הלכה · משנה תורה · מפרשים · מלאכת שלמה · ספר נזיקין

מלאכת שלמה על משנה תורה, הלכות גזילה ואבידה

רבי שלמה חכים

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

מלאכת שלמה על משנה תורה, הלכות גזילה ואבידה

רבי שלמה חכים

מקור הטקסט: ספריא · רישיון: לפי המהדורה: נחלת הכלל או Creative Commons

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/מלאכת-שלמה-על-משנה-תורה-הלכות-גזילה-ואבידה/
הקובץ נוצר ב־17 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק ג 4
הלכה ד 4
הלכה ט 5
פרק ד 12
הלכה יג 12
פרק יז 14
הלכה יג 14
פרק יח 15
הלכה א 15

פרק ג

הלכה ד

גזל בהמה והזקינה וכו' אם גזל בהמות וכחשו כחש שאפשר לחזור וכו' או שגזל מטבע ונפסל וכו' או שהיתה יוצאה להסקל אומר לו הרי שלך לפניך ומחזיר אותה בעצמה.

הקשה הרב לח"מ דבגמ' פ' הגוזל משמע דהך סיפא ר' יעקב היא דאף בשנגמר דינו אומר לו הרי שלך לפניך וכדפי' רש"י שם, ואילו בפי"א מהל' נזקי ממון פסק כרבנן שאם החזירו בשנגמר דינו אינו מוחזר, ותירץ וז"ל וי"ל לקושיא ראשונה דרבינו סובר כדכתבו התוס' בפ' ארבעה וחמשה וכו', ולכך אינו יכול לומר הרי שלך לפניך לפי שהתפיס בידים והשתא לפי"ז נוכל להעמיד כל הבבא במתני' דהגוזל קמא כרבנן דר' יעקב, ושור היוצא להסקל דמתני' כגון שתפסו בי"ד מאליהן ע"כ.

וראיתי להרב שער המלך בהשמטות בח"ד שהקשה על דברי הלח"מ מההיא דפ' מרובה (בבא קמא דף ע"א ע"ב) דפריך הש"ס לר' מאיר ששור הנסקל איסורי הנאה היא, ומשני אמר רבא הכא במאי עסקינן כגון שמסרו לשומר והזיק בבית השומר ונגמר [דינו] בבית השומר ור"מ ס"ל כר' שמעון וס"ל כר' יעקב דאמר דאף שנגמר דינו החזירו שומר לבעליו מוחזר וכו', והשתא אם איתא דרבנן מודו מיהא היכא שתפסו בי"ד מאליהן אף שנגמר דינו מוחזר אמאי מוקי לר"מ כר"י לחוד לוקמא ככו"ע וכגון שתפסו בי"ד מאליהן והצריכו עיון. ולפי קוצר ענ"ד מה שנראה לומר בדעת רבינו הוא דהא דמחלק רבינו בין התפיסו [לבי"ד] בידים להתפיסו בי"ד [מאליהן] היינו דווקא בגנב וטעמא דמילתא הוא כיון דבגנב כתיב והשיב את הגזילה אשר גזל דהיינו כעין שגזל כי התפיסו לבי"ד בידים חשיב לו היזק ניכר ולא הוי כעין שגזל אבל כי התפיסו בי"ד מאליהן לא הוי היזק ניכר דכי הוה ברשותיה נמי והיה מניחו כך, היו תופסין אותו, וכיון דהשנוי אינו ניכר כמו פירות והרקיבו מקצתם משו"ה פסק רבינו הכא בגזלן שאומר לו הרי שלך לפניך, משום דאיכא ב' לטיבותא חדא דתפסו בי"ד מאליהן ועוד דהוי גזלן וכמ"ש רש"ל בים של שלמה בפ' ארבעה וחמשה סי' ל' דבהא מודו לר' יעקב דמצי למימר הרי שלך לפניך, אבל בשור דצריך למיעבד שמירה מעליא, א"כ מה שנופל ביד בי"ד אף שהוא לא התפיסו אלא בי"ד תפסו אותו מאליהן, בכל גוונא כיון דנגמר דינו לא מצי למימר הרי שלך לפניך לרבנן, דמה שנופל ביד בי"ד חשיב ליה היזק ניכר ומשו"ה פירש רבינו בפי"א מהל' נזקי ממון דשור היוצא להסקל אינו אומר לו הרי שלך לפניך, והיינו אף שתפסו בי"ד מאליהן. ואמטו להכי הא דאמרינן בפ' מרובה ור"מ ס"ל כר' יעקב דאמר אף משנגמר דינו החזיר שומר לבעליו מוחזר, היינו דוקא לר"י, דאילו לרבנן אף שתפסו

בי"ד מאליהן אינו מוחזר כיון שהוא שומר. אך כל זה אינו שוה אלא לדעת רבינו אבל לדעת רש"י ז"ל אי אפשר לומר כן שכתב בפ' ארבעה וחמשה דף מ"ה ע"א בד"ה וליפלגו, וז"ל אבל הכא משו"ה אמרי רבנן אינו מוחזר דא"ל אתפסתיה לתוראי וכו', והיזקא דבידים הוא שהביאו לבי"ד ע"כ. הרי להדיא דכל שלא התפיסו בידים אלא דבי"ד תפסו אותו מאליהן אף שהוא שומר מצי למימר הרי שלך לפניך, שלא כסברת רבינו.

והרב מל"מ בפירקין כתב על דברי רש"ל דפ' הגוזל, וז"ל ובסימן ס"ה הסכים דאף שמשלם חומש ואשם מצי א"ל הרי שלך לפניך ודחה דברי הרא"ש ז"ל, אלא שמדבריו נראה דאף בנשבע קודם הפסח מצי א"ל הרי שלך לפניך אחר הפסח, שהרי כתב בחד שינויא דבעיא זאת דגזל הגר מיירי בנשבע עליו קודם שנאסר עליו, ולדידי זה אינו דכל שנאסר משלם לו חמץ מעליא וכמו שכתבתי לעיל בשם הירושלמי והיא הלכה מוסכמת ולא מצינו מי שחולק בדבר זה עכ"ל. ולענ"ד נראה להליץ בעד רש"ל דהוא ז"ל מפרש הירושלמי דמיירי לענין מלוה לחבירו חמץ קודם הפסח שאחר הפסח צריך לשלם לו חמץ יפה ולא חמץ שעבר עליו הפסח, ומשו"ה קאמר הירושלמי אית מאן דפליג על חלפי, ומשני לא כו"ע מודו לחלפי אבל לענין נשבע עליו קודם הפסח אפשר דס"ל לחלפי דאומר לו הרי שלך לפניך וכדברי רש"ל. וכ"כ הרב שדה יהושע בפי' הירושלמי דמיירי לענין מלוה ולא לענין גזל וז"ל והלוה מחבירו קודם הפסח ונשבע לו לפורעו אחר הפסח משלם דמי יפה ולא חמץ שעבר עליו הפסח, ונשבע לאו דוקא. ומעתה אין הוכחה מן הירושלמי לפי פירוש זה וק"ל.

