:

פי"ב דין א' כתב הכ"מ ז"ל כיצד היא הנגיעה שאוסר בה הכותי וכו' עד י"ל דשלא נאסר היין שכתב שפיר משמע דלא נאסר בהנא' וכו'. נ"ב כן נראה ממ"ש בסמוך דין ב' הגביה ולא שכשך ולא נגע מותר משמע הא אם נגע אסור:

שם באותו דין כתב הכ"מ ז"ל וכן אם אחז כלי פתוח של יין עד מ"ש בסוף לשונו כלומר דכשניתן מן היין הוי כחו דנפיק אבראי ע"כ. נ"ב אי מדין כחו הוא דאסור מאי דלגואי לא מיתסר אלא בשתיה לדעת הראב"ד ז"ל והרמב"ם אסרו בהנאה:

שם דין ט' כתב הרמב"ם ז"ל וז"ל כותי שנפל לבור של יין וכו' עד ה"ז מותר בהנאה וכו' נ"ב זה תימה דאפילו בשתיה יהיה מותר דהוה נגיעה ע"י ד"א שלא בכונת מגע:

שם דין י"א כתב הראב"ד וכו' נ"ב הרשב"א בת"ה כ' משם הראב"ד ז"ל דאסור בהנאה:

שם דין ט"ז כתב הל"מ במ"ב באמצע לשונו ושאר בעינן עקלתון וכו'. נ"ב לא ידעתי מ' הגיד לו דבשאר בעי' דרך עקלתון:

שם דין כ"ח כתב מרן ז"ל וז"ל מקום שהיו רוב מוכרי יין וכו' עד אבל היין עצמו אסור כיון שרוב העיר היו כותים וכו' נ"ב אבל עדיין קשה דחבית שצפה בנהר דאם נמצאת כנגד עיר שרובה ישראל דאין מותרת אלא בהנאה ואמאי אינה מותרת גם בשתיה:

שם באותו דין חבית שפתחוהו וכ' כתב הל"מ ז"ל במ"ב דפתחין לשם ממונא וכו' נ"ב היינו דוקא במקומות דהיו מטמיני' הממון בתוך היין:

פי"ג דין ב' כתב מרן ז"ל וכתב הראב"ד וכו' עד מ"ש אסור משום שיש לו שייכות בבית. נ"ב וכתב הר"ן ז"ל משם הראב"ד דוקא כשנמצא שם אסור:

שם דין ד' כתב מרן בסוף לשונו אפי' למ"ד דלא חיישינן לגומלין נ"ב ע' בפ"ב דכתובות והרמב"ן ז"ל בפ"ק מהל' א"ב:

שם דין י"ב כתב הרמב"ם אבל המפקיד יין ביד עובד כוכבים תושב וכו' עד יראה לי וכו' נ"ב כלומר דמטעם זה בהניח ביתו פתוח בחצר אסור דאע"ג שייך טעמא דאינם מקפידים על מגעו של עובד כוכבים דאין היין בביתו מ"מ איכא למיחש לזיופא דידי' וע' בפ' אין מעמידין דף ל"א ע"ב השולח חבית של יין ביד כותי וכו' ע"ש:

שום דין ט"ז כתב הרמב"ם וכן השוכר את החמור להביא עליו יין וכו' נ"ב לענין אי שרי להשכיר בית או חנות לעובד כוכבים כדי להניח בה החמץ. התוספתא מתיר אבל הירושלמי אוסר לפי מאי דקי"ל דחמצו של עובד כוכבים אסור בהנאה בפסח ונמצא זה משתכר באיסורי הנאה דאע"ג דאם עבר ולקח הדמים שרי דאין החמץ מאיסורי הנאה שתופסי' דמיהם מיהו לכתחלה מיהא אסור להשתכר באיסורי הנאה וכמ"ש התוס' בפ"ב דע"ז גבי אין עובדין עם העובד כוכבים בכלאים ז"ל ואפי' אי לקיים שרי מ"מ אסור להשתכר באיסור הנאה וכ"כ התו' בפסחים דף כ"ב יע"ש ודלא כמ"ש הריב"ש ז"ל דמותר להשתכר חמורו להביא עליו חמץ דלא אסרו אלא ביין נסך ומשום קנסא דחמור שתופס דמיו וזה אינו דמה שאיצטריכו לקנסא בי"נ דוקא היינו כדי לאסור הדמים אפי' בדיעבד אבל לכתחלה אסור להשתכר בכל איסורי הנאה וכ"כ הרשב"א בסי' קמ"ז אלא שהוא דחה הירושלמי מתלמודא דידן דקאמר דקא מייתי ברייתא דייחד לו בית אין זקוק לבער דילמא אף להשכיר או להשאיל מותר ואפי' לכתחלה. ומ"מ מסיק הוא ז"ל דאסור לישראל להיות יושב ומשמר אבל להשכיר חמורו לבד שרי. ונראה דהוא ז"ל סבר דכל שאינו הולך הוא עם חמורו אפי' בי"נ שרי דליכא למימר דגבי י"נ אפי' השכיר חמורו לבד אסור אפי' בדיעבד ובשאר איסורים שרי לכתחלה אבל מדברי הטור גבי י"נ נראה דאפי' השכיר חמורו לבד הרי זה אסור אם לא שנחלק דגבי י"נ שאני משום דכל רוצה בקיומו של י"נ אסור שאם ישתבר החבית לא יתן לו שכרו כל היכא דאמ"ל חמור זה כדאמרינן גבי השוכר את הספינה להביא עליה י"נ יע"ש ובפ' האומנין משא"כ לענין שוכר חמור להוליך בו חמץ דלא שייך ה"ט:

איברא דלפי מ"ש הרשב"א ז"ל בתשו' השוכר בית ונאנס השוכר ואינו יכול לדור בה דמ"מ חייב לשלם כל השכירות ול"ד לספינה זו דאמרינן בפרק האומנין אם לא נתן לא יתן דהתם שאני משום דאין הספינה בעין אבל כל זמן שהספינה בעין הרי זה א"ל הרי ספינה לפניך יראה דגבי שוכר חמור לי"נ נמי לא שייך לומר רוצה המשתכר בקיומו והראיה שהביא הרשב"א מגמרא דילן יראה דאיכא לדחויי ולומר דלא איירי הברייתא בשכירות אלא בשאלה בחנם. ומ"ש באגור דאפי' בשכירות שרי כל שהשכירה לו קודם הפסח אינה נ"ל דסוף סוף ה"ז משתכר באיסורי הנאה ולע"ד נראה דאפי' השכיר לו

קודם הפסח שלשים יום ה"ז אסור כל היכא דפירש לו להניח בה חמץ אם לא שיטול השכירות מקודם כמש"ל הא לאו הכי אסור דישנו לשכירות מתחלה ועד סוף ונמצא משתכר באיסורי הנאה אבל אם שכרה סתם אפי' הניח בה במץ מותר דמשעה שהחזיק בבית נתחייב בשכירות בין ישים בה. בין לא ישים בה ומעיקרא נמי לאו אדעתא דחמץ אוגיר לה וכן הוא בדין ע"כ:

שייך קצת לדין הנז' ישראל ועובד כוכבים שיש להם תנור בשותפות כ' רש"י ז"ל (ע' טאו"ח סי' ת"ן) שיתנה קודם הפסח ויטול דמים מאותו שבוע. ול"ד לישראל ועובד כוכבים שיש להם שדה בשותפות דאסרינן בפ"ק דע"ז דהתם כל הטירחה שטורחים בשדה של אמצע הוא ונראה כטורח בשביל הישראל אבל הכא כיון שנטל את הדמים מתחלה מותר עכ"ל. ודברים אלו צריכים ביאור דאם ר"ל דהתם בשדה כל הטרח' שטורחים בשדה בשבת של אמצע הוא ונמצא מה שעושה בו העובד כוכבים מרויח הישראל ג"כ אבל בתנור דלא שייך לומר הכי שאין חלקו של ישראל מתרבה במה שהעובד כוכבים עושה בשבת שרי קשה דהא כתבו התו' שם דאפילו בתנור שאין חלקו של ישראל מתרצה במה שהעובד כוכבים עושה בשבת ה"ז אסור והוכיחו הכי מהתוס' וכ"כ הטור בה' שבת, ועוד דאמאי איצטריך רש"י הכא שיטול הדמים מתחלה ואם נחלק ונאמר דהתם דוקא בשבת אסור משום דעובד כוכבים שליחותיה דישראל קא עביד אפי' בתנור כמ"ש התו' שם ואיסור שליחות לא שייך אלא לענין שבת אבל בשאר איסורי הנאה דלא שייך שרי וכמו שפי' רש"י שם לענין ערלה דאפי' לא התנה מתחלה מותר א"כ עדיין קשה דאמאי איצטריך רש"י הכא לכשיטול הדמים מקודם. והיה נראה לומר דאע"פ דבשאר איסורי הנאה ליכא למיסר משום שליחות מ"מ ה"ז מטיא לי' הנאה דע"י שמניח לעובד כוכבים ליטול שכר דמי החמץ בשבוע של פסח נותן לו העובד כוכבים שכר דמי השבוע של אח"כ ולענין ערלה דשרי ה"ט כמ"ש רש"י שם שכן המשפט שנה שזה עובד הוא אוכל אבל הכא לענין תנור דלא שייך לומר הכי מש"ה איצטריך רש"י לפרש שיטול הדמים מתחלה דכל שנטל הדמים מתחלה ה"ז זכה בהם מהשתא וליכא משום משתכר באיסורי הנאה ואפילו ליטול דמים משבוע של פסח שרי כל שנטל הדמים מתחלה מכיון דבשעה שנוטל את הדמים עדיין ליכא איסור בעולם וכגון זה כתבו לענין ערלה דיכול למכור פירו' ערלה לעובד כוכבים קודם שבאו לעולם מהטעם האמור וכ"ת מכרו שאני דמשעה שמכרו הפירות לעובד כוכבים כדינו דהיינו אילן לפירותיו זכה העובד כוכבים באילן וזכה המוכר בדמים ועדיין ליתיה לאיסורא בעולם משא"כ בשכירות דאין המשכיר זוכה מיד בשכירות דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף ונמצא זה

זוכה בשכירותו בשעת האיסור והוי כאותה שכתב רש"י בפ"ק דע"ז בהנהו שתילי ערלה דאילולי שכן המשפט ששנה שזה עובד הוא אוכל הוה אסור לומר טול אתה שני ערלה ואני אטול אח"כ וע"כ צ"ל דאיירי בשלא הקנה לו האילנות לפירותיו דאי הוה הכי הוה שרי לפי פסק הש"ע זה אינו דכל שהקדים השוכר השכר לא אמרינן ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף דאדעת' דהכי הקדים לו השכר שיזכה בהם המשכיר מעכשיו וכמ"ש התוס' בפרק האומנין גבי השוכר את הספינה יע"ש וכ"כ מהר"י ן' מיגאש בחידושיו לפרק הספינה ועל פי זה מתיישב מ"ש רש"י בפרק הזהב גבי נתנה לבלן ה"ז מעל שנתנה לו בשכר שירחצנה והקשה עליו הריטב"א ז"ל בחידושיו דהא קיימא לן דישנה לשכירות מתחל' ועד סוף ולפי מ"ש אתי שפיר דכל שהקדים לו השכר מהשתא זכה זה בדמים מקודם שיבא האיסור והיתרא קא מכר דשכירות ליומיה ממכר הוא כמו שהוכחתי במ"א מדברי הרמז"ל והרא"ש בכלל מ"ח והרשב"א בחדשות סי' שכ"ח:

שייך קצת לדין יין נסך

אי שרי לומר לעבדו בפסח צא ואכול מן החנוני עובד כוכבים ואני פורע כדאמרי' לענין י"ג דשרי לומר הכי כל שלא הקדים דינר לחנוני משום דכי קא פרע ליתיה לאיסורי' בעיניה:

איברא דאיכא לפלוגי דהא דשרי התם משום דלא א"ל לחנוני למיהב להו איסורא וכי קא יהב להו חנוני י"נ לאו שליחותיה דבע"ה קא עביד אבל הכא לענין חמץ דחמץ שנותן החנוני לעבד שליחותיה דבע"ה קא עביד דחנוני עובד כוכבים אינו מוכר כי אם חמץ וכה"ג חילקו התוס' בריש פרק המדיר את אשתו יעמיד לה פרנס וכו' יע"ש. וכ"ת הא קי"ל דאין שליחות לעובדי כוכבים כבר כתבו התוס' בפרק הרבית דהיינו מן התורה אבל מדבריהם יש שליחות לעובדי כוכבים לחומרא ובירושלמי בפ"ב דקידושין הביאה האי ברייתא דאם א"ל צא ואכול ואני פורע דחושש משום שביעית ומשום י"נ ואמרו בגמרא עלה דטעמא דאיסורא הוא משום דהחנוני נעשה שלוחו של בע"ה כדי לזכות לפועל ור' אילא מפרש דהפועל נעשה שלוחו של בע"ה ואמר תו מה נפק מביניהון הי' החנוני חרש ע"ד דר' זירא לא חשש שאין שליחות לחרש ע"כ הרי מפורש דאפי' לר' זירא דבחנוני חרש שרי משום דאין שליחות לחרש בחנוני עובד כוכבים אסור דמסתמא כי קתני וחושש בי"נ אייריי בחנוני עובד כוכבים ואע"פ דגמ' דידן לא ס"ל להירושלמי מדאיצטריך לאוקמוה בהקדים לו דינר הא לאו הכי שרי היינו משום דס"ל דהכא ליכא משום שליחות שהרי לא א"ל לתת להם איסורא וכמ"ש התוס' ונראה שזהו דעת הטור שאסר לומר לעבדו בפסח צא ואכול ואני פורע וראיתי בס' פ"ח דאשתמיט מיני' דברי

התוספות וכתב דגם לענין חמץ שרי והביא הסוגיא דעבודת כוכבים כאלו חדשות מגיד ומסיק דאליבא דכ"ע שרי ועל פי זה כ' דשרי לומר לעובד כוכבים דיאכיל לבהמתו שעוריה שהוא חמץ כל שאינו מקדים לו דינר. ולע"ד לא דמי דאפי' למאן דשרי בפסח כל שלא הקדים לו דינר ה"ד בעבד דלא עביד לפטומה ולא קא מטי ליה הנאה לישראל בה אבל בהמה דעבידא לפטומה כי לא הקדים דינר נמי הא קא מטי' ליה הנאה לישראל בפיטום החמץ וכה"ג מפלגינן לענין נדרים במודר הנאה מחבירו דזן את בנו ואשתו אף על פי שהוא חייב במזונותם ואינו את בהמתו משום דבהמה כיון דעבידא לפטומה מטיא להו לבעלים הנאה. איברא דלפירש ר' יונה בי"ד סי' קצ"ב נראה דאפילו כי א"ל לחנוני עובד כוכבים למיהב להו לפועלים י"נ שרי כל שלא הקדים לו דינר שהרי כתב דכל שהקדים לו דינר מיד נקנה לו היין ובשליחותו נתנו להם משמע דאפילו כי א"ל לחנוני ליתן י"נ לא נאסר:

אם יכול לקנות נבילות וטריפות כדי להאכיל לפועליו עובדי כוכבים:

גרסי' בפ"ב דעבודת כוכבים תניא החמרין שהיו עושין מלאכה בפירות שביעית שכרן שביעית ופריך מאי שכרן שביעית אילימא דיהבינן להו שכר מפירות שביעית נמצא זה פורע חובו מפירות שביעית והתורה אמרה לאכל' ולא לסחור' ע"כ משמע לכאורה דמה שנותן אדם לפועליו סחורה מיקרי ולפי זה היה נראה דאסור לקנות נבילות וטריפות כדי להאכיל לפועליו עובדי כוכבים. איברא דלקמן בשמעתין גבי מתני' דאומר אדם לפועליו צאו ושתו בדינר זה ואינו חושש משום שביעית ופירש רש"י ז"ל ואינו חושש משום שביעית כלומר דאסור למסור פירות שביעית לע"ה דהא איהו לא יהיב להו אלא פריטי אבל כי לא יהיב להו פריטי אסור דהוי כמוסר פירות שביעית לע"ה עכ"ל ואלו משום איסור סחורה לא חייש משמע דמה שנותן לפועלים לא מיקרי סחורה ומדברי הרמב"ם ז"ל למדנו שרש הדברים וכך הוא עיקרן של דברים דכל מה שלוקח האדם לצורך בני ביתו לית ביה משום סחורה. וה"נ פועלים אם קצץ מזונותיהם עליו הרי הם כאנשי ביתו וכ"כ הרמב"ם בפ"ו מהלכות שביעית וכן הוא בירושלמי שם לקח חזירים לצורך פועלים כשמוכרם אינו מוכרם אלא בדמיו ואיכא למידק ממתני' דפ"ב דדמאי דקתני ר"ג היה מאכיל את פועליו דמאי ופירש ר"ע ז"ל דאין הלכה כותיה דכיון דמזונותיהן עליו נמצא פורע חובו מדמאי ולפי מ"ש אינו כך אלא טעמא דאיסורא דכיון דמזונותיו עליו נמצא כמאכיל לבני ביתו דמאי ומ"ש בהגהת מיימון דאסור ליקח טריפות כדי ליתן לעובד כוכבים למתנה ופירש הב"י הטעם משום דמתנה הוי כמו מכר דאי לאו דקבילו הנאה מיני' לא הוה יהיב ליה עכ"ל צריך להבין דהרי לגבי שביעית שרי ליתן מתנת חנם ובפ"ב

נמי אמרו דמותר ליתן לפועליו בדרך. מתנה ואע"ג דאי לאו הוי עביד ליה עבידתי' לא הוה יהיב ליה. והתוס' בפ' לולב הגזול כתבו דאין איסור סחורה אלא בקונה בזול כדי להרויח למכרו ביוקר:

ומותר לומר לעבדו שיקנה י"נ בעבור העובדי כוכבים שהם מזומנים אצלו כמ"ש בא"ח והביאה הב"י בסי' קל"ב ודוקא באומר לו שיקנה בעבור העובד כוכבים הא לאו הכי אסור דמה שקנה עבד קנה רבו אבל כי א"ל שיקנה בעבור העובד כוכבי' לא קנה אותו הישראל רבו כיון שאמ"ל שיקנה אותו בשביל העובד כוכבי' ולא אמרי' מה שקנה עבד קנה רבו אלא במה שקונה לעצמו אבל לא במה שזוכה לאחרים. ובטא"ח סי' ת"ן כתב דאסור לומר לעבדיו בפסח צאו ואכלו ואני פורע ואפי' לא הקדים דינר. ונראה דטעמא משום דעבד שאני דמה שקנה עבד קנה רבו. איברא דעדיין יש להבין דנראה דלא אמרי' מה שקנה עבד קנה רבו במידי דאין רבו רוצה לזכות בו והתוס' כתבו בריש פרק המדיר דהא דשרי בפ"ב דעבודת כוכבים כי לא הקדים לו דינר היינו משום דאין החנוני נעשה שלוחו של בע"ה דלא א"ל דליהב להו איסורא ולפי זה כתב הטור הכא גבי חמץ דאסור אפי' דלא הקדים לו דינר משום דכל מה שנותן העובד כוכבים הוא חמץ ושליחותיה דישראל קא עביד:

בדין עובד כוכבים שנתן מתנה לישראל דברים טמאים כתבו האחרונים דשרי לקבלם משום דחשיב כמציל מידו דאי לאו דקביל הנאה מישראל לא הוה יהיב ליה ולע"ד אנ"כ דהא בי"ד סי' קמ"ח כתב דנפרעין מהם מלוה ע"פ ואפילו מלוה בשטר מפני שהוא כמציל מידם ואפ"ה כתבו דמתנה אסור אלמא דלא. שייך במתנה לומר מפני שהוא כמציל מידם וכו':

שם דין כ"ח כתב הכ"מ באמצע לשונו וא"ת כי לא נתכוון נמי אמאי לא מחייב וכו' נ"ב ל"ק דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק ובמזיד הוא דקנסוהו רבנן ועיין בפ' הניזקין ע"ב:

פי"ד דין ח' כתב הכ"מ בסוף לשונו וההיא דכריתות וכו' עד שהחמירו בה יותר מבאיסורים מפני שמדבריהם נ"ב קשה. דהרי סתם יינם הוא מדבריהם:

שם דין י"א כתב הרמב"ם וז"ל כיצד הרי שהמחה את החלב וכו' עד הרי זה פטור וכו' נ"ב ולוקין אותו מכח מרדות ועיין בה' יוה"כ:

פט"ז דין ז' בהשגת הראב"ד כיון דקי"ל וכו' עד שהרי הלך חשיבותו נ"ב עיין בהשגת הראב"ד פט"ו דין י"ד:

שם דין י' כתב הכ"מ וז"ל נפל רמון א' מהתערובת עד משלשה למקום אחר מותר נ"ב והא דהתיר בעבודת כוכבים בשני תערובות משום דלא הוי אלא להתירו בהנאה והכי

משמע מדין טבעת של עבודת כוכבים שנתערב ונפלו ב' מהם לים הגדול הותרו כולם ואע"ג דלא הוי אלא ב' ספקות ע"פ שם דין כ"א כתב הרמב"ם וז"ל וכן בגד שארג בו כו' עד במי צבע יבטל ברוב נ"ב עיין בתשו' להר"ן במנעלים של עובדי כוכבים שנותנים חומץ להכין העור לקבל הצבע ורצה להתירו מטעם זה וזה גורם. ואנ"כ דלא חשיב בכה"ג זה וזה גורם דאין החומץ צובע אלא הוא להעמיד הצבע קאי ואע"ג דליתי' בעיני' חשיב כאלו איתיה בעיני' כדאיתא בפ"ב דעבודת כוכבים וכל דבר המעמיד אסור אפי' בכל שהוא וכי אמרינן זה וזה גורם מותר ה"ט משום דאין גורם האיסור יכול לתקן בלא גורם ההיתר משא"כ הכא דאין הצבע מעמיד והכי איתא בתוספתא:

שם דין כ' כתב הרמב"ם ז"ל בגד שצבעו בקליפת ערלה וכו' עד וכן תבשיל שבשלו בקליפת ערלה וכו' נ"ב עמדתי זה ימים בפת שנאפה באיסור חמץ מה דינו עיקרא דהאי מלתא איתא בסוף פרק כל הצלמים דשנינו התם אפה בו את הפת אסורה בהנאה נתערבו באחרות ר"א אומר יוליך הנאה לים המלח א"ל אין פדיון לעבודת כוכבים ואמרו עלה בגמ' דהלכה כר"א ופירש"י ז"ל דר"א דאמר יוליך הנאה לים המלח אודאי ג"כ קאי וכן דעת הרז"ה ז"ל ג"כ. אבל הרי"ף ז"ל פירש דר"א לא קאמר דסגי בהולכת הנאה לים המלח אלא אספיקא אבל לא אודאי' וה"ט מפני שנאסר כל הפת בהנאה ואפי' למוכרו לעובדי כוכבים לא התירוהו כדאמרינן בפ"ב דיין ביין אסור למוכרו לעובדי כוכבים ואפי' חוץ מדמי איסור שבו מטעם שכל שיש בו תערובת איסור כל היין כולו נעשה איסור כ"ש שלא נתיר בהולכת הנאתו לים המלח שהרי נאסר הכל בהנאה. והרב בעל המאור השיג עליו דשאני הכא כיון שמוליך הנאתו לים המלח הרי הוא כאלו נפדה איסורו ונסתלק ממנו ואפילו יין ביין שרי בהכי ודעת הרמב"ם ז"ל בפ"ב מהלכות ע"ז כדעת הרי"ף רבו שכתב נתערבו באחרות יוליך דמי אותה הפת לים המלח והר"ן ז"ל הקשה על דבריהם דאמאי צריך לכשיוליך דמי אותה הפת ואמאי לא סגי בהולכת דמי העצים דהא כל המדומע והמחמץ אינו פוסל אלא לפי חשבון:

ולע"ד הגם שאיני כדאי להכריע בין ההרים הגבוהים מ"מ מצוה להליץ בעד הגאונים הרי"ף והרמז"ל והיינו דכיון שכל היתרו של ר"א הוי משום פדיון וכדמוכח פשטא דמתני' תו ליכא למימר דליסגי בהולכת הנאת דמי העצים דהוי דבר שאין בו ממש ודבר שאין בו ממש לית ליה פדיון והכי אמרו בירושלמי הביאו הר"ש בפ"ב דמעשר שני דתבלין של מ"ש שנפלו לתבשיל של חולין ונתנו טעם אין לו פדיון משום דהוה דבר שאין בו ממש ולפ"ז יפה פירש רב אלפס ז"ל דע"כ לא אמר ר"א דסגי בפדיון אלא בנתערבה באחרות דיוליך דמי אותה הפת אבל הפת עצמה לא מהני פדיון שיוליך דמי

הנאת העצים דכה"ג לא שייך פדיון אלא כל הפת נעשה גוף האיסור ולפ"ז א"ש מתני' דקתני בפ"ב די"נ אוסר בכל שהוא בהנאה ואפי' לר"א ולא שרי ר"א אלא כשנתערב הפת ודעת הרא"ש והטור ג"כ דשרייתו של ר"א לא הוי אלא בשנתערב הפת וכן פסק מרן בש"ע ולפי זה כל היכא דנתערב בו איסור תורה כיון דאותה חתיכה אסורה בודאי אע"פ שאין איסורא מן התורה שהרי מדין תורה נתבטלה מיהו כיון דמדרבנן עדיין לא נתבטלה כל החתיכה נעשית גופא דאיסורא ולא מהני ביה הולכת הנאה לים המלח אבל אי מה שנתערבה בה לא הוי אלא איסורא מדרבנן כגון סתם יינם לא נאסר' כולה בהנאה וסגי בהולכת הנאה לים המלח:

והשתא צריך להבין בפת שנאפה באיסור חמץ או תרנגולת שנמצאת בו חטה והיא מבוקעת בתוך הפסח מהו הדין דלכאורה נראה דכל כה"ג דהאיסור מעורב בהם נאסרה כולה ולא מהני בה פדיון וכ"נ מההיא דתבשיל שבישלו בעצי ערלה דישרף כמ"ש הרמב"ם ז"ל ונראה דאפי' למוכרה לעובדי כוכבים חוץ מדמי העצים לא מהני כיון דאיסור תורה מעורב בהם. וראיתי להר"ן ז"ל בפרק כל הצלמים שכתב דשאר איסורין שבתורה לסתם יינם דמו ואפי' מעורב בו האיסור ממש כיין ביין שרי למוכרו לעובדי כוכבים וכן פסק מרן ז"ל בא"ח. איברא דלפ"ז צריך להבין מ"ש בתבשיל שבישלו בקליפת ערלה דישרף ואמאי לא ימכרנו לעובדי כוכבים חוץ מדמי האיסור ומתוך דברי הרמב"ן בס' מלחמות דכתב דטעמא של ר"א לאו משום פדיון הוא דהא ע"ז אין לה פדיון נראה דשאר איסורין של תורה שוין לע"ז לדעת הרי"ף והרמב"ם ופסקו הש"ע בי"ד וכי היכי דע"ז כל היכא דנתערבה בה איסור תורה והוי דומיא דיין ביין לא מהני בה פדיון שהרי כולו נעשה גוף האיסור ה"נ לא מהני לומר שימכרנה לעובדי כוכבים חוץ מדמי האיסור שכל החתיכ' נעשה כולה איסור הנאה ומ"ש בירושלמי גבי בגד שצבעו בקליפת ערלה דאסור למוכרה לעובד כוכבים חוץ מדמי איסור משום חששא דיחזור וימכרנו לישראל דמשמע דהיכא דלא שייך לומר להאי חששא דשרי היינו לפי סברת רשב"ג דאית ליה דאפי' יין בי"נ שרי בהכי אבל לדידן דלא קי"ל כרשב"ג באיסורי תורה זולת באיסורי דרבנן לא צריכנא להכי ומש"ה סתם הר"מ ז"ל וכתב דתבשיל שבשלו בקליפת ערלה ישרף וסתם תבשיל לא שייך למיחש שמא יחזור וימכרנו לישראל אבל בעלי מחלוקתם על הרי"ף ס"ל דר"א מדין פדיון אמרו ואע"פ שע"ז אין לה פדיון מ"מ כל שנתבטל' מן הדין או שאין איסורא בעיניה מועיל לה פדיון כיון דע"ז תופסת דמיה אבל שאר דברים שאין תופסין דמיהן לא מהניא בהו פדיון שאין איסורו נסתלק ע"י פדיון אבל יועיל תקנתו של רשב"ג דאמר מוכרה לעובדי כוכבים חוץ מדמי איסור שבה והיינו

משום דס"ל שאין כל המעורב באיסור נעשה איסור. אבל לפי דעת הרי"ף דס"ל שכל המעורב באיסור תורה נעשה איסור ולא מהני ביה לא תיקונו של ר"א ולא תקנתו של רשב"ג דלא קי"ל כוותיה אלא בסתם יינם דהוי איסור דרבנן ה"ה בשאר איסורי תורה שנתערבה בהיתר דלא מהני תקנתו של רשב"ג כי היכי דלא מהני הולכת הנאה לים המלח דאין לומר דהולכת הנאה לים המלח דלא מהני היינו משום שאין תופסין דמיהן ולא אמרו ר"א אלא בע"ז דוקא משום דתופסת דמיה דהא הרי"ף לית ליה להאי סברא דטעמא דר"א משום פדיון הוי דע"ז תופסת דמיה וכמ"ש וכן הוא דעת הרמב"ם וכן מסתבר דאי כסברת בעלי מחלוקתו דטעמא דר"א משום דע"ז תופסת דמיה ושייך בה פדיון קשה דהא אין פדיון בדבר שאין בו ממש והשתא א"ש כל הני מתני' דקאמר בערלה דישרף וגבי חמץ נמי כתב הר"מ ז"ל דישרף וה"ט משום דכל איסורי תורה לא שנא ע"ז לא שנא שאר איסורין כל שנתערבה בה איסור כיין ביין לית ליה תקנתא ומתורץ שפיר לפי זה מה שהקשה הרמב"ן על הרי"ף מכל הני מתני' דערלה דקתני ישרף ואמא' לא סגי בהולכת הנאה לים המלח דאז שרי לכל אדם אבל לפי' מ"ש דשאר איסורי תורה לי"נ דמו לק"מ ומה גם לפי מ"ש הרמב"ם ז"ל דכתב דיוליך הנאה לים ר"ל דלאחר שימכרנו לעובדי כוכבים יוליך מדמי היין שיעור יין האיסור שבו ולמדנו מדבריו דלא שריא ליהנות מהיין עצמו דרך כביסה כמ"ש רש"י ז"ל דלפי זה מעיקרא לק"מ דאפי' לתקנת ר"א איכא למיחש לשמא יחזור וימכרנה לישראל ודוקא גבי פת הותר להוליך לים המלח וליהנות מן הפת כיון דליתיה לאיסורא בעיניה אבל עדיין קשה דאי ס"ל דשאר איסורין דמו לסתם יינם א"כ בפת שנאפה בעצי ערלה אמאי כתב דישרף. ועוד דגבי חמץ ששרף משעה ששית ולמעלה ואפה בה את הפת ישרף ולית ליה תקנתא כמ"ש הכ"מ שם והא התם ליכא למיחש לשמא יחזור וימכרנו לישראל דאין העובד כוכבים ישמור את פתו ז' ימים וימכרנו לישראל. מכל הני מילי נ"ל דס"ל להרי"ף והרמב"ם דשאר איסורין לי"נ דמי ובש"ע בא"ח כתב דחמץ בפסח אוסר בהנאה במשהו והיינו כפשט דברי הרי"ף בפ"ב דע"ז וכ"כ הרמב"ם ז"ל אלמא אפילו במשהו ממש אוסר בהנאה ואע"פ דאיסור משהו לא מטיא ליה שום הנאה ממנה דכשימכרנו לעובדי כוכבים משמע דה"ט משום דכיון דאיסור חמץ הוי איסור מן התורה אע"פ שנתבטל מן הדין ה"ז אוסר כל התערובות ואפי' בהנאה דהא כיין ביין נסך דאסור בכ"ש ומן התימה על הש"ע דגבי תרנגולת פסק דימכרנה לעובדי כוכבים (ע"כ מצאתי):

שם דין כ"ב כתב הכ"מ בסוף לשון המתחיל ויש לדקדק בדברי ר' וכו' עד הא להו הכי הפת מותרת אפילו בחדש שלא ניתצו ולא ציננו. נ"ב ע"כ צ"ל הכי דמסיק בגמרא כי

פליגי וכו' בתנור וקדרה ותנור הוי כקדירה ששרפה בעצי האיסור דר' סבר מותר שאין הגוף נהנה מהם בלא גורם ב' ואי ההיא דאפה בו את הפת דר' אומר הפת אסורה אירי בחדש שצננו ואפה בעצי היתר אמאי הפת אסורה זה וזה גורם הוה אבל מ"מ קשה לר' דמ"ש מכוסות וקדירות שבישלן היוצר בקליפי ערלה דאסורין בהנאה משום דיש שבח עצים בהם וה"נ בחדש שלא צננו היכי מצי להתהנויי מיניה בלא גורם וצ"ע ויש לחלק שאני כוסות וקדרות שמתהנה מגוף הכוס שהוא אסור אבל בתנור אינו מתהנה מגוף התנור אלא מחומו והחום מותר הוא ודו"ק ועדין צ"ע ודו"ק:

שם דין כ"ט כתב הרמז"ל נתערב סתם יינם ביין וכו' נ"ב כתב הר"ן ז"ל בפרק כל הצלמים דכל איסורים שבתורה. לי"נ מדמינן להו ואם נתערבה אחד מאיסור הנאה בהיתרא יכול למוכרו לעובדי כוכבים חוץ מדמי איסור שבו אפי' לא נתבטלה האיסור והביא ראיה מהירושלמי דבגד שצבעו בקליפת ערלה דאסור למוכרה לעובדי כוכבים משום חששא שמא יחזור וימכרנו לישראל הא כל היכא דליכא למיחש להכי שרי וכך כתב הש"ך בי"ד וכן נראה שהוא דעת מרן ז"ל בש"ע שפסק בחטה שנמצאת בתרנגולת מבוטלת בפסח דיכול למוכרה לעובדי כוכבים דלא שוה יותר בשביל החטה. ולע"ד אנ"כ דהא בפ"ב תנן אלו אוסרין בכ"ש חמץ בפסח וכו' ופי' הר"ן דלדעת הרי"ף חמץ בפסח אוסר בכ"ש בהנאה ואפילו כ"ש ממש וכפי' הרמב"ם והרא"ש והטור משמע דאף על פי שאינו נהנה בו מהאיסור שאינה אלא כ"ש ואפ"ה אסור כולו דנעשה כולו גופי' דאיסורא וגבי חמץ לאחר ששה שעות כתב הרמב"ם ז"ל ואם אפה בה פת ה"ז אסור בהנאה וכתבו ה"ה ומרן בכ"מ דאין לו תקנה משמע דחמץ בפסח לע"ז מדמינן לי' ועוד לע"ד נראה דהאי סברת הר"ן ז"ל דשאר איסורין לסתם יינם מדמינן לי' לא קי"ל הכי ותדע דהא כתב הרמב"ם ז"ל דתבשיל שבשלו בקליפת ערלה ישרף ומשמע בכה"ג לית לי' תקנתא ומהירושלמי ליכא ראיה דההיא אליבא דרשב"ג אירי ואנן לא קי"ל כרשב"ג ביין ביין כ"ש אסור מהתורה וה"ה שאר איסורין דאלת"ה תיקשי לך לסברת רי"ף ז"ל והרמב"ם והרא"ש ז"ל והטור והש"ע בי"ד שכתבו דתקנתו של ר"א שאמר יוליך הנאה לים המלח מהני אפי' ליין ביין סתם ואי שאר איסורין לסתם יינם דמו א"כ בגד שצבעו בקליפת ערלה אמאי ישרף נהי דלא סגי בתקנתו של רשב"ג משום חששא דיחזור וימכרנו לישראל מ"מ תיסגי לי' בתקנתא של ר"א וליכא למימר דבתקנתו של ר"א לא מהני אלא בע"ז משום דתופסת דמי' אבל לא בשאר איסורין שאין תופסין דמיהן דהא מתוך דברי הרי"ף והרא"ש ז"ל ור"י שהביא הרא"ש נראה דלא ס"ל האי טעמא דא"כ אמאי איצטריכא לומר שיוליך דמי הפת לים המלח ותיסגי בהלכות דמי העצים וכמ"ש הר"ן ז"ל ועוד כי לא נתערבה

בפת אמאי לא שרי בפדיון כיון דע"ז תוספת דמי'. וע"כ צ"ל כמ"ש הרמב"ן ז"ל דר"א נמי לאו משום פדיון אמרו דהא ודאי אין פדיון לע"ז ומ"ש אין פדיון לע"ז ר"ל דדמי לפדיון. ולע"ד הכי נ"ל עיקר דאי משום פדיון וכסברת הר"ן והרז"ה קשה דהא לא שייך פדיון בדבר שאין בו ממש והכי אמרו בהדיא בירושלמי בפ"ב דמ"ש והביאו הר"ש בפירוש המשנה דתבלין של מ"ש שנתבשלו בתבשיל דחולין אין לו תקנה בפדיון דאין פדיון בדבר שאין בו ממש וה"ה הכא בעצי איסורא דמיקלא קלי לאיסורא וכיון שכן למדנו דכל איסור תורה כל שנתערב' כיין ביין לא מהני לא תקנתא של ר"א ולא תקנתא של רשב"ג וה"ט דכל התערובת נעשה גוף האיסור והכל אסור בהנאה ומן התימה על הר"ן ז"ל שכתב דשאר איסורי הנאה אפי' לא נתבטל מן התורה יכול למוכרו חוץ מדמי האיסור ודבריו תמוהים דאם לא נתבטל, מדין תורה היאך יכול למוכרו והלא מצותו בשריפה ומהירושלמי ליכא ראי' דאיכא למי' לית להו דחזותא מלתא היא ומדברי רשב"ם ז"ל נראה ג"כ כמ"ש דטעמא של ר"א לאו משום פדיון הוא ומש"ה כתב דתקנתו של ר"א מהני לכל שאר איסורי הנאה:

איברא דסתמא דתלמודא דפרק התערובת לא משמע הכי דאמתני' דכל הזבחים שנתערבו בהם שור הנסקל ימותו פריך עלה הא נמי תנינא בתמורה ומשני להדיוט איצטריכא לי' ופרש"י ז"ל אבל הני דלהדיוט נמי אסירא ולא חזו לפדיון אימור נבטלי' ולפי סברת רשב"ם הנהו נמי חזו לפדיה ואמאי ימותו כולם. וראיתי להרמב"ם ז"ל שכתב בהלכות ע"ז בדין טבעת של ע"ז שנתערב באחרות אפי' באלף כלן אסורות ויוליכם לים המלח ולכאורה קשה דאמאי יוליכם כלם ולא סגי בפדיון וראיתי לתוס' שכתבו בזבחים דאפשר דטבעת של ע"ז נמי מהני תקנתו של ר"א אבל אח"כ כתבו דשמא לא אמר ר"א אלא בפת דוקא שאין בו ממשו של איסור בעין ולפי זה נתיישב מה שהקשינו לעיל לסברת רשב"ם ונראה שזהו ג"כ דעתו של הרמב"ם ז"ל דלא התיר ר"א להתהנויי מממשו של איסור ולע"ד יש לי ראיה מההיא דאמרינן בזבחים דף ע"ד דאיצטריך דשמואל שאמר דטבעת של ע"ז שנתערבה ונפלה אחת לים הגדול דהותרו כלם דאי מדריש לקיש שאמר גבי תרומה הוה אמינא וכו' ואי מדרב נחמן דאמר בע"ז הוה אמינא דה"מ בע"ז דאין מתירין אבל תרומה דיש לה מתירין לא כלומר דיכול למכור התערובות לכהן חוץ מדמי סאה של תרומה. והשתא קשה דהלא בע"ז נמי יש לה מתירין בכה"ג דיוליך הנאתו לים המלח וכלם מותרים (א"ה ע"כ מצאתי ועיין לעיל מזה):

פי"ז דין ט"ז כתב הרמב"ם ודגים קטנים שמלחן ישראל או כותי הרי הן כמי שנתבשלו ע"כ נ"ב כלו' דאף ע"ג דעדין אינם ראויים לאכילה מליחתן הרי הן כמי שנתבשלו מקצת בישולו ע"כ:

שם דין י"ח פולין ואפונים וכו' עד ועוד שכתב בפרק זה ושמן ודבש וכו' נ"ב דה"ט דחיישינן לשמא היה דבוק איסור בעין דאז לא שייך לומר נט"ל:

שם דין ז"ך. נ"ב עמדתי בקטן שלא הגיע לחנוך אי ספי' ליה איסורא דרבנן או לא גרסינן בפרק אע"פ תנו רבנן תינוק יונק והולך עד כ"ד חדש מכאן ואילך כיונק שרץ דברי ר"א ר"י אמר אפי' ד' וה' שנים פי' לאחר כ"ד חדש דיונק שקץ ע"כ. אלמא דאפילו באיסורא דרבנן לא ספינן ליה איסורא בידים ואע"ג דעדין לא הגיע לחינוך וכן ג"כ מוכח מדברי התוס' בפרק כל כתבי שכתבו שם דהא דמוכח בפרק חרש באיסורא דרבנן אין ב"ד מצווין להפרישו איירי בקטן שלא הגיע לחינוך עכ"ד הרי דאפילו בקטן שלא הגיע לחינוך בית דין הוא דאין מצווין להפרישו אבל להספיתו בידים לא:

איברא דבפ"ק דר"ה תנן אין מעכבין את התינוקות מלתקוע אבל מתעסקים עמהם כדי שילמדו וקאמר עלה בגמ' אפי' בשבת תניא נמי הכי מתעסקים עמהם אפי' בשבת ואין מעכבין את התינוקות מלתקוע ודייק עלה הא גופה קשיא אמרת מתעסקין והדר תני אין מעכבין עיכובא הוא דליכא הא לכתחילה לא ומשני כאן בקטן שהגיע לחינוך כאן בקטן שלא הגיע לחינוך ופי' רש"י בקטן שלא הגיע לחינוך אין מתעסקים אבל בהגיע לחינוך מתעסקים והקשה עליו ר"י כיון שהגיע לחינוך ואין מצות היום בשופר היכי אמרינן ליה למעבד איסורא לכן נ"ל לפרש איפכא בקטן שהגיע לחינוך לכתחלה לא אמרינן לי' תקע כיון דאיכא איסורא דרבנן אבל קטן שלא הגיע לחינוך מתעסקים ששל לכתחלה עכ"ל. מוכח מדבריו בקטן שלא הגיע להיפך ספינן ליה איסורא דרבנן. הן אמת שראיתי לתוס' שם שהקשו על פירושו דהיכי ספינן ליה איסורא דהא מוכח בפרק חרש דאפי' איסור דרבנן לא ספינן ליה בידים ותירצו דלא דמי שופר לשאר איסורי ע"כ ונראה דלשיטתייהו אזלי שכתבו דהאי דיבמות איירי בקטן שלא הגיע לחינוך ואעפ"כ קתני עלה לא יאמר אדם לתינוק הבא, לי מפתח אבל לפי ס' הרמב"ם דמוקי לה בקטן שהגיע ש וכמ"ש הב"י בא"ח סי' שמ"ג מעיקרא לא קשיא מידי ואיכא למימר דבקטן שלא הגיע לחינוך ספינן ליה ליה בידים וכ"כ הב"י, בהדיא בה' יוה"כ סי' הר"י ז"ל ולדעת ר' שכתב כדרך שמחנכין אותם באכילה כך מחנכין אותם ברחיצה וסיכה א"ש טפי דההיא דהתינוקות מותרים בכולם הוא בשלא הגיע לחינוך וההיא דלהזהיר גדולים על הקטנים בשהגיע לחינוך. אבל דברי הב"י הם תמוהים דסוגיא דשמעתין דפרק חרש לא משתמע הכי דוק

ותשכח. אך אמנם ראיתי להרשב"א ושאר המפרשים דאיסורא דרבנן ספינן לי' בידים כל שהוא לצורכו של תינוק והיה נראה לע"ד ראיה לדבריהם מדלא משני פ' יוצא דופן דאיסור בל יחל הוי לאותם המוזהרים עליו דלא ליספו ליה בידים ומעיקרא כי קאמר התם לאותם המוזהרים עליו ר"ל דלא ליספו ליה בידים ועלה פריך ש"מ קטן ב"ד מצווים להפרישו דמדקא אסר דלא ליספו לי' אפי' איסורא דרבנן א"כ באיסור דאורייתא דין הוא שמוזהרים עליו להפרישו דאי באיסורא דאורייתא אינם מצווין להפרישו באיסורא דרבנן אפילו לספותו בידי' לישרי ומדברי הגהת אשירי בפרק אף על פי נראה שמחלק בין מידי דאסור מחמת עצמו כגון להאכילו דברי' טמאים דכה"ג לא ספינן לי' ואפי' קטן המוטל בעריסה למידי דליכא איסור וראיתי להב"י שכתב בא"ח סי' של"ג דקטן שאינו עושה ע"ד אביו מותר להניחו לכבות ותמהני דלא אמרינן אלא שאין ב"ד מצויין להפרישו אבל אביו מצווה להפרישו וראיתי להרב בפ"ח שכתב דחלב נכרית אסור מדרבנן והביא ראיה מההיא דפרק חרש דהרי זה כיונק שקץ. ולע"ד אינה ראי' דהתם מיירי בסתם נכרית דסתמא אוכלת דבריא טמאי' וחלב דידה טעמא דאיסורא אית בה וכמ"ש רש"י במסכת סוטה גבי משה יע"ש:

הלכות שחיטה

פ"ב דין ג' כתב מרן בסוף לשונו וי"ל דלעולם אימא לך דחולין שנשחט' בעזרה מיתסר דאורייתא נ"ב עיין בפרק א' מהלכות חמץ דברי הרב כ"מ:

פ"ד דין ח' כתב הכ"מ לשון המתחיל וכתבו הרשב"א והר"ן וכו' עד ובשאר החלוקות חוץ מאשפה שבבית כ"ע לא פליגי דאסור נ"ב עיין פ"ק דחולין דף י"ב ע"א תניא הרי שמצא תרנגולת שחוטה בשוק כשרה:

שם דין י"ד כתב הכ"מ בסוף לשונו ואפי' ראינוהו דשביק היתרא ואכיל איסורא וכו' נ"ב עיין פרק השולח:

שם דין ט"ו כתב הרמב"ם מי שהוא פסול לעדות בעבירה מן העבירות וכו' עד שאינו מניח דבר מותר ואוכל דבר איסור וכו' נ"ב קשה דע"כ לא איצטריכא להאי טעמא אלא בחשוד שאוכל נבילות דכל היכא דאיכא היתרא לא שביק ואכיל איסורא אבל במי שהוא פסול לעדות הא קי"ל החשוד לדבר א' אינו חשוד לדבר אחר ע"כ:

פ"ו דין ג' כתב הכ"מ בסוף לשונו והר"ן ז"ל כתב מדברי הרי"ף נראה דאע"ג דלא אינקב תתאה אלא עלאה בלחוד טריפה נ"ב צ"ע לפי זה ההיא דאמרו גבי מתניתין דהכתה חולדה הא ניחא למ"ד עד דאינקב תתאה וכו':

פ"מ דין י"ט כתב מרן בסוף לשונו ומדקאמר בהו חוששין לה משמע חשד בעלמא לכתחלה וכו' נ"ב ולפ"ז אם עברו ולא בדקוהו מותר הבשר ועיין פ"א דין כ"ד בהראב"ד ז"ל שם ובסוגיין בפ' התערובות וצ"ע:

פי"ג דין י"א כתב הכ"מ ואיכא למידק דהו"ל לחיובא בקורא נקבה וכו' נ"ב צ"ע דבקורא נקבה קאמר בגמרא דכ"ע מודו בה:

הלכות שבועות

חידושים על הרמב"ם והכס"מ ח"ג

פרק ב דין י"ב כתב הכ"מ ונ"ל שאין אנו צריכין לידחק וכו' נ"ב ול"נ דרבינו אזיל לטעמי' דס"ל דהנודר סתם ואחר כך אמר כסבור הייתי כך וכך ואדעתא דהכי נשבעתי ה"ז מותר ומש"ה כתב בפ"ב מהל' נזיר דאם נזר ואח"כ נגנבה בהמתו אינו נזיר וכמו כן כתב בפ"א. מה' נזיר דאם נזר ובא ואמר כסבור הייתי שחכמים מתירין לי לשתות יין מפני שהוא קובר מתים אינו נזיר דהוי נדרי שגגות והראב"ד ז"ל השיג עליו ואמר מפני דהוי כנדרי אונסין:

פ"ג דין י' נ"ב מ"ש הבעל ל"מ דהיינו טעמא משום דאין מביאין קרבן על הספק יע"ש ק"ק לטעמא שכתב רבינו משום א דהוי אנוס:

פ"ד דין י"ד כתב הרמב"ם וז"ל וחזר ונשבע שלא יאכל תאנים ... וענבים וכו' נ"ב מדנקט כאחת נראה דהיינו טעמא דהשניה חלה דעל אכילה מב' נשבע אבל ק' מ"ש אח"כ וכן הנשבע וכו':

פ"ו דין י"ז כתב הרמב"ם וז"ל שבועה שלא אוכל היום שבועה שלא אוכל היום וכו' נ"ב השבועה השני' הוי כנשבע לקיים המצוה כ"נ מפרש"י ונהי דפטור מקרבן ומלקו' מ"מ שבועה איכא וכדאמרינן מנין שנשבעים לקיים את המצוה והכי אמרו בפ"ב דנדרים לישנא אחרינא חיובא הוא דליכא הא שבועה איכא ומשום הכי כתב רבינו ז"ל דמצי מתשיל אשני' ברישא:

פי"ב דין ד' כתב הרמב"ם וז"ל בד"א בשאר כתבי הקדש אבל הנשבע בתורה אם נשבע במה שכתוב בה דעתו על האזכרות וכו' והראב"ד ז"ל השיג וז"ל מה ראה לחלק בין תורה לשאר כתבי הקדש וכו' עד מ"ש והריני מודיע שאין הענין הזה כמו שהוא סובר שלא על הנשבע בתורה קאמר אלא על המתפיס בס"ת דאי נקיט לה ביד דעתי' אזכרות שבו ואזכרות כדבר הנדור הוא וכו' נ"ב עיין מ"ש הרמז"ל בספ"א מהלכות נדרים ז"ל נדר במה שכתוב בה הרי זה אסור שהרי כתוב בה אסר ונדר עכ"ל ולכאו' נראה מפשטן של דברים שמלבד מה שחלוקים עם הראב"ד לענין שבועה בנשבע בשאר כתבי הקדש

גם יש מחלוקת ביניהם לענין מתפיס בנדר דלסברת הראב"ד ז"ל דבאזכרות קא מתפיס כל שכתוב בה אזכרות אף שאין כתוב בה איסור או נדר הויא התפסה אמנם לסברת הרמב"ם ז"ל לא הוי' התפסה כי אם דוקא כשכתו' בה איסור או נדר ולאפוקי כשאין כתוב בה איסור או נדר כגון שאין לפניו אלא מספר בראשית או תפילין ומזוזות ודוחק לומר דמ"ש הרמז"ל בה' נדרים שהרי כתוב בה איסור ונדר וכו' דעל גופא דתורה קאמר ועוד יש דבספרים הנדפסים לדעת הראב"ד ז"ל לא הויא התפסה ולדעת הר"מ ז"ל הויא התפסה כיון שכתוב בהם איסור או נדר הן אמת דצריך להבין דאם איתא לפום פשטן של דברים דהרמז"ל ס"ל דוקא אם כתוב בה איסור או נדר דאמאי לא אמרינן דעתו על האזכרות כמ"ש בהלכות שבועות והאזכרות הם מוקדשים ע"י אדם וכונתו לקדושה וצ"ל דהרמב"ם ס"ל דהאומר בתורה לא אמרינן בקדושת התורה קאמר ואע"ג דכונתו לכך משמעות הלשון נראה שנשבע על הכתוב שם ולא על הקדושה שבהם ועדין לא יצאנו ידי חובה דמהירוש' שהביא הראב"ד הויא תיובתיה:

הלכות נדרים

פרק ב דין י"ז כתב הבכ"מ אבל מ"ש בסיפא אינו נוח לי וכו' נ"ב עיין פ"ב מה' תרומות ונ"ל דה"ק כל ג' ימים יכול לחזור בו וא"צ לזכות בו אם בא' אחר אח"כ וזכה בו מוציאין אותו מידו אחר ג' צריך לזכות בו:

פ"ג דין ט' כתב הרמב"ם וז"ל פגע בו חנוכה ופורים ידחה נדרו מפני הימים האלו וכו' נ"ב לא שייך הכא לומר נדר שהותר מקצתו הותר כולו דכי אלמוה רבנן לדבריהם דוקא באותן ימים בלבד ועיין פרק ואלו נדרים גבי אלמוה רבנן לשעבודיה:

עוד שם כתב הבכ"מ ויש לדקדק בדברי רבינו שנראה שהוא סובר דבעי"ה ור"ח אסור מן התורה עד וי"ל דאה"נ שאינ' אסורות אלא מדרבנן אלא שכיון שיש להם קצת סמך מן התורה לא אתו לזולזלי בהו ולפיכך אינם צריכים חיזוק ע"כ נ"ב ע' בה"ה ספ"ו מהל' שבת שכ' דהחמירו יותר בתחומין דדבריהם מד' אמו' דר"ה לפי שדבריהם צריכים חיזוק עכ"ד הרי דבתחומין עשו חיזוק אף על גב דיש להם סמך מן המקרא:

פ"ה דין י"ד כתב הבכ"מ ומ"ש רבינו ברישא ה"ז אסור בחילופיהן וכו' עד אבל באומר שאני טועם דמותר בחילופיהן ובגידוליהן איכא לספוקי במשקין ע"כ נ"ב קשה דבדבר שאין זרעו כלה הגידולין אסורים ואפ"ה כתב רבינו דבמשקין הוי ספק ואיכא למימר דגידולין בכדי נקטיה:

שם דין ט"ו כתב הרמז"ל ולמה לא יבטל העיקר האסור בגדולין שרבו עליו שהרי הן דבר שיש לו מתירין וכו' נ"ב ע' בדין י"ו וקשה בשבועה מאי מצוה לאיתשולי עליה איכא:

פ"ח דין ד' כתב הרמז"ל ולא עוד אלא מי שראה אנשים מרחוק אוכלים תאנים שלו וא"ל הרי הן עליכם קרבן כיון שקרב אליהם והביט והרי הם אביו ואחיו הרי אלו מותרים ע"כ נ"ב אע"פ שלא אמר כלום דמסתמא אלו הי' יודע דהיו אביו ואחיו לא היה אוסר וה"ה אם היו זרים ופירש ואמר אלו הייתי יודע שהי' פלוני לא הייתי נודר דהוי' נדר טעות וכל שיש טעות בעיקר הנדר הרי הנדר בטל מאליו משא"כ בקונם אשתי ואח"כ אומר שהייתי סבור שגנבה את כיסי הוי דברים שבלב וכ"כ הר"ן וע' מהרי"ט ח"א סי' ס"ה:

פ"ט דין ה' כ' הבל"מ וא"ת כיון דבכל התורה כולה אזלינן בתר רובא הכא אמאי לא וכו' נ"ב ע' הר"ן בקדושין גבי רובא דקדשי והדר מסבלי ותמצא נחת:

שם דין ט' כתב הר"מ ז"ל הנודר מן החטים אסור בהם בין חיים בין מבושלים וכו' עד חטים שאני טועם מותר באפוי וכו' נ"ב החילוק הוא בין נודר מן החטים סתם למפרש ואמר שאני טועם והכי איתא במתני' גריסין שאני טועם אסור לכוס ומותר במבושל ואלו בנודר מהגריסין אסור במקפה:

פ"י דין ד' כתב הרמז"ל שאיני אוכל בשר שנה זו וכו' עד ואם נתעברה השנה אסור בה ובעיבורה ע"כ נ"ב ע' בפ"ק דר"ה דף ו' ע"ב לענין בל תאחר כיון שעברו עליו ג' רגלים או שנה בלא ג' רגלים ודוק באותה סוגיא ותראה דכל שהשנה מעוברת אינה נקראת שנה אלא עם חדש העיבור שם דין ו' כתב הר"מ ז"ל שאיני שותה יין וכו' עד ואם נדר עד סוף אדר ה"ז אסור עד סוף אדר שני ע"כ נ"ב נ"ל טעם לדבריו דאמר עד סוף אדר הרי לא התיר עצמו אלא בניסן וכונתו הוא שיהא אסור עד שיכנס ר"ח ניסן משא"כ לשאמר עד ר"ח אדר דלא אסר עצמו אלא עד סוף שבט הסמוך לו:

פי"א דין ד' כתב הבכ"מ ז"ל ומ"ש אע"פ שנדריהם קיימים אי חיללו נדרם וכו' פשוט הוא דהא לאו בני עונשין נינהו ע"כ נ"ב קשה לי דבגמרא קאמר אי מופלא סמוך לאיש דאורייתא מילקא נמי לילקי:

שם דין ח' כתב הרמז"ל נתן לה גט על תנאי או לאחר זמן לא יפר ימים שבנתים וכו' נ"ב קשה לי דבנתן לה גט לאחר זמן אינה מגורשת אלא עד שיגיע הזמן ושמא כיון דטעמא דמפר משום שלא תתגנה על בעלה הכא לא שייך דמגונה ועומדת היא:

פי"ב כתב הר"מ ז"ל אמרה יקדשו ידי לעושיהן וכו' עד חכמי' עשו חיזק לשעבוד הבעל מפני שהוא מדבריהם ע"כ קשה לי דמשמע דמפני שהוא מדבריהם עשו חיזוק א"כ בעונה שהוא מן התורה אמאי אין מפקיעין:

שם דין ט' מפני שהוא משועבד לה בשאר וכו' נ"ב בסמוך כתב דקונמות מפקיעין מידי שעבוד אלא מפני שמעשה ידיה מדרבנן עשו חיזוק אלא הכא היינו טעמ' שאינו יכול

לאסור עצמו לבטל המצוה ע"כ. שם דין י"ד כתב הכ"מ דלית ליה אותם דוקא וק"ל מההיא דכתב רבינו פ"ד מה' פרה אדומה אין שוחטין שתי פרות אדומות כאחת שנאמר ושחט אותה ודלא כבעל ל"מ שכתב דהא דכתב רבינו בה' סוטה אין משקין ב' סוטות כא' היינו טעמא משום דאף רבנן מודו בה אלא שלא היו דורשין אותו אלא מפני שלבה גס בחברתה ורבינו הביא הפסק ולא הביא הטעם ע"כ וזה אינו דהא קאמרו שם מאן ת"ק ר' שמעון דדריש טעמיה דקרא והרמב"ם ז"ל פסק בכל המקומות דלא כר"ש דדריש טעמיה דקרא:

פי"נ דין ב' כתב הכ"מ ז"ל וכיצד מפר אומר מופר וכו' עד דלפ"ז ענין התרת חכם אינו אלא הוראה שמורה שהוא מותר וכו' ע"כ כלומר שהחכם מתיר את האיסור ולפיכך אומר אין כאן נדר כלומר אין כאן איסור אבל הבעל אינו יכול להתיר את האיסור אלא שמבטל הנדר והדיבור שאמרה כאלו לא אמרה כלל ולפיכך אין זה נדר משמעו שאין זה איסור ולא אמר כלום אמר אין נדר זה כלום משמעו שאין הדיבור שאמרה כלום ודלא כהב"י. עוד כתב הכ"מ שם אבל דעת הרא"ש בפסקיו ס"פ נערה מאורסה דחכם עוקר הנדר מעיקרו לגמרי והבעל אינו מפר אלא מכאן ולהבא הלכך אם עברה על נדרה ואח"כ הפר לה בעלה לוקה מה שאין כן בחכם ע"כ וצ"ע דבפי"ב כתב הרמב"ם ג"כ דאם נדרה ועברה על נדרה קודם שיפר אע"פ ששמע בו ביום והפר לה ה"ז חייבת מלקות:

שם דין כ"ב כתב הכ"מ אמר לה קיים ומופר לך בבת אחת וכו' עד וא"ת ה"ל לרבינו לכתוב בהדיא דהוי קיים מספק וי"ל דכי אמרינן דלא חיילי לה הקמה ולא הפרה ממילא הוא קיים דשתיקה הוי קיום ע"כ נ"ב לפי דבריו ק"ל אמאי נקט אח"כ הרי זה קיים לעולם בהרי זה קיים לבד סגי ולי נראה דאע"ג דאינו בזה אחר זה האי טעמא הוי לכשלא תהא חלה הפרה אבל הקמה ודאי חלה מכיון דלא חיילא הפרה ותפסינן לשון ראשון דהקמה:

הלכות נזירות

פרק א דין י' כתב הכ"מ ז"ל אבל האומר הריני נזיר מן הגרוגרות וכו' עד ומאחר דסתם מתני' דלא כר' נתן הו"ל לרבינו לפסוק כסתם מתני' כו' נ"ב פסק רבינו כלישנא קמא משום דלישנא אחרינא ב"ה אתי כרבי שמעון ואלו אנן קי"ל כרבנן דפליגי אר"ש:

שם דין י"ד כתב הרמב"ם נדר בנזיר ואמר לא הייתי יודע שהנזיר אסור ביין עד וכבר בארנו שאפי' לא נדר אלא מאחד מהם אסור בכולן ע"כ נ"ב אע"ג דלשון כולל הוי והאומר פת סתם הרי זה אסור בפת שעורים אע"ג דבלבו היה לפת חטים כיון דהוי לשון כולל שאני הכא משום דלא הי' יודע ומ"ה איצטריך לטעם דאפילו לא נדר אלא מאחד מהם אסור בכולן. עוד שם כתב הכ"מ וז"ל וי"ל דכיון דמתני' סתמא מתנייא משמע דבכל

גוונא אפי' אם בא לפני חכם ע"כ נ"ב צריך ישוב מאי דקאמר בגמרא לרבנן אי מתשיל אחדא מתשרי לכולהו וגם דברי הראב"ד ז"ל צריכים ישוב דמה חילוק יש בין רישא לסיפא לפי מ"ש הוא בהשגות בסמוך:

שם פ"ב דין ב' כתב הבל"מ דהכא כיון דלהזיר את עצמו נתכוין אין זה מוטעה בעיקר הנדר יע"ש נ"ב ל"ק דכל לגבי נפשי' נאמן לומר סבור הייתי כן אבל לאחריני לא וצריך הוכחה:

שם דין י"ח כתב הר"מ ז"ל נדר העבד שאר נדרים שיש בהם עינוי נפש וכו' עד נדר עבדו בנזירות ואמר מופר לך וכו' נ"ב נראה מדברי רבינו בה' עבדי' דצריך גט שחרור להתירו בבת חורין ולפי זה קשה ממאי דפריך בגמרא גבי עבר מכנגד פניו רמ"א לא ישתה ורי"א ישתה וקאמר עלה לימא בדשמואל קא מיפלגי דאמר שמואל המפקיר עבדו יצא לחירות וא"צ גט שיחרור דר"י לית ליה לדשמואל ומש"ה קאמר ישתה ולפי סברת הרמב"ם אמאי קאמר ר"י ישתה דאפי' אי לית לי' דשמואל וצריך גט שחרור מ"מ פקע שעבודיה מיניה ואפי' לרב ויצא לחירות אלא מוכח דבהפקעת שעבוד לבד כל שצריך גט שחרור עדיין אין נפשו קנויה לו:

פ"ה דין י"ד כתב הכ"מ ז"ל נזיר חופף על השער וכו' עד ואפי' באדמה המשרת כתב רבינו דאינו לוקה משום דאינו מתכוין להשיר ע"כ נ"ב אינו כן דהא סורק במסרק דמתכוין להשיר ואפילו הכי אינו לוקה וטעמא משום דאדמה הוי כעין סם וסם נלמד מאדמה ועיין בל"מ:

פ"ח דין י"ח כתב הר"מ ז"ל האומר הרי עלי לגלח נזיר וכו' עד אבל אם אמר הרי עלי קרבנות חצי נזיר הרי זה מביא קרבנות נזיר שלם וכו' נ"ב ע' פרק י"ז מהלכות מעשה הקרבנות דין ט' וצ"ע:

שם כתב הראב"ד אינו מחוור זה ומה בין זה לאומר הרי עלי לגלח וכו' נ"ב כשאמר הרי עלי קרבנות חצי נזיר קרבנות הוי סמוך וה"ק קרבנות של חצי נזיר ולא אשכחן חצי נזיר משא"כ כשאמר הרי עלי לגלח חצי נזיר חצי נזיר קאמר:

הלכות ערכין

פרק ג' דין י"א כתב הרמב"ם ז"ל האומר ערכי עלי וחזר ואמר ערכי עלי וכו' עד שערכין לאו כחובות הן וכו' נ"ב הבל"מ תמה על רבינו דבגמרא משמע דב"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה ולכך קאמר דיצא ידי שתיהן ורבינו פסק דבע"ח מאוחר מה שגבה לא גבה ואולי גירסא אחרת היתה לו בגמרא דקאמר מ"ט הקדש מאוחר מה שגבה גבה

עכ"ד וע' בהרא"ש בפרק מי שהיה נשוי דף קמ"ג ע"ג גבי מתני' דמי שהיה נשוי ד' נשים ומת הראשונה קודמת לשניה וכו' שהקשה כן וחילק כמו שחילק רבינו יע"ש: .

פ"ו דין ט' כתב הרמב"ם ז"ל אבל אם אמר ה"ז הקדש מעכשיו לאחר שלשים יום אם הקדישו אח"כ למזבח אינו מוקדש ע"כ נ"ב אף דהרמב"ם בהלכות גירושין פסק כרב דאמר מעכשו ולאחר שלשים יום ספיקא הוא אי תנאה הוי אי חזרה הוי הכא גבי הקדש שאני דאף אם נאמר חזרה הוי לא מהני חזרתו דתוך כדי דיבור לאו כדיבור דמי בהקדשות כמבואר פט"ו מהלכות מעשה הקרבנות יע"ש ודע עוד דממה שכתב רבינו כאן נראה דלא כהרשב"א ז"ל שכתב דאם הקדיש מעכשיו ולאחר שלשים יום דלא הוי הקדש ולא שייך לומר גופא מהיום ופירי לאחר מיתת ע"כ ובפירוש אמרו בירושלמי פ"ג דקדושין הקדש זו לאחר ל' יום אמר ר"י שייר גיזותיה וע' בנדרים במחלוקת בר פדא אי פדאן חוזרות וקודשות מסקנא דשמעתין שם בהר"ן:

שם דין ל"א כתב הרמב"ם ז"ל יראה לי שאע"פ שאין אדם מקדיש דשלב"ל אם אמר הרי עלי להקדישו ה"ז חייב וכו' נ"ב מכאן נ"ל דהנשבע למכור דבר שאינו שלו לכשיבא לידו חייב למוכרו ולקיים שבועתו וע' במוהראנ"ח ז"ל ח"א:

שם כתב הכ"מ ז"ל כתב הראב"ד הראיה מיעקב ראיה וכו' עד ודברי רבינו הם טענה למה יתחייב בנזירות כלל כיון שלא בא לעולם נדר הנזירות ע"כ נ"ב ע' בפ"ק דנדרים דף ג' ע"ב שהביא הרא"ש י"מ דסבירא להו דמיד חל עליו הנזירות וזהו שכ' הראב"ד והרי הוא כאלו אמר הריני נזיר מיד ולפי זה לא שייך לעבור בבל תאחר:

הלכות כלאים

פרק א דין ז' כתב הרמב"ם ז"ל הזורע זרעים כלאים כו' עד מותר ליטע יחור מן האילן שהורכב כלאים ע"כ נ"ב ק"ק דהא כתב לעיל אסור לקיים כלאים ומהירושלמי אין ראי' דאיירי בשל עובדי כוכבים:

פ"ה דין ז' כתב הבכ"מ בסוף הלשון ועוד י"ל דטעם אחר אין ראיה משם דהתם בח"ל ודברי רבינו כאן בא"י ע"כ, נ"ב זה סותר למ"ש הרב ספ"ח מה' אלו:

הלכות תרומות

פרק א דין כ"ו כתב הר"מ ז"ל וכן יראה לי שה"ה במעשרות שאין חייבין בזמן הזה אלא מדבריהם כתרומה ע"כ נ"ב ע' פ' האומר התקבל דקאמר שם במעשר בזמן הזה דרבנן וע' בפ"ו מהלכות בית הבחירה:

פ"כ דין י"ב כתב הראב"ד בסוף לשונו ודוקא שלא עשה מהם גורן אבל עשה מהם גורן חייבין אפי בעיר ע"כ נ"ב עיין מ"ש הראב"ד פ"ב מה' מעשר דין א' וצ"ע:

פ"ד דין ט' כתב הכ"מ ז"ל וכתב הראב"ד מה ראה זה המחבר שפסק כר"ל וכו' ועוד יש לתמוה על רבינו דהתם בקידושין אותביה ר"י לר"ל ושני ליה שאני נתינת מעות ליד האשה דכמעשה דמי ומשמע דאפי' ר"ל לא אמר אלא כשיש מעשה ע"כ נ"ב אי מהא לא אירי' דבליש' בתרא אמרו בגמרא הא דר"ל אפי' דלא עביד מעשה יע"ש:

פ"ה דין י"ח כתב הר"מ ז"ל אין תורמין שבלים על החטים עד גזירה שמא יטריח הכהן לדרוך ולכתוש ע"כ נ"ב איירי כששניהם גמורים למעשר ומשום גזירה אמרו אינה תרומה אבל היכא דהוי מדבר שלא נגמרה לא גזרו כיון דאסור לעשות כן ובזה נתיישב כל מה שהקשה הר"ש בפירוש המשנה פ"ק דתרומות:

שם דין כ"ד כתב הכ"מ הבודק את החבית וכו' עד ומכל. מקום יש לתמוה דהא בסוף קידושין ובריש נדה רמי האי ברייתא אברייתא דמקוה כו' נ"ב בפרק כל הגט גבי מתני' דהמניח פירות להיות מפריש מצאן שאבדו הרי זה חושש מעת לעת ד"ר אלעזר וקאמר בגמרא חלוקים עליו חבריו על ר"א דתניא מקוה שנמדד וכו' הרי כל הטהרות שנעשו על גביו טמאות למפרע ור"א קאמר מעת לעת ופריך פשיטא ומשני מהו דתימא מאי למפרע מעת לעת ע"כ משמע דאי הוה מפרשינן הכי לא היו חולקים והא ר"א קאמר הרי זה חושש מספק ובההיא דמקו' קאמר ודאי וזהו סיוע לרבינו:

פ"ז דין כ' נשא שניה וכו' כתב הבכ"מ ז"ל ועוד מנין לנו דעבדי צ"ב שלה יאכלו ע"כ נ"ב איפכא ק"ל עבדי מלוג אמאי לא יאכלו ושמא ט"ס נפל וצ"ל כמ"ש:

פ"ה דין ד' כתב הבכ"מ בסוף דבריו ז"ל ומה שהקשה מהא דקי"ל עובר אית לי' זכיה כבר כתבו הראשונים דאפ"ה הכא אינו פוסל וכו' עד ולמיעוטא לא חיישינן ע"כ נ"ב קשה לי דהא קי"ל כר"י דחייש למיעוטא:

פ"ט דין ג' כתב הר"מ ז"ל אחד אומר מת ואחד אומר לא מת הרי זו לא תאכל ע"כ נ"ב נ"ל דקאי אמה שכתוב בסמוך בהניחה בעלה גוסס והבכ"מ כתב על דברי רבי' ז"ל בפרק האשה תנן דלא תנשא ומשמע דמספיקא לא אכלה בתרומה עכ"ד וקשה לי דהתם היינו טעמא משום דמוקמינן לה אחזקתה:

פ"י דין ז' מרן כ"מ אבל חטים משלם קרן דאכילה קרינן לה נ"ב בפ' בכל מערבין אמרו חטים לאו בני אכילה נינהו ע"כ:

שם דין כ"ג כתב הכ"מ וז"ל הצ"ל ומ"מ איכא למידק שהרי אמרו שם אי דלית ביה שוה פרוטה קרן נמי לא לשלם ע"כ נ"ב לק"מ דכי אמרו הכי משום דהברייתא איירי בפחות מכזית ומשום הכי פריך כיון דלית ביה שוה פרוטה קרן נמי לא לישלם אבל כל שיש כזית חייב:

פי"ג דין ט' כתב הבכ"מ ז"ל וי"ל במה שכתב רבינו שאין המים מעלה את היין אפשר שנתכוון למה שפי' הראב"ד ע"כ נ"ב עיין בפט"ו דין י"ז:

פט"ו דין ב' כתב הבכ"מ חבית סתימה שנתערבה בק' חביות ונפלה אחת מהם לים הגדול הותרו כולן וכו' עד לפי שהחבית נפילתה ניכרת וכו' ע"כ נ"ב והא דמתיר ר' טבעת של ע"ז אע"ג דאין נפילתה ניכרת היינו הנאה בלבד וכ"כ הר"ן בפ"ב דע"ז גבי מתני' דחבית שנפל לבור ולא הבנתי מ"ש הרמב"ן ז"ל דאין חילוק בין אכילה להנאה מההיא דחבית של תרומה שהתיר ר"ל וכו' דשאני חבית שנפילתה ניכרת ומ"ש לחלק דתרומה בזמן הזה דרבנן קשה דטבעת של ע"ז דהוי דאורייתא:

שם כתב הבכ"מ ז"ל ולענין מה שהקשה הראב"ד דכיון דבגמרא לא מתוקמא אלא כר"א וכו' פשיטא דלית הלכתא כוותי' אלא כת"ק ע"כ נ"ב צ"ע דמכאן למד הרשב"א בת"ה לכל איסורין שבתורה וכתב שכן כתב הראב"ד:

הלכות מעשר

פ"ג דין ו' מותר להערים על התבואה להכניסה במוץ כדי שתהיה בהמתו אוכלת וכו' נ"ב פי' כל מה שירצה כיון דעדיין לא נגמרה מלאכתו וכל היכא שמותר לאכול אכילת עראי מאכיל לבהמה כל מה שירצה וכ"כ הר"ש בפי' המשנה:

שם דין כ"ד כתב הכ"מ ז"ל המוציא זתים תחת הזית וכו' עד מצא תאנים תחת התאנ' הרי זה ספק שהרי משתנות ומתלכלכות שמא מתאנה זו נפלו או מתאנים שנתעשרו ע"כ נ"ב קשה דאמאי לא אמרינן חזקה שמתאנה זו נפלו ואיכא למימר דשאני אילו דכיון דנכרות והם דומים לאלו אלא דעדיין קשה אמאי מותרות לו משום גזל כיון דהוו ספק: והכס"מ כתב על השגת הראב"ד ז"ל ואין בזה השגה דאיכא למימר חדא מתרי טעמי נקט עכ"ד וקשה לי דא"כ אמאי חייב לעשר דהא הוי ספק ספקא ספק אם הן מתאנה זו ואת"ל שהם מתאנה זו הרי הפקירם ועוד דבין לטעם דהפקירם כיון דאינם נכרות ומ"ה מתייאש מהם ומפקירם בודאי שהוא פטור:

פ"ו דין ד' כתב הראב"ד ז"ל נ"ל בדבר שאין זרעו כלה עכ"ד וכ"כ הר"ן שם והכריח כן דהא כל האי שקלא וטריא בדבר שאין זרעו כלה הוא ע"כ ולא מוכרע דאיכא למימר במכ"ש פריך וראיה לדבר דאין אסור לזרוע טבל אלא תבואה וקטנית וכיוצא בהם:

שם דין י"ב כתב הר"מ ז"ל החוכר שדה מן הכותי מעשר ואח"כ נותן לו קנס קנסוהו וכו' ע"כ נ"ב לפי מה שפסק ר' דאין קנין לכותי דינא הוי ולא קנסא כ"כ התוס' ור' שמשון ז"ל:

שם דין ט"ו כתב הר"מ ז"ל כהן או לוי שלקחו פירות מישראל אחר שנגמרה וכו' עד קנס הוא וכו' נ"ב מן הדין הרי הם של כהן דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין וזכה בהם כהן דטובת הנאה אינה ממון:

פ"י דין ח' כתב הבכ"מ עם הארץ שנתן מעה לחבר עד ומשמע התם דמיירי בשזה החבר קנה אגודה אחרת לעצמו וקמ"ל שאין אומרים זו שהוא ניתן לע"ה היא אשר קנה לעצמו וכו' אלא אמרי' יש ברירה והא קי"ל דבדרבנן יש ברירה ע"כ נ"ב ק"ל דבסמוך כתב הרמז"ל ה' שאמרו לא' צא והבא אלינו חמש אגודות הביא להם בערבוב חברים שבהם צריכים לעשר על הכל וכתב הבכ"מ הטעם הוי כאלו האחד נותן משלו לחברו וחבר אסור ליתן דמאי לע"ה אלא א"כ עישר עכ"ד ואמאי לא אמרינן כאן דיש ברירה ודוחק לומר דהכא נמי איירי כשהמוכר ידע שקונה ג"כ לע"ה וחלקו של ע"ה כבר היה מעושר הלכך חייבים דאינו נכון דמאיזה טעם נתחייבו לעשר על הכל מאחר שהם לא עירבום:

פי"א דין י"ג הוליכן לטוחן כותי וכו' נ"ב כיון דדמאי התקינו על הספק לא מיקרי זה ס"ס ודוק ע"כ:

פי"ב דין י"ז כתב הראב"ד ז"ל אין דבר זה מחוור שהרי הנכנס לעיר ואמר מי כאן מעשר ואמר אחד איש פ' נאמן הקשו עליה בגמ' ועד אחד נאמן וכו' ע"כ נ"ב אף על גב דעד אחד נאמן באיסורין ה"ד להעיד על גוף הדבר אבל לאכשורי גברא להעיד עליו שהוא כשר אין עד אחד נאמן והכי אמרו לה בר"ה בפ' אם לא היו מכירין אותו:

שם דין ח"י כתב הרמז"ל המוכר פירות לחבירו ואחר שיצאו מתחת ידו אמר ללוקח פירות שמכרתי לך טבלים הם היין יין נסך שורת הדין שאינו נאמן ע"כ נ"ב ק"ל למה לא יהיה נאמן מתוך שנאמן להפסיד שכרו ועיין בסוף הלכות מטמאי משכב ומושב ויש לחלק וק"ל:

נשאלתי במעשה שהיה בחג הפסח שלשו עיסה ביין שאינו מעושר ושאלו ממני כדת מה לעשות והשבתי שהטוב בעיני שיפרישו מן המצה מינה ובה וכששמעו חברי גמגמו ע"ז ואמרו שיכול היה לאפרושי מיין אחר על זאת העיסה שכך פסק הרב בש"ע ואני הדיוט אין נ"ל כן וטעמא דידי אפרשנו תנן התם נטל שאור מעיסה שלא הורמה חלתה ונתן לתוך עיסה שהורמ' חלפה אם יש לו פרנסה ממקום אחר מוציא עליה לפי חשבון ופי' הרא"ש והר"ש דהיינו שיעשה עיסה מחוייבת ומוציא משם לפי חשבון השאור שנתערב ולא הוי מן החיוב על הפטור דטעם כעיקר דאורייתא הוא ע"כ רצה לומר משום דאיתא במס' מנחות דף ל"א דר"ש שזורי שנתערב לו טבל וא"ל ר' טרפון לך קח מן השוק וכו' אבל מן הודאי לא ואע"ג דטבל אסור במשהו כיון דאינו אלא מדרבנן חשיב מן החיוב על

הפטור ולזה אמרו דהכא שאני דכיון דהשאור נותן טעם קי"ל דטעם כעיקר מן התורה ולפ"ז ליתנהו דברי הש"ך במ"ש בדין זה בסי' שכ"ד סי"ח דל"ד שאור דאפי' עיסה נמי וכ"כ ק"ל דאמאי איצטריך הרא"ש לטעם דאין שאור בטל בעיסה ותיפוק ליה דכולה נעשה טבל דטבל אסור בכל שהוא ולפי מ"ש לק"מ ודוק ובעיקר דברי הר"ש והרא"ש ז"ל ק"ל דבפ' כל הזבחי' דייק ממתני' דהעושה עיסה מן החטים ומן האורז אם יש בה טעם דגן חייב בחלה ואדם יוצא בה ידי חובתו בפסח דש"מ דטעם כעיקר דאורייתא הוי וכל שאכל כזית ממנה יצא י"ח דכיון דאית בה טעם דגן נהפך האורז להיות דגן והרמב"ן ז"ל הוקשה לו דנהי דטעמא לא בטיל מ"מ כל היכא דליכא כזית בכדי אכילת ערס לאו דאורייתא הוי והיאך יוצא בה י"ח ומשום הכי פי' משום גרירה דאורז נגרר בתר החטים והרא"ש ז"ל בהלכות חלה השיב עליו וכתב דכל שנותן טעם ברוב נהפך הכל להיות כממשו של איסור ולסברת ר"ת אע"ג דלית בה כזית בכדי אכילת פרס ולדעת ר"ח כהן בדאית ביה כזית בכדי אכילת פרס הוא דאמרינן שנהפך הכל להיות כאיסור ומתני' לפי דעתו צריך לומר דאיירי בדאית בו כזית בא"פ ע"כ והשתא ק"ל היכי קתני במתני' דאם יש לו פרנסה ממקום אחר מוציא לפי חשבון והא כיון דאית בה טעם של טבל נהפך כל העיסה להיות איסור. ולסברת ר"ת אע"ג דלית בה כזית בכדי אכילת פרס וגם לסברת ר"ח כהן נמי היכי פסיק ותני מוציא לפי חשבון וכי גבול יש בשאור זמנין דאית בשאור כזית בכא"פ:

שבתי וראה דהא מלתא דס"ל להר"ש והרא"ש ז"ל דטעם השאור בעיס' כטע' גמור הוי הוציאו ממתני' דערלה דתנן כל המחמץ והמתבל ה"ז אוסר בכל שהוא כיצד מין במינו להתמי' מין בשאינו מינו להקל ולהחמיר כיצד שאור של חטים שנפל לתוך עיסה של חטים ויש בו כדי לחמץ בין שיש בו כדי לעלות במאה ואחד בין שאין בו ה"ז אסור אין בו כדי לחמץ במאה ואחד מין בשאינו מינו יש בו כדי ליתן טעם בין שיש בו בין שאין בו ה"ז אסור אין בו בנותן טעם אפילו אין בו כדי לעלות מותר ע"כ ונראה מדברי הר"ש ז"ל דדין המחמץ והמתבל הוי בין במינו בין בשאינו מינו וחומר דרישא היינו דבמינו כי אין בו כדי לחמץ בעינן ק"א משא"כ בסיפא דאיירי בשאינו מינו כל שאין בו כדי ליתן טעם לא בעינן ק"א אבל כל שמחמץ רישא וסיפא שוין דכל שיש בו כדי להחמיץ ה"ז נותן טעם הוי וכן נראה מדברי התוס' בפ"ב דע"ז דף ס"ו ד"ה שאני תבלין דלטעמא וטעמא לא בטיל ז"ל לאו למימרא דלא בטיל כלל דבטיל שפיר כי ידעינן דלית בה טעם ע"ש. אבל מדברי הר"מ ז"ל בפי' מדתני' נראה דדין המחמץ לא הוי אלא במין במינו דוקא דכל האוסרין במשהו אינו אלא במין במינו וכן נראה מדבריו בפי"ו מהלכות

מאכלות אסורות ולפי דבריו דין המחמץ לאו נותן טעם גמור הוי וכ"כ התוס' בפרק גיד הנשה דף צ"ט י"ע"ש ואינו אסור במשהו אלא מדרבנן ויש לי ראיה לדבריו דבפרק הערל גבי ב' קופות וכו' ונפלו אלו לתוך אלו מותרין שאני אומר חולין לתוך חולין נפלו ואמר ר"ל והוא שרבו חולין על התרומה קסבר בדרבנן נמי בעי ריבויא הלכך תלינן דאי נמי הוי איפכא בטלה ברובה והוה קשה לי מההיא דב' מדוכות דתלינן בהו ואמרו בפ"ג מינין דה"ט דתבלין דרבנן ואם איתא דתבלין ברוב נותן טעם גמור ולא בטיל מדינא כי נמי תרומה תבלין מדרבנן הוי לר"ל היכי תלינן בהו אבל לפי סברת הרמב"ם ז"ל דתבלין דאוסר במשהו לאו נותן טעם גמור הוי ואינו אסור אלא מדרבנן דהחמירו בהו להיותו אוסר במשהו משום דהוי כדבר חשוב וכן פרש"י שם באותה סוגיא בדף ל"ז י"ע"ש אתי שפיר דמדינא תבלין נמי בטילי ברוב אלא שחכמים אסרו במשהו לתוקף עוצם פעולתו. אלא דק"ל לסברת הרמב"ם דלפי דבריו מתני' דהמחמץ והמתבל דאוסר בכל שהוא אינו אלא במינו כמ"ש בפי' בה' מ"א הא דתנן במס' תהומות פ"י תפוח של תרומה שריסקו ונתנו לתוך העיסה והחמיצה ה"י אסור וכתב הר"מ בהלכות תרומות ז"ל כבר ביארנו שהמחמץ והמתבל אוסר בכל שהוא לפיכך תפוח שריסקו וכו' ה"ז אסורה ע"כ אלמא דין המחמץ הוי אפי' שלא במינו כמ"ש הר"ש ומינה נשמע דטעמא דשאור דאוסר בכל שהוא משום דחימוצו קשה ואפי' יותר מק"א נותן טעם כמו שפירש"י בפרט גיד הנשה כי פריך תלמודא אמתני' וכי יש בו כדי לחמץ בק"א אמאי לא בטיל ומשני משום דחימוצו קשה י"ע"ש איברא דבפ"ק דחולין גבי הנותן לחמותו ה"ז חושש משום שאור ותבלין שבה ואע"ג דלא גזרו על תערובת דמאי ואמר רפרם עלה דה"ט משום דשאור ותבלין לטעמא עבידי וטעמא לא בטיל ופי' דלא בטלי דכיון דלתקן את הקדירה הם חשיבי עיקר ע"כ ולפי דבריו למה לי להאי טעמא כיון דס"ל דשאור נותן טעם גמור הוי מדינא לא בטיל:

אבל לע"ד נראה לי עיקר כסברת הרמז"ל חדא דשאור לאו נותן טעם גמור הוי כמו שנראה בחוש הראות אלא שמשביח את העיסה והוי כמו תבלין לקדרה שמטפים את התבשיל ואע"ג שאינו ניכר טעם התבלין וכ"כ התוס' בפרק גיד הנשה ז"ל אהא דפריך וכי יש בו כדי לחמץ אמאי לא בטיל משום דשאור לאו נותן טעם גמור הוי אלא מעמיד וכו' ועוד אי טעמא דמתני' משום נותן טעם כעיקר הוי ואיירי בין במינו בין בשאינו מינו אמאי שני תנא בדיבוריה בסיפא ונקט מין בשאינו מינו כיצד עדשים וכו' ליתני במאי דהתחיל ביה ולימא שאור של חטים שנפל לתוך עיסה של שעורים דהוי מין בשאינו מינו אבל לפי סברת הרמז"ל יתיישב הכל שפיר דהכא קתני אם יש בה כדי להחמיץ

ואלו בהלכות תרומות גבי תפוח קתני והחמיץ ואמאי לא קתני ג"כ והחמיצ' דמשמע דכל שיש בה כדי לחמץ ה"ז אוסר ואע"ג דלא החמיץ ומ"ה פריך תלמודא וכי יש בו כדי להחמיץ אמאי לא בטיל בק"א דהא החמיצה הא ודאי פשיטא דאוסר בכל שהוא כמו שאמרו בסוף מס' ביצה כיון דע"י שאור מטעים את העיסה ומעמיד אותם כמ"ש התוס' וכל המעמיד ה"ז אוסר בכל שהוא ולא דמי למעמיד בעור קיבה כשרה דשנינו בה בנותן טעם דהתם כיון שאין האיסור אלא משום בשר בחלב כל שאין בה בנותן טעם ליכא איסורא ודמי למעמיד בעור קיבת נבילה דאוסרת בכל שהוא כמ"ש הרמז"ל ולזה משנה שאני שאור דחימוצו קשה והשתא לא תיקשי מתני' דתפוח שריסקו דאוסר בכל שהוא כל שהחמיצ' ולפי מה שכתבתי דשאור בעיסה לאו נותן טעם גמור הוי אתי שפיר הא דתנן במס' חלה הנוטל שאור מעיסת חטים ונותן לתוך עיסת אורז אם יש בה טעם דגן, חייבת ואם לאו פטורה א"כ למה אמרו הטבל אוסר בכל שהוא במינו ושלא במיני בנותן טעם ע"כ ואם איתא דשאור בעיסה נותן טעם קחשיב כי ליכא טעם דגן נמי יהא אסור כיון דאית ביה טעם שאור וכ"ת דאיירי כשלא החמיץ מאי קאמר בתר הכי א"כ למה אמרו הטבל אוסר בכל שהוא וכו' ופי' הר"מ הא דאמרן לעיל אם יש לו פרנסה ממקום אחר ה"ז מפריש עליה לפי חשבון ומאי קושיא התם שאני משום דהוי טעם כעיקר ואחר שנים ראיתי להפ"ח בי"ד סי' צ"ח שעמד במקצת דברינו ובמקצת נטה דעתו בענין אחר יע"ש:

והעולה מכל זה הוא דלפי סברת הרמב"ם ז"ל והנלוים אליו מתניתי' דשאור אינו אלא מדרבנן וטעמא או משום דטבל אוסר בכל שהוא או משום מחמץ ואינו אסור אלא מדרבנן דלאו טעם גמור הוי אלא כיון דלטעמא עבידי לא בטלי ועיין בא"ח בב"י סי' תקי"ג והא דקתני דאם יש לו פרנסה ממקום אחר וכו' היינו דעושה עיסה אחרת פחות מכשיעור ומשלימה עם זה השאור שנתערב בכאן וכן פירש הרמב"ם ז"ל והכי איתא בתוספתא דאתאן עלה לנדון דידן דאם יש ביין שנילושה העיסת כזית בכדי אכילת פרס אם כן כולה נעשית טבל וצריך לאפרושי על כולה ואם אין בה כזה השיעור לדעת מקצת מרבוותא ז"ל אינה אסורה אלא מדרבנן ולא יכול לאפרושי מיין אחר דהוי מן החיוב על הפטור ולכן היותר טוב הוא לאפרושי מינה ובה הנראה לעניות דעתי כתבתי:

הלכות מעשר שני

פרק ג דין ח' כתב הכ"מ ז"ל אין נותנין פירות מעשר שני לע"ה וכו' עד אבל מפקידין מ"ש של דמאי אצל בע"ה ע"כ נ"ב ק"ל מהא דתנן מפקידין תרומה אצל ישראל ע"ה וי"ל עיין בפי"ב מה' תרומות עד כתב הבכ"מ בדין זה בסוף הלשון וז"ל ותו דאפי' לא ליהוי

לזמן ארוך מי ליכא למיחש שמא ימול ביום אשר הופקד אתו ע"כ וק"ל דלשמא ימות לזמן מועט לו חיון חיישינן כאשר כתבו התוס' פ"ק דיומא ופ' כל הגט ופ' ג' דיבמות:
דין ט' כתב הבכ"מ מעשר שני אסור לאבד וכו' עד ואפי' לגירסא דידן פסק ר' כר"י ע"כ נ"ב לגירסא דידן אינו מתיישב מה שכתב ר' בפרוס כגרוגרת:
פ"ד דין ב' כתב הבכ"מ וכן אם רצה לחלל פירו' המעשר וכו' עד לר' י"ל דמהללין לאו דוקא ולדעת רבינו דמי מעשר מהללין לכתחילה ע"כ נ"ב ק"ל דבפירוש כתב ר' שם דין ו' אין מהללין מעות מעשר על הפירות וכו' הרי דדמי מעשר אין מחללין לכתחלה על הפירות:
פ"ט דין ו' כתב הבכ"מ ז"ל כתוב בתשו' הרמב"ן סי' קנ"ו על מ"ש ר' והצנועים היו מניחים את המעות וכו' נ"ב נ"ל דר' סמך אאותה סוגייא דנדרים דהאומר שדה שאמכור לך לכשאקחנה ממך תקדש דקדשה מאחר דבידו לעשותו עכשיו וגבי חלה כתב ר' דיכול להתנות קודם שתתגלגל העיסה כיון שבידו לעשותו עכשיו והכא נמי בידו לומר כל המתלקט ולעשותו עכשיו:
פ"י דין י"ט כתב הבכ"מ אילן היוצא מן הגזע כטור מן הערלה וכו' תוספתא אלא ששם שנויה בסגנון זה וכו' עד ור' גירסא אחרת היתה לו ששנוי בה בדברי ת"ק מן הגזע פטור מן השרשים חייב ע"כ נ"ב משמע מדבריו דר' פסק כת"ק לפי גירסת ר' וזה אינו דבהדיא אמרו סוף פ' הבית והעלי' ותנן נמי ערלה כ"ג אילן היוצא מן הגזע ומן השרשים חייב בערלה דברי ר"מ ר"י אומר מן הגזע פטור ומן השרשים חייב הרי דא"א ליגרוס כמ"ש הוא ז"ל ורבינו פסק כר"י ועל גירסתו שהיה גורס בדברי ר"י מן השרשים פטור נר' שהיא טעות דאיפכא הוא וראיתי בה' רוצח פ"ח כתב ר' אילן שהוא עומד בתוך התחום וכו' והבכ"מ הביא שם פי' רש"י דהיינו לומר דהיכא דעיקרו בחוץ ונופו בפנים שדי עיקרו בתר נופו ומשום דבכל גמרא שדינן נוף בתר עיקר איצטריך הכא לומר דאזלינן לחומרא ע"כ וזה תימא דבהדיא אמרו פ' הבית והעלי' וצריכא דאי אשמועינן הכא בהא קאמר ר"י אבל באיסורא אימא מודה ליה לר"מ ועיין בפ"ב מה' אלו:

הלכות בכורים

פרק ד דין י"ג כתב הבכ"מ ז"ל המביא בכורים וכו' עד ואע"ג דבירושלמי מוקי לה בשליקטן לשלחן על ידי שליח וכו' נ"ב עיין בספ"ב שהביא ר' הירשלמי וצ"ע:
פ"ו דין ד' כתב הבכ"מ עיסה של מעשר שני חייבת בחלה וכו' עד ויש לתמוה דהא פסק הוא ז"ל כר"מ וכו' ע"כ נ"ב צ"ל דרבינו פסק כרב חסדא דאמר בפ' חלק דף קי"ב דהיינו דוקא בגבולין אבל בירושלים ממון הדיוט הוא:

שם דין י"א כתב הבכ"מ המערב קמח חטים וכו' עד ויש הוכחה לפי' מדקתני בתוספ' העושה עיס' מהחטים ומהאורז רשב"ג או' אינה חייב' בחלה ואין אדם יוצא ידי חובתו בפסח עד שיהא בה כשיעור והשתא אי כשיעור עיסת חלה קאמר מה מעלה ומה מוריד זה לעניין לצאת י"ח בפסח ע"כ נ"ב לק"מ דכל עיסה שאינה חייבת בחלה אין אדם יוצא י"ח בפסח ודו"ק:

שם דין י"ו כתב הבכ"מ ז"ל עשה עיסה פחותה מכשיעור ואפאה וכו' עד מ"ש ועוד דאפי' אי סבר ר' כהרשב"א לא היה לו לחלק בין א"י לח"ל וכו' נ"ב ק"ק דר' חילק בסמוך בין חלה של דבריהם לשל דאורייתא:

שם דין י"ז כתב הבכ"מ היו הככרות נושכות זו בזו וכו' עד ולענין מ"ש שרבי' מפרש שישוכו דמתני' הוי לאחר אפי' תמהני שאיני יודע מה נשיכ' שייך אחר גמר אפי' ע"כ נ"ב לק"מ דלאחר אפי' דקאמ' היינו שנושכות בתנור כגון ככרות של בבל:

שם דין י"ט כ' הבכ"מ כתב הראב"ד נ"ל מהגמרא שאף האשה שעשתה עיסה לחלק חייבת בחלה שמא תמלך לעשותה עיסה מההיא איתתא וכו' נ"ב לפי סברת הראב"ד ק"ל מההיא דהעושה עיסה סופגנין דפטורה מן החלה:

פ"מ דין ג' כתב הבכ"מ ובענין נסתפק בשני' ולקח הכהן האחד וכו' עד איכא למימר דלאו דס"ל דלית הילכתא כותיה אלא דמ"מ רצו להעמיד סתם מתני' כרבי ע"כ נ"ב אין נראה כן דבה' מעשר פ"ז בדין המלוה את הכהן פסק ר' דלא כעולא:

שם דין י' כתב הכ"מ ואהא דתנן צריך שירשום וכו' עד איכא למימר דלא דמי דנהי דאמרינן דשה ואפי' מקצת שה ה"מ דכל שיות שבו חייב דבכה"ג כולי' שה מיקרי אבל הכא דמקצת שיות פטור כה"ג לא חייב רחמנא ע"כ נ"ב ק"ל מההיא דכתב ר' בסמוך היה הכהן שותף בראש פטור מן הלחי אבל בשאר חייב ואע"ג דמקצת שיות פטור:

שם דין ט"ו כתב הכ"מ אמר לטבח וכו' עד ופרש"י נותנה זה לכהן ואין המוכר מנכה ללוקח שהרי היה יודע הלוקח כו' נ"ב ק"ל דא"כ כי לקחם ממנו במשקל אמאי מנכה לו מהדמי' כיון דידע מתנה הוא דקא יהיב ליה. עוד כתב הכ"מ בסוף לשונו וז"ל וי"ל משום דאמרי' בגמרא איכא דמתני לה באגב נפשה וכו' יע"ש ודבריו צ"ע דבסמוך כתב הפך בדין י"ד ז"ל הקונה אותם מותר לאוכלן:

פי"א דין ז' כתב הכ"מ ז"ל נתן לו כלי שאינו שוה בשוק ה' סלעים וקבלו הכהן בה' הרי בנו פדוי ע"כ נ"ב כיון דקבלו הכהן בה' סלעים הרי כאילו אמר לדידי שוה ה' סלעים ומהני והא דאמרי' בגמרא כגון רב כהנא וכו' היינו לומר דאפי' קיבלו בסתמא והא דאמר לדידי שוה ה' וכו' לא שאמר כן בשעת קבלה אלא היה אומר טעם למה היה מהני:

פי"ב דין ד' כתב הכ"מ ז"ל פטר חמור. אסור וכו' ואם מכרו קודם פדיון דמיו אסורים ע"כ נ"ב נ"ל דמיו אסורים מדרבנן למחליף עצמו ככל איסורי הנאה תדע דהכי אמרו בקדושין מכרן וקדש בדמיהן מקודשת ובפטר חמור בפי' אמרו שם שאינו תופס דמיו דקדוש כתיב ולא קודש:

הלכות שמיטה ויובל

פרק ה דין ך' כתב הכ"מ מרחץ שהוסקה וכו' עד וי"ל דאם הוסק דיעבד קאמר דמותר לרחוץ ע"כ נ"ב זה אינו דבתנור כתב ר' דיוצן:

פי"א דין כ"א כתב הכ"מ ז"ל אבל היורש את אשתו אע"פ שירושת הבעל מדבריהם עשו חיזוק לדבריהם ואינו מחזיר ביובל ואם ירש ממנה בית הקברות יחזיר לבני המשפחה וכו' ע"כ נ"ב הבל"מ בה' אישות פי"ב הקשה דבפ' הכותב אמרו דהאי מתני' אית לי' דירושת הבעל דאורייתא עכ"ד ונ"ל ראיה לדברי רבינו מההיא דס"פ יש נוחלין אמר רב אסי גבי יובל שוויוהו רבנן כלוקח ואין חוזר ביובל:

הלכות פסולי המוקדשין

פרק א דין כ"ז כתב הבכ"מ כל הזבחים שקיבל דמן אחד מהפסולין לעבודה וכו' עד ויותר נראה לומר דדוקא זרקו כהלכתו פסל אבל זרקו שלא כהלכתו לא פסל דלא חשיבא זריקה ע"כ נ"ב זה אינו דהא הכא אירי כשלא נשאר בו דם הנפש כמ"ש בסמוך וכ"כ בפ"ב ונהי דלא חשיבא מ"מ הא לא נשאר בו דם לזרוק:

פ"ה דין ז' כתב הכ"מ הלוקח מעות בידו וכו' עד שם בירושלמי לגבי שקלים חילקו בין מכניס פרוטרוט לאומר אלו לשקלי ורבינו השוה אותם לענין שאביא מהם חטאתי צ"ע מהיכא יליף לה ע"כ נ"ב תמהני דהא רב ייבא לא חילק אלא דבין הכי ובין הכי המותר חולין והכי פסק הר"מ ז"ל בהלכות שקלים משום דמתני' מסייע לרב ייבא וכיון דמתניתין איירי בפרוטרוט וא"ה אם אמר שאבי' מהם חטאתי המותר חולין כ"ש היכא דלוקח מעות:

הלכות מעילה

פרק ד דין ב' כתב הכ"מ הקדיש אבר א' לדמיו למזבח ה"ז ספק וכו' עד ועוד י"ל דבכלל צדדי הוא שכיון שדבריו סותרים את דברי' שאמר לדמיו ואמר למזבח דילמא לא חיילא קדושה כלל ע"כ נ"ב ק"ל דבה' ערכין כתב ר' ז"ל ודמיה חולין חוץ מאותו אבר ע"כ משמע דפשיטא ליה דדמי אותו אבר קדוש דלפי דבריו אמאי ר' חילק בין דמי אותו אבר לשאר הבהמה:

הלכות קרבן פסח

פ"ו דין ב' כתב הראב"ד ז"ל א"א אין דרך ההלכה הולכת כן וכו' עד ומעשה כי הוה הכי הוה ששחטו וזרקו עליהם קודם טבילה והזייה סברו שיעלה ולא שאלו אלא אחר זמן שחיטה ונדחו ע"כ וקשה לי מההיא דאמרינן בפ' הישן תחת המטה דף כ"ה דפריך תלמודא והעוסק במצוה פטור מן המצוה מהכא נפקא מהתם נפקא והיו אנשים אשר היו טמאים לנפש אדם עד אלא עוסקים במת מצוה היו שחל ז' שלהן בע"פ וכו' ופרש"י שמעינן מינה דעוסק במצוה פטור מן המצוה שהרי נטמאו ז' ימים לפני הפסח ואע"פ שטומאה זו תעכב ע"י אכילת פסחיהן ע"כ ולסברת הראב"ד שהם היו סבורים באמת שהיו יכולים לעשות וגם לפי האמת כן הוא אלא שטעו מאי פשיט מיניה וגם לפי' רש"י שם ק"ל שפי' דאע"ג דחזו לאורתא לא אישתרו דקסבר אין שוחטין על טמא שרץ למה לא טבלו וצ"ע:

הלכות חגיגה

פרק ב דין א' מי שחציו עבד וכו' כתב הרב ל"מ ז"ל וא"ת גבי שופר וכו' נ"ב ולי נראה דבפסח וראיה למשנה אחרונה כופין את רבו לשחררו כדי לחייבו במצות ובלאו הכי א"א דלא מצו מייתי חולין לעזרה משא"כ גבי שופר דיתקע לו אחר:

הלכות בכורות

פ"ב כתב הר"מ ז"ל המטיל מום בבכור הואיל ועשה עבירה קונסין אותו ואינו נשחט הואיל ועשה עבירה וכו' נ"ב הרא"ם ז"ל בפ' ראה תמה על ר' דבספרי תניא לא תאכל כל תועב' מכאן לצורם אוזן בכור שאסור לשוחטו ותירץ דר' סובר כאחרים דאית להו דהאי קרא איירי בפסולי המוקדשים וכ"כ התוס' בבכורות וראיתי בתוספת' כל הבשר הקשה צרם אוזן בכור ליתסר אפילו צרמו עובד כוכבים כלומר וקשה למתני' דבכורות בעובד כוכבים שצירם והתירוהו חכמים ולפי מ"ש התוס' בבכורות לק"מ דחכמים דבכורות אית להו דהאי קרא איירי בפסולי המוקדשין כמו שהכריחו התוס' שם וזו היא כונת הרא"ם שכתב ולא ידעתי מנא להו להתוס' וכו' אלא שנפל קצת ט"ס בלשון וראיתי בה' פסולי המוקדשין פי"ח שכתב ר' מפי השמועה למדו דהאי קרא איירי בפסולי המוקדשין וכן קדשי' שהוטל בהם מום האוכל מהם כזית לוקה עד שיולד בהם מום אחר ויאכלו וכתב הבכ"מ דפסק כחכמים דבכורות ולפי מ"ש מנא ליה לר' דבקדשים אם נפל בהם מום אחר שהוא מותר דע"כ לא התירו חכמים אלא בבכור בלבד כיון דמשום קנסא הוא אם נפל מום אחר מותר דהא לא הועילו מעשיו אבל בקדשים דאסור מן התורה מנ"ל

ולדברי הכ"מ שכתב דכחכמים אתי ע"כ קשה דהא לכולי עלמא אתי דע"כ לא פליגי חכמים אלא בבכור דמשום קנסא הוא אבל בקדשים מנ"ל:

שם דין י"ג כתב הר"מ ז"ל בכור שאחזו דם יקיז ובלבד שלא יתכוין לעשות בו מום ע"כ נ"ב מדברי ר' שכתב דע"כ לא שרי אלא כשאינו מתכוין אתי שפיר דפסקו הלכה כר"ש דנשחט עליו דע"כ לא אסרו חכמים משום גזירה אלא משום דסברי דשרי אפי' במתכוין דלית להו מטיל מום בבעל מום ומש"ה איכא למיגזר אבל לר"ש לא שרי אלא בשאינו מתכוין לא שייך למגזר ואתי שפיר ההיא דע"ז ומשם משמע דאין הלכה כחכמים מדפריך לרבא ודו"ק:

שם דין ח"י כתב הר"מ ז"ל בכור שהיה ביד כהן ונפל בו מום והעיד עליו עד אחד שזה המום מאליו נפל כו' נ"ב הא דנאמן הכהן לומר בכור זה נתנו לי ישראל במומו היינו דוקא כשאומר שנפל ברשות הבעלים שהדבר עשוי להגלות אבל כשנפל ברשותו דלא שייך ה"ט לא:

פ"ה דין ג' כתב הבל"מ ז"ל כל בכור שהוא ספק דינו שירעה וכו' עד והיכא אמרו ר' יוסף אם לא באחד מב' מקומות הנז' ע"כ נ"ב עיין בפ' הניזקין גבי עני המנקף ר"י אומר גזל גמור וטמעיה דר"י הוי משום דעשו שאינו זוכה כזוכה כמ"ש רש"י בפרק כל הגט:

הלכות שגגות

פרק דין ג' וה"ה לספק מגורשת ל"מ הקשו התו' ונ"ל דאית ליה לרבינו וכו' יספיק לב' אומרים נתגרשה נ"ב עיין בפי"ב מהלכות גירושין דכתב ר' דב' אומרים דהוולד ממזר ע"כ והוא בדין ו' ב' אומרים נתגרש' וכו' דהולד ממזר:

פ"מ דין ד' אמרו לו ב' בעלת שפחה והוא אומר לא בעלתי נאמן דזה שאמר לא בעלתי כלומר לא גמרתי ע"כ והבלדמ תמה ע"ז דלמה נתן ה' טעם זה דמשמע שאם היה חייב בהעראה בלבד אינו נאמן מ"ש דבשאר איסורים אם אמרו לו אכלת חלב נאמן דהוי כאומר לא אכלתי שוגג אלא מזיד והכא נמי באומר לא בעלתי הוי כאומר לא בעלתי שוגג אלא מזיד עכ"ד ולא ידעתי כונתו דהכא בין במזיד בין בשוגג מביא אשם כמ"ש ר' משא"כ גבי חלב דאם אכל מזיד פטור מקרבן. ומדברי הר"מ למדנו דאין אדם נאמן על עצמו כנגד העדים וכ"נ מהסוגיא דפ"ק דמציעא וכן נראה מדברי הרמז"ל פ"ב מה' שבועות ודלא כמהרי"ט ע"א סי' י"ד יע"ש:

הלכות טומאת מת

פרק א דין ד' כתב הראב"ד א"א אמת שכך פירש בערוך קשות של קטן שער של קטן וכו' עד וק"ל מה שאמרו אלו טהורין וכו' נ"ב לא ידעתי מאי ק"ל דההיא בגדול איירי:

שם דין ט"ו כתב הבכ"מ המת אינו מטמא עד שתצא נפשו וכו' עד אבל בכל השנים משמע דסגי למליק' ומדקאמר ולא פלגיתו משמע דמאן דאמר הותזו ממש בחתיכת שני הסימנים סגי וכו' ע"כ נ"ב לק"מ דאינהו איירי בשחט נמי רוב בשר ומפרקת כמ"ש הרשב"א בחי' דהא בהבדלת העוף קאמרי ולכ"ע צריך הוא לחתוך מפרק' ורוב בשר ורבינו לא איירי אלא בשחט הסי' לבד בלא רוב בשר ראיה לזה דהא כתב אחר כך נשברה מפרקתו ורוב בשרה ה"ז מטמא ופסק רבינו כזעירי ושמואל:

פ"ב דין ו' כתב הבכ"מ האבר והבשר המדולדלים באדם וכו' עד אלמא אבר מן המת בעלמא לא מטמא וכבר נתבאר שאבר מן המת מטמא וא"כ קם ליה הלכה כר' מאיר ע"כ נ"ב קשה דמסיק שם השתא דאתית להכי ר"ש נמי:

הלכות טומאת אוכלין

פט"ו דין י"א כתב הבכ"מ שני עדים אומרים לו נטמא וכו' עד אלא הכי קאמר אפי' לעצמו יחוש ולא יתעסק בטהרו' עד שיטבול וכו' ולא הבנתי זה דמאי יחוש לעצמו כיון שיודע בעצמו שהוא טהור איברא דק' דאחרים ג"כ אמאי יחושו דע"כ האי והוא אומר טהור ר"ל שטיהר את עצמו דאם לא כן אינו נאמן וכמ"ש רבינו בהלכות שגגות גבי ב' אומרים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי וצ"ל דאף ע"ג דנאמן לגבי עצמו משום דאמרינן כאומר וכמ"ג ר' פ"ג מהלכות שגגות מ"מ העדים צריכים לחוש דשמא כונתו להכחיש את העדים ועיין בסוף ה' מטמאי משכב ומושב:

הלכות נזקי ממון

חי' על הרמב"ם ומפרשיו ח"ד

פרק ב דין ב' כתב הבל"מ וז"ל משלם מן היפה שבנכסיו כ' ה"ה דפסק כרב פפא וכו' ותימא ע"ז דסוגיא בגמרא וכו' עד סוף לשונו נ"ב עיין בחי' הרשב"א בסוגיין ותמצא נחת **שם** דין ה' כתב הרב בל"מ וז"ל היתה מהלכת להבין מה שהשיג הראב"ד על רבינו ז"ל כו' עד והשיג דאי לא הוי שינוי איך היה משלם רביע ע"כ נ"ב דברים אלו אינם מובנים דהכי איבעיא ליה יש שנוי ואינו חייב אלא רביע ומשלם אפי' בר"ה והא בהא תליא או דילמא אין שנוי ומשלם ח"נ ובר"ה פטור:

שם דין י"ז כתב הבכ"מ ז"ל כלב שנטל את החררה וכו' נראה מדברי ה"ה שהוא מפרש שמה שכתב ואם היה מגרר וכו' אחרי כשהניחה החררה תחלה ואח"כ גירר ע"כ נ"ב קשה דא"כ היאך כתב דעל מקום הגחלת חצי נזק וצ"ל שתכף ומיד אחר שהניחה גירר עד שכל מה שנשרף היה כשגירר וע' בשה"ג דף י"ג ע"א:

שם דין ב' הפורץ כה"ה ז"ל וכן דעת הראב"ד בהשגות וכו' נ"ב ע' בהראביר ז"ל פ"ז מה' חובל דין ז':

שם דין ז' מסר מקחו לה' ה"ה כן פירשו כל המפרשים ז"ל נ"ב כ"כ התוס' שם וע' בהרמב"ם פ"ו מה' חובל דין ט"ו וע' בים של שלמה כאן:

דין י' עושין דין עם המזיק א"א זה אינו מחוור דמתחזי מגמ' דמסתמ' לא וכו' נ"ב זה אינו דגבי כנוס שורך ואני אלמדנו ה"ז חייב בשמירת נזקיו:

שם דין י"א כתב הראב"ד ו"ל ז"ל א"א כל זה אינו מחוור אלא הניזק גובה משני או מאיזה שירצה ועד שאומר לשומר יאמר לבעלים למה לא שמרת אתה את ע"כ נ"ב נראה דאין זו טענה וכי אין רשות לבעלים לתת חפצם לאחרים לשמור מה שאין כן בשומר דאין השומר יכול למסור לשומר אחר ומ"ש הראב"ד ז"ל דליכא למימר הכא אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ס"ל כפרש"י ודו"ק וכתב ה"ה וז"ל ומ"ש נכנסו תחת השומר פירושו שאפילו אין להם לשלם לאלו הוא פטור ע"כ ודבר זה במחלוקת שנוי עיין בטח"מ סי' רצ"א:

שם דין י"ד הרי שאכלה פירות דקל ל"מ מ"מ נראה לכאורה דלא הוי הך שקלא וטריא אלא בשקץ והוא כו' נ"ב מלישנא בתרא דקאמר הלכתא כרב פפא בס' משמע שאין לחלק בין גופו לנזקי ממונו והכי כתב הנ"י:

פ"ז דין ה' נפל לבור כתב ה"ה ז"ל ברם נראין דברי התוס' והם כדברי רבינו וכו' נ"ב טעמו של ר' מפני שסובר דשניהם ברשות אפי' הזיקו זה את זה פטורים כמ"ש בה' חובל:

שם כתב הרב בל"מ ז"ל נפל לבור והבאיש מימיו וכו' עד מ"ש ותימה הוא זה דבגמרא משמע בהדיא כדברי הראב"ד ז"ל גבי ברייתא דכנוס שורך וכו' שהקשו לסיפא וכו' ע"כ נ"ב כבר כתבו התוס' שם דכולה הך סוגיא כרבה דלעיל דלר' זירא ל"ק כלל רישא לסיפא דסתמא שניהם פטורים ורבינו תפס תרוציה דר' זירא עיקר:

פ"ט דין י' כתב הרב בל"מ ז"ל ואם טען שאתה יודע הרי המזיק וכו' עד ואיכא לאתמוהי כיון דחשוב ממין הטענה מה שמודה בתם א"כ מה הקשו בגמרא הניזק אומר מועד הזיק את הגדול כו' הא לא מייתי ראיה שקיל כדאמר מזיק הא חטים ושעורים נינהו ע"כ נ"ב ולק"מ דכי פריך בגמרא היינו ממועד הזיק את הקטן דכי לא מייתי ראיה שקיל כ"ש בשביל נזקו של קטן והוא לא טענו אלא חצי נזק ודו"ק:

פי"ב דין ו' כתב הראב"ד ז"ל המוצא בור כו' א"א בכדי שידע עכ"ל נ"ב קצת ראיה יש לדברי הראב"ד מההיא דאמרינן בפ' המניח דף ל' זאת אומרת המכסה בורו בדליו של חבירו ובא בעל דלי ונטל דליו חייב בעל הבור ופריך וכו' ומשני מהו דתימא ניבעי

לי' לאודועי קמ"ל ע"כ ומשמע דמשום דשלא ברשות הוה הא היכא דברשות הוה נתון שהוא בעצמו כסהו איבעי ליה לאודועי:

פי"ב דין ט"ו כתב הר"מ ז"ל יש לכל אדם להוציא את הזבל והגללים לר"ה בשעת הוצאת זבלים וכו' עד וחייבי' ע"ז הגלל משום גזל כיון שאין בו שבח לא קנסו בו ע"כ נ"ב קשה דכיון שהוציא ברשות לא שייך למקנסי' ושמא משום לאחר שהזיק איצטריך אבל מדברי הטור לא משמע הכי ובגמרא גם כן קשה מאי פריך מגלל דלא תני כל הקודם בהם זכה מכיון שהוציא ברשות וי"ל:

הלכות גניבה

פ"ב דין י"ו השגת הראב"ד והלא משום גנב הוא חייב נ"ב לק"מ דאין הגנב מתחייב אלא בשמתכוין להוציאו מרשות הבעל והיינו דקאמר ש"מ תיקנו משיכה בשומרים וכיון שנתכוין להוציאו מרשות לרשות ה"ז נעשה גנב ועיין בתוספות פ' השואל גבי בקע בו קנאו ומדמחייבי הני ש"מ דכל השומרים המחזיקים חפץ לשמור ברשותייהו קאי עד שיחזירו לרשות בעלים ולא מצי לחזור בו ולומר איני רוצה לשומרו עוד ויהא נפטר מאחריותו מיד:

פ"ד דין י' עדיין חייב באחריותו עד שימנה את מעותיו בה' גזילה כתב דאדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה. שם כתב ה"ה בסוף לשונו ז"ל אבל הגונב סלע והחוזר דבר הגונב למקומו וכו' דע שכונת רבינו ז"ל אינה בדוקא למקום ההוא שגנב וכו' נ"ב לא ידעתי מנ"ל ומדברי הרמב"ן במלחמות נראה דכל ששנה אין מנין פוטר:

פ"ה דין ו' כתב הר"מ ז"ל וז"ל משכן הגניבה בין שמשכנה ביתר על דמיה וכו' והראב"ד השיג עליו וכתב בכדי דמיה ע"כ נ"ב עיין בערכין דף כ"ג גבי מתניתין דהמקדש נכסיו הפודה פודה ע"מ ליתן וכו' וקאמר תלמודא מתני' דלא כרשב"ג וכו' דנרא' משם שיש קצת ראיה לר':

פ"ו כתב הר"מ ז"ל כל דבר שחזקתו שהוא גנוב אסור ליקח אותו וכן אם רוב אותו הדבר שהוא גנוב אין לוקחין אותו ע"כ נ"ב עיין מ"ש ה"ה בפ"ה מהלכות גזילה דין ח' ודברי הבכ"מ הכא והתם הם תמוהי' ולעד"ן ליישב דברי רבינו דהכא איירי בלוקח דאיכא משום לפני עור ומש"ה בעי' רוב משלו משא"כ התם ליהנות מהגזלן דאיסורא זוטא היא:

הלכות גזילה

פרק א דין ב' ואסור לגזול כל שהוא אפי' אצל כותי וכו' נ"ב כיון דקי"ל דמעות קונות בין בישראל בין בעובדי כוכבי' ע"כ גזל העובד כוכבים אסור:

פ"ב דין ג' מכרה הגזלן אינה חוזרת בעצמה וכו' נ"ב בפ' הגוזל דף קט"ו משמע דיאוש ושינוי רשות אין הלוקח חייב כלום ע"כ:

שם דין ד' וכן אם השביח הלוקח ל"מ וקשה טובא לדעת רבינו דבגמרא מוכח כדברי הראב"ד וכו' ותיקשי ממתני' דקאמר משלם דמי פרה העומדת לילד נ"ב לדעת ר' פרה העומדת לילד ה"פ שאינו מחזיר הולד אלא מחזיר הפרה וגם מה ששוה הפרה שעומדת לילד וזהו דקאמר דמי החילוק שיש בין פרה העומדת לילד לפרה סתם גם אפשר לומר שצריך הגזלן לתת לנגזל דמי פרה מעוברת דכיון דאין הגזילה כעין שגזלה צריך לתת דמיה כעין שגזל ולא די בהשבת פרה ודמי מה שהי' שוה העובר ברשותי' דיאמר לו איני רוצה לטרוח אחר פרה מעוברת אחרת לקנותה שם דין י' שינוי החוזר לברייתו אינו שינוי נ"ב ומ"מ אם נתייאשו הבעלים קנה כ"כ הרא"ש בפ' מרובה ולמדו מההיא דרבה דאמר שינוי קונה קרא ומתניתא וכתבו התוס' דאיירי בשינוי החוזר וק"ל דבפרק הגוזל מסיק דמתני' איירי בשינוי שאינו חוזר וכ"כ התוס' בפרק מרובה דף ס"ז גבי הגנב והגזלן הקדשן הקדש דאמרן טעמא דהוי שינוי השם שינוי שאינו חוזר ואע"ג דנתייאשו הבעלים דהכי מוקי לה בפרק בתרא איברא דק"ל על דבריהם אם הוי שינוי שאינו חוזר אם כן מאי פריך בפ' בתרא אהאי מתני' אי ר"ש ק' גנב אי רבנן ק' גזלן הא כיון דאיכא שינוי אלים לא בעינן יאוש איברא דראיתי בתוס' בפרקין דף ס"ו ד"ה שנוי השם שכתב דשינוי השם גרידא לא קני בלא יאוש אבל מדברי ר' ברוך בי"ד בגזל טלה אין נראה כן ובתוס' כ"כ אח"כ בדף ס"ז ד"ה הא לאו הכי וההיא דהגנב הקדשן הקדש ה"ט דבעינן יאוש משום דאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו וראיתי בתוס' בסוכה כדברי הרא"ש ז"ל:

שם דין ט"ו ואם רצו הבעלים כתב ה"ה וצ"ע למה לא קנה הגזלן נ"ב ה"ט דכיון דנשבר מסתמא אינו רוצה לקנותו והכי אמרו במרובה כי אמר יאוש קנה בשזה רוצה לקנות האי אינו רוצה לקנות:

פ"ג דין ד' כתב הבל"מ ותימה דבפי"א מהלכות נזקי ממון פסק רבינו כרבנן דאם החזירו אינו מוחזר וכו' ע"כ נ"ב רבינו סובר דהוי היזק שאינו ניכר כמ"ש התוס' בפרק הניזקין ומ"מ פשיעה חשוב ומ"ה שומר חייב ועיין בספר שער אפרים סימן כ"ח:

שם דין ח' רצה ליטול פחתה נוטל נ"ב עיין תרומת הדשן סימן שי"ו וצ"ע:

שם כתב ה"ה ז"ל וסבר הרב דאם אינה עשויה למלאכ' וכו' דהא גזלן הוא נ"ב לא נ"ל דאפי' אם עשויה למלאכה גזלן הוי הרמ"ה ז"ל כתב דבאינה עשויה לשכר אינו נותן אלא פחתה דהוי זה נהנה וזה אינו חסר משמע דלא חשיב גזלן ונראה ומפרש כפירוש רבינו דהיינו שלקחה שלא מדעת ולא כפרש"י שפיר' שלקחה בע"כ והביאו לזה משום

דמסתמא כיון דקיימא לאגרא ניחא לי' לאוגורא וכדמשמע בפרק השואל דף ק"א ע"ב דלדעת הרמב"ם יש לחלק בין קרקע למטלטלין דבמטלטלין שייך לומר לא ניחא לי שיהא פקדוני ביד אחר:

פ"ד דין י"ז נכנס לבית חבירו וכו' כתב ה"ה ז"ל דעת הרב ז"ל שנשבעין בעד אחד בטענת שמא ע"כ צ"ב ולי נראה דטעמו משום דזה חשוב טענה ודאית שהרי הוא מודה שלקח עשרה קודם בואם לדין וזה יודע בודאי שמשלו לקח (א"ה ע' בתשו' המבי"ט ח"ב סימן רס"ג ודבריו צ"ע וע' מ"ש הרא"ש ז"ל בפרק שבועת הדיינין דף כ"ו במה שדקדק מתוך דברי הריא"ף דע"א קם לשבועה אפי' בטענת שמא יע"ש דלפי דברי המבי"ט נראה שאין ראיה מדברי הרי"ף):

פ"ה דין ג' בדין הדר בחצר חבירו שלא מדעתו נ"ב ואע"ג דלא נחית אדעתא ליתן שכר ולא מצי לומר מאי חסרתיך הלא אם לא הייתי אני דר לא הייתי יכול להשכיר' דסוף סוף הרי נאסר חבירו וכ"נ מדברי התוס' דף ך' ריש ע"ב יע"ש ודלא כפסק הר"ש ז"ל שהביאה המרדכי וע' בפרק אלו נערות גבי תוחב משקין של תרומה לתוך פיו של חבירו ודו"ק ור' כתב פ"א בתוקף בעבדו של חבירו ונשתמש בו דהוי גזלן ואע"פ דקרקע אינה נגזלת מה שנשתמש בו הוי גזלן וע' בתשו' הרא"ש כלל צ"ה

שם דין ח' אסור ליהנות וכו' כתב ה"ה ז"ל ולקיים דברי הרב נ"ל שהוא מחלק בין גזלן לגנב נ"ב וה"ט דבגנב כיון דלא נתייאשו עדיין הבעלים הוי ספיקא דאורייתא אבל בגזלן דאיכא יאוש לא הוי אלא ספיקא דרבנן שהרי מן התורה קנאו זה ביאוש ושינוי רשות. שם דין י' כתב הבכ"מ נטלו המוכסים כסותו והחזירו לו אחרת וכו' עד ופסק רבינו כסתם מתני' דקתני הרי אלו שלו מדינא ואע"ג דבעלמא קי"ל יאוש כדי לא קני ואף על גב דכי אתא לידיה הוה לי' יאוש ושינוי רשות מ"מ באיסורא אתא לידיה הכא שאני שהיא במכירה וכו' ע"כ נ"ב לפי דבריו אמאי איצטריך לומר קסבר יאוש כדי קני ועיין בשה"ג סביבות פרק אלו מציאות ול"נ דהכי קאמר שזו כמכירה היא ואף על גב דנתייאשו אחר שבאו לידו במכירה מהני משא"כ במתנה וגם לית כאן לו' בלקח מגנב מפורסם וכו' שאינו יודע בודאי שזו גזילה:

פ"ו דין ב' אבל המציל מיד ליסטים עובדי כוכבים ל"מ ק' וכו' אבל אי הוי סתמא לרבנן הוי מוכס לאו יאוש וכו' נ"ב כלומר מסתמא מתייאשים הבעלים כיון שנתנוהו לאחר וכ"כ הרא"ש ז"ל דמוכס סתמא הוי יאוש:

פ"ח דין ח' שאם יתנה להם עכשיו אינה מתנה נ"ב רש"י ז"ל לא פירש הכי וגם פשטא דשמעתין לא משמע הכי וע' בתוס' פ"ב דגיטין ד' ך' ד"ה דילמא גבי כתבו על איסורי הנאה:

פי"א דין י"א ואע"פ שאסור לרואה דבר זה ליטול וכו' נ"ב והיינו דוקא בדבר שיש בו סימן אבל באין בו סימן הרי זה הפקר:

פי"ד דין א' אבל דבר שאין לו תובעין אלא נתייאשו וכו' נ"ב ומידי דקטן אינו מועיל בו יאוש מבואר בפרקין:

שם דין י' עובר משום השב תשיב' נ"ב מכאן נ"ל דאם היה פיקדון ביד חבירו ולא ידע בי' ונתייאש דקנאו בחוב ג"כ יאוש מועיל כדמשמע באותה סוגיא דהמלוה מעות את העני דפרק כל הגט אבל הפק' אינו מועיל כיון דאינו ברשותו כמפורש בההיא דהצנועין פ' מרובה דף ס"ת ודלא כמשמעות דברי התוס' במרובה גבי יאוש לא קני כיון דבאיסורא אתי לידיה אבל מדברי הראב"ד בהשגות בפי"ו מהלכות אלו נר' דבפקדון לא הוי יאוש:

שם דין ח' ראה סלע ל"מ ולשונו קשה במ"ש בד"א בידוע כו' נ"ב בידוע שהם שותפין אוקימנא ממונא בחזקתיי' ולא מחלו אבל באין ידוע אמרינן שמא מחלו כיון דליכא חזקת שותפות ודו"ק:

פט"ו דין י"ד חוששין שמא מן הכלי נשפכו נ"ב מלשון חוששין משמע דה"ט משום דאזלינן לחומרא וכ"כ הרא"ש בשמעתין דאזלינן לחומרא וצריך להבין דא"כ מאי פריך בפרקין אי חיישינן לשאלה חמור בסי' אוכף היכי מהדרינן ניחוש לשאלה דהא ודאי אזלינן לחומרא:

פט"ז דין ד' ואע"פ שבעליה וכו' כתב ה"ה לא קנה לפי שבאה. לו המציאה וכו' נ"ב עיין בה"ה ז"ל פ"ח דין י"ד וכן אם הי' גזל הגר ועיין בריש פט"ו מ"ש הבכ"מ ז"ל ובפ"ה בנטלו מוכסין כסותו ובמ"ש הבכ"מ ומה שהקשה לו לפי שבאה המציאה קודם יאוש וחצרו כידו ל"ד דכשבאה לידו קודם יאוש כבר נתחייב בהשבתה ומש"ה יאוש דאח"כ לא מהני משא"כ כשבאה לחצרו והוא לא ראה עד שנתייאשו הבעלים מעולם לא נתחייב בהשבה ועיין בתוס' בפ' מרובה בדברי וכ"נ מההיא דסמוך שכתב ה"ה בשם הרמב"ן ורשב"א שאם היה הלוקח אע"פ שלקחן מב"ה הרי אלו של תגר וכן הם דברי התוס' וכ"מ מההיא דראה סלע של חבירו שנפל נטלו ע"מ להחזירו ולאחר שנתייאשו נתכוין לגזול הרי זה עובר משום השבה אבל משום בל תגזול ליכא משום דבהיתרא אתא לידיה:

שם דין י"א ואם השכירו לשלשה כותים וכו' הרי הוא של מוצאן נ"ב ק"ק אמאי לא תיקני ביתו לב"ה דאין לומר כמ"ש הרא"ש דכיון דעשאהו פונדק אינו עתיד להמצא לבע"ה שהרי מדברי הרמב"ם בדין ח' אנ"כ:

פי"ז דין ח' בד"א בחצר המשתמרת אבל בשדה וכו' נ"ב ה"ט דכל שאין החצר משתמרת מעצמו אע"ג דעומד בצדו והוי כמשתמרת אינו קונה שלא מדעתו וראיה מההיא דפרק השואל דמוקי מתניתא דאמר כל מציאות שיבאו היום בחצרי תזכי לי חצרי לא אמר כלום בחצר שאינה משתמרת ופריך מסיפא דקתני ואם יצא לו שם מציאה בעיר דבריו קיימין ומשני כיון דיצא לו שם מציאה מבדל בדילי אינשי מיניה והוי כחצר המשתמרת. אלמא אע"ג דחשיב חצר המשתמרת מטעמא דמבדל בדילי אינשי מיניה לא היה קונה אלא מטעם שאמר תזכי לי חצרי דמדקתני דבריו קיימים משמע דמשום דבורו הוא דקנה וה"ט כמ"ש דכיון דאין החצר משתמרת מצד עצמו אינו קונה שלא מדעתו:

שם דין י"ב במציאת חרש שוטה וקטן נ"ב ר' בפי' המשנה פירש דאיירי בקטן שהגיע לפעוטות:

הלכות חובל

פ"ו דין ה' שהרי שמילא חצר וכו' כתב ה"ה והר"א כתב וכו' נ"ב טעמו דפסק כר' דסתמא לא קביל עליה נטירותא והוו כאלו מתנים זה עם זה להיות פטור כל אחד. בכל נזקין כמ"ש בפ"ח מה' נזקי ממון וכן כתב ר' ירוחם ז"ל ע"כ

שם בנ"מ והטח"מ סי' שע"ט וכו' נ"ב ונ"ל דהטור מחלק בין היכא דהוו. ב' שלא ברשות להיכא דהאחד ברשות והב' שלא ברשות וכן נראה מדברי הראב"ד שכתב דהיינו שלא נתן לו רשות ומשמע דהיינו אף ע"פ שידע בי' ע"כ:

שם פ"ח דין ד' נשא ממון חבירו וכו' חייב לשלם וכו' נ"ב היינו אם היה לו ממון באותה שעה כדי להציל עצמו אבל אם לא היה לו כגון שהיה עני פטור לשלם כ"נ מדברי הרא"ש ז"ל בסנהדרין גבי רואה את חבירו טובע בנהר יע"ש ולפי מ"ש אין כאן מקום לתמיהת הראב"ד שכתב אין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש ובודאי הכי הוא היכא דליכא לי' ממון להנצל אבל היכא דאית לי' ממונא להנצל שוב אין כאן פיקוח נפש כיון שיכול להציל עצמו בממונו ובהוראה דפטור ה"ט משום דהוי גרמא בנזקין עד כאן:

שם דין ט"ו כתב מרן כ"מ כתב ע"ז נ"י ולפיכך לא טעם בה שום טעם נ"ב כלומר ולא שייך בכי האי גוונא לדין רודף כיון שלא היתה טעונה יותר מדאי ודמי לעובדא דהעדשים שיל דפלשתים היו טמוני' בהם ואף על פי כן אמרו אסור להציל על מנת שלא לשלם כיון דלא היה ברי הזיקא עד כאן:

הלכות מכירה

פרק א דין י' כיצד המחזיק בה"ה ז"ל קצת המפרשים וכו' נ"ב ויש סעד לדברי המפ' דבאין דעת אחרת מקנה אותו לא סגי כל דהו אבל כשיש דעת אחרת אה"נ דבנטילה סגי ואינם חולקים המפרש' ע"כ:

שם דין כ' כה"ה ז"ל ודע שהמפר' נחלקו חזקה במקום שכותבין את השטר וכו' נ"ב טעמא דחזקה קונה בלא דמים מדהניחו להחזיק בה ש"מ דגמר והקנה לו ומ"ה במכר לו י' שדות לא קנה אלא כנגד מעותיו משום דלא סמכה דעתו דמוכר כיון שלא באו כל המעות לידו ובמתנה ושכירות דלא שייך להאי טעמא קנייה לגמרי אבל רשב"ם ז"ל פי' דדוקא במכר הוא דקנה בנתינת הדמים אפי' לא החזיק אלא באחת מהם משום דנשתעבדו כל השדות לזה שנתן דמי' וכן נראה שהוא דעת הרא"ש שם ונראה שסובר דהתוספתא דקתני בשכירות גם כן איירי בשנתן את הדמים אבל ק' דא"כ אמאי איצטריך לחזקה בכסף לחוד קונה בשכירות ואפי' דכתבי שטרא כמ"ש הב"י ובהגה' מור"ם ע"כ:

שם פרק ב' דין ט' האומר לחברו ולא תקנה אלא לאחר ל' יום לא קנה כתב מרן הבכ"מ ז"ל כתב הר"ן ז"ל לא ירדתי וכו' נ"ב התם איירי בצידי ר"ה וצידי ר"ה הוי מקום קניה כדמוכח בפרק אלו נערות אבל אגם אינו מקום קניה כדמוכח בריש פרק המפקיד ומ"ה בעינן מעכשיו עד כאן:

שם ואם אמר לו קנה מעכשיו קנה ואפי' היתה עומדת באגם כתב הראב"ד ז"ל נ"ל אם הפרה עומדת ברשות הלוקח נ"ב עיין בנ"י גבי כור בל' ע"כ:

שם ה"ה ז"ל ובהשגות א"א וכו' ויש לחלק וכו' נ"ב בכונת הראב"ד לומר דתקנה לו חצרו ודעת ר' דכיון דא"ל משוך במשיכה רצה שיקנה ולא בד"א ובאומר לו יקנה לך רשותך לאחר ל' אם היה גוסס באותו יום לא קנה כן נ"ל ללמוד מההיא דקאמר דאיצטריך ידור אליבא דר"מ לנכסים שנפלו כשהוא גוסס יעויין שם בפרק יש נוחלין עד כאן:

שם שזה כמי שהקנה אותו מעתה על תנאי נ"ב התוספות בפרק האשה רבה דף צ"ד חולקים ע"ז אבל מריש פרק המפקיד נראה כדברי ר' ע"ש דף ל"ד בתוס' ע"כ:

פ"ג דין ה' וקודם שיקחנו יאבד באונס נ"ב נ"ל לדקדק מדבריו דנקט באונס דאי אינו באונס מן הדין חייב המוכר בשמירתו דש"ש הוי בההיא הנאה דמכר וכמ"ש בריש פרק ד' ונפקא מינה להיכא דקנה בקנין חליפין דברשותי' דמוכר קאי לענין גניבה דש"ש הוי ע"כ:

שם דין ו' כתב מרן כ"מ ז"ל ותמהני מה"ה שהביא ראיה וכו' נ"ב ונראה דלא קשיא לה"ה דסמך על מ"ש הרמב"ם שם חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו ואם נפלה בה מציאה

מדכתב ואם משמע דמ"ש חצירו וכו' בכל גוונא בין בדעת אחרת בין בלא דעת אחרת מקנה אותו ע"כ:
שם דין ח' המקנה קרקע ומטלטלין ל"מ ועוד דע"כ דברי הרב האמורים בפ"א וכו' וא"כ איך כתב לעיל וכו' בשלא נתן דמי כולם וכו' נ"ב דברים אלו לא הבנתים וע' ב"י שכן הוא דעת ר"ח ע"כ:
שם דין ט' כתב ה"ה ז"ל ורבינו פרשה לפי הנראה לי וכו' אבל בצבורין וכו' דהוה ליה קרקע זה וחצירו של אדם קונה לו וכו' נ"ב זה סותר מ"ש למעלה ע"כ:
שם דין י"ג כתב ה"ה בעי ר' אלעזר מי מהנייא לקנות כלי' שעליה נ"ב מיבעיא לי' אי מהניא משיכה דבהמה דמטעם חצר ליכא למימר כיון שלא הקנה לו הבהמה ולהכי פריך ליה ואי אמר קני בהמה מי קני מדין חצר וכיון שכן תיבעי לך אפי' בקנה בהמה אי מהנייא משיכה דבהמה ומסיק והלכתא בכפות' כלומר דבא"ל קני בהמה א"א למקני אלא בכפות' אלמא משיכה דבהמה לא מהנייא עד כאן:
שם דין ח"י פשתן כשהוא מחובר וכו' נ"ב ר' כתב בפי' המשנה דבשכר היפוי קונה הפשתן ודמי למ"ש בפ"ה דין ד' עד כאן:
פ"ד דין א' נ"ב כליו קנה לו וכו' היה נראה דהיינו בכלי שיש לו תוך אבל מפ' הרבי' גבי משכנתא משמע דאפי' מחצלת קונה ול"ד למ"ש ברפ"א מה' זכיה גבי פורש מצודה בים וק"ל ע"כ:
שם דין ב' כתב ה"ה ז"ל מפורש וכו' ואי בכליו דמוכר מאי קנה לוקח וכו' וכ"כ בהלכות אלא שהוא תימה וכו' דאזיל בתר כליו וכו' נ"ב כלומר דאי כליו של לוקח ברשות מוכר קנה דאזלה בתר כלי א"כ כליו דמוכר ברשות לוקח לא קנה דאזלינן בתר כליו כפי' רשב"ם אבל לע"ד ה"פ דכי בעי בכליו של לוקח אי קנה לאו משום דאזלינן בתר כלי אלא אי אמרינן דאין המוכר מקפיד על מקומו ופריך לי' אי ברייתא בכליו דמוכר א"כ אימא סיפא ואי בכליו דמוכר אמאי קנה כיון שהוא בכליו דמוכר ובשלמא לדידי דאיירי בכליו של לוקח אתי שפיר סיפא דאיירי בכליו של לוקח ברשות לוקח והא דקאמר בתר הכי ומדכליו של מוכר קנה לוקח ברשות לוקח כליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה לוקח ה"פ כיון דאית דכליו של מוכר ברשות לוקח קנה אם כן מתניתין דקתני ברשות לוקח כיון שקבל עליו קנה איירי בכליו:
שם כתב מרן כ"מ ז"ל וא"כ מנ"ל להרי"ף ורבינ' דסבירא לי' למר בר רב אשי דכליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה נ"ב נ"ל דרבא ה"ק ומדכליו של מוכר קנה אלמא הכלי בטל אגב הרשות אם כן כליו של לוקח ברשו' מוכר הכלי מתבטל ולא חשוב וא"כ ליכא

לספוקי בדרבינ' ולזה א"ל דאינו כן דכליו של מוכר לא קנה ללוקח דאין הכלי מתבטל אצל הרשות ומ"ה מיבעיא לי' לרבינא כיון שאין הכלי מתבטל:

שם דין ד' כתב ה"ה ז"ל אבל הכא טעמא אחרינא שזה כב' משכה כולה וסובר רבינו וכו' וכ"כ הרמב"ן בסוגיא דהיה מגרר וכו' נ"ב צ"ע בפרק המצניע דף צ"ב עמוד ב' ונ"ל שהוא סמוך בסוף דף הקודם הכא במאי עסקינן דאפקיה דרך שוליו:

שם דין ו' היו ברשות המוכר או המופקדין כתב ה"ה פי' ברשות אדם אחד שיהיו וכו' ויש שגורסין וכו' ובודאי דסגי בכך נ"ב זהו דעת הרמב"ן ז"ל וטעמו משום דחצירו של אדם הרי הוא כידו ויכול לומר תזכה חצרי לפ' וזה אינו דחצר לאו משום יד איתרבאי אלא משום שליחות כמבואר בפ"ב אוחזין יע"ש וע' טא"ה סי' קנ"ג דאם נתן הגט בחצירו של שליח יע"ש וכ"נ מדברי התוס' פ"ק דמציעא גבי עישור שאני עתיד למוד נתון ליהושע שפי' מופרש ועומד היה אלא שהיה רוצה לזכותם לבעלים ואף על פי כן איצטריך להשכיר מקומם ולא הוה סגי לומר תזכה חצרי ליהושע ואף על גב דטובת הנאה אינה ממון והוא כבר הפקירם אצלו וכמו שפרש"י יע"ש:

שם דין י"ז כה"ה ובהלכות נר' כדברי המחבר וכו' אלא דאפשר דתרם מדידה קאמר נ"ב הכי הוא ודאי וכן הוא דעת ר' ומ"ש והיו הפירו' בתוך כליו של מוכר לא אחר המדידה קאמר אלא כשהיה מודד היה מודד מתוך כליו דאם עירה הפירות לארץ ברשות לוקח קנה מיד בלא מדידה שם כ"מ ואם א"ל וכו' וצ"ל דכיון שהמוכר עצמו הוא מודד ה"ל כאילו אמר ללוקח זיל קני וכו' נ"ב בפ"ב דעבודת כוכבים גבי כי כלייתו חמרא לעובדי כוכבים אנ"כ ודו"ק:

שם דין ט' והיה המוכר מודד נ"ב צ"ל דאמאי נקט שהיה המוכר מודד ואפי' היה הלוקח מודד כל שלא נתמלאה עדיין ברשות' דמוכר קאי והיה נ"ל להגיה לומר לוקח במקום מוכר ובזה אתי שפיר הכל:

פ"ה דין ב' כתב ה"ה מאותה ברייתא שנתבארה פ"א גבי עשר שדות נ"ב ע' במ"ש ה"ה בפ' כ"ד דין י"ג ופ' כ"ח דין ה':

עוד שם סיים ה"ה ולא אמרינן כיון שבמקח אחד אינו נקנה לחצאין נ"ב אפשר לדחות דהתם לא איירי במקח אחד אלא שמכר לו עשר שדות כל אחד בסך מה, אבל כל שהמקח אחד אינו נקנה לחצאין אם לא שרצו שניהם אבל כל אחד מהם יכול לחזור כמ"ש הרא"ש ז"ל גבי נתן לו מקצת מעות ועייל ונפיק אזוזי והכא אפי' אם נתרצו שניהם עדיין לא קנה דכיון שהמקח אחד חשוב כמי שקנה בגד אחד ומשך חצייו דלא הוי משיכה עד

שימשוך כולו מה שאין כן בקנין דמים או חזקה דבכל דהו קנה דאם החזיק בצד אחד קנה כל השדה:

שם ל"מ ותימה דהיכא דנתן מקצת המעות וכו' דומיא דערבון נ"ב התם ה"ט משום דעשה משיכה גמורה מה שאין כן הכא וכ"כ ה"ה ספ"א:

פ"ז דין ד' כתב ה"ה ומ"מ אם כתב לו את השטר קנה בשטר דהוי כמתנה נ"ב וכ"כ הרשב"א הביאו הב"י סימן קצ"ב ודלא כהב' התרומות:

שם דין י"ב כ"כ ה"ה ז"ל וכבר האריך הרשב"א ז"ל שם להוכיח כן וכו' נ"ב הרשב"א יהיב טעמא משום דכיון דהשליח כיון לקנות לעצמו לא קנאם המשלח דאמרינן מי הודיעו למוכר אבל מדברי אלו המורים דאיצטריך לפזקפן עליו במלוה מקודם ולא סגי בשיאמר לעצמי כיוונתי לקנות נראה דטעמייהו דכשזקפן עליו במלוה מעיקרא ה"ז נעשה גזלן על המעות ואח"כ קנאם בשינוי אבל אם לא זקפן עליו במלוה מעיקרא אע"פ שכיון לזכות לעצמו אין לחייבו משום גזלן כיון שאין שולח יד בפקדון לתשמיש המחסרו שהרי אדעתא דהכי נתנו ליה הבעלים:

פי"א דין ב' שזו אסמכתא היא נ"ב ומ"מ אם תפס לא מפקינן מיניה דלא הוי אלא גזל דרבנן וראיה מההיא דמשחק בקוביא וכ"נ מדברי הרמב"ם והרי"ף ורש"י בההיא דפ' א"נ גבי הלוהו על שדהו וא"ל אם לא אחזיר לך עד ג' שנים דהא דמפקינן מיניה משום דהוי איסורא והתוס' כתבו דמשחק בקוביא דלא הוי אלא גזל דרבנן משום דבעיניו לא חשיב ליה איסורא כיון דמדעתיה קא יהיב אבל זה אינו לפי מ"ש הרמב"ם ז"ל דאינם פסולים אם לא שהתרו בהם תחילה והודיעו להם איסורא ודוק ועיין ב"י בה' שבת:

שם דין ג' אבל אם התנה וא"ל אם תלך עמי וכו' או אמכרנו לך וכו' נ"ב משמע משום דאמר בלשון דאי וז"א דלשון אמכרנו להבא משמע ואפי' אם קנו מידו לא מהני והויא קנין דברים ועוד ק' דהא קי"ל דהאומר לפועל עשה עמי מלאכה ואתן לך טלה זה אע"ג דקי"ל דשכירות פועל בדיבור לבד קנה אפ"ה מצי לחזור ולומר לו לא אתן לך הטלה אלא שיוייו כמ"ש הרא"ש והר"ן ז"ל בפ"ב דע"ז. איברא דאני דקדקתי מפרש"י דחייב ליתן הטלה. גבי פועל והכא נמי מן הדין היה חייב ליתן לו הבית אם לא אמר בלשון דאי כיון דבשכר פעולתו הוא נותן:

שם דין ט' כחב ה"ה ז"ל כתב הרשב"א דכל היכא דאין המכר קיים והוה לי' כאותה שנתבארה למטה וכו' נ"ב ל"ד דהתם אין מקח כלל אלא המעות הוו הלואה ונמצא דבשכר הלואתו קא אכיל אבל הכא אדעתא דמקח נחית ועיין מ"ש פי"ו מה' אלו:

שם דין ח"י ואחר שחייב עצמו קונין מבטל חובו נ"ב נר' דאפי' בלא קנין כל שא"ל הרי החוב זה מחול לך מעכשיו ע"מ שתעשה לי כך וכך:

פי"ב דין ד' אבל המונה אותו וכו' כ' ה"ה ז"ל ואפשר שדעת המחבר כדעת קצת הראשונים וכו' נ"ב נראה דכל שנתרצה המקח קיים למפרע וראיה מההיא דקידושין גבי מומין דקאמר נכנסה לחופה חזקה אין שותה בכוס אלא א"כ בודקו וראה ונתפייס וחלו קדושין למפרע ועיין הרא"ש ז"ל מ"ש בשם ה"ר יונה ז"ל ודע דהא דאמרינן דביטול מקח אינו יכול לתבוע אונאתו היינו היכא שהמקח קיים אבל אם כבר אכלו צריך להחזיר כל מה שנתאנה וכן מוכח מדברי ר' פי"ג דין י"ז בשכירות כלים:

שם דין י"ב ואם היה אפשר להוציאה על ידי הדחק וכו' נ"ב דכל היכא דלא נפיק ע"י הדחק ה"ז מקח טעות והכי משמע בקידושין פ"ק גבי נמצא דינר רע ה"ז מקודשת ויחליף והכי אמר בשמעתין דינר כיון דלא סגי ליה לא מחיל ורבא לא פליג אאביי בהא אלא דמוקי מתני' בדסגי ולפי זה יש תימה על הטור שפירש דמתני' איירי בדסגי ופסק כאביי והא אביי מוקי מתני' בדלא סגי ועיין מהרש"ך בח"ב:

שם כתב ה"ה ז"ל אבל מלשון המחבר וכו' ביכול להוציאה נ"ב ע"כ הצ"ל מדקאמר ונותנה למ"ש ואינו חושש שאינו אלא נפש רעה וכן פרש"י:

פי"ג דין א' המחליף כלים בכלים וכו' נ"ב כתב רדב"ז ז"ל סי' רס"ט דאפי' בנמצא בו מום אין לו טענה ואנ"ל כן דאי איירי בשראה המום הא ודאי פשיטא דראה ונתפייס ואי לא ידע ביה מעיקרא פשיטא דמצי טעין:

שם בהשגת הראב"ד ז"ל ואם לא קנה אונאה היכן היא נ"ב לא ידעתי מק"ל דנהי דלא קנה בתורת חליפין מ"מ ר' איירי בשהחזיקו כל אחד בשלו דאז ודאי קנה:

שם כתב ה"ה ז"ל ומתוך דבריו אתה למד דבכלים אפי' מקפיד נ"ב צ"ל שהרי כ' רבינו שזה רוצה במחט יותר מן השריין ואי בששמו אותם ליכא למימר הכי:

שם דין ב' וה"ה ללוקח פירות אכסרה נ"ב נראה מדברי רבינו דוקא לוקח מחזיר אונאה אבל לא מוכר שכבר נתרצה לוקח וכ"נ מפרש"י:

שם דין ג' ע"מ שאין לך עלי אונאה נ"ב משום דהוי מתנה עמש"ב מכיון דלא ידע דמחיל וכפרש"י וכ"כ הנ"י וכו מוכח פרק הכותב איברא במה שפירש דהוי כאלו אמר ע"מ שתמחול לי האונאה נראה לי דבה"ג לא הוי מעמש"ב והתוס' בפ' אע"פ פי' דהוי כאלו אמר ע"מ שאין לך עלי דין אונאה אב' ע"מ שתמחול שרי ונראה לי בהתנה על מנת שכשתדע שיש בן אונאה שתמחול לי לכ"ע תנאו קים:

שם דין י"ח נ"ל שהקבלן יש לו אונא' נ"ב אף על גב דקבלנות לא חשיב מכר נראה דטעמו של רבינו דממכר לאו דוקא ואבייי לא פשיט ליה האי אלא בשכירות הוא דקא פשיט ליה דאפי' תימא ממכר דוקא שכירות נמי ממכר הוי:

פט"ו דין א' אבל בחשבון חוזר נ"ב נראה דאפי' באגוז שאינו מקפיד עליו וכמ"ש בפ"ה מה' אישות דין ח' אעפ"כ חייב להחזיר:

שם כתב ה"ה ז"ל וסובר הראב"ד וכו' ומ"מ אין קדושין דומין למקח כו' נ"ב ל"ד דהתם המעות באים לקנות והוי קני' בטעות והכא נמי אם נתן מעות ולא משך ונמצאו הדעות חסרים לא קנה:

שם דין ג' אבל אם נשתמש בו אחר שראה המום נ"ב צ"ע בנמצא מין אחר כיון דשניהם יכולים לחזור כי נשתמש נמי דמוכח דנתפייס עדין יכול לחזור כיון דהמוכר יכול לחזור שם כתב ה"ה יצא לו וכו' חזקה אין אדם שותה בכוס נ"ב צ"ע דהתם משמע דה"ד בששהה כמה ימים אחר שבא עליה ונראה דהתם שאני משום דבא להוציא:

פט"ז דין ח' כתב ה"ה פשוט בא"נ שאם המקח בטל וכו' נ"ב התם ה"ט משום רבית אבל הכא ליכא משום רבית ודמי ללוקח קרקע גזיל ולא הכיר בה אלא הכא ה"ט משום גזל וכ"כ הסמ"ע:

שם דין י' ולא היה יודע שזה אינו אוכל נ"ב ק"ק כי ידע נמי נימא ליה מידע הוי ידעת כיון דלא הוי ספסירא והכי אמרו בגמרא:

שם דין י"א מפני שהיה על הלוקח לבדוק נ"ב עיין בהרא"ש מ"ש בשם הראב"ד:

פי"ז דין ב' ונמצא לבנה נ"ב צ"ע אי איירי בשידע המוכר מעיקרא ואפ"ה יכול לחזור א"ד איירי היכא דלא ידע ומדברי רשב"ם בשמעתין נראה דה"ד בדלא ידע וה"ה בפ"ז דין י"ז מה' אישות כתב דלשון נמצא הכי משמע:

פ"כ דין ד' כתב מרן כ"מ ועי"ל עליו שכ' שלדעת רבינו ע"א המסיימו וכו' ואין שום גילוי וכו' נ"ב ע"כ הצ"ל דאל"כ למאי מהני עדותו אם לחייב לחברו שבועה דאורייתא בלאו הכי נשבע שבועת המשנה ועב"י סי' ע"ה:

פכ"א דין ב' אע"פ שאין מדת וכו' ולא מנין הקנקנים כו' נ"ב ואע"פ שבאומד דעתו היה לכך וכך קנקנים מ"מ כיון שלא הזכיר לו כך וכך קנקנים אני מוכר לך לא מצי טעין משום דבר שבמנין זולת אם יש בו אונאה דאז מצי טעין סבור הייתי באומד דעתי שהיו כך וכך ומ"ה הסכים הטור כאן לסברת ר' אע"פ שבמכור לי באלו חולק עליו וס"ל דאין בו אונאה דלא מצי טעין כך וכך היה באומד דעתי שאין אדם יכול לידע מה שיש בחפצו של חברו וקיטרא דחייתא קביל עליה כמ"ש הריטב"א בחי':

שם אע"פ שנמצא חסר או יתר על האומד וכו' נ"ב ולא מיקרי מקח טעות דעבידי אינשי דטעו בכך וכפרש"י ז"ל בשכרו לזרוע לו קרקע:
שם כתב מרן הכ"מ אך ק"ל דקנה אפי' יהי' יהיה יותר על דמיו מותר נ"ב כן הוא עד שימצא שיעור אונאה. ובצד האחר כתוב אין אונאה אלא במוכר חפץ ידוע כמ"ש הרא"ש בתשו' במכירת הגבינה וה"ט משום דבמזלא תלייא מילתא והכא נמי במזגא תלייא שאין כל החלב עדין בעולם:
פכ"ג דין ה' ובסוף תחזור לבעלים נ"ב ובממון לא אמרי' כיון דפסקא פסקא כדמוכח בהר"ן פ"ד דנדרים:
פכ"ד דין י"ג כ' מרן כ"מ וא"ת מ"נ אי הוו כדבר שלא בא לעולם וכו' נ"ב לק"מ דכיון דאמר לו קרקע ודקלים אין משמעותו שיהיו הדקלים כקרקע ולפיכך חל קנין אקרקע כל שזה רוצה ליתן לו ב' דקלים:
פכ"ז דין ז' פרה מעוברת וכו' נ"ב נ"ל דהיינו שאין הפרה לפניהם ולפיכך אם לא אמר פרה מעוברת אז הוי ה כמו שנתבאר פ"ך שאם ילדה קודם הקני' הרי היא של מוכר שלא מכר לו אלא פרה כמו שהיא בשעת הקני' ואם ילדה אחר המכירה אז הוי של לוקח משא"כ באומר פרה מעוברת דבכה"ג הרי היא של לוקח ודו"ק:
פכ"ט דין א' כתב ה"ה ז"ל אבל במקח שאין נתינתו בדמים נתינה אף אין מעשיו כלום מן התורה נ"ב ול"נ דאם משך הקטן זכה במקח מד"ת כל שנתן את הדמים:
שם דין י"ז פחות כו' ומוציא מן הלוקח כל הפירות שאכל נ"ב עיין בתשובת הרמב"ן סי' ב' דאי שמיט ואכיל לא מפקי' מיניה וצ"ל דהכא במקח שאני דכיון דהמעות הוו הלואה יש איסורא דרבית ע"כ:

הלכות זכיה

פרק א דין ג' ואם היה המצודה כלי כתב הל' ז"ל ותמיה' ל"ט דכי היכי דקי"ל כליו של לוקח וכו' נ"ב הא דכליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה טעמא דאזלינן בתר רשות ולא בתר כליו וכליו של מוכר ברשות לוקח לא אזלינן בתר רשות כיון דהוא בא להוציא כמ"ש ה"ה בה' מכירה משא"כ הכא דאינו מוציא מחברו כלום ואזלינן בתר רשותו אבל מדברי הנ"י בפרק השואל גבי זבל שבחצר אינו נראה כן:
שם דין י"ד ואינו מקנה אותו לישראל אלא בשטר וכו' נ"ב נראה מדבריו דאיירי אפי' במקום שאין כותבין שטר ואפ"ה עובד כוכבים שאני דאנס הוא וכ"נ מדמהנייא חזקה בישראל בלא שטר משום דחזקה הוי במקו' שטר ואפי' הכי כתב הרשב"א הכא דלא מהניא. עוד נ"ב התוס' כתבו הכא דעובד כוכבים אינו קונה ומקנה בשטר אבל הסוגיא

דבכורות מוכח כדברי ר' דקאמר אם גופו קונה בשטר וכו' והתוס' כתבו שם דר"ל כשקונה אותו מישראל חברו ואנ"כ דאי הכי מאי מייתי שם כדי שיקנה מיד העובד כוכבים:

פ"כ דין א' כתב הכ"מ והתימה על דברי התוס' שהשיגו על רשב"ם על ככה בהיות דבריו מבוארים נ"ב לא ק' מדלא כתב רשב"ם ז"ל כן אלא לתת טעם למה לא מהני מסירת מפתח כי התם ולהכי חילק בין יש דעת אחרת מקנה או לא אבל דלא ליהני כעל לבד ולמיצריך העמדת דלתות אין חילוק בין דעת אחרת מקנה או לא ודוק בדברי רשב"ם ותמצא כן שם דין ט"ו כתב ה"ה בשם הרשב"א ז"ל דאע"ג דכשמת הגר וכו' וכן נ"ל אפי' אין לו אלא מטלטלין נ"ב לא היה צריך לזה דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח מדינא דגמ' והיינו דקאמר בתו' ה' מלוה שנגבית מהיורשים לגבות מהם דהוי בקרקעי ולאו למימרא דכיורש חשיבו שאין זה זוכה מכח הגר אלא מן ההפקר וכמ"ש הרא"ש בכלל ט"ו סי' ג' אלא ה"ט משום דקרקעי משועבדי' הם לב"ח ולפ"ז יראה דאפילו לפי תקנת הגאונים דגובה ממטלטלי דיתמי היינו דוקא ביורש דמכח אביו קא ירית אבל זה מן ההפקר קא זכה עיין בתשו' הרמב"ן ז"ל סי' ס"ט דבמחלוקת שנויה:

פ"ג דין ב' מחל לחברו כו' בדברים בלבד נ"ב ואפי' במלו' שיש עליה משכון כדמוכח בההיא דמשכונו של ישראל ביד הגר ומת הגר אבל אנ"כ מדברי ר' בה' אישות גבי היתה עליה מלוה במשכון:

שם דין י"ג וקנה הבעל נ"ב היינו דוקא לענין פירות אבל הגוף מיהא לא קנה ונפקא מינה שאם מכרה האשה ומתה אין הבעל יורשה ועיין מ"ש בפי"ב דין י"ב:

פ"ב דין ז' וכן השוטה כתב ה"ה וכו' ומכאן שיש לשוטה זכיה ע"י בן דעת נ"ב משם ליכא ראיה והרא"ש ז"ל בפ"ב דכתובות כתב דוקא בשוטה דעתים חלים יש לו זכיה ע"י אחר כיון דאתי לכלל דעת ומההיא דכתובה ליכא ראיה דהתם אינו אלא חיוב שמתחייב עצמו כמו שמתחייב לעובר והטור שהביא דברי רבינו צ"ל דאיירי בעתים חלים עתים שוטה כמ"ש הרא"ש בפ"ב דכתיבו':

פ"ה דין ו' כתב הל"מ ולפירוש ר' וכו' א"כ ק"ט היכי קאמר דהתם ליכא למיקם וכו' נ"ב הטור בסי' ר"מ אית ליה כדעת ר' ולק"מ ועיין בטח"מ בסי' קל"ח ותמצא נחת וכן בחידושי הרמב"ן בפרק חזקת שם:

פ"ו דין כ"ד כתב ה"ה ז"ל וכ"נ שאינו דומה למה ששנינו בתוס' הלוקח קנקנים וכו' נ"ב התם איירי כשלא היה יודע הלוקח (צ"ל המוכר) שהם שבורים שלא כיון להזיקו וכל כי האי פטור מדין גרמא ובזרעוני גינה ג"כ איירי בשלא היה יודע המוכר דאל"כ מאי