הלכה ט

הדר בחצר חבירו שלא מדעתו אם אותה חצר וכו' שזה נהנה וזה אינו חסר. וכתב הרב המגיד וז"ל והכי אסיקנן בפ' כיצד הרגל דף כ"א. ומ"ש רבינו ואם החצר עשויה לשכר אע"פ שאין דרך זה וכו', הוא כדברי ההלכות שכתב הרב אלפסי ז"ל דחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר שהוא חייב בשכירות וכו' אבל לדעת התוס' שהוא פטור וכו' יעו"ש. והרשב"א בחי' לקמא בסוגיין כתב וז"ל וחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר לדעת התוס' פטור ונראים לי דברי התוס' ממה דמבטל שדה מחבירו וכו', ועוד נ"ל להביא ראיה ממה ששנינו בפ' הבית והעליה ר' יהודה אומר אף מעלה לו שכר, ואוקימנא טעמא התם משום דזה נהנה וזה חסר, ואילו סיפא קתני בונה את הבית והעליה על גבה ויורד ודר למטה, כלומר דמעתה אינו נהנה, ואם איתא כי לא נהנה מאי הוי מ"מ בעה"ב וכו' יעו"ש. והרואה יראה דלפי מ"ש התוס' שם בפ' הבית והעליה ליכא ראיה כלל שכתבו בד"ה ויושב וז"ל ונראה דגרסינן ומקרה את העליה ויושב בתוכה פי'

בהעליה יעו"ש. הרי דלפי גירסת התוס' ליכא ראיה לדברי התוס' שכתבו דבחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר פטור דהא הבית והעליה לפי גירסת התוס' לא זה נהנה ולא זה חסר הוא. ודברי הרשב"א ז"ל אלו הביאם הרב הנימוק"י ז"ל בפ' הבית והעליה וז"ל אלא בונה ויושב בבית דהו"ל זה נהנה וזה אינו חסר, וא"ת אמאי אינו חסר והא משחיר לו כתליו בעשן שדר שם וכל שזה חסר אע"פ שזה אינו נהנה כתב הרי"ף בפ' כיצד הרגל שהוא חייב, לפיכך כתב הרשב"א דמהא שמעינן דכל שזה אינו נהנה אע"ג דאידך חסר פטור, שאינו אלא כמונעו לכנס לביתו שהוא פטור וכו', וכן דברי רבותינו בעלי התוס' ז"ל ע"כ.

אשר לפי"ז תמיהא לי טובא למ"ש להכנה"ג סי' שס"ג הגהות הטור אות כ"ד על מ"ש הטור ולזה הסכים אדוני אבי ז"ל וזה לשונו נ"ב והרמב"ם ז"ל כמ"ש הרב המגיד וכתבו רבינו ב"י ורבינו ירוחם בנתיב י"ב ח"א והרשב"א בתשובה סי' אלף קכ"ח וכן פסק רבינו בספרו הקצר וכו' יעו"ש נראה מדברי מרן החבי"ב ז"ל [הכנסת הגדולה] דסובר הרשב"א כסברת הרי"ף והרא"ש והרמב"ם דבחצר דקיימא לאגרא אפי' גברא דלא עביד למיגר חייב, וזה הפך מ"ש הרב הנימוק"י בשמו. והיותר קשה הוא דדברי הרב הנמוק"י הובאו במהר"ש יונה סי' א', והוא ז"ל הביא סמוך לזה דברי מהר"ש יונה, ועיין בב"י. אלא דלפי קוצר עניות דעתי מדברי הרשב"א בתשובה ליכא הוכחה דס"ל כהרי"ף, והוא דהשואל נשאל לו על ראובן ושמעון אחים שירשו חצר בשותפות ודר ראובן בחלקו של שמעון שנתים וראובן לא היה לו בית אחר לדור בו, הודיעני אם יכול שמעון לתבוע מראובן אחיו שכר ביתו אם לאו. תשובה אם בית זה עשוי להשכיר מן הדין חייב להעלות לו שכר שהרי חסרו, שאילו לא היה ראובן דר בו היה שמעון משכירו לאחר ונמצא ראובן נהנה ושמעון חסר, ובכי הא ליכא מאן דפליג, אבל אם אין בית זה עשוי להשכיר כגון ששמעון אדם חשוב ולא היה מכניס דיורים, נמצא ראובן נהנה ושמעון אינו חסר ופטור כדאסקינן בפ' כיצד הרגל וכו' יעו"ש. הרי בבירור דבנדון הרשב"א לא קאי אלא בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר, אבל הך סברא דחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד כלל לא כתב כלום. ולפי"ז ודאי דאינו קשה על הרשב"א ממ"ש בחידושיו לקמן, אלא דלפי דעת מרן החבי"ב [הכנה"ג] נמצא הרשב"א סותר מתשובתו לחידושיו, באופן דדברי מרן החבי"ב לא יכולתי להולמם וצ"ע.

וראיתי להרב לח"מ ז"ל שהקשה לדברי רבינו במ"ש בחצר דלא (עביד למיגר) [קיימא לאגרא] אפי' גברא דעביד למיגר פטור משום דזה נהנה וזה אינו חסר, וז"ל וא"ת והא בגמ' מפרש טעמא משום שאיה או משום ביתא מיתבא משמע דלא סגי טעמא דזה נהנה

וזה אינו חסר יעו"ש. ואחר המחילה רבה נראה דלק"מ דרבינו סובר כסברת הרא"ש שכתב בפ' כיצד הרגל (סי') [דף] כ"א וז"ל אמר רב סחורה אמר רב הונא הדר בחצר חבירו שלא מדעתו א"צ להעלות לו שכר שנאמר ושאיה יוכת שער, מייתי מהך קרא אסמכתא וסעד לדבריו לא מיבעיא שהוא פטור משום דהוו"ל זה נהנה וזה אינו חסר, אלא אפי' טובה נמי עושה עמו שמנע ביתו מליסתר ע"כ. הרי דס"ל להרא"ש דעיקר הטעם הוא משום דזה נהנה וזה אינו חסר כמ"ש בש"ס, [ו]משום שאיה או משום ביתא מיתבא הוא דרך אסמכתא בעלמא, ואפשר דהכי ס"ל לרבינו.

אלא שדברי הרא"ש קשים, דא"כ מאי מקשה הש"ס מאי בייניהו איכא בינייהו וכו', דאם כדברי הרא"ש דהך קרא אסמכתא בעלמא הוא ועיקר הטעם הוא דזה נהנה וזה אינו חסר, לא נפק"מ מידי כיון דאסמכתא הוא. ועוד קשה לדברי הרא"ש מההיא דהגוזל קמא דף צ"ז דאיתמר התוקף עבדו של חבירו ועשה בו מלאכה פטור וכו', כי הא דשלח ליה לר' אבא למרי בר מר בעי מניה מרב הונא הדר בחצר חבירו צריך להעלות לו שכר או אין צריך להעלות שכר ושלחו ליה א"צ להעלות לו שכר, הכי השתא בשלמא התם בין למ"ד ביתא מיתבא יתיב ובין למ"ד ושאיה יוכת שער ניחא ליה אלא הכא וכו', הרי דנראה ברור דטעם שהוא פטור הוא משום הני טעמי הא לאו הכי הו"א דחייב אע"פ דזה נהנה וזה אינו חסר, היפך מ"ש הרא"ש דהנהו טעמי אסמכתא בעלמא הוא. ושוב ראיתי למהר"ש יונה בסי' א' שהקשה כן להרא"ש, ולענ"ד נ"ל לתרץ לדעת הרא"ש דלעולם הטעם שהוא פטור הוא משום דזה נהנה וזה אינו חסר וכמ"ש הרא"ש, ומאי דפריך התם הכי השתא וכו', היינו משום דלא שמיע לן אלא מימרא דרב הונא לחודא, ומשום הכי שפיר קא דחי לה הכי השתא וכו', אבל בתר דשמיע לן כל האי שקלא וטריא דסתמא דש"ס דבעי למפשט מההיא דהמקיף ומעובדא דאפדנא דחייבו רב נחמן, דמכל הני משמע דבלאו הכי סגי לומר זה נהנה וזה אינו חסר פטור. הילכך כי היכי דלא נימא דאמוראי פליגי בהאי מלתא, שפיר מצינן למימר דלא פליגי, אלא לא מבעיא קאמר כן נ"ל.

עוד הקשה מהר"ש יונה שם על מ"ש רבינו ירוחם ז"ל נתיב י"ב ח"א בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר אם השחיר את הכתלים יש מי שכתב דחייב לפרוע השכירות ויש מי שכתב שהוא פטור מהא דתנן פ' הבית והעליה ר' יהודה אומר אף זה הדר בחצר חבירו צריך להעלות לו שכר אלא מקרה את הבית ואת העליה ויושב בבית עד שיתן לו את יציאותיו, ופרש"י ז"ל משום דהוי זה נהנה וזה אינו חסר, וא"כ קשה למ"ד בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר חייב משום שחרותא דאשיתא

וכמ"ש רבינו ירוחם ז"ל, א"כ מאי מהני הא דאמר ר"י מקרה את הבית ואת העליה ויושב בבית הא אפ"ה חייב משום שחרירותא דאשתא, אלא ודאי כיון דזה נהנה וזה אינו חסר אפי' איכא שחריותא דאשתא פטור היפך היש אומרים שהביא רבינו ירוחם ז"ל, ותירץ שם יעו"ש.

ולענ"ד נ"ל דלא דמי כלל, דיש לחלק ולומר בין מ"ש רבינו ירוחם משם יש אומרים להא דמתני', והוא דבחצר דלא קיימא לאגרא כיון שהיה יכול למונעו מלדור שם משו"ה אם השחיר את הכתלים חייב לשלם למשכיר כיון שבידו היה דאם היה רוצה לא היה מניחו לדור, ואמטו להכי אם השחיר את הכתלים חייב לשלם, אבל הכא אם היה רוצה בעה"ב לעכב על ידו אינו יכול לעכבו משום דביתא להעליה משתעבד, ועוד דלא היה יכולת בידו לבנות משו"ה אפי' אם השחיר לו הכתלים פטור מלשלם וזה ברור ממ"ש התוס' בסוגיין ד"ה הא התנית, וז"ל ואף למ"ד בפ"ק דב"ב דף י"ב דכופים אותו על מדת סדום, שאני הכא שהיה יכול למונעו מלדור בביתו יעו"ש הרי בבירור כדכתיבנא.

אלא דיש להקשות בדברי התוס' דא"כ מאי קמייתי הש"ס מההיא דהמקיף את שדהו מג' רוחותיו וגדר את האחד ואת הב' ואת הג' אין מחייבין אותו ר' יוסי אומר אם עמד ניקף וגדר את הד' מגלגלים עליו את הכל, טעמא דגדר ניקף הא מקיף פטור, ש"מ זה נהנה וזה אינו חסר פטור, ואם כדבריהם ליכא ראיה, דהתם שאני דפטור משום דאינו יכול למונעו מתחילה, אבל גבי חצר דיכול למונעו מתחילה, עדיין אפשר לומר דחייב, ומהכא ליכא למשמע מידי, דאף אם הוא צריך להקיפו, מ"מ חבירו רוצה כדי שלא יגנבו ממנו כלום, ועיין בשטמ"ק בסוגיין. וכן נמי קשה לאידך ראיה דקמייתי הש"ס מההיא דהבית והעליה שנפלו, אמר בעה"ב לבנות והוא אינו רוצה וכו', הרי בעה"ב בונה בית ויושב בה וכו', ש"מ זה נהנה וזה אינו חסר פטור, ולפי דבריהם ליכא ראיה, דהכא שאני שאינו יכול למונעו, אבל חצר אפשר לומר דחייב ויש לחלק, וכעת צ"ע.

וראיתי להריב"ש סי' שע"ד שכתב עלה שהביא ראיה הש"ס מר' יהודה דאמר אף זה הדר בתוך של חבירו צריך להעלות לו שכר, והקשה הרב ז"ל דמאי הוכחה מהכא, דילמא טעמא דר"י כדי שלא יראה כריבית מפני המעות שהוציא לבנין הבית, כדאמר בפרק איזהו נשך אע"פ דהדר בחצר חבירו שלא מדעתו אין צריך להעלות לו שכר, הלוהו ודר בחצירו חייב ע"כ, ובס' שער המלך תירץ לזה, דלא דמי להלוהו ודר בחצירו, דהתם הלוהו מעות בעין ועשה לו טובת הנאה ולכך כשדר בביתו חינם מחזי כריבית, אבל הכא שבעל העלייה בונה בעל כרחו לא מחזי כריבית, והוכיח כן מדאמרינן בונה את הבית ואת העליה ויושב בבית, ואי ר"י משום ריבית קאמר, בכל ענין אסור ע"כ.