מדמה תלמודא זרעוני גינה להההוא דחטין ועשאן ניפולת וכו' דהתם שאני משום דלא כיון להזיקו אבל הכא דידע אפשר דאפילו רבנן יודו ומדברי הרמ"ה שהביא הטור גבי הלוקח מקח ונמצא בו מום דאם היה יודע המוכר ה"ז חייב בהונאת הדרך משמע כמ"ש:

פ"ח דין ו' ילדה טומטום כתב הל"מ ונראה לתרץ לכל הקושיות וכו' אבל גבי בהמת חולין וכו' כמקדש עצים ואי הוו אמרי רבנן נ"ב עיין בנזיר גבי הריני נזיר כשיהיה לי בן ונולד לו טומטום:

פ"י דין ב' וכן אם אמר תנו שטר כתב ה"ה אבל הרשב"א וכו' ושמעינן מהכא דלא מתקנינן לישנא במש"מ נ"ב אין ראיה מכאן דהכא ה"ט משום דאין המשייר בעיין יפה משייר ודוק בסוגיין כמ"ש:

שם וכ"נ דעת המחבר ונ"ל לחלק וכו' וכיון שכן ודאי אמרי' אלו רצה לתת גוף לפירותיו נ"ב נראה מדבריו דכל שלא אמר גוף לפירותיו אמרינן דלא רצה לתת לו כלום משא"כ בדידיה כיון שאינו מועיל השיור בלא גוף אמרינן לגבי נפשי' בעין יפה שייר וכ"נ מדברי רשב"ם בפרק המוכר את הבית דמאי דאמרינן כל לגבי נפשי' בעין יפה שייר הוא מטעם שאינו מועיל השיור בלאו הכי ולפ"ז יתיישב מ"ש רבינו בפכ"ב מהלכות מכירה דש"מ שאמר פירות אילן זה לעניים קנו עניים וה"ט דכיון דנעשה נדר עליו א"א לומר לא גמר ליתן וכיון שכן הוי כאילו שייר לעצמו וכאילו הקנה מקום צימוח הפירות לעניים:

שם דין י"ב אם לא היה קיים וכו' שאין קנין למת נ"ב וכ"כ הטור אבל מפירוש רש"י לא משמע הכי שפירש משום דהוי זכיה בטעות ועיין בתשוב' הרשב"א ז"ל סי' שע"ה במי שזיכה למת נוטה לדעת רש"י ז"ל:

פי"ב דין י"ב בעל לוקח הוא ואין השני מוציא נ"ב דבעל שויוה רבנן כלוקח מחיים והכי אמרו בפ' י"נ דמה"ט אם מכרה האשה הבעל מוציא מיד הלקוחות וכשאמר לנשוא' ואחריך יקנה לא קנה הבעל הגוף ולא הוי לוקח אלא הפירות בלבד יש לבעל דמה שקנתה אשה קנה בעלה לפירות ואין תנאי כזה מועיל כמ"ש בפ"ג ודלא כהריטב"א ז"ל שכתב כאן שיש ראיה לומר דאין יד אשה כיד בעלה:

הלכות שכנים

פרק ב דין י' וכן אם הלך זה בעצמו כתב ה"ה וי"מ שאפי' לא החזיק וכו' שנו בתוס' וכן נראה דרבינו איירי בשכל אחד החזיק שלא בפני חברו דבעלמא צריך שיאמר לו לך חזק וקנה ובכה"ג כיון שהחזיק הא' זכה חברו ואפשר דבעלמא אם לא א"ל לך חזק וקנה אפי' החזיקו כל א' לא קנו:

הלכות שלוחין

פרק א דין ה' נתן לו מעות ליקח בהן וכו' אם פחתו דמי זה וכו' נ"ב נראה מדברי ר' בפ"ה דדוקא פחת שבא מחמת ששינה הוא דחייב השליח אבל באונסין ה"ז פטור וכן הוא דעת הרשב"א ז"ל ונראה דה"ד בשלא הודיע שהוא שליח דהמקח קיים וכמ"ש רבינו ז"ל בפ"ב ומשום הכי אם הותירו הוי למשלח הואיל וקנה אותם במעותיו וכמ"ש בדין ג' אבל אם הודיע שהוא שליח המקח בטל כיון ששינה:

פ"ד דין ד' כל אחד מעכב על חברו נ"ב הכי משמע בפ' א"נ גבי השם בהמה לחברו עד מתי חייב ליטפל בה עד ואם בא לחלוק חברו מעכב עליו וכ"נ מפי' רש"י ז"ל בהמקבל ודוק ועיין בבני אהרן:

פ"ה דין ד' כל פחת שבא מחמת שעבר נ"ב מדברי ר' נראה דוקא פחת שבא מחמת שעבר אבל אם נגנב או נאבד שאפי' אם לא היה משנה היה נארע כמו זה פטור ועיין מהרש"ך:

פ"ו דין א' אע"פ שהממון משל שניהם נ"ב מהראנ"ח ע"ש:

הלכות עבדים

פרק ד דין ג' ואינה נקנית בפרוטה כתב הל"מ ז"ל כוונת הרב ונראה כן מדברי הרא"ם וכו' נ"ב אבל ק"ל דלקמן בגמרא אמרו בגרעון כסף מנא לן אמר חזקיה אמר קרא והפדה מלמד שמגרעת פדיונה ואמאי איצטריך לזה והא מוי"ו דוכי תשיג נפקא:

פ"ה דין ב' וזכין לאדם שלא בפניו נ"ב מתוך דבריו נלמוד דאם העבד צווח לא מהני וה"ט דבכסף שנותן זה לרב קונה העבד את עצמו וכשצווח הרי הוא כאילו אמר איני רוצה לקנות את עצמי וכן נראה בפ"ק דקידושין בהילך מנה והתקדשי לפ' מקודשת מדין עבד כנעני והשתא אתי שפיר הא דאמר ספ"ק דגיטין דא"ל ר"מ לחכמים והלא חוב הוא לעבד שאם היה עבד כהן אתה פוסלו מן התרומה אמרו לו הואיל ובעי נקיט ד' זוזי מישראל כלומר והוי עבד ישראל משמע דוקא מהאי טעמא דאי בעי מקנהו לישראל ובעבד ישראל לא מהני האי טעמא ואיצטריכו לומר זכות הוא לעבד אבל מטעם דהואיל ובעי נקיט ד' זוזי מחברו ומשחררו לא מהני דבור העבד לומר איני רוצה וא"כ בשטר ע"י אחרים כיון דמדין זכיה אתינן עלה לא מהני לר"מ משא"כ בכסף דלאו מדין זכיה הוי דבקבלת רבו גרמא לו ומקנהו והעבד כל שהוא רוצה קונה את עצמו באותו כסף שהגיע ליד רבו כאלו נתנו הוא בעצמו:

שם דין ג' כתב מרן כ"מ ז"ל וכתב הרמב"ן ז"ל וכו' אף להוציאה מידי שעבוד נ"ב מלשון התלמוד לא משמע הכי ודו"ק ודברי הרמ"ה שהביא הטור בכאן צ"ע:

פ"ה דין ט"ו נוטל פדיונו מרבו וכו' נ"ב נראה דאיירי אפי' כשיודע שהוא גזול ואעפ"כ צריך לתת לו דמיו משום שלא ימנעו מלפדותן. שם דין י"ז גלה דעתו שהפקיע שעבודו אין להק' מההיא דפ"ב דכל היכא דהוי בלשון סילוק דמהני אפי' היכא דגופו קנוי כדמוכח פ"ד מה' זכיה:

הלכות שכירות

פרק א דין ו' היה בידו פקדון הואיל וכו' בגמרא אמרו מטעם שאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר אבל האי טעמא לחוד לא סגי אי לא הוה עדיין חייב באחריותו דה"ז אומר לו לאו בעל דברים דידי את:

שם כתב ה"ה ז"ל ונפקא מינה שאם היו הבעלים רגילים וכו' נ"ב בגמרא אמרו מטעם דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר אלא דלפ"ז קשה עדיין בלאו האי טעמא כל שלא הוחזק כפרן מאי זכיה שייך מ"ל שומר ומ"ל זה ואמאי לא מצי מהדר ביה ולזה אמר משום דחייב באחריותו מטעם הנזכר אבל כל היכא דליכא להאי טעמא ה"ז פטור כמ"ש ה"ה ז"ל:

פ"ב דין א' כתב ה"ה ז"ל ומ"מ דינו כדין שאר השומרים נ"ב לפ"ז צ"ל מי ששאל את חברו כיון דאדם איתקש לקרקע:

שם דין ג' וכן הורו רבותי שהמוסר כרמו וכו' נ"ב הכי איתא בירושלמי גבי מתני' דאם אוביר דייק עלה בירושלמי טעמא דכתב הא לאו הכי לא זאת אומרת המבטל כיסו של חברו פטור ממה שהיה לו להרויח המבטל שדה של חברו חייב לשפותו כלומר לשפות מה שנפסד דמ"ה היה דורש לשון הדיוט דמה שהיה כותב אינו אלא לשלם הכל אף מה שהיה ראויה לעשות דאילו לשלם מה שנפסד השדה לא היה צריך להתנות שאם לא יעשו ישלמו וכפי' תלמידי הרשב"א ולפ"ז נ"ל דאם גזל שדה של חברו והפסידה משלם מה שהפסיד:

שם דין י"א ולא בגרם שגרם לו נ"ב כלומר בגירי דיליה דאז ודאי חייב אפי' כי לא קביל עליה שמירה:

שם דין י"ב אם טען החזרתי ישבע כעין של תורה נ"ב בפרק כל הנשבעין מוכח דנשבע מן התורה:

פ"ג דין א' כתב הבל"מ ז"ל וזה א"א לומר כן דאפילו אמר פרעתיך בפני פ' ופ' נ"ב התם היינו טעמא דאמרינן מילתא דלא רמיא עליה דאיניש הוא אבל אם טוען בודאי שפרעו במקום שמצויים רואים צריך להביא ראיה:

שם דין ו' כ' הראב"ד אומדין כמה אדם רוצה ליתן ולא יטרח נ"ב ול"נ דשכרו מיהא מפסיד כיון שלא עשה מה שמוטל עליו לעשות:
שם כתב ה"ה ז"ל והרמב"ן וכו' א"נ דמי טירחא וצ"ע נ"ב עיין מ"ש לעיל:
שם דין ח' ואם אין הדבר ידוע חייב לשלם נ"ב ה"ט דכיון דפשע ועל מאותה שעה נתחייבו הנכסים:
פ"ה דין ח' אם נלקחה דרך הליכה וכו' נ"ב הבעפ"מ ח"ב סי' ל"ב כתב דר' איירי בא"ל חמור סתם ואנ"כ:
שם ואם לא העמיד יחזיר השכר כתב ה"ה ז"ל זהו פי' רבינו וכו' אם רוצה כל שכרו וכו' נ"ב ז"א דא"כ מאי פריך בגמרא אמאי דקתני נותן שכר של חצי הדרך והא חייב להעמיד לו חמור אחר דברייתא נמי ה"ק דמש"ה אינו נותן לו אלא שכר חצי הדרך ועוד מאי חייב להעמיד לו חמור דקאמר ר' לכן נ"ל דר' ג"כ ס"ל כסברת הרשב"א ז"ל דחייב להעמיד לו חמור ממש אלא שאם לא הפסיד אין לו עליו אלא תרעומת ונותן לו שכר חצי הדרך וכן יסבור הרשב"א ז"ל דאין חיוב עליו אלא ליתן לו חמור ואם לא נתן והשכיר זה ביותר והפסיד מחמת שלא העמיד זה אין זה אלא גרמא בנזקין
שם דין ג' א"ל ספינה סתם וכו' חייב ליתן כל השכר נ"ב ול"ד להההיא דאתא מיטרא דכל אונס דב' לא ידעי דהוי פסידא דפועל דהתם הפועל אינו יכול לקיים תנאו שהתנה ליתן לו ספינה סתם והרי נותן לו ספינה ולפ"ז במלמד אפי' אם חלה הבן הוי פסידא דמלמד דזה התנה ללמד והרי אינו לומדו שם דין ד' ואם מצא השוכר מי שישכיר וכו' נ"ב דוקא שמצא השוכר אבל אינו יכול לומר צא וטרח והשכר ספינתך כמ"ש גבי מתני' דהטעו פועלים דהתם לא נתקיים השכירות ועיין בתשו' הרשב"א סי' אלף וכ"ח:
שם דין ו' אבל אם סתרו כתב ה"ה ז"ל וכ"ש לפרש"י שפירש מזלו של שוכר גרם נ"ב והשתא אתי שפיר ההיא דערכין נתצו כהן חייב להעמיד לו בית וכן פרש"י ז"ל שם ואיירי אפי' בבית זה ודלא כהר"ן שכתב בפרק השותפין דאיירי בבית סתם הר"ש יונה סי' ב':
פ"ז דין ד' או יתן ויחרים כתב הבל"מ ז"ל י"ל ממ"ש פ"ג וכו' וכבר עמדתי ד"ז שם וצ"ע נ"ב ומדברי ה"ה ז"ל שם נראה דהיינו היכא שטוען לישתבע לי דאפילו בשטר הדין כן וע"כ לא קאמר הר"י בן מיגאש אלא היכא שאינו טוען לישתבע לי
פ"ח דין ד' היה עומד כתב הבל"מ ז"ל ותל"ט דעדיין ק' להרמב"ן ז"ל וכו' דבלא זו אלא קפידא וכו' להעמיד לו אחר נ"ב זו לא שמענו שיהא חייב להעמיד לו אחר ולא ינכה לו מן חבירו:

שם דין י"ג כתב ה"ה ז"ל ופי' אע"פ שלא כתב וכו' נ"ב אבל ר' בה' אישות כתב דמידי דנהגו הדיוטות לא אמרי' אף ע"פ שלא נכתב כמי שנכתב דמי:

פ"ט דין ד' ואם לא נאנסו וחזרו כתב ה"ה זיל כתב הרשב"א וכו' נ"ב אשוכר עליהן קאי אבל מטען בכל גונא. עוד שם ונמצאו אלו מפסידן עליו נ"ב לאו משום דמפסידין לו אלא כיון דדבר האבד הוי:

שם דין ח' כתב הבל"מ ז"ל קשה וכו' ה"נ הרי ירד להציל וכו' נ"ב לק"מ דזה לא נשכר אלא לילך ולבא והא הלך ובא משא"כ בנשכר להציל ולא הציל הא לא הציל ודלא כב"י

שם שכרו להביא כרובי ודורמסקנין נ"ב בפ' הגוזל אמר טעמא משום דעשה שליחותו משמע הא לא עשה שליחותו לא ואין להקשות מרישא דהשוכר את הפועל להביא שליחות דהתם השליחות היא ההליכה ושכר פסיעות הוא דנוטל והכי משמע בירושלמי בפ"ב דע"ז:

פ"י דין א' בין שמשכנו בשעת הלואתו נ"ב דברי רבינו עיקר דכיון דקי"ל דמשכון דנקיט לגוביינא נקטיה כדמוכח בפרק הזהב שוב ליכא לדחויי אימור דאמר ר"י שלא בשעת הלואתו כלו' ומטעמא דלגוביינא נקטיה דגם במשכנו בשעת הלואתו קי"ל דלגוביינא נקטיה ומ"ה פריך בגמרא דאיך קאמרי ר"א לית ליה לדר"י והא מודה ר"א בהיכא דנקטיה לגוביינא כגון היכא דהלוהו בשטר וכ"נ מפרש"י והשתא אתי שפיר מאי דקאמר נימא דרב יוסף תנאי היא אבל לרבה אתי שפי' דבהא פליגי דמר סבר לגוביינא נקטיה והוי כמשכנו שלא בשעת הלואתו ומר סבר משכנו בשעת הלואתו לזכרון בעלמא נקטיה והכי אמרו בפרק הזהב אבל דרב יוסף ודאי תנאי דהא לר"א אפי' תימא לזכרון נקטיה, מ"מ יהא חייב מדין שומר אבידה והשתא אתי שפיר ההיא דהאומנין ש"ש הם משום דתפיס ליה אאגריה ובפ' שור שנגח ד' וה' אמרו דלר"י אם תפסו ניזק לגבות ממנו נעשה עליו ש"ש ולפי זה אתי שפיר מ"ש הנ"י בפרק הגוזל בתרא דבניו של מלוה נעשו ש"ש על המשכון:

שם דין ה' וכן המראה דינר אם בשכר הראהו נ"ב בתוס' דפרקין משמע כדברי רבינו ע"כ:

פי"א דין ד' ואם לא א"ל כ' ה"ה והטעם שכל שלא אמר שכרן עליו נ"ב כפי' רש"י ז"ל וכ"נ מהרי"ף וברי"פ האומנין קאמר אי דאמר שכרכם עלי וכו' לא באומר שכרכם על ב"ה ואמאי לא משני לא סתמא:

הלכות שאלה

פרק ב' דין י"א ה"ז נכנס תחתיה נ"ב היינו משום דסתמא נתרצית שישתמש בה בעלה והיא מתחייבת לשלם כיון דאיכא פסידא לדידה וכשלא הודיעתו היא הפסידה אנפשה ועיין בתוס' שם:

שם כתב ה"ה ז"ל ס' הרב ז"ל היא נכונה דודאי כיון שהוא כלוקח נ"ב ולע"ד נראה דכל כה"ג שאין לאשה אלא פירות בלבד אין לבעל זכות בהם ועיין בה' אישות:

פ"ג דין ד' כתב הבל"מ והר' הנמקי דחה ס' זו מההיא דב' עבדים נ"ב לא הבנתי זה דהתם שאני דבעיקר השבוע' אינו יכול לישבע ודו"ק:

פ"ה דין א' כתב הבל"מ ז"ל ואיכא לאקשויי דמאי מקשה דמציל עצמו ותי' נ"י וכו' נ"ב ר' סבירא ליה דאפי' נתנו לשמור ה"ז פטור מטעם דהוי ממון שאין לו תובעין ולא קרינן ביה לשמור כמ"ש ה"ה ז"ל מ"ה אם אכלו חייב דהגבאי שואל ממנו שרוצה לקיים המצוה:

שם דין ז' והוא שיטעון דבר שהוא אמוד כתב ה"ה ז"ל ממה שנתבאר וכו' שמי שלקח כיס וכו' נ"ב נראה מדבריו דכמו שעשו תקנה במזיק ה"נ עשו בשומא משום דפושע מזיק היא דלפי הטעם שאמרו דהכא ה"ט משום דאית ליה דררא דממונא ק' א"כ אמאי איצטריכו בההיא דבטש בכספתא דחבריה לטעמא משום דעשו תקנה במזיק תיפוק ליה מהאי טעמא:

שם כתב ה"ה על הראב"ד וכו' וז"ק על דברי ר' שלפי דבריו היה לו למזיק נ"ב נראה לי לתרץ דהכא כיון דברי בחיובא הוא אלא שבא לפטור עצמו מטעם טענו חטים והודה בשעודים אי הוה טעין ברי לא כי אלא שעורים היה פטור כיון דטעין ברי שאינו חייב לו חטים משא"כ בטוען איני יודע אם חטים היו נמצא דהוו ברי בחיובא וספק בחזרה ול"ד לשוורים דהוי ספק בחיובא שאין התם משתלם אלא מגופו וליכא חיובא גבי מזיק:

פ"ו דין ה' טוען שנגנב נראה מדברי ר' שאם טענו יודע אני שפשעת בה וזה אומר לא פשעתי שנשבע שבועת התורה אבל מדברי ה"ה בפ"ב מהלכות שכירות אין נראה כן:

פ"ז דין י"א כתב ה"ה שאינו יכול להכריחו לקבלו ממנו תוך הזמן נ"ב נ"ל דה"ד בש"ח אבל לא בש"ש וה"ט דש"ח כל ששמר כדרך השומרים ה"ז נפטר אבל בש"ש דצריך שישב שם לשמור כמ"ש שם המפרשים גבי ש"ש ה"ז כפועל וכ"כ ת"ר שכל השומרים בשכר דמו לפועלים וקי"ל פועל חוזר בחצי היום:

הלכות מלוה

פרק דין ד' עבר בעל חוב ונכנס נ"ב ר' כתב בהדיא בה' גזלה דהוי גזלן ונלע"ד לישב דבריו דאבד או נשרף דקאמר היינו שלא באונס ומ"ה מתחייב אדמיו משום דהוי ש"ש

דהרי קנאו למשכון כדמוכח בתמורה ואין חיובו של ש"ש אלא בשעה שנאבדה כדמוכח ההוא דהיתה לו פרה שאולה:

שם כתב ה"ה ז"ל וכבר נתבאר פ"ג מה' גנבה שאין אדם לוקה ומשלם בבת אחת נ"ב ונ"ל איפכא דעל הלאו אינו עובר אלא עד שנשלף אבל משעת תפיסה נתחייב באונסין ודו"ק:

פ"ד דין ג' ומוציאין אותה מן המלוה נ"ב מדברי ר' נראה דיורדין לנכסיו וכ"נ בר"פ הגוזל ומאכיל ובתמורה בפלוגתא דאביי ורבא כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד יע"ש דלא כהריטב"א ז"ל בפ"ק דקידושין שכתב דרבית אינו גזל וקנאו המלוה ואם קידש בו את האשה מקודשת וכ"כ בפ' א"נ גבי יהיב ליה גלימא ודלא כהריטב"א שכתב בפ"ק דקידושין אההיא דמקשה תלמודא רבית מעליא ופרש"י ז"ל ואמאי קרי ליה הערמת רבית משמע דלא קש' ליה אלא אלשון אבל מקודשת מיהא הויא ולדידי נראה לדקדק איפכא משום דס"ל דאפי' לא יהא אלא אבק רבית אינה מקודשת דכיון דאינו יכול להוציא בדין מיד' לאו מידי קא יהיב לה כדמשמע בפרק מרובה גבי אתנן אסרה תורה יע"ש:

שם דין י"א בד"א כשהוסיפו עליו על חמישיתו כתב ה"ה וכו' יוצא במקום אחר כמתחלה נ"ב אפי' אינו יוצא כמתחלה כל שיוצא במקום אחר שם מטבע עליו ונותנו לו והוי כמטבע שהוזל וכ"כ התוס' שם ע"כ:

שם וה"ה למלוה על המטבע ופחתו ממנו נ"ב מדברי הרמב"ם ז"ל בהלכות אישות נראה דמלוה על המטבע ר"ל שפיר' לו מטבע ידוע ובזה אם פחתו ממנו יותר על חמישיתו מנכה לו מינה נשמע דכל שלא פי' מטבע ידוע אע"פ שפחתו ממטבע הראשון כיון ששניהם שוין כאחד נותן לו כי השתא וההיא דכתב הרמב"ם פי"ז איירי כששוה יותר ולפ"ז אין מקום למ"ש הר"ן שם דאם שוה יותר מה מועיל השעבוד:

שם דין י"ג י"ל שאין הוראה זו נכונה כתב ה"ה ז"ל זה הלשון מורה וכו' נ"ב צ"ע דלמ"ד בטלו ולא בטלו עדיין לא נגמר הלאו דלא תקח נשך ואפי' לסברת ר' דפסק כמ"ד קיימו ולא קיימו מ"מ ס"ל דעדיין לא עבר הלאו כמבואר בה' שחיטה גבי שילוח הקן ומדברי התו' בפרק הגוזל בתרא נראה דכל שלא נתן בתורת רבית אלא בתורת מתנה לא עבר אלאו ומש"ה כתוב בהג"א דת"ח מותר כל שהתנ' ליתן בתורת מתנה והשתא א"ש דלא אסרה תורה אלא כשנותנו בתורת רבית ומכל מ"ש יש תשובה לדברי הריב"ש שכ' דגבי רבית אין יורדין לנכסיו דליכא אלא עשה לבד דוחי אחיך וזה אינו כמ"ש:

פ"ו דין ב' לפי שלא התנה שילוהו וידור בחצירו נ"ב כלומר ואפילו בחצר דעביד לשכר וכ"נ מדברי הראב"ד:

שם דין ד' כתב ה"ה ז"ל ולא ראיתי לאחד מהמפרשים ז"ל מסכים עמו נ"ב התוס' סברי כסברת הראב"ד אבל לע"ד נר' עיקר כדברי ר' דהסוגיא דערכין מוכח דצד אחד ברבית הוי מן התורה ודו"ק שם שם דין ז' הורו רבותי וכו' ע"מ שיאכל פירותיה נ"ב קשה דמדבריו משמע דאע"ג דקצץ לא שיאכל פירות בשכר ההלואה דשרי ואלו בגמרא משמע דמאן דשרי במשכנתא ה"ט משום דלא קצץ ונראה מכאן דצד א' ברבית מותר מן התורה וכ"פ רש"י ז"ל דאפשר שלא יעשו הכרמים ול"ד למוכר באסמכתא:

שם והקנהו גוף זה לפירותיו נ"ב קשה א"כ אמאי איצטריך שיגביהם המלוה לקנותם כמ"ש בפ"ז:

פ"ז דין ג' ה"ז צריך לקנות מידו על כך נ"ב ה"ד כשאמר להסתלק לכשיביא לו אבל אם א"ל נסתלקתי מעכשיו דיו דלשון סילוק מהני אפי' היכא דגופו קני כדמוכח פ"ד מה' זכיה ועיין מ"ש בה' עבדי' פ"ח וכ"נ מחידושי הר"ן פ' השולח והרא"ה כתב דאם החזיר השואל תוך ימי שאלתו דפטור מאונסין:

שם דין י"ב כתב ה"ה ז"ל וכתב הרשב"א ז"ל כו' דהא יכול לחזור בו נ"ב כלומר דפועל יכול לחזור בחצי היום ולעד"נ דשאני הכא ששכרו לימים וכל יומא ויומא הוי שכירות בפני עצמו ונמצא דעדיין לא חל השכירות אבל אם שכרו לכל ימות הקיץ בסך מה חל השכירות מעכשיו ולא הוי מלוה ואף על גב דפועל חוזר בו בחצי היום מיהו כל שלא חזר גופו קנוי:

פ"ח דין א' וכן אם מכר לו מטלטלין כתב ה"ה ז"ל אבל הרשב"א ז"ל וכו' קצוב עכשיו נ"ב וכן נ"ל דעת רבינו מדכתב בראש הפרק אסור להרבות על המכר כיצד מכר לו קרקע או מטלטלין וכו' שזה דומה כמו שנותן לו עשרים בשביל שנותן לו מאה כדי להשתמש עד זמן פ' משמע דבסתמא שרי וע"כ צ"ל דאיירי בשאין לו שער ידוע:

שם דין ה' קודם שיגמר וכו' נ"ב נראה דה"ד שהפירות באו לעולם הוא דאסור אבל אם לא באו עדיין לעולם שרי שאפשר שילקה ונמצא שאינו קרוב לשכר:

שם נ"ב אף על גב דכל שהוא סמדר יכול להקנותו כמ"ש רש"י ז"ל בפ' הרבית גבי פירות דקל מיהו כיון שהמוכר צריך לעבוד את השדה מיחזי כי אגר נטר מה שאין כן בזמורות שא"צ שום עבוד' אלא כיון שאם לא החזיק בקרקע עדיין לא קנה נמצאו המעות הלואה והוי אגר נטר ממש וכן נראה מדברי ה"ה סוף פרק ט' ולפ"ז נ"ל דאם עבר ולקח פירות סמדר המקח קיים כיון דאין כאן אלא משום דמחזי כרבית ואצ"ל אם אין המוכר צריך לעבוד את השדה:

שם דין י"ב או אם נטרפו הרי הן ברשותו הרי זה מותר נ"ב ואף על גב דאם מתו הרי הן למקבל כיון דאם הוזלו או נטרפו הם ברשות הנותן שרי:
שם דין ט"ו השכיר לו בהן מקום ששוה שכרו וכו' נ"ב נראה דוקא בשכירות קרקע כיון דשוה כל כסף דמטעם זה אין אונאה לקרקע אמרינן סבר וקביל אותו בד' אבל אם מכר לו חפץ ששוה שנים בד' לא אמרינן סבר וקביל בד' אלא מתנה הוא דמחל לו הב' וכן נראה מפרק הספינה גבי מכר לו את הצמד לא מכר את הבקר:
פ"י דין א' ואלו רצה היה קונה מחזיר נ"ב מדברי ר' נראה דאיירי ביש לו מעות וכ"כ בפרק זה גבי פוסקין על שער שבשוק שלא אמרו חכמים פוסקין על שער שבשוק אלא בנותן לו מעות עכשיו:
פי"ז דין ט' כ"מ כתב הר"ן אם לפחות אם להוסיף נ"ב צ"ע אי איסור זה משום צד א' ברבית ועיין בתשובת רש"י ז"ל שהביא בלחם רב והוא בסי' י"ג:
פכ"ה דין ו' כה"ה ז"ל ומדברי רבינו נלמוד למחייב עצמו ליתן מנה וכו' נ"ב וכ"נ מדברי הר"ן והרא"ש בפ"ק דקדושין גבי התקדשי לי תנהו לכלב וכו' כתבו שאין הערב מתחייב אלא בשמגיע זכות לאחר שעל ידי זכותו של זה מתחייב זה:
פכ"ו דין ו' בד"א כשאמר לו הלוה אבל אם עמד וכו' נ"ב מדברי רבינו נראה דאם נעשה ערב מעצמו דאע"פ שתבע חחילה ללוה ולא נמצא לו והלך ונפרע מן הערב בדין ה"ז פטור כיון שלא אמר לו תחילה ערבני ועל זה תמה הראב"ד ז"ל דלמה דהא לא דמי לפורע חובו של חבירו דפטור דלא אהנהו כלום אבל הכא הרי על פיו הלוה לו והוא נתרצה ולוה ומדברי ב' התרומות בשער מ"ו גבי ערב לעובד כוכבים נראה כסברת הראב"ד ז"ל:
פכ"ז דין ט"ז ואינו נוטל אלא ק' אסתירות שיד בעל השטר על התחתונה נ"ב עיין בהלכות ערכין דשייך לכאן ובבעל התרומות ע"כ:

הלכות טוען ונטען

פרק א דין ז' כ' ה"ה ז"ל דודאי כל זמן שהוא עצמו אינו טוען יודע אני אינה טענת ברי ע"פ אחר נ"ב עיין בפ"ב מה' נערה דין י"ג ומ"ש הבכ"מ שם:
פ"ד דין א' ק' דינרין מסרתי לך לא מסרת לי אלא צרור של דינרין נ"ב נראה דהתובע טוען ק' דינרין מסרתי לך בחשבון וזה משיב לא מסרת לי אלא צרור ולא מנית אותן בפני אבל אם טוען כיס מסרתי לך והיה בו ק' דינרים וזה משיב איני יודע כמה היה בו אם ק' אם חמשים הרי זה טען דבר שבמנין שכך אמר והיה בו מאה דינרים וזה שהשיב איני יודע כמה דינרים היו הרי מודה בדבר שבמנין לפחות בב' דינרים והרי הודה לו מקצת

ממה שטען מה שאין כן באומר לא מסרת לי אלא צרור שלא הודה לו כלל במה שטען שזה טוען מאה זהובים וזה אומר לא מסרת לי זהו' אלא צרור וכ"נ מדבריו בה' שאלה:
פ"ה דין ב' כתב ה"ה וכן החופר בשדה חבירו ומפרש ר' וכו' ואע"פ שתביעתו היא דמים כיון שהיא מחמת קרקע נ"ב ואף על פי שתביעתו דמים מיהו כיון דאין זה חייב לשלם לו דמים אלא לבנות מה שסתר למלאת החפירה חשיב תביעת קרקע ועיין בפרק ט' מהלכות גזילה ע"כ:
שם דין ו' כתב ה"ה ג"כ ישבע שאינה ברשותו מדין גלגול נ"ב שם נראה דעיקר השבועה היא שאינה ברשותו:
שם פרק י"ד דין י"ד כתב ל"מ עוד כתב ה"ה וי"מ צריך הוא שני חזקה כו' אך ק' מגו דאי בעי אמר לא היה שלי נ"ב לא מהני האי מגו דלא היתה שלך כמו שכתב הרא"ש וכ"כ מהרש"א דף ק"י ע"ג:
שם פט"ו דין ב' העיד הא' כתב הל"מ וכו' ועד אחד בהכחשה וכו' וכיון דאין כאן עדות וכו' נ"ב ול"נ דאף אם נאמין העדים אינו יכול להוציא הפירות מכח העדים שמעידים דאכלה ג' שנים דאם כן הרי יש לו שני חזקה:

הלכות נחלות

פרק דין ו' חלק בכורה קודם חלוקה נ"ב כ' הרי"ף ז"ל דהיינו דוקא בגוף אבל לא בשבח וכ"כ הרא"ש ומטעם זה ממכרו קיים ולפי זה נראה דלית להו פירוש רשב"ם ז"ל בבכור שמיחה אבל הרא"ש ז"ל הביא פי' רשב"ם וצ"ע:
שם דין ז' וכשם שאינו כתב ה"ה ז"ל והרי הוא כבעל וכו' נ"ב נ"ד דבעל משעת מיתה זכה בנכסים אבל יבם אינו זוכה אלא שחייבם והשבח שהשביח בין מיתה ליבום ראוי הוי:
שם פ"ד האומר זה בני כתב הל"מ הטור וכו' מכל מקום בנו האמינו תורם נ"ב כן כתב הסמ"ע אבל א"נ כן מהגמרא דקאמר מפני מה האומר זה בני נאמן מגו דאי בעי מגרש לה אלמא אין ההיכר לומר זה בני וכן נראה מדברי ה"ה פ"ג מהלכות יבום:
שם דין ד' כתב הראב"ד אבל אם העיד עליו שאמו משוחררת נ"ב נ"ל דדוקא באומר בני הוא שנשתחררה אמו הוא דאינו נאמן דלא אמרי', מגו לחצאין אבל באומר שחררתי את עבדי נאמן כיון דבידו לשחררו עכשיו וכן הוא דעת רבו:
שם כתב הל"מ על מ"ש ה"ה דאוקי חזקה וכו' אבל ק' וכו' משום האי מגו דשחררו נ"ב נהי דבידו לשחררו אבל אינו בידו לגיירו ע' פ"י מהלכות גירושין ועוד טעם אחר דמגו הכא לא מהני כמ"ש ה"ה פט"ו מהלכות איסורי ביאה דלבוא בקהל צריך ראיה ומעלה עשו ביוחסין:

שם דין ח' השביח השתות כ' ה"ה והטעם מפני שזה ודאי וכו' נ"ב ולי נראה דהטעם מפני שגוף הקרקע לראובן וע' במהרי"ט בח"א סי' נ"ט ובפ' כ"ח מהלכות מלוה בדין ב"ח אומר אני השבחתי והיתומים אומרים אנו השבחנו וצ"ע בטא"ה סי' ן' בשבח סבלונות:

שם פרק ו' דין ה' אבל אם נתן מתנה נ"ב וכי אמר וכל לשון מתנה ליורש הוי ירושה היינו היכא דנתן כל נכסיו וה"ט כמ"ש רשב"ם ז"ל יע"ש וכ"נ מההיא דאימיה דרב עמרם דהוה לה מלוגא דשטרי ודו"ק והכא אע"ג דחילק כל נכסיו מ"מ דעתו היה משום מתנה שהרי יודע היא שאינו יכול להעביר ירושת בנו הבכור וסתמא אין אדם מוציא דבריו לבטלה:

שם פי"א דין י"א ומי שנשתט' כ' מרן בכ"מ וגם כי ממונו של אדם משועבד לעשות ממנו צדקה נ"ב לא הבנתי זה דממונו של אדם אינו מתחייב אלא מדין ערב וכיון שהשוטה פטור מן המצות נכסוהי נמי לא מיחייבי:

הלכות סנהדרין

פרק ג דין ו' שנים שנכנסו כתב מרן כ"מ מ"מ רבינו מסכים נ"בעיין ספ"ה מס' עדות:

הלכות עדות

פרק ג דין ד' מרן כ"מ אך ק"ל אלמא דמדאורייתא עדים החתומים נ"ב היינו בשלא קרא עליו ערער וכן כתב ר' בהלכות גרושין ולפ"ז מה שאמרו בגמרא כיון דקיום שטרות דרבנן ה"פ כיון דמאי דמהני הקיום הוי מדרבנן והשתא אתי שפיר ההיא דנאמנים העדי' לומר אנוסים היינו כל שאין כת"י יוצא ממקום אחר כיון דיש בו מערער ולפי פרש"י ה"ט כיון דחכמים הצריכו קיום. שם דין ה' ומ"ש וכן אינו יכול להוסיף וכו' וכיון שאין דברים אחרונים סותרים לראשונים נ"ב צ"ע ל"ל להאי דלו יהא סותר לגמרי מצי הדרי בהו כיון דעפ"י מתקיים ותוך כדי דיבור כדיבור דמי ואיברא דרש"י כ"כ אבל לדעת רש"י יש ליישב דאיצטריך לזה משום דאי לאו הכי לא אתי ע"פ ומרע ליה לשטרא אבל ר' דסבירא ליה דאפילו בע"פ לא מהימני

פ"ד דין ז' אבל אם העידה וכו' בצד ימין נ"ב ע' בהלכות אישות פ"ד מה שנסתפק הכ"מ אם צריכות שיהיו במקום אחד:

שם מרן כ"מ ודין זה דשתי שערות ולענין גטין נ"ב ע' בהלכות אישות דאפילו אחת נאמנת:

פ"י דין ו' וכיוצא בו ה"ה פסול מדבריהם נ"ב עיין הרב מהרי"ט בא"ה סימן מ"ג:

שם דק ו' מרן כ"מ ואפשר דה"ט שכל שלא וכו' מורה ואמר כיון שאנו וכו' נ"ב אינו נראה כן מדברי ר':

פי"א דין ז' אבל החשוד על דבר אינו נאמן על שלו כו' נ"ב נ"ל מההיא דסנהדרין החשוד על העריות נאמן בעדות אשה לעיולה אבל לא לאפוקה וע' במ"ש ה"ה בהלכות גירושין פרק ו' דין ז':

פי"ב דין ד' מרן כ"מ כתב הטור וכו' ומשמע דכשהחזיר וכו' וצריכים תשובה נ"ב עיין בהלכות תשובה בדבריו:

פט"ו דין א' לפיכך בני העיר נ"ב אבל אחד מקרובי בעלי העיר יכול להעיד ול"ד להההיא דקרובי הערב דאינם יכולים להעיד ללוה דהתם על פי עדותם מתחייב הערב אבל הכא אינו מעיד לקרובו כלל אלא ממילא מטיא להו הנאה כך למדתי מפי' בפ' ז"ב גבי אשת חורגו יע"ש דף כ"ח:

הלכות ממרים

פרק ו דין י"א הממזר חייב בכבוד אביו נ"ב כך מוכח מהסוגיא שם דקאמר כבוד שמים עדיף ומפרשי לה בשלא עשה תשובה אלמא דאפ"ה חייב בכבודו דלא חילק הכתוב במצות כיבוד בין צדיק לרשע והא דקאמר בהניח להם אביהם פרה דמחזירין מפני כבוד אביהם ואי בשלא עשה תשובה הא לאו עושה מעשה עמך התם ליכא למיחייבינהו משום כבוד אלא משום בזיון וכמ"ש התוס' בפרק הכותב דף פ"ו ד"ה פב"ח מצוה דהוי מ"ע שמתן שכרה בצדה:

הלכות אבל

פרק א דין א' כתב הבעל"מ ד"ה שהוא יום המיתה ואפי' נתרץ לקושיא זאת מה שתי' הר"ן ז"ל בשב ואל תעשה נ"ב לא הבנתי זה דתשמיש המטה קום עשה הוי ודוק בהר"ן ע"ב: א"ה אחר שנתפס כל מש"ל נמצאו חידושים אלו:

הלכות ע"ז

פ"ד דין ט"ו כתב הנ"מ שכן כתב בהלכות בכורים פ"ו משמע דבגבולין ממון גבוה נ"ב עיין מ"ש שם הבכ"מ:

שם פ"ז דין ה' אי נמי יש לומר דתרתי בעינן משיכה ונתינת המעות נ"ב תרתי בעינן דכל דלא משך לא מיחזי כע"ז ביד ישראל ואי משך ולא נתן מעות ג"כ לא מיחזי כע"ז ביד ישראל וכן מפורש בגמרא בפ' בתרא:

הלכות שבת

רפ"ק ב דין י' כ"מ כגון כוחל שהוא אסור מפני שהוא ככותב נ"ב כ"כ בפכ"ג ונ"ל דהתם איירי בבריא דליכא למיחש לשחיקת סמנין וכל היכא דליכא למיחש לאיסורא דאורייתא התירו שבות וראיה מצפורן שפירש' רובא ומפיס מורסא דכל אלו התירו

משום צערא שם דין י"ד ה"ה משמע דלכל צרכיו מחללין ואע"פ שאין במניעת הדבר שעושין לו סכנה נ"ב אין נראה לי כן דאברייתא דאם היתה צריכה לנר מדליקין לה פריך בגמ' פשיטא כלומר והא הוי פיקוח נפש ואם כדבריו לימא דחידושא אשמועינן דמדליקין לה אע"פ שאין במניעת אותו דבר סכנה:

שם דין ך' ל"מ כתבו התוס' ויש לתמוה וכו' ולא נשאר בהם עוד אלא א' נ"ב גירסת התוס' בספרים שלנו כן הוא ולא נשאר בהם עד א' כלומר אפי' א':

שם ולשון ה"ה שכתב בענין זה הכל מבואר נ"ב ומ"ש ה"ה וא"ת פשיטא דהרי זה כתשע חניות דספיקו אסור מדין קבוע לק"מ דבעלי חיים דניידי אמרינן כל דפריש מרובא פריש וכ"כ רש"י ביומא ובהכי א"ש מ"ש הר"ן ז"ל ביומא גבי שמעתין ז"ל דאע"ג דמדינא כיון דניידי הוה לן למימר כל דפריש מרובא פריש הכא משום פיקוח נפש וכו' יע"ש:

שם פ"ו דין ך' כ"מ מהצד היותר קרוב לבית ישראל דכיון שזו אינו אלא חששא נ"ב ול"נ דה"ט משום דהוי איסורא דרבנן דמיחזי כשליחותו ולא שליחות ממש:

שם דין כ"ג ה"ה והרמב"ן ז"ל וכו' אפי' בשוגג המתנה נ"ב זה א"נ דכל שנעשה בשוגג לא שייך לומר כדי שלא יהנה ממלאכת שבת ודוק בפרש"י ז"ל בשמעתין:

פ"י דין כ"ג ל"מ ואי מתני' ביש לו כונה וכו' זה א"א וכו' אינו אלא בשאין לו כונה נ"ב כונת הרמב"ן הכי הוא דכמו שמי שישב בבית ונמצא שהיה שם צבי אינו חייב לקום דכשצד אותו לא היה בו מחשבה ועתה כבר נצוד ועומד והמלאכה ומחשבה אינם באים בבת אחת ובעינן מלאכת מחשבת ה"נ כשהשני ישב בשעת ישיבה ליכא שום מלאכה דנצוד ועומד וכשהלך הראשון אינו עושה שום מלאכה אות' שעה כדי לחייבו דהחיוב הוא על שעת ישיבה ובאותה שעה לא עשה שום מלאכה:

הלכות שביתת עשור

פ"ב דין ך' ל"מ כתב ה"ה ק' כו' דהוי איסור תורה ומ"מ בעי צירוף כו' נ"ב דברים אלו צ"ע:

הלכות יום טוב

פ"ב דין א' ל"מ כתב ה"ה ק' דאפילו לדעת יש אוסרין איך אסור לחולה שיש בו סכנה נ"ב מיירי שיש אחרים ג"כ ואינו יכול לשוחטו דשבת דחוייה היא:

שם בל"מ דין י"ד ובלבד שיהיה לה פותחת וכו' ועוד אפי' חוץ לתחום וכו' דומיא דחיה שקננה בפרדס נ"ב לק"מ ודו"ק:

הלכות חמץ

פ"ד דין ה' ל"מ ישראל שהרהין חמצו וא"ת לר' כשהקשו לימא לוקמא בשלא הרהינו והגיע כו' נ"ב מי לא הרהינו במאי קנאו ולא הבנתים:

הלכות אישות

פ"ב דין ך' ל"מ אלא שקשה טובא לזה מה שכתב ה"ה ז"ל דכן נראה מן ההלכות דבהלכות אמרו דבחליצה וכו' נ"ב אשתמיט מיניה דברי הרמב"ן ז"ל במלחמות שם יע"ש כדברי ה"ה ז"ל:

פ"ד דין א' אבל האיש שאנסוהו ל"מ מהדורא ב' ועוד ק' על רבינו למה חילק בין קרבן וגיסי נשים למכירה נ"ב לק"מ דמן הדין לא בעינן שיאמר רוצה אני מכיון דהוא עושה הדבר מעשיו מוכיחין והוי כאלו אמר רוצה אני ובגיטין דבעינן רוצה אני הרי טעם דשמא מסר מודעא וה"ק בגמרא בפי' אבל בקרבנות דלא עביד שום מעשה צריך שיאמר רוצה אני:

שם דין ז' ואם היתה מבת עשר שנים וכו' ל"מ שם ואין לומר וכו' אלא הכונה וכו' דחזקה דהיא יודעת לשמור וכו' דא"כ גם במכירה נ"ב לק"מ דלענין קדושין דבעי' שיודעת לשמור כל שהיא בת עשר סתמא יודעת היא לשמור אבל שיהיה יודעת במקח וממכר מסתמא לא אמרינן הכי:

פ"ה דין ה' וישראל שקדש במ"ע ל"מ מ"ב נ"ל וכו' אע"פ שיש לחלק וכו' מ"מ כל כמה דלא מיפקר וכו' נ"ב ק"ק הא דאמרינן בפרק אלו עוברין גבי חלה הואיל ובעי מתשיל עליה ממוני' הוא ועובר עליה:

פ"ז דין ג' ה"ה ז"ל ואם איני כדאי וכו' שהרי מצינו שיש קפידא באומר ע"מ שאני עני וכו' נ"ב ל"ד דודאי כל שהתנה ע"מ שאני עני אף על פי שאין קפידא בדבר מ"מ כל שהתנה צריך לקיים תנאו מידי דהוי ע"מ שאין עליך מומין ושום נדר דהוי אפי' מום ונדר שאין בהם קפידא אבל באו' ע"מ שיש לי בית במקום פ' כיון שאין קפידא בדבר אמרינן דאינו נכנס בכלל התנאי ושיהא דוקא במקום פ':

שם דין כ"ג המקדש ע"ת וחזר מרן כ"מ בפ"ח כתב הר"ן וכו' אבל זו שמשעה א' לא היתה מקפדת וכו' שלא להנאתה התנית נ"ב לא הבנתי דאם שלא להנאתה התנית א"כ יכול הוא לבטל התנאי וכ"נ מהירושלמי גבי על מנת שביתי רחוק מן המרחץ ונמצא קרוב דיכולה לומר בעית מטרפסא אזלא וכו' אלא נ"ל דכיון דהוא התנה להנאתה והיא היתה צריכה להתנות לא מצית היא למחול התנאי דלא אמרו למחול התנאי אלא במי שהוא בעל התנאי:

פי"א דין ד' אבל החרשת והשוטה ל"מ מ"ב וק' דבפרק אלו נערות וכו' וצ"ע נ"ב עיין במלחמת השם שם:

הלכות גיטין

פ"ט דין מ' עושה שליח אחר בתוך ל' יום נ"ב מתוך סוגיא דשמעתין נראה דאינו יכול לעשות שליח בתוך הל':

הלכות יבום

פ"ג דין ג' ל"מ כתב ה"ה ותימה דאפי' כר' נתן לא אתיא כו' נ"ב לפי תירוץ שני של התוספת לק"מ ודוק ע"כ והוא בקדושין דף ס"ד ע"ב סד"ה רבי סבר:

שם בל"מ באותו דבור א"כ מה נסתפק ה"ה וכו' אלא ודאי דמאי דקאמר בגמרא דלא מחזיק וכו' נ"ב לפי דבריו קשה מאי הקשה הר"ן דאמאי לא אוקמוה מתני' במוחזק לן באתי דהא מתני' איירי דמוחזק לן דלית ליה בני עיין במהרש"ך ח"ג סי' קי"ט ומהרשד"ם י"ד סי' קצ"ו:

הלכות מאכלות אסורות

פ"ח דין ט"ו ל"מ וא"כ לדבריו ק' מדידיה אדידיה נ"ב נראה שהוא סבור דהבכ"מ ס"ל דר' פסק כמ"ד חולין שנשחטו בעזרה דאורייתא ועיין בפ"א מה' חמץ שכתב הבכ"מ דר' סבר דחולין בעזרה דרבנן ועיין פ"ב דנזיר:

הלכות שחיטה

פי"ג דין י"ח ולא קנה לו חצרו וכו' נ"ב יש לדקדק במ"ש כשם שאינו יכול לזכות כך לא תזכה לו חצרו דמאי כשם והכי הו"ל לומר דאין חצרו ניחא ליה דתקני ליה איסורא:

הלכות שבועות

פ"ד דין י' מרן הכ"מ והראב"ד כתב וכו' ואיני רואה כאן שבוש וכו' וגבי היום אין כאן תוספת נ"ב ה"ט דכיון שאכלה היום לא מצאה השבועה הב' מקום לחול וכ"נ מתשו' הרא"ש שהביא בח"מ סי' ע"ג והרשב"א סי' תקע"ח:

הלכות נדרים

ספ"ה כתב מרן כ"מ ובתרו' אפשר דהוי משום דהוי דבר שיש לו מתירין נ"ב תרומה הוי מגזירת ח"י דבר ובפי' אמרו בגמרא דלא הוי דבר שיש לו מתירין דבשלמא נדרים מצוה לאיתשולי עליה משום דכל הנודר כאלו בנה במה ובשבועה לא שייך ה"ט אלא כיון דיכול לאיתשולי עלה חשיב דבר שיש לו מתירין אבל תרומה לא מצי לאיתשולי עלה אלא בדוחק ע"י פתח אבל לא ע"י חרטה והא דנקט בגמר' משום דכל הנודר כאלו בנה במה לרווחא דמלתא נקטיה וכ"נ מדברי התוס' בפרק מרובה דס"ה ד"ה מעיקרא טיבלא והשתא תרומה יע"ש:

פ"ח דין ג' שאיני נושא פלו' הכעורה ונמצאת נאה נ"ב אבל אם נעשית נאה אח"כ אינו מותר דאין זה כתולה נדרו דלא שכיח האי גוונא ע"כ:

חידושים על טור יו"ד

דף ב ע"א כתב מרן ז"ל וז"ל ומשמע מדברי הרשב"א והר"ן ז"ל דאפילו רוב העיר כותים כיון שרוב וכו' עד ומ"מ פי' א' נראה יותר וכו' נ"ב זה אינו ראיה דהרוב העיר שאמר בגמ' קאי ארשב"א:

דף ע"ב כתב מרן באמצע לשונו וכן נראה מפשט דברי הרמב"ם נ"ב וכ"נ לפי מ"ש הר"ן ז"ל שם:

דף נ"ח ע"א כתב מרן ונראה שכל זה בבשר שלא נמלח שאלו נמלח אף על גב דבתר הכי אסמיק שרי ע"כ נ"ב לסברת הרמב"ם א"כ ועיין בהר"ן פ' כל הבשר גבי דגים ועופות שמלחן זה עם זה:

שם ע"ד כתב מרן ז"ל ונ"ל שהוא סובר דכל שנבלע בו דם אינו יוצא ממנו ע"י מליחה וכו' נ"ב עיין לעיל גבי השובר מפרקתו של בהמה בסימן שקודם זה מ"ש הב"י ז"ל בשם הרשב"א דנראה סותר לזה:

דף ע"ד ע"ב כתב מרן והא דאין נקחין ממי שאינו מומח' וכו' עד וכ"כ הר"ן בשם הרמב"ן בפרק אלו טריפות וכו' נ"ב אבל מדברי הר"ן ז"ל ס"פ אין מעמידין נראה דבדגים לא סגי באומר של עוף פ' וטהור הוא:

דף פ"ה כתב הטור ז"ל וז"ל כתב הר' פרץ ז"ל יש רוצים להתיר בשר רותח וכו'. עד וסגי בקליפה כו' נ"ב בסי' י' הביא הטור וז"ל הא דכתב הרשב"א ז"ל דאין בית השחיטה רותח גמור הוי נראה דהרי"ף לא ס"ל הכי מדאיצטריך הכא להאי טעמא:

דף צ"א ע"ג כתב מרן ז"ל וכן פסק הרמב"ם בפ' י"ג מהלכות תרומות וכו' עד ונ"ל דאפילו להרמב"ם אין ללמוד מתרומות וכו' נ"ב מהרא"ש ז"ל השיג עליו דהרמב"ם ז"ל כתב בפ' ט"ז גבי יין וע"ש ואין משם ראיה דהרמב"ם ז"ל ל' הגמרא נקט ויפרש פי' כפי' הרא"ש ז"ל וכ"כ הב"י בה' יין נסך ע"ש.

דף ק ע"ג ומ"ש ר' או שאוכלם כלום אדם א' וכו' זה לא מצאתי וכו' נ"ב עיין בב"י ז"ל סי' ק"ט מ"ש בשם סמ"ג:

שם דף ק"ב ע"א כתב מרן אבל אם היה חביות של ב' בני אדם וכו' עד דומיא דב' שבילין נ"ב וכן פסק הש"ך אבל אין נראה כן דכל שבא ואמר ב' קדירות היו של היתר ולפניהם

ב' חתיכות א' של היתר ואי של איסור ונפלו אלו לתוך אלו ה"ז כמי ששאל על ב' בבת אחת והכי משמע במס' נדה פ' האשה וכ"כ הרמב"ם פ' י"ט מה' טומאה אוכלין ודו"ק:

דף ק"ו ע"ג כתב מרן ז"ל באמצע לשונו וכתב עוד סמ"ג ר"ח תפס שעתו כריב"ל כו' עד אבל גבינות של עובדי כוכבים וכו' נ"ב כ"כ הר"ן פ' השולח ועיין בתשו' הרא"ש ז"ל כלל ב' גבי סדין בציצית:

דף ק"ח ע"ד כתב מרן ז"ל כתב בא"ח עופות טמאים מותר לגדלן וכו' עד במציל מידן מותר נ"ב כתב פ"ח דה"ה אם שלח דורון לישראל מותר לקבלן דהוי כמציל מידו ועיין בסי' קמ"ח גבי עובד כוכבים ששלח דורון לישראל:

דף ק"י ע"א כתב הטור ז"ל החשוד לאכול דברים אסורים וכו' נ"ב אם לתיאבון חייב אלפני עור וכו' כמ"ש הב"י בסי' ב':

שם ע"ב כתב מרן ז"ל התם כדקתני רוצה בתקנת בתה נ"ב עיין בהרמב"ם פי"א מה' מעשר:

דף קי"ט ע"ג כ' מרן באמצע לשונו אבל אם קבל עליו שלא לעבוד ע"ז וז' מצות בני נח אינו עושה י"נ נ"ב צ"ע דהוא כ' איפכא לקמן דף ק"ך ע"א באמצע לשונו כתב הרשב"א כבר ביארנו שגר תושב וכו' עד וחכ"א כל שקיבל עליו ז' מצות וכו' ההיא לא לענין יין נסך וכו' דף קכ"ז ע"ב נ"ב דיני חשוד עיין במהריק"ו שרש נ"ג:

שם ע"ד כתב מרן ז"ל בסוף לשונו וק"ל דבפ' האומר אמרינן מקוה כו' עד עד א' נאמן באיסורין נ"ב לק"מ דהתם הוי משום דיכול להתברר ועיין בהרא"ש ז"ל פרק הניזקין:

דף קכ"ח כתב הטור ומותר ליחד אצלן וכו' נ"ב והרשב"א כתב אצלנו ודברי הטור צ"ע דכיון שאינו מקפיד על מגע עובד כוכבים ורש"י ז"ל שכתב ולמגע עובד כוכבים דאתי מעלמא לא חיישינן דכיון דאין לו הנאה אינו מניחו היינו משום דס"ל דמקפיד הוא על מגע עובד כוכבים ואע"ג דאינו שלו מ"מ כיון דאין לו הנאה אינו מניחו:

דף ק"ל ע"ג כתב מרן ז"ל כתב הרשב"א לא התירו וכו' עד השתא מידכר לחמרא ואתי וכו' נ"ב לק"מ דהלא לא התירו מחמת טענה זאת אלא כשיצא הישראל בהול כגון ששמע קול תפלה ומ"ה א"ש דנקט הכי ולא נקט דהלך להתפלל משא"כ השתא מדעתו בלא שום טירדא לא שייך לומר עתה יזכור:

דף קל"א ע"א כתב מרן ז"ל באמצע לשונו ויש לתמוה עמ"ש שאם יש ישראל א' חשיד וכו' עד רוב גנבי ישראל נינהו נ"ב התם הוו גנבים ישמעאלים נמי:

דף קנ"ה ע"ג כתב מרן ז"ל באמצע לשונו וא"ת מ"מ אסור לעשות כן וכו' עד אפי' בסאה אחרונה נ"ב התם ה"ט משום שמשך ואפי' לא משך אינו יכול לחזור משום דמן הדין מעות קונות ואיכא מי שפרע:

דף קל"ו ע"ב כתב מרן באמצע לשונו ומדקאמר הואיל ולא נתייחד וכו' דייק הרשב"א שאם נתייחד שיעבודו אסור וכו' נ"ב ה"ט משום דסברי דעובד כוכבים קונה בין במשיכה בין בכסף:

שם כתב הטור אם לא הקדים לו דינר מותר נ"ב עיין בטא"ח בה' פסח סי' ח"ן:

שם כתב מרן ז"ל ומ"ש ר' ואינו נראה וכו' אין ספק שלא ראה דברי הרשב"א וכו' עד מנתן לה טלה באתננה וכו' נ"ב ל"ד דהכא כיון דהיין בעין מיד נקנה לו מה שא"כ באתנן. סמוך ונראה כתב אבל לעיל בדין ישראל המוכר יינו לעובד כוכבים נראה דאין העובד כוכבים קונה בדמים וצ"ל דס"ל דאע"פ דאין העובד כוכבים קונה בדמים ישראל מעובד כוכבים קונה בדמים:

שם ע"ד כתב מרן וז"ל כתב הרשב"א וכו' דאין העובדי כוכבים בקיאים וכו' עד אפי' בהמתן ואביא לך וכו' נ"ב וכן משמע בתוספות דף ס"ב ע"ב ד"ה שכרו לסתם יין לכתחלה ודאי אסור ועיין תשובת הרשב"א והביאה הב"י ז"ל בסי' שאחר זה שאסור לישראל להיות תורגמן בסתם משום. דרוצה בקיומו:

דף קמ"ז ע"ב כתב מרן ז"ל ומ"ש הרמב"ם ז"ל דע"א הנמצאים מושלכים וכו' עד ואין כאן מקום להאריך נ"ב טעמו דהרמב"ם ז"ל הוא פשוט דלרבנן כל הצלמים מותרים כל דאינם עומדין בפתח מדינה והא מתני' דהמוצא שברי ע"א ר"מ היא דפליג עלייהו והכי אמרי' בפי' רש"י בגמ':

דף קמ"ח ע"א כתב מרן ז"ל באמצע לשונו ודע שהרא"ש כתב בפרק כל הצלמים גבי שבעת בולט וכי' נ"ב דברי הרא"ש צ"ע במ"ש אח"כ בשם הר"ת:

שם כתב הטור ז"ל אפי' בשוקעת נמי וכו' נ"ב דין זה צ"ע דכל היכא שהיא שוקעת לא שייך למיחש לע"ז וה"ק בגמרא התם בחותמה בולט ומשום חשדא וכ"נ מדברי הר"ן ז"ל:

דף ק"ן ע"ב כתב הטור ופי' ר"ת דאפילו לרש"י ז"ל אם אין הרחים והתנור עומדים בחצר וכו' נ"ב מדכתב ר"ת דכל האיסור ליתן מכס לע"ז הוא משום דהוי לצורך תקרובת הא לאו הכי מותר יש תלמיד ג"כ לרש"י דאיסור הנאה לא הוי אלא כשעומדין בחצר ע"א:

דף קנ"א ע"א כתב הטור חלילין של ע"א וכו' נ"ב עיין בהר"ן גבי מתני' בעיר שיש בה ע"א ע"ש:

שם כתב מרן דבגמרא איכא תרי לישני נ"ב וצ"ע על הטור דפסק כלישנא בתרא:

שם כתב מרן באמצע לשונו אבל גינה ומרחץ להנאת עבדי וכו' ב ומ"ה ליכא משום נהנה ודלא כרש"ל שכתב דאיירי שכל העולם נהנין ממנו שלא בטובה אבל אם מוכרן ליחיד לא:

שם ע"ב כתב הטור ופי' ר"י דוקא שמכר בהדיא וכו' עד מה שהחליף וכו' נ"ב הכי משמע מדברי התוספות ז"ל דף מ"ח וז"ל אבל זה מחובר ואין דעתו שיהא ע"א אלא רק מה שהחליף משמע דאם דעתו לאוסרו כולו אסור ודלא כב"ח אבל ק' דבסוף שמעתין אמרו אי בעית אימא רבנן גידעו ופסלו איצטריכא ליה סד"א כיון דעביד מעשה עיקר אילן ליתסר קמ"ל:

שם ע"ד כחב מרן ז"ל בסוף לשונו כדאמרי ר"י גבי לבינה וכו' נ"ב הטור וז"ל איירי בעובד כוכבים דע"א שלו נאסרה מיד ובזה מודו התוס' ז"ל ע"כ:

דף קנ"ב ע"ב כתב מרן ז"ל באמצע לשונו ומדקתני אסור סתמא משמע דלית ליה וכו' נ"ב הא דקתני אסור משום דהוי כמחליף ע"א ועיין במ"ש רש"י ז"ל בפי' המשנה:

שם בסוף לשונו כתב מרן ז"ל ומ"מ הגירסא א' נכונה היא וכו' נ"ב כ"כ התוספות בפ' מצות חליצה דהכא איירי כשזכה בה וכ"נ מדברי הרא"ש ז"ל בפ' ראוהו ב"ד וע"ש ודלא כב"ח:

שם כתב מרן ז"ל כתב הר"ן פ' ר' ישמעאל וכו' עד בטל ע"ז בטל משמשיה וכי' נ"ב הקשה הב"ח מההיא דבטל ע"א ביטל משמשיה לא ביטל ע"א וביטל משמשיה וכו' דק' דההיא משמע בעודן ביד עובדי כוכבים איירי ועיין בהר"ן ז"ל בפרק לולב הגזול:

דף קנ"ו ע"ד כתב מרן באמצע לשונו דכדי למכור מקחו חייש דלמא משקר וכו' נ"ב דברים אלו וצ"ע:

הלכות רבית

דף קס"ד ע"א כתב הטור ז"ל ואפי' העמידו אצל העובד כוכבים ואמר לו וכו' נ"ב ואפי' לא אמר והפטר ליכא אלא איסורא דמחזי כרבי' והריטב"א ז"ל כתב להיתרא:

שם כ' הטור ומיהו אפי' לר"ת אם ישראל הב' כו' נ"ב מדברי התוס' ד"ה בשלמא סיפא לחומרא לא משמע הכי:

שם כתב מרן ז"ל ומיהו אפילו לר"ת ז"ל מתוך לשון זה משמע דאפי' לא שויה וכו' נ"ב קשה דהא כל שא"ל לעובד כוכבים תנם לישראל הרי הישראל שוייה שליח לישראל הב' ואעפ"כ לא אסור מדינא כמ"ש התוס' דאין השליח יכול לזכות במעותיו של עובד כוכבים כיון שאין העובד כוכבים יכול לעשותו שליח:

שם ע"ג כתב מרן וכתב א"א הרא"ש ז"ל וכו' עד דדעתו הוא שילוום העובד כוכבים מישראל וכו' נ"ב לפי זה כי נתן לו משכון שרי דמסתמא דעתו הוא שילוה הוא העובד כוכבים מישראל ואח"כ יחזור וילוום והרא"ש כתב לקמן דאם העובד כוכבים לוה במשכנו של ישראל שרי ולמה איצטריך לומר דאקנסיה ניהליה משכון לעובד כוכבים אלא ודאי נראה כמ"ש סמ"ג ודלא כהטור ונמצא בהכי חולק עמ"ש הרא"ש ז"ל וזהו טעמו של, הרמב"ן דאסר, משום דהעובד כוכבים לוה לעצמו במשכנו של ישראל וע"כ לא אמר הרמב"ן ז"ל אלא בשאין אחריותו אלא על המשכון ולא על העובד כוכבים וכ"נ מדברי ב' התרומות שמביא הב"י לקמן בסמוך:

דף קס"ז ע"ג כתב מרן ז"ל ובתשוב' הרשב"א כתב וכו' נ"ב עיין בטח"מ סי' פ"ב נראה כסברת הרב ב"י ז"ל ודלא כמהריב"ל ח"ב סי' מ"ו וניחא נמי הא דכתב הטור דבאומר איני יודע דצריך לישבע והוא מטעם שכתב הב"י ועיין במהריב"ל בסי' הנז"ל:

דף קס"ח ע"ב כתב מרן ז"ל ישראל שהלוה לעובד כוכבים וכו' עד כתב המרדכי בתשובת המלצר וכו' נ"ב עיין תשו' למהר"ם ז"ל סי' שצ"ד דהוי ערב שלא בשעת מתן מעות ועיין במהראנ"ח ח"ב סי' ו' וההיא תשובה דמלצר כבר כתב מהר"ם ז"ל דחשיב כערב בשעת מתן מעות כיון וכו':

שם ע"ד כתב מרן באמצע לשונו והיאך אמר אביי שהוא פקדון נ"ב ראיתו איני מכיר ורישא דברייתא צ"ע:

דף ק"ע ע"א כתב מרן ז"ל באמצע לשונו אבל ה"ה כתב בפ"ז מה' מכר שדעת הרמב"ם וכו' נ"ב וכ"כ הטור בהתנה בשעת מתן מעות אלא ששעבד לו שדהו סתם ע"כ:

שם בסוף לשונו ואתני מלוה פטומי מילי וכו' נ"ב עיין בתוס' פ' איזהו נשך ד"ה פטומי מילי וצ"ע:

דף קע"א ע"ד כתב מרן ז"ל ובכרם וכו' ובאמצע לשונו כתב וכך הם דברי הרמב"ם בפ"ח מה' מלוה משמע דס"ל כחילוק א' נ"ב מדברי הג"א מבואר דגם לחילוק א' כל שיצא הפירי שרי לאיכא דאמרי דשרי רבא כיון דממילא קא רבי ולא פליגי אלא היכא דלא יצאו הפירות כגון פירות דקל עד שלא באו לעולם:

שם באמצע לשונו סמוך ונראה לו כתב מרן ואיני יודע למה תמה וכו' ולא תמה על הרא"ש נ"ב איירי הרא"ש בשעדיין הפירות בוסר דחשיב דשלב"ל אבל הרמב"ם שכתב קודם שנגמרה קשה הא כיון שהביאו שליש כבר זכה בהם הלוקח מהשתא:

דף קע"ב ע"ב כתב הטור בסוף לשונו אם יש לו שם פירות מותר נ"ב כל הפירות וכ"כ בגי"ת כ"נ לפי מ"ש הריב"ש ז"ל והביאה הב"י סי' קס"ב דלא התירו סאה בסאה אלא משום דהיה קרוב לשכר ולהפסד והכא הרי הוא קרוב לשכר ורחוק מהפסד:

דף קע"ד ע"ד כתב מרן ז"ל בסוף לשונו שקבל עליו להיות כשואל כו' נ"ב עיין דברי הרמ"ה סי' קס"ט והריב"ל:

דף קע"ו ע"ד כתב מרן ז"ל כתב בסמ"ג וכו' עד אין אדם משים עצמו רשע וכו' נ"ב בתשו' מהר"ם סי' נ"ז כתב בשם ר"י הטעם משום דחזקה לא שביק היתרא ונראה דאב' טעמים קא סמיך ועיין בס' התרומות דף ק"ו ותשוב' הרשב"א שהביא מהרי"ט ח"א סי' ג' ועיין בתשובת הרשב"א בחדשות סי' רל"א:

הלכות נדה

דף קפ"ט ע"ב כתב הטור ז"ל כתב הראב"ד והאידנא לא סמכינן אהך בדיקה וכו' נ"ב התם לא איירי בשעת תשמיש ומש"ה אינו תולה משא"כ בשעת תשמיש כ"נ מדברי רמב"ם:

שם ע"ג כתב מרן סוף לשונו אף אתה אוסרת על בעלה לעולם נ"ב דברים אלו צ"ע:

דף ריי"ד ע"א כתב מרן ועדיין יש לדקדק בדברי הרמב"ם למה כתב שמוציא רוב פדחתו כילוד וי"ל שהוא סובר וכו' עיין בטח"מ בה' נחלות ובסוגיא דבכורות וצ"ע:

הלכות טבילה

דף רכ"ו ע"ב כתב מרן ז"ל באמצע לשונו ועוד דבפ' אין דורשין סוגיין כרב וכו' נ"ב ועיין בה' נט"י מ"ש הב"י ז"ל וצ"ע דלפי מ"ש כאן ליתנהו למ"ש שם:

דף רכ"ט ע"א כתב מרן באמצע לשונו אלא כיון דסתם תבשיל אית ביה שמנונית וכו' נ"ב זה אינו דא"כ הוי גזרה לגזרה וכן אמרו בגמרא וגזרו על מיעוטו המקפיד ולא על מיעוטו שאינו מקפיד:

הלכות נדרים

דף ר"ן ע"ג כתב מרן ז"ל באמצע לשונו וז"ל ולא חש לכתוב אומר הריני או הימנו כו' נ"ב כלומר דלא הוו איסור חפצא אלא איסור שבועה ועיין בל"מ ז"ל:

דף רנ"א ע"ג כתב מרן ז"ל באמצע לשונו אבל לא משמע הכי מדברי הרמב"ם והרא"ש ז"ל וכו' עד והאי טעמא שייך וצ"ע נ"ב בירושלמי פרק הנודר מן הירק מה אנן קיימין אם באומר פת סתם אינו קרוי פת סתם אלא חטים ושעורים והביאו הרא"ש באותו פרק:

דף רנ"ב ע"ב כתב הטור דברים המותרים כו' נ"ב הרשד"ם בי"ד סי' מ' ומהרדכ"ז ז"ל:

דף רנ"ג ע"ב כתב הטור וז"ל וכן הדין כו' עד אלא היו לפניו וכו' נ"ב היו לפניו דאם לא היו לפניו פשיטא דמיתסר בהו וכ"פ הרא"ש שם ודלא כהר"ן ז"ל:

שם ע"ג כתב מרן באמצע לשונו וה"ה לאיסור הבא מעצמו וכו' עד וחזר ואמר ככר זה עלי וכו' נ"ב צ"ע מהירושלמי שהביא הר"ן בפ"ב דנדרים:

שם דף רנ"ד ע"א כתב מרן ז"ל בסוף שונות שאין דעת הר"ן אלא וכו' נ"ב דברים אלו צ"ע:

שם כתב למרן ז"ל באמצע לשונו וז"ל ופסקו שם הרי"ף והרא"ש דמספקא לן אי תפסינן לשון ראשון או לשון אחרון נ"ב אין כאן ספק דכל שמפרש דבריו לא שייך לומר תפיס לשון אחרון אלא היכי דסתרי ואפי' היכא דסתרי תפסינן לשון אחרון ועיין בתוס' פ' בית כור ובפ' השואל:

שם ע"ב כתב מרן באמצע לשונו וז"ל ואפשר ליישבו וכו' עד או דילמא משום זה אתה תופסו וכו' נ"ב אם אמר קונם פירותיו של פ' עלי אפי' אם מכרן לאחר ה"ז אסור דמה שאמר של פ' מראה מקום הוא כ"נ מדברי הר"ן בפ"ב גבי מתני' דקונם שאני נהנה לבריות:

שם באמצע לשונו וכתב הרא"ש ז"ל ומיירי דאמר לבית זה וכו' נ"ב הירושלמי לשיטתיה אזיל דס"ל בנכסי אלו אסור לעולם דתפסינן לשון אחרון וכ"כ הר"ן פרק אין בין המודר:

שם ע"ב כתב הטור וז"ל מת ונפלה לו בירושה וכו' עד שלא אמר אלא ככרי וכו' נ"ב וכ"כ הרמב"ם ז"ל וגרסינן בגמרא ס"פ אין בין המודר רב ושמואל אייריי בנכסים אלו ור"י אייריי בנכסי אלו אבל הר"ן כתב דאפילו בנכסי אלו אסור דתפסינן לשון אחרון והכי איתא בירושלמי ונראה דמטעם זה כתב הר"ן ז"ל והביאו הב"י ז"ל לעיל בסי' זה דהאוסר פירותיו של פ' ה"ז אסור בחילופיהן:

שם ע"ג כתב מרן ז"ל באמצע לשונו אלא ודאי נכסי דידיה נינהו נ"ב עיין בהר"ן גבי מתני' דקונם כהנים ולוים עלי וכו' באים ונוטלים בע"כ:

שם עמ"ש הטור שלא אמר אלא ככרי וכו' נ"ב פי' שלא פי' ואחר שיצא מרשותי:

שם דף רנ"ו ע"ד כתב מרן באמצע לשונו וז"ל ויש לפרש דתמרים וכו' עד ומהסתוניו' דבר בפני עצמו, נ"ב צ"ע דביין מבושל ג"כ דהוי כתמרים וחומץ ואפ"ה אמרו שם אביו קרוי עליו:

שם דף רנ"ז ע"ב כתב מרן ז"ל בתחלת לשונו וז"ל ומ"ש דנודר מהמזון אסור בה' מינים וכו' עד חוץ ממים ומלח נ"ב ק"ל דבפרק כיצד מברכין איתותב שמואל ומסיק שם דאורז נמי מזון ומסעד וכן פסק הטור בא"ח:

דף רנ"ח ע"א כתב הטור אסור ללבוש ולכסות וכו' נ"ב לא ידעתי זה דה"ה מותר לכסות:

שם ע"ב כתב הטור ומותר גם באכילה ושתיה כיון וכו' נ"ב ולפי מ"ש רש"י שם שזה שהיה מסרב בחברו שישתה טיפת צונן ודאי לאכילה ושתיה מרובה אכוון וכי א"ל האי

טיפת צונן איני טועם אותה טיפה שאתה רוצה ליתן לי דהיינו אכילה מרובה קאמר לא הוו דברים שבלב:

שם ע"ד כתב מרן וכתב הרשב"א שנשאל וכו' ובסוף לשונו כתב ולעולם אין לו הפסק וכו' נ"ב ונראה דכיון דהפליג כ"כ נדרא הוי ועיין בפ"ג דנדרים וצ"ע שם מש"ל בשם ר"י שכתב על התוס' דהוי מסרב ואמר קונם ביתך וכו':

שם דף רס"א ע"ד כתב מרן אבל דבר שיכול לעשותו בלא דעת בעלים וכו' נ"ב צ"ע דגבי מזונות אשתו יכול לעשותו שלא מדעת הבעלים ואפי' הכי אינו יכול לומר בלשון שליחות:

שם דף רס"ב ע"א כתב מרן ז"ל באמצע לשונו שאותו שכר כבר היה מצוי בידו וכו' עד כדעת הרא"ש כו' נ"ב זה אינו דאמר בפרק השוכר את הפועלים דשכר יין נסך אסור כיון דחליפין אסורין וה"ה בנדרים נמי מה"ט:

דף רס"ה ע"א כתב מרן בסוף לשונו ומיהו אפשר דכיון דקי"ל כופין על הצדקה וכו' נ"ב לע"ד אינו כן דנהי דכופין שיעבוד נכסים אין כאן וראיה מההיא דפותחין בדברים שבין אביו ואמו דאיתא בסי' רכ"ח ואע"ג דחיוב הצדקה הקרוב קרוב קודם:

דף רסט ע"א כתב מרן בשם מהריק"ו ז"ל באמצע לשונו וז"ל וכתב עוד דכי היכי וכו' עד לפני שלוחו וכו' נ"ב עיין בחידושי הרשב"א בפ' השולח דנראה דלא כתהריק"ו ז"ל:

דף רע"א ע"ד כתב מרן ז"ל באמצע לשונו וז"ל ומעתה ההסכמות שלא אמרו בהם כו' עד וכן שמעתי שיש בתשו' וכו' נ"ב מדברי הר"ן בתשו' נראה שכל המקבל עליו דבר בכח חרם ה"ז כנשבע עליו דארור בו שבועה:

דף רע"ה ע"א כתב מרן בתפלת לשונו כתב הרשב"א ז"ל נשבע או. נדר וכו' נ"ב עיין מהרשד"ם י"ד סי' צ"א:

דף רע"ו ע"א כתב מרן ז"ל באמצע לשונו וכתב הר"ן ז"ל בפ"ג דשבועות נ"ל שהתולה איסור פירות בדבר שיש בו גוזמא וכו' עד אסורים עליו נ"ב ל"ד דהנודר ואמר אם לא ראיתי דבר שהוא נמנע אנן סהדי שלא אמר זה לנדר אלא כדי לקיים דבריו וכל האומר דבר גוזמא כיוצאי מצרים שמותר ה"ט משום שכונת דבריו אינה אלא להפליג שראה אנשים הרבה והלכך כל שלא ראה אנשים הרבה ה"ז אסור:

שם ע"ג כתב מרן בתחלת לשונו וכתב הר"ן איכא מ"ד וכו' נ"ב עיין בהר"ן פ"ג דנדרים:

שם באמצע לשונו כתב ולפי"ז נ"ל שמ"ש ר' וכו' נ"ב עיין מהרשד"ם ז"ל בי"ד סי' צ"א:

שם בתחלת לשונו וכתב הרא"ש ז"ל צ"ע אדם שנדר מן ב' דברים כו' עד אלא היכא שמחליף נ"ב עיין במהרי"ט בח"א סי' ס"ט דף פ"ו ע"א וצ"ע:

דף רע"ח ע"א כתב מרן באמצע לשונו לפי שהורע כח הבעל וכו' עד אלא בשהיה האב וכו' נ"ב דברים אלו צ"ע:

שם ע"ב כתב מרן באמצע לשונו ומיהו מ"ש ר' ומיהו אין הבעל מיפ' וכו' נ"ב ע' בירושלמי פ' נערה שנתפתתה דנראה כסברת ר'

דף רע"ט ע"ג כתב מרן בסוף לשונו וכתב ר"י דאפי' לדעת הרא"ש ז"ל וכו' נ"ב אמת דהני משמע בגמרא דקאמר לכי שמע אבל זה הוא לר"א:

דף ר"פ ע"א כתב הטור אבל קיום הוי בכל לשון וכו' נ"ב ע' בשלטי הגבורים פ"א דשבועות:

שם ע"ב כתב מרן ז"ל בסוף לשונו וכדברי הרמב"ם והרא"ש נראה דלא חש לה וכו' נ"ב לא ידעתי מאי ק"ל מהתוספתא דקאמר אין זה נדר ודאי לא מהני והכי כתב הרמב"ם מה שאין כן באומר אין נדר זה כלום:

שם ע"ב כתב הטור וז"ל ומיהו נראה כיון שאינו יכול להפר הוי כמו וכו' נ"ב ק"ל הא יכול להפר עכשיו ואחר כך ישאל על ההקדש וכמ"ש הרשב"א והביאו הב"י לעיל:

שם ע"ג כתב מרן באמצע לשונו ואיני יודע למה כתב ר' שמסקנת הרא"ש וכו' נ"ב עיין בהרא"ש בפירו' שם:

דף רפ"ב ע"ב כתב מרן באמצע לשונו כלומר שאין פדיון לדבר הנאסר וכו' עד אף על דבר שלא בא לעולם נ"ב בפ' השותפים ל"מ הכי:

הלכות שבועות

דף רפ"ד ע"ד כתב מרן באמצע לשונו אמר שבועה שאוכל היום וכו' עד יצא ידי שבועה נ"ב זהו לפי גירסת הרמב"ם אבל לפי גירסת הטור מנ"ל:

דף רפ"ה ע"ב כתב הטור וז"ל שבועה שלא אוכל ככר זו השבועה חלה וכו' נ"ב בפ"ב דנדרים אמרו בלישנא אחרינא חיובא הוא דליכא הא שבועה איכא ומטעם זה כתב הרמב"ם דמצי מיתשל על הב' תחלה:

עוד שם נ"ב הרדב"ז סי' צ"ח ושלטי הגבורים פ"ג דשבועות:

שם ע"ג כתב מרן בתחלת לשונו כתב ר"י בשם המפרשים וכו' נ"ב הריב"ש ז"ל סימן שמ"א:

דף רפ"ו כתב מרן בשם תשוב' הרא"ש מדאמרינן מיין ושכר וכו' עד וכן נמי עבירה דרבנן נ"ב ע' בכלל ז' סי' ט"ז היפך מזה ועיין מהרדב"ז סימן רע"ח:

שם כתב מרן באמצע לשונו ומטעם זה בא לומר דכיון וכו' עד ואפי' על הרבית נ"ב עיין תשו' בס' מקור ברוך סימן מ"ו ועיין תשובת הרשב"א והביאה הב"י סימן ק"ס ומהרדב"ז והמבי"ט ח"א:

עוד שם נ"ב עיין תשו' הריב"ש בסימן צ"א וצ"ח:

שם ע"ב כתב הטור ואין נפקותא במחלוקתן וכו' עד לרש"י פטור ולר"י חייב נ"ב הר"ן כתב בשמעתין בפ' ר"י ובפ"ד דנדרים כ' כפי' רש"י:

שם כתב הטור אבל האיסור אסור לאכול שמא ישכח ויאכל וכו' נ"ב מ"ש שאל ישכח ולפי"ז מה בכך כיון ששכח א"כ לא חלה השבועה:

דף שב ע"ד כתב מרו אמירת אדם לגביה כמסירתו להדיוט כו' נ"ב ע' מהראנ"ח סי' ק"ג ומהרדב"ז סימן קע"ג:

דף שד ע"ג כתב מרן בתחלת לשונו מ"כ מי שנדר ע"מ שיחיה בנו וכו' נ"ב הרדב"ז סי' י"א ועיין במלחמות גבי ההיא דתנן שקל לבני וישא את בתי:

שם כתב מרן תשו' הרשב"א וז"ל תשובה איני רואה שיהא על האפוטרופסים וכו' נ"ב צ"ע לפי מאי דסבר הוא דהקדש בזמן הזה לא אמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט מאיזה הטעם יעשו אפוטרופסים צואת המת:

הלכות עבדים כנענים

דף שי"א ע"א כתב מרן וכתב הרא"ש דמתוך פירש"י משמע דטבילת עבדות היא בע"כ וכו' נ"ב משמעתין לא משמע כן:

שם כתב מרן ז"ל כתב ר"י גאון וכו' עד מטבילין אותו ע"ד ב"ד נ"ב בגר שייך טעמא משום דזכות הוא לו אבל בעבד שמטבילין אותו לשם עבדות חובה היא לו ונראה דס"ל להגאון כסברת רש"י שהביא הטור קודם ומן התימה על הרב בש"ע שפסק כרי"ף ופסקה לזה:

דף שיג ע"א כתב מרן ומ"ש בין שנתנה לו האדון או אחר לא זכה בה כ"כ הרא"ש בפ"ק דקדושין נ"ב צ"ע דבגיטין דף י"ג קאמר היינו דקא מהדרי רבנן דאי בעי שקיל ד' זוזי מישראל וא"כ בעבד ישראל אמאי איצטריכו רבנן לטעם דזכות הוא לעבד והא אי בעי שקיל כסף ע"י אחרים:

דף שט"ו ע"ד כתב בסוף לשונו ולפי דברי הרמב"ן והרמב"ם והר"ן אפי' פירשו וכתב בשטר א' וחצי נכסי וכו' נ"ב כתב בט"ז ולדעת הר"ן אם כתב בכל שטר שנותן כל נכסיו לפ' ופ' שבדין לא מהני דהא איכא שיור ולא דק דבכל א' מהשטרות מוכיח דלא שייר גבי אדון כלום:

דף שי"ז ע"א כתב הטור וז"ל וכתב הרי"ף ודוקא לחזרה וכו' עד ואפילו לדבריו איכא למימר כו' נ"ב ונסתלק תמיהת הר"ן על הרי"ף:

הלכות ס"ת

דף שכה. אי כתב את השם שלא בקדושה אי שרי למוחקו:

וראיתי בספר פ"ח שכתב בפשיטות שאע"פ שלא נתקדש השם לוקה על מחיקתו והביא ראיה מההיא דכתב דשם שכתב על הכלי' דמסתמא לא נתקדש ואפי' הכי כתב רמב"ם דלקי ומאי דבעי' שיכתוב לשם קדושה אינה אלא לענין ס"ת עכ"ד. אבל ראיתי בהגהת מיימוני שהביא משם ראב"ד ז"ל דכל שלא נתקדש השם מותר, למוחקו ומדברי רמב"ם שכתב בפ' זה מין שכתב ס"ת שורפין אותו עם אזכרות שבו מפני שהוא אינו מאמין בקדושת השם ולא כתבו לשמו אלא שהוא מעלה בדעתו שזהו כשאר דברים והואיל ודעתו כן לא נתקדש השם משמע מדבריו אלו שכל שלא כתבו בכונת קדושה אין בו איסור מחיקה מן התורה ומדברי הרב ז"ל שכתב אבל כנעני שכתב את השם גונזין אותו נראה דכל שהיא יודע בשעה שכותב את השם והוא מאמין בקדוש' ה"ז נתקדש דהא ודאי כשכתבו כנעני אינו מחשב לשם קדושת השם. ולע"ד דכל שכתב את השם שלא בכונת ה' שלא היה מכוין לכתוב את השם בהא ודאי מותר למוחקו וכמ"ש הסמ"ק והרשב"ץ אבל בכתב את השם בכונה ויודע שהוא כותב את השם אפי' תימא דלענין ס"ת לא מהני עד שיכוין להקדישו לענין מחיקה אסור דכיון שכתבו בכונה ה"ז מקודש:

בענין אזכרות של ס"ת אם צריך שיכתוב אותם לשם קדושת . השם איכא לספוקי ולומר דהא דצריך כתיבה לשמה היינו לומר שיכתוב אותו בכונת השם יתברך שיכוין בשמה שהוא כותב שכותב שמו של הקב"ה אבל אם לא כיון בכתיבה שהוא שמו של הקב"ה לא קדיש דלא נכתב לשמו ית' והוי כאותה שאמרו הי' צריך לכתוב את השם ונתכוין לכתוב יהודה וכתב את השם דאינו קדוש משום דלא נכתב לשמו או שמא צריך שיכוין כשכותבו שהוא מקדש אותו בכתיבתו ומדברי הרמב"ם שכתב ס"ת שכתבה מין ישרף מפני שאינו מאמין בקדושת השם ולא כתבו לשמו אלא שהוא מעלה בדעתו שזהו כשאר הדברים עכ"ל. משמע דטעמא דלא נתקדש השם מפני שהוא מעלה בדעתו שזהו כשאר הדברים הא כל שכותבו יודע שהוא כותב שמו של הקב"ה סתמא חשיב לשמו ואיכא למידחי דהרמב"ם לא כתב כן אלא לענין מחיקה דכל שלא כתבו לשמו לא חל עליו קדושה כלל אבל לענין ספר תורה בעינן שיכוין לשם קדושה אבל בסתמא פסול אע"פ שיודע שכותב את השם:

שאלה. הני זהובים שכתוב עליהם שם הוי"ה אם מות' לחתיכם:

תשובה. לכאורה היה נראה דשם שלא נכתב בקדושה מותר למוחקו דגרסי' בירו' דמגילה א"ר במעות מן חביבי ר"ח אם יתן לי אדם ספר תהלים של ר"מ מוחק אני כל הללויה שבו מפני שלא נתכוון לקדשו כלומר דר"מ סבר דהללויה הוי שם תיבה א' וכ"נ גם כן מדברי הרמב"ם שכתב פ"ו מהלכות יסודי התורה וז"ל ס"ת שכתבה מין ישרף מפני שאינו מאמין בקדושת ה' ולא כתבו לשמו אלא שהוא מעלה בדעתו שזהו כשאר הדברים והואיל ודעתו כן לא נתקדש השם משמע מדברים אלו דה"ט דשורפן משום שלא נכתב לשמו ואין בו איסור מחיקה ואע"פ שכתב אח"כ אבל עובד כוכבים שכתב את השם גונזין אותו אע"פ שסתם עובד כוכבים אינו כותבו לשם קדושת השם ואפי' הכי גונזין אותו יראה דאינה אלא מדרבנן ומשום בזיון ולא גרע משאר כתבי הקדש שכתב אחר כך דגונזין אותם. ומ"ש בירושלמי בשם ר' חייא אם יתן לי אדם וכו' הא דשרי למוחקם היינו משום תיקון אבל בלאו הכי אסור למוחקו דאפילו בספרי מינים שלא נכתבו בקדושה אר"י בפרק כל כתבי דבחול קודר את האזכרות וגונזן וה"ט דקא' שורפין אותם אינו אלא משום דלא יזכר שם למינים ודלא כדמשמע לכאורה בספר עמודי גולה דשם שלא נכתב בכונת קדושה מותר למוחקו:

וראיתי מי שר"ל דאפילו נכתב שלא בכונת קדושה אסור למוחקו מן התורה ולוקה עליו ומשתמע ליה הכי מההיא דשמות הכתובים על הכלים שכתב הרמב"ם דאם התוך הכלי לוקה וסתם שם הכתוב על הכלים לא נכתב לשם קדושת השם ומ"ש דצריך כתיבה לשם קדושה אינו אלא לענין קדושת ס"ת אלו דבריו ז"ל. ואינם נראה לי וכמ"ש. וההיא דמייתי משמות הכתובים על הכלים דכתב הרמב"ם דסתמא לא נכתבו לשם קדושת ה' לכאורה היה נ"ל מדברי הרמב"ם דקדושה האמור' באזכרות היינו לומר שיכוין בשעת הכתיבה שכותב השם ובכה"ג חל עליו קדושה כיון שכותבו לשמו ית' כ"נ ללמוד מדבריו שכתב דמין שכתב ס"ת ישרף מפני שאינו מאמין בקדושת השם אלא שמעלה בדעתו שזהו כשאר הדברים והואיל ודעתו כן לא נתקדש ומדהאריך כ"כ בלשונו וכתב דאינו קדוש משום שמעלה בדעתו שזה כשאר הדברים ולא סגי במ"ש משום שלא כתבו לשמו משמע דמ"ש דכל שהוא כותב לשמו ית' אע"פ שלא נתכוין לקדש ה"ז קדוש ומ"ש אזכרות שבו לא כתבתים לשמן היינו לומר שכתבם שלא בכונת השם וכ"נ מדבריו בהלכות תפילין וכ"כ התוספות בפרק התכלת לחד תירוצא:

ודאתן עלה לידן בהנהו זהובים שאתה שואל עליהם אם נעשו ע"י עובדי כוכבים אף ע"פ שלא נעשו לשמו ואסור להתיכן מ"מ שרי ליהנות מהם כיון שלא נעשו לשמו אבל אם נעשו ע"י ישראל דאיכא למימר דנעשו לשם קדושה בכונה ואפי' תימא סתמא כבר

כתבנו דספק' הוי אי סתמא קדיש כיון שכתבם לשמו ית' נראה דאסור ליהנות מהם דהוי ספק איסור תורה דשמא קדשו ואסור ליהנות מהם וכמ"ש התוס' בפ"ק דערכין גבי יגוד וישתמש דמותר ע"ש:

שאלה. על ס"ת שנמצא בה טעות שבמקום שהיה לו לכתוב יהוד' כת' את השם מהו לגרור את השם ולכתו' שם יהוד':

תשובה. נראה לע"ד דאם נכתב השם בכונה אינו יכול למוחקו ולגרר השם דעובר משום מוחק את השם ואם נכתב שלא בכונה יכול למוחקו כדי לתקן את הספר כדאיתא במס' סופרים. וכהנה הוגד לי כי הסופר ברוב אומנותו נפל את השם עם מקצת קלף שלמעלה כדי שלא למחוק את השם ונשאר עדיין הקלף שלמטה שלם כמו שהיה מקודם ורצה לכתוב שם יהודה וראיתי בתוס' פ"ק דערכין גבי שם שכתב על הקורה דיגוד וישתמש במותר שכתבו דמשמע במקום השם אסור בהנאה מפני קדושת השם ומכאן יש להזהר שאם גרר את השם שלא יכתוב שם במקומו תיבה אחרת והגם שיש לי לדון בדבריהם דנראה מכאן ראיה להיכא דלגרר השם דדילמא היכא דהשם קיים במקומו מקומו נמי קדוש אבל היכא דנגרר השם אמרינן אזלא לה כתבא אזלא לה קדושה כמ"ש בפרק כל כתבי. ומ"מ נראה דאפי' התוספות לא אמרו אלא כשכתב השם בכונה אבל כל היכא דטעה וכתב את השם שלא בכונה כגון שהיה מכוין לכתוב יהודה וטעה וכתב השם ולא הטיל בו ד' בכה"ג כיון שיכול למוחקו שלא חל עליו קדושה בודאי שיכול לכתוב על מקום הגרר מה שרוצה אבל היכא דטעה שהיה סבור שצריך לכתוב את השם ה"ז אסור למוחקו מן התורה אסור לכתוב על הגרר שלו ג"כ:

דף לז ע"א וע"ב בדין נפלה לאור והוריקה הכבד כנגד בני מעים גרסינן בגמרא נפלה לאור והוריקה הכבד כנגד בני מעים מהו א"ל טריפה ולא יהא אלא ניטלה א"ל כיון שהוריקה כבד כנגד בני מעיי' בידוע שנפלה לאור וטרפה וכו' וכתב התוס' והרמב"ן והרשב"א דהכא איירי בראינוה שנפלה לאור ואין המעיים לפנינו כגון שנאבדו וקא מבעי להו דכיון דאשכח לכבד שהוריק חזקה שג"כ הוריקו לחללן. וק"ל דאי איירי כשנאבדו הבני מעים ולא נבדקו אפי' לא נמצא בכבד שום ריעות' ה"ז טריפה כמ"ש הר"ן דאם נפלה לאור ולא נבדקה טריפה והביא ראי' מההיא דאמרינן בגמרא אין ריאה לעוף ליחמר וההיא ודאי בסתמא קאמר דאלו היכא דנחמרו הא קמן דלא הגינו הצלעות אלא אם נפלה לאור דאינה צריכה בדיקה ודוקא ריאה הא שאר בני מעיים דעוף דליכא מאן דמגין עלייהו צריכה בדיקה עכ"ל:

איברא דעיקר ראיה זו איני מכירה דאה"נ דצריכה בדיקה היינו דאם איתא בפנינו כמו בכל הספיקו' היכא דאפשר להתברר אבל כל שנאבד תלינן להקל ודעת הר"מ לומר דאפילו לא נודע שנפלה לאור ושלקו והוריקו טריפה וכ"נ דהכריח זה מדאמרינן בברייתא בני מעיים או בקרקבן בלב ובכבד מאי קא מיבעי ליה לרב יוסף וכי ברייתא לא שמיע ליה ונראה מדברי הר"מ דשינוי הכבד אוסר מחמת עצמו שכ"כ והרי הם כמו שניטלו וצ"ל דאיירי בהוריק כולו או במקום חיותא אבל אם הוריק כנגד בני מעיים אין ראי' מדברי הרמז"ל:

הלכות ערלה

דף שלה ע"ב כתב מרן ז"ל דבאמצע לשונו כל הנלקט מזה מחולל נ"ב דברים אלו צ"ע:
דף של"ו ע"ג כתב מרן בשם ר"י מותר לומר לנכרי בשני ערלה עבוד כרמי וכו' נ"ב דין זה צ"ע דבשותפין כך המשפט שעובד יטול הפירות וכי עבדה ישראל נוטלם. ע"כ אע"ג דלא אכל הנכרי בשני ערלה משא"כ בעבוד כרמי וכו' אם לא היה נותן לו הכרם של ערלה לא היה נותן לו כרמו ובשעה בהחליף נעשו העצי' מכרמו חליפי ערוה משא"כ בשותפין דלא שייך זה:
דף של"ז ע"ב כ' מרן באמצע לשונו וכיון שהם פסקו כר' אבהו אמר ר"י וכו' נ"ב עיין מש"ל הב"י בעמוד זה דגידולין שרו כי העיקר אינו יכול לבטל את הגידולין. שם ע"ג כתב מרן באמצע לשונו ונ"ל דמשמע ליה לרשב"א דגזלן שנטע וכו' עד מדכתיב לכם נ"ב בפרק לולב הגזול אמר רבא לעולם בי"ט א' וסד"א סתם גזילה יאוש ואע"ג דכתיב לכם:
דף ש"מ כתב מרן באמצע לשונו אבל היתר שנתערב בהיתר וכו' נ"ב עיין בסי' ש"ח. דף שמ"ו ע"ב כתב מרן באמצע לשונו ונראה שהרמב"ם לא היה גורס והלכתא וכו' ולפיכך פסק וכו' נ"ב עיין בכ"מ הפך מזה וצ"ע:

הלכות בכורות

דף שמ"ח ע"א כתב הטור ז"ל נותן לו שכרו כפועל כזו שבטל ממנה וכו' נ"ב. מהכא משמע דאינו נוטל שכר על הראיה אלא כפועל בטל לגמרי והיא סברת התוס' ובטח"מ סימן רס"ה אין נראה כן ועיין בטור זה סי' של"ו:
שם ע"ב כתב הטור ואם עובד כוכבים או תינוק הטיל בו מום כו' עד אין שוחטין אותו נ"ב מ"ש ר' והשיבו לו לפי תומן אין ראיה דכל שאין זה העובד כוכבים מתכוין להתיר שרי. איברא דמתשו' הרא"ש משמע כדברי ר' דף שנ"ב ע"ב כתב מרן בתחלת לשונו ומ"ש ואם פרה בנדמה פדוי וכו' נ"ב ק' דהא בכל ספיקות צריך לפרוש עליו טלה כדי להפקיע איסורו, וכמ"ש ר' בסי' זה:

שם ע"ג כתב מרן בסוף לשונו אבל מדברי ר' נראה וכו' עד אינו יכול למוכרו בכל שיוויו נ"ב ק"ל דא"כ היכי כתב הטור אבל מכרו בשיווין למי שאינו יודע והא אפי' למי שיודע אינו יכול למוכרו בשווין ועוד דנראה מדברי ר' דאם מכרו למי שאינו יודע, בפחות משה קטן וכ"כ הרא"ש וא"כ מאי לשון אבל דקאמר:

הלכות חלה

דף שנ"ה ע"א כתב הטור ואם לאו שאין לו קמח אחר יפרוש א' מכ"ד שבכל העיסה נ"ב וה"ט דבעינן א' מכ"ד שבכל העיסה משום דנעשית כולה טבל כ"כ הרא"ש ובש"ך הקשה אמאי איצטריך לה"ט ולפי מ"ש פשוט הוא:

שם כתב הטור וכתב הר"ף דה"ה נמי אם השאור וכו' שיכול להפריש מיניה וביה נ"ב וה"ט משום דאע"פ דאין בילה אלא ביין ושמן ולא בד"א מ"מ א"א שלא יתערב כ"ש וכ"נ מדברי רש"י בפ"ק דר"ה וא"כ כל שמפריש מיניה וביה א"א שלא יהיה בו כ"ש מן החיוב והוי חלה וע' תוס' וצ"ע:

שם ע"א כתב מרן באמצע לשונו וכתב עליו הראב"ד ז"ל והוא שיהיה השאור מעיסה חייבת ע"כ נ"ב משמע מדבריו דלהרמב"ם אפי' אין השאור מהעיסה חייבת וזה אינו דא"כ היאך חייב להפריש. שם ע"ב כתב מרן בתחלת לשונו אסור לעשות עיסתו פחות מכשיעור נ"ב ק"ק מההיא דפרק ר' ישמעאל דף ס"ז ע"ב דקאמר אפשר דאפי' להפחות מכשיעור:

שם ע"א כתב מרן באמצע לשונו ואפשר שהרמב"ם היה גורס מתני' כדרשב"ג וכו' עד ויש הוכחה לפי' זה מדקתני בתוס' וכו' העושה עיסה מהחטים וכו' נ"ב מהתם אין ראיה דכיון דאיכא חיוב בכלה אין אדם יוצא י"ח בפסח:

הלכות תרומות ומעשרות

דף שנ"ח ע"ב כתב הטור וטוב יותר להכשירה קודם מירוח וכו' נ"ב אם נטמאה קודם מירוח פטור מן התרומה והכי אמרו בפסחים:

דף שנ"ט ע"ב כתב מרן באמצע לשונו ומ"ש וישחקנה איני יודע מנין לו נ"ב עיין בסי' קמ"ו:

דף ש"ס כתב מרן בסוף לשונו אבל הר"ש פסק דאפי' בשל תורה סמכינן אשליח נ"ב דברים אלו צ"ע דדברי התוספות הם הפך מזה. דף שס"ה ע"ג כתב מרן באמצע לשונו ולא הבנתי דבריו דנידוי דרך שבועה וכו' נ"ב היינו שאומר יהא בנידוי שעשה דבר זה פירוש ולא אמר אם אעשה ואף על גב דנדר שהוציאו בלשון שבועה איכא למ"ד דלא הוי נדר ונידוי דין שבועה יש לו וכ"פ הרשב"א במיוחסות:

דף שס"ח ע"ד כתב מרן וכתב עוד הרמב"ן ויש מי שסובר דטעמא דברח וכו' עד רמיא עליה חיובא למיחלץ נ"ב עיין בגמרא פרק החולץ דנראה דרמיא עליה חיובא למיחלץ:
דף ש"ע ע"א באמצע לשונו ואינו נראה כן נ"ב ט"ס יש בכאן:

הלכות קריעה

דף שע"ב ע"א כתב הטור וז"ל כלל הדברים מי שמתו לו וכו' או שבא לו שמועה וכו' נ"ב עיין בנדרים גבי על שאול ואל יהונתן בכונה:

הלכות אונן והספד

דף שס"ד ע"ב כתב הטור וכתב' הראב"ד דתרווייהו דוקא שיהיו וכו' נ"ב עיין בטור זה מה שכתב הב"י דף ר"ט ע"ב:

חידושים על טור או"ח

ד' כ"ז ע"ב כתב הטור ז"ל אסור לומר לעובד כוכבים לסרס בהמה של ישראל וכו' עד או אפילו לא הערים והעכו"ם מכירו נ"ב מדברי התוס' לא משמע הכי בד"ה מחלפו אהדדי והכי מוכח משמעתין דאע"פ שהעובד כוכבים מכירו שרי ול"ד לשבת דאם העובד כוכבים הוא מכירו אסור וכן גבי בכור דאם אתה אוסרו לית ביה קנסא משא"כ הכא דאם אתה אוסרו הרי אתה קונסו דצריך למוכרו ועיין בהרמב"ם ז"ל הלכות כלאים בעובד כוכבים שהרכיב בשל ישראל:
דף כט ע"ב כתב הטור ז"ל וסתמא נמי שאין ידוע מי הלך וכו' נ"ב עיין בפ' עשרה יוחסין דבר תורה אסופי כשר:
שם ע"ד כתב מרן ז"ל באמצע לשונו. ומ"ש ר' ונראה דאפי' אם נתעברה בעיר וכו' עד דה"ל קבוע נ"ב זה תימא דהטור לא קאמר אלא בדאיכא רוב העיר ורוב סיעות ומדברי הרמב"ם דכל שנבעלה בעיר אפילו איכא תרי רובי לא תנשא וכ"נ בכ"מ ומדברי רש"י ותוס' נראה כסברת הטור:
דף כ סוף ע"א כתב מרן והיא ובעלה לא מהימני אפילו במסיחים לפי תומם נ"ב והא דאמרינן לעיל סי' ג' גבי תרומה דנאמן במסיח לפי תומו אפילו הכהן עצמו כבר כתבו התוספות דמעלה עשו ביוחסין ובס' פרישה אישתמיטתיה דברי התוס' ולכך הקשה מה שהקשה.
דף לב ע"ד כתב מרן באמצע לשונו ויש לתמוה עליהם דהא כיון וכו' נ"ב הרמב"ם לטעמיה אזיל דבמעכשיו לא צריך לכפילת התנאי:

דף לו ע"ב כתב הטור ז"ל ולא ישא אדם מעוברת חבירו וכו' נ"ב עיין מהראנ"ח ז"ל ח"א סימן צ"ה וריא"ז ז"ל סביבות פ' החולץ דף תי"ז ע"ב.

דף לז ע"ב כתב מרן בשם הרשב"א תשובה נ"ל שלא נאמרו דברים אלו בגרושה כו' נ"ב מכאן נראה הפך ממ"ש מהראנ"ח ז"ל סי' צ"ה

דף מ כתב מרן באמצע לשונו וכתב הר"ן בפ' שבועת העדות שאם עד אחד אמר וכו' נ"ב עיין מהראנ"ח ז"ל ח"א סימן נ"ז ועיין בפ' מ"א סי' קי"ג. שם באמצע לשונו שאפשר לדחות ראית הרמב"ן ז"ל ע' תשובת ב"י בדיני מל"ת סי' ד'

דף נה ע"ב כתב הטור ז"ל וכתב הרמ"ה דוקא דשקלתינהו וכו' נ"ב משמע דסבר הטור כהרמ"ה ואלו בסי' ל' כתב ואפי' זרקו לתוך חיקה בשתיקה כיון שגלתה דעתה שאינה רוצה להתקדש יכולה לומר במתנה קבלתיו משמע משום דגילה דעתה הא לאו הכי מקודשת:

שם כתב הטור ז"ל וכתב א"א הרא"ש ז"ל דוקא שאינה יודעת סכום הפקדון וכו' נ"ב וכה"ג כ' כי נשתייר ש"פ מקודשת ופקדון בעי למלוייה ניהליה וכתב הב"ח דאיירי היכא דאמר לה בכל מה שהפקדתי בידך וצריך להבין דאמאי היא מקודשת כי אמר לה היינו היכא דאמר לה מנה ונתן לה דינר דכיון דקבלתו הוי כאלו אמר לה השאר לתנאי אבל הכא היא לא יודעת בשעת הקידושין אם חסר או לאו ומ"ש הרא"ה דאינו חייב להשלים כיון שלא הזכיר סכום לא הבנתיו דאם הוא אינו רוצה גם כי ידע לא יהיה חייב לקיים התנאי בע"כ. שם ע"ג כתב מרן באמצע לשונו. וכתב הרא"ש והא דלא חש לה מדשמואל וכו' נ"ב משמע מדברי הרא"ש דהוא לא כיון לקדשה אלא באגודה לבד ולא בד' זוזי דאית בה וא"כ קשה מאי קשה בה ואמרו הכא בתורת קדושין יהבא ניהלה והלא לא כיון לקדש אלא באגודה. וי"ל דכל שלא נטלם בתורת פקדון כאלו נתנם לקידושין דמי. גם לא הבנתיו מ"ש דשאני הכא שחזר בו ממה שרצה לקדשה בפחות מש"פ מה יהנה חזרתו ובקידושין תוך כ"ד לאו כדיבור דמי ומה שהיא לא נתרצית ואחר קבלה ממנו מי נאמנת לומר לא היתה דעתי אלא שהיה שוה כאן. שם בסוף לשונו מביא לשון הרמב"ם נתן לה אגודה של הדס א"נ וכו' עד שמא תשוה פרוטה במ"א נ"ב מדברי הרמב"ם משמע דהני ד' זוזי כי נתנם מעיקרא לא לשם קידושין כיון כסברת הרא"ש ועדיין בהריטב"א ז"ל דף נ"ו ע"א כתב הטור ז"ל והרמ"ה כתב דוקא כשהחזיר לה המשכון נ"ב צ"ע לדעת הרמ"ה במשכונה בשעת הלואתו אם יהיה מקודשת ועיין בהר"ן פ"ב דקידושין שם ע"ב כתב מרן ז"ל באמצע לשונו בשם התוספות וז"ל וא"ת כיון דמקדש בהנאת מחילת מלוה וכו' נ"ב מדברי הסמ"ג נראה דאפילו לא אמר בהנאת מחילה מקודשת:

שם ע"ג כתב מרן בתחלת לשונו ומכל מקום יש לתמוה וכו' עד שאינה מוכרח וכו' נ"ב עיין בפ"י מהלכות שכירות שנראה משם שבכל ענין קאמר שם סוף עמוד זה כתב מרן דכיון דתקינו רבנן וכו'. נ"ב עיין בחידושי הרמב"ן פ' הספינה דף ע"ז. דף נ"ח ע"ב כתב הטור ז"ל ואם אמר לה דינר החסר וכו' נ"ב נראה דקאי למנה זה או למונה והולך וזה אינו דבמנה זה או מונה והולך בכל המנה קידשה שם נ"ב ל"נ דאמר כן בשעת נתינת המנה. שם כתב הרמ"ה ז"ל ואם אמר לה וכו' עד הוי ס' קידושין נ"ב צ"ע דהוי שתיקה בלאחר מתן מעות:

דף נט ע"א כתב מרן באמצע לשונו ז"ל ומשמע דקידושין למתנה דמו וכו' נ"ב (זה אינו דבקידושין א"א לחזור מדין שליחות דאין האשה מתקדשת שלא מדעתה משא"כ במתנה דזכין לאדם שלא בפניו:

שם ע"ב באמצע לשונו אבל הר"ן תמה עליו מפני שהוא כו' עד אלא בסמטא נ"ב זה תימא דהכא לאו מדין ד' אמות הוי אלא משום קרוב לה ובהא מודה הטור והר"ן כיון דהיא יכולה לשומרו ולא הוא מה שא"כ בד' אמות דכל שקדמה היא תחלה אפי' מחצה על מחצה קנתה היא והא דהכא לא צריך לומר זרוק והפטר עיין בהריטב"א בריש קידושין:

שם ע"ב כתב הטור ומפרשי' התוספות דמיירי שנתנו לתוך חיקה וכו' נ"ב טלי הקידושין מעל קרקע אי מהני מהריב"ל ח"ב ומהראנ"ח ז"ל ומהרח"ש ז"ל. ול"נ דבמחלוקת שנויה דלהרמ"ה ז"ל שכ' הטור מקודשת והתוספות והרא"ש חולקים ומדין ערב וליכא למימר דליהוי קידושין כיון שלא אמרה ואתקדש אני לך ודלא כמהראניח ז"ל. שם כתב הטור אבל אם אמרה תנהו על הסלע וכו' עד לתוך חיקה מקודשת נ"ב כתב הרב בעל עצמות יוסף מנ"ל להטור בסלע שלה בעינן לתוך חיקה ולא דק דמדכתב הרא"ש ז"ל דבסלע של ב' דינר היינו בזרקם לתוך חיקה:

שם סוף ע"ג כתב מרן בשם הר"ן כתב הרמב"ן דמאי דאמרינן תנהו על הסלע וכו'. נ"ב באמרה לו תנהו ע"ג הסלע ואתקדש אני לך כבר עלתה דעתה שחפצה בקידושין וסמכה דעתה וכדמוכח מדברי התוס' והפוסקים:

דף ס' ע"ב כתב מרן באמצע לשונו אבל היכא שבא עליה הב' טרם תתגרש הא' נ"ב עיין תשובת הרב בצלאל סי' ז':

דף סו ע"ב כתב מרן בשם הר"ן ז"ל אבל היכא שהוחזקה וכו' עד דלא הימניה רחמנא בגירושין נ"ב עיין בירושל' לא משמע הכי ודו"ק:

שם סמוך ונראה לו כתב מרן אבל מתשובת הרשב"א לא משמע הכי נ"ב ל"ד דהתם אינו טוען גרשתיה אלא שטען אינה מקודשת ובהא הימניה רחמנא וכ"ת הא כבר הוחזקה

מקודשת על פיו אפ"ה נאמן דהפה שאסר הוא הפה שהתיר. ועיין בסי' קנ"ב ומשמעתין מוכח דהתורה האמינתו לומר לאב גרשתיה דקאמר לזה התורה:

שם כתב מרן בסוף לשונו וראי' מההיא דכתובות ההיא איתתא וכו' נ"ב צ"ע דהכא מאי אמתלא איכא:

דף ס"ט ע"ב כתב הטור אבל כנסה מקודשת וכו' עד כניסתה לחופה נ"ב עיין הרד"ך בית ט':

דף ע"ח ע"א כ' הטור פנויה וכו' נ"ב מהריב"ל ח"א סי' כ"ג וח"ג סי' ל"ז:

דף עט ע"א כתב מרן באמצע לשונו ורבי' כתב דברי הרמב"ם כאלו חולק עליו נ"ב לסברת הרמב"ם לא בעינן שיתברר הדבר שהוא שקר אלא באמת לא לבד מבטלי' קלא:

דף כתב מרן וכך הם דברי התוספות והר"ן נ"ב מהריב"ל ח"א סי' מ"ז כלל ו':

דף פ"ב ע"ג כתב מרן באמצע לשונו דכל תנאי שהוא בשעת קידושין וכו' עד ואע"פ שאין בידו נ"ב נראה דבלשון חיוב אפשר דמהני דאדם מתחייב עצמו דבר שלא בא לעולם:

שם ע"ד כתב מרן באמצע לשונו וכ"כ המפרשים בפרק הזהב נ"ב מהר"א ששון סימן קל"ב:

דף פ"ד ע"ב כתב הטור המשיא לבנו גדול נ"ב מהרש"ך ח"ג סי' פ':

דף צט ע"ג כתב מרן באמצע לשונו ואין הפרש בין שכתב לה וכו' עד ומיפק לא יהיב לה נ"ב עיין בטור זה סי' צ"ע נראה הפך מזה:

דף ק' ע"ב כתב באמצע לשונו ונראין דברי אחרונים עיקר נ"ב ק"ל הוא דחה דברי המפרשים דההיא דכלתיה דרב זביד דאיירי דמאיס עלי':

דף קט"ו ע"ד כתב מרן באמצע לשונו נ"ל דראובן מקבל מתנה היא נ"ב עיין בסימן ק"ו והריב"ש ומהריק"ו:

דף קט"ז ע"א כתב מרן באמצע לשונו וכתב הר"ן כו' נ"ב וצ"ע:

דף קי"ז ע"ד כתב מרן אבל אין נראה כן מדברי רש"י שכתב מכרה בטל וכו' נ"ב שם איירי כשהיא אמרה אחזיר את הדינר ומכאן נראה דבטענה כזה מצי השליח לומר אני אתקן את מה שעויתי וכ"נ מדברי הרשב"א בס' תולדות אדם סי' רנ"ה אבל מדברי הראב"ד פ"א מה' שליחות:

שם סמוך ונראה לו אבל בטעתה מכרה כו' נ"ב אנ"כ ממ"ש בח"מ גבי שותפין שחילק שלא מדעת חבירו:

דף קיט כתב מרן בתחלת לשונו משום דאימור צררא אתפסי' וכו' נ"ב לא ידעתי מה שייך הכא כל זה דכיון דהכא איירי כשמתה היא בחייו עדיין לא נתחייבה שבועה ולא שייך לומר אין אדם מוריש שבועה ולא שייך הכא ההוא דאין נזקקין דהוי לגבי יתומה:

שם ע"ד כתב מרן באמצע לשונו וזה שלא כדברי הרשב"א צ"ע היכן נראה כן בדברי הרשב"א:

שם כ' מרן בשם הירושלמי עד שישמעו את קולו א"ר מונא היא שמיעת הקול היא הרכנת הראש נ"ב ונראה דה"ה אם השביע את אחרים ופשט ידו ונשבע דהא גבי גיטין הוי הכי יעו"ש ומכאן נ"ל דאם כתב בכתיבה אני נשבע לעשות דבר פ' ה"ז שבועה שמ"ש בכתיבה ה"ז כמי שהוציא מפיו וכן ראיתי כתוב בשם הרשב"א:

דף קכ ע"א כתב הטור וא"א הרא"ש ז"ל מביא דבריו בפסקיו וכו' נ"ב מהרש"ך ח"ב סימן א' ומהרימ"ט א"ה סי' מ"ד יע"ש:

דף קכ"ט ע"ד כתב מרן סוף עמוד לפי דין התלמוד כתב כן נ"ב עיין בהרשד"ם א"ה סי' קל"ו חולק על זה ועיין בעצמות יוסף בפרק מי שמת גבי שייר קרקע כ"ש נראה כסברת הב"י:

דף קל"ח ע"ב כתב הטור מכל מה שימצא מעזבונה וכו' נ"ב עיין במהרש"ך בנוספות סי' ח':

דף ק"מ ע"ב כתב הטור בשאלתות דא"א הרא"ש בשאלת אלמנה שהיתה אמודה בממון וכו' תשוב' אין בדבריהם וכו' עד אין שיעבוד חל על גופו של אדם בשום ממון. נ"ב לפי מ"ש א"א והביאו הטור בסי' ע' דחייב אדם להשכיר עצמו כדי לפרוע חיובו וכ"כ בתשובת מהר"ם ויהיב טעמא משום דגופו של לוה משועבד למלוה דעבד לוה לאיש מלוה ובח"מ סי' צ"ט הביא הב"י דברי הרא"ש וכתב דלא נ"ל כן וכאן סי' קנ"ד הביא דברי הרא"ש ז"ל שכתב בתשובת דלא חל השבועה הב' ונראה דהתם שנשבע לתת כל מה שירויח לעניים ה"ז כנשבע לבטל את המצוה דודאי קא עקר אבל הכא אין זה ודאי קא עקר דאפשר דיספיק חצי מה שירויח כדי לזון את אשתו:

דף קמ"ב ע"ב כתב מרן דגרושת ישראל י"א שהיא כגרושת כהן נ"ב עיין מהראנ"ח ח"א סי' ו':

שם ע"ד כתב מרן ונראה דאיתא לדין זה של הרמ"ה וכו'. נ"ב דברים אלו לא הבנתים כי מדברי הרא"ש ז"ל שהביא לעיל משמע דצריך דגם בשעת כתיבה בענין שיהיה שלו איברא דצ"ע בההיא דהאשה כותבת גיטה דבשעת כתיבה עדיין אינה שלה וע' בתוספות ועוד הוי מחוסר הקנאה ונתינה ולפ"ז בשל נייר גם כן בשעת כתיבה עדיין אינו שלו.

דף קמ"ג ע"א כתב מרן וכ"כ בנמ"י והרשב"א והריטב"א נ"ב עיין בהריב"ש סי' קפ"ב.