ואחרי המחילה רבה דבריו תמוהים, דרש"י ז"ל בפ' הבית והעליה עלה דהך מתני' פי' טעמא דר"י משום דמחזי כריבית יעו"ש ובתוס', אלא דלדידיה ודאי קשה סיפא דמתני' דמאי אהני לן דבונה הבית והעליה סוף סוף מידי ריבית לא נפקא וכמו שהוכיח הריב"ש ז"ל ואולי משמע ליה לרש"י דעד כאן לא אמרינן התם בפ' איזהו נשך דהלוהו ודר בחצרו אע"פ דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר דהו"ל לא זה נהנה ולא זה חסר לפי דמחזי כריבית אלא דוקא גבי הלוהו לפי שנתן לו מעות בעין, אך בהא דר' יהודה דליכא הלואה שהרי אם הבית נשרף לא היה נותן לו כלום וכמ"ש התוס' שם ד"ה ר"י, ונהי דלפי דעת רש"י אפי' בדליכא הלואה ס"ל דאסיר משום דמחזי כריבית, מ"מ שפיר מצינן למימר דאינו אלא בדאיכא הנאה וכגון הך דרישא דר"י דבונה את הבית ויושב בה דהו"ל זה נהנה, (הך) [אך] כה"ג ודאי לא מסתבר לומר דעכ"פ אסור משום לתא דריבית, מאחר דאיכא תרתי לטיבותא דאין כאן הלואה כלל, וגם דליכא הנאה, שהרי עלייתו מוכנת עליו דהשתא הו"ל זה נהנה וזה אינו חסר וכדפירש רש"י ז"ל שם, הילכך שרינן. ומן האמור הכלל העולה מדברי הרב הוא דבחצר דקיימא לאגרא אפי' בגברא דלא עביד למיגר חייב דראשון חסרו ממון, אבל בחצר דלא קיימא לאגרא אפי' בגברא דעביד למיגר פטור וזה ברור בדברי הרב ז"ל. אבל להך סברא דכתבו קצת הפוסקים דאם גילה בדעתו אפי' בחצר דלא קיימא לאגרא חייב ליכא הוכחה מדברי הרב ז"ל, וכמו שכן כתב רש"ל ז"ל בפ"ב דקמא סי' ט"ו יעו"ש.

אמנם התוס' כתבו בשמעתין ד"ה טעמא וז"ל וא"ת אי זה נהנה וזה אינו חסר פטור אפי' עמד ניקף נמי וי"ל שאני עמד ניקף דגלי אדעתיה דניחא ליה (בהודאה) [בהוצאה] ולא דמי לדר בחצר חבירו דלא גלי אדעתיה אלא בחינם עכ"ל, ולזה הסכים מוהרי"ח ז"ל בהגהות אשרי פרק כיצד הרגל יעו"ש. והרואה יראה דנראה דדבריו סתרי אהדדי מההיא דפ"ק דב"ב דקא מתרץ להההיא קושיית התוס', דהקשה עלה דתנן שם סמך לו כותל אחר אע"פ שאם נתן את התקרה מגלגלין עליו את הכל וכו', וז"ל אע"ג דזה נהנה וזה אינו חסר דפטור מ"מ כיון דגלי דעתיה דניחא בהגבהה חייב וכן משמע בפ' כיצד הרגל עלה דמקיף וכו', ועוד תירץ אי נמי הכא זה חסר וכו' יעו"ש, ולזה תירץ מהרי"ח תירוץ השני שכתבו התוס' דהכא הוי חסר יעו"ש, וא"כ קשה למה לא תירץ אידך תירוץ דכתבו התוס' דהכא היינו טעמא דחייב משום דגלי דעתיה דניחא ליה בהגבהה, אלא ודאי מדלא תירץ כן משמע דלא ס"ל הך סברא דבגלי אדעתיה חייב, היפך מ"ש בפ' כיצד הרגל. ואעיקרא דמילתא הרואה יראה דנראה דדברי התוס' הם תמוהים, דהכא נראה דס"ל דהיכא דגלי דעתיה חייב והתם כתבו הך תירוצא היכא דגלי דעתיה וכתבו עוד אי

נמי וכו'. משמע דהך תירוצא קמא לא ס"ל מדכתבו דהכא הוי זה נהנה וזה חסר, וכמו שכן הקשה רש"ל ז"ל בחי' לקמא בפי"ב סי' ט"ז וז"ל ולמה שמקשה שם מהרי"ח [וכו'], לכן כתבו התוס' דפריך אפי' סמך כותל אחר דניחא ליה סוף סוף אמאי חייב [הא] זה נהנה וזה אינו חסר ותירץ מ"מ כיון דגלי דעתיה דניחא ליה בהוצאה חייב וכן משמע בפ' כיצד הרגל אי נמי זה חסר הוא שגורם לו וכו', ומאחר שהתוס' כתבו אי נמי מה קשיא להו בתירוצא קמא, מאחר שכן הוכיח בפ' כיצד הרגל, אלא ש"מ דס"ל כמו שפירשתי שאין שום ראיה מהסוגיא אלא לעולם זה נהנה וזה אינו חסר מיקרי עד דמחסר ליה, וזהו עיקר עכ"ל. הרי דנראה בהדיא דדברי התוס' סתרי אהדדי דהכא בשמעתין ס"ל דכיון דגלי דעתיה חייב, והתם גבי סמך לו כותל נראה דלא ס"ל הך חילוק מדכתבו אי נמי וכמ"ש רש"ל, ומהתימה על רש"ל איך לא הרגיש מזה בדברי התוס'.

אלא דלפי קוצר דעתי נוכל לתרץ ולומר דיש לחלק בין הך דשמעתין להך דהכא והוא דהך דההיא דסמך לו כותל, לא הוי גילוי כ"כ מפורסם דאפשר דלא יסמוך התקרה בכתלו של זה אלא יבנה לו כותל אחר כדי לבנות התקרה עליה, משו"ה כיון דלאו גילוי דעת גמור הוא זה כתבו התוס' א"נ דלא ס"ל בפשיטות דזה הוי גלוי דעת, אבל בשמעתין דגילוי גמור הוא דבנה כותל הד', בהא ודאי דחייב, וכן נמי גבי הדר בחצר חבירו שלא מדעתו כיון דגלי דעתיה שאם לא יניחהו לדור בחינם דיתן לו שכרו, בהא ודאי ליכא גילוי דעת גדול מזה, ואמטו להכי כתבו התוס' דחייב. ולפי"ז בשמעתין כתבו דחייב בגילוי דעת, ובסמך הכותל לכותל חבירו כיון דהתם ליכא גילוי גמור משו"ה לא ס"ל כ"כ האי חילוקא ולזה כתבו אי נמי. זה נראה לי לומר בדברי התוס', וכן נמי מהרי"ח ז"ל גבי סמך לו כותל אחר לא כתב הך תירוצא דגלי אדעתיה, וכדכתיבנא.

אלא דהשתא הא ודאי צריך לעיוני מ"ש (רז"ל) [רש"ל] הבאתי לשונו לעיל (שקשה) [שהקשה] למהרי"ח והביא ראיה לדבריו מדברי התוס' מדכתבו אי נמי וכו' יעו"ש. ולפי מ"ש נראה דליכא הוכחא כלל, דהתם שאני משום דלא הוי גילוי גמור כ"כ וליכא ראיה מדברי התוס' וצ"ע. עוד הקשה רש"ל שם למהרי"ח מההיא דאמרינן בפ' הגוזל קמא (בבא קמא דף צ"ז) גבי התוקף ספינתו של חבירו רב אמר רצה שכר נוטל רצה פחתה נוטל ושמואל אמר אינו נוטל אלא פחתה ולא פליגי וכו' אלא הא והא דעבידא לאגרא הא דנחית בתורת אגרא הא דנחית לה בתורת גזלנותא, כתב וז"ל מוכח בהדיא דבדבר דלא קיימא לאגרא שפטור הנכנס בה היכא דליכא הזיקא אף דנחית בה אדעתא דאגרא לשלם שכרו עכ"ל.

ואחרי המחילה רבה נראה דלק"מ דהכא מיירי בדלא גלי דעתיה כל כך, וכן מוכח

דדייק בלישניה לומר הא דנחית בתורת אגרא, דתיבת בתורת אגרא לא משמע דגילה דעתו בפירוש ליתן אלא דנראה מדבריו דאם לא יניחנו לדור בחינם יתן לו שכרו, והיינו דנקט בתורת אגרא דלא גילה דעתו בפירוש. ועוד נ"ל לחלק ולומר ממ"ש הטור בחו"מ סי' שס"ג וז"ל התוקף ספינתו של חבירו ועשה בה מלאכה וקלקלה אם אינה עומדת להשכיר אפי' אם נטל[ו] על דעת שיתן מהם שכר דינו כגזלן כיון שאין דעת בעלים להשכיר ואינו משלם לו אלא [מה] שקלקלה דכל הגזלנין משלמים כשעת הגזלה עכ"ל, וכד חזינן שפיר נראה דהיינו דהכא בדלא עבידא לאגרא דפטור אפי' אם גילה בדעתו ליתן, והיינו משום דהיינו כגזלן וכמ"ש הטור, וכ"כ הרב בצלאל בליקוטיו, אבל בעלמא ודאי חייב כמ"ש התוס' ומהרי"ח, באופן דדברי רש"ל צריכים לי עיון.

וכפי זה יבא על נכון מ"ש הרמ"ה הביא דבריו הרב הנמוק"י בפ' הגוזל קמא וז"ל כתב הרמ"ה אפי' נחית ליה בתורת אגרא לא משלם אגרא אלא בדקיימא לאגרא וטעמא משום דזה נהנה וזה אינו חסר והכי משמע הכא וכ"כ לעיל בפ' כיצד הרגל עכ"ל, נראה מדבריו דבחצר דלא קיימא לאגרא אפי' נחית בתורת אגרא פטור לשלם. ודבריו לא זכיתי להבינם דכד דייקינן שפיר נראה דדבריו סותרים אהדדי, והוא דהרב הנמוק"י כתב משם הרמ"ה עלה דתירץ הש"ס בשמעתין על מה שהקשה מהשוכר בית מראובן ונמצא של שמעון מעלה שכר לשמעון, ומשני הא דעבידא לאגרא הא דלא עבידא לאגרא. וכתב הרמ"ה וז"ל מדקא משנינן הכי ולא משנינן הא דנחית אדעתא דאגרא הא דלא נחית אדעתא דאגרא שמעינן דכל היכא דלא קיימא לאגרא גבי בעלים אע"ג דנחית זה אדעתא דמיתב אגרא לאיניש אחרינא לא מחייבינן ליה ולא מידי, דכי היכי דגבי בעלים מקח טעות הוא לא מחייב למיתב ליה מידי שהרי נתברר לו שאינו שלו, ולגבי שוכר נמי מקח טעות הוא וכמאן דלא אוגר ליה דמי, כיון דכי אוגר לאו ממאן דאית ליה זיכותא בגוויה אוגר לא משתעבד מכח האי שכירות לחד מינייהו עכ"ל. משמע מדבריו דאפי' בחצר דלא קיימא לאגרא אם גילה בדעתו כדי ליתן שכר חייב מדכתב שמעינן דכל היכא דלא קיימא לאגרא גבי בעלים אע"ג דנחית זה אדעתא למיתב אגרא לאיניש אחרינא לא מחייב ליה מידי משום דהוי מקח טעות דכי אגר לאו ממאן דאית ליה זיכותא בגוויה אגר, משמע דאם נחית אדעתא ליתן שכר לבעלים חייב, וזה ודאי היפך ממ"ש הנמוק"י בפ' הגוזל משמו, ולא זו בלבד אלא דכתב נמי וכ"כ לעיל וכו', והרואה יראה דהם דברים סותרים זה לזה.

אלא דלפי מה שביארנו הנה נכון, והוא דהתם גבי התוקף ספינתו של חבירו ליכא גילוי כל כך וכדכתיבנא לעיל, ועוד דהכא הוי כמו גזלן אפי' אם נטלו על דעת שיתן לו

שכר פטור משום דכל הגזלנין משלמים כשעת הגזלה משו"ה כתב דפטור, אבל בעלמא אם גילה דעתו חייב ומשו"ה כתב בפ' כיצד הרגל דחייב, זה נ"ל לפי קוצר עניות דעתי. וראיתי להרב מחנה אפרים שכתב בהל' גזילה סי' ט' וז"ל ובמ"ש הראשונים ז"ל בדין חצר דלא קיימא לאגרא שאם גילה בדעתו שהיה רצונו ליתן לו שכר דצריך ליתן לו שכרו, נ"ל דאם גילה בדעתו עכשיו שהיה רצונו ליתן שכר חייב להעלות לו שכר אף על מה שדר בו קודם גילוי דעתו וכו', וכן נראה מדברי התוס' וכו' ע"כ. והרואה יראה דמדברי התוס' ליכא הוכחא מספקת. ועוד קשיא לי על דברי הרב ז"ל במה שכתב נ"ל דאם גילה דעתו וכו', דאיך כתב בלשון נ"ל בדבר זה שהרי מהר"ש יונה בסי' א' והובאו דבריו בכנה"ג בהגהות הטור אות כ"ט כ' וז"ל ועוד נ"ל מתוך הלשון שחייב ליתן לו כל שכרו מכל זמן שדר בה אפי' מקודם גילוי דעתו וכן מסתבר, וכ"כ מהר"ש יונה ז"ל, אבל ר"י בן עזרא ז"ל כתב דאינו חייב אלא מזמן הגילוי ואילך עכ"ל, נראה דנעלם מיניה דמר מחלוקת זה וצ"ע. (א"ה ס"ט עיין בס' שמחת יאודה דף ק"א שבכלל דבריו הם דברי עט"ר מורי זקני הרב המחבר ז"ל, אך הא קשה לי טובא במ"ש שם וז"ל והיותר נכון בעיני לומר דרש"י לא הוה גריס התם בגמרא אבל חצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר דאסיר, דבההוא ודאי ליתיה לאיסור רבית כלל, אלא הוה גריס בגמרא אבל חצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד דהו"ל זה נהנה וזה אינו חסר, דהשתא ודאי הוי דומיא דהדר בחצר חבירו שלא מדעתו דקאמר, וכן הוא גירסת הריטב"א בחידושיו שם יעו"ש, ויש סעד לזה ממ"ש רש"י בסוגיא דהתם בד"ה אם כן וז"ל ואוקימנא בחצר דלא קיימא לאגרא אבל האי גברא שדר ביה עביד למיגר ע"כ, כנראה דס"ל דדומיא דהכי הוא דקאמר דהלוהו ודר בחצירו צריך להעלות לו שכר, דאם לאו כן תיקשי ליה דמנא ליה לתלמודא למימר וכו' יעו"ש. ואחר המחילה רבה נראה דאשתמיט מיניה דמר דברי רש"י שם שפי' וז"ל אבל חצר דלא קיימא לאגרא דהו"ל זה לא חסר. וגברא דלא עביד למיגר דהו"ל זה לא נהנה, דבלאו הכי נמי לא הוה מיגר שיש לו אחרות ע"כ. ואיך כתב דרש"י לא היה לו גירסא זאת וצ"ע).