דף קמד ע"ב כתב מרן באמצע לשונו וא"כ משמע דפסול דקתני בתוספתא לאו וכו' עד בטל נמי הוי נ"ב הרד"ך בית כ"ג האריך בזה. שם ע"ד כתב מרן בתחלת לשונו אבל לפי מ"ש התוספות בשם ר"ת משמע כו' נ"ב עיין הרימ"ט ח"מ סימן ע"ג וע"ז

דף קמ"ה ע"א כתב מרן בשם הנמ"י ולענין גט שכיחא וכו' נ"ב וכ"ש אי חתמו באמצע דכשר כמ"ש הרא"ש אבל בתחלה פסול כמו שאר שטרות ופסק כלישנא דפסול. דף קמ"ו ע"ב כ' מרן בשם הרשב"א באמצע לשונו ואותו רגע א"א לבודקו נ"ב לפי מ"ש התוספות דכל דלא חזינן דנטרף דעתו צלותא הוא לק"מ:

דף קמז ע"ב כתב מרן סוף לשונו אבל מתוך בוריו מודה דבעי בדיקה נ"ב זה אינו דדעתא צלותא הוא אמאי בעי בדיקה לפי מ"ש העיטור והביאו הרב לעיל:

שם באמצע לשונו ומדברי ר' אין להכריע נ"ב מדברי בעל העיטור נראה דבעי בדיקה ואפילו בחרש גמור נראה דבעי בדיקה וכ"נ מהרי"ף ויש לתת טעם:

דף קמח ע"א כתב הטור אמר לסופר ולעדים וכו' ותנו לשליח וכו' נ"ב אם לא אמר לסופר תנו לשליח להרמב"ם כל שכתבו גט אחד אפילו פסול שוב אינם יכולים לכתוב גט אחר ואם כתבו גט אחר אינה מגורשת דלא עשאוה שליח אלא לכתיבת גט זה לבד משא"כ בשאמר תנו לשליח מספקא לן דילמא עדיין לא עשה שליחותו:

שם ע"ג כתב מרן באמצע לשונו ומדברי תשובת הרמב"ן ז"ל נראה שמפרש להני בעיי וכו' נ"ב מדברי הטור נראה דאם יאבד מיד בסופו חוזר וכותב גט אחר אבל מדברי הרמב"ם ורמב"ן לא משמע הכי דלא אמר אטו מי אמר כתובו ואנחנו בכסייכו אלא כי אמר ותנו לה דעשאן שליח לגירושין אבל כשאמר ליתן ביד שליח לא עשהו שליח אלא לכתיבת זה הגט בלבד. שם שטה זאת כתב מרן מיהו לא נתברר דבריו כו' נ"ב זה איפכא הוא (א"ה בס' גט פשוט שעמד ע"ז ובסוף דבריו שם צידד בכונת הרמב"ן דמטעם ס"ס כתב הרמב"ן מה שכתב ועל צד הדוחק אפשר דהב"י הבין כן וכן יש לדקדק ממ"ש הרמב"ן ולא ליתן פסול או מסופק כו' דבפסול אמאי צריך ליתן ב'). דף קמ"ט כתב מרן באמצע לשונו והאיכא לספוקי דילמא כותב לשמה וכו' נ"ב זה אינה דבגמרא קאמר עובד כוכבים ודאי אדעתיה דנפשיה קא עביד ובגי' שלנו בדברי ה"ה ליתא בלשון י"ל. שם ע"ב כתב מרן בסוף לשונו יש לחוש כדברי הירושלמי נ"ב לפי מ"ש התוס' שהיו כותבין כמה לשונות דהוי כמו הרי את מותרת לכל אדם ודאי היו כותבין כולה לשמה וליתא לירושלמי. שם ע"ג כתב מרן באמצע לשונו כל היכא דכתוב על דבר המזדייף הורע חזקתו וכו' נ"ב כשנכתב על דבר המזדייף הוי כאלו ליכא עידי חתימה בגט זה מידי דהוה אשייר ב' שיטין ואנן בעינן או עידי חתימה או עידי מסירה והכא ליכא עידי

חתימה אלא ע"פ מעידים הם ולא מהני דף ק"נ ע"ג כתב מרן באמצע לשונו ודע דהא דאמרינן שאם יהיו מוחזקים וכו' נ"ב דין זה אינו נ"ל. שם סוף עמוד זה באמצע לשונו ופירש"י ז"ל כותבת גיטא ומקניא וכו' נ"ב כתב מהרש"ך דלשיטת רש"י ור' בעי' שהאשה יקנה לו לבעלה בפי' וכ"נ מדברי בעל התרומות שהביא ב"י בסי' ק"כ. דף קנ"א ע"ב כתב מרן באמצע לשונו ואע"ג דגבי תפילין שרי לגרור וכו' נ"ב היינו טעמא משום דליכא שם כתיבה עליה כל שלא תקנה כמ"ש בהגה"מ אלא דגרירה לא חשיב כתיבה כמ"ש ב"י בא"ח וליכא משום כתבן שלא כסדרן:

דף קנח ע"ד כתב מרן באמצע לשונו כתב הגהת מיימון בפ"א דלר"א דאמר עידי מסירה וכו' נ"ב ומדברי הרמב"ם משמע דסובר דעדים מפקי' לקלא והא דכתב דגט שאין בו זמן פסול היינו משום דחיישינן שמא יתן לה בצינעא אבל אי לית ביה עדי מסירה ליכא למיחש דבעי לאתויי עידי מסירה דף קנו ע"ב כתב מרן באמצע לשונו וכדאשכחן גבי המקום דאין כותבין נ"ב והכי כתב הרשב"א פ' כל הגט דבכה"ג מיחזי כשקרא ופסול וכ"כ הר"ן שם וזו היא ס' בעל התרומות וכן פסק הטור בח"מ ודלא ככ"מ שכתב דלא חיישינן למיחזי כשקרא והא דכתב הרשב"א ולפ"ז אפילו גט מוקדם אם נתנו ע"י שליח כשר היינו כשנכתב ביום ונחתם בלילה ובגט מאוחר לא חיישינן למיחזי כשקרא דהתם איכא למימר שכתבו לתת לה באותו זמן הכתוב בגט.

דף קנז ע"ג כתב מרן באמצע לשונו ואפשר דתנן קנה בית דירה וכו' נ"ב עיין מיוחסת להרמב"ן סי' רס"ז

דף קנח ע"ד כ' מרן בסוף לשונו בשם הר"ן ודברי הראב"ד נ"ל יותר נ"ב עיין מה שאכתוב לקמן:

דף קנ"ט ע"ב כתב מרן באמצע לשונו וליחוש דילמא נולד אחר בכאן נ"ב היכא דלא הוחזק לא חיישינן וכן כתבו התוס' והכי מוכח סוגיא דפרק האשה שלום ודפ' כל הגט דף ק"ס ע"א כתב מרן בשם הרשב"א דבעי שיהא ניכר מתוך הגט נ"ב צ"ע דבגט מאוחר כתב הרשב"א ז"ל דמגורשת משעת נתינה ואע"ג שאינו מוכיח מתוכן ובפרק גט פשוט כתב הרמב"ן גבי ההיא דאמר אבא שאול כר"א ס"ל.

דף קסא ע"א כתב מרן בשם הנמ"י והריטב"א ז"ל ולא הבנתי וכו' עד שיסמוך על אחרים בשמות נ"ב כלו' פב"פ מה דקוראים לו אחרים. שם באותו עמוד כתב מרן ופירש רשב"ם אין חוששין לו דכ"כ לא היה מחליף שמו זמן מרובה וכו' נ"ב כלומר וליכא למיחש דילמא אזיל למתא אחריתי אבל אה"נ דאם החליפו שמו כשר כיון דאתחזק בשם זה ועיין במהריב"ל ח"ב בסוף הספר. דף קס"ג ע"ב כתב מרן בשם ר"י דין זה בח"ב והתימה

מרבינו נ"ב עיין בסימן קמ"ד כתב יוסף עד או בן יעקב עד שם ע"ג כתב מרן באמצע לשונו וז"ל הרמב"ם בפ' הנזכר ה' שכתבו גט וכו' עד אלא טופס א' לכולן נ"ב הרי אמרו בירושלמי אבל אי כ' טופס לכל אחד ואחד לא מהני ודלא כסברת הטור והרמ"ה דף קס"ד ע"ג כתב מרן באמצע לשונו וע"כ הא בקורין לפניהם וכו' עד הדיינין חותמין נ"ב ע' בהר"ן פ' בתרא דכתובות וצ"ע:

דף קס"ה ע"ב כתב מרן ז"ל באמצע לשונו ומאי דאיתמר עלה חתם וכו' עד אלא להכשיר בדיעבד נ"ב ק' דמדכתב הרא"ש דאם חתמו בו ב' והסופר שכשר בדיעבד נראה דבחתם סופר ועד אחד אפילו בדיעבד פסול ועוד ק' דכיון דהרא"ש סובר דבאומר אמרו אינו גט כלל כדעת הרי"ף וכ"מ ר' בסי' ק"ב אם כן אמאי פסל חתם סופר ועד ודברי הגהות פ"ט צ"ע דף קס"ו ע"א כתב מרן באמצע לשונו דא"כ באין עליו עדים כלל וכו' נ"ב וכ"כ הרא"ש דכל הני גיטי נ"מ לר"ע כמו לר"מ ואם נשאת לא תצא וחד מהן הוי שאין עליו עדים אבל כתב הסופר בפי' כתב הרא"ש שהולד ממזר דהוי הלכתא שם ע"ד כתב מרן באמצע לשונו מעביר עליו קולמוסו ומקדשו נ"ב ק' דבי"ד סי' רע"ו כ' ר' ז"ל ואם יש דבוק באותיות השם יש לגרור וא"צ אח"כ להעביר הקולמוס כדי לקדשו

דף קסז ע"ג כתב מרן ז"ל בסוף לשונו כיון שאח"כ מצאו הוא עצמו נ"ב הכא איכא חשדא דשמא משקר מפני הפסד שכרו דף קע"א ע"ב כתב מרן בסוף לשונו ואין דבריו מובנים לי עד וכל ספק מגורשת וכל ספק מגורשת וכו' נ"ב ומיירי שאחר זמן גיטה יוצא מתחת ידה ואע"ג דלא קראו אותו לא בתחילה ולא בסוף בשעת הנתינה ושמא גיטא אחרינא הוא אפ"ה אם נשאת לא תצא דמדינא הבעל מהימן כמ"ש הר"ן וההיא דכתב הר"ן גבי ההוא גברא דזרק גיטא דהוה ספק מגורשת כשלא קראו אותו היינו כשנאבד דבהני איירי שם ע"ג כתב מרן על תשובת מהר"י ודברים תמוהים הם וכו' עד לא נפקא לכתחילה מינה נ"ב לא הבנתי זה דהכא איירי בשכבר נתגרשה

דף קעג ע"ב כתב הטור ז"ל וכתב הרמ"ה דוקא שלא אמר להו לעדים וכו' נ"ב מדברי הר"ן נראה דחולק אסברת הרמ"ה שם ע"ג כתב מרן ז"ל וכן משמע מדברי רש"י וכו' עד והיא לא שמעה נ"ב מ"ש רש"י והיא לא שמעה דוקא דאם היא שמעה הא איכא דעתא. דף קע"ד ע"ב כ' מרן ז"ל דבין להרשב"א בין להר"ן לא בעי שתהא סמוכה וכו' נ"ב להרשב"א אין ראיה דהרשב"א איירי באומר תזכה לי חצרי דלאו משום יד אתינן עליה אלא מדין שליחות אבל כל שלא אמר תזכה לי חצרי דמדין יד קא אתינן עליה בעינן ונתן בידה בעינן נתינה ובעידן נתינה לא היתה ידה משא"כ כשנתנה בתורת פקדון דגם בשעת נתינה ידה היתה. דף קע"ו ע"ב כתב מרן בשם ה"ה שכתב דהר"ן ורשב"א

מסתפק אם צריך שיטלנה וכו' נ"ב מדברי הרמ"ה שכתב הטור בריש סי' זה שכתב עד שתטלנו משם נראה כסברת הרמב"ם ז"ל:

שם ע"ג כתב מרן בשם הר"ן שאין האשה עושה שליח להולכה וכן דעת הרמב"ן נ"ב צ"ע דבסמוך הביא דסברת הרמב"ן בהיפך דף קע"ז ע"ג כתב מרן בתחלת לשונו וז"ל וטעמו משום דבפרק האשה שלום איבעיא לן וכו' נ"ב כתב מהריק"ו דלהרי"ף כי איבעי לן. שם כתב מרן באמצע לשונו מהו לזכות גט במקום יבם וכו' נ"ב עיין בטוי"ד ודלא כמהריק"ו בה' עבדים.

שם באמצע לשונו ואע"פ שנאמר שלא נתגרשה וכו' עד מ"מ יועיל לגבי וכו' נ"ב וכן הוא דעת בעל העיטור ובירושלמי בעי לשיהיה מגורשת מיד ובהא איכא למימר שמא חובה הוא לה ואי חבין לאדם שלא מדעתו אבל הכא מזכה לה לענין שאינו יכול לבטל ואם תרצה היא יקבל ואם לא לא ומצינו הכי כה"ג גבי עבד ומ"ש מהריק"ו.

דף קעח ע"ג כתב מרן ז"ל באמצע לשונו ואלו היה גורס כפרש"י ה"ל לפרושי וכו' נ"ב ולפרש"י מבחנת בין גיטה לדבר אחר לא הוי צרור וזרקו אלא שתבחין בין צרור לדברן אחר שאינה דומה לגיטה וכ"נ מדברי הר"ן בפרק בית שמאי ומהריב"ל ח"ב סי' ד' ודלא כמהרשד"ם חא"ה סימן מ':

שם באותו עמוד בסברת בעל העיטור דכל היכא שבא במקום בעל דבר אינו עולה לעד נ"ב עיין מ"ש לקמן דף קע"ט ע"א כתב הטור וא"א הרא"ש ז"ל הביאו לפסק הלכה וכו' עד שהרי הוא במקום הבעל נ"ב הא דכתב הרא"ש ז"ל אין השליח משם השנים אינו לומר דהיכא שיתננה לה צריך ב' להחזיקה גרושה לפניהם ומ"ש הטור ז"ל הא קי"ל אמר לב' גרשו את אשתי הן הן שלוחיו הן הן עידיו ל"ק דהתם משום דלהוי נאמן קאמר וכיון דשנים הם נאמנים במגו מה שאין כן הכא דלאו משום נאמנות אתינן עלה אלא דצריך להחזיקה גרושה לעלמא וכן כתב הרמב"ם פרק ו' דין י"ד:

שם ע"א כתב הטור וכ"כ הרמב"ם שהשליח הוא עד א' וכו' עד והשני שחותם עמו על השליחות נ"ב עיין תשובת הריב"ש סימן שי"ח:

שם ע"ד סוף העמוד וקי"ל שכתב הרא"ש וכתב ר' בסוף סימן זה ראובן עשה לבנו וכו' נ"ב ההיא איירי שאמר הבן בפ"נ ובפ"נ ואע"ג דמודה הבעל וליכא למיחש למזויף מ"מ הוי ספק אם מינוהו שליח או לא ועיין בה"ה פרק ט' דין ל"ב דף ק"פ כתב הטור ואם אין הנשים יודעות וכו' צריך ריבוי שערות וכו' נ"ב עיין בסי' קס"ט:

דף קפא ע"א כתב הטור וכיון שעשו תשובה וכו' עד וסופן בכשרות נ"ב עיין בריש סי' י"ז תשובה להרא"ש והביאה הב"י. שם ע"ב כתב מרן בתחלת לשונו אמר לשליח הולך

גט זה וכו' נ"ב עיין מהראנ"ח סי' נ"ה. שם כתב מרן וכן דעת הרמב"ם ז"ל בפ' ט' נ"ב עיין בפ' האומר בקידושין וצריכא דאי אמר לחברו משום דלא סמכא דעתא בפי' רש"י ובפ' כל הגט גבי נפקא ונ"ל:

שם כתב מרן ז"ל באמצע לשונו שאלה לגאון אשה שעשתה שליח וכו' עד אבל לשתתגרש בקבלתו של ב' לא וכו' נ"ב צ"ע דא"כ לא אתי שליחותו מכח האשה אלא מכח הבעל והיכי כתב האשה עושה שליח ושליח שליח הא כיון דאינה מתגרשת בקבלתו דף קפ"ב ע"א כ' הטור בשם הרמ"ה וכתב עוד בין אם עשתה שליח וכו' עד ואין כאן דעת א"א הרא"ש נ"ב עיין בסי' ל"ז בטור זה:

שם ע"ב כתב הטור באו ב' וערערו וכו' נ"ב נראה מדברי התוס' והרא"ש דאיירי בטענו מזוייף שכך כתבו סמוך אהני שפוסלים חתמינן ואפי' נתקיים בחותמיו ודלא כבעל דרישה ופרישה בסי' קנ"ב שרצה לפרש דלא אירי בטענו מזוייף

דף קפד ע"ב כתב הטור ונ"ל דלא דמי וכו' עד יכול להתקיים על הגט נ"ב צ"ע דלשון יהא בטל יכול להתקיים על הגט ואינו יכול לבטלה מעתה. דף קפ"ה ע"א כתב מרן באמצע לשונו וגרסי' התם נהי דבטליה לשליחותא וכו' נ"ב עיין חידושי הרמב"ן פרק חזקת הבתים ד' מ' ע"ב:

דף קפ"ז ע"א כ' הטור וכתב הרמ"ה ז"ל אם יש לו עדים שהבעל מסר לו זה הגט לגירושין וכו' נ"ב לא ידעתי מאי צריך שתי עדים בהוא ואחר עמו סגי. שם ע"ב כתב הטור וכי מטית להתם שוי שליח להולכה וכו' נ"ב לא היה צריך לזה לפי מ"ש בריש סימן קמ"א:

דף קפח ע"א כתב מרן ז"ל באמצע לשונו ויש לדקדק אמאי מצריכנן לשליח וכו' נ"ב עיין בהר"ן ריש מסכת גיטין. שם ע"ב כתב מרן ז"ל באמצע לשונו וכ"כ בעל ההלכות ז"ל ואפשר שאף הם לא נתכוונו וכו' נ"ב עיין בהרמב"ם פ"ט דין ל"ב נראה הפך זה:

שם באמצע לשונו כתב ואע"פ שמדברי הר"ן אפשר לדקדק וכו' עד ערערו ערעור נ"ב זה אינו דבפי' כתב הר"ן רפ"ק כדעת הרא"ש ז"ל:

שם ע"ד כתב מרן ז"ל ותשובתה בצדה וכו' שיש בין רישא וכו' נ"ב לק"מ דא"ה אמאי אצטריך ר"י לומר כן ואפי' יוצא מתחת עדי חתימה דכבר אמרו ברישא והל"ל דבר זה ברישא בלבד ומשם נלמד לסיפא ג"כ:

דף קפט ע"א כתב מרן ז"ל בתחלת לשונו כתב הריב"ש סי' שי"א מה שאתה חושב וכו' נ"ב, מהראנ"ח סי' ל"ב

דף קצג ע"א כתב הטור ז"ל והרמ"ה כתב וכו' עד הוי ספק מעכשיו נ"ב טעמא דהרמ"ה נראה מדפריך בגמ' בד' ע"ד ע"ב אדמפלגי במהיום ולאחר מיתה ליפלוג בע"מ וכ' הרשב"א דה"פ דלרבנן לא שמעינן כן במתני' אלא במהיום אבל במעכשיו לא שמעינן:

שם ע"ב כתב הטור אם לא ניתק כו' נ"ב מהרשד"ם חא"ה סימן צ"ד שם דף קצ"ד ע"א כתב מרן בסוף לשונו על ר"י ומ"מ לא ידענא מהיכא יליף הכי מתוך הגמ' נ"ב מדברי הרשב"א בחידושיו נראה כסברת ר"י ז"ל:

דף קצה ע"א כתב הטור לפיכך היא כאשתו וחייב במזונותיה נ"ב ודוקא משום דהוי ספק מגורשת אבל אם תנאי דמעכשיו אם לא יבא אינו חייב דכשלא בא הרי זו מגורשת ודאית למפרע הרא"ם:

דף קט"ו ע"א כתב מרן באמצע לשונו בשם תשובת הרמב"ן סי' קל"ה על משודך כו'. עיין רדב"ז סי' רי"ו והרד"ך בית כ"ד וצ"ע דף קצ"ז ע"ב כתב הטור רק כשאמר סימן מובהק נ"ב הא דבעינן שיתן היא סימנין הגט אע"ג דהבעל מודה שהוא נתנו לידה משום דשמא מאדם אחר נפל ואין הבעל נאמן לומר גרשתי את אשתי דף קצ"ח ע"א כתב מרן באמצע לשונו. וכן דעת הר"ן ז"ל נ"ב והר"ן כתב בפי' הרא"ש ועיין בהרשב"א מיוחסות להרמב"ן סי' קל"ט. שם ע"ב כתב מרן תשו' הרשב"א בסוף דברי הרשב"א אבל אין כופין אותו לגרש וכו' נ"ב מדברי הרמב"ן סי' קל"ט נראה דאפילו לכתובה אין כופין:

דף רי ע"ב כתב מרן ז"ל בסוף לשונו אע"ג דלדידיה לא חשיב נשבע וכו' נ"ב הכי אמרו בפ' החולץ והא דאמרי' בפ' כיצד חליצה במקום יבום אינה מצוה היינו היכא דרוצה ליבם אבל אם אינו רוצה ליבם אין כאן מצוה:

דף ר"ז ע"ד כתב מרן בשם תשובת הר"ן סימן נ"ט על עניין תנאי השטר אינו אלא וכו' נ"ב מהרי"ט א"ה סימן מ"ה וע' מ"ש דקיי"ל ידו עדיפא מידה ויבם נכנס בחריקיה וצ"ע:

דף רי"ד ע"ב כתב מרן באמצע לשונו וגם היתר יבמה לשוק היא ערוה כו' עד ואין דבר שבערוה פחות מב' נ"ב עיין בתשובת הרשב"א והביאה הב"י סימן מ"ב.

דף רלב ע"ב כתב מרן באמצע לשונו ואני רואה ק"ו בנדון זה אלא וכו' נ"ב עיין תשוב' למהרי"ט בא"ה.

חידושים להרב המחבר שנמצאו סביבות מהרדבז ז"ל

סימן מ"ז ע"ד כתב ז"ל הצ"ל ומ"מ משמע לי שהר"ן חולק על הרשב"א וצריך ליישב המשנה לדעת הרשב"א עכ"ל נ"ב הרשב"א מוקי מתני', בעושה ע"ד אביו והכי מוקי לה הרמב"ם וע"ש בשה"ג משמע דאי לאו ה"ט מותר אע"ג דשביתתו עלינו ואם הקטן אינו עושה לדעת אביו מותר ובעבד ג"כ נהי דשביתתו עלינו מ"מ כל שאינו עושה לדעת

רבו מותר וכ"כ הרשב"א בפי' סי' נ"ט סי' ס' כתב ז"ל הצ"ל ומ"מ לנ"ד ליכא פלוגתא דשבועה חלה על הכל ועל המקצת וכ"כ הרא"ה עכ"ל נ"ב זה דלא כב' ט"ז עיין בסי' רל"ח סי"א:

סימן ק"כ ז"ל הצ"ל וה"ה והוא הטעם בנ"ד כיון שהיתה תמיד בביתו משרתת אותו ועוד שלא היתה חשודה מאחרים בתר דידיה שדינן ליה לכ"ע וכו' עכ"ל נ"ב קשה לי דנהי דהודאת שהוא בנו לא בעינן מ"מ בעינן שיודה שבא עליה ועיין בספ"מ ח"א סי' צ"ב:

סימן קל"ו ריש ד' ב"ן כתב ז"ל הצ"ל אלמא דאם משך וראה שאין זה המין אשר אמר לו ושתק מחל ואין יכול לחזור נ"ב אבל מהר"ם כתב בההיא דשחמתית ונמצא' לבנה דלעולם חוזר ועפ"מ סי' נ"ה ח"ב ד' ק"א:

שם כתב וז"ל עוד צריך שתדע שאפי' לדברי שמעון אם ירצה ראובן אומר תחזיר לי כל המקח ולא מצי שמעון למימר הבגד שנמצא בו המום אחזיר אבל שאר בגדים יתקיים המקח וכו' עד וחוזר הכל עכ"ל נ"ב עיין בס' בני אהרן סי' מ"ה ומדברי התוס' נראה דלא כהמחבר:

סימן קל"ח ד' ב"ן ע"ד וז"ל אבל בנ"ד שהבעל בא להוציא יכולה לומר תביא ראיה שאין פי' הלשון כדברי וטול עכ"ל נ"ב מדברי מהריק"ו שורש ז' ד' מ' ע"ב נראה הפך מזה:

סימן קס"ז כ' ז"ל הלכך בנ"ד כיון שלא זכה ראובן בנכסים הללו ולא באו לידו מעולם אין חייבין יורשיו לפרוע חובותיו אפי' שכתב דאקנה אבל יורשיו באים מכח ירושה דאתיא ממילא נ"ב מדבריו נראה דהבעל יורש את אשתו והוא בקבר להנחיל ליורשיו כיון דאתיא ממילא וזה אינו דאין הבעל יורש את אשתו והוא בקבר כדי להנחיל ליורשיו כמ"ש הרמז"ל פ"א מה' נחלות ובנדון זה לא היה צריך לכל זה דהא דחולקין הנכסים לאו משום דאחיו יורש את אשתו והוא בקבר אלא היבם יורש ממנה ואפי' הוה הדין דהבן יורש את אביו בקבר לפרוע לב"ח הכא לא שייך כ"ז דאין המת יורש כנוס:

סימן קס"ז ע"ד וז"ל ואע"ג דקי"ל דכל זמן שהטלית ביד האומן נאמן ועל בע"ה להביא ראיה ואם לא הביא ראיה נוטל אומן בלא שבועה נ"ב לא ידעתי היכן קי"ל כן דהא הרמב"ם והרא"ש והטור כתבו דנשבע ונוטל ועיין בטור סי' פ"ט מה שתיר' הרמב"ן למאן דסבר לחלק:

סימן קע"ג ז"ל אבל בהקדש לא שייך לומר משטה אני בך ולא להשביע את עצמו כ' ירא הוא מן ההקדש נ"ב צ"ע מההיא דאמרי' בסנהדרין של הקדש הם לא אמר כלום אדם עשוי שלא להשביע את בניו:

סי' קע"ז כתב וז"ל ומיגו דמצו למימר נאנסו נמי ליכא חדא דאינסא לא שכיח ואין זה מיגו טוב נ"ב דבריו צ"ע דבכל מקום אמרי' מיגו דנאנסו:

סי' קע"ט כתב וא"ת כיון דגזלן אין יכול לישבע היינו שכנגדו חשוד על השבועה ותרתי למה לי נ"ב קכה דהא אצטריך למיתני תרתי דחשוד אינו חייב עד שיהא מודה במקצת משא"כ בגזלן דבכל גוונא תיקנו:

סי' רי"ד כתב ז"ל משמע דדין פקדון יש לעסקא הלכך אין שביעית משמטת נ"ב תמהני על המחבר איך כתב בפשיטות כן והמרדכי בפ' המקבל כתב משם מהר"ם דלא כותיה עיין בב"י סי' ס"ז אמנם מדברי רש"י בפרק האיש מקדש דף מ"ז נראה דלא כמהר"ם שכתב ז"ל להוצאה ניתנה הלוה רשאי להוציאה בהוצאה ואינו חייב להעמידה בעסקא וכו' יע"ש. סי' רנ"ד כתב ז"ל אבל ממקום הראיה דההיא דבן לוי דקתני מכרה לאחר משמע דאפי' מכרה בכל גוונא אפי' לעשות קנוניא נ"ב מדברי הרשב"א סי' תתקס"ב אנ"כ ועיין מהר"ם אלשי"ך סימן ס"ח והמבי"ט ח"ב סי' נ"ז ומהר"ם גלאנטי סי' פ"ז:

סוף סי' רנ"ה כתב ז"ל ואפשר לומר דעיקר טעמו שמא תשתכח אומדן דעת האב בין מיתה לנשואין ודוקא לפרנסת נשואין וכו' יע"ש נ"ב קשה דאיפכא כתבו הפוסקים דהיכא דשמין דעת האב גובה גם ממטלטלים והוכיחו כן מההיא דרב זן מחטי דעליה וכ"כ ה"ה בשם כלה:

סי' רס"ח כתב ז"ל הא ליתא דאי בכל השטרות קא מיבעיא מאי קא בעי גמרא וכו' יע"ש נ"ב מדברי התוס' שם נראה דבכל שטר קא מיבעיא ליה:

סי' רפ"ד כתב ז"ל וטעמא דמלתא דאם אמר הרי עלי לקבל נזירות לאחר ל' יום הוי כאלו אמר הרי עלי קרבן כו' עד ואם לא הביא עבר בבל תאחר ולא שייך בכה"ג בל יחל כלל ע"כ נ"ב עיין בהרמב"ם פ"ו מהל' ערכין דאם אמר הרי עלי להקדיש דבר זה כשיבא לידי ה"ז עובר בבל יחל ובבל תאחר:

סי' רצ"ז כתב ז"ל תו איכא טעמא אחרינא למיפטריה כיון דשבועת היסת הוי דרבנן וכו' עד אבל הכא שהספק נולד מחסרון ידיעתינו וכו' נ"ב דברים אלו צ"ע ועיין בב"י ה' שמיטה ובפ"ק דע"ז דף ז':

חידושים שנמצאו בגיליון תשו' מהרימ"ט ח"א

א' ע"א ופירשו התוס' והרא"ש והא לא הוי נולד וכו' נ"ב ל"ד דהכא סמך בדעתו והיה סבור שיוכל לפרוע וכמ"ש הרא"ש בנודר לחתנו דסמך בדעתו שיגבה מהקפה משא"כ בדבר שאינו בידו כי ההיא דמכרה וכה"ג מחלקים לענין אסמכתא דכל. מידי:

דף ב' ע"א אע"פ שחלק הראב"ד ז"ל כו' נ"ב והטעם נראה משום שזו לא נתכוונה להיות גזלנית דמטעם זה כתב הרשב"א דשותף שחילק שלא מדעת חבירו והרויח הריוח לאמצע:

דף ג' ע"א וידו כידו כו' נ"ב לא ידעתי זה דאם זקפם עליו במלוה אין ידו כידו והרי הרשתו לכל אם ירצה ללותם לעצמו:.

דף ז' ע"ד וא"ת דמ"ש מההיא כו' נ"ב עיין בתוס' פח"ה דף ל' ד"ה לאו קמודית דהאי ארעא דידי הוא:

דף ט' ע"ד אך בקידושין כו' נ"ב בפ"ב דכתובות דף כ"ו כתבו התוספות דלא אמרינן השתא הוא דאיטמאי היכא דאיכא ב' כתי עדים מדאור':

דף יו"ד סע"ב ואם איתא נוקמא אחזקתה כו' נ"ב ה"ט דשומא לא שכיח ומ"ה איכא למימר דגדולה ומט"ז כתבו התוס' בפר' האומר בקדושין דבמקום סימנין א"צ עדות שנים ומ"ש הרשב"א דאף אם לא נמצאו לה סימנין חיישינן שמא נשרו דברים תמוהים הם דהא דחיישי' לשמא נשרו היינו משום חזקה דרבא וזה מבואר בסוגיא דפ' יוצא דופן וכ"כ התוס' בפ' בא סי' ד' מ"ח ע"ב ד"ה איבעית:

דף י"ב סע"ד והיינו דאמר בכריתות כו' נ"ב עיין תשוב' הרשב"א הביאה הב"י סי' ל"ד מחודש ח' על א' שהעידו עליו שעבר על שבועתו:

דף י"ג ע"ב אלפא מוכח להדיא דמאן וכו' נ"ב כ"כ שם הריטב"א וכ"כ הר"ן פ"ב דכתובות:

דף י"ח ע"ב וראיתי להריב"ש כו' נ"ב עיין בהר"ן פר"א דמילה גבי היכא דאישתפוך חמימי:

דף י"ט ע"ב ושמא דאפי' חיוב וכו' נ"ב עיין בהר"ן פרק השוכר דכ' דחייב לתת לו שוויו דאע"ג דטלה אין כאן שעבוד יש כאן:

דף כ"ז סע"ב וזה פשוט וכו' נ"ב אינו כן דכל שאינו בשעת מלאכה חייבת לשלם ולא עשו בו תקנה ומשום שמירה בבעלים אין לפוטרה דאדם מועד לעולם אבל כששברה כלים בעת שעשתה מלאכתה אין לחייבה מטעם זה:

שם ע"ג אחר שעה ראשונה אזלינן וכו' עיין בפרש"י פ' השואל בעל בנכסי אשתו שוכר הוי או שואל הוי:

דף ל"ב ריש ע"ב ע"ד ראשונה נעשה נ"ב עיין בא"ה סי' י"ג וצ"ע:

דף ל"ג ע"ב הרי יצאה מכלל הרוב נ"ב עיין בפ' אין צדין גבי מתני' דבהמה מסוכנת בגמ' הפך מדברי הרב:

דף ל"ד ריש ע"ג בשיטה ראשונה נ"ב מהר"י אדרבי סי' קנ"א נראה כחולק:

דף ל"ו ע"א הא ליתא דהתם טעמא וכו' נ"ב עיין בהר"ן פ' הכותב:

שם לפי שלא נתנם לבעלה אלא ע"ת כך נ"ב עיין תשובה להרשב"א סי' תשע"ח:
דף ל"ז ע"א אבל פירוש שהוא דשב"ל נ"ב בפירות נמי איתיה בבריא על ידי קנין ואע"ג דבלשון זה לא מהני מ"מ הא חזי' במכירה שטרות דלא בעי' בש"מ שיאמר הוא וכל שעבודו ועיין בפ' הכותב אם קנו מידו מגופה של קרקע קנו. דף ל"ח סע"ד ועוד י"ל כן וכו' נ"ב מדברי הרב בכאן נראה שאין לחלק בין מטלטלין לקרקעות ועיין בסי' קי"ב דחלק הרב כן:
דף מ"א רע"ב והא דבודקין למיאונין וכו' נ"ב ה"ט משום דלא סמכינן אחזקה כל היכא דיכול לבררו:
דף מ"ז ע"ב וההיא דפרק הכותב וכו' נ"ב לפ"ז ק' דא"כ אפי' קודם אירוסין נמי ועיין בתוס' בשמעתין:
שם וכן מוכח מדברי התוס' נ"ב מדברי התוס' ליכא ראיה דמיירי באו' איני נזונת היום ועוד בלשון איני נזונת לא:
שם ע"ג דאפי' למ"ד שעבודא לאו דאורייתא נ"ב עיין בא"ה סי' צ' תשו' להרא"ש ובהג"א בפרק הכותב גבי ההיא דאין נשבעין על שעבוד קרקעות:
שם ע"ד כדתניא בפ' חזקת קבל מן האשה נ"ב המרדכי כתב דמ"ש יחזיר לאשה היינו עצה טובה ואם תחזירם לבעל פטור יע"ש וע' בפ"מ ח"א סי' ו' ובס' נ"מ:
שם וכיון שכן משעה שקבל נתחייב נ"ב מעיקרא הוי ס' אם שלה או של בעלה אלא דעל הספק אמרו למקום שנטל יחזיר:
דף ן' ע"ד עדיין בחזקת א"א עומדת נ"ב עיין בהגהת מרדכי פ' האשה שאמרו לה עדים מת בעליך ועיין תשו' להרב בחא"ה סי' ל':
דף נ"ג ע"א ומטיבותי' דמר נ"ב עמ"ש ה"ה פ"ח מגרושין:
דף ס' ע"ד איברא שאם נ"ב עיין בהרמב"ן פח"ה ד' ל"א והריב"ש סי' שע"ט:
דף ס"ז ע"ג יש לנו לומר שהשכר הוא בתוך נכסיו נ"ב עיין בחידושי הרשב"א פ"ק דגיטין ד' י"ג ובמיחסות להרמב"ן סי' ס"ב דנ' דלא כהרב המחבר:
דף ע"א סע"ב ולכשיחול לא נשאר נ"ב עיין בחדושי הרשב"א בשמעתין נראה דלא כטעם הר' המחבר ונ"מ לענין דינא בין ב' הטעמים:
דף פ"ד ע"א עוד בא האדון נ"ב עיין מ"ש הכ"מ בשם הריב"ש רפ"ג מה' מלוה נראה דלא כהרב:
שם ע"ג מ"מ קשיא לדברי מר נ"ב ול"נ להביא ראיה מההיא דאמרינן האי מאן דמסיק ד' זוזי דרביתא בחבריה יהיב ליה גלימא בגוויהו כי מפקינן מיניה גלימא לא מפקינן ומקחו קיים ועיין בתמורה:

דף נ"א ע"ג וגם יש לי לדקדק כן נ"ב עיין ס"פ נערה שנתפתתה גבי קריבתיה דר"י:
שם אלא כל שיש ס' בעיקר התפיסה נ"ב ול"נ להביא ראיה מההיא דמלוגא דשטרי ע"ש:
דף צ"ב רע"ב אך קשה נ"ב עיין במרדכי פ' הנז' שהק' ר"י כן ותירץ ע' במהרא"ש סי' ק':
שם ונשמע שהריטב"א מחלק נ"ב כ"נ מהמרדכי פח"ה גבי קבל מן האשה יחזיר לאשה:
דף צ"ז ע"ב וכן לענין טומאה משקה כו' נ"ב הא דאמרינן משקה הבא לאוכל כאוכל דמי ה"ד כשהמשק' יהיב טעמא לאוכל וכדכתב הריב"ש בשם הרמב"ן ז"ל:
דף צט ע"א אוזולי הוא דמוזיל גביה נ"ב בנדון הרב ה"ז קרוב לשכר ורחוק להפסד ואין ראי' מכאן לפמ"ש התוספות והביאו בהגהת אשיר"י גבי אי תקפה ברשותאי דגבי הפוסק עמו בשער הגבוה דמשמע דכל האחריות על המוכר ה"ט משום דאין לו מזומן במה שיש לו למכור א"צ שיהא האחריות על הלוקח כדין הלכך לא חשיב אגר נטר ולפי זה יראה דאפי' אם מכר זה נעשה מעכשו כמו שכתב אח"כ עדיין אסור:
דף ק"א ע"ב וכן מוכח מדאמרינן נ"ב עיין בפ"ד אחין ד"ה אשה בחזקת היתר לשוק כו' שהקשו התוס' מההיא דחולין ולפי דבריו לא ידעתי מאי קושיא ודו"ק:
שם והביא ההיא דפ' י"נ נ"ב ע' בהר"ן פרק האומר ומהריב"ל ח"ב סי' י"ט. דף קי"ב ע"א ובהכי מתרצא מילתיה דהרא"ש נ"ב וליתא למה שהשיג הש"ך סי' מ' למהראנ"ח. ד' קי"ו ע"ד וע"ק דמייתי נ"ב ואני הדיוט לא הבנתי דבריו דבמתני' נמי תנן ישבה על המשבר ממחינן לה עד שתלד וה"ט דכיון דישבה על המשבר וגופא אחרינא הוא וכבר נעקר ממקומו משא"כ ברישא דעדיין לא נעקר ממקומו והוי כאחד מאבריה ולא שייך לחוש לחיותיה וההיא דמקשה לילד נמי כיון דנעקר ממקומו גוף אחר הוא ושייך ביה לחוש לחיותיה ולתירוץ ב' שתירץ הרב דמתה שאני לא ידעתי מה יענה להההיא דמקשה לילד ועיין בהר"ן פי"ה שהביא מההיא דהוציא ראשו טעמא דהוציא ראשו כו' ועיין בהרשב"א שכתב דכי לא הוציא ראשו ה"ט משום דהוי רודף יע"ש:
דף קכ"ד ע"ג אף כאן יכולין להעיד נ"ב לא הבנתי זה שה' מעידין שאביהן נתן בב' ולגבי אביהם היו פסולים בחיוו להעיד ולא אמרו אלא כשנסתלק אותו קרוב דלגבי מי שמעידין היום שהממון שלו כשר היה מתחילה ועד סוף ע' בנ"י שם דף קכ"ה ע"ב ועוד החזירה למאן נ"ב הרשב"א כתב גבי קבל מן הקטן יעשה לו סגולה ומיהו אם החזיר לקטן אינו חייב הביאו ה"ה פ"ז דשאלה. ע"ד בשיטה אחרונה נ"ב אינו נ"ל דכיון דהלוים מדעתם נתנו לאשה כדי שתגבה לעצמה שוב אינם יכולים להוציא מידה. דף קנ"ט ע"ד שהרי כתב הרא"ה כו' נ"ב התם שאני משום דפשע שנטע במקום שאין מגדל צמחים:

שם אבל כשאינו רוצה בה נ"ב אנ"כ מדברי הר"מ והתוספות שם בשמעתין יע"ש בסוף דבריהם ומרדכי שם ופ' אלמנה נזונת והרשב"א הביאו הב"י סי' מ"ח והרא"ש בתשו' כלל צ"א והטעם דכיון דיש רשות לשותף לירד וזה ראה ולא מיחה ה"ז נתרצה ואפילו באיניש דעלמא כל שראה ושתק ס"ל להרמב"ן ז"ל דה"ז נתרצה כמ"ש נ"י בפ' השואל וע' בתשובה למהרא"ש:

דף ק"ל רע"ב ואשכחן בעלמא דשתיקה כו' נ"ב ע' במהריק"ו שורש קנ"ה דכתב דשתיקה כהודאה אע"ג דלא עביד מעשה ובשור' כ"ד:

דף קל"ה ע"א ואע"פ שהרב מהרש"ך נ"ב ע' במהרדב"ז סימן פ"ח נר' כהרש"ך:

דף קל"ג רע"ג וכיון שכן דהוי"ל דבר שבידו כו' נ"ב ק"ל דהרמב"ם פ"ח דשבועות כתב נשבע ראובן שלא יכנס שמעון בביתו עד שלא נשבע זה אלא על דבר שהוא ברשותו משמע דחלה שבועה דף קנ"ו ע"א משמע מדבריהם נ"ב התם הוי מגו להחזיק ומיגו מממון לממון להחזיק אמרינן וכ"כ בש"ך. דף קל"ט רע"ד כדין מזיק שעבודה נ"ב עיין בטח"מ סימן ק"ז שכתב שאף המזיק שעבוד של חבירו ליכא כי לא קלקלו גוף הקרקע:

דף קמ"ד סע"ד ומאי פריך תימא דאידי ואידי נ"ב מדברי התוס' לא משמע כן דהתם למי איכא למטען שמא בזמן שבהמ"ק קיים נבנה ואז חוזר ובונה אותה דף קמ"ז ע"ד דכיון דשנה תו לא הוי שלוחו נ"ב ע' תשו' להמרדכי פ' מי שמת על עסק ראובן שתובע את שמעון ט"ו ליטרין עד ולא שייך למפרך הכא מי הודיע את העובד כוכבים שנתן הרבית שהקנה הרבית לבעל המעו' ה"מ היכא דשינה בשליחותו:

תם ונשלם