פרק ד

הלכה יג

וכן אם היה שם עד אחד בלבד וכו'. הראב"ד השיג עליו, וז"ל א"א זהו תימה ומאחר שבעה"ב לא היה שם איך יש כאן טענת בריא כדי שיהא מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ואולי נאמר שאחר שימצאנה בידו טענת בריא הוא ואע"פ שלא ראה כשהוציא

מביתו אלא שהעד מעיד וכו' יעו"ש. ומכאן הקשה בס' מורה צדק משם מהרש"ף ז"ל למ"ש הטור בחו"מ סי' ע"ה משם הראב"ד ז"ל שמחלק בין כשהעד לפנינו לשהלך למדינת הים דכשהעד לפנינו מחייבו שבועה דאורייתא אפי' בטענת שמא כסברת רבינו, ואילו בכאן כתב בהיפך יעו"ש. ומרן החבי"ב [בכנסת הגדולה] שם הגהות ב"י אות ע"א הקשה עליה דמהרש"ף וז"ל ואני בעניי לא ראיתי בהשגת הראב"ד דבר שיחויב ממנו שסותר למ"ש רבינו בעל הטורים ז"ל כאן בשמו, איברא שכתב שם הראב"ד דכל שבעה"ב לא נכנס עמו טענת שמא מקרי אף ששם מדבר כשהעד אינו בפנינו ואז מודה הראב"ד להר"י אבן מיגש ז"ל כמ"ש הרב בעל התרומות בשמו וכו' יעו"ש.

ואחרי המחילה רבה לא אפשר לומר דהראב"ד מיירי כשהעד אינו בפנינו, שהרי כתב בפירוש אע"פ שלא ראה כשהוציא מביתו אלא שהעד מעיד וכו'. הרי להדיא דאתא גברא וקאי בבי"ד, ועוד אם אין העד בפנינו איך הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע. ומ"ש עוד מרן החבי"ב [כנסת הגדולה] שם עליה דהגידולי תרומה וז"ל ובעל התרומות כתב דמהשגת הראב"ד בפ"ד מהל' גזילה נראה שהעד בפנינו, ולכן כתב דגרסינן (כדברי) [בדברי] רבינו הראב"י שהביא בס' התרומות כן בשמו, ולא ידענא מנא ליה הא בדברי הראב"ד עכ"ל. ולפי מ"ש כן נראה להדיא בדברי הראב"ד ז"ל, ודברי הרב גדו"ת ברורים ונכונים כמ"ש, ודברי מרן החבי"ב צריכים לי עיון (א"ה ס"ט ועיין להרב מטה שמעון בהגהות הטור אות פ"ז דאשתמיט מיניה דברי הרב גדו"ת ז"ל).

ומ"ש עוד הרב שם משם הרב מורה צדק שהביא משם הריטב"א ז"ל דאפי' אם עשהו מורשה לעד אין משביעין אותו על פי טענת המורשה וכו' יעו"ש, כנראה שדעת הריטב"א כהרא"ם והר"א ז"ל היפך דעת הרי"ף ז"ל ואילו בחידושיו למס' שבועות דף מ' הביא מחלוקת זו והסכים לסברת הרי"ף וכתב וז"ל ולזה הסכימו רבותי נוחם עדן ע"כ. הרי להדיא היפך מה שנראה ממה שהביא הרב מורה צדק בשמו, ואולי אפשר לומר לשיטת הרא"ם ז"ל והר"א אמרו. ומ"ש הריטב"א ולזה הסכימו רבותי נ"ע, אם כונתו הוא על הרשב"א הוא היפך מ"ש הרב המגיד ז"ל בפ"ג מהל' טוען שכתב שנחלקו המפרשים וכו', ודעת הרשב"א כדברי הפוטרים משבועת התורה וכו' יעו"ש. ושוב ראיתי להרב דברי אמת בקונטרסיו דף ל"ג ע"א שהביא מ"ש הריטב"א בחידושיו לקידושין שדעתו ודעת הרא"ה והרמב"ן כדעת הרי"ף ז"ל, ועיין בחידושי הרשב"א לשבועות.

והרא"ש בפ' שבועת הדיינים הביא דברי הרמב"ן שהביא ראיה לסברת הרי"ף מהא דהקשה בירושלמי בסוגיין בהך ברייתא דכל ששנים מחייבים אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה והרי קרקע ששנים מחייבין אותו ממון ואין אחד מחייבו שבועה, ומשני

שניא ההיא שאין נשבעין על הקרקעות, והרי קנס, שנייא ההיא שאין נשבעין על הקנס וכו' שאפי' אם יודה פטור אין עד אחד מחייבו שבועה, ואם איתא הו"ל להקשות והרי שניים שמחייבין אותו בשמא, אלא ודאי דכלל זה אמת חוץ מב' דברים שהקשה בירושלמי קרקע וקנס עכ"ל. וראיתי להרב גידולי תרומה בשער ל"ו ח"ג דהקשה להירושלמי, וז"ל ותמיהא לי מילתא דאי קרקעות וקנס אין עד אחד מחייב שבועה ומשום [דהוי] דברים שאין נשבעין עליהן א"כ (גבי) [גם] העדאת עד אחד בפרוטה לא היה לן לחייב שבועה כיון דטענת פרוטה לא הוי דבר שנשבעין עליו לדידן דפסקינן כרב כמו שנתבאר בשער ז' ואע"ג דלשמואל איכא לתרוצי כדתירצו התוס' דאזיל לטעמיה דמחייב במודה מקצת בכפירת פרוטה. ואולי הירושלמי לשיטת שמואל קאמר הא דקאמרי דלפי"ז אין הלכה כשמואל בהא וכו' יעו"ש. וכנראה דלא ראה דברי הירושלמי במקומם שהקשו בתר הכי וז"ל והרי שנים מחייבין אותו פרוטה וכן היא דתנינן הטענה שתי כסף וההודאה בשוה פרוטה, ומשני מתני' בנשבע מפיו, מה דמר שמואל בנשבע מפי אחרים ע"כ. ועיין בס' פני משה שם מה שפירש דברי הירושלמי ודוק.

פרק יז

הלכה יג

מציאת בנו ובתו וכו' ומציאת עבדו ושפחתו העברים כל אלו המציאות אינן שלו. הכי איתא בפ"ק דמציעא דף י"ב ע"ב, ופריך בגמ' אמאי לא יהא אלא פועל ותניא מציאת פועל לעצמו בד"א בזמן שאמר לו נכש עמי היום עדור עמי היום אבל אמר עשה עמי מלאכה היום מציאתו לבעה"ב, ומסיק אמר רב פפא כגון ששכרו ללקט מציאות והיכי דמי דאקפי אגמא בכוורי. וכתב הרב בצלאל בשטמ"ק שם וז"ל כגון דשכרו ללקט מציאות, ונכש דקתני בברייתא היינו עשה עמי מלאכה סתם, ועשה מלאכה דקתני היינו מלאכה של ליקוטי מציאות, כגון ששכרו ללקט (מציאות) דגים וקמ"ל דאפי' מגביה מציאה אחרת לבעה"ב, אדעתיה שימצא מציאות קאמר ליה, ושיטה דחיקא היא לפרש נכש עמי ששכרו לסתם מלאכה, והרמ"ה ז"ל פ' וכו' יעו"ש באורך.

ומכאן תשובה למ"ש הרב אדמת קודש בח"ב חו"מ סי' ג' עליה דהרא"ש שבכלל פ"ט וז"ל והרא"ש ס"ל כפי' רש"י דס"ל דדוקא מציאות דגים הוא לבעה"ב, אמנם אם מצא כיס מלא דינרין הוא לפועל ולא לבעה"ב, דלא שכרו כי אם דוקא לדבר ההווה ומצוי אבל לא בדבר שאינו מצוי דלא אסיק אדעתיה דבעה"ב עכ"ל. ולפי מ"ש משם הרא"ש, אחר המחילה רבה הא ליתא, ומה שהכריחו לומר כן, יש לתרץ כמו שיראה הרואה.

ואל תשיבני ממ"ש [הרב בצלאל] ושיטה זו דחיקא היא וכו', דמשמע דנייד מפירוש זה, דאינו אלא במילת נכש עמי דחיקא ליה לפרש סתם מלאכה אבל מ"מ מ"ש וקמ"ל דאפי' מגביה מציאה לבעה"ב, הא אתיא ליה שפיר וק"ל.

פרק יח

הלכה א

המוצא שטר חוב אע"פ שלא פרש בו אחריות נכסים לא יחזיר וכו' בין בשטרי מכר בין בשטרי הלואה וכו'. דעת רבינו לפסוק כרבא דפ"ק דמציעא דלא שנא הלואה לא שנא מכר בכל ענין אמרינן אחריות טעות סופר, הוא אמנם רשב"ם ורבינו ברוך, הביאם בהגהות אשרי שם, וז"ל רבינו אליקים ורב אלפס ז"ל פסקו דאחריות ט"ס הוא בין בשטרי הלואה בין בשטרי מקח וממכר, רשב"ם ורבינו ברוך מארץ יון פסקו דבשטרי מקח וממכר אחריות לאו ט"ס הוא כרב אשי ע"כ. וקשיא לי עליה דרשב"ם דהא רשב"ם ס"ל כרבינו דבין בשטרי הלואה בין בשטרי מקח וממכר אחריות ט"ס שפרש בפ' גט פשוט (בבא בתרא דף קס"ט) וז"ל והכי מסקינן התם דאחריות ט"ס בין בשטרי הלואה בין בשטרי מקח וממכר ע"כ. הרי להדיא דלא פליג בין שטרי הלואה ובין שטרי מו"מ היפך מה שהביא ההגהות אשרי משמו. ונראה דמה שהביא ההג"א הוא רשב"א ולא רשב"ם, וכן הביא בפסקי מהר"מ ריקנטי סי' תכ"ב מחלוקת משם ר"א והרי"ף ורשב"א ור"ש יעו"ש, ועיין בס' אש דת סי' נ"ט מה שתירץ עוד.

ומעתה דעת רשב"ם ז"ל הוא כדעת רבינו דלא שנא מכר ולא שנא הלואה אחריות טעות סופר, הוא והיינו דווקא בשטר הוא דאמרינן הכי אבל אי לא כתב מוכר שטר אלא דמכר בפני עדים לא אמרינן בהא אחריות ט"ס אם לא שפירש בשעת המכר שמקבל אחריות, שכ"כ עלה מלתיה הרב דאמר המוכר שדהו בעדים דגובה מנכסים משועבדים וז"ל המוכר שדהו בעדים וקבל עליו אחריות ע"כ. והוא כסברת בעל התרומה שער מ"ח ח"א שכתב גבי מוכר שדהו בעדים וז"ל ודוקא שקבל עליו אחריות בפירוש אבל סתמא לא אמרינן אחריות ט"ס ע"כ. והרב גדו"ת לא מצא לו חבר שיכול המוחזק לומר קים לי כוותיה יעו"ש, ותימה הוא בעיני דהא כפי דברי רשב"ם הלזו, שפיר מצינן למימר קים לי כבעה"ת ורשב"ם וכמו שכן הכריח הרב ש"ך סי' רכ"ה ומרן החבי"ב [בכנסת הגדולה] בסי' קט"ו הגהות ב"י אות כ"א יעו"ש.

אלא מה שיש לדקדק על מרן החבי"ב הוא דבסי' רכ"ה כתב וז"ל אני אומר כיון דמדברי הנימוק"י ז"ל בבבא בתרא מוכיח שכל שלא פירש אחריות אינו גובה ממשועבדים יכול

המוחזק לומר קים לי כבעל התרומות והרב הנימוק"י ע"כ. ומעתה לפום מאי שהוכיח בסי' קט"ו (שרשב"ם) [שכ"כ רשב"ם] אין צורך למשמעות דברי הנימוק"י ויכול המוחזק לומר קים לי כבעה"ת ורשב"ם ז"ל וצריך ישוב. ואין לומר דמה שהוצרך להוכיח מדברי הנימוק"י הוא משום דאין הוכחה מרשב"ם ההוא אזיל לשיטתיה שהביא בהגהות אשרי דבמקח וממכר צריך שיפרש ויאמר שקבל אחריות ולא אמרינן בזה אחריות טעות סופר, ומשו"ה כתב רשב"ם שקבל אחריות וכמו שכ"כ הרב שער המלך בפי"א דמלוה, זה אינו דהא מרן גופיה הביא שם סמוך ונראה הא דמהר"מ רקנטי ז"ל ושם נאמר משם רשב"א ז"ל וכדאמרן, ואין לומר דמהר"מ ב"ב ז"ל שהביא מהר"מ רקנטי ז"ל ס"ל כבעה"ת דאפי' בשטר מקח וממכר צריך שיפרש שקבל עליו אחריות וכ"ש היכא שלא נכתב כלל, דאפשר דס"ל דדוקא היכא דנחית לכתוב שטר הוא שצריך שיקבל עליו אחריות אבל אם לא כתב שטר כלל אין צריך שיפרש אפי' במקח וממכר וכמו שכתב הרא"ש ז"ל משם רבינו יונה עלה דהמוכר שדהו בעדים וז"ל ואפי' לא פירש בפני עדים את אחריות ואדעתא דמקבל עליו אחריות הוא דזבין ואפי' למ"ד אחריות לאו ט"ס הוא הני מילי כשנזקק לשטר ולא פירש בו אחריות אימור כך היה ביניהם ע"כ. הרי להדיא דאפי' למ"ד אחריות לא ט"ס הוא היכא דלא נכתב אמרינן ט"ס הוא, וא"כ מרשב"א ורבינו ברוך אין להוכיח היכא שלא נכתב כלל שטר.

ולענין סתם קנין לכתיבה עומד, ראיתי להרב בני יעקב במאמר א' דף מ"ב ע"ב שהקשה להנמוק"י, וז"ל ודעת ר"י כפי מ"ש הנימוק"י והריטב"א משמו בדעת הרא"ש דהיכא דנכתב אח"כ, גובה משעת הקנין, אבל היכא דלא נכתב לא, דבטיל קליה, ואיכא למידק על דברי הנימוק"י ממ"ש בסוף פ' גט פשוט דערב בקנין אפי' שלא בפני בי"ד גבי מבני חורין ואע"ג דאמרינן סתם קנין לכתיבה עומד, נהי דלכתיבה עומד אבל אינו עומד לכתוב בו אחריות ושאר יפויין עד שיתנו עמו בשעת קנין ואע"ג דס"ל אחריות ט"ס הוא היינו בדהתנה ולא כתב ע"כ, והשתא איכא למידק דכפי מה שבארנו כאן דהיכא דלא נכתב הקנין לא גבי ממשעבדי כלל, מה הוקשה לו שם מההיא דסתם קנין לכתיבה עומד והוצרך לשוויי נפשיה במשעול הכרמים ולומר דאע"ג דלכתיבה עומד אינו עומד לכתוב בו אחריות דלא אמרינן ט"ס הוא אלא בדהתנה, ולא כתב דהוא היפך כל דברי הפוסקים דסברי דאע"ג דידעינן בודאי שלא התנה אמרינן אחריות ט"ס הוא דלא שדי איניש זוזי בכדי, והרי כפי מה שביארנו כאן לא צריך לכל זה דכיון דאין כאן אלא קנין ולא נכתב השטר וכו' יעו"ש.

ונראה לענ"ד לומר דלק"מ להרב הנימוק"י, והוא דגבי שטרי הלואה דבהא מיירי ר"י,

בהא ודאי לא גבי ממשעבדי משום דעיקר השעבוד הוא ההלואה וקנין, ושטר הוא כדי שלא יטעון פרעתי או לא היו דברים מעולם וא"כ זה שלא רצה לכתוב לו שטר גילה דעתו שאינו רוצה שיהיה עליו שעבוד, ומבטל ההוא קול דעדים שקנו מיניה ומשו"ה לא גבי אלא מבני חורין. וזהו שדייק הרב בלישניה דהא מבטיל קליה, ר"ל כיון שלא רצה לכתוב את השטר לבטל את קול העדים הוא מכוין. אבל גבי ערב בקנין דעיקר השעבוד שמחייב עצמו הוא ע"י קנין אבל על פה אינו חייב, הוה קס"ד לומר דכל שקנו מיניה על דיני שעבוד הוא דקנו, וסתם קנין לכתיבה עומד, לזה תירץ דאע"פ כן אינו עומד עליו לכתוב אחריות ושאר יעויין מאחר דאמר ליה דכי שעבד ע"י קנין הוא ליחייב בבני חורין אבל לא לגבות ממשעבדי, ועיין למרן החבי"ב בחו"מ סי' קכ"ט הגהות הטור אות מ"ה שחילק כן בין לוה לערב.

וראיתי למרן החבי"ב בסי' ט"ל שהגיה בלשון בעל התרומות וכתב במקום הרמב"ם, הרמב"ן, דהרמב"ם לא ס"ל דהיכא דליכא שטר דגבי, והוקשה לו מההיא דפסק רבינו בפכ"ג מהל' אישות גבי הנושא את האשה ופסקה עמה לזון את בתה וכו' מתו אם קנו מידן או שחייב עצמו בשטר הרי זו כבעל חוב [בשטר] וטרפה מזונותיה מנכסין משועבדים ע"כ, הרי בפירוש דבקנו מיניה אע"ג דלא נכתב שטר הוי כבע"ח יעו"ש. ויש לתמוה איך לא השגיח במ"ש מרן כ"מ שם דג' חילוקים יש בדבר דבשעת קידושין משתעבד אף בלא קנין דהן הן הדברים הניקנין באמירה, ושלא בשעת קידושין אלא שהוא בין קידושין לנשואין אז הוא מחייב בקנין אבל בעלמא צריך קנין וכתיבה. נמצא דמ"ש רבינו בהל' אישות דבקנין בלא שטר הוי כבע"ח היינו משום אגב דמחתני אהדדי. איברא דיש לדקדק על מרן החבי"ב במ"ש שם בסיום דבריו דשמא מצא לו להרמב"ן ז"ל בפירוש בשום מקום. והוא תימה דהא בהא מימרא דרבא בר שילא בחי' פי' כן להדיא כי שם ביתו.

עוד הקשה הרב בני יעקב שם עליה דהרב בעל התרומות שער נ"ז שכתב וז"ל ודלא כרשב"ם שסובר דיכול למחות מלכתוב וכל זמן שלא נכתב אישתכח דהוי מלוה על פה, הקשה עליו דאיך תלה הטעם משום דיכול למחות מלכותבו, דהא דיכול לכתוב מימרא דרבי היא וכו"ע ס"ל הכי, ואפ"ה פסקו דגובה משעת קנין אלו תורף דבריו. ולענ"ד לא זכיתי להבין דבריו במ"ש כו"ע ס"ל דהא הרא"ש בפ' חזקת הבתים (בבא בתרא דף מ') הביא משם י"מ, וז"ל ויש מפרשים דאפי' אם עומד וצווח אל תכתבו כותבין בעל כרחו ע"כ, וכ"כ הרשב"א בתשובה הביאה מרן בסי' ט"ל וז"ל אבל אם מונעם מליכתוב שומעים לו וי"א שאין שומעין לו ולזה דעתי נוטה ע"כ, וכן פסק מרן בספרו הקצר משם

י"א, וכן כתב הריטב"א בחי' כתובות דף נ"ו משם רש"י והביאו הרב בצלאל בחי' כתובות יעו"ש, ועיין בשלטי הגיבורים. גם רבינו בפ"ו מהל' מכירה פסק וז"ל האומר זכו בשדה זו לפלוני [וכו'] והחזיק הזוכה לו בקרקע וכו', נראה מדבריו שלא העמידו וכ"כ הרב המגיד יעו"ש. הרי להדיא כמה פוסקים דס"ל דאם רצה לחזור משטר דכותבין בעל כרחו ואיך כתב דכו"ע ס"ל דאינו יכול לחזור וצ"ע (ועיין בס' לחם שלמה דף ל"ו ע"ב יעו"ש).